

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XL
FASCICULO III



JULIO-SEPTIEMBRE
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

Estudios monográficos

	<u>Páginas</u>
SILVIA DIAZ ALABART, <i>La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a la patria potestad o tutela</i>	795
LUIS FELIPE RAGEL SANCHEZ, <i>El concepto de alteración objetiva convencional de la relación obligatoria</i>	895

Información legislativa

A cargo de PEDRO DE ELIZALDE Y DE AYMERICH	929
--------------------------------------------------	-----

Bibliografía

LIBROS

- ARCE JANARIZ, Alberto: *Constitución y Derechos civiles forales*, por María Díaz de Entre-Sotos.—CRISTOBAL FERNANDEZ-PORTAL, Arsenio: *Aspectos procesales de las acciones divisorias en nuestro Derecho*, por José Bonet Correa.—GONZALEZ PEREZ, Jesús: *La dignidad de la persona*, por Luis Parra Oña.—LLEDO YAGÜE, Francisco: *Acciones de filiación*, por Juan A. Pozo Vilches.—O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: *Compendio de Derecho civil. II. Derecho de obligaciones. 1.º Teoría general de la obligación, del contrato y del acto ilícito*, por José Bonet Correa.—ROJO AJURIA, Luis: «“Leasing” mobiliario», por Antonio Cabanillas Sánchez.—SCHMALZ, Ernst Werner: *Die Stabilität des Geldwertes als Problem des Privatrechts*, por José Bonet Correa.—VALLET DE GOYTISOLO, Juan: *Dictámenes e informes de un Notario*, por José Bonet Correa 949

REVISTAS

- A cargo de EMILIO BLANCO MARTINEZ 965

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

I. SENTENCIAS COMENTADAS

- Derechos de la personalidad. Intromisión ilegítima y derecho a la intimidad*, por M.^a Angeles Parra Lucán 985
- Sobre la naturaleza de las Cámaras Agrarias y de las cuotas de sus asociados*, por Francisco Javier Jiménez de Cisneros Cid 999

- II. SENTENCIAS 1011

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 III



JULIO-SEPTIEMBRE
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.

ESTUDIOS MONOGRAFICOS

La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela

SILVIA DIAZ ALABART

Catedrática de Derecho Civil

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Evolución histórica de los preceptos de responsabilidad civil de padres y guardadores contenidos en el Código civil y en el Código penal.* 1. *Proyecto de Código penal de 1821.* 2. *Código penal de 1822.* 3. *Proyecto de Código civil de 1836.* 4. *Código penal de 1848.* 5. *Proyecto de Código civil de 1851.* 6. *Código penal de 1870.* 7. *Proyecto de Código civil de 1882-88.* 8. *Conclusiones.* III. *Quiénes responden y por quiénes lo hacen a tenor del artículo 1.903 del Código civil y del artículo 20 del Código penal.* 1. *Personas responsables de acuerdo con el artículo 1.903 del Código civil.* A) *Padres.* B) *Otros parientes.* C) *Tutores y otros cargos tutelares.* a) *Tutores.* b) *Responsabilidad de los que habiendo debido promover la constitución de la tutela no lo hicieron.* c) *Tutela institucional.* d) *Curador.* e) *Defensor judicial.* f) *Guardador de hecho.* 2. *Personas responsables según el artículo 20 del Código penal.* 3. *Personas por cuyos ilícitos penales o civiles se responde a tenor del artículo 1.903 del Código civil y del artículo 20 del Código penal.* A) *Artículo 1.903.* a) *Emancipados.* b) *El menor de vida independiente.* c) *Incapacitados.* B) *Artículo 20 del Código penal.* a) *Menores.* b) *Incapacitados.* IV. *Importancia de la edad dentro de la minoridad.* 1. *Introducción.* 2. *Situación en nuestro país.* 3. *Algunas soluciones posibles.* V. *La responsabilidad de padres y tutores por los ilícitos realizados por sus hijos o pupilos: ¿directa o subsidiaria?* 1. *La responsabilidad del artículo 1.903 del Código civil.* 2. *La responsabilidad del artículo 20 del Código penal. La aplicación del artículo 1.093 del Código civil al menor, mayor de dieciséis años, que haya cometido un ilícito penal.* 3. *Examen de la jurisprudencia.* VI. *Responsabilidad con el patrimonio del menor o incapacitado.* 1. *Según el artículo 20 del Código penal.* 2. *Según el artículo 1.903 del Código civil.* VII. *Carácter de la responsabilidad de los padres por los ilícitos de sus hijos. Forma en que esta responsabilidad afecta a los bienes gananciales.* 1. *Responsabilidad de los padres y solidaridad.* 2. *Responsabilidad de los padres y el régimen de gananciales.* VIII. *El plazo de prescripción*

de la acción para exigir la responsabilidad civil. 1. Introducción. 2. Opinión mantenida por la Jurisprudencia. 3. Opinión de la doctrina. 4. Crítica de las posiciones jurisprudenciales.

I. INTRODUCCION

La responsabilidad civil extracontractual es hoy un tema atractivo para cualquier jurista. Una parte importante de las sentencias de nuestro T.S. recaen sobre esa materia, y hay todavía muchos extremos de su amplia problemática que no han sido suficientemente estudiados por la doctrina española.

Dentro de ese extenso campo, me interesa aquí ocuparme tan sólo de algunos puntos referentes principalmente (1) a la responsabilidad civil de los padres o tutores por los actos ilícitos (penales o civiles) realizados por sus hijos o tutelados (1 bis).

Se trata de una materia que presenta en nuestro ordenamiento gran cantidad de problemas, quizá en su mayor parte nacidos de que se encuentra regulada no sólo en el Código civil (arts. 1.902 a 1.910), sino que también lo está en el Código penal (arts. 19 a 22).

Aunque sea el propio Código civil en sus artículos 1.092 y 1.093, respectivamente, el que establece que se regulará la responsabilidad civil en el Código penal si los daños que hay que reparar proceden de un delito o falta, y en el Código civil si nacen de ilícito civil, no existe ninguna razón de fondo válida que determine la necesidad de una legislación doble, puesto que la responsabilidad civil es única (2), sin que tenga trascendencia alguna que proceda de ilícito civil o penal.

Que las normas de responsabilidad civil contenidas en el Código penal, aun incluidas en un texto legal penal, son normas civiles, es algo que actualmente nadie duda. No solamente piensan así los espe-

(1) Aunque efectivamente mi estudio versa principalmente sobre algunos puntos de la responsabilidad civil de los padres o tutores, ni recoge todos los problemas de esa situación, ni solamente eso, porque también me ocupo de algún extremo, como el del plazo de prescripción de la acción, que, aunque afecte a la responsabilidad civil en general y no exclusivamente a la de padres y tutores, nace de la doble regulación legal de la citada responsabilidad en nuestro ordenamiento jurídico, que es otro de los temas sobre los que gira este trabajo.

(1 bis) La responsabilidad civil nace del daño y no del delito. Normalmente emplearé una expresión en que eso quede claro, pero en otras ocasiones, por brevedad, utilizaré la de «responsabilidad derivada de delito», aunque no sea correcta en puridad.

(2) Aunque sea este un punto en el que la mayor parte de la doctrina está de acuerdo, la jurisprudencia no da la impresión de opinar lo mismo, sino más bien que son distintas la responsabilidad civil derivada de delito y la de ilícito civil. El optar por una u otra tesis conducirá a dar una u otra solución a muchos de los problemas que se plantean en este campo.

cialistas (3) en Derecho civil, sino también la mayor parte de los penalistas actuales (4).

Las razones son múltiples. La más importante deriva de la propia naturaleza de las cosas. La responsabilidad civil no es una pena que se imponga al que realizó la conducta delictiva, junto a la que le corresponda por su responsabilidad criminal, sino que simplemente trata de resarcir los perjuicios que con esa conducta se causaron.

Precisamente por ser así, es por lo que resulta posible que alguien que no realizó conducta delictiva alguna (padres o tutor), ni en concepto de autor, ni de cómplice o encubridor, y al que, por lo tanto, no se le puede imponer ninguna pena (5) (5 bis), sin embargo, responde civilmente en ciertos supuestos de los perjuicios causados por otro con su conducta delictiva.

Otras razones a favor del carácter civil de estas normas son:

1) Aunque el artículo 1.092 del Código civil remite al Código penal para la regulación de las obligaciones que nazcan de los delitos

(3) Entre otros, ROGEL VIDE: *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español*, Madrid, 1976, p. 31. SANTOS BRIZ: *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Edersa, t. XXIV, 1984, p. 575. LACRUZ: *Elementos de Derecho Civil*, t. II, vol. 1.º, 1985, p. 583. ALBALADEJO: *Derecho civil*, t. II, vol. 2.º, 7.ª ed., 1982, p. 472. ESPIN: *Manual de Derecho civil español*, vol. III, 5.ª ed., 1974, p. 479.

(4) OCTAVIO DE TOLEDO: *Sobre el concepto de Derecho penal*, 1981, pp. 59 y ss. RODRÍGUEZ RAMOS: *Compendio de Derecho penal*, Madrid, 1984, p. 120. SANTIAGO MIR: *Derecho penal, parte general*, 1984, p. 7. RODRÍGUEZ DEVESA: *Responsabilidad civil derivada de delito o falta y culpa extracontractual*, en libro-homenaje al profesor Guasp, 1984, p. 511. ANTÓN ONECA: *Derecho penal*, 2.ª ed., anotada y corregida por Hernández Guijarro y Benyéted Merino, 1986, p. 645. BUSTOS RAMÍREZ: *Manual de Derecho penal español*, 1984, p. 466. Considerándolos de naturaleza mixta. QUINTANO RIPOLES: *La «acción tercera» o «cuasi criminal», propia de la responsabilidad civil dimanante del delito*, en «RDP», 1946, pp. 935 y ss.

(5) Ni aunque ésta fuera pecuniaria, ya que también sería pena.

(5 bis) SALVADOR VIADA y VILASECA: *Código penal reformado en 1870*, 4.ª ed., t. I, Madrid, 1980, p. 394. Este autor, al comentar el art. 19 del Código penal de 1970 (equivalente al vigente art. 20), se pregunta si al que se le impone una indemnización como responsable civil subsidiario [se equivoca el comentarista, los padres responderían directamente por los menores], podrá condenársele a la prisión subsidiaria, en caso de insolvencia: «En cierta causa de lesiones menos graves, seguida contra un menor de quince años, pero mayor de nueve, al que se declaró exento de responsabilidad criminal por haber obrado sin discernimiento, la Sala de lo criminal de la audiencia de Madrid condenó al padre del niño a una indemnización de 13 pesetas al perjudicado, y a la prisión subsidiaria caso de insolvencia. Mas interpuesto contra dicha sentencia por el Ministerio Fiscal, en beneficio del padre, recurso de casación por infracción de ley, citando como infringidos los arts. 19, 20, 21 y 50 del Código, porque fue aquél indebidamente condenado a la prisión subsidiaria por vía de sustitución y apremio, declaró el Tribunal Supremo haber lugar al expresado recurso, fundándose en que la responsabilidad civil, impuesta subsidiariamente a las personas que mientan los arts. 19, 20 y 21 del Código, no puede extenderse a la responsabilidad personal para reparar los daños o indemnizar los perjuicios causados por los locos, menores, etc., por estar limitada por el art. 50 a los sentenciados, y por lo tanto, la Sala, condenando al padre del niño a la indemnización de 13 pesetas, y en defecto de pago a la prisión subsidiaria correspondiente, infringió con este último pronunciamiento los arts. 19, 20 y 21 del Código penal. (Sentencia de 19 de mayo de 1879, publicada en la *Gaceta* de 9 de agosto).»

o faltas, antes, el artículo 1.089 del Código civil enumera entre las obligaciones civiles las procedentes de «actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia», sin distinguir con claridad (6) entre ilícito penal o civil.

2) La posibilidad de transmitir a los herederos del responsable la obligación de responder civilmente ante el perjudicado o sus herederos.

3) La acción del perjudicado para ser indemnizado es renunciable siempre.

4) La responsabilidad civil es una obligación asegurable.

El propio Código penal reconoce el carácter civil de las citadas disposiciones en su artículo 117 (7), que dispone que la responsabilidad civil nacida de delito o falta se extinga del mismo modo que las demás obligaciones con sujeción a las reglas del Derecho civil.

6) Aun naciendo de delito o falta, es posible, si se reserva la acción oportunamente, que de esa pretensión conozcan los Tribunales civiles (8).

Del elenco de argumentos expuestos más arriba creo que se desprende con claridad que las de responsabilidad civil son inequívocamente (9) normas civiles, aunque parte de ellas se encuentren en un texto legal penal.

Siendo así que solamente hay una responsabilidad civil, la primera pregunta a hacerse es el porqué de la existencia de una doble regulación de la materia en nuestro ordenamiento jurídico.

La razón es histórica. Durante el período codificador español, desde el célebre *desideratum* recogido en el artículo 258 de la Constitución de 1812: «El Código civil y criminal y el de Comercio serán unos mismos para toda la monarquía...», hasta 1889, fecha de promulgación de nuestro Código civil, fueron muchos e infructuosos los inten-

(6) Se trata efectivamente de una terminología confusa la que emplea aquí el Código civil. Pero tradicionalmente, la doctrina ha entendido que con la mención de los «actos y omisiones ilícitos», el art. 1.089 del Código civil se refería a los delitos o faltas. Y con la de «actos u omisiones en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia» a los actos no penados por la ley, es decir, a los ilícitos civiles.

(7) «La responsabilidad civil nacida de delito o falta se extinguirá de igual modo que las demás obligaciones, con sujeción a las reglas del Derecho civil» (art. 117 del Código penal).

(8) «Ejercitada sólo la acción penal, se entenderá utilizada también la civil, a no ser que el dañado o perjudicado la renunciase o la reservase expresamente para ejercerla después de terminado el juicio criminal si a ello hubiese lugar. Si se ejercitase sólo la civil que nace de un delito de los que no pueden perseguirse, sino en virtud de querrela particular, se considerará extinguida desde luego la acción penal» (art. 112 Ley de Enjuiciamiento Criminal).

(9) Aunque como señala S. MIR: *ob. cit.*, p. 9, «Ello [el que la responsabilidad civil no tenga naturaleza penal] no obsta a que pueda resultar oportuno contemplar la responsabilidad civil desde el prisma de los intereses de la política criminal, como un arma *civil* a utilizar en el tratamiento del delito».

tos de codificar la legislación civil. En cambio, la codificación de la legislación penal siguió caminos muy diferentes, pues ya en 1822 se promulgó el primer Código de esa materia. Ello explica (10) seguramente que la responsabilidad civil por daños derivados de delitos o faltas se contemplara en textos legales penales, en lugar de regular toda la responsabilidad civil (sin que importe que los daños a resarcir los causara un ilícito penal o civil), en el Código civil, como ocurre en casi todas las legislaciones europeas (11).

Una vez promulgado el Código civil en 1889, probablemente por inercia, por las dificultades que lleva consigo deshacer lo ya hecho, se conservó la normativa sobre responsabilidad civil contenida en el Código penal e incluso el propio Código civil consagró esa doble regulación en los artículos 1.092 y 1.093, dedicando otros artículos (del 1.902 al 1.910) al tema de la responsabilidad, pero sin mencionar en ellos, al menos explícitamente, los ilícitos penales.

Una de las razones para seguir con la doble regulación es la de la economía procesal. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 108 de la L.E.Cr., «la acción civil ha de entablarse juntamente con la penal por el Ministerio fiscal, haya o no en el proceso acusador particular...».

La víctima de un ilícito penal que haya ocasionado daños, no tiene que utilizar expresamente dos acciones: una penal (12) para que se imponga al responsable la pena correspondiente, y otra civil para resarcirse de los daños.

Al entablar la acción penal el Ministerio fiscal automáticamente entablará también la civil. De ese modo, en un único procedimiento se solventarán las cuestiones tanto penales como las de la responsabilidad civil.

Pero la economía procesal no choca con una única regulación de la responsabilidad civil, pues, aunque ésta se encuentre recogida en un único texto legal, nada obsta para que, si los daños nacieron de falta o delito, su indemnización pueda conseguirse en el mismo procedimiento penal.

En segundo término, resulta discutible la bondad del único proce-

(10) Así lo afirmaba ya J. F. PACHECO: *Código penal, concordado y comentado*, t. I, Madrid, 1948, p. 295.

(11) Código civil francés, art. 1.382, «Todo hecho humano de cualquier clase que sea, que cause a otro un daño, obliga al culpable a repararlo», Código civil italiano de 1942, art. 2.043, resarcimiento por hecho ilícito, «cualquier hecho doloso o culposo, que ocasiona a otros un daño injusto, obliga al que ha cometido el hecho a resarcir el daño»; Código civil portugués 1966, art. 483. «1.º Aquel que con dolo o mera culpa violara ilícitamente el derecho de otro o cualquier disposición legal destinada a proteger intereses ajenos queda obligado a indemnizar al perjudicado por los daños resultantes de la violación. 2.º) Sólo existe obligación de indemnizar independientemente de la culpa en los casos especificados en la ley.»

(12) En los delitos perseguibles de oficio, el particular no tiene que interponer acción penal alguna, pues eso lo hace de oficio el Ministerio Fiscal.

so, porque, aunque sea cierto que puede economizar esfuerzo, tiempo y dinero, también es verdad que puede ser contraproducente. Es posible que si el Juez impone una pena fuerte, tienda inconscientemente a ser más suave en lo tocante a la responsabilidad civil. Al contrario, una condena de responsabilidad civil fuerte puede ser compensada con una pena más suave de lo debido.

Otra razón en pro de la conservación de la legislación por partida doble sería el atender a la diferencia existente entre el ilícito penal y el civil y la mayor gravedad (13) de aquél sobre éste.

A este respecto, si bien es cierto que el ilícito penal suele ser de mayor gravedad que el civil, se trata de una gravedad en cuanto a la valoración moral y social de la conducta delictiva, valoración que no es esencial en cuanto a la responsabilidad civil. En este campo, la evaluación de la mayor o menor gravedad de los daños causados se mide primordialmente por criterios económicos, para los que resulta inoperante el que la conducta sea delictiva o no.

Está fuera de toda duda que el ilícito penal es de distinta naturaleza que el civil. Pero lo que determina la obligación de indemnizar no es el hecho de cometer un acto ilícito penal o civil simplemente, sino el que ese ilícito haya originado unos daños. Son los daños, pues, los que hacen que nazca la obligación de indemnizar, y los daños en sí mismos no son de naturaleza penal o civil, sino sencillamente daños.

En cualquier caso, la permanencia de una regulación doble origina muchos y graves problemas (14).

De las normas contenidas en el Código penal, aunque no tengan un carácter propiamente penal, tienden a ocuparse los penalistas. Pero les ocurre lo mismo que a los civilistas con las normas contenidas en el Código civil y que no son civiles. No se suelen ocupar a fondo de su estudio, porque ello implica realmente meterse a investigar en

(13) Aunque el ilícito penal suele ser más grave social y moralmente que el ilícito civil, también es verdad que la actual regulación del Código penal es tan amplia en tema de faltas que ha quedado muy restringido el campo del ilícito civil.

(14) No pensaba lo mismo PACHECO: *Código penal concordado y comentado*, Madrid, 1848, p. 245, cuando decía: «Algunos han pensado que por más cierta y útil que esta doctrina fuese [la expuesta por este mismo autor de que toda persona criminalmente responsable lo es también civilmente, pero puede haber responsabilidad civil y que, sin embargo, no se responde criminalmente] se hallaba fuera de su lugar en el Código que examinamos [el penal]. La ley penal, según ellos, no debía comprender estas responsabilidades, que ella misma proclama como no procedentes de delito, aunque lo sean de hechos que tienen su apariencia. Sólo el Código civil debe ocuparse de tales obligaciones.—No llevamos tan allá, por nuestra parte, las ideas de rigorismo; sobre todo cuando no existe, y tardará todavía algún tiempo, el Código civil que se invoca. No vemos ningún mal en que se complete y perfeccione aquí esta materia (...). La translimitación nos parece bien pequeña, y bien inocente: el mal que de ella derive, no pueden distinguirlo nuestros ojos.» El tiempo y la regulación contenida en los dos Códigos no han dado la razón a Pacheco: los problemas creados por la doble regulación en absoluto son pequeños.

una parcela que no es la propia específicamente, con las mayores dificultades y riesgos que eso lleva consigo. Los especialistas en Derecho civil por su parte, aunque se ocupen de esos preceptos, tampoco lo hacen en general con la misma profundidad o al menos con la misma extensión que emplean para estudiar la responsabilidad procedente de ilícito civil. En consecuencia, esa regulación a dos bandas ocasiona una menor investigación cualitativa y cuantitativa de los preceptos incluidos en el Código penal.

A la hora de reformar (14 bis) ambos cuerpos legales, aunque por tratarse de una materia común a los dos precisaría al menos de una cierta coordinación, ésta no se da en absoluto (15).

Por último, al establecerse ciertas diferencias en la regulación contenida en el Código penal con respecto a la del Código civil, siendo la responsabilidad civil única y, por tanto, la misma en ambos casos, se producen consecuencias injustas, alguna de las cuales examinaré a lo largo de este trabajo.

Entre estas diferencias injustas se encuentra la de entender — como hace nuestra jurisprudencia— que el plazo de prescripción de la acción es distinto según que los daños los cause un ilícito civil (un año según el art. 1.968-2.º C.c.) o un ilícito penal (15 años *ex* art. 1.964 C.c.). Si solamente hay una responsabilidad civil, también debería haber un único plazo para la acción de reclamación por los daños causados.

(14 bis) Uno de los extremos que pueden ilustrar esta apreciación que hago es muy reciente. En la reforma del Código penal realizada en 1983, se cambió la redacción de la posibilidad de exculpación contenida en el art. 20 del Código penal. De estar redactado en el mismo sentido que la del Código civil, es decir, de tener invertida la carga de la prueba, diciendo «...a no hacer constar que no hubo por su parte [la de los guardadores] culpa o negligencia». A decir actualmente, «...serán responsables civilmente (...) siempre que hubiere por su parte culpa o negligencia...».

Esta modificación ha sido resaltada por algunos autores especialistas en Derecho penal, como BUSTOS RAMÍREZ: *ob. cit.*, p. 469, y DÍAZ VALCÁRCEL: *El menor en el Código penal vigente y en el proyectado*, en *La tutela de los derechos del menor*, publicación del I Congreso Nacional de Derecho Civil, Córdoba, 1984, p. 119, como si hubiera supuesto un cambio en cuanto a que ahora corresponde probar la negligencia del guardador a la víctima.

Efectivamente es lo que parece si nos quedamos en la letra de la norma. Pero la verdad es que carece de sentido que, si se trata de un daño causado por un ilícito civil, sea el guardador quien tenga que probar que obró con la diligencia necesaria, mientras que si se trata de un daño causado por un delito o falta, sea la víctima la que tenga que probarlo.

Está claro que no se ha podido querer semejante reforma.

Siguiendo el camino parlamentario de la modificación del artículo en cuestión, nos encontramos con que de verdad no se quiso reformar en ese sentido, y que todo se debe a un simple error. Así lo ha puesto de manifiesto RUIZ VADILLO: *Comentario al art. 20 del Código penal*, en *Comentarios a la legislación penal*, t. V, vol. 1.º, 1985, pp. 370, 371 y 372.

Seguramente, si para reformar el art. 20 del Código penal se hubiera tenido en cuenta el art. 1.903 del Código civil y el estudio previo lo hubieran realizado especialistas en Derecho civil y penal, no hubiera existido ese error.

(15) Ni se da en la actualidad ni, como puede comprobarse a través de los textos legales históricos, se ha dado en ningún momento.

Otro tema de conflicto entre las normas del Código civil y las del Código penal, es el que se produce porque parece, al menos en principio, que estos dos textos legales establecen distinto tope de edad en los menores para que sus padres o tutores respondan por ellos.

Según el artículo 20 del Código penal en relación con el 8.º-2 (16) y el 19 del mismo Código, los padres o tutores responden por los actos de los menores de 16 años. En cambio, el artículo 1903 del Código civil no menciona edad determinada, y habla tan sólo de que se responde de los daños causados por los hijos que se encuentran bajo su guarda y habiten en su compañía, expresión ésta que se entiende actualmente como equivalente a la de no emancipado. Por tanto, no se encuentran incluidos entre aquéllos por los que se responde los emancipados, cualquiera que sea la causa por la que se produjo la emancipación (mayoría edad, matrimonio o concesión).

Con este planteamiento resulta que, si los daños los causó un ilícito penal de un muchacho de diecisiete años, su padre no responde por él; en cambio, si se tratara de un ilícito civil, sí que respondería el padre de ese menor.

No cabe duda que es cuanto menos sorprendente esa diferencia de trato a la hora de responder civilmente simplemente por el hecho de que los daños los haya causado una conducta tipificable como penal o no. El tema se complica cuando sobre conductas inicialmente consideradas como penales, sin que haya habido absolución, no llega a recaer sentencia condenatoria, como ocurre en el caso de muerte del presunto criminal, indulto (17), etc. En estos últimos casos resulta aún más flagrante la contradicción del distinto tratamiento en uno y otro texto legal, puesto que el que responda el propio menor o sus guardadores dependerá sólo de algo accidental.

Es ilógico que no se considere al menor (de más de dieciséis y menos de dieciocho) que a los ojos de la ley es capaz para sufrir el reproche social que su conducta ilícita penal acarrea, y, que, por lo tanto, responde de ella tanto civil como penalmente (18), capaz para

(16) «...Primera. De los hechos que ejecutaren las personas señaladas en los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo 8.º serán responsables civilmente quienes las tengan bajo su potestad o guarda legal, siempre que hubiere por su parte culpa o negligencia...» (art. 20 del Código penal). El núm. 2.º del art. 8 del Código penal dice: «Están exentos de responsabilidad criminal: ...2.º) el menor de dieciséis años...». Y el art. 19: «Toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente.»

(17) Como ocurrió en el caso contemplado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1981, examinada en este mismo trabajo en el apartado V, aun cuando en este campo se le aprecie a efectos sólo penales el atenuante de su edad.

(18) Arts. 9-3.º y 65, ambos del Código penal. El primero de ellos señala que el hecho de ser menor de dieciocho años es una de las circunstancias que atenúa la responsabilidad criminal, y el segundo, permite que al mayor de dieciséis años, y menor de dieciocho, se le aplique la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley, pudiendo el Tribunal, atendiendo a las circunstancias, sustituir la pena impuesta por internamiento en institución especial de reforma por tiempo indeterminado, hasta conseguir la corrección del culpable.

lo mismo si su conducta ilícita es de naturaleza civil. Hay que tener en cuenta que desde un punto de vista moral o social el ilícito civil es menos grave y que además no lleva aparejada pena alguna.

Ya fuera de los problemas producidos por la doble regulación legal, otra de las cuestiones cruciales que surgen en este tema de la responsabilidad de padres y tutores por los ilícitos de los menores incapacitados, es el de si dicha responsabilidad es de carácter objetivo o por culpa.

A la vista de los preceptos legales que se ocupan de la citada responsabilidad (arts. 1.903 C.c. y 20 C.p.) parece claro que se responde por culpa. Dice el artículo 20 del Código penal que los guardadores responderán «...siempre que hubiere por su parte culpa o negligencia». Y el 1.903 del Código civil *in fine*: «...la responsabilidad cesará... cuando las personas... mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia». Hay una clarísima posibilidad legal de exculpación si se actuó con la diligencia debida.

La regulación contenida en nuestros textos legales coincide con lo que es posible exigir a padres y tutores: una vigilancia y educación ejercitadas con toda la diligencia de un buen padre de familia, adecuadas a la edad y circunstancias del menor o incapacitado. Vigilancia y educación que son exigibles en base a las facultades que corresponden a padres y tutores sobre menores e incapacitados.

Por eso, a la hora de apreciar si existió o no negligencia de los guardadores en el caso concreto hay que tener muy en cuenta la edad y circunstancias de los menores o incapacitados.

La conducta de cualquiera de los guardadores, que referida a un niño de siete años puede ser de gravísima negligencia, referida a un menor, mayor de dieciséis años, puede ser absolutamente irreprochable: por ejemplo, permitir la utilización de un ciclomotor de los de menor cilindrada. En el primer caso sería un dislate. En el segundo, algo perfectamente normal.

Lo mismo sucede en cuanto a las circunstancias que rodean al menor o incapacitado. Podría tacharse de imprudente al padre que permite a su hijo de nueve años ir y volver solo del colegio si se trata de un medio urbano, cosa que, en cambio, podría ser normal si se tratase de un medio rural.

Si no hay posibilidad de reprochar nada al guardador, éste no tendrá que responder, pues el guardador no responde propiamente de la realización del daño, ya que no fue él mismo quien obró. Responde únicamente de la negligencia que permitió que el menor o incapacitado causase el daño.

Sin embargo, a pesar de lo dicho, nuestros Tribunales entienden que se trata de una responsabilidad objetiva, pues, aunque no lo di-

cen expresamente (19), lo que sería ir frontalmente contra las normas, en ningún supuesto han apreciado que padres o tutores actuaran con la diligencia debida, y mucho menos tienen en cuenta la edad (20) o circunstancias del menor o incapacitado.

Se exige, pues, a los padres y tutores, a tenor de esta postura jurisprudencial, lo que éstos no pueden realizar: una vigilancia y educación de tal tipo que dé como resultado la imposibilidad material de que se produzca ningún hecho dañoso. Porque si se produce, según nuestros Tribunales, es porque no ha existido la diligencia debida. Dicha vigilancia supondría excederse en las potestades que padres y tutores tienen sobre menores e incapacitados, negando a éstos el ámbito de la libertad personal que les corresponde por su edad de acuerdo con el sentir social.

No es, desde luego, por ese camino por el que va la evolución de nuestra sociedad. Más bien todo lo contrario. Nuestra sociedad concede cada mayor ámbito de autonomía a los menores. Fiel reflejo de esa tendencia ha sido la reforma del derecho de familia de 1981. En ella, entre otras muchas cosas (21), se han reducido algunas de las facultades que correspondían a los padres junto con la patria potestad.

El antiguo artículo 156 del Código civil, desarrollando la facultad que atribuía a éstos el antiguo artículo 155 del Código civil de corregir razonable y moderadamente a los hijos, les permitía «...impetrar el auxilio de la Autoridad gubernativa, que deberá serles prestado en apoyo de la propia autoridad..., ya en el interior del hogar doméstico, ya para la detención y aun para la retención de los mismos en establecimientos de instrucción o en institutos legalmente autorizados que los recibieren. Asimismo podrán reclamar la intervención del Juez municipal para imponer a sus hijos hasta un mes de detención en el establecimiento correccional destinado al efecto, bastando la orden del padre o madre, con el visto bueno del Juez, para que la detención se realice...»

Hoy ha desaparecido ese largo precepto, y es el actual 154 del Código civil *in fine* en el que dice simplemente (22): «... los padres podrán en el ejercicio de su potestad recabar el auxilio de la autoridad. Podrán también corregir razonable y moderadamente a los hijos».

(19) Pero sí dicen, como en las Sentencias de 22 septiembre 1984 y 10 marzo 1983, «que la dureza en la exigencia de la demostración del empleo de las precauciones adecuadas para impedir el evento dañoso comporta la inserción de un matiz objetivo en dicha responsabilidad [la de los padres o tutores]».

(20) A los efectos que aquí nos interesan, al contrario, el Tribunal Supremo ha dicho en más de una ocasión que no importa a efectos de la responsabilidad cuál sea la edad del menor. De hecho, en muchas ocasiones ésta no figura en la sentencia. Así lo han hecho últimamente la de 10 marzo 1983 y 22 septiembre 1984.

(21) La reforma enfoca la relación de filiación, como ya de hecho se vivía en nuestro país, tomando en cuenta más al menor y, por tanto, escuchándole en la mayor parte de las situaciones de cierta trascendencia que le afectan.

(22) Me parece que aquí precisamente se hace evidente el cambio y su filosofía.

Fuera de las puras normas jurídicas, socialmente la autoridad paterna se ha visto socavada desde los más diversos frentes. En la actualidad es totalmente impensable la férrea vigilancia y el estricto control que parece exigir el Tribunal Supremo, especialmente para los menores cercanos a la mayoría de edad, a los que en otros países se ha dado en llamar muy gráficamente «grandes menores».

Si es la propia sociedad la que ha querido la actual situación, y en ese mismo sentido sigue evolucionando, sería totalmente ilógico que en lugar de hacerse cargo esa sociedad de los riesgos que ello implica se pretendiera que los soportaran únicamente padres y tutores.

Entender la responsabilidad del artículo 1.903, párrafos 2.º y 3.º del Código civil como si estableciera una responsabilidad objetiva supondría tratar a los padres y tutores igual (o incluso peor) que a los patronos en su responsabilidad para con sus empleados. Supondría equiparar así una relación empleado-patrono, establecida para obtener un lucro, con otra, guardador-custodiado, establecida como un servicio para la parte más débil, menor o incapacitado. Sumándose a esto que en el caso de patrono-empleado, aquél tiene acción de regreso frente a éste, cosa más que discutible (23) en el caso del padre o tutor con respecto al menor o incapacitado.

La única defensa que les queda a los guardadores a la vista de la actual tendencia jurisprudencial es contratar un seguro que les cubra de este tipo de responsabilidad; lo que, desde luego, aunque injusto, no cabe duda que sería útil para las posibles víctimas y para las compañías de seguros. Pero aun así, una mínima coherencia legal obligaría a modificar previamente los dos conceptos antes mencionados de forma que se reflejara claramente el carácter objetivo de esta responsabilidad, y desapareciera la (al menos hasta ahora) teórica posibilidad de exculpación.

Nos encontramos, pues, ante una línea jurisprudencial errónea que desnaturaliza totalmente la figura y que sería aconsejable modificar cuanto antes.

II. EVOLUCION HISTORICA DE LOS PRECEPTOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE PADRES Y GUARDADORES CONTENIDOS EN EL CODIGO CIVIL Y EN EL CODIGO PENAL

Dado que la responsabilidad civil extracontractual es una, independientemente de que el hecho origen de los daños de los que nace sea de naturaleza penal o civil, pero que en la actualidad se encuentra

(23) No es este el lugar adecuado para tocar este tema, pero, desde luego, si la responsabilidad del guardador se produce *por su propia actuación negligente*, basada en las obligaciones que tiene con el custodiado por razón de la potestad o tutela, se hace muy dudosa la posibilidad de la acción de regreso. De otra parte, los antecedentes históricos tampoco apoyan esa posibilidad.

regulada tanto en el Código civil como en el penal, el estudio objeto de este trabajo se extiende a las normas contenidas en ambos textos legales (24). Por esa razón, dentro de los precedentes (25) de las normas actualmente en vigor estudiaré las de los dos Códigos.

1. Proyecto de Código penal de 1821

En 1821 ve la luz un proyecto de Código penal que no llega a cristalizar como tal, pero que es interesante especialmente por ser el primero y por lo que influyó en general (26) sobre el Código penal de 1822.

En este texto es el artículo 28 (27) el que se ocupa de enumerar las personas obligadas a responder por otros, y las circunstancias en que existía tal obligación. Decía así:

(24) Como dice DE CASTRO: *Derecho civil de España*, t. II, Madrid, 1952, p. 189; «En materia de delitos y cuasidelitos, las doctrinas civil y penal han ido tan estrechamente unidas que sólo puede ser causa de confusión el no tener aquí en cuenta los preceptos penales».

(25) Como precedentes anteriores al proceso codificador es obligado señalar: P. 6, Tit. 19, L. 4: *Como el menor se puede excusar de los yerros que ouiere fecho por razón de la edad*: «Si el mayor de catorze años, e menor de veynte e cinco, fuesse acusado que auia fecho adulterio; si conosciere alguna cosa en juyzio, seyendo acusado de tal yerro, empescerle ha lo que conosciere, e recibira porende la pena que manda la ley; e non se puede excusar, por dezir que non es de edad cumplida. Mas si fuesse menor de catorze años, non podría ser acusado de tal yerro, nin de otro de luxuria, por que non cae aun tal pecado en el. E porende, si el fiziesse conocencia deste yerro en juyzio, non seria valedera, nin ha por que demandar restitución por razon della. Mas de todos los otros yerros, así como omicidio o furto, o de los otros semejantes, que fiziesse non se puede excusar por razon que es menor, solo que sea de edad de diez años e medio arriba, quando los faza; porque el moço de tal tiempo, tenemos, que es mal sabido, e que entiendo estos males quando los faze. Pero non les pueden dar tan grand pena, como a los mayores».

P. 7, Tit. 14, L. 5: *De los daños que fazen los que están en poder de otro, por mandato de sus Mayores, que no son tenudos ellos de lo pechar*. «Fijo que etuuiesse en poder de su padre, o vassallo, o sieruo que estuuiesse en poder de su señor, o el que fuesse menor de veynte e cinco años, uque ouiesse guardador... cada uno destes que fiziesse daño en cosas de otro mandado de aquel en cuyo poder esouiesse, non seria tenudo de fazer enmienda del daño que assi fuesse fecho... Pero si alguno destes sobredichos que estan en poder de otro, fiziesen tuerto, o daño a alguno, sin mandado de aquel en cuyo poder estouiesse; entonce cada uno de los que fiziesen, serian tenudos de fazer la enmienda, non aquellos en cuyo poder estouiesen. Fueras ende el señor, que es tenudo de fazer enmienda, por su sieruo, o desampararlo en logar de la enmienda, a aquel que recibió el daño del».

P. 7, Tit. 1, L. 9: «Eso mismo decimos que non pueden ser acusados de ningún yerror que serie del loco et del furioso et del desmoriado... Pero non son sin culpa los parientes dellos, quando non los facen guardar de guisa que non puedan facer mal a otri». *Novissima Recopilacion*, Lib. XII, Tit. 14, L. 3.

(26) Esa influencia del Proyecto de 1821 en el Código penal de 1822 no se refleja en el tema objeto de este estudio, cosa que puede constatarse con la simple lectura de ambos textos.

(27) Texto completo del art. 28, P.C.p. 1821: «Además de los autores, cómplices, auxiliadores y receptadores de los delitos, las personas que están obligadas a responder de las acciones de otros, serán responsables cuando estos delincan ó cometan alguna

«Además de los autores, cómplices, auxiliadores y receptadores de los delitos, las personas que están obligadas a responder de las acciones de otros, serán responsables cuando éstos delincan o comentan alguna culpa, de los resarcimientos, indemnizaciones, costas y penas pecuniarias que correspondan; pero esta responsabilidad será puramente civil, sin que en ningún caso se pueda proceder criminalmente por ella contra dichas personas responsables. Los que están obligados a responder de las acciones de otros son los siguientes: Primero, el padre y la madre viuda, el abuelo o bisabuelo, la abuela o bisabuela viudas, respecto de los hijos, nietos o biznietos menores de edad que tengan bajo su autoridad y en compañía. Segundo, los tutores y curadores, los jefes de colegios u otras casas de enseñanza a pupillage, respecto de los menores que tenga a su inmediato cargo. Tercero, los obligados a guardar la persona del que esté en estado de demencia o delirio, respecto del daño que éste cause, por falta del debido cuidado y vigilancia en su custodia...»

De este texto me parece interesante subrayar algunos extremos:

1.º La responsabilidad por las acciones de otros da la impresión de ser más amplia que lo que hoy entendemos por responsabilidad civil (28). Obsérvese que el precepto dice: «...las personas que están obligadas a responder de las acciones de otros, serán responsables cuando éstos delincan o cometan alguna culpa, de los *resarcimientos, indemnizaciones, costas y penas pecuniarias que corresponda; pero esta responsabilidad será puramente civil...*». Hoy, la responsabilidad civil no incluye, desde luego, *penas pecuniarias*, pues son eso, penas y, por lo tanto, incluidas en la responsabilidad penal.

culpa, de los resarcimientos, indemnizaciones, costas y penas pecuniarias que correspondan; pero esta responsabilidad será puramente civil, sin que en ningún caso se pueda proceder criminalmente por ella contra dichas personas responsables. Los que están obligados a responder de las acciones de otros, son los siguientes: *Primero: el padre y la madre viuda, el abuelo o visabuelo, la abuela o visabuela viudas, respecto de los hijos, nietos o viznietos menores de edad que tengan bajo su autoridad y en su compañía. Segundo: los tutores y curadores, los gefes de colegios, u otras casas de enseñanza á pupillage, respecto de los menores que tengan á su inmediato cargo. Tercero: los obligados á guardar la persona del que esté en estado de demencia ó delirio, respecto del daño que este cause, por falta del debido cuidado y vigilancia en su custodia. Cuarto: los ayos y maestros, respecto del daño que causen sus alumnos, discípulos ó aprendices menores de 17 años, cuando se hallen al cargo inmediato de aquellos. Quinto: los amos y los gefes de cualquier establecimiento, respecto del daño que causen sus criados, dependientes, operarios o comisionados, con motivo ó por resultados del servicio ó del trabajo en que aquellos les empleen. Sexto: los maridos respecto de sus mugeres, en cuanto alcancen los bienes que correspondan á estas. Séptimo: los fiadores respecto de la person que hayan fiado, y con arreglo á las circunstancias y condiciones de la fianza. Octavo: los mesoneros, fondistas y cualesquiera otros que reciban huéspedes, aunque sea por obsequio, responderán también mancomunadamente con el huésped que tengan en su casa, de las resultas pecuniarias del delito que este cometiere entonces, siempre que omitan el asiento verídico, ó dejen de dar á la autoridad competente el aviso puntual que respectivamente les estén ordenados por las leyes ó reglamentos dentro del término que en ellos se prescriba».*

(28) Digo «da la impresión» porque sería así, sin duda, si la expresión *pena pecuniaria* tuviera el mismo sentido que tiene actualmente.

2.º La obligación de responder de los menores no sometidos a tutela recaía sobre los ascendientes (29), en primer lugar los de grado más cercano, y después los demás (30), correspondiendo esa carga a los parientes femeninos sólo en el caso de inexistencia de los masculinos del mismo grado, y para todos con la doble condición de que los menores se encontrasen bajo su autoridad y en su compañía.

3.º En cuanto a tutores y curadores, exige simplemente que los menores estén a su inmediato cargo.

En estos dos apartados (1.º y 2.º del art. 28 C.p.) no parece, a tenor de la letra de la norma, que sea precisa por parte de ascendientes o guardadores ningún tipo de culpa en su gestión, y, por lo mismo, tampoco existe posibilidad alguna de exculpación. En cambio, ese parece ser el sistema adoptado en lo tocante a los guardadores de los locos (31).

2. Código penal de 1822

El primer Código penal español, el de 1822, introduce en el punto que nos ocupa importantes cambios con respecto al Proyecto de 1821.

El artículo 27 (32) de aquel Código decía: «Además de los autores, cómplices, auxiliadores y receptadores de los delitos, las personas

(29) En el D. de Partidas, vigente en el momento de la redacción del Proyecto de Código penal, en la P. IV, Tit. XVII, *Del poder que han los padres sobre sus hijos, de qual natura quier que sean*, L. 1 y 2, se menciona que la patria potestad de los padres podía recaer sobre sus hijos, nietos y bisnietos. En cambio, el mismo texto deja bien claro, de acuerdo con sus antecedentes romanos, la imposibilidad de la madre u otros parientes femeninos para tener la patria potestad. En el Proyecto de Código penal, parece, como si se hubiera tomado la posibilidad del abuelo o bisabuelo de tener la patria potestad para hacerle responder por los nietos o bisnietos, y que como el proyecto incluía a la madre viuda como responsable, paralelamente al caso de los ascendientes masculinos, ha establecido la responsabilidad de la abuela o bisabuela viudas.

(30) Pues aunque la enumeración del artículo termina con la mención de los abuelos o bisabuelos, parece que la idea latente es que respondan todos los ascendientes en línea recta, y que si no se mencionan concretamente en el precepto es posible que se deba a lo raro del caso de que vivan a la vez que sus descendientes (de los que les corresponda responder), y que si viven a la vez se encuentren en condiciones físicas, y mentales, de tenerlos bajo su autoridad y compañía, y además que no vivan ninguno de los ascendientes en línea recta más cercanos en grado. Pero suponiendo que todas las anteriores condiciones se cumplieran, creo que también respondería por los actos del tataranieto menor que esté bajo su patria potestad o su autoridad y viva en su compañía, el tatarabuelo o la tatarabuena viuda.

(31) Pues para ese supuesto dice el artículo 28-3.º del Proyecto de Código penal de 1821: «Los obligados a guardar la persona del que esté en estado de demencia o delirio, respecto del daño que éste cause, *por falta del debido cuidado y vigilancia en su custodia*».

(32) Texto íntegro del artículo 27 del Código penal de 1822: «Además de los autores, cómplices, auxiliadores y receptadores de los delitos, las personas que están obligadas a responder de las acciones de otros serán responsables, cuando estos delincan ó cometan alguna culpa, de los resarcimientos, indemnizaciones, costas y penas pecuniarias que correspondan; pero esta responsabilidad será puramente civil, sin que en ningun-

que están obligadas a responder de las acciones de otros serán responsables, cuando éstos delincan o cometan alguna culpa, de los resarcimientos, indemnizaciones, costas y penas pecuniarias que correspondan; pero esta responsabilidad será puramente civil, sin que en ningún caso se pueda proceder criminalmente por ella contra dichas personas responsables. Los que están obligados a responder de las acciones de otros son los siguientes: Primero, el padre, abuelo o bisabuelo, respecto de los hijos, nietos o biznietos menores de veinte años de edad que tengan bajo su patria potestad y en su compañía; entendiéndose que esta responsabilidad debe ser subsidiaria en defecto de bienes propios del delincuente, y que nunca se ha de extender a mayor cantidad que la que importe la porción legítima de bienes que el hijo, nieto o biznieto heredaría de su padre, abuelo o bisabuelo. Segundo, la madre, abuela o bisabuela viudas, respecto de los hijos, nietos o biznietos menores de diecisiete años, que tengan también en su compañía y bajo su inmediata autoridad, con las mismas circunstancias expresadas en el párrafo precedente. Tercero, los autores y curadores, los jefes de colegios u otras casas de enseñanza a pupilaje, los ayos, amos y maestros respecto de los menores de diecisiete años que tengan igualmente en su compañía y a su inmediato cargo, en cuanto no alcancen los bienes que a éstos pertenezcan. Cuarto, los obligados a guardar la persona del que esté en estado de demencia o delirio, respecto del daño que éste cause por falta del debido cuidado y vigilancia en su custodia...».

na caso se pueda proceder criminalmente por ella contra dichas personas responsables. *Los que están obligados á responder de las acciones de otros son los siguientes: Primero: el padre, abuelo o bisabuelo, respecto de los hijos, nietos ó biznietos menores de veinte años de edad, que tengan bajo su patria potestad y en su compañía; entendiéndose que esta responsabilidad debe ser subsidiaria en defecto de bienes propios del delincuente, y que nunca se ha de estender á mayor cantidad que la que importe la porcion legítima de bienes que el hijo, nieto ó biznieto heredaría de su padre, abuelo o bisabuelo. Segundo: la madre, abuela ó bisabuela viudas, respecto de los hijos, nietos ó biznietos menores de diez y siete años, que tengan también en su compañía y bajo su inmediata autoridad, con las mismas circunstancias espresadas en el párrafo precedente. Tercero: los tutores y curadores, los gefes de colegios, ú otras casas de enseñanza á pupilage, los ayos, amos y maestros respecto de los menores de diez y siete años que tengan igualmente en su compañía y á su inmediato cargo, en cuanto no alcancen los bienes que á estos pertenezcan. Cuarto: los obligados á guardar la persona del que esté en estado de demencia ó delirio, respecto del daño que este cause por falta del debido cuidado y vigilancia en su custodia. Quinto: los amos y los gefes de cualquiera establecimiento respecto del daño que causen sus criados, dependientes ú operarios, con motivo ó por resultados del servicio ó trabajo en que aquellos los empleen; debiendo ser esta responsabilidad mancomunadamente con los que causen el daño, y sin perjuicio de que el amo ó gefe pueda repetir despues contra ellos si se hubieren escedido de sus órdenes. Sexto: los maridos respecto de sus mugeres, en cuanto alcancen los bienes que correspondan á estas, inclusa la mitad de gananciales. Sétimo: los fiadores respecto de la persona que hayan fiado, y con arreglo á las circunstancias y condiciones de la fianza. Octavo: los mesoneros, fondistas y cualesquiera otros que reciban huéspedes, aunque sea por obsequio, responderán tambien, mancomunadamente con el huésped que tengan en su casa, de las resultas pecuniarias del delito que este cometiere entonces, siempre que omitan el asiento verídico, ó dejen de dar á la autoridad competente el aviso puntual que respectivamente les esten ordenados por las leyes ó reglamentos dentro del término que en ellos se prescriba».*

Se mantiene en este precepto, al igual que en el Proyecto de 1821, la inclusión dentro de la responsabilidad civil de las penas pecuniarias y la preferencia para responder por los menores de los ascendientes masculinos sobre los femeninos.

A diferencia de lo establecido en el artículo 28 del Proyecto del Código penal, la preferencia para responder por los menores de sus parientes masculinos no se da dentro de igual grado de parentesco, sino que es general. Además, la responsabilidad de los parientes masculinos se prolonga más en el tiempo que la de los femeninos: aquéllos responden hasta que el menor cumpla los veinte años, y éstos únicamente hasta los diecisiete. Para unos y otros, el artículo especifica que se trata de *responsabilidad subsidiaria*, y también limitada, ya que «nunca se ha de extender a mayor cantidad que la que importe la porción legítima de bienes...» que el menor heredaría de cada uno de esos parientes. La responsabilidad de los parientes se limitaría, en su caso, a adelantar (33) la legítima.

En este artículo, como ocurría en el Proyecto de 1821 se exige para que los *parientes masculinos* respondan por el menor, que esté bajo *su patria potestad y en su compañía*, y, si se trata de parientes femeninos, que lo *tengan en su compañía y bajo su inmediata autoridad*.

Los tutores y curadores responden también en forma subsidiaria de los menores de diecisiete años que *tengan en su compañía y a su inmediato cargo*.

Tanto para ascendientes como para tutores y curadores no se prevé posibilidad de exculpación alguna: pero es que, a tenor del precepto, tampoco parece que su responsabilidad se base en un comportamiento culposo (33 bis).

El guardador del loco responde directamente. Pero aquí sí que parece existir posibilidad de exculparse, en cuanto que la responsabilidad se da «respecto del daño que éste —el loco— cause por falta del debido cuidado y vigilancia en su custodia». Obsérvese además que el guardador del loco, a diferencia de los parientes del menor, no tiene su responsabilidad limitada.

3. Proyecto de Código civil de 1836

En el Proyecto de Código civil de 1836, su artículo 1.855 (34) se refiere a la obligación de reparar los perjuicios causados por delito

(33) El sistema de limitar la responsabilidad a la legítima presunta no resulta un sistema práctico, ya que el cálculo de la misma presenta serias dificultades, empezando porque, al no especificarlo el texto, surge la duda de si se refiere a la legítima corta o a la larga.

(33 bis) Igual que sucedía en el Proyecto de Código penal de 1821.

(34) «Los delitos, esto es, las acciones prohibidas por la ley, en virtud de las

y por cuasi delito (art. 1.857) (35), señalando para los primeros que «estas obligaciones [las procedentes de delito] se demarcan con más especificación en el Código penal».

El artículo 1.859 (36) del mismo Proyecto enumeraba las personas que respondían por el hecho de otro diciendo: «En su consecuencia la ley declara: 1.º Que el padre, o por su muerte o ausencia la madre, son responsables de los perjuicios causados por sus hijos que están bajo su potestad y viven en su compañía. 2.º Que los tutores son responsables de los perjuicios causados por sus pupilos, en quienes concurren las circunstancias del párrafo precedente. 3.º) ...».

Hay que destacar que en este Proyecto de Código civil: primero, no se hace referencia a más ascendientes que a los padres del menor; segundo, no sólo responde la madre viuda, sino también cuando el padre esté ausente (37); tercero, la referencia a la edad tope es indirecta («hijos bajo su potestad y que vivan en su compañía»); cuarto, no se hace referencia expresa a los guardadores (38) de locos, y quinto, lo mismo para padres que para tutores, ni se pone límite alguno a la responsabilidad, ni se dice nada de subsidiariedad.

En cuanto a posibilidad de exculpación, la recoge el artículo 1.861: «Podrán liberarse de las responsabilidades contenidas en los tres primeros párrafos del artículo anterior los padres, madres, tutores, directores y maestros que justifiquen no haber podido impedir el hecho que hubiere dado ocasión a las indicadas responsabilidades». Esta redacción es copia casi literal de la del artículo 1.884 del Código civil francés y no menciona en concreto, como harán otros textos legales posteriores, la culpa o negligencia, o la falta de la diligencia de un buen padre de familia.

cuales se causa perjuicio a un tercero, imponen al que las comete la obligación de reparar aquel perjuicio; ya sea reponiendo las cosas cuando fuere posible, al estado que tenían antes del hecho ilícito, ya indemnizando los daños que no se pudieran reparar de otra suerte. Estas obligaciones se demarcan con más especificación en el Código penal». Art. 1.844, P.C.c. 1836.

(35) Art. 1.857 del Proyecto del Código civil de 1836: «Los cuasi delitos imponen al culpado o negligente la obligación de indemnizar los perjuicios que por estas causas se hubiesen irrogado a un tercero».

(36) Texto íntegro del art. 1.859 del Proyecto de 1836: «En su consecuencia la ley declara: 1.º *Que el padre, o por su muerte o ausencia la madre, son responsables de los perjuicios causados por sus hijos que están bajo su potestad y viven en su compañía.* 2.º *Que los tutores son responsables de los perjuicios causados por sus pupilos, en quienes concurren las circunstancias del párrafo precedente.* 3.º Los directores y maestros son responsables de los perjuicios causados que causen sus discípulos o aprendices durante el tiempo que estuvieren bajo su dirección y vivan en su compañía. 4.º Los dueños de un establecimiento o los jefes y directores de una empresa son responsables de los perjuicios causados por sus domésticos o dependientes en el servicio del establecimiento por el cual estuviesen constituidos.

(37) Es lógico que en los textos penales no se haya hecho referencia al supuesto de ausencia, ya que esta figura escapa del estudio de los penalistas.

(38) En el citado Proyecto la guarda de los locos se encomendaba no a los tutores, sino a los curadores ejemplares (arts. 466 y 467 del Proyecto) como en el art. 1.859 del mismo texto no se hace referencia alguna a curadores ni a dementes, todo parece indicar que no se contemplaba este supuesto.

4. Código penal de 1848

El Código penal de 1848, tan cercano en el tiempo al Proyecto de Código civil de 1851, disponía en su artículo 16 (39) que: «La exención de responsabilidad criminal declarada en los números 1.º, 2.º, 3.º, 7.º y 10.º del artículo 8.º, no comprende la de la responsabilidad civil, la cual se hará efectiva con sujeción a las reglas siguientes: 1.ª) En el caso del número 1.º [el loco o demente, a no ser que haya obrado en un intervalo de razón] *son responsables civilmente por los hechos que ejecuten los locos o dementes, las personas que los tengan bajo su guarda legal, a no hacer constar que no hubo por su parte culpa ni negligencia*. No habiendo guardador legal, responderá con sus bienes el mismo loco o demente, salvo el beneficio de competencia (40) en la forma que establece el Código civil (41). 2.ª) En los casos de los números 2.º y 3.º [menores de nueve años y mayores de nueve y menores de quince, a no ser que hayan obrado con discernimiento] responderán con sus propios bienes los menores de quince años que ejecuten el hecho penado por la Ley. Si no tuvieren bienes, responderán sus padres o guardadores en la forma expresada en la regla 1.ª [es decir, a no hacer constar que no hubo por su parte culpa o negligencia]...».

En este extenso artículo ya no hay diferencias explícitas (42) por razón del sexo de los guardadores, ni en cuanto a establecer que no

(39) Texto íntegro del art. 16 del Código Penal de 1848: «La exención de responsabilidad criminal declarada en los números 1.º, 2.º, 3.º, 7.º y 10.º del art. 8, no comprende la de la responsabilidad civil, la cual se hará efectiva con sujeción a las reglas siguientes: 1.ª En el caso del núm. 1.º son responsables civilmente por los hechos que ejecuten los locos o dementes, las personas que los tengan bajo su guarda legal, a no hacer constar que no hubo por su parte culpa ni negligencia. No habiendo guardador legal, responderá con sus bienes el mismo loco o demente, salvo el beneficio de competencia en la forma que establece el Código civil. 2.ª En los casos de los números 2.º y 3.º responderán con sus propios bienes los menores de 15 años que ejecuten el hecho penado por la ley. Si no tuvieren bienes, responderán sus padres o guardadores en la forma expresada en la regla 1.ª. 3.ª En el caso del núm. 7.º son responsables civilmente las personas en cuyo favor se haya precavido el mal a proporción del beneficio que hubieren reportado. Los Tribunales señalarán, según su prudente arbitrio, la cuota proporcional de que cada interesado deba responder. Cuando no sean equitativamente asignables, ni aun por aproximación, las personas o sus cuotas respectivas, o cuando la responsabilidad se extienda al Estado o a la mayor parte de una población, y en todo caso siempre que el daño se hubiese causado con intervención de la Autoridad, se hará la indemnización en la forma que establezcan las leyes o reglamentos especiales. 4.ª En el caso del número 10.º responderán principalmente los que hubieren causado el miedo, y subsidiariamente y en defecto de ellos, los que hubieren ejecutado el hecho».

(40) Expresión que, como es sabido, significaba la limitación de que disfrutaba en ciertos casos el deudor para que el embargo de sus bienes o derechos no alcanzase a determinados de ellos.

(41) El Código civil poco podía establecer porque no había tal Código, aunque sí estaban avanzados los trabajos del Proyecto de 1851; pero ese beneficio de competencia no llegó a figurar en el Código sino que halló eco en las disposiciones que establecen en la Ley de Enjuiciamiento Civil, la insecuestrabilidad de ciertos bienes.

(42) Digo explícitas, pues implícitas sí parecen existir, ya que la guarda legal correspondía normalmente a los varones (tanto en la patria potestad, como en la tutela y curatela).

responderán los femeninos si hay masculinos, ni en cuanto a que, según el sexo del guardador, se responda por el menor hasta que éste cumpla una u otra edad.

Se establece responsabilidad directa para el guardador del loco, «a no hacer constar que no hubo por su parte culpa o negligencia». El propio enajenado responderá con sus bienes en caso de no haber guardador (art. 16-1.º, 2.º párrafo), y aunque no lo diga explícitamente el artículo, es de suponer que también responderá si el guardador pudo hacer constar que, por su parte, no hubo culpa ni negligencia.

Los menores responden directamente con sus bienes. Sólo si no tienen bienes, lo harán en forma subsidiaria sus padres o guardadores, «en la forma expresada en la regla 1.ª», es decir, salvo que puedan probar que no hubo por su parte culpa ni negligencia; en cuyo caso parece que la víctima quedará sin indemnizar, puesto que si el padre o guardador que iba a responder subsidiariamente (al no tener bienes el menor) ha podido exonerarse de esa responsabilidad, no queda nadie que pueda responder.

La diferencia de tratamiento entre ambos casos es pequeña, por cuanto sólo alcanza a que la responsabilidad de los guardadores de los locos es *directa*, con posibilidad de exonerarse (43), y la de los padres o guardadores de los menores es *subsidiaria*, a su vez con posibilidad de exonerarse. El distinto tratamiento entre ambos casos (menores y locos) lo justifica Pacheco (44) por la mayor necesidad

(43) PACHECO, en *El Código penal comentado y concordado*, T. 1, 1848, pp. 297 y 299, sufre en este punto una confusión. Este autor hace su comentario como si en el caso del curador del loco el art. 16 del Código penal de 1848 no contemplara la posibilidad de exoneración para el caso de que no hubiera habido por parte del guardador culpa ni negligencia, cuando lo cierto es que el artículo en cuestión sí que lo prevé (*vid.* texto del art. 16). Llevado de su apreciación errónea Pacheco escribe: «13. Pero ¿qué diremos si el curador fuese absolutamente inculpable? ¿Qué diremos, si él hubiere puesto todo el esmero, toda la diligencia posible; y solo bien á pesar suya, sin falta de ninguna clase, solo por una desgracia ó por un hecho ajeno se hubiese escapado de su poder, ó causado el daño, aquel demente confiado á su guarda y custodia?»

14. Para nosotros no hay en esto dificultad ninguna. La ley no puede querer absurdos; y absurdo sería ciertamente imponer responsabilidad á un curador que hubiese cumplido sus obligaciones. El que hubiese puesto en el desempeño de su cargo la oportuna y debida diligencia, ese no puede tener responsabilidad. Sucedería entonces lo que con el loco que no tuviese guardador, ó que no le tuviese rico: sus propios bienes repararían el mal que él hubiese causado.

4. Otra diferencia es que en este número [el 2.º del art. 16, que se refiere a los menores] se exige de responsabilidad á los padres ó tutores, cuando consta que no hubo en ellos culpa ó negligencia, mientras en el anterior nada se dice que sea semejante. Sin embargo, nosotros hemos dicho que no puede imponerse ninguna responsabilidad al guardador de un loco que ha cumplido con su obligación, y persistimos siempre en la misma idea. La diversidad consiste en que esa obligación es mas estrecha que en el tutor comun ó padre de familia; y que no se presta solo la negligencia y la culpa, sino la diligencia tambien. Lo contrario, repetimos, sería ininteligible».

(44) *El Código penal comentado y concordado*, T. 1, 1848, p. 299: «No ha de ser una misma custodia de que se rodée á un jóven, que la que debe seguir á un

de vigilancia del loco, junto a la mayor posibilidad real de llevarla a cabo por su guardador, en relación con la menor necesidad y menor posibilidad de hacer lo propio con los menores.

5. Proyecto de Código civil de 1851

Llegamos a 1851, y en ese momento hubiera parecido lo lógico que los redactores del Proyecto de Código civil, a más de examinar preceptos de Códigos de otros países, tomaran muy en cuenta también las normas que ya existían en nuestro ordenamiento sobre responsabilidad civil, aunque se encontraran incluidas en el Código penal; bien para acomodar de alguna manera a éstas las que se iban a redactar para el Código civil o bien para eliminar la regulación existente en el Código penal, dejando una única en el Código civil, que contemplara tanto los supuestos nacidos de delito o falta como los debidos a simple ilícito civil. Pero nada de eso ocurre; los redactores del Proyecto de 1851 parece como si actuaran de espaldas a las normas contenidas en el Código penal vigente sobre responsabilidad civil. De hecho, en el mencionado Proyecto de Código civil no existe norma paralela a los vigentes artículos 1.092 y 1.093 (45).

Únicamente cabe señalar el artículo 1.900 del Proyecto, que dice que «Todo el que ejecuta un hecho en el que interviene algún género de culpa o negligencia, *aunque constituya delito o falta*, está obligado a la reparación del perjuicio ocasionado a tercero», sin que mencione siquiera la existencia de normas contenidas en el Código penal, que se ocupan de la responsabilidad civil cuando el daño fue causado por un delito o falta. En el artículo siguiente, el 1.901, se hace el elenco de las personas obligadas a responder civilmente por otros «*La obligación expresada* en el artículo precedente no se limita a la reparación de los perjuicios ocasionados por un hecho propio, sino que se extiende a la de los causados por el hecho de las personas que uno tiene bajo su dependencia, o por las cosas de que uno se sirve o tiene a su cuidado. En su consecuencia, el padre y la madre viuda son responsables de los perjuicios causados por los hijos que están bajo su potestad y viven en su compañía. Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores que están bajo su autoridad y en su compañía. Esta disposición se extiende a los curadores de los locos o dementes. La responsabilidad de que se trata en todos los casos de este artículo, cesará cuando las personas en ellos mencio-

demente. Si puede hacer daño el primero, el segundo es mas fácil que lo haga, sobre todo cuando la demencia es furiosa. A aquel no se le puede encerrar; á éste no hay necesidad alguna de dejarlo suelto. Respecto al uno no se puede pedir á su padre ó tutor mas que la culpa leve; en lo tocante al otro, por la naturaleza misma de las cosas, puede llegarse hasta la levisima».

(45) Artículos que, como sabemos, se ocupan de señalar que las obligaciones nacidas de ilícito penal se regirán por las disposiciones del Código penal, y las nacidas de ilícito civil por las disposiciones del Código civil.

nadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.» Es importante subrayar que la razón por la que alguien responde por un hecho no propio, sino de otras personas, es precisamente porque esas personas están «bajo su dependencia».

Con respecto al de 1836, este Proyecto de 1851 subsana el olvido de los locos o dementes, estableciendo que la disposición referente a los tutores se extienda a los curadores de los locos; y al hablar de cuáles son los casos en que responde la madre, no toca más que el de cuando sea viuda (olvidando el caso del padre ausente, que sí mencionaba el Proyecto de 1836).

Con respecto al Código penal en vigor en 1851, el de 1848, las diferencias más sobresalientes son:

1.º) El proyecto de Código civil no hace mención de distintas edades dentro de la minoridad (cosa que sí hacía el Código penal en su artículo 16).

2.º) La exigencia para que respondan los padres o los tutores de que los menores se encuentren bajo su autoridad o potestad y en su compañía (qué recoge el artículo 1.901) es ligeramente distinta en el artículo 16 del Código penal, pues solamente habla de guarda y guarda legal, sin decir nada de vivir en su compañía. Creo que es solamente una diferencia de redacción, puesto que dicha convivencia se presume generalmente, tanto en el caso de los padres como en el de los tutores, y de no existir, puede darse el caso de que tengan que responder también porque hayan incumplido sus obligaciones para con sus hijos o pupilos.

3.º) En el Código penal, la responsabilidad de padres y tutores por los menores era subsidiaria (no así en el caso de los locos, cuyos guardadores respondían directamente). En cambio, en el Proyecto de 1851, según la letra de su artículo 1.901, eso no está claro. Ya al imprimirse el Proyecto en la revista *El Derecho Moderno* (tomo X, Madrid, 1851), se decidió por Real Orden de 12 de junio del mismo año someterlo a información pública. De entre las muchas personas y entidades relevantes que respondieron a esta invitación, figura la Universidad de Salamanca (46), que en un informe de 182 páginas de letra menuda, al tocar el tema, mantenía que «para la recta inteligencia del artículo 1.901 debería traerse el concepto de responsabilidad civil por delito que definía el artículo 16 del Código penal, pues sin ella podía dudarse, por ejemplo, si los padres o tutores son responsables antes que sus hijos menores o subsidiariamente cuando éstos no tengan bienes propios». García Goyena (47) solventa esa duda en sus *Comentarios, motivos y con-*

(46) Así lo cita LASSO GAITE en *Crónica de la Codificación española*, Codificación civil, 4.º, vol. I, Madrid, 1970, p. 283.

(47) Comentario al art. 1.901 del Proyecto de Código civil de 1851.

cordancias, señalando que, aunque no lo diga el Proyecto, «la responsabilidad de padres y tutores debe ser subsidiaria, pues lo es, según el número 2 del artículo 16 del Código penal [Código penal de 1848], no va a ser la responsabilidad más fuerte por simple culpa o negligencia que la procedente de falta o delito».

4.º En cambio, Goyena no comenta la diferencia de trato que el Código penal de 1848 da a locos y a menores: los primeros sólo responden en forma subsidiaria, y los segundos lo hacen directamente (48). Sin embargo, el Proyecto de Código civil no se fija en eso y parece dar a todos el mismo trato.

5.º Tampoco se ocupa García Goyena de las diferentes expresiones utilizadas en ambos Códigos para la posibilidad de exculparse, diferente redacción que puede resultar confusa si se trata de decir lo mismo con distintas palabras, o si hay una mayor exigencia al respecto en uno de los dos textos. En el comentario que el repetido autor (49) hace al artículo 1.901 dice: «No se pierda de vista que en este capítulo 3 [capítulo donde está incluido el artículo 1901] se trata de la responsabilidad civil que nace de culpa o negligencia: la civil que, por delito o falta de los menores sujetos a curadería, criados, discípulos, oficiales, aprendices o dependientes en el desempeño de su obligación o servicio, alcanza a los padres, a los amos, maestros y personas dedicadas a cualquier género de industria, se regirá por lo dispuesto en los artículos 16 y 18 del Código penal, que en lo *posible y racional deben conciliarse con éste* [con el Código civil]». Y tiene razón García Goyena: debieron haberse conciliado, pero no se hizo.

6. Código penal de 1870

En 1870 se produce una importante reforma en el Código penal que afecta a los preceptos que se ocupan de la materia aquí estudiada.

El nuevo artículo 19 (50) del Código penal dispone que: «La exención de responsabilidad criminal declarada en los números 1.º, 2.º,

(48) Consecuentemente los guardadores de los locos respondían directamente y en cambio padres y tutores lo hacían en forma subsidiaria.

(49) Ob. cit. loc. cit.

(50) Texto íntegro del art. 19 del Código penal de 1870: «La exención de responsabilidad criminal declarada en los números 1.º, 2.º, 3.º, 7.º y 10.º del art. 8.º no comprende la de la responsabilidad civil, la cual se hará efectiva con sujeción a las reglas siguientes: Primera: En los casos 1.º, 2.º y 3.º son responsables civilmente por los hechos que ejecutare el loco o imbecil y el menor de nueve años, o el mayor de esta edad y menor de quince que no haya obrado con discernimiento, los que los tengan bajo su potestad o guarda legal, a no hacer constar que no hubo por su parte culpa ni negligencia. No habiendo persona que los tenga bajo su potestad o guarda legal, o siendo aquella insolvente, responderán con sus bienes los mismos locos, imbeciles o menores, salvo el beneficio de competencia, en la forma que establezca la ley

3.º, 7.º y 10.º del artículo 8.º no comprende la de responsabilidad civil, la cual se hará efectiva con sujeción a las reglas siguientes: Primera. En los casos 1.º, 2.º y 3.º son responsables civilmente por los hechos que ejecutara el loco o imbecil y el menor de nueve años, o el mayor de esta edad y menor de quince que no haya obrado con discernimiento, los que lo tengan bajo su potestad o guarda legal, a no hacer constar que no hubo por su parte culpa ni negligencia. No habiendo persona que los tenga bajo su potestad o guarda legal, o siendo aquélla insolvente, responderán con sus bienes los mismos locos, imbeciles o menores, salvo el beneficio de competencia, en la forma que establezca la Ley civil...»

Este precepto del Código penal de 1870, que para De Castro (51) es el antecedente directo del artículo 1.901 del Código civil, será el que esté en vigor cuando se redacta el Proyecto de Código civil de 1882-88, en el que existen dos antecedentes inmediatos de los actuales 1.092 y 1.093 (artículos 1.108 y 1.109 del Proyecto), y otro, el 14 del Título correspondiente. «De las obligaciones que se contraen sin convención», antecedente inmediato y prácticamente igual en la redacción a la del artículo 1.903 en el momento de promulgarse el Código civil.

El artículo 19 del Código penal de 1870 elimina las diferencias de trato que hasta el momento existían en los Códigos penales para los locos y los menores. Pasan los guardadores de todos ellos a responder directamente, salvo en el caso de los menores, si éstos eran mayores de nueve años y menores de quince, y obraron con discernimiento. En este último caso responderán los mismos menores. También responderán en cualquiera de los casos si pudieron los guardadores hacer constar que «no hubo por su parte culpa o negligencia».

Se establece la responsabilidad subsidiaria de todos los guardados para el supuesto de que no exista o sea insolvente la persona que los tenga bajo su potestad o guarda legal.

Si comparamos el precepto del Código penal con los Proyectos de Código civil de 1836 y 1851, parece como si éstos hubiesen influido algo en él, pues el primero de ellos no establecía régimen diferente para los locos (realmente se olvidaba de su existencia), y el segundo daba igual trato a dementes y menores.

civil. Segunda: En el caso del número 7.º son responsables civilmente las personas en cuyo favor se haya precavido el mal a proporción del beneficio que hubieren reportado. Los Tribunales señalarán, según su prudente arbitrio, la cuota proporcional de que cada interesado deba responder. Cuando no sean equitativamente asignables, ni aun por aproximación, las cuotas respectivas, o cuando la responsabilidad se extienda al Estado o a la mayor parte de una población, y en todo caso, siempre que el daño se hubiere causado con el asentimiento de la Autoridad o de sus agentes, se hará la indemnización en la forma que establezcan las leyes o reglamentos especiales. Tercera. En el caso del núm. 10 responderán principalmente los que hubiesen causado el miedo, y subsidiariamente y en defecto de ellos, los que ejecutado el hecho, salvo, respecto a estos últimos, el beneficio de competencia.»

(51) *Derecho civil de España*, T. II, Madrid, 1952, p. 190.

Permanecen como características, ya resaltadas con respecto a Códigos penales anteriores: 1.º) El señalar diferentes edades dentro de la minoridad con relevancia a la hora de responder. 2.º) Especificar que, no habiendo persona que los tenga bajo su guarda legal o siendo aquélla insolvente, responderán con sus bienes los propios locos o menores. 3.º) El texto del precepto penal sigue sin pedir explícitamente que, además de que el menor o loco tenga que estar bajo la potestad o guarda legal, sea precisa la convivencia con su guardador.

7. Proyecto de Código civil de 1882-88

El Proyecto de Código civil de 1882-88 establecía, en su artículo 14 (52) del título «De las obligaciones que se contraen sin convencción»: «La obligación que impone el artículo anterior [la de reparar el daño causado] es exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se deba responder. En su consecuencia, el padre, y por muerte o incapacidad de éste, la madre, son responsables por los perjuicios causados por los hijos menores de edad que viven en su compañía. Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan la misma morada. La responsabilidad de que trata este artículo, cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño».

Con ligerísimas variantes de redacción en lo que para este estudio importa, el más arriba transcrito artículo 14 del Proyecto de Código civil de 1882-88 es el que será el artículo 1903 en el momento de promulgarse nuestro Código civil en 1889.

En relación a preceptos de proyectos anteriores, conviene resaltar que la madre responde de los hijos menores no sólo en caso de fallecimiento del padre, sino también en caso de incapacitación, olvidan-

(52) Texto íntegro del art. 14 del Título correspondiente del P.C.c. de 1882-88: «La obligación que impone el artículo anterior es exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder. En su consecuencia el padre y, por muerte o incapacidad de éste, la madre son responsables de los perjuicios causados por los hijos menores de edad que viven en su compañía. Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en la misma morada. Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa, respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados o con ocasión de sus funciones. El Estado es responsable, en este concepto, cuando obra por mediación de un agente especial; pero no cuando el daño hubiere sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada, en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior. Son, por último, responsables los maestros o directores de artes y oficios, respecto a los perjuicios causados por sus alumnos o aprendices, mientras permanezcan bajo su custodia. La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño».

do otra vez la posibilidad, de igual alcance práctico, de que el padre se encuentre ausente. Se sigue sin mencionar para nada qué ocurre si no hay guardador legal de locos o menores o si, habiéndolo, éste es insolvente; cosa que en cambio recogen los Códigos penales, disponiendo para esos supuestos la responsabilidad subsidiaria de los guardadores.

8. Conclusiones

Del conjunto de los textos históricos que he manejado podían sacarse algunas conclusiones de orden muy general que pueden facilitar el mejor entendimiento del tema.

Cabe observar la siguiente evolución hasta el sistema vigente en la actualidad: de una responsabilidad objetiva (como parecía ser la contemplada en el artículo 28 del Proyecto de Código penal de 1821, y la del artículo 27 del Código penal de 1822) a una responsabilidad por culpa (53) (53 bis), y de una responsabilidad subsidiaria para padres y guardadores de los menores (como la establecida en el artículo 27 del Código penal de 1822, en el 16 del Código penal e 1848, y en el artículo 1901 (54) del Proyecto de Código civil de 1851) a una responsabilidad directa.

Por otra parte, es una constante en todos los textos examinados (en la mayor parte en forma explícita y en los otros implícitamente) que la responsabilidad de los padres o tutores por los hechos de los menores o incapacitados tenga dos premisas: 1.º Que dichos menores o incapacitados se encuentren bajo la potestad de aquel que responde por ellos. 2.º Que además habiten en su compañía. Me parece decisivo subrayar estas dos condiciones para que se dé la responsabilidad, puesto que determinan cuál es el último sentido de ésta.

Para finalizar, el examen histórico confirma la necesidad de estudiar conjuntamente los textos del Código penal y Código civil vigentes, si se pretende obtener una visión completa de la responsabilidad civil por los hechos de los menores e incapacitados.

(53) Nuestro sistema, de acuerdo con los Códigos civil y penal, es sin lugar a dudas un sistema de responsabilidad por culpa. Otra cosa es que los Tribunales, a la hora de aplicar las normas, lo hagan como si se tratase de una responsabilidad de carácter objetivo.

(53 bis) En cambio, era objetiva y lo sigue siendo ahora la responsabilidad de los inimputables.

(54) Aunque el artículo no lo dice explícitamente, así lo entiende García Goyena en su comentario al repetido precepto.

III. QUIENES RESPONDEN Y POR QUIENES LO HACEN A TENOR DEL ARTICULO 1.903 DEL CODIGO CIVIL Y DEL ARTICULO 20 DEL CODIGO PENAL

1. Personas responsables de acuerdo con el artículo 1.903 del Código civil

A) *Padres*

Según la antigua redacción del artículo 1.903 del Código civil, «El padre y, por muerte o incapacidad de éste, la madre, son responsables de los perjuicios causados por los hijos menores de edad que viven en su compañía (55). Los tutores lo son de los perjuicios causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda», sin especificar si habitan en su compañía».

El paralelismo que la redacción de la norma establecía entre padres (respondían éstos de los actos de «sus hijos menores de edad que viven en su compañía») y tutores (respondían y responden ahora de «los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía») parece haberse roto con la nueva redacción del precepto reformado por ley de 13 de mayo de 1981. Ahora, según esa nueva redacción, «los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda», sin especificar si se trata de menores o mayores, y no exigiendo tampoco la convivencia. En cambio, el párrafo que se refiere a los tutores no fue alterado en la reforma.

No hay referencia a la edad de los hijos de forma directa porque se dice «que estén bajo su guarda»; pero ya se comprende que se refiere a los menores y a los mayores (56) sometidos a la patria potestad prorrogada.

Otra variación del antiguo al vigente artículo es que en aquél la madre respondía de los actos ilícitos de sus hijos sólo para el caso de que no existiera el padre o éste fuera incapaz. Actualmente, sin embargo, dice «*padres*». Este es el cambio fundamental. La otra variación mencionada (la referencia a vivir en compañía), que parece eliminar el preexistente paralelismo entre padres y tutores, fue probablemente tan sólo de estilo (57) y sin pretender un cambio de fondo.

En el vigente precepto se habla de *padres* porque en la reforma del Código civil de 1981 se transforma la patria potestad: de corres-

(55) No hacía falta mencionar, como hace para los tutores, que esos hijos estén bajo su autoridad, puesto que su condición de hijos que no habían llegado a la mayoría de edad los sometía a la patria potestad.

(56) A partir de ahora, salvo que del contexto se desprenda otra cosa, cada vez que hable de hijos menores, entiéndase también incluidos los mayores sometidos a patria potestad prorrogada.

(57) Así lo piensa también SANTOS BRIZ. *La responsabilidad civil*, 4.ª ed., 1986, p. 438.

ponder al padre, y sólo en su defecto a la madre, pasa a los dos conjuntamente (57 bis). Así que es lógico que ambos respondan también del ilícito civil realizado por el hijo.

Responden todos los padres (58), ya sean por naturaleza o adoptivos, y estén o no unidos en matrimonio.

Antes de la reforma del derecho de familia de 1981, los autores se planteaban la duda de a cuál de los progenitores correspondía la responsabilidad civil de los ilícitos de sus hijos menores, en el supuesto de nulidad del matrimonio o separación de los cónyuges (en ese momento el divorcio aún no existía en España), cuando los hijos menores eran confiados a la madre, aun sin tener ésta la patria potestad sobre ellos.

Esa duda de si, de acuerdo con la letra del antiguo 1.903, en esos casos respondería solamente el padre, es recogida por Rogel Vide (59). Este autor enumera las diversas soluciones que en ese momento ofrecía la doctrina. Bien entendiendo que el fundamento de la responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos es la culpa *in vigilando*, en cuyo caso responde quien los tenga a su cuidado, aunque no le corresponda la patria potestad sobre ellos. Bien observando que atribuir el cuidado de los hijos a la madre implica de alguna forma atribuirle asimismo ciertos deberes y facultades de la patria potestad. O por último, estimando incluidos dentro del supuesto de incapacidad del padre (60), todos los casos en que de hecho se ocupaba de ellos la madre. Rogel Vide (61) critica las tres posibles soluciones por chocar con el *numeros clausus* del artículo 1.903, o con la referencia específica (62) que el artículo 20 del Código penal hace a la patria potestad, pero no ofrece ninguna solución diferente.

Ya después de 1981, con patria potestad compartida por los dos padres y mayor variedad de supuestos, pues a la nulidad y separación se une el divorcio tres autores se ocupan especialmente del asunto: Yzquierdo (63), Lacruz Berdejo (64) y De Angel (65) (66).

(57 bis) Esa modificación acomoda el precepto al principio de igualdad del art. 14 de la Constitución de 1978.

(58) En este sentido, LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, T. II, vol. 1.º, 2.ª ed., 1985, p. 570, y LEÓN GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil por los hechos dañosos del sometido a patria potestad*, en «Estudios de Derecho civil», en honor del Prof. Castán, vol. VI, Pamplona, 1969, p. 294.

(59) *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho española*, 1976, p. 134.

(60) Esta solución es la propuesta por LEÓN GONZÁLEZ, en ob. cit., p. 292.

(61) Ob. cit. loc. cit.

(62) Realmente el art. 20 del Código penal dice simplemente *potestad*, no *patria potestad*.

(63) *La responsabilidad civil de menores e incapacitados*, en Estudios sobre incapacidad e instituciones tutelares, 1984, p. 178.

(64) *Elementos de Derecho civil*, T. II, vol. 1.º, 2.ª ed., 1985, p. 570.

(65) Comentario al art. 1.903 del Código civil, en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Tecnos, vol. II, 1984, pp. 1.975 y 1.976.

(66) Recoge y sigue a DE ANGEL, GETE ALONSO, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, 1985, p. 60.

Para el primero, como actualmente en todos los supuestos de cesación de la vida matrimonial, salvo que se acuerde la privación o limitación de la patria potestad, ésta continúa siendo compartida, es dudoso si en esos casos la responsabilidad civil seguirá siendo de ambos esposos. Pero él opta por la postura negativa diciendo: «Creemos que no, pues al designarse qué hijos menores o incapacitados deben quedar al cuidado de cada uno de los cónyuges, y siendo fundamento de esta responsabilidad (la en estudio) la omisión de determinados deberes respecto de los hijos que conviven con los padres o tutores, es claro que la reparación del daño debería corresponder a quien tenga consigo el hijo cuya conducta produjo el resultado dañoso.» No obstante, este autor se muestra dudoso de cuál sería la opinión de los tribunales al respecto, dada la tendencia manifestada por ellos a objetivar la responsabilidad civil.

Para Lacruz (67), el nuevo texto del artículo 1.903, al no exigir la convivencia, sino tan sólo «la guarda», hace posible entender que «el padre que no habita constantemente con los hijos... no está exento de responsabilidad. Igualmente, una separación arbitraria no le autoriza para descargar sobre el otro esposo o progenitor las consecuencias desfavorables del cuidado de los hijos: hay que suponer, entonces —continúa Lacruz— que si uno sólo vela por los hijos y los tiene en su compañía, no es él responsable exclusivo, y que aun ejerciendo el progenitor que convive con los hijos la patria potestad en virtud del artículo 156-5.º, el separado, en alguna medida o por el todo, sigue respondiendo conjuntamente con él.

Esta responsabilidad —sigue Lacruz— cesa si se demuestra positivamente (no mediante presunciones de culpa) la negligencia del guardador».

De Angel (68) cree que: «En el caso de separación judicial, nulidad y divorcio, parece que cónyuge responsable es aquel que tenga encomendada la guarda del menor [art. 90 A) y 91 del Código civil], aunque hay que tener presente que si se considera la culpa *in educando* como fundamento (o al menos uno de ellos) la responsabilidad a que nos venimos refiriendo, podría hacerse extensiva la responsabilidad al otro progenitor, en cuanto hubiere participado en la educación del hijo. La letra del precepto, sin embargo, parece abonar la tesis restrictiva».

Otro problema actual en conexión con el anterior, y que indican dos de los autores últimamente mencionados, es el de los daños causados por el menor o incapacitado durante el período en que éste se encuentra en compañía del padre bajo cuya guarda no está (el derecho de visita contemplado en el artículo 94 del Código civil). Yzquierdo (69), sin resolverlo, plantea el interrogante de si en ese ca-

(67) *Elementos de Derecho civil*, T. II, vol. 1.º, 2.ª ed., 1985, p. 570.

(68) *Ob. cit.*, p. 1.975.

(69) *Ob. cit.*, p. 178.

so «¿responderán, siguiendo la línea objetivadora de nuestro Tribunal Supremo, los dos progenitores, dado que ambos son quienes ejercen la patria potestad?» De Angel Yagüez (70) ofrece dos posibles soluciones al problema según el criterio que se haya adoptado previamente para justificar la responsabilidad civil de los padres por los hechos ilícitos realizados por sus hijos, diciendo: «Si se adopta... el de la culpa “in educando”, parece que habrá de exigirse al cónyuge que tiene bajo su guarda al menor, salvo que el otro consorte hubiera participado antes en la labor educativa, en cuyo caso respondería también. Si se sigue el criterio de la culpa “in vigilando” (que es el que más se cita en la escasa jurisprudencia que existe al respecto), la responsabilidad sería del cónyuge con el que se halla de hecho el menor en ese momento».

Por mi parte, pienso, que si la responsabilidad se exigiera por los Tribunales de verdad tal como es nuestro Código, es decir, basada en la culpa, el responsable por los daños causados por el hijo, en el caso de padres separados, divorciados, etc., sería aquel con el que convive.

De los daños causados por el menor o incapacitado mientras el progenitor que no convive con él ejerce su derecho de visita, sería este progenitor el que respondiera, pues es él en ese momento el que ejerce la guarda del menor.

Ahora bien, tomando en cuenta que nuestros tribunales aplican la responsabilidad civil del artículo 1.903 del Código civil y 20 del Código penal de una forma objetiva, creo que lo único razonable sería opinar, como hace Lacruz (71), que la responsabilidad debe corresponder a ambos padres. Pero ello no por razón —como dice este autor— de que el precepto, al utilizar hoy tan sólo la expresión *bajo su guarda*, sin mencionar la convivencia, permita pensar que ésta no se exige en la actualidad, cosa que sería quedarse en la pura letra de la ley, sin entrar en su espíritu que la sigue exigiendo. Tampoco porque —como escribe De Angel (72)— se pueda llegar a esa conclusión utilizando la culpa «in educando» como fundamento de la responsabilidad, pues es bastante difícil en la mayor parte de las ocasiones poder fundar en esa base la negligencia de los padres. La razón, parece, hay que buscarla en esa interpretación objetiva de la responsabilidad civil en la práctica judicial.

B) Otros parientes

Otra cuestión interesante es la de si también pueden responder, aun no mencionados en la letra del artículo 1.903, otros parientes

(70) Ob. cit., p. 1.976.

(71) Ob. cit. loc. cit.

(72) Ob. cit. loc. cit.

del menor o incapacitado sin ser tutores (73) del mismo (pues entonces responderían en ese concepto a tenor del tercer párrafo del 1.903, y no en el de parientes). La doctrina al respecto no es unánime (74). Los que estimen que el 1.903 contiene una enumeración *no exhaustiva* de los casos de responsabilidad civil por acto de otro, entenderán que, aunque sólo sea por analogía con el supuesto de padres y tutores, pueden responder otros parientes, que, de hecho, bien que sea temporalmente, cumplan las funciones de guarda correspondientes a aquéllos.

Más bien parece que el artículo 1.903 contiene una enumeración cerrada. La «ratio» de la responsabilidad de padres y tutores se apoya sobre dos pilares. Uno, la obligación de unos y otros de ocuparse de menores y tutelados, por mor de la relación de filiación o tutela que les une con ellos, tanto para cuidar de esos mismos menores o incapacitados como para que no causen daño a otros. Y otro, la posibilidad de ejercitar esas funciones por medio de los poderes y facultades que sobre aquéllos les concede la ley y la sociedad. Esta razón no se da más que en el caso de padres y tutores, y no en el de los demás parientes, pues a éstos les falta la obligación y los correlativos poderes que ésta lleva consigo.

El artículo 1.903 es un precepto largo y minucioso. De haber estimado el legislador la oportunidad de que respondieran otros parientes, podría haberlos incluido en el precepto, cosa que no hizo.

En ninguno de los textos legales penales o civiles que han regulado este tema se ha hablado nunca de otros parientes. Tan sólo en el Proyecto de Código penal de 1821 y en el Código penal de 1822 se mencionaba a los ascendientes. Pero ya he dicho en el apartado II que creo que la razón de esa mención estriba en la posibilidad de que los ascendientes, de acuerdo con la legislación civil vigente (75) en este momento ejerciesen la patria potestad o cierto poder sobre los menores. El caso es que esa mención de los ascendientes desapareció en el Código penal del 48 y no ha vuelto a incluirse en ningún otro texto.

Los partidarios de entender que la enumeración del artículo 1.903 del Código civil es simplemente «ad exemplum», y no cerrada, podrían seguramente emplear en apoyo de su tesis el hecho de que en el mismo precepto, en su penúltimo párrafo, se menciona la respon-

(73) O sin ser guardadores de hecho, defensores judiciales o curadores, pues también en estos casos su responsabilidad o carencia de la misma vendría dada por su carácter de guardador, defensor judicial, etc., y no por el de pariente.

(74) La mayor parte de los autores piensan que la enumeración de personas responsables contenida en el art. 1.903 es exhaustiva, como DE ANGEL, *Lecciones de responsabilidad civil*, Bilbao, 1978, p. 61; LEÓN GONZÁLEZ, *ob. cit.*, p. 289; ROGEL VIDE, *ob. cit.*, p. 127; SCAEVOLA, *Código civil comentado y concordado*, T. XXI, 1961, p. 471; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil española común y foral*, T. IV, 11.ª ed., 1981, p. 941; PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho civil*, T. IV, vol. 2.º, 1966, p. 577.

(75) P. IV, Tit. XVII, L. 1.

sabilidad de los maestros por los ilícitos de sus discípulos. Si los maestros responden como los padres, ¿por qué no van a responder también como los padres los parientes cuando de hecho en el momento del ilícito se estén ocupando de los menores o incapacitados? La respuesta a este argumento sería el fijarse en que, aunque la responsabilidad de padres y maestros se encuentra recogida en el Código civil en el mismo artículo, el 1.903, se trata de dos tipos de responsabilidad diferentes. La de padres y tutores es mucho más fuerte que la de los maestros por dos motivos:

1.º) La de padres y tutores es una responsabilidad nacida de una obligación legal. La que por el hecho de tener la patria potestad o la potestad del tutor obliga a padres y guardadores a educar y vigilar a los menores incapacitados.

Los maestros carecen de esa obligación legal y de la potestad que sobre incapacitados y menores tienen sus padres o tutores.

2.º) La responsabilidad de padres y guardadores, tanto en las normas contenidas en el Código civil como en el Código penal es *directa*. En cambio, la de los maestros es *subsidiaria*. En el vigente Código penal lo dice expresamente su artículo 22. Además, ese mismo criterio es el que han seguido los distintos Códigos penales españoles ya derogados (75 bis).

El artículo 1.903 del Código civil enumera en su texto una serie de casos de responsabilidad civil por hecho de otro. No especifica en ninguno de ellos si se trata de una responsabilidad directa o subsidiaria. Lo que puede hacer surgir la duda de si la de los maestros es de uno u otro tipo. Los distintos Proyectos de Código civil no aclaran nada al respecto. En cambio sí lo hace García Goyena en su comentario al artículo 1.901 del Proyecto de 1851, en el que dice que, debe tenerse «presente el artículo 18 del Código penal [el del Código penal de 1848]. En él se declara *subsidiaria* la responsabilidad civil de los amos, maestros y personas dedicadas a cualquier género de industria por los delitos o faltas de sus criados, discípulos, oficiales, aprendices o dependientes en el desempeño de su obligación o servicio. Subsidiaria, pues, debe ser también la responsabilidad civil en los casos de los párrafos 4 y 5 de este artículo [dichos párrafos hacen referencia a los dueños o directores de establecimientos o empresas y a los maestros o directores de artes y oficios], porque no debe ni puede ser más fuerte e intensa la responsabilidad por simple culpa o negligencia que la procedente de falta o delito».

Entiendo que el artículo 1.903 no se aplicará, por ejemplo, a los abuelos, tíos u otros parientes que de forma temporal (y como ya he dicho, no en conceptos de tutores) se ocupen *de facto* (76) del

(75 bis) C.p. de 1822, art. 27; C.p. 1848, art. 18, y C.p. 1.870, art. 21.

(76) Los parientes no responden simplemente por su condición de parientes, pero si en ellos se da además la de guardador de hecho, responderán como y en los casos en que lo haría cualquier guardador de hecho (ver el apartado dedicado en este mismo trabajo a los guardadores de hecho).

menor. En este sentido, el Tribunal Supremo, en sentencia de 30 de abril de 1969, absolvió al abuelo de un menor que de una pedrada ocasionó la pérdida de visión de un ojo de otro menor. El menor en cuestión, hijo natural, convivía con su abuelo, quien, de hecho, se ocupaba del niño. Sin embargo, a él se le absuelve, y se condena a la madre (77) codemandada con el abuelo. Hay que señalar, no obstante, que la demanda contra el abuelo no se basaba en el artículo 1.903, sino en el artículo 1.902 (78) (responsabilidad por acto propio). El Tribunal Supremo desestima la petición porque «el resultado lesivo cuya reparación se pretende no ha sido causado por acto u omisión propia del demandado señor X.» (79).

Otra sentencia del Tribunal Supremo que sirve al tema es la de 23 de febrero del 76, aunque no recayó en un caso exactamente como el que me ocupa. Se trataba de una chica que prestó su coche a su novio, ocasionando éste un accidente del que se derivaron daños indemnizables. El Tribunal Supremo falló que la novia respondía por el novio en base al artículo 1.903, entendiendo que no todos los casos de responder por otro están explicitados en dicho artículo, y que los que recoge son *ad exemplum*. Esta sentencia la citan y critican autores como Albaladejo (80), De Angel (81) y también Castán (82), porque, aun admitiendo la enumeración del artículo 1.903 como una lista abierta, incluir la relación existente entre dos novios para que uno responda por los actos del otro es, por lo menos, sorprendente (83). De cualquier modo, hay que advertir —como señala Albaladejo (84)— que el propio Tribunal Supremo no se siente seguro de

(77) Obsérvese que en el caso contemplado en la Sentencia la patria potestad sobre el niño la tenía la madre, aunque de hecho el menor vivía con el abuelo. Es posible, aunque no lo diga la Sentencia, que la condena a la madre se debiera precisamente a que era ella quien tenía la patria potestad sobre el menor, aunque no conviviera con él.

(78) Quién sabe si el Tribunal Supremo habría resuelto lo mismo de haber sido demandado el abuelo en base al art. 1.903, aplicado analógicamente, sobre todo si él hubiera tenido patrimonio para responder y la madre no.

(79) La argumentación del Tribunal Supremo en la repetida Sentencia de 30 de abril de 1969, de que «el resultado lesivo no ha sido causado por acto u omisión propia del señor X», no es del todo correcta, puesto que cuando se responde por «hecho de otro» el hecho dañoso efectivamente no lo realiza el que responde, sino el menor o incapacitado, pero la culpa o negligencia es achacable al responsable; por lo que verdaderamente no se puede decir en puridad que se responde de acto ajeno, sino propio. El razonamiento más adecuado hubiera sido que el señor X no respondía porque no estaba incluido en la lista del art. 1.903, y el supuesto no era subsumible en el art. 1.902, al no existir culpa.

(80) *Derecho civil*, T. 11, vol. 2.º, 1982, p. 94.

(81) *Lecciones sobre responsabilidad civil*, Bilbao, 1978, pp. 71 y 72.

(82) CASTÁN, *Derecho civil español común y foral*, T. IV, 11.ª ed., 1981, p. 942, nota 1, señala que en la Sentencia en cuestión fue definitivo que se tratara de un vehículo asegurado y se tratara en el fondo de un pleito entre compañías de seguros. Diferente, posiblemente, habría sido la decisión del Tribunal Supremo si el objeto prestado no hubiera estado asegurado.

(83) Aun así, alguno como SOTO NIETO, *La responsabilidad civil de ilícito culposo*, Madrid, 1982, pp. 184, 185 y 186, considera que se trata de una Sentencia progresiva.

(84) *Ob. cit., loc. cit.*

la razón de lo que dice, y por eso añade en su último considerando, «que no se debe casar la sentencia del tribunal de instancia, en la que se condenaba a la novia, aunque hubiera que estimar que el artículo 1.903 del Código civil había sido indebidamente aplicado al caso controvertido».

Volviendo al caso del abuelo, lo que no ofrece duda es que, de haberse producido un acto negligente por parte de tal abuelo o de otro pariente que se ocupara en ese momento del menor, estarían obligados a indemnizar el daño causado, pero no por su condición de pariente, sino por el hecho puro y simple de haber realizado un acto negligente; con lo que entraríamos de lleno en la órbita del artículo 1.902 del Código civil.

La diferencia de trato entre los sujetos contemplados en el artículo 1.903 y los parientes que, en su caso, podrían responder de los daños causados por el menor (o incapaz) a través del artículo 1.902 requiere las siguientes consideraciones:

1. En el artículo 1.903 existe previamente una obligación legal (de educación y guarda), mientras que en el artículo 1.902 esa obligación no existe, de ahí que en el artículo 1.903 se presuma la culpa mientras que en el artículo 1.902 haya que probarla.

2. Pero la evolución jurisprudencial ha alterado esa diferencia al invertir la carga de la prueba sobre la existencia de culpa en el artículo 1.902. Ahora también en el artículo 1.902 el hipotético responsable tiene que probar que actuó sin culpa si quiere liberarse de la responsabilidad.

3. Lo que ocurre ahora es que mientras en el artículo 1.903 la prueba de que no existió negligencia es prácticamente imposible (de ahí que se pueda hablar de una responsabilidad que la jurisprudencia ha transformado en objetiva), en cambio no ocurre lo mismo en el artículo 1.902.

4. Quizá lo que habría que concluir actualmente, admitiendo que en ambos casos se presuma la culpa, es que la prueba en contrario debería ser más fácil en el artículo 1.902 que en el artículo 1.903, porque la previa existencia en éste de una obligación legal debe implicar en el fondo la exigencia de un mayor grado de diligencia.

C) *Tutores y otros cargos tutelares*

El artículo 1.903 redactado en 1889 y modificado en 1981, antes de que se produjera la reforma del Código civil en materia de incapacitación y tutela de 24 de octubre de 1983, menciona únicamente a *los tutores*, con lo que no incluía expresamente a los otros cargos tutelares existentes antes de la reforma, es decir, protutor o miembro del consejo de familia, o defensor judicial en el sentido que esta figura tenía antes de la reforma citada.

Dadas las funciones de estos cargos en el antiguo régimen de tutela, era lógica su no inclusión en el artículo 1.903. Hoy, sin embargo, se nos plantea la duda de si dentro del término *tutor* del artículo 1.903 pueden tener cabida todos o al menos algunos de los nuevos cargos tutelares. No se trata aquí de ampliar por analogía una norma que tiene, como ya he dicho, carácter de cerrada, sino de averiguar, por medio de la interpretación, si dentro del espíritu de la norma entran esos nuevos cargos.

a) *Tutores*.—A tenor del artículo 1.903-3.º, responden ciertamente los tutores de los menores o incapacitados de que se trate. Ahora bien, cuando en lugar de uno haya varios tutores, si éstos no tienen sus campos de actuación determinados (unos se ocupan de los bienes y otros de la persona del tutelado), la responsabilidad puede corresponder, si no es posible determinar las responsabilidades individualmente, a todos ellos. Si existen uno o varios por cada campo me parece que normalmente (85) la responsabilidad por hecho ilícito corresponderá al tutor de la persona, que será aquel en cuya compañía viva el tutelado la mayor parte de los casos (86) y a quien le corresponda la guarda de la persona de éste. En cuanto al supuesto del artículo 236-3.º, tutela plural ejercida por el tío del tutelado y su cónyuge, creo que, considerando que los dos son tutores, la responsabilidad ex artículo 1.903 corresponde por igual a los dos (87).

Cuando el tutor no haya cumplido las formalidades exigidas para tomar posesión de su cargo y, sin embargo, cumpla las funciones de tal, o cuando, debiendo cesar, no lo hace a tiempo, es decir, en los supuestos de tutor aparente, creo que, para la responsabilidad civil que le corresponda por actos del sometido a tutela, habrá que aplicarle las mismas reglas que al tutor, puesto que está ejerciendo la guarda de hecho en uno de los casos de ésta (ver apartado dedicado a la guarda de hecho) en que el guardador debe responder civilmente por el guardado.

b) *Responsabilidad de los que habiendo debido promover la constitución de la tutela no lo hicieron*.—Además de los tutores, también responderán las personas que, teniendo obligación de promover la constitución de la tutela no lo hayan hecho. El antiguo artículo 293-2.º

(85) Digo *normalmente*, porque el art. 236-1.º, in fine, del Código civil, dice que, aunque el tutor de la persona y el de los bienes actuarán cada uno independientemente en el ámbito de su competencia, «Las decisiones que conciernen a ambos deberán tomarlas conjuntamente». Es posible que si la actuación dañosa del menor se produjo por una de esas decisiones conjuntas la responsabilidad sea de los dos tutores.

(86) Pues aunque en el art. 269 del Código civil no se impone específicamente dicha obligación, y es posible que no se dé la convivencia, lo normal es que sí se dé. Como dice GÓMEZ LAPLAZA, Comentario al art. 269 del Código civil, en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Tecnos, 1986, p. 508, «Las obligaciones de tipo personal impuestas verían su forma si no única, sí más adecuada, para desenvolverse a través de ese domicilio unitario».

(87) Para ver las razones por las que se estima que se trata de dos verdaderos tutores, *vid.* DÍAZ ALABART, Comentario al art. 236 del Código civil, en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Tecnos, 1986, pp. 328 y ss.

y el actual 229, ambos del Código civil, disponen para ese caso que dichas personas «serán responsables solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados». Los ocasionados a un tercero por un hecho ilícito civil o penal, parece que pueden entenderse incluidos en el espíritu de esos artículos, como ha estimado la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 1984.

En el caso contemplado por esta sentencia, un enfermo mental, cuyo estado de salud conocía su familia (madre y hermanos), a pesar de lo cual no habían promovido la constitución de la pertinente tutela, causa la muerte violenta de una mujer. Con bastante posterioridad al hecho criminal se constituye el organismo tutelar. El Tribunal penal declaró la irresponsabilidad criminal del enajenado a tenor del artículo 8-1.º del Código penal. A continuación, los hermanos de la fallecida reclamaron daños y perjuicios por su muerte a la madre y hermanos del autor del hecho delictivo ante la jurisdicción civil. El Juzgado estimó íntegramente la demanda. En apelación se confirmó la sentencia del Juzgado, y los demandados interpusieron recurso de casación que el Tribunal Supremo desestimó. En él los recurrentes alegaban que, dado que en el momento del hecho delictivo no tenía tutor el enfermo mental autor del mismo, era de aplicación la regla 1.ª del artículo 20 del Código penal. «...No habiendo persona que los tenga [a los incapaces de responsabilidad penal de los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo 8 del Código penal (entre los que se encuentran los enajenados)] bajo su potestad o guarda legal..., responderán con sus bienes las propias personas a las que hace referencia el párrafo anterior...». Por lo tanto —concluían los recurrentes— era al enajenado y no a ellos a quien había que pedir la responsabilidad civil.

Frente a semejante tesis, el Tribunal Supremo opone que los recurrentes conocían desde hacía tiempo (antes de la comisión del hecho criminal) el estado mental de su hijo y hermano, y al no constituir la tutela incumplieron lo establecido en la disposición que a ello les obligaba —el artículo 239-2.º del Código civil (tanto en el momento de los hechos como en la fecha de la sentencia aún no se había modificado la parte del Código civil referente a la tutela)—, precepto que se relaciona con el artículo 20 del Código penal, determinando esa infracción la obligación de indemnizar los daños y perjuicios producidos por el enfermo mental dada su irresponsabilidad penal.

En la actualidad, el artículo equivalente al derogado 293 es el 229, y aunque literalmente su texto no es el mismo, eso no impide la interpretación que dio la sentencia que he expuesto; antes bien, la letra del nuevo artículo 229 del Código civil es más amplia que la del precepto derogado en cuanto a la responsabilidad que establece.

c) *Tutela institucional*.—En los artículos 239 y 242 del Código civil se recogen las dos posibilidades de lo que podríamos llamar tutela institucional. «Si se tratase de un menor acogido en un establecimien-

to público, la tutela podrá ser atribuida al Director del establecimiento» (art. 239) (88). «Podrán ser también tutores las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa, y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados (art. 42).

En el caso contemplado en el artículo 242, en el que la condición de tutor se le otorga a la propia persona jurídica, no parece que exista inconveniente alguno a que responda por el ilícito realizado por el menor o incapacitado, siempre que se den las circunstancias exigidas por el artículo 1.903-2.º, o las que pide el artículo 20 del Código penal: es decir, además del hecho de ser tutor, que esos menores o incapacitados... habiten en su compañía». Lo que puede ser equivalente al acogimiento del tutelado en algún centro dependiente de dicha persona jurídica. Acogimiento que, según opina Bercovitz (89), no es preciso que se dé aunque en la práctica sea lo más frecuente.

Si a pesar de ser el tutor una persona jurídica no se considera necesario que se dé el acogimiento (90), parece dudoso que exista responsabilidad civil por parte de esa persona jurídica: o bien se trata de una tutela con un ámbito de actuación del tutor muy pequeño, porque el tutelado puede en gran parte gobernarse por sí mismo (por eso no se considera necesario el acogimiento), o bien la institución no es el único tutor (91) y existe otro que se ocupa de la persona del tutelado, en cuyo caso es este último el que será responsable de su conducta a efectos de responsabilidad civil.

Hay que considerar que en cualquier caso, aunque el tutor sea una persona jurídica, como es lógico, el ejercicio de esa tutela estará encomendada a personas físicas (empleados o funcionarios). Estas no tienen la condición de tutores y no responderán ex art. 1.903, puesto que esa responsabilidad seguirá correspondiendo a la persona jurídica, independientemente de las acciones que a ésta pueden corresponder frente a sus empleados si la actuación de éstos fue incorrecta (91 bis).

(88) Artículo este cuyo precedente inmediato es el antiguo art. 212, «Los jefes de las casas de expositos son los tutores de los recogidos y educados en ellas. La representación en juicio de aquellos funcionarios, en su calidad de tutores estará a cargo del Ministerio fiscal».

(89) BERCOVITZ, Comentario al art. 242 del Código civil, en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Tecnos, 1986, p. 363, «La tutela del art. 242 del Código civil no está supeditada a acogimiento alguno del tutelado en un establecimiento del que sea titular la persona jurídica, a diferencia de lo que ocurre en el supuesto del art. 239 del Código civil. No obstante, ello no impide, como es lógico, que se pueda aplicar también en tales supuestos, que serán además los más frecuentes.

(90) Siempre y cuando no suponga que con ello la institución de que se trate no esté incumpliendo sus obligaciones para con el menor o incapacitado. Pues si así fuera, parece que habría que dar a este supuesto el mismo tratamiento que al del tutor persona física que, aun no estando específicamente obligado a convivir con el tutelado, no lo hace en detrimento del cumplimiento de las obligaciones personales que tiene para con éste.

(91) Aunque el Código no lo recoge en concreto en ninguno de los apartados del art. 236, tampoco lo excluye. No hay obstáculo, pues, a que exista una pluralidad de tutores, siendo uno de ellos una persona jurídica.

(91 bis) Responderá en este caso la persona jurídica, aplicando el mismo art. 1.903, párrafos 4.º y 5.º.

Por lo que toca a la posibilidad establecida en el artículo 239 del Código civil, aunque en puridad no es tutela ejercida por persona jurídica, ya que recae sobre persona física, el director del establecimiento, de alguna manera, se trata de tutela de persona jurídica, o mejor dicho, de una situación intermedia (92) (92 bis).

Dicho tutor será responsable en nuestro caso. El artículo 229 del Código civil, al enumerar quiénes están obligados a promover la constitución de la tutela, cita a «las [personas] mencionadas en el artículo 239 del Código civil», disponiendo que, «si no lo hicieran, serán responsables solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados». Si responden en ese caso, también responderán a tenor del artículo 1.903 del Código civil o del artículo 20 del Código penal, aunque —como señala Bercovitz (93)— al hablar de la diligencia exigible al director del establecimiento en el desempeño de la tutela, «hay que medirla [la diligencia] dentro de las circunstancias que derivan del establecimiento y de su condición de director».

De esta idea se desprende en general que este tutor, director del establecimiento, podrá exculparse con más facilidad que los padres o tutor normal, precisamente porque su diligencia no puede ser la misma. Pero no hay que olvidar que también responderá la Administración pública titular del establecimiento (art. 1.903 del C.c.; 106 C.E.; 121 L. Exp. For.; art. 133 de su Reglamento y art. 40 L.R.J.A.E.).

d) *Curador*.—En general, se puede decir que el curador no responde (94) ex artículo 1.903 por los actos ilícitos que hayan realizado los sometidos a curatela. No puede decirse que el curatelado esté sometido en modo alguno a la autoridad del curador; éste no obra por él ni lo representa. Su labor consiste en completar la capacidad del sometido a curatela para realizar ciertos actos. Tampoco es preciso para nada que convivan curador y curatelado.

De acuerdo con los preceptos del Código civil hoy en vigor, procederá la curatela para: 1.º) los menores emancipados cuyos padres, por cualquier razón, no pueden ejercer la asistencia prevenida por

(92) Vid. BERCOVITZ, Comentario al art. 239 del Código civil, en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Tecnos, 1986, pp. 345 y ss.

(92 bis) En el momento de corregir las pruebas de este trabajo está a punto de ser aprobada la Ley por la que se modifican determinados artículos del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción. En ella se prevé (artículo 5.º) el siguiente cambio de redacción del artículo 239 del C.c.: «La tutela de los menores desamparados corresponde por Ley a la entidad a que se refiere el artículo 172 (párrafo 1.º)». «La entidad pública a la que, en el respectivo territorio esté encomendada la protección de menores.»

(93) *Ob. cit.*, p. 348.

(94) YZQUIERDO TOLSADA que toca el tema, *Responsabilidad civil y guarda legal*, en «Documentación jurídica», núm. 41, enero-marzo 1984, p. 89, de la misma opinión: «Evidentemente, no puede hablarse de ninguna manera de responsabilidad del curador por los actos dañosos de los sometidos a curatela, ya que su única misión como guardadores “ad casum”, es intervenir en aquellos actos que los menores o pródigos no puedan realizar por sí solos (art. 288)».

la Ley; 2.º) los que obtuvieron el beneficio de la mayor edad; 3.º) los declarados pródigos; 4.º) aquellos a quienes la sentencia de incapacitación o, en su caso, la resolución judicial que la modifique coloquen bajo esa forma de protección en atención a su grado de discernimiento.

Creo que no ofrece duda que lo dicho en general con anterioridad es plenamente aplicable a los supuestos de los números 1.º y 2.º, y que, por lo tanto, efectivamente, el curador no responderá por ellos ex artículo 1.903, sino que responderán los mismos emancipados o los que obtuvieron el beneficio de la mayor edad.

Los contemplados en el número 3.º, los declarados pródigos, también responderán de sí mismos. A las razones generales enumeradas al principio de este apartado, se une que, aunque pueda discutirse (95), la prodigalidad no es causa de incapacitación, y tan sólo afecta a los actos de carácter económico.

Por último, hay que considerar el caso de los incluidos en el número 4.º (96), los incapacitados a los que la sentencia de incapacitación haya colocado bajo esa forma de protección. Nos encontramos aquí ante una institución de guarda cuya creación obedece a una de las ideas presentes en la reforma que sobre incapacitación y tutela se llevó a cabo en 1983, la de acomodar la guarda a las necesidades de cada caso concreto, lo que podríamos llamar conseguir una incapacitación «a la medida». Es la más suave de las figuras de guarda, pero, aun así, el artículo 287 del Código civil es tajante: se trata de incapacitados.

Si la sentencia que decide la incapacitación nada dice, el curador intervendrá en los mismos actos en que los tutores necesitan autorización judicial. El supuesto no es igual, por tanto, al de los menores y los pródigos. Después de examinar los artículos 271 y 272 del Código civil, que son los que enumeran los actos en que el tutor necesitará autorización judicial, pienso que, aun actuando el curador en un campo mucho más amplio que en los otros casos, sigue sin haber razón suficiente para que el curador responda por este curatelado.

La sentencia de incapacitación podrá decir expresamente en qué actos tendrá que prestar su asistencia el curador. Estos, evidentemente, pueden ser muchos o pocos, de mayor o menor importancia, y por supuesto nada obliga a que se trate sólo de actos patrimoniales, sino que pueden ser de cualquier tipo.

Aquí creo que ya no es posible dar una respuesta general afirmati-

(95) Aunque efectivamente parece desprenderse de los preceptos del Código civil, que el legislador no consideraba que la curatela de los pródigos se dé por un tipo de incapacitación, de hecho la curatela por prodigalidad limita la capacidad de obrar del pródigo.

(96) Sobre el tema de los incapacitados sometidos por la Sentencia de incapacitación a curatela, *vid.* GETE ALONSO, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar*, 1985, pp. 227 y ss.

va o negativa, pues para darla sería preciso ver cada caso concreto. Aun así, creo que en la mayor parte de los casos habrá que optar por la tesis de *no* responsabilidad del curador, pues parece raro que, si se limita mucho la capacidad, no se recurra a la tutela en vez de a la curatela.

e) *Defensor judicial*.—El vigente artículo 299 contempla tres casos distintos en los que procede el nombramiento del defensor judicial. De ellos los que ahora me interesan son únicamente los dos primeros:

1.º) Cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales o el curador.

2.º) En el supuesto de que el tutor o el curador por cualquier causa no desempeñaren sus funciones hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo.

En el supuesto contemplado en el número 1.º del artículo 299 es evidente que el defensor judicial no responde de los ilícitos realizados por el menor o incapacitado, puesto esto no queda bajo la guarda del defensor judicial. La naturaleza de la gestión que les está encomendada, un asunto concreto (97) (con lo que el menor o incapacitado no está bajo su autoridad ni convive con él) y las facultades que para su cumplimiento se le otorgan (únicamente las necesarias para resolver ese asunto) determinan esa carencia de responsabilidad del defensor.

En cambio, en el caso contemplado en el número 2.º, aunque desde luego en forma transitoria, mientras no entre en funciones el nuevo tutor o se reincorpore a ellas el antiguo, el defensor judicial actúa como un tutor.

Resulta lógico que en tanto en cuanto es un verdadero tutor por tiempo limitado, en ese tiempo responda en los términos del artículo 1.903-3.º de los daños causados por el menor o incapacitado que tenga a su cargo. En este sentido opina Yzquierdo Tolsada (98), señalando que no se trata de una interpretación analógica, sino de interpretación extensiva, «en un intento de búsqueda del verdadero significado del concepto de «tutor», tal como debe ahora entenderse en el marco de la responsabilidad por hecho ajeno descrita en el tantas veces referido artículo 1.903».

Está claro que en la práctica pocos casos se van a plantear, ya que hay pocas tutelas y menos defensores judiciales que ejerzan transitoriamente la función de tutor.

(97) Pues si el asunto tuviera tal trascendencia como para que el incapacitado quedara bajo la guarda del defensor judicial, en realidad estaríamos ante el supuesto del art. 299-2.º.

(98) *Responsabilidad civil y guarda legal*, en «Documentación jurídica», núm. 41, enero-marzo, 1984, p. 80.

f) *Guardador de hecho*.—Antes de la repetida reforma del Código civil de 24 de octubre de 1983 no se recogía en ese cuerpo legal la figura de la guarda de hecho, pero la doctrina se ocupaba de la tutela *de facto* estimando que lo que regiría para ella serían las normas de la tutela en general.

Rogel Vide (99), ya después de la reforma, considera que debería responder el guardador de hecho por el guardado *ex* 1.903, pero que al contener este artículo una lista cerrada ello no es posible. Con los mismos argumentos, pero inclinándose por la responsabilidad, Conde Pumpido (100) justifica su postura diciendo: «No sólo por la identidad de fundamento jurídico con el caso del tutor, sino incluso, el guardador de hecho, al asumir voluntariamente la obligación de custodia, perturba la normal constitución del instrumento jurídico de guardaduría legal, con lo cual el cumplimiento de aquél debe serle exigido más estrictamente».

En cambio, Martínez de Aguirre (101) dice que, «tras la reforma de los artículos del Código civil relativos a la tutela, en el término tutores del artículo 1.903, deben entenderse incluidos tanto el tutor pleno como el tutor personal y *también el guardador de hecho*». En el mismo sentido, aunque referido al supuesto ilícito penal (102), se manifiesta Ruiz Vadillo (103).

Por último, Santos Briz (104) mantiene la misma opinión que los anteriores: «Los guardadores de hecho, si bien jurídicamente no son tutores, creo que han de equipararse a éstos en cuanto a la responsabilidad por los actos sometido a esta tutela fáctica, dado que el defecto de vigilancia crea un riesgo para terceros, suficiente para imponerles la responsabilidad, en defecto de bienes del menor (arg.; art. 32, párrafo 2 del Código civil y artículo 20 del Código penal)».

No estimo válido, por el razonamiento que he hecho más arriba (apartado C principio), el argumento de Rogel (105) de la lista cerrada del artículo 1.903, pues no se trata de añadir algo no incluido en el artículo, sino de ver hasta dónde llega su espíritu, exactamente lo que distingue la interpretación extensiva de la analogía.

(99) *La guarda de hecho*, Madrid, 1986, p. 135. Creo que no es argumento el que no figure el guardador de hecho en el art. 1.903, pues cuando se redactó no existía tal figura.

(100) En *Estudios de Derecho civil en honor del Prof. Castán Tobeñas*, T. II, Pamplona, 1969, p. 105.

(101) *En torno al nuevo art. 220 del Código civil*, «RGLJ», 1984, octubre, p. 507, nota 15.

(102) Aunque este autor no lo diga en forma expresa para el ilícito civil, lo más seguro es que, si lo piensa así para el penal, tenga la misma opinión para el civil.

(103) Dice este autor: «La responsabilidad a la que se refiere el artículo 20, regla 1.ª, del Código penal, conforme a la redacción de la Ley de 25 de junio de 1983, es exigible a los tutores y guardadores de hecho, no a los curadores». En *Comentarios a la legislación penal*, Edersa, T. V., vol. I, 1985, p. 381.

(104) *Ob. cit.*, p. 571, nota 13.

(105) *Ob. cit.*, *loc. cit.*

Se trata, desde luego, de un tema que no es sencillo, porque, como dice Bercovitz (106): «La regulación de la guarda de hecho introducida por los artículos 303, 304 y 306 del Código civil es totalmente insuficiente y equívoca. No ha solucionado ninguno de los problemas básicos que planteaba la figura: delimitación de los supuestos contemplados y régimen jurídico aplicable a los mismos». Pues bien, es esa falta de límites precisos en la figura la que hace difícil dar una respuesta segura en el tema que me ocupa. ¿Qué es un guardador de hecho? ¿Está clara la diferencia de esa figura con el gestor de negocios ajenos? Quizá, como opinan Bercovitz (107) y Moreno Quesada (108), uno de los datos para distinguir una de otra sea el ánimo de permanencia que existe en el guardador de hecho y del que puede carecer el gestor de negocios ajenos.

Dentro del concepto de guardador de hecho pueden existir variantes dependientes de circunstancias muy diferentes, y no me parece procedente aplicar en todos los casos el mismo tratado. Algunos de ellos pueden ser asimilables al tutor, en cuya hipótesis creo que sería acertada la postura de entender que no hay razón para dar mejor trato al tutor de hecho que al de la tutela constituida legalmente, y en base a ese principio estimar que el guardador de hecho puede responder por los ilícitos realizados por su guardado, siempre y cuando esa guarda sea asimilable a la que realizaría un tutor en el caso de existir. Está claro que determinar cuáles son esos casos dentro de la guarda de hecho es una cuestión de hecho que tendrá que decidir el juez.

Por otra parte, no hay que olvidar que el guardador de hecho se encuentra entre las personas obligadas a promover la constitución de la tutela. Si no lo hizo, a él corresponde —a tenor del artículo 229— el indemnizar los daños y perjuicios sufridos por la falta de su constitución. Estos, además de ser los padecidos por el patrimonio del menor (109) serán también los producidos por el guardado a un tercero.

(106) En *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 786.

(107) En *ob. cit.*, p. 788.

(108) *El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho*, en «RDP», abril 1985, p. 325.

(109) De este tema, ROGEL VIDE, *La guarda de hecho*, Madrid, 1986, p. 129, dice que el guardador de hecho, aunque a su juicio no es lo más deseable, puede estar contemplado en el art. 229 del Código civil, pero que en todo caso esa inclusión hay que interpretarla restrictivamente, y los daños de los que respondería el guardador, a tenor del mismo, serán en todo caso los producidos al propio menor o incapacitado. Creo que, aun razonando como lo hace Rogel el resultado final es el mismo. Si no responde el guardador de hecho de los perjuicios que el menor o incapacitado causó a un tercero, pero sí de los causados en el propio patrimonio del menor, resultará que éste, al no responder el guardador, lo hará con su propio patrimonio (ex art. 20 C.p. y por analogía 490 C.c.). Eso supondrá un perjuicio en el patrimonio del menor, del que tendrá que responder su guardador por no haber constituido la tutela.

2. Personas responsables según el artículo 20 del Código penal

Dice el artículo 20 del Código penal: «La exención de responsabilidad criminal declarada en los números 1.º, 2.º, 3.º 7.º y 10.º del artículo 8.º no comprende la responsabilidad civil, la cual se hará efectiva con sujeción a las reglas siguientes: 1.ª) De los hechos que ejecutaren las personas señaladas en los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo 8.º, serán responsables civilmente *quienes las tengan bajo su potestad o guarda legal*, siempre que hubiera por su parte culpa o negligencia». No hay, pues, una enumeración específica de personas, como la del 1.903 del Código civil (pues éste menciona «padres y tutores»), sino que el Código penal se limita a hacerlo indirectamente, al mencionar a «quienes las tengan bajo su potestad o guarda legal». Aun así, se entiende que aquellos que los tienen bajo su potestad son los padres, cualquier tipo de padres (por naturaleza o adoptivos) y los tutores (109 bis).

Quizá en este precepto se vea con más claridad que en el 1.903 del Código civil que, fuera de los padres, otros parientes no responden civilmente por ilícitos de los menores. Para que exista esa responsabilidad, el artículo 20 del Código penal exige que los repetidos menores estén bajo la «*potestad o guarda legal*» de la persona en cuestión. Evidentemente, el menor que por una temporada más o menos larga se encuentre al cuidado de un pariente (abuelo, tío, etc.) no se encuentra bajo la potestad de éste, sino que continúa bajo la de sus padres.

Los parientes, en ese caso, todo lo más que tienen sobre el menor es «la guarda», pero no la exigida con toda claridad en el artículo, que es la *guarda legal*. Esta lo sería cuando a su condición de pariente se sumara la de cualquiera de los cargos tutelares que la llevan consigo; cosa que, como ya dije para el artículo 1.903, les haría responder, pero no por su condición de parientes, sino por ocupar un cargo tutelar.

A quienes corresponde la guarda legal sobre menores o incapacitados es a los que ejercen la tutela sobre ellos. No repetiré aquí todo lo expuesto sobre dichos cargos para el artículo 1.903 del Código civil. Véase, pues, allí todo lo referente a tutores, personas sobre quienes recae la obligación de constituir la tutela, curador, defensor judicial y guardador de hecho. Las razones expuestas allí son igualmente válidas aquí.

(109 bis) Las dos expresiones utilizadas en el artículo 20 del Código penal, «bajo su potestad» o «guarda legal» son predicables tanto de padres como de tutores. Ambos tienen bajo su potestad a hijos y pupilos, y también los dos ejercen una guarda legal sobre ellos. Aun así, tradicionalmente parece que al hablar de potestad entendemos más bien que se refiere a los padres, que son los que ejercen la patria potestad. Y al mencionar la guarda legal, a los tutores; cuya potestad sobre los pupilos no se debe a vínculos de filiación sólo, sino al hecho de su nombramiento legal como guardadores.

Las personas llamadas a responder por los menores o incapacitados en el ámbito familiar y cuasi familiar son las mismas, se trate de ilícito civil o penal, cosa que opinaban también los autores (110) antes de la reforma del artículo 1.903 del Código civil y del artículo 20 del Código penal.

El que se trate de idénticas personas, como se desprende del estudio de los dos artículos, a pesar de su distinta redacción, no es ninguna sorpresa, sino más bien algo perfectamente lógico. Sólo hay una responsabilidad civil, y el hecho de que los daños que dan lugar a su nacimiento se hayan producido por un ilícito civil o por una falta o delito es algo totalmente accesorio. En lo fundamental, como es el determinar quiénes son las personas que responden por otro, no puede haber diferencias.

3. Personas por cuyos ilícitos penales o civiles se responde a tenor del artículo 1.903 del Código civil y del artículo 20 del Código penal

A) Artículo 1.903

Según la antigua redacción del repetido precepto, los padres lo hacían por los hijos menores de edad que vivieran en su compañía. Actualmente se refiere tan sólo a los hijos que se encuentren *bajo su guarda*. ¿Qué hijos son esos? Desde luego, sin duda, los menores no emancipados, al igual que antes de la reforma del artículo en 1981, ya que son esos los que se encuentran sometidos a la patria potestad. También responderán de los mayores de edad si están sometidos a la patria potestad prorrogada. Y seguramente en atención a esa figura, novedad de la reforma de 1981, se eliminó de la letra del nuevo precepto la palabra «menores» que no los incluía.

Sin embargo, la responsabilidad ex artículo 1.903 del Código civil de los padres por los daños causados por los actos ilícitos civiles de sus hijos no emancipados, pero mayores de dieciséis años, no me parece razonable, presupuesto que, como luego veremos, no responden por los daños causados por los ilícitos penales de aquéllos. En efecto, aunque en la responsabilidad civil lo que importa es el daño causado, sin tener en cuenta que proceda de ilícito penal o civil, de lo que no cabe duda es de que no respondiendo los padres del daño producido por un ilícito penal, no hay razón mayor para que respondan del causado por uno civil, que en cualquier caso es menos censu-

(110) Expresamente alguno, como ROGEL VIDE, *La responsabilidad extracontractual en el Derecho español*, Madrid, 1977, pp. 132 y 133, y SANTOS BRIZ, *Derecho civil*, T. III, 1975, p. 600. Otros no lo dicen expresamente, pero se desprende tácitamente de sus trabajos, como CONDE PUMPIDO, *Los problemas de la responsabilidad civil por los hechos ilícitos de los incapaces*, en *Estudios de Derecho civil en homenaje al Profesor Castán*, T. II, 1968, p. 75.

rable. Así que yo diría que más que extender, apoyándose en el artículo 1903 del Código civil, hasta los dieciocho años, la responsabilidad de los padres por los daños causados por ilícitos penales de sus hijos, lo procedente es reducirla hasta los dieciséis años, apoyándose en el artículo 20 del Código penal.

a) *Emancipados*.—Los menores emancipados, de acuerdo con el texto del antiguo artículo 1.903, podía ser dudoso si estaban o no incluidos, ya que éste se refería sólo a menores que «vivieran en su compañía», lo que no resultaba demasiado aclaratorio. Parte de la doctrina (111) (de antes de 1981), según recoge León (112), distinguía según cuál fuera la causa de la emancipación. «Si era por matrimonio —dice este autor— se entendía que al cesar la patria potestad y los deberes de educación y vigilancia, debe cesar también la correlativa responsabilidad. Si la emancipación era por concesión, se consideraba que el padre no puede exonerarse de las consecuencias del daño desde el momento en que la conducta lesiva del menor viene a demostrar su propia imprudencia al haber emancipado a quien no merecía serlo. Se ha dicho, por otra parte —continúa León— que de no ser así les sería fácil a los padres, mediante una emancipación apresurada, librarse de la rigurosa obligación que sobre ellos pesa, que la ley se refiere a menores sin diferencias, y que los padres conservan el deber de velar por sus hijos pese a la emancipación». Pero como concluye el mismo León (113), «la distinción es artificiosa y si la emancipación por concesión también pone fin a la patria potestad, no es posible aplicarle a estos menores la regla del 1.903».

En la actualidad, los autores que se ocupan de este punto, como Lacruz (114), Yzquierdo Tolsada (115), Rogel Vide (116), De Angel (117) y Santos Briz (118), opinan unánimemente que el menor emancipado responderá civilmente de los actos ilícitos que cometa, y ello sea cual sea la forma de lograr esa emancipación, por matrimonio o por concesión. Creo que la postura de estos últimos autores

(111) Concretamente PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, T. II, vol. 2.º 1956, p. 689, que dice: «Respecto al hijo emancipado, seguramente debe tenerse en cuenta que se halla incluido en el expresado criterio normativo si efectivamente vive en compañía del padre, o en su caso de la madre. Y DÍAZ PAIRO, *Teoría General de las Obligaciones*, La Habana, 1943, T. II, pp. 58 y ss., que señala que hay que tener en cuenta que los daños causados por el hijo emancipado implican imprudencia paterna en su emancipación. Otros autores, también de antes de la reforma del 81, no compartían esa opinión, así, por ejemplo, SCAEVOLA, *Código civil comentado y concordado*, T. XXXI, 1961, p. 474; CASTÁN VÁZQUEZ, *La patria potestad*, Madrid, 1960, p. 320; BORRELL MACÍ, *Responsabilidad derivadas de culpa extracontractual civil*, 2.ª ed., 1958, p. 159; PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español*, T. IV, vol. 2.º, 1951, p. 578.

(112) *Ob. cit.*, p. 297.

(113) *Ob. cit.*, p. 241.

(114) *Elementos de Derecho civil*, T. II, vol. I, 2.ª ed., 1985, p. 571.

(115) *Ob. cit.*, p. 177.

(116) *Ob. cit.*, p. 1239.

(117) *Ob. cit.*, p. 61.

(118) *Ob. cit.*, pp. 571 y 572.

es la más acertada, ya que el dato fundamental es el de la guarda. Sólo quien tiene patria potestad puede mandar. Carecería de toda lógica el imponer una responsabilidad por la actuación del menor que no se relacione con el tener potestad sobre él. El menor emancipado ha salido de la patria potestad. Sería un contrasentido que no respondiera civilmente por sí alguien al que la ley permite contraer matrimonio, reconocer hijos no matrimoniales y también ostentar y ejercer la patria potestad sobre ellos, e incluso responder por esos hijos a tenor del artículo 1.903 del Código civil y del artículo 20 del Código penal, comparecer en juicio, ser testigo de testamento (si tiene dieciséis años) en ciertos supuestos. Y lo mismo que lo dicho para el menor emancipado, aplíquese al que haya recibido el beneficio de la mayor edad.

El Código civil italiano de 1942, en su artículo 2.048 (equivalente a nuestro artículo 1.903) especifica que los padres responden del daño ocasionado por el hecho ilícito de los hijos menores *no emancipados* (119).

En cuanto a la posibilidad de que el padre responda de los daños causados por el hijo menor emancipado en consideración a que la concesión de la emancipación fue imprudente (120), por conceder la independencia a quien no estaba preparado para ello, no es aceptable que la prueba de dicha imprudencia fuera la realización por el menor emancipado de un acto que dé lugar a responsabilidad. Avanzando por semejante línea de argumentación cuando el acto ilícito lo realizara un mayor de edad, de algún modo podría pensarse que debería responder también su padre, al haber obrado «imprudentemente» por no instar un procedimiento de incapacitación cuya oportunidad *demonstraría* precisamente el acto dañoso realizado por el hijo. En cambio, sí es aceptable, como dice Lacruz (121), que la víctima pueda demostrar que hubo culpa (no hay, pues, presunción alguna, sino que es preciso probarlo) por parte del padre de la víctima al emancipar indebidamente a éste. pero, en el caso, además de la dificultad de semejante prueba, que señala Yzquierdo (122), en ese supuesto respondería el padre por el artículo 1.902 y no por el artículo 1.903.

b) *El menor de edad de vida independiente.*—Hasta la reforma del 13 de mayo de 1981, el artículo que recogía esta figura era el 160 (123) del Código civil y en base a su texto la doctrina se dividía,

(119) El padre y la madre, o el tutor, son responsables del daño ocasionado por hecho ilícito de sus hijos menores no emancipados o de las personas sujetas a tutela, que viven con ellos...» (art. 2.048-1.º del Código civil italiano de 1942).

(120) Argumento éste manejado por DÍAZ PAIRO, *Ob. cit., loc. cit.*, y recogido a su vez por PUIG BRUTAU, *Ob. cit., loc. cit.*

(121) *Ob. cit.*, p. 241.

(122) *Ob. cit.*, p. 177.

(123) «Los bienes que el hijo no emancipado haya adquirido o adquiera con su trabajo o industria, o por cualquier título lucrativo, pertenecen al hijo en propiedad, y en usufructo al padre o a la madre que le tengan en su potestad y compañía; pero si el hijo, con consentimiento de sus padres viviere independiente de éstos, se le reputa-

como recoge Bercovitz (124), en dos bloques. Los que estimaban que se trataba de un supuesto de emancipación tácita, y los que pensaban que el del antiguo artículo 160 era un menor equiparado al emancipado, pero sólo en lo referente a ciertos bienes de su patrimonio. Aun apreciando los argumentos (especialmente históricos, pero también los derivados de una interpretación literal y sistemática) que llevaría a aceptar la segunda postura, el citado autor opta por «una interpretación más amplia del precepto legal, que no hay razón para rechazar. Por el contrario, existe un buen número de argumentos a favor de la misma». Concluye Bercovitz (125) que «la vida independiente del menor no emancipado es una situación jurídica intermedia entre la emancipación y la sumisión normal a la patria potestad» y que «el hijo, por el hecho de la vida independiente, no queda emancipado, y por ello queda sometido a la patria potestad, pero con un contenido disminuido, consistente en una subsistencia virtual de su contenido normal, para el caso en que se ejerza eficazmente (justificadamente) la revocación del consentimiento en que se basa la vida independiente, y en una subsistencia actual de un contenido reducido de la misma, sometido al control de la adecuación de su ejercicio en cada caso concreto».

Para el supuesto del artículo 1.903 objeto del presente trabajo, León González (126) no encontraba razones para equiparar al menor de vida independiente con el menor emancipado, y se mostraba partidario de entender que «la capacidad del menor de vida independiente se da sólo en cuanto a la administración de sus bienes»; por lo que responderá, a los efectos del artículo 1.903, por él sus padres o tutor.

De la misma opinión eran Rogel Vide (127) y Gullón (128), siguiendo a De Castro (129) (nótese que ambos autores opinan no en base al actual artículo 319, sino al antiguo artículo 160 del Código civil).

El actual artículo 319 dice: «Se reputará para todos los efectos como emancipado al hijo mayor de dieciséis años que con el consentimiento de los padres viviere independientemente de éstos. Los padres podrán revocar este consentimiento.» Este nuevo texto más claro que el anterior abona la postura mantenida ya con el del antiguo artículo

rá para todos los efectos relativos a dichos bienes como emancipado, y tendrá en ellos el dominio, el usufructo y la administración» (antiguo art. 160 del Código civil).

(124) Para ver el problema a fondo véase «La vida independiente del menor no emancipado», «ADC», octubre-diciembre 1972, pp. 1083 y ss., y recogido en forma resumida en BERCOVITZ, *Derecho de la persona*, Madrid, 1976, pp. 48 y ss.

(125) *Ob. cit., loc. cit.*

(126) «La responsabilidad civil por los hechos dañosos del sometido a patria potestad», en «Estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán», Pamplona, 1969, vol. VI, p. 298.

(127) «La responsabilidad civil extracontractual por los hechos de las personas sometidas a patria potestad o tutela», en «ADC», octubre-diciembre 1976, p. 1239.

(128) *Curso de Derecho civil, Contratos en especial, Responsabilidad extracontractual*, Madrid, 1972, p. 48.

(129) *Derecho civil en España*, Parte general, T. II, Madrid, 1955, p. 198.

por Bercovitz (130), y esa es ahora la opinión común entre los modernos tratadistas (131).

A los efectos concretos de la responsabilidad del menor de vida independiente ex artículo 1.903, hay que considerar que, aunque ese menor de vida independiente no sea exactamente un emancipado, es algo bastante similar. La diferencia básica estriba en la posibilidad de revocar el consentimiento por parte de los padres (132). Ese carácter de casi-emancipado basta para opinar que debería responder por sí sólo a los daños derivados del ilícito civil que realice. Si la edad precisa para poder realizar esa vida independiente es al menos la de dieciséis años, y con esa misma edad ya se considera al menor aún no emancipado responsable (aunque se le aprecie atenuante de menor de edad) de actos penales y responsables también por sí de la responsabilidad civil que derive de éstos (133) (arts. 8, 19 y 20 del Código penal), parece lógico que el menor de vida independiente responda por ilícito civil.

Por otra parte, el menor de vida independiente puede tener con qué responder, puesto que por definición tiene autonomía económica. Que los menores de vida independiente pueden ser aquellos de más de dieciséis años a quienes se lo permitan sus padres es algo que está claro. Lo que no lo está tanto es si será aplicable por analogía la disposición del 319 a los sometidos a tutela mayores de dieciséis años a los que de hecho su tutor permita llevar dicha vida independiente. En cuanto a esos menores mayores de dieciséis años sometidos a tutela, a los que su tutor permite de hecho llevar esa vida independiente, es razonable opinar que se impone la aplicación analógica del artículo 319 del Código civil (134).

c) *Incapacitados*.—En el tercer párrafo del repetido artículo 1.903 del Código civil, cuando se señalan quiénes tienen que ser los causan-

(130) Obs. citis.

(131) Esta es la opinión de la generalidad de la doctrina. Así, LACRUZ, *ob. cit.*, p. 571; DIEZ PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. I, 5.^a ed., 1984, p. 254; ALBALADEJO, *Derecho civil*, T. I., vol. I, 10.^a ed., 1985, p. 251; SANTOS BRIZ, Comentario al art. 1.903 del Código civil, en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Edersa, T. XXIV, p. 572; O'CALLAGHAN, *Compendio de Derecho civil*, T. I, 1986, pp. 220 y 221; BERCOVITZ, *ob. cit.*, *loc. cit.*; YZQUIERDO, en *Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares*, La responsabilidad civil de menores e incapacitados, 1984, p. 177; PUIG FERRIOL, *Comentarios a la reforma del Derecho de familia*, Tecnos, vol. II, Madrid, 1984, p. 1236; DELGADO ECHEVARRÍA, en *Elementos de Derecho civil*, LACRUZ y otros, T. I, vol. II, 1983, p. 77.

(132) Cosa que, con la mayor parte de los autores (así, LACRUZ, *ob. cit.*, *loc. cit.*; DIEZ PICAZO y GULLÓN, *ob. cit.*, p. 255; BERCOVITZ, *Derecho de la persona*, Madrid, 1976, p. 53. En el mismo sentido, aunque dice que no se desprende así de la redacción del art. 319, PUIG FERRIOL, en *Comentarios a la reforma del Derecho de familia*, vol. II, Madrid, 1984, p. 1239), estimo que los padres no pueden hacer sin un fundamento objetivo.

(133) *Vid.* en este mismo trabajo apartado VI.

(134) La doctrina no es unánime al respecto. A favor PUIG FERRIOL, *ob. cit.*, p. 1237; DIEZ PICAZO y GULLÓN, *ob. cit.*, p. 48; y BERCOVITZ, *ob. cit.*, p. 255. En contra de la aplicación analógica del art. 319 del Código civil, LACRUZ, *ob. cit.*, p. 278.

tes de los perjuicios, para que por ellos respondan los tutores, dice: «...lo son [responsables los tutores] de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía».

Para averiguar quiénes son los incapacitados, lo inmediato es recurrir al artículo 200 del Código civil, que enumera las causas de incapacitación. A tenor de dicho artículo, éstas son: «... las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma».

Dentro de estas causas se puede encuadrar la senilidad avanzada (135) que aqueja a muchos ancianos produciéndoles demencia, enfermedad o, lo que es más frecuente, simplemente una progresiva limitación de las facultades físicas o psicológicas, que les impiden valerse por sí mismos y que, por tanto, hacen oportuna su incapacitación. Se trata de una causa de incapacitación importante, porque afecta a un colectivo muy amplio y que, dada la tendencia de la actual sociedad española al envejecimiento, es previsible que crezca aún más. Una gran parte de estos ancianos se encuentran internados en establecimientos que se ocupan de la atención de las personas de la tercera edad. Frecuentemente sus tutores, en caso de incapacitación, serán o los mismos establecimientos o sus directores (arts. 239 y 242 del Código civil).

¿Se responderá ex artículo 1.903 por *todos* los incapacitados? Aunque creo que en general la respuesta debe ser afirmativa, hay alguna excepción.

De acuerdo con el vigente sistema, los incapacitados pueden tener tutor, curador o defensor judicial (art. 215 del Código civil). Dejo aparte el caso del defensor judicial, pues ya en el apartado dedicado a los distintos cargos tutelares, creo haber dejado claro que o bien su actuación es intrascendente a efectos de responder por su defendido ex art. 1.903 (supuesto del art. 299-1.º), o bien se trata de una situación asimilable totalmente a la del tutor, por cuanto por un periodo más o menos largo hace las veces de éste (supuesto del art. 299-2.º). Así que el defensor judicial responderá ex art. 1.903 de su defendido cuando desempeñe las funciones del tutor por cualquier causa.

Si el incapacitado fue sometido a curatela, no parece que el curador tenga que responder por él, puesto que no se puede decir que el curatelado esté bajo la autoridad de su curador, que en ningún caso va a obrar por él, sino que tan sólo le asistirá «...en aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido» (136).

(135) Sobre este tema *vid.*, BERCOVITZ, *Problemas en torno a la incapacidad y el fallecimiento de los ancianos institucionalizados*, en «Documentos Técnicos del Instituto Nacional de Servicios Sociales», núm. 42, 1986.

(136) Art. 289 del Código civil.

Los tutores responderán, en general, por los incapacitados sujetos a tutela. Se plantea la duda de si lo harán también cuando el incapacitado es mayor de edad y la incapacitación se produjo por enfermedad o defecto físico persistente, que le impida gobernarse por sí mismo (física o materialmente), pero no afecte para nada a sus facultades de discernimiento, pues es la disminución o falta de éstas la razón de su inimputabilidad. Este supuesto que acabo de mencionar me parece altamente improbable, pues lo normal es que los defectos o enfermedades que impiden a una persona mayor gobernarse por sí misma, afecten a esas facultades de discernimiento, o al menos, como dice el artículo 8.3 del Código penal, produzcan una alteración grave de la conciencia de la realidad.

B) Artículo 20 del Código penal

a) *Menores.*—El artículo 8 del Código penal, al que remite el artículo 20 del mismo Código dice en su número 2: «Están exentos de responsabilidad criminal: 2.º) El menor de dieciséis años...». Por tanto, está claro que la legislación penal establece una edad tope menor que la del Código civil y que se es responsable penalmente a partir de los dieciséis años, aunque con la consideración de que el no haber cumplido los dieciocho es una circunstancia atenuante (artículos 9-3.º y 62 del Código penal). Por eso, aquí no se plantea la duda en cuanto al emancipado por concesión ni tampoco el del menor que vive con independencia, puesto que en ambos casos es preciso que hayan cumplido los dieciséis años y, por tanto, su responsabilidad a tenor del Código penal, tanto en cuanto a la pena como a la indemnización civil, le corresponde a él sólo. Pero la duda puede surgir en el caso de un emancipado por matrimonio, que, habiendo obtenido la dispensa de emancipación, contraiga matrimonio antes de los dieciséis años y, por lo tanto, al casarse resulta emancipado antes de alcanzar la edad de responsabilidad criminal. Evidentemente, dadas las características propias del Derecho penal, aunque se haya emancipado, mientras no cumpla los dieciséis años, sigue sin tener responsabilidad criminal. Pero no ocurre lo mismo en cuanto a la responsabilidad civil. Habrá de entenderseles incluidos en el tercer párrafo del artículo 20 del Código penal, que dice: «No habiendo persona que los tenga (a los menores o tutelados) *bajo su potestad o guarda legal* [y, desde luego, un emancipado por matrimonio tenga la edad que tenga no está bajo la potestad ni la guarda legal de nadie], o siendo aquélla insolvente, responderán con sus bienes las propias personas a que hace referencia al párrafo anterior, dentro de los límites que para el embargo de bienes señalan las leyes de Enjuiciamiento civil y criminal». Aunque no existiera ese tercer párrafo del artículo 20, la solución sería la misma, porque, una vez probada la existencia y la comisión del ilícito penal, la falta de capacidad criminal exoneraría al menor de dieciséis años de responsabilidad penal, pero no de la civil. Claro está que para lograr el resarcimiento de

los daños y perjuicios ocasionados habría que ejercitar la acción civil correspondiente.

b) *Incapacitados*.—Dispone el artículo 20 del Código penal que serán responsables civilmente quienes tengan bajo su potestad o guarda legal a las personas señaladas en los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo 8 del mismo Código. Este precepto en su apartado 1.º, párrafo 1, menciona al «...enajenado y al que se halla en situación de trastorno mental transitorio, a no ser que éste haya sido buscado de propósito para delinquir». El apartado 2.º se refiere al menor de dieciséis años. Por último, el tercer apartado se refiere al «...que, por sufrir alteración en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada la conciencia de la realidad».

Lo primero que se aprecia tras la simple lectura de este artículo 8 del Código penal es su falta de coincidencia con el contenido del artículo 200 del Código civil

Topamos aquí de nuevo con otro inconveniente de esa falta de una única regulación de la responsabilidad civil. Cabe plantearse si esa distinta formulación lleva consigo el que se contemple aquí a personas distintas de las mencionadas en el Código civil.

¿Se responde realmente por los actos ilícitos penales de todas las personas mencionadas en el artículo 8 del Código penal, números 1.º y 3.º? Creo que no. Desde luego, sí responderá por los del enajenado quien lo tenga bajo su potestad o guarda legal. En cambio, el que se halle en situación de trastorno mental transitorio no se encuentra bajo la potestad o guarda legal de nadie, precisamente porque se trata de una situación que se presenta de improviso. Por tanto, quien en esa situación realice algún ilícito penal, responderá civilmente por razón del párrafo 2.º de la regla 1.ª del artículo 20.

Evidentemente, por las personas que sufran alteración en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad, sí que responderán los que los tuvieran bajo su potestad o guarda legal.

Relacionando los artículos 1.903 y 200 del Código civil con los artículos 20 y 8 del Código penal, se aprecia que los preceptos contenidos en el Código penal no contemplan el supuesto de personas que sufran alteración de la percepción o tengan alterada gravemente la conciencia de la realidad a partir de un momento posterior al nacimiento o a la infancia.

A pesar de ese olvido, se trata de una situación asimilable a la anterior y, por lo tanto, producirá idénticos efectos.

Aun con las diferencias de redacción que he ido señalando, las personas por cuyos actos ilícitos se responde, en cuanto son inimputables, no por razón de edad, sino por otras causas físicas o psicoló-

gicas, son en el fondo las mismas, tanto para el caso de ilícito civil como para el de naturaleza penal.

Es inexcusable que así sea ya que la razón de la responsabilidad de padres y tutores es la misma en ambos casos.

IV. IMPORTANCIA DE LA EDAD DENTRO DE LA MINORIDAD

1. Introducción

Desde hace bastante tiempo la jurisprudencia francesa, al pronunciarse sobre la responsabilidad civil de los padres por los daños causados por sus hijos menores de edad (artículo 1.384 del Código civil francés) (137) toma en cuenta que dentro de esa minoridad pueden darse diferentes situaciones según cual sea la edad del hijo, entendiendo que la posibilidad real de control que los padres tienen sobre sus hijos no se da por igual durante toda la menor edad. Efectivamente, no es lo mismo un niño en el estricto sentido de la palabra «*infans*» que un adolescente. Sobre el primero el control es y debe ser prácticamente total, no sólo para evitar que dañe a otros, sino incluso para impedir que lo haga a sí mismo; en cambio, no es posible ejercer ese mismo tipo de vigilancia sobre un adolescente, no sólo porque resulte impensable (138) en la realidad cotidiana, sino porque al tener una mayor capacidad es necesario (y no constituye ninguna imprudencia de los padres) darle un mayor ámbito de actuación, el que corresponda a lo normal (139) en su medio social para su edad. Por estas razones la citada jurisprudencia ha creado una nueva categoría los llamados por la doctrina francesa «*grandes adolescentes*» y por la italiana «*grandes menores*» (140), en la que se encuentran incluidos

(137) El antiguo art. 1.384 del Código civil francés decía: «Se es responsable no solamente del daño causado por hecho propio, sino además del causado por hecho de las personas de las que se debe responder, o de las cosas que se tienen en guarda. El padre, y la madre después de la muerte del marido, son responsables del daño causado por sus hijos menores que vivan con ellos».

Este artículo se reformó en 1970, estableciendo la responsabilidad simultánea del padre y la madre.

(138) Como dice DE ANGEL, *Lecciones sobre responsabilidad civil*, Bilbao, 1978, pp. 63 y 64, «...la vida del sujeto a patria potestad o tutela se desenvuelve ordinariamente —se tiene que desenvolver, salvo casos de inhumanidad— en un margen tal de libertad y autonomía que nos resistimos a la fácil y apresurada conclusión de que si el menor o incapacitado produjeran un daño fue porque su padre o tutor no lo vigilaban adecuadamente».

(139) ESMEIN, en PLANIOL-RIPERT, *Traité pratique de Droit civil Français*, T. VI, 1.^a parte, París, 1952, pp. 890 y 891: «... pero el padre no incurre en culpa, cuando deja a su hijo hacer lo que es habitual que un niño esté autorizado a hacer, lo que varía según la edad...».

(140) La expresión «*grandes menores*» es la traducción literal de la empleada por

aquellos cuya edad se acerca a la de la mayoría legal. Obviamente se trata de una categoría sin límites fijos, y será la propia decisión del Juez la que estimará en cada caso concreto si el menor está o no dentro de ella. Estos «grandes menores» tienen capacidad de entender y querer y el ordenamiento les concede una esfera de actuación cada vez más amplia; lo que responde a la propia realidad social de nuestro tiempo. La suma de estos dos factores hace mínimo o imposible el control que los padres pueden ejercer sobre su conducta (141).

Si bien fue la jurisprudencia francesa la pionera en este tema, también la doctrina (142) de este mismo país se muestra partidaria de esa construcción, especialmente Ollier, cuyo trabajo *La responsabilité civile des père et mère*, publicado en 1961 (es decir, bastante anterior a la reforma francesa del Derecho de familia realizada en 1970), examina exhaustivamente el artículo 1.384, párrafos 4 y 7 del Código civil francés, con las sentencias recaídas sobre el tema. Dicho autor concluye, al fin de su estudio, que la jurisprudencia francesa da distinto tratamiento, según los casos, a la responsabilidad civil de los padres por ilícito de su hijo menor: si se trata de un niño en sentido estricto, «*infans*», dado el riesgo que su propia irresponsabilidad lleva consigo, el padre responderá prácticamente siempre, y la posibilidad de exoneración que contempla el artículo 1.384 no se dará nunca (143) en la realidad; en cambio, si se trata de un adolescente, es habitual que el Tribunal exonere a los padres, salvo que se constate que haya existido una falta (en sentido civil) de los mismos.

Ante esa situación propone el citado autor un cambio legislativo que eliminaría la inseguridad del criterio judicial, estableciendo que los padres respondan de los hechos de sus hijos menores hasta un momento determinado de la minoridad, que Ollier fija en los dieciséis años (144), dejando que los daños cometidos por los mayores de esa edad sigan el régimen común.

la doctrina italiana, «*grand minori*». Quizá en castellano sería más correcto hablar de «menores mayores», pero la que utilizo me parece mucho más elocuente y por eso he optado por ella.

(141) No sería posible hoy imaginar la vida diaria de un joven, por ejemplo, de 16 años, sin un amplio margen de libertad de acción, cosa que es más que razonable, si pensamos que a los 18 años es mayor de edad, y por lo tanto plenamente capaz; con lo que no parece lógico que se le prive de una esfera de libertad adecuada a su capacidad de entender y querer que le vaya preparando para la plena capacidad.

(142) H. LALOU, *Traité pratique de la responsabilité civile*, 6.^ª ed., París, 1962, p. 208; OLLIER, *La responsabilité civile des père et mère*, París, 1961, pp. 225 y ss.; LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, París, 1982, p. 674; MAZEAUD, *Leçons de Droit civil*, T. II, vol. 1, 6.^ª ed., 1978; ESMEIN, en PLANIOL-RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, T. VI, 1.^ª parte, París, 1952, pp. 890 y 891.

(143) Salvo casos de fuerza mayor.

(144) También DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. II, 4.^ª ed., 1985, p. 661, opinan que «...a partir de los 16 años la imputabilidad es plena».

El criterio de la jurisprudencia y la doctrina francesas han tenido buena acogida en otros países como Italia (145) y Alemania (146).

A pesar de que hace tiempo que la jurisprudencia francesa ha seguido mayoritariamente (147) la línea mencionada, creo que respecto al tema que me ocupa hay que tomar en cuenta un hecho muy importante común a la mayor parte de los sistemas jurídicos europeos: la reforma más o menos reciente (según los casos) del Derecho de familia ha cambiado básicamente el panorama del mismo. Por lo que toca a lo que aquí más nos interesa, en orden a las relaciones paternofiliales, se ha ido produciendo un debilitamiento de la autoridad paterna (148); lo que, unido a la mayor injerencia del Estado en la educación de los menores, antes reservada casi exclusivamente a los padres, hace que la posibilidad real de éstos en cuanto a la educación y vigilancia de los hijos menores pero de cierta edad resulte muy menguada, cuando no prácticamente inexistente. No es dudoso que la responsabilidad civil de los padres por los ilícitos realizados por sus hijos menores está en íntima relación con el contenido de la patria potestad, y que no es posible entender las dos cosas separadamente. Por tanto si una de ellas cambia sustancialmente es necesario que se produzca a la vez una modificación en la otra. Así que lo adecuado hubiese sido que el legislador de cada uno de estos países, que han reformado su Derecho de familia, hubiese procedido a acoplar a continuación la normativa sobre la responsabilidad civil de los padres. Pero por la razón que sea esto no ha ocurrido en ninguno de ellos, y ha tenido que ser la práctica judicial la que ha debido subsanar el olvido del legislador.

La jurisprudencia italiana, aun cuando los preceptos que regulan la repetida responsabilidad civil en el Código civil italiano se inspiraron en el Código Napoleón, no ha tomado ejemplo de la evolución francesa, y son raras las sentencias en las que, apreciando esa situación de los menores de edad (los llamados «grandes menores») (149),

(145) Por ejemplo: BONVICINI, *La responsabilità civile*, T. I, 1971, pp. 544 y ss.; RESCIGNO, *Manuale de Diritto privato italiano*, Napoli, 1973, p. 656; PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984, pp. 238 y ss.; FORCHIELLI, *Responsabilità civile*, Padova, 1983, p. 48. Y las Sentencias de: Cass. civ., 11 julio 1978, en «RCP», año 1979, vol. XLIV, Milano, 1979; Cass. civ., 30, octubre 1984; Trib. Siracusa, 10 octubre 1977; Trib. Appello Catania, 16 abril 1983. Todas éstas en «Rivista de Responsabilità civile e previdenza», año 1985, vol. I, Milano, 1985, p. 385.

(146) Donde la Sentencia, citada por PATTI, *ob. cit.*, p. 246 («BGH»), 27 noviembre 1979, en «NJW», 1980, pp. 1004 y ss), comienza una nueva línea jurisprudencial.

(147) Así gran número de Sentencias recogidas por LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, París, 1982, pp. 675 y ss.

Por supuesto también se han dictado otras Sentencias, en las que era mayor la exigencia para exonerar a los padres, pero, como menciona LE TOURNEAU, *ob. cit.*, p. 674, núm. 2093, autorizar a un niño a montar en bicicleta, era antiguamente fácilmente considerado como una imprudencia: así, ROUEN, 30 déc. 1913, S., 1914-2-225.

(148) LE TOURNEAU, *ob. cit.*, *loc. cit.*, «El debilitamiento de la autoridad paterna conduce progresiva y paralelamente a atenuar la responsabilidad de los padres, lo mismo que la evolución del modo de vida».

(149) Hay una del 11 de julio de 1978, Cass. Civ., en «Responsabilità civile e

se ha exonerado a los padres. Sin embargo, la doctrina sí que recoge la tendencia francesa, que considera acertada. Algún autor, como Patti (150), al observar que ese criterio no es atendido jurisprudencialmente, sugiere que se adecúe a la tónica de Francia, Alemania o Quebec (151); o, si eso no se lleva a cabo, modificar el Código civil italiano regulando como objetiva (152) la responsabilidad civil de los padres, puesto que es así como la exigen en realidad los Tribunales.

2. Situación en nuestro país

En nuestro país, con preceptos muy similares a los franceses e italianos (nuestro artículo 1.903 del Código civil tiene sus antecedentes directos en el artículo 1.384 del Código civil francés, que también inspiró los actuales artículos 2.047 y 2.048 del Código civil italiano), aunque con la originalidad de que parte de la regulación de la responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos menores está contenida en el Código penal (lo que no afecta al punto que ahora trato), nos encontramos también con un gran cambio legal, pues en 1981 se transforma profundamente nuestro Derecho de familia sin que se modificara a la vez la responsabilidad civil de los padres.

Después de examinar la jurisprudencia recaída (153) sobre el tema

previdenza», año 1979, vol. XLIV, Milano, 1979, pp. 48 y ss. En ella se exonera a los padres de un menor que en el momento de producirse el hecho ilícito tenía 19 años (era el año 1971, y la mayoría de edad a los 18 no llegó para los italianos hasta la Ley de 8 de marzo de 1975) y vivía con la familia de su novia, aunque sin el consentimiento de sus padres. El Juez exonera a sus padres, en lugar de por su cercanía a la mayor edad, que permitiría encuadrarlo en la categoría de «grandes menores», apoyándose en la falta de convivencia con los padres (cosa que no parece tan clara, ya que la parte perjudicada alega que la convivencia con la familia de la novia fue sólo por unos días, y los inculpados no lo niegan). El Tribunal razona —que es lo que a nuestros efectos importa— que por su edad los padres no podían vigilarlo y que de su capacidad para vivir sólo es buena prueba el coche con el que se produjo el accidente lo había comprado el menor con dinero obtenido de su trabajo.

En cambio, otra Sentencia, de 8 de abril de 1975, dice que el mero hecho de tener 18 años y carnet de conducir (cosa que sólo tiene efectos administrativos) no equipara a ese menor con un emancipado y por lo tanto los padres responden por él.

(150) *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984, p. 285.

(151) También allí (su Código procede del de Napoleón) —según recoge PATTI, *ob. cit.*, p. 242— ha evolucionado la jurisprudencia en ese sentido.

(152) Aunque esta es una posibilidad muy criticada por los autores, como el mismo PATTI, *ob. cit.*, p. 284, o BONVICINI, *La responsabilità civile*, T. I, 1971, p. 546.

(153) Es incluso raro que en las Sentencias sobre actos dañosos de menores se mencione la edad de los mismos ni la de sus víctimas, cosa que resulta curiosa teniendo en cuenta además que la edad, combinada con la capacidad de discernimiento del menor, se tenía en cuenta a la hora de atribuir responsabilidad penal (y la civil correspondiente) en nuestros antiguos Códigos penales (así, Proyecto del Código penal de 1821, en su art. 21; Código penal de 1822, art. 23; Código penal de 1848, art. 8.2, y Código penal de 1870, art. 8-2.º).

Antes bien, es frecuente que las Sentencias del Tribunal Supremo digan expresamente que la responsabilidad es independiente del grado de discernimiento del menor,

desde 1980 hasta el momento actual, no he encontrado un solo caso en el que se exonerase a los padres o al menos se moderase la responsabilidad de éstos por las razones que antes he mencionado.

En cuanto a la doctrina, no se ha ocupado ningún actor específicamente de este punto, aunque alguno, como primero León González (154) y más recientemente Pantaleón (155), se acercan al tema. Opina el segundo que «En el campo de la responsabilidad civil extracontractual deben diferenciarse dos supuestos: a) El menor causante del daño es capaz de culpa civil. Supuesto éste en que los padres deben responder del daño salvo que prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenirlo. El menor, por su parte, debe responder también del daño solidariamente con aquél o aquéllos en base a lo dispuesto en el artículo 1.902.b). En cambio, el menor civilmente inimputable sólo responderá subsidiariamente cuando no tenga padres o éstos sean insolventes, o cuando hayan conseguido exonerarse porque emplearon la diligencia necesaria». Pantaleón, aunque sin entrar de lleno en el tema que estoy tratando, sí que señala (como León) la transcendencia de la edad, no por ésta en sí, sino como exponente de la imputabilidad o inimputabilidad civil. También García Vicente (156), aunque sin profundizar, pues no es éste el tema central de su trabajo, señala que «Una de las circunstancias más importantes, a la hora de apreciar qué diligencia era exigible al padre, es la edad». Luego continúa este autor exponiendo algunos casos de jurisprudencia francesa en que se toma en cuenta esa circunstancia, observando que la jurisprudencia española no la ha recogido explícitamente, aunque (según él) lo tiene en cuenta la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 1962 (157).

Lacruz (158) intuye algo de lo que aquí trato cuando dice: «La diligencia exigible para librarse de responsabilidad en los casos en que la ley lo permite es la que estima la gente que debe emplear

como hacen entre las últimas las de 10 de marzo de 1983 y la de 22 de septiembre de 1984.

(154) *La responsabilidad civil por los hechos dañosos del sometido a patria potestad*, en «Estudios en honor del Profesor Castán», vol. VI, Pamplona, 1968, pp. 305 y ss.

(155) En Comentario a la Sentencia de 10 de marzo de 1983, en «Cuaderno de Jurisprudencia civil Civitas», núm. 2, pp. 452 y ss.

(156) *La responsabilidad civil de los padres por actos del hijo menor: causas de exoneración*, en «ADC», T. XXXVII, fascículo IV, octubre-diciembre 1984, p. 1042.

(157) Por mi parte, no encuentro en dicha Sentencia trazas de que en ella se tenga en cuenta la edad de los menores. Se trataba de dos menores (no se dice de qué edad), que disparando una escopeta de aire comprimido hieren en un ojo a un mayor de edad, ocasionándole la pérdida total de la visión en dicho órgano. La víctima cifra «la indemnización que solicitaba en la cantidad de 500.000 pesetas, o en la que se determinara en ejecución de Sentencia». El Juez de Primera Instancia condena a abonar 27.209 pesetas en concepto de daños y además al abono de los perjuicios que se fijasen en la ejecución de la Sentencia. La Audiencia confirma la Sentencia, y el Tribunal Supremo no admite el recurso de casación sin que en los considerandos en que basa dicha decisión se mencione para nada moderación alguna.

(158) *Ob. cit.*, p. 580.

un padre de familia cuidadoso, un maestro diligente, etc., pero nada más: un guardador no podría limitar desusadamente la autonomía de las personas que custodia y educa. La regla acaso podría aplicarse en los accidentes causados por adolescentes que circulan en bicicleta o en velomotor, entendiéndose que no constituye negligencia del padre autorizar a su hijo a usar prudentemente tales vehículos (si consta la habitual prudencia del hijo), necesarios a veces, por ejemplo, para ir a la escuela o el trabajo».

Albaladejo (159), hablando ya más en concreto de la edad, estima que «...da lo mismo que el vigilado tenga o carezca de discernimiento, pues, aun en este caso, estima la ley que en principio una vigilancia adecuada habría evitado el daño». Esta opinión parece opuesta a todo lo que estoy diciendo en este apartado; pero resulta aceptable, matizándola a base de puntualizar *en cada caso la vigilancia adecuada exigible, de acuerdo con la edad y circunstancias del menor*. Esa vigilancia debe ser más exigente si se trata de un niño que si se trata de un adolescente.

Hablando de la patria potestad, Díez-Picazo (160) comenta: «el artículo 154 del Código civil dice que los padres tienen potestad sobre los hijos no emancipados y los hijos tienen la obligación de obedecerles mientras permanezcan en su potestad. Esta obligación de obediencia será de fácil realización cuando el obligado es un niño pequeño, al que se puede dar un cachete, pero no es fácil hacer efectiva la obligación con un muchacho de dieciséis años».

La situación española es, en cuanto a los preceptos legales que regulan el tema, muy similar a la del resto de los países europeos, como ya hemos dicho más arriba. Aunque los autores que he mencionado toquen algo de él, ninguno se ha ocupado concretamente de ese extremo. La jurisprudencia de nuestro país aplica, como la italiana (161), una responsabilidad prácticamente objetiva, sin que ese sea

(159) *Ob. cit.*, p. 495.

(160) *Familia y Derecho*, Madrid, 1984, p. 35.

(161) Más dura es aún la línea jurisprudencial española que la italiana, ya que ésta, al menos en ocasiones, a pesar de que no sea esa su posición habitual, exonera a los padres porque no faltaron a sus deberes de vigilancia y educación de los menores. Por ejemplo, S. Cass. civ. de 30 de octubre de 1984. En un pueblo, un niño de 10 años, al salir de la escuela, en lugar de dirigirse directamente a una clase particular que recibe después de aquélla, pasea lanzando piedras al aire con un tirador, con tan mala fortuna que una de ellas alcanza en un ojo a otro menor que se encontraba en la terraza de su casa, ocasionándole importantes lesiones. El Tribunal exoneró a los padres porque apreció que la educación dada al niño era la correcta, y que tampoco había falta del deber de vigilancia, pues era perfectamente aceptable que a la edad del niño y en un medio rural volviese solo de la escuela. En cambio, en España desconozco la existencia de Sentencias exoneratorias. Aunque GARCÍA VICENTE (en *ob. cit.*, pp. 1051 y 1052) mencione que en los delitos sexuales quiebra la línea objetivista de nuestra jurisprudencia, no es así exactamente. El supuesto que menciona (Sentencia de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo, de 9 de febrero de 1961) se refiere a un delito (estupro) cometido por un menor de edad, mayor de 16 años, en cuyo caso claro

—creo— el sentido de los artículos 1.903 del Código civil y 20 del Código penal. Incluso afirma en varias ocasiones, como, por ejemplo, en la Sentencia de 22 de septiembre de 1984, que «la responsabilidad dimana de omisión propia del padre, madre o tutor de dicho deber de vigilancia, con independencia del nivel de discernimiento del que se encuentra in potestate».

Tras la reforma del Código civil en materia de familia, es claro que se ha producido una disminución en la autoridad paterna, al menos de como se entendía ésta en el momento de la promulgación del Código.

El antiguo artículo 156 del Código civil, desarrollando los efectos de la patria potestad sobre los hijos, decía: «El padre, y en su caso la madre, podrán impetrar el auxilio de la Autoridad gubernativa, que deberá serles prestado, en apoyo de su propia autoridad, sobre sus hijos no emancipados, ya en el interior del hogar doméstico, ya para la detención y aun para la retención de los mismos en establecimientos de instrucción o en institutos legalmente autorizados que los recibieren.

Asimismo, podrán reclamar la intervención del Juez municipal para imponer a sus hijos hasta un mes de detención en el establecimiento correccional destinado al efecto, bastando la orden del padre o madre, con el visto bueno del Juez, para que la detención se realice...»

En cambio, tras la reforma mencionada de 1981, ese largo artículo no tiene ya tal contenido, y tan sólo el actual artículo 154 del Código civil, tras decir (cosa que no se mencionaba antes de 1981) que «La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad...» (161 bis), menciona en su último párrafo simplemente que «los padres podrán en el ejercicio de su potestad recabar el auxilio de la autoridad. Podrán también corregir razonable y moderadamente a los hijos».

Junto a este debilitamiento de la autoridad paterna, la reforma toma en cuenta en multitud (162) de ocasiones la opinión del menor desde los doce años, y eso lo hace porque considera que dicho menor tiene ya cierta madurez (162 bis), que es la que aconseja tomar en cuenta su opinión.

está que no prospera la responsabilidad civil del padre, pero no por la naturaleza sexual del ilícito penal, sino pura y simplemente por la edad del menor y el juego de los arts. 8, 19 y 20 del Código penal.

(161 bis) Lo dicho en este artículo no es más que el desarrollo del art. 10.1 de la Constitución española de 1978.

(162) Como ejemplo de lo dicho sirve lo recogido en los artículos 21-2.º, 92, 154, 162, 165-1.º, 273 del Código civil, etc.

(162 bis) Precisamente por esa madurez, ese «gran menor» no tiene por qué ser más peligroso que un adulto.

Si esto es así en los textos legales, lo es mucho más en la realidad social, que, como siempre, va por delante de las normas, y concede cada vez mayor ámbito de independencia a los menores.

Se puede concluir que hoy en día los menores, especialmente los «grandes menores», gozan, tanto en el plano social como en el jurídico, de un campo de actuación mucho mayor que el que tenían al entrar en vigor el Código civil y el penal. Es lógico, pues, que las normas sobre responsabilidad civil por los actos ilícitos realizados por esos mismos menores, que se basan en la posibilidad de padres y tutores de control sobre ellos, se adecúen a la situación actual.

3. Algunas soluciones posibles

Nuestros textos legales sobre responsabilidad extracontractual de los padres, tanto los contenidos en el Código civil como en el Código penal, no hacen referencia a distintas edades dentro de la minoridad ni a diversas categorías dentro de ésta por razón de aquéllas. A pesar de ello, creo no sólo posible, sino obligado, que la jurisprudencia aprecie en sus decisiones las diversas situaciones dentro de la menor edad y esa categoría de «grandes menores».

Las razones de fondo son las que antes he mencionado. Se ha modificado el Derecho de familia y, dentro de él, la relación de patria potestad. A la vez, la autoridad de los padres, y por ello su posibilidad de controlar a los hijos, ha ido decreciendo paulatinamente. Es preciso, en consecuencia, reformar la responsabilidad civil de los padres; pero no se ha hecho. Es a la jurisprudencia a la que toca «desfacer el entuerto», mientras que no se modifique la normativa legal sobre responsabilidad civil, en ese sentido de adecuar la diligencia debida de los padres al menor concreto de que se trate.

Por el contrario, de una forma errónea a mi modo de ver, nuestros Tribunales han transformado la responsabilidad de los padres en una responsabilidad objetiva, como la del artículo 1.905 del Código civil, puesto que hacen imposible la prueba de que se actuó con la diligencia debida.

Si se mantiene semejante criterio (que, insisto, creo equivocado), lo procedente, como han señalado Patti (163) en Italia y Rogel Vide (164) y Lacruz (164 bis) en España, sería modificar el artículo 1.903 del Código civil, recogiendo en él esa objetivación de la responsabilidad.

(163) *Ob. cit.*, p. 285.

(164) ROGEL, *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español*, Madrid, 1977, p. 140.

(164 bis) LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, T. II, vol. I, 2.ª ed., 1985, p. 568.

A tenor del artículo 3.º del Código civil, el Juez está obligado a interpretar las normas en «relación con la realidad social del tiempo en el que han de ser aplicadas, atendiendo a su espíritu». Lo que en nuestro caso obliga a tener en cuenta esa realidad incontrovertible de la reducida posibilidad de los padres de vigilar y educar (165) a sus hijos menores de *cierta edad*, y a no olvidar la relación directa que las normas sobre responsabilidad civil de los padres tienen con las facultades de éstos (166) para controlar a sus hijos menores.

El mismo artículo 3 del Código civil, en su segundo párrafo, dice que la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas. Lo que exige que, aun tomando en cuenta la situación de la víctima a la que es justo indemnizar, ello se haga dentro de los límites de no crear nuevas víctimas a las que nadie indemniza, los padres. Aunque el mismo artículo 3 en su segundo párrafo, in fine, puntualice que «las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella [la equidad] cuando la ley expresamente lo permita», ello no es óbice para que los Tribunales fallen en este punto de acuerdo con la equidad, ya que el artículo 1.103 del Código civil, hablando de las obligaciones en general (bajo la rúbrica «De la naturaleza y efectos de las obligaciones»), dice que «la responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones, pero podrán moderarse por los Tribunales según los casos». Este artículo es aplicable *a toda clase de obligaciones*; por lo tanto, también a las extracontractuales que carecen de regulación específica en este punto. Pero es que, además, es doctrina continuada del T.S. que este precepto es aplicable a las obligaciones extracontractuales. Así se pronuncian, entre otras muchas, las sentencias del Tribunal Supremo de 13 octubre 1981 (167), 27 junio 1983, 25 marzo 1980, 19 junio 1984, 18 octubre 1983, 22 febrero 1985, 15 diciembre 1984, etc.

Sin embargo, en las sentencias en las que se habla de moderar la responsabilidad extracontractual y se cita como fundamento el artículo 1.103 del Código civil (véanse, por ejemplo, las que acabo de citar), no se trata realmente de supuestos en que el Tribunal Supremo realice dicha función moderadora, sino que son casos en que el resul-

(165) No es que no exista esa posibilidad, pero con una vigilancia bastante más reducida.

(166) Díez-PICAZO, *Derecho y familia*, Madrid, 1984, p. 181, «El padre es responsable de los perjuicios que causan los hijos menores de edad que viven en su compañía; es verdad que el inciso final del art. 1.903 modula la responsabilidad haciéndola cesar cuando se pruebe que se ha observado la diligencia necesaria para prevenir un daño. Mas no por ello deja de ser cierto que el art. 1.903 está presuponiendo un padre que controla todo lo que ocurre dentro de su familia, y que tiene en su mano los resortes necesarios para que las cosas ocurran o no ocurran».

(167) La Sentencia de 13 de octubre de 1981 dice al principio de su primer considerando que «...afirmada por la Sentencia impugnada la realidad del daño sufrido por el demandante en los bienes de su propiedad y el alcance del mismo, moderado conforme a la facultad que los Tribunales concede el art. 1.103 del Código civil, *aplicable a la responsabilidad, sea o no contractual, nacida de negligencia...*».

tado dañoso se produjo por la conducta ilícita de varias personas, es decir, que existió concurrencia de culpas. Por lo tanto, el Tribunal no modera nada; se limita a atribuir a cada uno de los responsables la parte de culpa que le corresponda. Si uno de ellos resulta ser la víctima del daño, como éste se debió, en parte, a su propia culpa, al monto de la indemnización que le correspondería percibir habrá que restarle la parte de a su participación en el resultado dañoso.

El artículo 1.103 del Código civil no es preciso ni está pensado para fundamentar esa distribución de la indemnización por la concurrencia de culpas. Puede permitir, en cambio, que el Juez, aunque haya un único culpable, apreciando las circunstancias del caso, modere la responsabilidad. Una de esas circunstancias se da cuando los autores del ilícito son «grandes menores».

Por otra parte, conviene señalar que hasta el momento presente el Tribunal Supremo ni siquiera ha aplicado la concurrencia de culpas al caso de los padres que responden por el ilícito de sus hijos menores. Sin embargo, curiosamente nuestro más alto Tribunal la aplica sistemáticamente a otros casos de responsabilidad extracontractual: por ejemplo, en el de hechos de dependientes. Incluso lo hace de forma explícita en sentencias en las que la víctima era un menor.

En efecto, la sentencia de 27 junio 1983 contempla el supuesto siguiente: unos niños de edades comprendidas entre los once y los catorce años sustrajeron un artefacto de plástico y unas bengalas de una caseta donde se almacenaban efectos de pirotecnia producidos en una fábrica inmediata a la misma. Uno de los niños, de doce años, manipulando el artefacto, lo golpeó con una piedra, produciendo una explosión, lo que originó al referido menor la amputación traumática de su mano izquierda. En el momento de los hechos, la finca donde se encontraban instaladas fábrica y caseta no estaba vallada totalmente, puesto que la cerca existente estaba deteriorada en varios puntos, y la puerta de la caseta no se encontraba cerrada. El padre del menor herido formula demanda en base al artículo 1.902 para reclamar los daños y perjuicios sufridos por su hijo. El Juez de primera instancia desestima la demanda; la Audiencia confirma la sentencia, y el padre interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo revoca la sentencia de la Audiencia, estimando en parte la demanda.

El Tribunal Supremo estima en su quinto considerando que «de lo razonado (anteriores considerandos) resulta que cooperaron a la producción del evento dañoso las culpas concurrentes de manera sucesiva, imputables, respectivamente, a la entidad demandada y al menor lesionado... No es dable predicar una total absorción de la culpa de la entidad demandada, en razón sobre todo del riesgo que su industria comporta, por aquella otra atribuible a la actuación de un niño de doce años de edad, se está en el caso de haciendo aplicación

de lo que al respecto autoriza el artículo 1.103 del Código civil, moderar la indemnización reclamada en la demanda» (168). Aquí el Tribunal Supremo sí que toma en cuenta la edad del menor y su malicia —los niños entraron procurando no ser vistos por los operarios— y aprecia concurrencia de culpas.

En el mismo sentido cabe citar la Sentencia 17 diciembre 1986. Un ciclista de quince años fue atropellado por un camión, falleciendo aquél a consecuencia de las heridas sufridas. La sentencia toma en cuenta «el comportamiento culposo de la propia víctima cogeneradora del daño», apreciando así la existencia de concurrencia de culpas del conductor del camión y del ciclista, y disminuyendo, por tanto, «sensiblemente la cantidad a satisfacer» en concepto de daños.

El no utilizar la posibilidad de apreciar la concurrencia de culpas puede llevar en algún caso a que la responsabilidad civil exigida a padres o tutores ex artículo 1.903, por hecho ilícito de sus hijos o pupilos, sea mayor que la que se exigiría a tenor del artículo 1.902 a aquellas personas si hubieran sido ellos los autores materiales del mismo hecho ilícito. Supongamos que varias personas mayores de edad con ánimo de juego se dedican a lanzarse piedras entre sí, una de ellas hiere a uno de los jugadores habiendo sido posible determinar quién la lanzó. Se le exigirá a éste responsabilidad civil ex artículo 1.902, pero los Tribunales en este caso aplicarían sin duda el artículo 1.103, ya que la conducta imprudente de la víctima colaboró al resultado dañoso. En cambio, si la pedrea se produce entre un grupo de menores —pongamos que de doce a catorce años— en las mismas circunstancias, el padre o tutor del que lanzó la piedra responderá ex artículo 1.903 de los daños causados, y responderá totalmente, ya que en nuestra jurisprudencia no se aplica el artículo 1.103 si el que produjo el daño es un menor. Se trata de un resultado absolutamente injusto, puesto que no es admisible que, sea como sea, se exija mayor responsabilidad civil por el hecho ilícito realizado por persona de quien se responde por el mismo hecho realizado por el propio responsable.

Además de la oportunidad de apreciar la concurrencia de culpas en los casos de los artículos 1.903, párrafos 2.º y 3.º del Código civil y 20 del Código penal, utilizando el artículo 1.103 del Código civil en el sentido que le es propio, hay que mantener, tomando en cuenta todo lo dicho hasta ahora sobre los «grandes menores», que sería necesario seguir la línea de la jurisprudencia francesa. Si el ilícito civil o penal que causó los daños fue realizado por un «gran menor», es lógico que se pueda exonerar, en su caso, a los padres o guardadores de la responsabilidad que les imponen los artículos 1.903 del Código civil y 20 del Código penal.

(168) El texto, aunque de redacción extraña, es literal.

Dicha exoneración no chocaría ni con la letra ni con el espíritu de ambos preceptos, pues los mismos permiten esa exculpación cuando se empleó toda la diligencia de un buen padre de familia. La forma de determinar cuál sea la diligencia exigible es la de constatar cuál *debe y puede* ser ésta en cada caso. En el de los «grandes menores» será la que permita la propia autonomía del menor, que la ley y la propia sociedad han venido ampliando. De acuerdo con estas premisas, en muchas ocasiones el padre podrá exonerarse, ya que, de acuerdo con la edad y circunstancias (169) del menor, no podrá decirse que existió por parte de aquél una conducta negligente.

Ya he dicho más arriba que la de los «grandes menores» es una categoría que carece de límites fijos, no es posible determinar previamente con exactitud desde qué edad se entra en ella. Son varios los factores que hay que tomar en cuenta para averiguarlo en cada caso, y en última instancia es al Juez al que corresponde apreciarlos.

En el trabajo de Ollier (170), repetidamente citado, proponía este autor como edad, a partir de la cual los padres no respondían civilmente de los ilícitos de sus hijos menores, la de los dieciséis años. Seguramente hoy habría que rebajar el listón en algunos casos. Téngase en cuenta que en la fecha del trabajo de Ollier (171), 1961, la mayoría de edad estaba situada en los veintiún años, y que en el tiempo transcurrido desde entonces hasta ahora la evolución social en el sentido más arriba mencionado ha sido especialmente intensa.

Hay que tomar en cuenta, además, que la edad del menor no es criterio único para exculpar o no a los padres, sino que hay que ponerla en relación con la actividad que éstos le permitan y que ocasiona el daño. Así, quince años es edad suficiente para que los padres de un muchacho permitan a éste circular en bicicleta, sin que ello pueda considerarse por su parte una actitud negligente en un medio rural. En cambio, lo mismo en Madrid puede considerarse una imprudencia.

Si es la propia sociedad la que permite, e incluso impone, una mayor autonomía a los menores que han alcanzado cierta edad y cierta madurez, no es aceptable en modo alguno que los riesgos provocados por esa actitud de toda la comunidad (172) social recaigan sólo

(169) Por ejemplo, la permisividad de los padres, en cuanto a que el niño vaya solo al colegio a determinada edad, puede ser irrepachable en un medio rural y una clara imprudencia si se da en un medio urbano. Así lo opina la Sentencia de 26 de junio de 1984, del Tribunal italiano de Cass. civ., en «Rivista de Responsabilità civile e previdenza», vol. L, 1985, p. 387.

(170) *La responsabilité civile des père et mère*, París, 1961, p. 226.

(171) *Ob. cit.*, loc. cit.

(172) Como dice BONVICINI, *ob. cit.*, p. 546, para el sistema italiano «existe un concepto de riesgo lícito que presupone una cierta confianza sobre una autosuficiencia y un autocontrol del mismo joven, por lo que serían hoy injustas las aplicaciones de los arts. 2.047-1.º y 2.048 (arts. que regulan la responsabilidad civil de los padres

sobre los padres, a los que esa misma comunidad ha impedido tener un control más efectivo sobre sus hijos menores, en lugar de recaer sobre toda la sociedad (incluidas las víctimas de los daños).

Parece lo más razonable no fijar una edad determinada, sino una banda amplia que comprenda desde la salida de la infancia y comienzo de la adolescencia hasta el momento en que se alcance la mayoría de edad. Dicha banda podría situarse, pues, entre los doce y los dieciocho años.

Los Tribunales deberían moderar en algunos casos la responsabilidad de los padres o incluso exonerarles de ella cuando se puede probar que *utilizaron toda la diligencia que un buen padre de familia podía poner dadas las circunstancias, y muy especialmente la edad de sus hijos*.

Todo lo dicho en este apartado podría decirse también si se trata de tutor y pupilo, ya que, evidentemente, también el tutor responde de su pupilo porque tiene sobre él unas facultades que le permiten controlarlo. Y si es cierto que la autoridad paterna se ha debilitado, la situación con respecto a la del tutor no es diferente.

El tema importantísimo de quién responde por los daños causados por ese «gran menor» si se modera la responsabilidad de los padres o incluso se les exonera, de acuerdo con lo que he expuesto más arriba, se resuelve como en los casos en que no existe padre o guardador, o éste es insolvente: responde el propio menor con sus bienes (173). en base a los artículos 1.902 del Código civil y 20 del Código penal por analogía. En el supuesto de que el menor carezca de bienes que, seguramente, será lo que suceda con más frecuencia, está claro que la víctima se quedará sin indemnización. Ello es lamentable, pero no más que lo es el que esto mismo suceda cuando el daño lo causó un mayor de edad insolvente (174). Lo que está claro es que, como dice Blanc (175), «la jurisprudencia ha confundido a menudo a los padres de los menores con una compañía de seguros de automóviles».

y tutores en el Código civil italiano), que no tuvieron en cuenta el cambio de la realidad social, en el ámbito de la cual se encuentra encuadrada la diligencia debida «in educando» y «in vigilando».

(173) Sobre el tema de cómo y cuándo responde el menor con su patrimonio ver apartado VI.

(174) En esta línea se manifiesta PANTALEÓN, en Comentario a la Sentencia de 22 de septiembre de 1984, en «Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil», núm. 6, p. 1990.

(175) *La responsabilité des parents*, París, 1952, p. 3.

V. LA RESPONSABILIDAD DE PADRES Y TUTORES POR LOS ILICITOS REALIZADOS POR SUS HIJOS O PUPILOS: ¿DIRECTA O SUBSIDIARIA?

1. La responsabilidad del artículo 1.903 del Código civil

La redacción del citado artículo nada nos aclara al respecto. Veamos, pues, los antecedentes del mismo para ver si arrojan algo de luz sobre este punto.

García Goyena, en su comentario al artículo 1.901 (176) del Proyecto de 1851 (artículo equivalente al actual 1.903 del Código civil), tratando del carácter de la responsabilidad civil que en el mismo se recoge, dice: «...Pero téngase presente el artículo 18 del Código penal [al Código penal al que hace referencia García Goyena es obviamente el entonces recién promulgado de 1848]. En él se declara *subsidiaria* la responsabilidad civil de los amos, maestros y personas dedicadas a cualquier género de industria por los delitos o faltas de sus criados, discípulos, oficiales, aprendices o dependientes en el desempeño de su obligación o servicio. *Subsidiaria*, pues, debe ser también la responsabilidad civil en los casos de los párrafos 4 y 5 de este artículo (177), porque no debe ni puede ser más fuerte e intensa la responsabilidad por *simple culpa o negligencia* que la procedente de *falta o delito*. Por la misma razón debe reputarse aquí *subsidiaria* la responsabilidad de los padres y tutores, pues que lo es según el número 2 del artículo 16 del Código penal». Efectivamente, el artículo 16.2 del Código penal de 1848 decía: «En los casos de los números 2.º y 3.º (178) responderán con sus bienes los menores de quince años que ejecuten el hecho penado por la ley. Si no tuvieren bienes, responderán sus padres o guardadores en la forma expresada en la regla primera...» (179).

(176) «La obligación expresada en el artículo precedente [el 1.900 del Proyecto, que es el equivalente al actual 1.902] no se limita a la reparación de los perjuicios ocasionados por un hecho propio, sino que se extiende a la de los causados por el hecho de las personas que uno tiene bajo su dependencia, o por las cosas de que uno se sirve o tiene a su cuidado. En su consecuencia, el padre y la madre viuda son responsables de los perjuicios causados por los hijos que están bajo su potestad, y viven en su compañía. Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores que están bajo su autoridad y en su compañía. Esta disposición se extiende a los curadores de los locos o dementes...». Art. 1.901, proyecto de Código civil de 1851.

(177) Los párrafos 4.º y 5.º del art. 1.901 del proyecto de 1851 decían así: «Lo son igualmente [responsables] los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus domésticos en el servicio de los ramos en que los tuvieren empleados. Y lo son, por último, los maestros o directores de artes y oficios respecto a los perjuicios causados por sus alumnos o aprendices, mientras permanezcan bajo su custodia».

(178) Se refiere a los núms. 2.º y 3.º del artículo 8 del Código penal, que declara quiénes están exentos de responsabilidad criminal: 2.º El menor de 9 años, y 3.º El mayor de 9 años y menor de 15, a no ser que haya obrado con discernimiento».

(179) «Son responsables civilmente... a no hacer constar que no hubo por su parte culpa ni negligencia».

Pero sucede que este sistema de responsabilidad directa de los menores y subsidiaria de sus padres o tutores *no* era el que en el mismo artículo 16 número 1 del Código penal de 1848 se establecía para el caso de los locos o dementes, pues en este supuesto la responsabilidad de los guardadores era *directa*: «1.ª) En el caso del número 1.º son responsables civilmente por los hechos que ejecuten los locos o dementes, las personas que los tengan bajo su guarda legal, a no hacer constar que no hubo por su parte culpa ni negligencia». El artículo 16 del Código penal de 1848 establecía, pues, un sistema diferente para los que respondieran por menores (padres o tutores) —responsabilidad directa de los menores y subsidiaria la de los padres o tutores— y para los que respondieran de locos o dementes (personas que los tuvieran bajo su guarda legal), responsabilidad directa de los guardadores, y si éstos no existieran, del propio loco (180).

Goyena no toma en cuenta esta diversidad de regímenes. Parece como si entendiera que esa subsidiariedad alcanza a todos los supuestos del artículo 1.901 del Proyecto de 1851 (181), pues así lo señala en el Comentario al artículo 1.905 (182) del Proyecto, equivalente a nuestro actual 1.904. El comentario de García Goyena a este artículo dice: «Pero la acción que aquí se concede espresamente a los amos no puede negarse a todos los demás responsables por el artículo 1.901, porque todos lo son subsidiariamente, según he observado en los comentarios del mismo». Téngase en cuenta que en el artículo 1.901 del Proyecto, en cuanto nos interesa, habla de que «...el padre y la madre viuda son responsables de los perjuicios causados por los hijos que están bajo su potestad y viven en su compañía. Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores que están bajo su autoridad y en su compañía. Esta disposición se entiende *a los curadores de los locos o dementes*». Así que todo parece indicar que Goyena olvidó el diverso tratamiento que daba el Código penal de 1848 a menores, por una parte, y a locos o dementes por otra, aplicando, con el único (y falso) argumento de que así lo hacía el Código penal, el régimen que éste establecía únicamente para los menores (sometidos a tutela o a la autoridad de sus padres) tanto a los menores como a los dementes.

García Goyena basa, pues, toda su argumentación de la subsidiariedad de la responsabilidad de padres y tutores, y también (aunque

(180) Art. 16 del Código penal de 1848, regla 1.ª, 2.º párrafo: «No habiendo guardador legal, responderá con sus bienes el mismo loco o demente, salvo el beneficio de competencia *en la forma que establece el Código civil*». Lo que he subrayado lo hago porque en aquel momento aún no había Código civil.

(181) Ya que cuando en el comentario al art. 1.901, dice que la responsabilidad de padres y tutores es subsidiaria, no menciona para nada (ni tampoco, claro, para excluirla de ese régimen) a la de los guardadores de locos o dementes, y eso me hace pensar que no se dio cuenta de que el Código penal de 1848, no imponía el mismo régimen para todos los casos.

(182) «El que satisface el importe de los daños causados por sus domésticos o dependientes adquiere acción para repetirlo contra el dependiente o doméstico que resulta verdaderamente culpable por su falta o negligencia».

erróneamente) la de los guardadores de los locos, en una única y exclusiva razón, que ese era el criterio del Código penal en el mismo punto y que es un absurdo dar tratamiento más duro a la responsabilidad civil procedente de ilícito civil que a la procedente de ilícito penal. Esto —repito— era admisible en el caso de los menores, pero no para locos o dementes.

Pero es que en 1870 se reforma el Código penal y justamente el tema de la responsabilidad civil cambia totalmente en cuanto a los menores, a los que el nuevo artículo 19 del Código penal va a dar el mismo trato que daba el derogado Código de 1848 a los locos o dementes, es decir: «1.^a) En los casos 1.º, 2.º y 3.º son responsables civilmente por los hechos que ejecutare el loco o imbécil y el menor de quince años que no haya obrado con discernimiento, los que los tengan bajo su potestad o guarda legal, a no hacer constar que no hubo por su parte culpa o negligencia». Y es precisamente este nuevo Código penal el que está en vigor cuando se termina el Proyecto de Código civil de 1882-88, y también al promulgarse por fin el Código civil de 1889. Ambos textos nada aportan en cuanto a que pretendan imponer para padres y tutores únicamente una responsabilidad subsidiaria, y, si el argumento manejado por García Goyena era el de que así lo establecía el Código penal, dicho argumento cae desde el momento en que el Código penal vigente al tiempo que ultimaban los trabajos preparatorios del Código civil y al momento de la promulgación de éste establecía que dicha responsabilidad no era subsidiaria, sino directa. Siendo esto así en el momento en que se promulgó el Código civil, y, no habiendo variación alguna al respecto, cabe afirmar que hoy sigue siendo directa y no subsidiaria la responsabilidad de padres y tutores por los actos ilícitos de naturaleza civil realizados por sus hijos o pupilos, menores o incapacitados.

2. La responsabilidad del artículo 20 del Código penal. La aplicación del artículo 1.903 del Código civil al menor, mayor de dieciséis años, que haya cometido un ilícito penal.

Históricamente, esa responsabilidad fue en un principio subsidiaria para el supuesto de los menores, y directa para los guardadores de los locos (ver Código penal 1822, artículo 27, y Código penal 1848, artículo 16) (183). Después, con el Código penal de 1870 (184) desa-

(183) Art. 27 del Código penal de 1822, «...el padre, abuelo o bisabuelo, respecto de los hijos..., entendiéndose que esta responsabilidad debe ser subsidiaria en defecto de bienes propios del delincuente... Tercero: Los tutores y curadores... respecto de los menores de 17 años... en cuanto no alcancen los bienes que a éstos pertenezcan... Los obligados a *guardar a la persona del que esté en estado de demencia o delirio* respecto del daño que éste cause por falta del debido cuidado y vigilancia en su custodia...». Art. 16 del Código penal de 1848 «En el caso del núm. 1.º [el loco o demente, a no ser que haya obrado en un intervalo de razón] son responsables de las personas que los tengan bajo su guarda legal, a no hacer constar que no hubo por parte culpa

parece la subsidiariedad prevista para el caso de los menores, que pasa a ser directa como la de los guardadores de los locos; carácter que han conservado ambas responsabilidades hasta hoy en el artículo 20 del Código penal vigente. La afirmación que acabo de hacer está relacionada con un importante problema: el de si la responsabilidad civil del menor de edad, mayor de dieciséis años, por los daños ocasionados al cometer una falta o delito, solamente puede reclamarse al mismo menor, o si puede también exigirse a los padres o tutores de éste.

Si esta responsabilidad se rige, como estimo, tan sólo por las normas contenidas en el Código penal, teniendo en cuenta que, según el artículo 20-1.^a, los padres y tutores responden civilmente por los hechos ilícitos de naturaleza penal que hayan realizado sus hijos o tutelados, que carecen de responsabilidad penal, y que el artículo 8 del mismo Código penal dice que, entre estas personas, se encuentran los menores de dieciséis años, parece que se puede concluir que dicha responsabilidad penal alcanzará única y exclusivamente al propio menor, mayor de dieciséis años, sin que quepa por tanto dirigirse, ni siquiera en forma subsidiaria, contra los padres o tutores de éste.

En cambio, si se admite la posibilidad de aplicar al supuesto del menor, mayor de dieciséis años que haya causado daños cometiendo un ilícito penal, el artículo 1.903 del Código civil, podría entenderse que responderán sus padres o tutor si él resultara insolvente.

En la doctrina no existe una opinión unánime en cuanto a la solución de este problema. Se puede decir que la opinión mayoritaria es la de estimar que los padres, por un camino o por otro, responden también de los daños nacidos de ilícito penal cometido por un mayor de dieciséis años y menor de dieciocho. A mi juicio, en ese caso, los padres o tutores carecen absolutamente de responsabilidad.

Alonso Prieto (185) dice que el Código penal, guardando silencio sobre este problema, ha provocado la desorientación que hoy padecemos, y analiza a continuación las posibles soluciones (186) que la cues-

ni negligencia... 2.^a En los casos de los números 2.^o y 3.^o [menores de 9 años y mayores de 9 y menores de 15, a no ser que hayan obrado con discernimiento] responderán con sus propios bienes los menores de 15 años que ejecuten el hecho penado por la ley... Si no tuvieren bienes, responderán los padres o guardadores en la forma expresada en la regla 1.^a [es decir, a no hacer constar que no hubo por su parte culpa o negligencia]...».

(184) Art. 19 del Código penal de 1870.

(185) *Derecho sustantivo privado: por qué no están los padres en el art. 22 del Código penal*, en «Estudios de Derecho de la circulación», Gijón, 1972, p. 21.

(186) Dice ALONSO, *ob. cit., loc. cit.*, que: «1.^o El art. 22 del Código penal silencia a los padres porque los exonera de responsabilidad. El silencio es expresivo de radical y definitiva exclusión. Los padres, como tales padres, no son nunca responsables de las consecuencias civiles derivadas de ilicitudes penales cometidas por los hijos en potestad mayores de edad penal.

2.^o Los silencia, pero no los excluye. La omisión del art. 22 lo único que significa es que la responsabilidad no puede acordarse en el proceso penal, sino en el nivel

ción le sugiere. Finalmente, opta por pensar que, aunque el artículo 22 silencia a los padres a la hora de enumerar responsables subsidiarios, eso no es obstáculo para poder acudir a las normas del Código civil. Fundamenta este autor su opinión de que los padres y tutores responden subsidiariamente, por los daños causados por el delito o falta de un mayor de dieciséis años y menor de dieciocho que haya resultado insolvente, en dos argumentos: en cualquier caso se trata de responsabilidad civil y las condiciones sustantivas de la responsabilidad contenidas en uno y otro artículo (22 del Código penal y 1.903 del Código civil) son idénticas (187).

Soto Nieto (188) observa «una diferencia o falta de correlación entre sendas regulaciones penal y civil», y considera que es posible reclamar daños y perjuicios al padre o guardador del mayor de dieciséis años, menor de dieciocho, insolvente, ex artículo 1.903.

La argumentación (189) de Soto Nieto parte de la eficacia general

subiguiente. Este punto de vista lo que en definitiva viene a sostener es que se trata de acciones no acumulables a la penal, en función de la diversidad de supuestos en que se asientan respectivamente el art. 22 del Código penal y el 1.903 del Código civil, fundamentalmente en lo tocante al principio de responsabilidad y al modo de anudarse, objetiva y subsidiaria en un caso, subjetiva y directa en el otro.

3.º Los silencia, pero los incluye tácitamente, los comprende.

4.º Los silencia, pero ello no es obstáculo para acudir a las normas del Código civil. En este sentido, el artículo 22 no significa una exclusión, sino una duplicidad parcial, innecesaria y perturbadora. Por otra parte, las condiciones sustantivas de responsabilidad del artículo 22 y las del 1.903 son rigurosamente idénticas».

(187) *Ob. cit., loc. cit.* Dice ALONSO textualmente: «a) Que la fuente de la obligación es el hecho ilícito, y en este sentido la penalidad es una calificación inocua en la configuración sustantiva de aquella obligación, porque las condiciones sustantivas de responsabilidad civil nada tienen que ver con la adjetivación del ilícito; b) Que la penalidad es operante en materia de competencia y procedimiento, pero sólo en estos dos aspectos, y c) Que el contenido del art. 22, en lo tocante a las condiciones sustantivas de responsabilidad, es idéntico al 1.903, salvo en un matiz, y en consecuencia, la omisión de la relación padre-hijo en aquél no es quizá, más que una imprevisión, no una exclusión, no una definición; acaso sea una remisión. En conclusión, ha de allegarse a la afirmación fundamental de que la obligación de resarcir es una consecuencia de la ilicitud del hecho. La especificidad penal no añade ni resta nada a la configuración de aquella obligación. Lo que cuenta es el daño privado y su reparación. Que además la acción constituya un atentado a los intereses públicos, eso es cosa que tiene que ver con la represión, con la pena, no con el derecho de resarcimiento».

(188) *La responsabilidad civil del ilícito culposo*, Madrid, 1982, pp. 199 y ss.

(189) SOTO NIETO, *ob. cit., loc. cit.*, opina que: «La remisión general a las disposiciones del Código penal llevada a efecto por el artículo 1.092 del Código civil no supone que el legislador de 1888 incurriese en un espejismo. Quiso, de un lado, respetar regulaciones futuras que aquel texto sancionador pudiera acoger, y, de otro, respetar y otorgar preferencia a esta ordenación específica de la responsabilidad civil *ex delicto*, contando con que, en lo demás, habría de prevalecer la general proyección aplicativa del Código civil. Todo ello nos lleva como de la mano a la conclusión de que, fuera y además de las disposiciones del Código penal seleccionable en orden a la determinación y fijación de la responsabilidad civil derivada de ilícitos cometidos por menores de edad civil, la general ordenación contenida en los artículos 1.902 y 1.903 del Código civil debe conservar intacta su potencialidad aplicativa cuando aquellas prioritarias previsiones se muestren insuficientes o fallidas. Ha de eliminarse toda diferencia de trato entre unos y otros supuestos —ilícitos atribuibles a menores que

de las normas del Código civil, derecho supletorio general. Además, entiende que si el padre responde ex artículo 1.903 del ilícito civil de los menores hasta la mayoría de edad, debe hacerlo también en el caso del ilícito penal, que es más grave.

Conde Pumpido (190) señala que «lo cierto es que en el Código penal no hay base legal para declarar la responsabilidad civil subsidiaria del padre o guardador legal del menor de edad civil, pero plenamente capaz, y que la responsabilidad por acto ajeno declarada en el artículo 1.903 del Código civil tiene, como ya hemos repetido, carácter principal y naturaleza puramente civil, basándose no en la existencia de una acción “ex delicto”, sino en la propia culpa civil del responsable». Sigue el mismo autor explicando que, aun así, es posible accionar en la vía civil en el caso que estoy estudiando, ya que, a juicio de Conde Pumpido, también las normas civiles regulan los actos ilícitos penales cuando se acude a la jurisdicción civil. Las razones en las que se apoya son que el Juez civil puede aplicar cualquier norma civil, y las contenidas en el Código penal sobre responsabilidad civil lo son. Los delitos o faltas no son más que un subgrupo de los ilícitos, luego las normas civiles de ilícitos se pueden utilizar como derecho supletorio.

Por último, entiende este autor también que si el padre responde por los ilícitos civiles del mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, sería absurdo que no lo hiciera por los penales, que son más graves.

Concluye Conde Pumpido (191): «No nos hallamos, pues, ante un conflicto de normas entre el artículo 19 del Código penal y el 1.903 del civil, como parece creer Antón, sino frente a dos regulaciones compatibles, cada una con su propio ámbito y que pueden ser aplicadas alternativamente según la vía y fundamento que se elija para ejercer la acción civil... La elección de una u otra vía será problema de oportunidad, en el que jugará factor importante la solvencia o insolvencia del menor responsable del delito».

Rogel (192) recoge y hace suyos los argumentos de Conde Pumpido.

queden dentro o extramuros del orden represivo penal—, máxime cuando, con frecuencia, circunstancias azarosas hacen caer el conocimiento del hecho en una u otra banda del orden jurisprudencial. Como afirma CONDE-PUMPIDO, resultaría anómalo y constituiría un contrasentido que el padre o guardador se le impusiera una responsabilidad por los hechos ilícitos de los menores de 18 años y mayores de 16, en el supuesto más leve y disculpable de que tales hechos constituyeran mero ilícito civil y, en cambio, se les exonerase de tal responsabilidad en el caso más grave de que el hecho, además de su ilicitud civil, constituyera además un ilícito penal. Son dos regulaciones que no se repelen, sino que se complementan, siempre que se actúe en la esfera jurisdiccional propia de cada una de ellas».

(190) *Ob. cit.*, p. 96.

(191) *Ob. cit.*, p. 97.

(192) *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español*, Madrid, 1976, pp. 136 y 137.

Lacruz (193) recoge distintas posturas a favor y en contra, y se muestra dubitativo. «En contra de tal gravamen [el de que los padres respondan subsidiariamente por los ilícitos penales de los menores de dieciocho años y mayores de dieciséis] se alega que el Derecho de Partidas (7,15,5) no lo establecía, y en ese supuesto se redactó el Código penal de 1848 en términos semejantes al actual; además, no parece que pueda imponerse una responsabilidad no declarada por la ley; sin embargo, la aplicabilidad del artículo 1.903 a los supuestos de delito del hijo podría justificarse mediante la suplencia general del Código civil a través del artículo 4.º-3, y a “fortiori”, si el padre responde por ilícito civil, parece que con mayor razón debe responder por delito o falta del menor».

Pantaleón (194) opina que hay una sola acción para pedir la responsabilidad civil, y que «el juez civil o penal que decida sobre dicha única acción de resarcimiento del daño aquiliano puede escoger libremente (*iura novit curia*) la norma del Código civil o penal en que, atendidos los hechos probados, mejor pueda apoyarse la pretensión indemnizatoria del demandante».

Desde luego, no hay duda de que existe una única responsabilidad civil, ya nazca ésta de delito o falta o de ilícito civil. Pero creo que no es posible hablar de concurso de normas en este punto concreto que ahora examino.

Ninguno de los autores que he mencionado examina a fondo que en el Código penal de 1848 aparece una disposición conectada muy directamente con el tema en estudio, el entonces artículo 15, situado en el capítulo II del mismo, bajo la rúbrica «De las personas responsables civilmente de los delitos y las faltas». Decía así: «TODA persona RESPONSABLE CRIMINALMENTE de un delito o falta LO ES TAMBIEN CIVILMENTE». Esa regla ha existido en todos nuestros Códigos penales hasta el hoy día vigente (art. 19 del Código penal) y además con idéntica redacción. De acuerdo con este precepto, los mayores de dieciséis años, como no están exentos de responsabilidad criminal a tenor del artículo 8.2 del Código penal, responderán civilmente por las faltas o delitos que ellos hayan cometido. Se trata de una regla clara y tajante. Pero ¿cuál es su razón?, estima el legislador que el mayor de dieciséis años tiene la capacidad de querer y entender que le hace imputable. Luego, él cumplirá la pena que se le imponga por el delito o falta cometido. Y si su capacidad le permite cumplir esa pena, no hay duda de que también le permite *pagar* los daños causados. Otra cosa es que tenga o no patrimonio para hacerlo, pero eso es algo irrelevante para imponerle esa responsabilidad.

El razonamiento manejado por casi todos los autores, de que si el padre responde ex art. 1.903 hasta los dieciocho años por ilícito

(193) *Elementos de Derecho civil*, T. II, vol. 1, 2.ª ed., 1985, p. 569.

(194) *Comentario a la Sentencia de 10 de marzo de 1983*, en «CCJC», núm. 2, p. 456.

civil con más razón habrá de hacerlo hasta esa misma edad si el ilícito que dio lugar a la responsabilidad es penal, que es más grave, es un razonamiento totalmente falso. Los padres, en realidad, no responden del ilícito civil ni del penal en sí del hijo. Los padres responden en ambos casos del daño, no del hecho que lo provoca. Por lo tanto, no hay más gravedad porque proceda de ilícito civil o penal. Dependerá de cuál sea el valor de dichos daños en cada caso.

El argumento de la aplicación a los supuestos de responsabilidad civil derivada de delito o falta de las normas contenidas en el Código civil por su carácter supletorio general, y porque, a fin de cuentas, los delitos o faltas son un subgrupo de la categoría general de actos ilícitos, tiene respuesta. El artículo 1.902 del propio Código civil dispone que «Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código penal». Aun así, se me podría decir que, si no está regulado entre estas normas, lo regularán las del Código civil. Pero es que *sí* está regulado entre el artículo 19 del Código penal (que establece que los responsables penalmente lo son también a efectos de responsabilidad civil) y el artículo 20 del mismo Código penal (que determina quiénes son los *no* responsables penalmente en conexión con el artículo 8.º del Código penal).

Resumiendo, si el Juez civil se ocupa de un caso de responsabilidad civil por daños nacidos de un *ilícito penal*, no creo que sea posible que aplique tanto las normas que sobre este tema contiene el Código civil como las contenidas en el Código penal. A tenor del artículo 1.092 del Código civil y los artículos 8 y 19 del Código penal, tendrá que aplicar *necesariamente* las del Código penal. Evidentemente, si es el Juez penal quien se ocupa de la responsabilidad civil derivada de daños causados por *ilícito*, deberá aplicar las normas contenidas en el Código penal.

Por lo que toca a los argumentos manejados por Alonso Prieto (195) de que la responsabilidad subsidiaria de los padres silenciada en el artículo 22 del Código penal no excluye dirigirse al 1.903 del Código civil, y que las condiciones sustantivas de ambos artículos son rigurosamente idénticas, disiento de ellos. Desde luego, las condiciones sustantivas de ambos artículos no son rigurosamente idénticas. Por lo pronto, la responsabilidad de las personas contempladas en el artículo 22 del Código penal nunca ha sido directa, y *sí* siempre subsidiaria, tanto en los diversos Códigos penales como en los proyectos más importantes de Código civil (el de 1851 y el de 1882-88), y nada tiene que ver la relación que une a los responsables con aquellos por quienes responden en ambos casos. Por ejemplo, está claro que en la relación patrono-empleado o amo-criado se da el lucro que obtiene el responsable de la actividad que para él realizan aquellos por quienes responde, cosa que no ocurre en la relación paterno-filial, o de tutela. Así lo dice la Sentencia del Tribunal Supre-

mo (crim.) de 22 de febrero de 1980: «No hay infracción del artículo 22 del Código penal, al no declararse el padre del procesado responsable civil subsidiario, aunque viva el menor bajo la dependencia paterna, pues no se da el nexa previo del mandato, encargo, consentimiento o simple tolerancia para que el procesado condujera el tractor... sin que se pueda poner en relación el artículo citado con el 1.903 del Código civil, al establecer éste una *responsabilidad directa...*, mientras el 22 la establece subsidiaria». También hay que considerar que los mencionados en el artículo 22 del Código penal tienen posibilidad de regreso a tenor del artículo 1.904 del Código civil, algo que es más que dudoso en el caso de los padres y tutores. Aunque el artículo 1.903, auténtico «cajón de sastre», enumera un largo elenco de casos, eso no significa que sean supuestos iguales. Así se deduce del comentario de García Goyena al artículo 1.905 del Proyecto del 51, que es equivalente al actual 1.904 (196): «El lugar propio de este artículo es tras el 1.901 (equivalente al actual 1.903), a cuyos párrafos 4 y 5 se refiere tácitamente.» Esos párrafos 4 y 5 decían: «Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus domésticos en el servicio de los ramos en que los tuvieren empleados.

Y lo son, por último, los maestros o directores de artes y oficios respecto a los perjuicios causados por sus alumnos, mientras permanezcan bajo su custodia».

Mantienen también la tesis que defiende: Santos Briz (197), aunque sin dar argumento alguno para ello; Antón Oneca (198), y Ruiz Vadillo (199).

3. Examen de la jurisprudencia

La jurisprudencia parece que no ha seguido una única dirección, aunque en todo caso se inclina por entender que a los ilícitos derivados de delito o falta hay que aplicarles las normas del Código penal, y por tanto los padres no responden por los menores de dieciocho años y mayores de dieciséis años. En ese sentido, se pronuncian las Sentencias de 17 diciembre 1914, 12 marzo 1934, 4 julio 1953,

(196) *Ob. cit.*, Comentario al art. 1.905.

(197) *Ob. cit.*, p. 572.

(198) *Derecho penal, Parte general*, 2.^a ed., Madrid, 1986, anotada y puesta al día por J. HERNÁNDEZ GUIJARRO y L. BENEYTES MERINO, p. 650, que señalan, «El problema está en si a virtud del 1.903 los padres o tutores no diligentes habrán de responder civilmente por los actos delictivos realizados por mayores de dicha edad y menores de 21 años [hoy al haberse rebajado la mayoría de edad sería «y menores de 18 años»]. Nos inclinamos por la negativa fundada en la especialidad de los preceptos del Código penal, que en el art. 19 declara la responsabilidad civil de todo responsable criminal y establece a continuación quiénes son responsables subsidiarios sin mencionar a padres ni a tutores».

(199) En *Comentarios a la Legislación penal*, Edersa, T. V, vol. 1, Madrid, 1985, p. 359.

9 febrero 1961, 12 junio 1970, 25 enero 1974 (crim, 22 febrero 1980 y 10 noviembre 1982. En sentido contrario se pronuncia la de 12 mayo 1981.

S. 8 febrero 1961.—Los hechos son los siguientes: un muchacho mayor de dieciséis años y menor de edad civil (en ese momento, la mayoría de edad en España estaba fijada en los veintiún años) es condenado por un delito de estupro. Además de la correspondiente pena de privación de libertad, el Juez penal le condena a dotar a la víctima con 10.000 pesetas, y a reconocer y a mantener a la prole. El menor resulta insolvente, y la víctima interpone entonces una demanda ante la jurisdicción civil contra el padre del menor (en ese momento la madre sólo respondía en defecto del padre) en base al artículo 1.903 del Código civil. Téngase en cuenta que el demandante (la víctima) no reservó oportunamente las acciones civiles, con lo que, a tenor del artículo 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, párrafo 1, se entenderá ejercitada junto con la penal. En primera instancia, condenan al padre del menor a pagar la dote y a mantener a la prole. La Audiencia revoca la Sentencia. La víctima recurre en casación, pero el recurso no prosperó por estimarse que las obligaciones extracontractuales nacidas de ilícito penal «quedan subordinadas como consecuencia del acto delictivo a la jurisdicción penal, siendo ésta la que declara la responsabilidad civil...». El fracaso del recurso de casación en este supuesto se debió, como se desprende claramente del último considerando, a que «...el ofendido por el delito no puede ejercitar, cuando la acción civil no le ha sido reservada dentro de la causa criminal en procedimiento distinto, una responsabilidad no invocada en el momento procesal oportuno, ya que no es lícito a la jurisdicción civil suplir las deficiencias o rectificar las omisiones que hayan podido cometerse en procedimientos sometidos a Tribunales de otra Jurisdicción (200).

Dentro de los considerandos de la citada Sentencia, aunque no es decisivo para el fallo, interesa señalar (201) que el Tribunal Supremo se «inventa» un nuevo artículo 21 del Código Penal, pues dice en el cuarto considerando: «...la responsabilidad civil subsidiaria por razón de delito o cuasi delito, declarada en el artículo 21 del Código penal a los amos, maestros, tutores, padres (ni los padres ni los tutores se encuentran mencionados en el artículo 21 del Código penal, y además su responsabilidad no es subsidiaria, sino directa) y empresas en defecto de los directamente obligados, sólo alcanza, como se dice en la Sentencia..., por las infracciones que los primeramente obligados cometan en el desempeño de sus deberes o por la prestación de sus servicios en los ramos en que se hallasen empleados o con

(200) Esta es la verdadera razón y no como sugiere GARCÍA VICENTE, porque se trata de un delito de naturaleza sexual, *La responsabilidad de los padres por los actos del hijo menor*, en «ADC», T. XXXVIII, Madrid, 1984, p. 1051.

(201) Como hace MAJADA, *Práctica procesal penal*, 1980, p. 1847.

ocasión de sus funciones, circunstancias que en el caso de autos no han ocurrido...».

Este despiste [que no se da únicamente en esta Sentencia, pues en la de 30 de junio de 1977 —en la que el que realiza el ilícito es mayor de edad—, se dice también en uno de los considerandos que «...la responsabilidad civil *subsidiaria* (202) en que incurren las personas que deben velar por la actuación de aquellos que de algún modo están sometidos a su representación, tutela o dirección, *padres, tutores, maestro, empresarios...*»] nos da idea del confusionismo que sobre el tema existe en el propio Tribunal Supremo, y que, sin duda, en parte al menos, es fruto de esa dualidad de regulaciones de nuestro sistema en materia de responsabilidad civil.

S. 12 junio 1970.—Aquí, el supuesto es el de un menor de edad, mayor de dieciséis años, que, conduciendo un camión sin conocimiento de su padre ni permiso oficial para ello, produce dos víctimas. Por ello se le condena penalmente a la privación de libertad correspondiente y a que indemnice los daños y perjuicios ocasionados. El menor resulta ser insolvente y la parte perjudicada (en este caso se trataba de una compañía de seguros), *que no reservó* oportunamente la acción civil, interpone una demanda ex art. 1.903 contra el padre del menor. En primera instancia se estima la demanda y se condena al padre del menor. La Audiencia le absuelve. Finalmente, el recurso de casación no se admite por razones similares a las de la Sentencia anterior. Dice en el penúltimo considerando que «el artículo 20 del Código penal [es decir, para este caso, en lo que toca a la responsabilidad de los padres por ilícitos de los hijos] es de aplicación en un supuesto totalmente distinto del de autos, cual es el caso de que el delito hubiera sido cometido por un menor de dieciséis años o por un incapaz, enajenado o sordomudo del que hubiera sido declarada la exención de responsabilidad al amparo del artículo 8 del Código penal.»

S. 22 febrero 1980 (Crim.).—La Sentencia de la Audiencia condenó en este caso al procesado mayor de dieciséis años y menor de edad que conducía, sin el permiso necesario para hacerlo, un tractor, y que causó lesiones a un peatón. La acusación particular recurre en casación, entre otros motivos, por violación del artículo 22 del Código penal, al no condenar como responsable civil subsidiario al padre del menor [téngase en cuenta que ni éste trabajaba con su padre ni siquiera el susodicho padre tenía conocimiento de que había cogido el tractor, que no era de su propiedad, sino alquilado]. El Tribunal Supremo desestima el recurso, diciendo en su último considerando que en el caso en cuestión «...no se da el nexo previo del mandato, encargo, consentimiento o simple mera tolerancia para que el procesado condujera el tractor..., por lo que faltan los presumpes-

(202) Responsabilidad que en el caso de padres y tutores no es en modo alguno subsidiaria, sino directa.

tos básicos para que exista la responsabilidad civil subsidiaria del citado artículo 22 del Código penal, sin que, por otra parte, se pueda poner en relación el tan citado artículo 22 del Código penal con el artículo 1.903 del Código civil, al establecer el artículo 1.903 una responsabilidad directa, en el que a la culpa del hijo se suma la culpa "in vigilando" del padre, mientras que en el artículo 22 del Código penal se establece una responsabilidad subsidiaria...».

Esta sentencia señala correctamente que la responsabilidad del padre por ilícito de su hijo menor es directa (tanto la contemplada en el artículo 1.903 del Código civil como la del artículo 20 del Código penal); en cambio, la del artículo 22 del Código penal es subsidiaria, y no podrá exigirse esta última al padre, salvo que, además de la relación paterno-filial, se dé otra, como, por ejemplo, de trabajo o siquiera mandato o cualquiera de las contempladas en el artículo 22 del Código penal.

S. 12 mayo 1981.—Un menor de edad, mayor de dieciséis años, comete un acto ilícito de naturaleza penal, pero, antes de recaer sentencia en el procedimiento penal, le alcanza a dicho menor un indulto, extinguiéndose por consiguiente la acción penal. Como la acción civil, en cambio, no se extingue, la víctima pide por esa vía la indemnización de los daños sufridos, que concede ex artículo 1.903 el Juez de primera instancia y confirma la Audiencia. El padre del menor interpone recurso de casación, basado en que, tratándose de un ilícito de naturaleza penal, había que haber aplicado, de acuerdo con el artículo 1.092 del Código civil, las normas contenidas en el Código penal. Según ellas, al ser el hijo mayor de dieciséis años, la responsabilidad civil de los ilícitos de naturaleza penal sólo a él le correspondería y no al padre. El Tribunal Supremo desestima el recurso argumentando que el padre del menor olvida «...no sólo que la limitación del artículo 20 del Código penal se refiere, literalmente, a los supuestos de exención de responsabilidad penal por razón de edad, y de ahí el límite de los dieciséis años a partir del cual la exención basada en el artículo 8 de aquel Ordenamiento está excluida, pero no a los de indulto de dicha responsabilidad de los menores penalmente no exentos, respecto de los cuales, extinguida la responsabilidad penal por indulto y hecha la oportuna reserva de acciones por el Tribunal, que es lo sucedido en el presente caso, es incuestionable que la responsabilidad civil del autor o de los terceros obligados legalmente a soportarla, puede sustanciarse ante la jurisdicción de este orden...».

Esta Sentencia es la única (de las más recientes al menos) en la que el Tribunal Supremo no aplica las normas de responsabilidad civil contenidas en el Código penal a un caso de ilícito penal cometido por un menor de edad, mayor de dieciséis años. La razón es seguramente que en el supuesto que contempla la sentencia no concurre solamente que el autor del ilícito penal sea menor, mayor de dieciséis años, sino, además, el hecho de haberse concedido un indulto general que alcanzó al menor procesado. Esto es lo que en última instancia

determinó que el Tribunal Supremo aplicase aquí el artículo 1.903 del Código civil, e hiciese responsable al padre del menor, a pesar de ser éste mayor de dieciséis años y de tratarse *en principio* de un ilícito de naturaleza penal. La concesión de un indulto no tiene en realidad más efectos que los referentes a las consecuencias penales de la conducta delictiva realizada, pero en nada debería afectar a las consecuencias civiles de la misma (203).

S. 10 noviembre 1982.—Un menor de edad civil, mayor de dieciséis años, conduciendo sin permiso un vehículo, atropella a una señora que fallece a consecuencia de las heridas sufridas. El Juez penal le condena a la oportuna pena de privación de libertad; en cuanto a la responsabilidad civil, resulta insolvente. Los herederos de la víctima demandan al padre del menor ante la jurisdicción civil, pidiendo la aplicación del artículo 1.903 del Código civil. El recurso de casación interpuesto por los herederos de la víctima no se admite por excepción de cosa juzgada (téngase en cuenta que en este caso no se habían reservado acciones civiles).

La Sentencia dice en su penúltimo considerando: «...sin tener que aplicar los preceptos civiles que nacen de la culpa o negligencia, ni acudir a razones de analogía cuando *la misma es inaplicable por tratarse de supuestos diferentes, y existir una regulación ad hoc en el Código penal para la declaración de responsabilidad civil subsidiaria* que fue aplicada en el supuesto litigioso conforme a los artículos 19 a 22 del citado Código punitivo». Acierta esta Sentencia en cuanto que no es posible aplicar las normas del Código civil como supletorias, cuando el punto está regulado en el Código penal y, por lo tanto, esas reglas son las que hay que aplicar aun cuando la petición se presente ante la jurisdicción civil. Pero, como las otras Sentencias, sigue cayendo en el error de entender la responsabilidad civil de padres y tutores, recogida en el Código penal, subsidiaria cuando, como creo, ha quedado claro en este mismo apartado que se trata de responsabilidad directa y no subsidiaria.

Después del examen de las sentencias, se puede ahora concluir que el Tribunal Supremo entiende, en todos los casos estudiados, que, si no se reservaron a tiempo las acciones civiles, no es posible acudir a los tribunales civiles. Parece claro que esto debe ser así, puesto que el artículo 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal determina que, si no se reservó dicha acción, ésta se entenderá ejercitada junto

(203) Así lo dice expresamente la Sentencia de 23 de octubre de 1983, en la que se trataba de la revocación de una donación por ingratitud de la donataria (art. 648-2.º del Código civil) consistente en un ilícito penal. Procesada la donataria, le alcanza un indulto (como en el caso de la Sentencia que comento). La donataria alega el hecho del indulto, estimando que por él ya no era revocable la donación. El Tribunal Supremo respondió acertadamente señalando «que la cual [la acción revocatoria] no puede quedar detenida, añadiendo al indulto —que es siempre un acto de gracia referido a la *conducta penalmente relevante*— un efecto adicional de carácter civil no querido por el legislador...».

a la penal. De todas las sentencias recogidas, solamente en un caso, en el de 12 mayo 1981, el Tribunal permitió la aplicación de normas de responsabilidad contenidas en el Código civil, a un supuesto en que los daños se causaron por un ilícito penal, aunque no se reservaron las acciones civiles. En el caso en cuestión se concedió un indulto, que alcanzó al procesado antes de que se dictara sentencia.

Parece claro que «no son indultables las responsabilidades civiles derivadas de delito, y ello por la razón obvia de que respecto de los mismos el Estado no puede perdonar, porque no forman parte de la relación jurídica correspondiente, la cual se establece entre el responsable del delito y la víctima o restantes perjudicados y sólo éstos podrían perdonar la obligación de resarcir o indemnizar. Por eso, ni el indulto ni la amnistía (perdones otorgados por el Estado) pueden comprender la responsabilidad civil...» (204).

En este mismo sentido, la Ley provisional de 18 de junio de 1870, estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia de indulto, en su artículo 2.º, número 1.º, exceptúa de la posibilidad de ser indultados a «los procesados criminalmente que no hubieren sido aún condenados por sentencia firme», y en el artículo 6º, 2.º párrafo, exceptúa que el indulto pueda alcanzar a la indemnización civil.

Así pues, la responsabilidad civil no desaparece con el indulto. Pero de nuevo la doble regulación que esta figura tiene en nuestro sistema viene a crear problemas. Aun así, si el indulto, como sería deseable, se otorgara tan sólo a los ya condenados, no habría duda. Una vez condenados, por medio de la aplicación del indulto se les perdona la responsabilidad criminal, pero la civil permanece, y al ser su origen un daño causado por ilícito penal, ex 1.092, habrá que aplicarle el artículo 20 del Código penal y no el artículo 1.903 del Código civil. Pero como los indultos se han aplicado (así el de 14-3-1977, que se aplicó en el caso de la sentencia citada) a los meramente procesados (205) también, nos encontramos con que una vez que la presumible (y digo sólo presumible, pues no ha habido condena) responsabilidad criminal desaparece, sigue quedando viva la acción civil para responder también civilmente. Ahora bien, ¿qué normas se le aplicarán: las contenidas en el Código civil o las del Código penal? La duda surgida es eminentemente práctica al ser ambas diferentes en varios extremos.

Si entendemos que, aun no condenados cuando se les aplicó el indulto, los sucesos que dieron lugar al procesamiento no pierden su carácter de ilícitos penales, se aplicará el artículo 20 del Código penal, si no, sería el artículo 1.903.

Ninguna de las dos soluciones convence (206).

(204) J. E. SOBREMONTA MARTÍNEZ, *Indultos y Amnistía*, Valencia, 1980, p. 175.

(205) Incorrectamente.

(206) Para ver argumentos a favor de una y otra solución, PANTALEÓN, *Comentario a la Sentencia de 13 de julio de 1984*, en «CCJC», núm. 6, pp. 1959 y ss.

VI. RESPONSABILIDAD CON EL PATRIMONIO DEL MENOR O INCAPACITADO

1. Según el artículo 20 del Código penal

El segundo párrafo de la regla primera del artículo 20 dice que: «No habiendo persona que los tenga bajo su potestad o guarda legal [a los menores o incapacitados] (207), o siendo aquélla insolvente, responderán con sus bienes las propias personas a las que hace referencia el párrafo anterior —menores, locos o dementes— dentro de los límites que para el embargo de bienes señalan las Leyes de Enjuiciamiento Civil y Criminal.»

La posibilidad de que en ciertas circunstancias responda civilmente el menor o incapacitado con sus propios bienes es algo que, con mayor o menor extensión, se ha explicitado siempre en los distintos Códigos penales que han estado en vigor en España.

En el Código penal de 1822 la responsabilidad de los menores era directa, y los padres o guardadores sólo respondían «en defecto de bienes propios del menor». En cambio, no se preveía en ningún caso la responsabilidad con sus bienes del loco o demente.

El Código penal de 1848 sigue la misma línea que el de 1822 para los menores (208). Pero para los locos o dementes establece que responda, por los daños que causan, su guardador legal, y, si no existiese, que responda con sus bienes el propio perturbado (209).

Por fin, el Código penal de 1870, aunque con alguna variante de redacción (210), dice lo mismo que nuestro Código penal vigente. Es decir, que responderán menores o incapacitados con sus propios bienes si no hay guardador legal o éste es insolvente.

(207) En el Código penal de 1822, el art. 27 establecía que la responsabilidad *subsidiaria* de los ascendientes por los ilícitos de sus descendientes se prolongaba hasta que éstos cumplieran 20 años, si los ascendientes eran masculinos, o hasta los 17, si eran femeninos.

(208) Es decir, que los menores (en este caso, son menores de 15 años) siguen respondiendo *directamente*, y sus padres o guardadores en forma *subsidiaria*.

(209) PACHECO, *El Código penal concordado y comentado*, Madrid, 1848, p. 297, comentando la posibilidad de la responsabilidad de los bienes del loco o demente dice: «En efecto, no hay aquí pena, no hay aquí castigo, no hay aquí expiación, como no le hay cuando se satisface una deuda que se contrajo. Razonable y justo es que respondamos de las consecuencias de nuestros hechos; y de esto no puede eximirnos el triste estado de nuestra inteligencia. Así como el demente ha de pagar lo que come, así también ha de reparar lo que daña. Sus semejantes no han de sufrir, porque él es loco, más de lo necesario, los desastrosos efectos de sus obras. Sus convecinos no han de llorar en la miseria lo que él en su delirio ejecutó. No se le puede igualar con el que obraba con derecho, porque él no ha tenido esta circunstancia: es una infelicidad, pero no es un derecho el carecer de juicio. 17. Todo lo que la Ley ha podido y debido hacer en su favor para semejante caso es concederle el beneficio de competencia y recordarlo aquí, para que nunca la responsabilidad traspase sus límites».

(210) Variantes de redacción que no recojo por carecer de trascendencia alguna en el tema que me ocupa.

En los tres Códigos penales precitados, los menores mencionados lo son sin distinguir entre lo penalmente inimputables (como los menores de nueve años), y los que, según si obraron o no con discernimiento (211), pueden sufrir alguna pena. Luego, en estos Códigos penales la razón por la que responde el patrimonio del menor o incapacitado no es la capacidad de discernimiento al ejecutar el hecho dañoso, sino pura y simplemente el hecho de haber ocasionado el daño.

Según el vigente Código penal responden los menores de dieciséis años (inimputables) subsidiariamente, mientras que los mayores de dieciséis años responden directamente.

Hoy, a la vista de los supuestos —insolvencia o inexistencia de padres o guardadores— en los que es posible la responsabilidad del patrimonio del menor o incapacitado, los autores se preguntan si una tercera hipótesis —la de que los padres o guardadores hayan obrado con toda diligencia— daría lugar también a esa responsabilidad del menor o incapacitado. La mayoría estima que sí, pero comenta al respecto Antón Oneca (212): «No se ha extendido la subsidiariedad [la de la responsabilidad del patrimonio del menor o incapacitado] a la carencia de culpa o negligencia. No sabemos si ello ha sido reiterado olvido de los legisladores o voluntad de basar la responsabilidad civil en una culpa, aunque no sea del propio responsable.» Parece más seguro pensar, con la mayoría de los autores (213), que en el caso en estudio, de padres que logren librarse de responsabilidad por haber obrado con diligencia, responderá el patrimonio del menor. En los Códigos penales antiguos ya he señalado que respondían directamente con su patrimonio, tanto los penalmente imputables como los inimputables. Luego, no parece que el fundamento de esa responsabilidad, antes directa y hoy subsidiaria, sea la culpa, sino tan sólo el hecho del daño.

Los dos supuestos mencionados en el artículo 20 del Código penal, la insolvencia y la inexistencia de guardador, tienen en común, a diferencia del de la exculpación del mismo, la posibilidad del menor o incapacitado de repetir lo pagado contra su guardador, aunque sea puramente teórica.

Si el guardador resulta insolvente, evidentemente no paga. Lo hace el deudor subsidiario (el menor o incapacitado). Pero como la res-

(211) Era el propio Tribunal el que tenía que pronunciarse sobre ese punto para, según los casos, imponerles pena (siempre más suave que la correspondiente a un mayor de edad en el mismo supuesto o declararlo irresponsable).

(212) *Derecho penal, Parte general*, puesta al día por Hernández Guijarro, Beneytez Merino, 2.^a ed., Madrid, 1986, p. 651.

(213) RUIZ-VADILLO, *Comentarios a la legislación penal*, Edersa, T. V., vol. I, 1985, p. 368; CONDE PUMPIDO, *Los problemas de la responsabilidad civil por los hechos ilícitos de los incapaces*, en Estudios en honor del profesor Castán, T. II, 1969, p. 106; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. II, 4.^a ed., 1985, p. 645; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, T. II, vol. I, 2.^a ed., 1985, p. 571; DE CASTRO, *Derecho civil de España*, T. II, vol. I, Madrid, 1952, p. 188.

pensabilidad del guardador está fundada en su negligencia, in educando o in vigilando, si viene a mejor fortuna, el menor o incapacitado podrá pedir le reintegre lo que pagó (214).

Si es que no existe guardador, el perjudicado podrá dirigirse contra el propio menor a tenor del artículo 20 del Código penal, en cuyo caso también podrá repetir ésta contra las personas que, estando obligados a constituir la tutela, no lo hicieron (art. 229). También podrá dirigirse directamente el perjudicado —como ocurrió en el caso de la Sentencia 13 septiembre 84 (215)— contra las personas obligadas a constituir la tutela. Si no existe ninguna de las personas obligadas por ley a la tutela, responderá el propio menor, sin poder repetir contra nadie.

2. Según el artículo 1.903 del Código civil

Ni en el artículo 1.903 del Código civil ni en los respectivos artículos de los diferentes proyectos de Código civil se ha contemplado la posibilidad de que no exista guardador legal o que éste sea insolvente. Tampoco se prevé la responsabilidad patrimonial del menor o incapacitado (215 bis) en el caso de exculpación de los padres o tutores. A pesar de ello, la doctrina, en su mayor parte, estima que el tratamiento debe ser el mismo que el dado en el artículo 20 del Código penal: el guardado responde con su patrimonio si el guardador pudo demostrar que actuó con toda la diligencia debida, si es insolvente o si no existe.

Los argumentos en que apoyan esta opinión son básicamente tres:

1.º El antiguo artículo 32 del Código civil, 2.º párrafo, que decía: «La menor edad, la demencia o imbecilidad... no son más que restricciones de la personalidad jurídica. Los que se hallaren en alguno de esos estados son susceptibles de derechos y aun de obligaciones cuando éstas nacen de los hechos o relaciones entre los bienes del incapacitado y un tercero» (216). Dicho precepto daba pie a los autores para mantener la posibilidad de que en ciertos casos respondiera el menor con su patrimonio. Aunque el citado artículo 32 del Código civil se modificó por Ley 13/1983, de 24 de octubre, desapareciendo su segundo párrafo, Yzquierdo Tolsada mantiene que, pese a la mencionada supresión, en el fondo nada ha cambiado (217).

(214) Dice RUIZ-VADILLO, *ob. cit.*, p. 368: «el enajenado menor o sordomudo, a través de los correspondientes representantes, podían exigir el resarcimiento por los daños producidos, pues en tal caso su responsabilidad era subsidiaria».

(215) Ver el caso de la Sentencia en el apartado III.

(215 bis) A partir de ahora, salvo que del contexto se deduzca otra cosa, al decir «menor» me refiero al menor o incapacitado.

(216) El subrayado es mío.

(217) La responsabilidad civil de menores e incapacitados, en *Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares*, Madrid, 1984, pp. 162 y ss. En ellos Yzquierdo

2.º) Una razón de equidad, utilizada en otros derechos cercanos al nuestro (§ 829 BGB; art. 2.047 Código civil italiano; art. 1.310 Código civil austriaco, etc.), que autoriza a que en ciertos supuestos los inimputables respondan con su patrimonio del daño causado (218).

3.º) La aplicación por analogía del artículo 20 del Código penal, regla primera, a los supuestos de daños causados por ilícitos civiles.

Estos argumentos son casi unánimemente aceptados, aunque algún autor como Albaladejo opine que todos ellos son superables, y que en nuestro sistema no hay base para que el menor responda con su patrimonio en ningún caso (219).

De los autores que estiman que es posible en nuestro sistema jurídico la responsabilidad del patrimonio del menor por los daños causados por un ilícito civil no todos la conceptúan del mismo modo. La mayor parte de ellos piensan que esa responsabilidad en cualquier caso es igual a la contemplada en el artículo 20 del Código penal, regla primera, es decir, objetiva y subsidiaria (220).

estudia las circunstancias de la supresión del art. 32-2.º del Código civil, llegando a la conclusión de que dicha supresión se realizó porque la reforma del Código civil, al suprimir el catálogo de las causas de limitación de la capacidad de obrar, eliminó los preceptos del Código en los que figurara cualquier referencia a esa lista; sin ánimo, por lo tanto, de que significase que hoy los menores o incapacitados no sean tan susceptibles de derechos y obligaciones como antes de la reforma de 24 de octubre de 1983.

(218) En lugar de enumerar una serie de supuestos, como hace nuestro Código penal en su art. 20, regla 1.ª, los Códigos citados se refieren más genéricamente a los casos (los que sean) en que la equidad, atendidas las circunstancias del caso, aconseje no hacer soportar el perjuicio al dañado, dejando a salvo siempre los recursos necesarios para el sostenimiento del menor o incapaz de acuerdo con su situación.

(219) *Derecho civil*, T. II, vol. II, Madrid, 1982, pp. 495 y 496.

Este autor rebate los argumentos que he mencionado en el texto señalando que: 1.º) En nuestro Derecho, a diferencia de otros, «no hay base para mantener que, por equidad, pueda obtenerse resarcimiento a expensas del patrimonio del incapaz del daño que éste ocasionó a otra persona», porque —continúa Albaladejo— «tal cosa constituiría un supuesto de responsabilidad sin culpa, que, siendo excepcional en el Derecho civil español, no puede admitirse sino cuando la Ley lo establezca».

2.º) El que el antiguo art. 32-2.º del Código civil determine la posibilidad de que el incapaz quede obligado, sólo significa que la Ley puede establecer hechos que obliguen al incapaz, pero no prueba en absoluto que el caso que estudiamos sea uno de ellos.

3.º) El propugnar la aplicación analógica del art. 20 del Código penal, regla 1.ª, dado que nuestra Ley civil parte del principio de responsabilidad por culpa, supondría la aplicación por analogía de una norma excepcional, que derogaría los artículos 1.902 y ss. del Código civil.

(220) Así, LEÓN GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil por los hechos dañosos del sometido a patria potestad*, en «Estudios de Derecho civil en honor del Profesor Castán Tobeñas», vol. VI, 1969, pp. 307 y ss.; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. II, 4.ª ed., Madrid, 1985, p. 645; ROGER VIDE, *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho civil español*, Madrid, 1977, p. 131; CONDE PUMPIDO, *ob. cit.*, p. 93; SANTOS BRIZ, Comentario al art. 1.903 del Código civil, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Edersa, T. XXIV, Madrid, 1984, p. 575; YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil y guarda legal*, en Documentación Jurídica, núm. 41, 1984, pp. 80 y ss.; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, T. II, vol. I, 2.ª ed., 1985, p. 571.

En cambio, alguno como Pantaleón mantiene que, aunque el menor responde en los casos enumerados más arriba, esta responsabilidad no siempre es del mismo tipo. Si se trata de menores imputables civilmente, no es objetiva, sino por culpa: culpa que puede existir precisamente porque se trata de *menores imputables*, o sea, capaces de culpa. Tampoco —según este autor— es de carácter subsidiario, sino que se añade a la del padre o guardador, y es de carácter solidario. Sin embargo, si el menor es inimputable, su responsabilidad será objetiva y subsidiaria (221). Por tanto, no sería posible aplicar el artículo 20 del Código penal, regla 1.ª, analógicamente a todos los supuestos de menores contemplados en el artículo 1.903 del Código civil.

Efectivamente, la aplicación analógica de un precepto precisa que el supuesto al que se trate de aplicar sea idéntico sustancialmente al regulado legalmente (222). Así pues, el artículo 20 del Código penal, regla 1.ª, que se ocupa de los inimputables penales para determinar en qué casos responderán con sus propios bienes, se aplicará analógicamente sólo a los inimputables civiles.

Por lo que toca a los menores de edad civilmente imputables, está claro que se trata de una responsabilidad por culpa, puesto que son capaces de ella (223). Ahora bien, en cuanto que sea de carácter subsidiario, como dice la gran mayoría de la doctrina, o bien solidaria, como sostiene Pantaleón, cabe decir lo siguiente.

No puede ser subsidiaria, como la del artículo 20 del Código penal, porque ésta es únicamente para los incapaces de entender y querer (inimputables), y no sería justo dar el mismo trato tanto a los capaces de entender y querer como a los que no lo son. En cuanto a si es solidaria con la de los padres o guardadores parece una opinión defendible basada en el artículo 1.902 del Código civil que no excluye a los menores de edad, pero (aunque no lo diga) implica la imputabilidad de los mismos, al mencionar que para responder es preciso que intervenga «culpa o negligencia». Aceptar esa postura supone entender que el Código civil tiene una regulación específica para este punto, ya que, si siguiéramos aplicando por analogía las normas de responsabilidad civil contenidas en el Código penal, nos encontraríamos con que este texto legal dispone en su artículo 19 que «toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente». Así que las personas penalmente imputables, aunque sean menores de edad, no responden solidariamente con sus guardadores, sino que responden ellos únicamente. En contra de aplicar analógica-

(221) Comentario a la Sentencia de 10 de marzo de 1983, en «CCJC», núm. 2, pp. 455 y 456.

(222) Y desde luego es erróneo, como dice PANTALEÓN, *ob. cit., loc. cit.*, equiparar inimputable penalmente con menor de edad civil; la única posible equiparación sería inimputable penal con inimputable civil.

(223) El determinar a qué edad se es o no civilmente imputable es algo no regulado legalmente. Será el Juez quien pueda comprobar en cada caso si existe o no imputabilidad.

mente esta disposición del Código penal, podría alegarse que penalmente se es imputable a partir de los dieciséis años, edad en la que es bastante razonable que el menor responda por sí mismo, mientras que la edad en que se es imputable civilmente puede ser más temprana. Por ello, me inclino por una solución intermedia del problema. Es decir, creo que los civilmente inimputables responden objetivamente y en forma subsidiaria.

Los civilmente imputables responden solidariamente con sus guardadores hasta los dieciséis años, con una responsabilidad basada en la culpa, porque, efectivamente, así puede entenderse a tenor del artículo 1.902 del Código civil en relación con el artículo 1.903 del Código civil. Los imputables civiles de más de dieciséis años menores de edad, responden también por culpa, pero ni subsidiariamente ni tampoco en forma solidaria, sino que responden ellos solos, por aplicación analógica del artículo 19 del código penal.

VII. CARACTER DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES POR LOS ILÍCITOS DE SUS HIJOS. FORMA EN QUE ESTA RESPONSABILIDAD AFECTA A LOS BIENES GANANCIALES

1. Responsabilidad de los padres y solidaridad

Hasta la reforma del derecho de familia llevada a cabo en 1981, respondían «el padre y, por muerte o incapacidad de éste, la madre...». Con lo que parece quedar fuera de dudas que la responsabilidad de los padres jamás podía ser solidaria, pues uno de ellos sólo respondía en defecto del otro. Después de 1981, la nueva redacción del 1.903 dice: «Los padres son responsables de los daños...». Como nada concreta la letra de la norma, puede plantearse la duda de si dicha responsabilidad conjunta es mancomunada o solidaria. Para dilucidarlo, primero examinaré cuál ha sido el proceso parlamentario en el que se gestó la reforma.

A la redacción que en el Proyecto del Gobierno tenía el artículo 1.903 (que es la que tiene el actual artículo) se presentó una enmienda, la número 373, en la que el grupo parlamentario socialista pedía que el segundo párrafo del repetido artículo se añadiera la palabra «solidariamente», con lo que quedaría redactado así: «Los padres son responsables *solidariamente* de los daños...» La motivación de la enmienda era que «Conviene precisar el carácter solidario de la responsabilidad». En el informe de la Ponencia se rechaza la enmienda (sin que se dé razón alguna para ello) y, aunque no se retira, en el debate del pleno del Congreso se rechaza también. Al paso del Proyecto por el Senado, el grupo parlamentario socialista vuelve a presentar la misma enmienda (224), con idéntica motivación. En esta Cámara, la Po-

nencia acepta la enmienda; constituye una de las modificaciones que al texto aprobado por el Congreso propone el Senado; pero en aquella Cámara no se acepta dicha modificación, sin que tampoco se concreten las razones. Es posible que la razón de la no admisión de la enmienda se deba a que el Congreso entendió que estaba claro que se trataba de una responsabilidad solidaria y que, por tanto, resultaba repetitivo el «precisarlos», ya que si la *no* admisión de la modificación propuesta se hubiera debido a entender que se trataba de una responsabilidad no solidaria, sino mancomunada, lo más lógico hubiera sido que así se hubiera especificado en la discusión parlamentaria, cosa que, como hemos visto, no se hizo.

Aunque el artículo 1.138 del Código civil establece como regla la presunción de mancomunidad de las obligaciones con pluralidad de sujetos «si del texto de las obligaciones... no resulta otra cosa...», en este caso concurren una serie de razones que inducen a entender que la responsabilidad de los padres por los daños causados por hechos ilícitos de sus hijos menores es solidaria (225), aunque nada especifique el artículo 1.903 del Código civil.

Antes de la reforma del Código civil de 1981, una sentencia de primera instancia declaró que la responsabilidad civil de los padres por los hechos ilícitos de sus hijos era solidaria. La confirmó la Audiencia; finalmente, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 1 marzo 1984, no admitió el recurso de casación por haberse planteado como cuestión nueva la afirmación de los recurrentes de que, a tenor del artículo 1.903 en su redacción anterior a 1981, no era posible admitir la responsabilidad solidaria de los padres. Ciertamente, dicha afirmación era correcta, ya que, según el antiguo artículo 1.903 del Código civil, respondía el padre, y sólo en su defecto, la madre. La Sentencia es interesante, no por la doctrina que establezca en el punto que trata, puesto que no entra en él por ser una cuestión nueva, sino por lo que deja entrever sobre cuál era la opinión de los Tribunales en el tema, a pesar del tenor literal de la norma vigente en el momento de producirse los hechos.

Algunos autores españoles estiman que se trata de una responsabilidad solidaria, como Lacruz (226), Santos Briz (227) y Ruiz Vadillo (228). Creo que, en efecto, esa responsabilidad es solidaria por las siguientes razones:

(225) Presupuesto, claro está, que en el caso en cuestión sean responsables ambos progenitores. Si sólo responde uno de ellos, por la causa que sea, al otro no le alcanza responsabilidad ni siquiera subsidiariamente.

No veo obstáculo para que alguna vez puedan también determinar los tribunales cuotas de responsabilidad de los progenitores del menor que ocasionó el daño, aunque esto no será lo habitual.

(226) *Elementos de Derecho civil*, T. II, vol. I, 2.ª ed., 1985, p. 570.

(227) «...en consonancia con el ejercicio conjunto de la patria potestad (art. 156), responderán *solidariamente* por los daños causados por sus hijos Sub potestate», *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, T. XXIV, Madrid, 1984, p. 571.

1.^a) Una de las ideas latentes en la responsabilidad extracontractual en general es garantizar o asegurar el cobro de la indemnización por el dañado, cobro que —no cabe duda alguna— asegura mucho más la responsabilidad solidaria que la mancomunada.

2.^a) La jurisprudencia viene manteniendo en gran número de Sentencias —29 marzo y 6 noviembre 1980, 10 noviembre 1981, 4 y 28 mayo 1982, 28 febrero, 18 octubre y 28 noviembre 1983, 29 diciembre 1984, 9 enero y 11 febrero 1985, 19 febrero 1987, etc.— que es solidaria la responsabilidad de los causantes de un daño cuando éstos son varios y no fue posible determinar la cuota (229) que corresponde a cada uno de ellos en la producción del mismo. Aunque en este caso se trata de responder por el ilícito de otro, la razón es la misma y no hay por qué aplicar un criterio distinto al general para los progenitores responsables; por supuesto, si no fue posible determinar la cuota que corresponde a cada uno.

3.^a) En el Código civil francés, su artículo 1.834 (230) (reformado por la Ley 4 de junio de 1970) así lo dice expresamente también el C.c. argentino, en su artículo 1.114 (reformado en 1985) (230 bis). Aunque en el artículo 2.048 del Código civil italiano vigente no se recoge explícitamente que la responsabilidad de los padres sea solidaria, la doctrina de ese país (231) y su jurisprudencia (232) así lo entienden.

4.^a) Las obligaciones de los padres para con sus hijos se ejercen por éstos generalmente (233) en forma conjunta. Por lo mismo, es lógico que sea solidaria la responsabilidad derivada de esas obligaciones.

(228) En *Comentarios al Código penal*, Edersa, Madrid, p. 377.

(229) También aquí se trata de regla general que admite excepciones, pues alguna vez los tribunales fijan esas cuotas, como ha hecho la Audiencia Territorial de Albacete en una muy reciente Sentencia de 12 de mayo de 1986, en la que, durante una visita de alumnas de un colegio a unas bodegas, cae una de las niñas en una tinaja, falleciendo en el acto. Demandan los padres de la víctima al colegio, las bodegas y las profesoras que acompañaban a las niñas en la visita. La Audiencia falló estimando la pretensión y distribuyendo las cuotas entre los demandados responsables: 15 por 100 a las bodegas, 75 por 100 al colegio y 10 por 100 a las tres profesoras.

(230) «El padre y la madre, mientras que ejerzan el Derecho de guarda, son *solidariamente responsables* del daño causado por los hijos menores que convivan con ellos».

(230 bis) «El padre y la madre son solidariamente responsables de los daños causados por sus hijos menores que habiten en ellos sin perjuicio de la responsabilidad de los hijos si fueran mayores de diez años. En caso de que los padres no convivan será responsable el que ejerza la tenencia del menor, salvo que al producirse el efecto dañoso el hijo estuviere al cuidado del otro progenitor.» Puede verse sobre el tema KEMELMAJER DE CARLUCCI, «Las modificaciones introducidas en el Derecho argentino a la responsabilidad de los padres por los hechos ilícitos de sus hijos menores», en R.G.L.J., T. XCIII, noviembre 1986, pág. 643.

(231) ΠΑΤΤΙ, *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984, p. 249; CIAN, TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice civile*, Padova, 1981, p. 870.

(232) Por ejemplo, Trib. Foggia, 14 de agosto de 1962, *Dannia Giudiz.* 63,31; Trib. Firenze, 1 de diciembre de 1959, *G. Tosc.* 60,32.

(233) *Vid.* art. 156 del Código civil.

5.^a) En nuestro Código civil hay un caso, el del artículo 229 (234), en el que el propio texto legal establece la responsabilidad solidaria de varios sujetos de una misma obligación extracontractual de naturaleza cuasifamiliar, relacionada con la guarda y custodia de menores e incapaces.

Normalmente no se va a plantear el problema de la solidaridad o mancomunidad de la responsabilidad por los ilícitos de menores o incapacitados si éstos están sometidos a tutela. En ese supuesto, habitualmente faltará la pluralidad de sujetos, pues ya sabemos que como regla la tutela se ejercerá por un solo tutor (art. 236 Código civil, en principio). Pero podrá surgir el problema si, como admite excepcionalmente el mismo artículo 236, son varios los tutores. No parece dudoso que la responsabilidad será solidaria cuando la tutela corresponda al padre y a la madre (235) (art. 236-2.º Código civil); también si se designa tutor a alguno de los tíos del tutelado y se considera conveniente que el cónyuge de ese tutor ejerza también la tutela (art. 236-3.º Código civil). Si uno es un supuesto de responsabilidad de padres, que además son tutores, el otro es similar en su estructura al de los padres (236).

Si hay varios tutores, pero uno se ocupa de la persona del tutelado, y el otro, u otros, de sus bienes, lo normal es que responda sólo el que tenga como misión ocuparse de la persona del tutelado (237). Más dudoso es si hay varios tutores de la persona, tanto en el supuesto recogido por el artículo 236-1.º (cuando convenga nombrar varios tutores por concurrir circunstancias especiales, en la persona o patrimonio del tutelado), como en el del 236-4.º (cuando el Juez nombre tutores a las personas que hayan designado los padres del tutelado). Mi impresión al respecto es que, a tenor del artículo 237, primer párrafo, se podría pensar que la responsabilidad de esos tutores por los daños causados por el tutelado será solidaria, mientras que deban ejercitar de modo conjunto las facultades de la tutela. Si la actuación ha sido de un solo tutor, es lógico pensar que la responsabilidad será sólo suya, aunque haya varios tutores.

Después de ver lo que ocurre con el artículo 1.903 del Código civil se suscita la duda de si sucederá lo mismo o no en el caso de

(234) «Estarán obligados a promover la constitución de la tutela, desde el momento en que conocieran el hecho que dé lugar a ella, los parientes llamados a la tutela, la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor o incapacitado y las mencionadas en el art. 239, y, si no lo hicieren, *serán responsables solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados*» (art. 229 del Código civil).

(235) Pues como dice el art. 236-3.º del Código civil, dicha tutela «...será ejercida por ambos conjuntamente de modo análogo a la Patria potestad».

(236) *Vid.*, al respecto, DÍAZ ALABART, Comentario al art. 236 del Código civil, en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 328 y 329.

(237) Salvo que el daño se haya producido por una conducta del menor o incapacitado permitida por una decisión de las que, afectando a ambos tutores, deben tomar conjuntamente (art. 236, in fine).

que por haber ocasionado el daño un delito o falta sea aplicable el artículo 20 del Código penal.

El artículo 106 del mismo Código penal establece que «en el caso de ser dos o más los responsables civilmente de un delito o falta, los Tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno». A primera vista, puede parecer que este precepto obliga a entender que los padres o tutores que respondan por sus hijos o pupilos, ex art. 20 del Código penal, nunca podrán hacerlo de forma solidaria, sino cada uno por la cuota que le fijen los Tribunales. Pero no es así. Lo recogido en el artículo 106 del Código penal es una regla de carácter general. El propio artículo 107 del código penal dice que hay algún caso en que esa responsabilidad será solidaria. Además, evidentemente hay casos en los que no es posible determinar dichas cuotas.

La responsabilidad civil de los padres por el ilícito penal de los hijos menores no está concretada en el Código penal, en cuanto a que sea o no solidaria. Es más, el artículo 20 del Código penal ni tan siquiera menciona a los padres directamente, sino que se limita a designarlos en forma indirecta, hablando de la responsabilidad de las personas que tengan a los menores bajo «su potestad o guarda legal». Como opina Ruiz Vadillo (237 bis), la responsabilidad de los padres debe ser también para el ilícito penal solidaria, al igual que para el ilícito civil, puesto que la responsabilidad en ambos casos es la misma, y ninguna de las normas contenidas en el Código penal se opone a semejante interpretación. Los argumentos utilizados más arriba para defender que la responsabilidad de los padres por daños causados por un ilícito civil sea solidaria son también válidos aquí.

El tratamiento dado al problema de los tutores en el artículo 1.903 del Código civil es también aplicable a los mismos en el artículo 20 del Código penal.

2. Responsabilidad de los padres y régimen de gananciales

Siendo éste el régimen económico-matrimonial más frecuente, parece oportuno, aunque sea tan sólo hacer algún apunte sobre ello.

Si los padres no están casados o, aun estándolo, no se hallan bajo el régimen de gananciales, cada uno responde con sus bienes. Pero cuando, respondiendo los dos, están casados bajo el régimen de gananciales, cabe preguntarse si la indemnización que cada padre deba abonar puede hacerse efectiva sobre los gananciales y si la soportan definitivamente estos bienes.

Ni antes ni después de la reforma de 1981 se prevé expresamente por el Código que sea o deje de ser carga de los gananciales la in-

(237 bis) *Ob. cit., loc. cit.*

demnización correspondiente a la responsabilidad de los padres por los actos ilícitos de los hijos (art. 1.903 del Código civil). Tampoco se prevé que pueda hacerse efectiva sobre dichos bienes gananciales, aunque luego sea deducible de la parte de cada padre lo abonado por su responsabilidad.

Antes de la reforma, el artículo 1.410 del Código civil decía: «El pago de las deudas contraídas por el marido o la mujer antes del matrimonio no estará a cargo de la sociedad de gananciales. Tampoco lo estará el de las multas y condenas pecuniarias que se les impusiere. Sin embargo, el pago de las deudas contraídas por el marido o la mujer con anterioridad al matrimonio, y el de las multas y condenas que se les impongan podrá repetirse contra los gananciales después de cubiertas las atenciones que enumera el artículo 1.408 del Código civil (238), si el cónyuge deudor no tuviese capital propio o fuese insuficiente; pero al tiempo de liquidarse la sociedad se le cargará lo satisfecho por los conceptos expresados». Así que no estaban entonces a cargo de los gananciales las «condenas pecuniarias que se les impusiesen a los cónyuges».

Una de las que el artículo 1.410 llama «condenas pecuniarias», por mucho que pueda no parecerlo, es la que proceda de la responsabilidad del padre o de la madre por los daños causados por sus hijos. Así lo señala García Goyena (239) en su comentario al artículo 1.331 del Proyecto de 1851, equivalente al 1.410 del Código civil antes de la reforma de 1981, y precedente del mismo. En efecto, decía García Goyena: «...Y *condenaciones* [el Proyecto decía *condenaciones* en vez de *condenas* como hace el Código civil] *pecuniarias*: «Como son las comprendidas en los artículos 46 al 48, y en el título 4, libro 1 del Código penal, así como las procedentes de la responsabilidad civil de que se trata en la sección 3, capítulo 3, título 5 y en el capítulo 3, título 21: porque la razón es una misma en todos estos casos: la responsabilidad debe ser tan personal como lo es el hecho de que procede».

Con lo que resulta que, antes de la reforma de 1981 —según el sentido del artículo 1.410 del Código civil determinado, por lo que García Goyena (240) decía de su precedente, el artículo 1.331 del Proyecto de 1851—, el padre responsable (o la madre cuando lo fuese) de los daños causados por el hijo debía hacer frente a tal responsabilidad con sus propios bienes, por ser de cargo privativo de ellos la correspondiente obligación de resarcir, y únicamente cuando no los tu-

(238) Dicho artículo, equivalente al actual art. 1.362 del Código civil, enumeraba las cargas de la sociedad de gananciales.

(239) *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Comentario al art. 1.331.

(240) Ver también LACRUZ, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, 1963, p. 523; MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, T. IX, p. 625; DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código civil*, dirigidos por Albaladejo, T. XVIII, vol. II, pp. 290 y ss.

viesen en cantidad suficiente podía tal responsabilidad hacerse efectiva sobre los gananciales, siempre que éstos fuesen suficientes para atenderla después de dejar cubiertas sus cargas, e imputándose al liquidarse la sociedad, en la parte del padre que fuese responsable, lo satisfecho por aquélla.

En todo caso, para aplicar el criterio de obligación solidaria de los padres es más razonable la admisión de la responsabilidad ganancial, puesto que, debiendo los dos por igual (no se han podido determinar cuotas), parece natural el pago con bienes comunes. Este argumento sirve hoy bajo el nuevo 1.903 del Código civil, ya que ambos progenitores responden solidariamente, según hemos visto; pero, como dije, ciertamente no hay precepto alguno que atribuya expresamente a los gananciales la reparación del daño en nuestro caso. En la enumeración que hacen los artículos 1.362 del Código civil y siguientes «de las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales», se puede pensar que, como daños causados por otros riesgos o accidentes acaecibles a los miembros de la familia, el que estudio aquí de que un hijo ocasione un perjuicio a tercero entra dentro de las posibles atenciones que, tomando en un sentido lato, debe cubrir el «sostenimiento de la familia». De Angel Yagüez (241) entiende que la indemnización al dañado «será a cargo de la sociedad de gananciales, en elemental aplicación analógica del artículo 1.362-1.^a del Código civil».

También, para fundamentar la solución del pago ganancial del daño causado por el hijo, pienso que se pueden aducir otros dos textos, que sirven con más o menos esfuerzo. Aun no estando dictados específicamente para nuestro caso, de algún modo son utilizables en él. Se trataría de los artículos 1.366 y 1.367 del Código civil.

Dice aquél que «las obligaciones extracontractuales de un cónyuge, consecuencia de su actuación en beneficio de la sociedad conyugal o en el ámbito de la administración de los bienes, serán de la responsabilidad y cargo de aquélla, salvo si fuesen debidas a dolo o culpa grave del cónyuge deudor». Las obligaciones extracontractuales de reparar los daños que el hijo causa son de alguna manera «consecuencia» [como pide el artículo] de su actuación [del cónyuge] en beneficio de la sociedad conyugal, o en el ámbito de la administración de los bienes. Vigilar, educar a los hijos y responder por los daños causados por ellos, a pesar de no ser, en un sentido económico del término, algo que claramente redunde en beneficio de la sociedad conyugal (en su aspecto patrimonial), cabe perfectamente dentro del espíritu del precepto. Este sólo excluye las obligaciones extracontractuales que superen el ámbito de actuación de cada uno de los cónyuges en la sociedad conyugal, o que nazcan de una actuación exterior a la propia sociedad conyugal; o perjudicando a ésta. Es obvio que la obliga-

(241) En *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, T. II, Madrid, 1984, p. 1975.

ción de responder por los ilícitos de los hijos no se encuentra en ninguno de esos casos. Así que serían «de la responsabilidad y cargo de aquella [la sociedad], salvo si fuesen debidas a dolo o culpa grave del cónyuge deudor». Por ello, fuera del caso de que el daño lo haya causado el hijo por dolo o culpa grave de uno de los padres en particular (que entonces es posiblemente el único responsable del daño), el artículo 1.366 del Código civil permite cargar sobre los gananciales las obligaciones extracontractuales de los cónyuges derivadas de su responsabilidad solidaria correspondiente a los daños causados por sus hijos sometidos a patria potestad.

El artículo 1.367 dice que «los bienes gananciales responderán en todo caso de las obligaciones contraídas por los dos cónyuges *conjuntamente...*». Aunque no está redactado pensando en el problema que estoy estudiando (más bien parece haberse pensado para obligaciones contraídas mediante contrato), no cabe negar que, responsables los dos padres de los daños causados por sus hijos, y *contraída* así, *conjuntamente* (que ciertamente la contraen en cuanto la ley se la atribuye) la obligación de repararlos, dichos bienes gananciales responderán de ella en todo caso.»

VIII. EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PARA EXIGIR LA RESPONSABILIDAD CIVIL

1. Introducción

En relación con la prescripción de las acciones para exigir la responsabilidad civil extracontractual, hay varios puntos que sería interesante señalar: momento en que comienza el cómputo del plazo, cuándo se interrumpe (242), etc. Pero en este apartado no me voy a ocupar de ellos (243). Me limitaré a estudiar cuál sea el plazo de prescripción de dichas acciones, si es el mismo o no según que los daños producidos lo hayan sido por un acto ilícito de naturaleza penal o civil, y los problemas y contrastes que ocasiona el considerar, como hace nuestro Tribunal Supremo, que son diferentes.

2. Opinión mantenida por la Jurisprudencia

Dentro de este apartado es preciso distinguir entre la opinión mantenida por la Sala 1.^a del Tribunal Supremo y la que mantiene la Sala 2.^a del mismo Tribunal.

(242) Para el estudio de estos puntos, ver, entre otros, PANTALEÓN, en «CCJC», núms. 2 y 8. Comentario a las Sentencias de 27 de marzo de 1983 y de 6 de mayo de 1985.

(243) El tema de prescripción se sale del objeto central de este trabajo. Lo trato brevemente aquí en cuanto supone uno de los problemas que surgen de la doble regulación; lo que afecta al plazo de la prescripción, pero no a otros extremos de la misma.

La tesis mantenida por la Sala de lo civil es que el plazo de prescripción de la acción para reclamar los daños ocasionados por un ilícito civil y el de la acción para los causados por ilícito penal son diferentes. Para el primer caso, el plazo es de un año (art. 1.968-2.º del Código civil) y para el segundo es de quince años (244) (art. 1.964 del Código civil). El Tribunal Supremo (Sala 1.ª) llega a esta conclusión en base a las siguientes consideraciones:

- 1.ª) El artículo 1.092 del Código civil reenvía al Código penal.
- 2.ª) En el Código penal, su artículo 117 reenvía a su vez al Código civil, a las normas referentes a la prescripción de las acciones.
- 3.ª) En el capítulo que el Código civil dedica a dicha prescripción, no existe precepto alguno que se refiera expresamente al plazo de las acciones por daños nacidos de un ilícito penal.
- 4.ª) Parece que el artículo 1.968-2.º del Código civil no incluye en su letra ese supuesto.
- 5.ª) Luego, tratándose de una acción personal la que se ejerce para exigir la responsabilidad civil, se recurre al plazo general previsto para ese tipo de acciones en el artículo 1.964 del Código civil.

Esta opinión no resulta contradictoria para el Tribunal Supremo, pues parece considerar que hay dos acciones diferentes según que el ilícito que da lugar al nacimiento de los daños indemnizables sea penal o civil; con lo que no sería absurdo que tuvieran diferente plazo cada una de ellas.

La Sala 2.ª ha mantenido en varias sentencias (245) que la acción para reclamar los daños ocasionados por un ilícito de naturaleza penal está viva mientras que lo esté la existente para exigir responsabilidad penal. Se basa para ello en los artículos 112 (246) y 113 (247)

(244) Así lo han mantenido, entre otras, las Sentencias de 22 de enero de 1919, 12 de marzo de 1934, 4 de julio de 1953, 4 de julio de 1970, 27 de marzo y 2 de julio de 1979, 5 y 13 de noviembre de 1981, 7 de enero, 8 y 17 de marzo y 8 de octubre de 1982, 13 de abril, 10 de junio y 17 de julio de 1983, 21 de marzo de 1984 y 6 de mayo de 1985.

(245) Por ejemplo, Sentencias de 25 de abril de 1956, 3 de febrero de 1958, 18 de junio de 1968, 28 de septiembre de 1971, 29 de mayo de 1976, 21 de junio de 1985, etc.

(246) «La responsabilidad penal se extingue: 1.º Por muerte del reo. 2.º Por cumplimiento de la condena. 3.º Por amnistía, la cual extingue por completo la pena y todos sus efectos. 4.º Por indulto; será aplicable al indultado, por el tiempo que a no haberlo sido debería durar la condena, lo dispuesto para el desterrado sobre lugares de entrada prohibida. 5.º Por perdón del ofendido, cuando la pena se haya impuesto por delitos solamente perseguibles mediante denuncia o querrela del agraviado. En los delitos contra menores o incapacitados, el Tribunal podrá rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes de aquéllos, ordenando la continuación del procedimiento o el cumplimiento de la condena, con intervención del Ministerio fiscal» (art. 112 del Código penal).

(247) «Los delitos prescriben: A los veinte años, cuando la Ley señalare al delito la pena de reclusión mayor. A los quince, cuando la Ley señalare al delito la pena de reclusión menor. A los diez, cuando señalare una pena que exceda de seis años.

del Código penal, referente el primero a la extinción de la responsabilidad penal y el segundo a los diferentes plazos, según que se trate de un tipo u otro de delitos, para que se produzca la prescripción de dicha responsabilidad.

3. Opinión de la doctrina

No existe al respecto un criterio unánime. La mayor parte de los autores simplemente se deciden por una u otra postura sin abundar en argumentos. Santos Briz (248), Reyes Monreal (249), Guillón (250), Rodríguez Devesa (251) y Majada (252) opinan igual que la Sala primera del Tribunal Supremo. Díez-Picazo (253) señala la incongruencia de entender que los plazos son distintos, pero sin razonar en contra de la tesis mantenida por nuestro más alto Tribunal (Sala 1.^a). Alonso Prieto (254) y Pantaleón (255), que se han ocupado más concretamente del problema, mantienen que el plazo es para los dos casos el establecido en el artículo 1.968-2.º del Código civil.

4. Crítica de las posiciones jurisprudenciales

En mi opinión, la acción para exigir la responsabilidad civil extracontractual tiene un único plazo, y éste es el del artículo 1.968-2.º del Código civil, tanto si se trata de daños surgidos de ilícito civil como si lo son de ilícito penal. Es indiferente en este punto que el ilícito penal sea culposo o doloso. Dicha postura carece, como ya he señalado, de apoyo jurisprudencial.

Creo que en nuestro Derecho (256) el criterio mantenido por la Sala 2.^a del Tribunal Supremo, de que la acción para exigir la res-

A los cinco, cuando señalare cualquier otra pena. Exceptuánse los delitos de calumnia e injuria, de los cuales los primeros prescribirán al año, y los segundos, a los seis meses. Las faltas prescriben a los dos meses. Cuando la pena señalada sea compuesta, se estará a la mayor para la aplicación de las reglas comprendidas en este artículo (art. 113 del Código penal).

(248) *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, 3.^a ed., Madrid, 1981, p. 949.

(249) *Acción y responsabilidad civil derivadas de delitos y faltas*, Madrid, 1955, p. 340.

(250) *Curso de Derecho civil*, Madrid, 1972, p. 497.

(251) *La responsabilidad civil derivada de delito o falta y culpa extracontractual*, en libro homenaje al profesor Guasp, Madrid, 1980, p. 522.

(252) *Práctica procesal penal*, T. I, 1980, p. 368.

(253) *La prescripción en el Código civil*, Barcelona, 1964, p. 236.

(254) *Acerca del régimen legal de prescripción de la acción civil de origen culposo extracontractual*, en «RDC», 1973, núm. 4, p. 333. Es de señalar que, como el título del propio trabajo indica, Alonso se refiere sólo a los ilícitos (penales o civiles) culposos, sin mencionar cuál sea el régimen aplicable a los dolosos penales.

(255) Lo dice en varios de sus comentarios a Sentencias en «CCJC», como el de la Sentencia de 13 de julio de 1984.

(256) En cambio, el Código civil portugués de 1966, en su art. 498, después de establecer como plazo general de prescripción de la responsabilidad civil el de tres años, en su número 3, dispone: «si el hecho ilícito constituyera un crimen para el que la Ley establezca prescripción sujeta a plazo más largo, es éste el plazo aplicable».

ponsabilidad civil, derivada de daños causados por falta o delito, está viva mientras lo esté la acción para reclamar la responsabilidad penal, es insostenible por varias razones:

1.º Porque, como dice Díez-Picazo (257), si hubiera querido el legislador que prescribieran las responsabilidades civiles con los delitos lo habría dicho en una norma del Código penal. Dicha norma ni existe en nuestro Código penal vigente ni siquiera ha existido en ninguno de los Códigos penales derogados.

2.º Porque la prescripción de los delitos lo que extingue única y exclusivamente es la responsabilidad penal, no la civil, que es una cosa totalmente distinta. Prueba de ello es, como señala Alonso Prieto (258) que «basta constatar el dato legal de que la comisión de un nuevo delito durante el curso de la prescripción de la pena (art. 116 del Código penal) es causa de interrupción, para advertir que la asimilación de las instituciones es inoportuna».

3.º El propio texto del artículo 117 del Código penal, que específicamente remite en forma inexcusable a las normas que regulan la extinción de las obligaciones civiles, cosa que nada tiene de particular puesto que la responsabilidad civil es, en cualquier caso, una obligación de naturaleza civil (259).

4.º Así como es lógico que los plazos que establece el artículo 113 del Código penal no sean iguales para todos los delitos, sino más largos cuando el delito se considera de mayor gravedad (260), resultaría absurdo utilizar el mismo criterio para la responsabilidad civil, pues los daños que dan lugar a su nacimiento no tienen por qué ser más importantes por el mero hecho de que el suceso que los causó sea más o menos grave penalmente hablando. Es acertado que la pena procedente de una falta prescriba, en cuanto a la propia pena, a los dos meses de su comisión, y en cambio un delito grave no lo haga hasta pasados quince o veinte años, pues el segundo, en un sentido penal y social, es mucho más grave que la primera. En cambio, es posible que la responsabilidad civil sea mayor (por tanto más grave a los meros efectos económicos de la responsabilidad civil) en el caso de la falta que en el de un delito.

5.º Aceptando la postura de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, ya que las faltas prescriben a los dos meses (art. 113, párrafo 6, del Código penal), ¿también prescribiría en ese mismo plazo la responsabilidad civil por los daños causados por éstas? (261). Hay que tener en cuenta que una de las razones por las que se trata de obviar el artículo 1.968-2.º del Código civil es justamente por la brevedad del

(257) *Ob. cit.*, pp. 238 y 239.

(258) *Ob. cit.*, p. 335.

(259) Ver el apartado I.

(260) La mayor gravedad se mide por la mayor condena impuesta.

(261) La Sala II del Tribunal Supremo lo que afirma es que la acción para reclamar los daños ocasionados está viva mientras lo esté la acción para perseguir el delito. No dice nada de si esta acción prescriba a la vez que la prevista para reclamar los daños. Pero de lo primero cabe deducir tal conclusión.

plazo que establece. El Tribunal Supremo, en su Sala 1.^a, ha aplicado a un caso de falta (cuya responsabilidad penal había prescrito) el plazo de quince años del artículo 1.964 del Código civil (S. 6 de mayo de 19 1985).

6.º) El propio Código civil establece en su artículo 1.968-2.º el plazo de un año para la prescripción de la responsabilidad civil de los daños causados por injuria y calumnia, mientras el artículo 113, párrafo 5, del Código penal señala para la responsabilidad penal de esos delitos uno más breve de seis meses.

También me parece incorrecto el criterio mantenido por la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de que si los daños proceden de un ilícito civil, el plazo de la prescripción de la acción para exigir su resarcimiento es el que establece el artículo 1.968-2.º del Código civil, de un año, mientras que si éstos proceden de un ilícito penal su plazo es el de los quince años que establece el artículo 1.964 del Código civil para las acciones personales en general.

No hay diversas responsabilidades civiles según que el acto dañoso sea de naturaleza civil o penal, sino una única responsabilidad civil que deriva del daño (262), sin que le afecte que el hecho dañoso sea de un tipo o de otro.

Por eso creo que, como defienden Pantaleón (263) y Alonso Prieto (263 bis), se trata de una ÚNICA acción, ya que en ambas situaciones es igual el fundamento, la naturaleza jurídica, y la finalidad de la misma.

El hecho de la doble regulación de una y otra responsabilidad, unida a una desgraciada expresión o al menos a falta de claridad de los textos legales (que se da precisamente en su mayor parte por esta doble regulación), ha llevado a que nuestro más alto tribunal haga una interpretación errónea de las normas.

Mientras que el Tribunal Supremo siga estableciendo importantes diferencias de trato en los puntos que he mencionado, según que el daño se haya producido por un ilícito civil o penal, no es posible —creo— hablar de concurso de normas, so pena de provocar un grave deterioro en la seguridad jurídica.

El Tribunal Supremo justifica las diferencias que he citado entendiéndolo, como ya he dicho más arriba, que la acción de responsabili-

(262) PANTALEÓN, *Comentario a la Sentencia de 27 de mayo de 1983*, en «CCJC», núm. 2, p. 626, «La responsabilidad civil no deriva, como parece entender la Sala II del Tribunal Supremo, del delito, sino del daño». Y continúa este autor: «la vinculación de la prescripción de la acción de responsabilidad civil “derivada de delito” a la prescripción del delito, vigente en los Derechos francés e italiano, también en el Código portugués de 1966, art. 498-3.º, se deduce de textos legales determinantes en ese sentido (art. 10.1 del Code de procedure penal y art. 2.947-3.º del Codice civile). Textos legales completamente diferentes al art. 117 de nuestro Código penal, según el cual: «La responsabilidad civil nacida de delito o falta se extinguirá de igual modo que las demás obligaciones con sujeción a las reglas del Derecho civil».

(263) *Comentario a la Sentencia de 27 de mayo de 1983*, en «CCJC», núm. 2, abril-agosto 1983, p. 624.

(263 bis) *Ob. cit.*, p. 333.

dad civil, cuando el daño lo ocasionó un ilícito civil, es de distinta naturaleza que si el acto que lo causó fue un delito o una falta. Apoya esta opinión en que la responsabilidad civil por daños producidos por delito surge por el propio hecho del delito. El argumento es falso, pues, como ya he dicho antes, la responsabilidad civil nace del daño. Buena prueba de que no deriva del propio delito es que *no todos los delitos (264) dan lugar a responsabilidad civil*: no dan lugar a dicha responsabilidad los delitos que no producen *daño (265)*.

Basa esta tesis también el Tribunal Supremo en que la responsabilidad civil derivada del daño causado por un ilícito penal no sólo tiene, como la derivada de ilícito civil, una función indemnizatoria, sino además una función disuasoria o punitiva secundaria (266). Creo que no es así. Es difícil hablar de carácter punitivo, aunque sea secundario, cuando se trata de una responsabilidad asegurable y transmisible «*mortis causa*».

Pues bien, en base a esa concepción de que existen dos distintas acciones, establece la jurisprudencia los diferentes plazos de prescripción de las mismas. Ello plantea una serie de problemas a la hora de tratar de averiguar cuándo puede el Juez civil aplicar los preceptos que sobre responsabilidad civil contiene el Código penal y, en base a la remisión que hace el artículo 117 del mismo texto legal, aplicar en cuanto al plazo de la acción el señalado por el artículo 1.964 del Código civil. Pantaleón (267) y Alonso Prieto (268) se han ocupado de este punto.

El primero de estos autores que lo ha hecho con más extensión, distingue dos posibles alternativas:

1. El Juez civil podrá aplicar (269) los preceptos de responsabilidad contenidos en el Código penal, solamente en el caso de que el Juez penal haya declarado la existencia de delito o falta en sentencia condenatoria firme. Hay una serie de supuestos (270) (muerte del presunto delincuente, indulto, amnistía, etc.) en los que habiendo comenzado las actuaciones penales, al no haber sentencia condenatoria

(264) Quizá en parte la razón de este torcido entendimiento hay que buscarla en la incorrecta redacción del art. 19 del Código penal (dice textualmente: «toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente»), que puede dar lugar a creer que todo delito o falta ocasiona siempre una responsabilidad civil. El artículo, para ser más correcto, debiera decir: «toda persona capaz de responsabilidad criminal por un delito o falta que haya dado lugar a daños es también responsable de ellos civilmente».

(265) Entiéndase, daño susceptible de ser indemnizado.

(266) SANTIAGO MIR, *Derecho penal, Parte general*, 1984, p. 7.

(267) *Ob. cit., loc. cit.*

(268) *Ob. cit., loc. cit.*

(269) Si se reservaron las acciones civiles, puesto que, si no, el propio Juez penal decidirá sobre la responsabilidad civil.

(270) Cuando la Sentencia penal sea absolutoria, exista sobreseimiento libre en base al art. 637 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, prescripción del delito, indulto, amnistía, muerte del presunto responsable criminal, o cuando se paralice el procedimiento penal por la rebeldía del procesado, o demencia del mismo posterior a la comisión del delito.

firme, el Juez civil no podría aplicar los mencionados preceptos del Código penal.

2. Además de cuando existe condena penal firme, también sin ella el Juez civil podrá aplicar los preceptos de responsabilidad contenidos en el Código penal cuando llegue a la convicción, sólo a efectos de la responsabilidad civil, de que el hecho causante del daño es uno de los que la ley tipifica como delito o falta. En este caso, el Juez civil sí que podría aplicar las normas del Código penal, en los supuestos que se excluyen e la alternativa primera (indulto, amnistía, etc.).

Las dos posturas son defendibles (271), pero ninguna de las dos puede convencer totalmente; lo que justifica que la jurisprudencia no siga una línea clara y que haya sentencias en uno y otro sentido. Lo que solventaría de una vez el problema sería esa única regulación por la que desde hace ya tiempo viene abogando la doctrina y que es la que corresponde, porque evidentemente —insisto— se trata de la misma acción.

(271) Expone PANTALEÓN, en *Comentario a la Sentencia de 28 de enero de 1983, «CCJC»*, núm. 1, pp. 110 y ss., las razones que apoyan las dos alternativas. En favor de la primera menciona lo siguiente: «I) La incompetencia del Juez civil para declarar la existencia de falta o delito. II) El que los artículos del Código penal «parecen condicionar claramente la responsabilidad civil que regulan, a la previa responsabilidad criminal del causante del daño (art. 19: «toda persona responsable criminalmente...»; art. 21: «Son también responsables civiles, en defecto de los que lo sean criminalmente...»), y en los supuestos de amnistía, indulto, muerte del presunto responsable criminal y prescripción del delito o la falta, la responsabilidad criminal del dañante se ha extinguido. III) Sería ciertamente poco deseable que el Juez civil declarase una responsabilidad «derivada de delito» en casos de rebeldía o demencia sobrevenida del autor del daño, y reabriéndose posteriormente el proceso penal, éste finalizase con Sentencia absolutoria». «A favor de la segunda la inconsistencia de los argumentos a favor de la primera, I y III... Y porque no parece justo que por hechos no imputables al perjudicado se produzca una metamorfosis en la naturaleza de la responsabilidad civil».

Me parece fuera de toda duda que el Juez civil pueda calificar una conducta para decidir si el que la realizó incurrió en indignidad o en la ingratitud que da lugar a la posibilidad de revocar una donación. En estos supuestos, lo que hace a una persona indigna para suceder, o revocable la donación que le hicieron, no es el hecho de cometer un delito o falta en el sentido estricto penal del término, sino haber realizado una conducta ilícita de naturaleza civil, que además puede ser delito (pero que también puede no serlo, puesto que esta última circunstancia no tiene trascendencia a los efectos de la revocación de donaciones o de la indignidad).

En cambio, en el caso que ahora me ocupa, el que se trate o no de delito o falta en el sentido estricto penal del término va a determinar que se le apliquen unas normas u otras. Por ello el Juez civil carece de competencia al respecto.

Por lo que toca al argumento de que el art. 19 del Código penal parece condicionar la responsabilidad civil regulada en las normas de ese mismo Código a la previa responsabilidad criminal del causante del daño. Por tanto, en cualquier caso en el que no se tenga dicha responsabilidad (indulto o amnistía, etc.) no se podrán aplicar las reglas del Código penal sobre responsabilidad civil. Hay que decir que efectivamente «parece» condicionar, pero sólo lo parece, pues si nos fijamos más en el citado art. 19 del Código penal, en su relación con el art. 8 del mismo texto legal, veremos que lo que de verdad dispone el precepto es que las personas que *carecen de capacidad* para tener responsabilidad criminal (que obviamente es bastante distinto de quien teniendo capacidad, por otras causas, no responde criminalmente en un caso concreto), que son únicamente las enumeradas en el art. 8 del Código penal, no responden tampoco civilmente.

¿Cuál es la razón por la que puede parecer que existe una laguna legal (272) en la remisión que hace el artículo 117 del Código penal al Código civil, cuando resulta que en éste aparentemente no se contempla el plazo de la acción para exigir la responsabilidad civil procedente de un daño causado por delito o falta? Es importante, como en todo lo que tiene que ver con la responsabilidad civil derivada de delito o de ilícito penal, el hecho de que se promulgara primero un Código penal y sólo después de un largo tiempo se consiguiera codificar la materia civil. En los primeros Códigos penales anteriores al Código civil (Código penal 1822 y Código penal 1848) ni siquiera se mencionaba la prescripción de la responsabilidad civil. Sin embargo, uno de los Reales Decretos (272 bis) dictados para la aplicación del Código penal de 1848 disponía en su artículo 3.º (273) que, mientras no se promulgase el Código civil, en los temas civiles que surgiesen se aplicaría la normativa civil vigente. Hasta la promulgación del Código civil ésta era el Derecho de Partidas, donde no sólo no se distinguía entre responsabilidad civil nacida de delito o de ilícito civil en cuanto al plazo para pedir la indemnización, sino que, como indica García Goyena (274), el plazo era el mismo para exigir la responsabilidad civil y la responsabilidad penal: el de año y día (275) para ambos supuestos. Es decir, que a tenor del citado Decreto, el plazo para la prescripción de la acción para exigir la responsabilidad civil, cualquier responsabilidad civil, era siempre el mismo, el de un año que se contemplaba en las Partidas.

En el Proyecto de Código civil de 1851, el artículo equivalente al actual artículo 1.986 (no existía ninguno equivalente al 1.964) era el artículo 1.976, que, por lo que nos interesa, era bastante similar al actual. Decía: «Prescribese igualmente por un año: 1.º) La responsabilidad civil que se contrae por injuria o calumnia, y por la culpa o negligencia de que se trata en el capítulo III, título XXI de este libro, desde que lo supo el agraviado...».

En el comentario que al citado artículo 1.976 hace García Goyena, menciona que «aquí [en el artículo 1.976] se habla de la responsabilidad civil, no de la penal», con lo que se deja bien claro que una

(272) Como dice DIEZ-PICAZO, *ob. cit.*, p. 236.

(272 bis) Real Decreto de 22 de septiembre de 1948, art. 3. Las Cortes, previendo las dificultades de la entrada en vigor del Código penal de 1848, autorizaron al Gobierno, por Ley de 19 de marzo de 1948, para «resolver por sí las dificultades que no podrían menos de ofrecerse, si bien dando cuenta de las mismas a la primera legislatura».

(273) Siempre que el Código penal [el de 1848] se refiere a las disposiciones del Código civil, hasta tanto que éste se publique se entenderán las referencias a la legislación civil actual, y en su defecto a lo que se halle establecido por la jurisprudencia general, conforme a lo que se previene en la Ley VI, tit. II, Partida I. Si tampoco hubiera jurisprudencia fija sobre el caso, se entenderá consignada la disposición del Código, para cuando la Ley establezca lo consecutivo».

(274) *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil*, Comentario al art. 1.976.

(275) P. 7, tit. IX, l. 22, «Fasta quanto tiempo puede ome demandar emienda de la deshonra que recibio».

y otra son dos cosas diferentes. También dice que «compréndese también la [responsabilidad civil] de calumnia, porque ni una ni otra, ¡ni injuria ni calumnia!, pueden ser intentadas, según el artículo 391 (276) del Código penal, sino por la parte ofendida. Al discutirse dicho artículo se habló largamente de la prescripción y, por fin, se descartó por impropia de aquel lugar, por esta misma consideración sólo se hace aquí mérito de la responsabilidad civil». Es decir, que los redactores del Código penal, según Goyena, tenían claro que no era ese Código lugar adecuado para establecer los plazos de la responsabilidad civil, y por lo mismo el Código civil se ocupa de la prescripción de la misma. Recuérdese que, como he dicho más arriba, en el Código penal de 1848 no se hacía ningún tipo de referencia a la resprecripción de la responsabilidad civil.

Las frases de García Goyena explican también la inclusión de la prescripción de la responsabilidad civil del daño causado por injuria o calumnia, pero dicha inclusión no tiene más trascendencia a la hora de interpretar el artículo 1.968-2.º que la de su valor histórico (277).

Cuando se promulgó el Código penal de 1870 (aun no había Código civil) se incluye un precepto nuevo, el artículo 135, que disponía —como hace el actual en su artículo 117— la remisión expresa a las reglas que el Derecho civil establece para la extinción de las obligaciones.

Se trata de una remisión quizá no tan concreta como hubiéramos deseado. Pero téngase en cuenta que en 1870 no era posible concretar más la remisión (cosa que, por otro lado, tampoco era necesaria), porque NO HABIA TEXTO LEGAL, Y MUCHO MENOS PRECEPTO CONCRETO AL QUE HACERLA.

El precepto estrenado en el Código penal de 1870 ha ido pasando sin variación hasta llegar al actualmente en vigor, y así existía en el momento de promulgarse nuestro Código civil. Es claro que en él no había un precepto que hablara de responsabilidad por daños causados por un ilícito penal y plazo de prescripción de la acción para pedir su indemnización. La razón era seguramente esa falta de coordinación que se ha ido produciendo en todos los puntos a los que afecta la doble regulación en esta materia (277 bis).

(276) «Nadie será penado por calumnia o injuria, sino a querrela de la parte ofendida... El culpable de injuria o calumnia contra particulares quedará relevado de la pena impuesta mediando perdón de la parte ofendida...» (art. 391 del Código penal de 1848).

(277) Porque, como dice PANTALEÓN, en *Comentario a la Sentencia de 13 de julio de 1984*, «CCJC», núm. 6, 1984, p. 1963: «El comentario de GARCÍA GOYENA al art. 1.976 del Proyecto de 1981, antecedente del actual 1.968-2.º, nos prueba que la referencia expresa de éste a la injuria y calumnia es un puro residuo histórico. Y sobre un residuo histórico (por lo demás muy difícilmente compatible con lo que para la injuria establece el art. 113 del Código penal y con lo dispuesto en el art. 9.5 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo), no cabe montar un, siempre inseguro, *inclusio unius, exclusio alterius*».

(277 bis) Creo que esa es la explicación más plausible, ya que la que ofrece DÍEZ-

¿Pero existe realmente una laguna legal? Pienso que no.

El artículo 1.092 del Código civil es tajante en cuanto a que las obligaciones nacidas de delito o falta se regirán por las disposiciones del Código penal. Luego, si el artículo 117 de ese texto legal dice que la responsabilidad civil se extinguirá de igual modo que las demás obligaciones, con sujeción a las reglas del Derecho civil», y, a la hora de ver cuáles son estas reglas en el Código civil, nos encontramos que hay distintos plazos, resulta claro que la responsabilidad civil derivada de delito se extinguirá de igual modo que las obligaciones más similares (278), es decir, de igual modo que se extinguen las de responsabilidad civil derivadas de ilícito civil: por el transcurso de un año (art. 1.968-2.º). Plazo que, por cierto, es el que les correspondía —como hemos visto más arriba— en nuestro Derecho histórico. Pero es que, como señala Alonso Prieto (279), además del argumento de analogía, es que el artículo 1.968, en su letra, no excluye esta interpretación. Aunque diga textualmente: «...y por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1.902...», está claro que nuestros Tribunales lo aplican a los demás supuestos del capítulo II (279 bis), «De las obligaciones que nacen de la culpa o negligencia», siguiendo la pauta marcada por los antecedentes históricos del precepto, puesto que el artículo 1.976 del Proyecto de 1851, antecedente directo del actual 1.966-2.º, preveía su aplicación a todas las obligaciones nacidas de culpa o negligencia (280).

El propio artículo 1.902, aunque la terminología empleada sea confusa, puede comprender comportamientos ilícitos dañosos, tanto procedentes de dolo como de culpa. Para ambos supuestos, el plazo para ejercitar la acción de resarcimiento es de un año. Carece absolutamente de sentido, que simplemente por tratarse de actos dolosos o culposos, pero que están tipificados en el Código penal, ese plazo varíe.

Otro argumento interesante, manejado por Alonso, es el de la regulación del artículo 4.º del texto refundido de la Ley de Circulación

PICAZO, *ob. cit.*, p. 237, no me parece convincente. «...La dificultad de encontrar al delincuente cuando se encuentra desaparecido o rebelde» no justifica esa diferencia de plazo.

(278) Creo que no es discutible que las que presentan más similitud son las derivadas de ilícito civil.

(279) *Ob. cit.*, p. 336.

(279 bis) A este respecto es muy interesante la Sentencia de 11 de febrero de 1977, que para un caso del art. 1.905 del Código civil dice que, aunque el 1.968-2.º se refiere tan sólo al 1.902 del Código civil, su plazo es de aplicación a todos los supuestos del mismo capítulo del Código civil.

(280) Decía el art. 1.976-1.º, «prescribese igualmente por un año: 1.º La responsabilidad civil que se contrae por la injuria o calumnia, y por la culpa o negligencia de que se trata en el capítulo III, tit. XXI, de este libro, desde que lo supo el agraviado». El capítulo III, tit. XXI, de ese libro, responde a la rúbrica «De las obligaciones que nacen de la culpa o negligencia».

de Vehículos de Motor de 1968, que decía (280 bis): «Para exigir el cumplimiento de la obligación de indemnizar, el perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador del vehículo que ha producido el daño hasta el límite del seguro obligatorio, sin perjuicio de las demás acciones que le correspondan. *El plazo de prescripción de la acción es de un año*, a contar desde que se produjo el hecho que da lugar a la misma...» (281). Según este autor, el precepto citado indica la conciencia del legislador en cuanto a la existencia de un único plazo de prescripción para la responsabilidad civil (282).

A pesar de todas las razones expuestas, el Tribunal Supremo aplica la teoría de los distintos plazos probablemente porque, de una parte, es difícil superar la inercia de una línea jurisprudencial emprendida hace ya tanto tiempo, y de otra, el ánimo de hacer equidad y tratar de favorecer a la víctima empujan a dar una interpretación que alargue el plazo de un año. Efectivamente, como señala Pantaλέον, es comprensible que nuestro Tribunal Supremo considere excesivamente corto el plazo de un año establecido por el artículo 1.968, pero no por eso es razonable pasar a un plazo de quince años, a todas luces excesivo, que, además, no es el correcto. En todo caso, «de lege ferenda», creo que podríamos seguir la tónica general hoy en los derechos europeos, es decir, establecer como plazo general para la responsabilidad civil extracontractual (tanto si ésta procede de ilícito civil como si lo hace de ilícito penal), el de tres años. Con ello se solucionaría la excesiva brevedad del de un año que, a veces, perjudica a las víctimas, sin optar tampoco por el de quince años, excesivamente largo para el supuesto.

(280 bis) Tras la modificación R.D.L. de 28 de junio de 1986, el artículo es el 5.º, y modifica ligeramente el anterior 4.º.

(281) Según ALONSO PRIETO, dicho precepto se olvida con frecuencia porque generalmente no se aprecia que no afecta tan sólo a los ilícitos civiles, sino también a los ilícitos penales.

«Tampoco —continúa el autor— hay base firme para sostener que el plazo está ordenado en exclusividad para la acción frente al asegurador», aunque la responsabilidad de que habla el texto refundido es sólo responsabilidad asegurada, y aunque literalmente «habla de acción en singular a la hora de proveer sobre la prescripción y “de las demás acciones”, en plural, a la hora de enunciar los sistemas de protección, para dejarlas a salvo». «Nos parece ver —continúa el mismo autor—, sin embargo, que el legislador es consciente del plazo único, y es esta razón de uniformidad lo que le mueve, en armonía con los arts. 1.902 y 1.968 del Código civil, a insistir en el plazo de un año. Porque, ¿qué razones pueden justificar una nueva complicación? ¿A qué pautas acudió el legislador para señalar plazos de fenecimiento excepcionales en consideración al sujeto pasivo? ¿No se trata de acciones de idéntica naturaleza sustantiva? ¿Cómo se justificaría el privilegio del asegurador? Puestos a indagar razones, ¿no es cierto que, lejos de acortar el plazo en pro del asegurador, estaría justificado su alargamiento en función del origen contractual de la responsabilidad y del propósito cardinal de la Ley de lograr en favor del perjudicado la indemnización a ultranza?» *Ob. cit.*, pp. 336 y 337.

(282) *Ob. cit.*, *loc. cit.*

El concepto de alteración objetiva convencional de la relación obligatoria

LUIS FELIPE RAGEL SANCHEZ

Profesor Titular de Derecho Civil de la Facultad de Derecho
de Cáceres (Universidad de Extremadura)

A mi maestro, Luis Humberto Clavería

1. INTRODUCCION

La doctrina civilista se ha ocupado fundamentalmente de estudiar unos momentos claves de la relación obligatoria: la constitución y la extinción de la obligación, junto al fenómeno del incumplimiento. La constitución de la relación obligatoria interesa especialmente a los autores, puesto en que tal momento se fijan los componentes subjetivos, objetivos y circunstanciales de la obligación; elementos que configuran el programa o plan previsto entre las partes y que son decisivos para determinar la calificación de la relación obligatoria. Las circunstancias que originan la extinción de la obligación merecen también la atención de los juristas, ya que en tal momento quedará normalmente cumplido el programa previsto en el momento de constitución de la relación obligatoria, produciéndose la satisfacción del interés del acreedor y la liberación del deudor. La fase patológica del incumplimiento preocupa esencialmente a la doctrina, ya que el acreedor insatisfecho, por regla general, podrá recabar la adecuada intervención de los órganos judiciales, mediante el mecanismo de la ejecución forzosa, desencadenando la responsabilidad del deudor, que hasta el momento del incumplimiento sólo había existido en potencia.

Sin embargo, existe otro momento importante en la vida de la relación obligatoria que, hasta el día de hoy, ha venido ignorándose casi por completo por la ciencia civilista (1). Nos estamos refiriendo

(1) Cfr. GHOZI (*La modificación de l'obligation par la volonté des parties —Etude de droit civil français—*, Paris, 1980, p. 1): se halla poca información acerca del período precedente al término.

al momento intermedio, posterior a la constitución y anterior a la *definitiva* extinción de la relación obligatoria, que merece un examen más detenido del que hasta ahora le ha dispensado la doctrina.

Si fijamos nuestra atención en ciertos preceptos de nuestro Código civil, observaremos que el legislador ha querido hacer referencia a determinados momentos intermedios. Sin ánimo exhaustivo, enumeraremos a continuación algunos supuestos: el deudor se pone de acuerdo con el acreedor —o acreedores— para cederle sus bienes —en todo o en parte— en pago de su deuda (art. 1.175); un acreedor condona parcialmente la deuda al deudor, que acepta (art. 1.187), para conseguir una mayor seguridad en el pago de la parte no condonada; los socios deciden por unanimidad hacer novedad en los bienes inmuebles sociales (art. 1.695-4.º) o acuerdan prorrogar la sociedad constituida por tiempo determinado (art. 1.702); el depositante y el depositario se ponen de acuerdo para que el segundo se sirva de la cosa depositada (arts. 1.767 y 1.768); los cónyuges —o ex-cónyuges— separados o divorciados deciden sustituir la pensión por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero (art. 99); una vez disuelto el régimen de participación en las ganancias, los cónyuges acuerdan que el deudor sustituya la prestación en dinero por la adjudicación de bienes concretos a favor del acreedor (art. 1.432).

Pueden hallarse, dentro y fuera de nuestro Código civil, otros supuestos distintos de los que hemos enumerado, en los que las partes que componen la relación obligatoria deciden, de común acuerdo, introducir algún cambio en la misma, con anterioridad al momento de la completa extinción del vínculo. Sin embargo, a los fines de esta investigación, son suficientemente ilustrativos los casos mencionados para que podamos comprobar que la ley presta atención a ciertas «alteraciones» que los sujetos de la relación obligatoria introducen en la misma.

Tradicionalmente, este tema ha sido abordado a través de las figuras de la *novación* y de la *modificación* de la relación obligatoria. En mi opinión, la técnica citada no satisface plenamente ni responde adecuadamente a los interrogantes planteados por las variaciones objetivas introducidas en la relación obligatoria por la voluntad de las partes.

Nuestra indagación consta de dos partes claramente diferenciadas. En la primera, trataremos acerca de la llamada «novación objetiva», poniendo de relieve los interrogantes que plantea y las discrepancias doctrinales que surgen en el estudio de tan controvertida figura (2).

(2) El estudio más completo sobre la novación, en nuestro país, se debe a SANCHO REBULLIDA (*La novación de las obligaciones*, Barcelona, 1964). He manejado fundamentalmente otro trabajo suyo, más reciente (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigido por M. ALBALADEJO, tomo XVI, vol. I, pp. 498 a 677, Madrid, 1980), que tiene la ventaja de haber revisado la doctrina española de los últimos años, coincidiendo en su contenido con la obra anteriormente citada. Para SANCHO REBULLIDA (*Comentarios...*, *cit.*, p. 510), la novación rebasa la esfera estricta del De-

En un segundo momento, formularemos el concepto de *alteración objetiva convencional* de la relación obligatoria; concepto que, a mi juicio, explica de modo más satisfactorio el mecanismo de las variaciones introducidas en la obligación.

2. LA LLAMADA «NOVACION OBJETIVA»

Nuestro análisis quedará circunscrito a lo que hoy se entiende por *novación objetiva convencional* (3), es decir, la novación *inter easdem personas*, acaecida cuando los mismos sujetos que integran la relación obligatoria acuerdan introducir algún cambio objetivo en la misma. Utilizaremos la expresión «novación objetiva» en un sentido muy amplio, englobando en la misma los cambios en el objeto, los cambios en la causa y los cambios circunstanciales de la obligación (4). Por lo tanto, excluirémos de nuestro estudio la llamada «novación subjetiva» —que consiste en el advenimiento de un tercero en el lado acti-

recho Civil, indicando que «el concepto de novación es referible a toda obligación en sentido técnico como relación jurídica de obligación» (*Comentarios...*, cit., p. 511). Para CODACCI PISANELLI (*Ampiezza del concetto di novazione*, Milano, 1950, pp. 364 y ss.), es posible construir la novación como institución «general» y extender el concepto en todas las ramas del Derecho; no sólo en el Derecho privado, sino también en el Derecho público; no sólo respecto al Derecho de obligaciones, sino respecto a toda relación jurídica. En contra de esta tendencia se manifiesta MESSINEO (*Manuale de diritto civile e commerciale*, tomo III, Milano, 1959, pp. 532 y ss.), y MAGAZZU (voz «*Novazione (diritto civile)*»; Enciclopedia del diritto, tomo XXVIII, Milano, 1978, pp. 779 a 836; en concreto, pp. 832 y ss.), que consideran aislada la teoría de CODACCI PISANELLI, opinando, por el contrario, que el ámbito de la novación se halla en el Derecho de obligaciones. Sobre la novación en el Derecho del Trabajo, cfr. TOSI (*Considerazioni in tema di novazione oggettiva del rapporto di lavoro*, «Riv. trim. dir. proc. civ.», 1969, pp. 191 y ss.) y MAGNO (*Le vicende modificative del rapporto di lavoro subordinato*, Padova, 1976).

(3) Cfr. MAGAZZU (*ob. cit.*, p. 830): «novacion objetiva» es el contrato por el que el acreedor y el deudor modifican el objeto (o, lo que es sustancialmente lo mismo, el título, la *causa debendi*) de la relación obligatoria existente entre ellos.

(4) En el mismo sentido, cfr. DE BUEN (Notas al *Curso elemental de Derecho civil*, de COLIN Y CAPITANT, tomo III, 4.^a ed., puesta al día por Manuel Batllé, Madrid 1960, p. 298), CASTAN (*Derecho civil español, común y foral*, tomo III, 11.^a ed., puesta al día por Gabriel García Cantero, Madrid, 1974, pp. 393 y 394) y CARBONNIER (*Droit civil*, tomo 4, París, 1982, p. 568). Por el contrario, Díez-PICAZO (*Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, tomo I, Madrid, 1983, pp. 792 a 794) distingue los siguientes tipos de modificación o cambio en la relación obligatoria: a) *Modificación subjetiva*. b) *Modificación objetiva*, que puede consistir en un cambio en la naturaleza de la prestación, en un aumento o una reducción de la prestación, manteniendo su naturaleza o en una plena concreción de la prestación que antes no se encontraba totalmente determinada. c) *Modificación circunstancial*, que puede ser *temporal*, *espacial* o *modificación del régimen de las condiciones*. d) *Modificación funcional* o *causal*, cuando se altera la función económico-jurídica. e) *Modificación del contenido de la relación*, cuando se añaden o suprimen pactos o estipulaciones que contienen reglas de conducta obligatorias para los interesados. En opinión de GHOZI (*ob. cit.*, p. 30), «la noción de causa, para permitir el ejercicio de su función de control, aprehende aquellos motivos de la voluntad que han sido determinantes; ella explica el acto, ella es la razón, mientras que el objeto revela el contenido, la economía. Estas dos nociones están estrechamente ligadas».

vo o pasivo de la obligación (5)—, así como la «novación objetiva no convencional» (6).

A la hora de analizar el tema de la novación objetiva de la obligación, es necesario partir del concepto romano de la *novatio* (7), punto de referencia del que arrancan todos los autores. Aunque el problema del origen de la novación ha sido objeto de vivaces discusiones doctrinales (8), todos los autores parecen admitir que la institución no surge en una época muy antigua, puesto que el testimonio más destacado se remonta a los días de Servio Sulpicio Rufo (primer siglo a.C.) (9).

El primer caso de *novatio* fue el de sucesivas *sponsiones inter diversas personas* (10). Para la jurisprudencia republicana, la novación consistía en la extinción de la obligación en virtud de un acto solemne

(5) Para MAGAZZU (*ob. cit.*, pp. 834 y 835), no deben existir dudas sobre la imposibilidad de construir unitariamente las dos pretendidas «especies» de novación: la objetiva y la subjetiva. En el mismo sentido, cfr. MESSINEO (*ob. cit.*, p. 532), que considera que la novación subjetiva pasiva debe ser concebida, no como supuesto fáctico en sí, sino únicamente como uno de los posibles efectos de la delegación liberatoria, de la expromisión liberatoria y de la asunción —*accollo*— liberatoria, poniendo de manifiesto que, a diferencia de la novación objetiva, no podría concebirse la novación subjetiva (pasiva) como total sustitución de una relación nueva por la antigua (*ob. cit.*, p. 530). Las modificaciones subjetivas de la relación obligatoria son profundamente diversas de la modificación objetiva. Como sostiene BARBERO (*Sistema del diritto privato italiano*, tomo II, Torino, 1902, p. 216), mientras que la novación objetiva contiene una institución autónoma dotada (por su específica función) de autonomía normativa y conceptual y puede ser autónomamente construida, bien bajo el perfil del supuesto fáctico, bien bajo el de la eficacia, la novación subjetiva no constituye una categoría negocial autónoma (caracterizada por su función específica), sino, como mucho, un «suplemento de supuesto fáctico».

(6) A la novación producida por convenio suelen llamarla los franceses novación voluntaria, en contraposición a la novación legal. Cfr. AUBRY y RAU (*Cours de droit civil français*, tomo IV, París, 1871, p. 211). Para CARBONNIER (*ob. cit.*, p. 574), en nuestra época han aparecido las novaciones legales o, al menos, no convencionales, llevadas a cabo por voluntad unilateral en virtud de la ley: conversión de usufructo de cónyuge viudo en renta vitalicia, conversión de aparcería en arrendamiento, etc.

(7) Sobre la novación en Derecho romano, pueden consultarse las obras bibliográficas citadas en MASI (voz «*Novazione (diritto romano)*»), Enciclopedia del diritto», tomo XXVIII, Milano, 1978, pp. 767 y ss.; en concreto, pp. 773 y 774), ELEFANTE (voz «*Novazione (diritto romano)*»), «*Novissimo Digesto italiano*», tomo XI, Torino, 1965, pp. 425 y ss.; en concreto, p. 425) y SANCHO REBULLIDA (*Comentarios...*, *cit.*, pp. 498 y 499).

(8) Cfr. VON SALPIUS (*Novation und Delegation nach römischen Recht*, Berlin, 1864), que parte de la observación de que tanto la *novatio* como la *litiscontestatio* se manifiestan por medio de un acto formal de extinción de la *obligatio*. CORNIL (*Cause et conséquences de l'apparition tardive de l'animus novandi*, en la obra «*Melanges P. Fournier*», París, 1929, pp. 87 y ss.) encontró la razón de ser de la *novatio* en el principio de que una segunda estipulación de *idem*, entre las mismas personas, que no contenga nada nuevo respecto de la primera, es nula; principio que encuentra su explicación histórica en relación a la institución arcaica del cautiverio real. Para MEYLAN (*La réforme justinienne de la novation*, en la obra «*Acta Congressus Juridici Internationalis*», tomo I, Roma, 1935, pp. 288 y ss.) el origen histórico de la *novatio* consiste en dos sucesivas *sponsiones de idem inter diversas personas*.

(9) Cfr. MASI (*ob. cit.*, p. 768): la primera de las dos respuestas de Servio Sulpicio Rufo se refiere a la novación condicional *inter eadem personas*.

(10) En este sentido, cfr. MEYLAN (*ob. cit.*, pp. 288 y ss.) y BONIFACIO (*La novazione nel diritto romano*, Napoli, 1959, p. 14).

en el cual el acreedor consiente que un tercero sustituya al deudor, con la consecuencia imprescindible de que el acreedor abdica en su derecho de crédito, independientemente de que el acto concluido sea o no eficiente para crear a su favor otro vínculo (11). La misma consecuencia se produce cuando, admitida posteriormente la *novatio inter easdem personas*, el acreedor estipula con el antiguo deudor; éste, prometiendo con la *sponsio* el *id quod iam debet*, viene a sustituirse a sí mismo y, en consecuencia, se extingue la *prior obligatio* (12). A juicio de Bonifacio, en este primer período de la historia debe ser elaborado también el canon del *aliquid novi*: si el deudor está ya obligado *verbis*, para justificar que autosustituyéndose asuma una nueva posición jurídica, la nueva *stipulatio*, aun cuando el objeto sea precisamente el *id quod iam debetur*, debe contener alguna cosa nueva respecto a la precedente (13).

De la edad republicana a la edad del principado, la *novatio* sufre una profunda transformación. La jurisprudencia clásica, por medio de Ulpiano, elaboró una definición de novación que se ha hecho célebre: «*Novatio est prioris debiti in aliam obligationem... transfusio atque translatio, hoc est, quum ex praecedenti causa ita nova constituitur, ut prior perimetur; novatio enim a novo nomen accepit et a nova obligationem*» (14). La extinción de una obligación a consecuencia de la novación estaba ligada a la transfusión y a la traslación del relativo *debitum*, en una nueva relación obligatoria. El concepto de *novatio* es ahora más complejo, pues implica la absoluta indisolubilidad del efecto extintivo y del efecto creador de la *stipulatio debiti* (15). La constitución de la nueva relación comporta la extinción de la relación anterior, en virtud de la idea de que no puede haber dos compromisos para una misma deuda (16).

La estructura dogmática de la novación objetiva en el período clásico resulta del texto de Ulpiano, del que pueden inferirse los elementos esenciales de la figura, que son los siguientes:

a) La existencia de una obligación que se extingue, en cuanto que la *novatio*, operando principalmente como causa de extinción de las obligaciones, presupone una *prior obligatio* que pueda ser extinguida.

b) La subentrada en su puesto de una nueva obligación, contraída por el mismo deudor frente al mismo acreedor (*novatio inter easdem personas*).

c) El *id quod iam debetur*, es decir, la identidad de contenido entre la vieja y la nueva obligación, porque sólo mediante la absor-

(11) Cfr. BONIFACIO (*ob. cit.*, p. 23).

(12) Cfr. BONIFACIO (*ob. cit.*, p. 28).

(13) Cfr. BONIFACIO (*ob. cit.*, pp. 28 y 29).

(14) D. 46, 2, 1 pr.

(15) Cfr. BONIFACIO (*ob. cit.*, p. 46).

(16) Cfr. PLANIOL-RIPERT-BOULANGER (*Traité de droit civil*, D'après le Traité de Planiol, tomo II, París, 1957, pp. 632 y 633).

ción del contenido de la vieja obligación por la nueva se extingue aquélla.

d) La solemnidad y la formalidad del acto novativo, porque sólo en tal caso puede actuar la *translatio* del *idem debitum* (17).

El negocio a través del cual se produce la novación era la *stipulatio*, negocio jurídico de carácter formal y solemne (18), que debía tener el mismo objeto que la obligación precedente, a la que debía mencionar en su formulación (19). En la época clásica no tenía relevancia alguna el *animus novandi*, puesto que la novación sólo podía llevarse a cabo con elementos puramente objetivos (20).

Que la nueva obligación contenga algún elemento nuevo respecto de la precedente (*aliquid novi*) era requisito no citado por Ulpiano. Este requisito podía venir representado, bien por la adición o supresión de un elemento considerado accidental —como la condición o el término— o bien por la constitución o extinción de garantías personales (21).

Sin embargo, el requisito del *aliquid novi* no podía consistir en una variación del objeto de la obligación. Para que pudiera producirse la novación, era esencial el requisito del *idem debitum*, entendido no en el sentido de simple equivalencia, sino en el de absoluta identidad —o unicidad— del objeto (22). La necesidad de que las dos obligaciones tuvieran idéntico objeto venía determinada por la misma estructura de la novación, surgida como sustitución de una persona en la posición de otra (*novatio inter diversas personas*). Tal sustitución, en un Ordenamiento que no daba ninguna relevancia al *animus novandi*, sólo podía producirse por medio de una promesa de un *idem* (23). No pudiendo radicar en un elemento subjetivo, la extinción de la obligación precedente debía tener su fundamento en un inequívoco elemento objetivo, como era el *idem debitum* (24). Cuando se admite la *novatio inter easdem personas*, el *idem debitum* es el requisito que permite el traslado de un débito que se extingue en una nueva obligación que nace (25), aunque —lógicamente— permitía acoger alguna variación, pues carecía de sentido la existencia de dos

(17) En este sentido, cfr. BONIFACIO (*ob. cit.*, pp. 50 y 51) y ELEFANTE (*ob. cit.*, p. 426).

(18) Sobre las características de la *stipulatio* clásica, cfr. GIARDINA (*Studi sulla novazione nella doctrina del diritto intermedio*, Milano, 1952, pp. 65 y 66).

(19) Cfr. BONIFACIO (*ob. cit.*, p. 61) y MASI (*ob. cit.*, p. 769).

(20) Cfr. ELEFANTE (*ob. cit.*, p. 427).

(21) Cfr. GIARDINA (*ob. cit.*, 51), que cita a GAYO, en este sentido: «podrá ser novación por cambio de acreedor o de deudor («GAI» III, 177, 178), por la sustitución de una obligación *verbis* a una obligación surgida de otra fuente («GAI» II, 38, III, 170)».

(22) En este sentido, cfr. BONIFACIO (*ob. cit.*, p. 123). Para GIARDINA (*ob. cit.*, p. 11), la identidad se concreta más exactamente como unicidad de objeto de la prestación.

(23) Cfr. BONIFACIO (*ob. cit.*, p. 126).

(24) Cfr. ELEFANTE (*ob. cit.*, p. 429).

(25) Cfr. SANCHO REBULLIDA (*Comentarios...*, cit., p. 499).

estipulaciones de *idem* entre los mismos sujetos, cuando la segunda no contiene un *aliquid novi* (26).

La novación clásica se transforma en el Derecho postclásico (27) y, con mayor intensidad, en el Derecho justiniano. La *stipulatio* deja de ser un negocio formal y la creación de obligaciones se hace depender sobre todo de la voluntad de las partes: todo depende del *animus novandi* (28), requisito que relega el *idem debitum* a un segundo plano (29). La reciente doctrina ha querido hallar el fundamento del *animus novandi* en el hecho de que, para el acreedor, la extinción de la obligación precedente supone una renuncia al derecho que tenía y de ahí la necesidad de aplicar a la novación el principio *renunciatio non praesumitur* (30). Con todo, la compilación justiniana no desarrolló todas las consecuencias del giro voluntarista de la novación: a la cabeza del título *De novationibus et delegationibus* se colocó inadecuadamente la definición de Ulpiano (31) y en él se conserva, bien que interpolada, casi toda la reglamentación clásica, aflorando la supremacía del *animus*, timidamente, aquí y allá, con lo que la compilación ofrece un panorama de compromiso entre lo nuevo y lo antiguo (32).

En el Derecho intermedio se produjo una progresiva transforma-

(26) Discute la doctrina sobre el alcance del texto de POMPONIO («*qui bis idem promittit, ipso iure amplius quam semel non tenetur*»). Para GIARDINA (*ob. cit.*, p. 52), que sigue la opinión mayoritaria, «cuando intervienen sucesivamente dos estipulaciones idénticas, la novación no se produce». Sin embargo, BONIFACIO (*ob. cit.*, p. 9) considera que tal interpretación no resulta necesariamente de la letra del texto citado, que autoriza sólo la conclusión de que el deudor está comprometido una sola vez al cumplimiento. Aclara la cuestión GIARDINA (*ob. cit.*, p. 57): «sin duda, la fórmula de la estipulación novativa significaba, por regla, la voluntad de las partes de novar la obligación; pero, una vez pronunciada la fórmula, no era más la voluntad de novar, sino la fórmula misma, de la que derivaba el efecto jurídico»; por otro lado, este mismo autor (*ob. cit.*, p. 151) indica que la Glosa reconoció que en un tiempo *antiquissimum* se podía realizar novación sin *aliquid novi*.

(27) Para BONIFACIO (*ob. cit.*, p. 178), la historia de la novación está estrechamente ligada a la historia del instrumento con que se producía —la *stipulatio*—: sólo la transformación de ésta pudo influir en una transformación en la estructura de aquella, en el período postclásico.

(28) Cfr. BONIFACIO (*ob. cit.*, p. 181) que, al comentar la Constitución de Justiniano del 530, aclara: «requiriendo que el *animus* sea expreso, habría terminado con instaurar un nuevo formalismo, obteniendo un resultado diametralmente opuesto a aquel que se proponía con su reforma», por lo que, parece lógico inferir que el emperador intentaba afirmar la prevalencia absoluta de la *voluntas* sobre los *verba*.

(29) En este sentido, cfr. ELEFANTE (*ob. cit.*, p. 431): «la preeminencia del *animus novandi* no se lleva todavía a la extrema consecuencia. El requisito del *idem debitum* continúa existiendo».

(30) En este sentido, cfr. RICCI (*Derecho civil teórico y práctico*, tomo XIV, Barcelona, 1973, p. 50), COVIAN (voz «*Novacion*», Enciclopedia Jurídica Seix, Barcelona, 1910, pp. 493 y ss.; en concreto, p. 494), WEILL Y TERRÉ (*Droit civil. Les obligations*, París, 1980, pp. 1091 y 1095), GHOZI (*ob. cit.*, p. 41) y CARBONNIER (*ob. cit.*, p. 569).

(31) Cfr. BONIFACIO (*ob. cit.*, p. 193) y ELEFANTE (*ob. cit.*, p. 431): después de todas las transformaciones sufridas en las épocas postclásicas y justiniana, la definición de Ulpiano no parece la más idónea.

(32) Cfr. BONIFACIO (*ob. cit.*, p. 188) y SANCHO REBULLIDA (*Comentario... cit.*, p. 501).

ción de algunos de los requisitos de la novación. Los glosadores, comentaristas y cultos no realizan disputas referentes al concepto de novación (33). Para Bartolo, la novación es *effectus iuris*, es decir, el efecto de un negocio jurídico sobre un negocio preexistente (34). Los glosadores y comentaristas ignoraron el requisito del *idem debitum* (35) —posteriormente rehabilitado por Cuyacio (36)— y acogieron el requisito del *aliquid novi* limitadamente, sólo como requisito de la llamada novación tácita, en la que el deudor se liberaba de la obligación antigua *per exceptionem*, soportando la carga de la prueba acerca del efecto extintivo (37).

La Glosa está dominada por el principio de la presencia necesaria del *animus novandi* en todo negocio novatorio. Sin embargo, la formalidad de las palabras —cuando la mayoría de las veces la misma condición de las cosas era espejo suficiente de la intención de las partes— constituía un vínculo intolerable, un molestísimo obstáculo para las exigencias prácticas, lo que dio lugar a la admisión de la novación tácita y, en consecuencia, de las presunciones del *animus novandi* (38); presunciones que, para Juan de Imola, debían fundarse sobre conjeturas verosímiles y vehementes, decisivas y relevantes (39).

En esta época, los autores introducen el concepto de novación impropia, cuando se referían al fenómeno por el cual se variaban algunos aspectos de una obligación sin producir su extinción (40). Parece que el concepto de novación impropia procede de un error de los glosadores y comentaristas (41), que ligaban el concepto de delegación al de novación, sin tener en cuenta que la primera tiene un ámbito más extenso que la segunda (así, por ejemplo, la delegación de pago no tiene efectos novatorios) (42). La delegación se calificaba equi-

(33) Cfr. GIARDINA (*ob. cit.*, p. 99).

(34) Citado por GIARDINA (*ob. cit.*, p. 101). Más tarde, CUYACIO afirmaría que «*nam ubi nullus apparet effectus novationis, nec ulla novatio facta videri potest*».

(35) Cfr. GIARDINA (*ob. cit.*, pp. 143 y 146): para los glosadores y comentaristas, el objeto de la segunda obligación podía ser diverso, ya sea en la naturaleza o en la cuantía, de aquél de la primera.

(36) Cfr. GIARDINA (*ob. cit.*, p. 148).

(37) Cfr. GIARDINA (*ob. cit.*, pp. 149 y 151).

(38) Cfr. GIARDINA (*ob. cit.*, pp. 166 a 171).

(39) Citado así por GIARDINA (*ob. cit.*, p. 170).

(40) Cfr. SANCHO REBULLIDA (*Comentarios...*, *cit.*, p. 502).

(41) En este sentido, cfr. GIARDINA (*ob. cit.*, pp. 221 a 236) y CRISTOBAL-MONTES (*La llamada novación modificativa en el Derecho civil español*, «RCDI», 1973, pp. 1167 a 1271; en concreto, p. 1173).

(42) Cfr. SANCHO REBULLIDA (*Comentarios...*, *cit.*, pp. 635 a 638): la delegación es una figura más amplia que la novación. Delegación es la designación unilateral, expresa o tácita, de un sustituto en la posición de acreedor (delegación de crédito o novativa activa) o en la de deudor (delegación de débito o novativa pasiva) o en la de *accipiens* (delegación de pago activa) o en la de *solvens* (delegación de pago pasiva); pero, independientemente de este cuadro, la *delegatio* se manifestaba también en supuestos —donación, constitución de dote, mutuo— en que no existía previa obligación. Para que la *delegatio* produjese efectos novatorios se requería: a) existencia de una previa obligación; b) que la delegación no fuese de entrega o pago, sino de obligarse, de adquirir una obligación, y c) que la nueva obligación se contrajese mediante estipu-

vocadamente como impropia cuando no producía la extinción de la obligación y, por tales razones, no es extraño que el error se consumara al hablar de novación impropia.

Ecos de esta teoría se encuentran en España, en la época de gestación de nuestro Código civil. Para los autores del «Febrero reformado» —entre los que se encontraba García Goyena—, la novación consiste en la «*modificación* de una obligación preexistente o en su destrucción, sustituyéndola en este último caso con otra nueva, así que puede decirse con razón que en todo rigor no siempre la novación lleva consigo la destrucción de la obligación» (43).

Comentando el artículo 1.134 del proyecto de Código civil de 1851 —precepto inspirado en los artículos 1.271 y 1.273 del *Code civil* francés—, escribía García Goyena: «La novación, cuando queda el mismo deudor, supone dos obligaciones; la antigua *que se extingue*, y la nueva sustituida en lugar de aquélla» (44). Y no podía ser de otro modo, pues inspirándose García Goyena en el Derecho francés, no debe olvidarse que la novación se produce en este Ordenamiento cuando el deudor contrae frente a su acreedor una nueva deuda que sustituye a la antigua, *que se extingue* (45). Para la doctrina francesa, sólo se produce la novación cuando la antigua obligación se extingue y es reemplazada por una nueva obligación (46).

Como ha puesto de relieve unánimemente nuestra doctrina (47), el legislador de 1889 reguló deficientemente el tema de la novación, apartándose claramente —al menos en lo literal, añadimos nosotros— del *Code Napoléon*, que en tantos otros aspectos había sido modelo inspirador (48). La regulación de la institución en nuestro Código civil

lación «titulada» *in quod*; en síntesis, para que la delegación sea novación es necesario un doble calificativo: pasiva y novativa, liberatoria o privativa.

(43) Cfr. «Febrero reformado» (Madrid, 1852, tomo III, p. 182).

(44) Cfr. GARCÍA GOYENA (*Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, tomos III-IV, Madrid, 1852, p. 153).

(45) Sobre una comparación entre la *novatio* romana y la *novation* francesa, cfr. COLINT y CAPITANT (*ob. cit.*, p. 214). Respecto al Derecho italiano, cfr. MAGAZZU (*ob. cit.*, p. 786).

(46) Cfr. AUBRY y RAU (*ob. cit.*, p. 211) y BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE (*Traité théorique et pratique de droit civil*, vol. XIV, tomo III, París, 1908, p. 1). En el mismo sentido, para el Derecho suizo, cfr. VON TUHR (*Tratado de las obligaciones*, tomo II, trad. por W. Roces, Madrid, 1934, p. 147).

(47) Cfr. PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (Notas a ENNECCERUS, *Derecho de obligaciones: doctrina general*, en la obra «Tratado de Derecho Civil», de Enneccerus, Kipp y Wolff; tomo II, vol. 1.º, Barcelona, 1954, pp. 222 y ss.), A. HERNÁNDEZ GIL (*El ámbito de la novación objetiva modificativa*, «RDP», 1961, pp. 797 y ss.), AZURZA (Notas sobre novación, «RDP», 1950, pp. 590 y ss.), ESCOBAR (*El contrato de cuenta corriente y, en especial, sus caracteres de novación e indivisibilidad*, «RGLJ», 1942, pp. 280 y ss.), LOZANO BERRUZO (*La novación en el Código civil*, «RFDM», 1959, pp. 182 y ss.), REYES MONTERREAL (*Esencia de la novación*, «RJC», 1960, pp. 601 y ss.), VELASCO (*La teoría sobre novación de valores mobiliarios*, «RDM», 1952, pp. 7 y ss.) y las obras que han sido citadas anteriormente de SANCHO REBULLIDA, DIEZ-PICAZO, CASTÁN y CRISTÓBAL MONTES.

(48) Para una comparación entre la regulación de la novación en el *Codice civile* italiano de 1865 y el de 1942, cfr. MAGAZZU (*ob. cit.*, pp. 780 y ss.) y RESCIGNO

arranca, a primera vista, con un importante error sistemático: mientras que el Capítulo IV del Título I del Libro Cuarto se denomina «De la extinción de las obligaciones», el artículo 1.203, comprendido en la sección 6.ª del citado capítulo, indica que las obligaciones pueden *modificarse...* variando su objeto o sus condiciones principales (49).

Clemente de Diego y Navarro de Palencia, influidos por la legislación y doctrina alemanas, indicaron que «cabe que la segunda obligación afecte a la esencia de la primera y que, sin embargo, coexistan en el régimen de la *novación modificativa*» (50), dando por supuesta la existencia de esta categoría, dentro del ámbito de la novación objetiva (51). En el mismo sentido, Pérez González y Alguer defendieron brillantemente la idea de que junto a la *novación en sentido propio* o *novación extintiva* existe la llamada *novación modificativa*, que no produce la extinción de la obligación primitiva. Empero, no sería un tema tan pacífico, cuando los autores últimamente citados tuvieron que emplear términos tan enérgicos como los que producimos: «*si queremos percatarnos de una vez* que la novación, conforme dice en su comienzo el artículo 1.203, implica «modificación» y que la modificación no es extinción, ni ésta secuela necesaria de aquélla» (52). Concluyen estos autores, recalcando que la palabra novación debe interpretarse en el sentido ambiguo que tiene dentro del Código civil español, significando tanto la extinción de una obligación mediante la creación de una nueva (novación en sentido estricto) como la modificación de una obligación existente (novación en sentido lato) (53).

(voz «*Novazione (diritto civile)*»), «Novissimo Digesto italiano», tomo XI, Torino, 1965, pp. 431 a 438; en concreto, pp. 431 y 432).

(49) El artículo 1.230, párrafo 1.º, del *Codice civile* italiano de 1942, situado entre los «modos de extinción de las obligaciones distintos del cumplimiento», establece que «la obligación se extingue cuando las partes sustituyen a la obligación originaria por una nueva obligación con objeto o título diverso». En opinión de MAGAZZU (*ob. cit.*, p. 832), cuando se quiere intentar el encuadramiento sistemático en categorías genéricamente esquematizadas de un fenómeno tan singular como la novación, se corre el peligro de perder de vista su especial peculiaridad, al ser un supuesto fáctico negocial autónomo que se coloca en la categoría de los negocios modificativos, que operan como negocios de segundo grado en el campo de las relaciones obligatorias.

(50) Cfr. CLEMENTE DE DIEGO y NAVARRO DE PALENCIA (*Consulta sobre efectos de un contrato*, «RDP», 1914, pp. 472 y ss.).

(51) Sin embargo, autores de la época, como COVIAN (*ob. cit.*, p. 493), consideran que mediante la novación, la primera obligación queda extinguida por la segunda. Es curioso comprobar cómo DE BUEN (Notas a COLIN y CAPITANT, *ob. cit.*, p. 298), indica que la obligación anterior queda extinguida, mientras que BATLE —autor de la puesta al día, en 1960— añade una nota que dice: «El profesor De Buen define aquí la novación extintiva, y a ella se refiere; pero si la novación es modo de extinguir las obligaciones, también puede ser mera modificación sin efectivos extintivos».

(52) PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (Notas a ENNECCERUS, *ob. cit.*, p. 222).

(53) Cfr. PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (Notas a ENNECCERUS, *ob. cit.*, p. 225). Añaden estos autores: frente a la declaración expresa de las partes, o deducida directa y lógicamente de su voluntad (art. 1.281) de no querer extinguir la obligación existente, sino de modificarla, debe autorizarse tal modificación sin calificarla de novación en su sentido estricto; con ello se gana el poder interpretar fielmente la voluntad de las partes, se evita la pérdida de garantías que por permanecer idénticas no pueden producir perjuicio alguno en el patrimonio de los afectados por ellas (Notas a ENNECCERUS, *ob. cit.*, p. 223).

Esta corriente ha conseguido el respaldo mayoritario de nuestra doctrina y el de nuestra jurisprudencia (54), puesto que el tenor literal del artículo 1.203 del Código civil parece postular tales argumentos.

La doctrina expuesta tiene algunos puntos vulnerables, pues los elementos interpretativos sistemáticos e históricos pueden ser esgrimidos en su contra —recuérdese, en este sentido, que el artículo 1.143 del Código civil establece que la novación hecha por cualquiera de los acreedores solidarios o con cualquiera de los deudores de la misma clase *extingue* la obligación—. Por otro lado, el elemento gramatical semántico, principal bastión de los defensores de la llamada *novación modificativa*, puede volverse contra esa teoría, puesto que el significado gramatical de la voz «novación», según la 12.^a edición del Diccionario de la Lengua Castellana, de 1884, es el de «sustitución de una obligación que se contrae nuevamente en lugar de otra anteriormente contraída, la cual queda *extinguida* en este acto» (55).

Frente a la doctrina mayoritaria que defiende la existencia de la llamada novación modificativa (56), se alzó la brillante pluma del pro-

(54) Cfr. AZURZA (*ob. cit.*, p. 602), MUCIUS SCAEVOLA (*Código civil*, tomo XIX, revisado por Pascual Marín Pérez, Madrid, 1957, p. 1105), CASTAN (*ob. cit.*, p. 383), PUIG BRUTAU (*Derecho general de las obligaciones*, en la obra «Fundamentos de Derecho Civil», tomo I, vol. II, Barcelona, 1976, p. 458) y BATLLE (puesta al día de COLIN y CAPITANT, *ob. cit.*, p. 298, nota 1). Más tibiamente, cfr. ALBALADEJO (*Curso de Derecho Civil*, tomo II, vol. I, Barcelona, 1980, p. 317). En cuanto a la jurisprudencia, nos remitimos a las sentencias del Tribunal Supremo citadas por SANCHO REBULLIDA (*Comentarios...*, *cit.*, pp. 548 a 557). Recientemente, pueden consultarse las sentencias de 29 de enero y 22 de noviembre de 1982, 16 de febrero y 11 de noviembre de 1983, 11 de julio, 3 y 26 de octubre de 1985.

(55) Diccionario de la Lengua Castellana (Madrid, 1884, p. 743). Hemos manejado esta edición, por coincidir temporalmente con el momento de la génesis de nuestro Código civil. En el Diccionario de la Lengua española (20.^a ed., Madrid, 1984, p. 959), novación es «acción y efecto de novar», es decir, de «substituir una obligación a otra otorgada anteriormente, la cual queda anulada en este acto».

(56) En otros países europeos se ha intentado realzar la figura de la modificación, como categoría distinta de la novación. Así, en Francia hay que destacar la formulación de GHOZI (*ob. cit.*, p. 4), que define a la modificación como «el acto jurídico por el cual las partes convienen cambiar en el curso de ejecución uno o varios elementos de la convención que les une, manteniendo la relación contractual». Para este autor, la modificación constituye una categoría jurídica claramente diferenciada en el Derecho positivo; basada en la autonomía de la voluntad, dispone de un ámbito de aplicación y de un régimen jurídico que le son propios. A nuestro juicio, esta teoría no resulta plenamente convincente. Para Ghози, el contenido de la modificación consiste en aparecer como un factor de estabilidad y de salvaguarda del lazo contractual, puesto que permite evitar la ruptura o la inexecución del contrato; sin embargo, este cometido, en nuestra opinión, puede también predicarse respecto de la novación y, por otro lado, no consideramos acertado restringir el ámbito de la llamada «modificación» a la relación contractual, excluyendo a las obligaciones que no tienen origen convencional. Cuando Ghози intenta diferenciar la modificación de la novación (*ob. cit.*, p. 22) recurre al criterio de la fungibilidad: en la modificación, las cosas «a los ojos de las partes tienen el mismo valor satisfactorio: su aptitud para extinguir la relación de obligación originaria. Los bienes fungibles tienen entonces el mismo poder liberatorio». En nuestra opinión, este criterio no resuelve definitivamente la cuestión, puesto que también en la novación la nueva obligación tiene, a los ojos de las partes, el mismo valor satisfactorio y, por eso precisamente deciden llevar a cabo el convenio novatorio.

fesor Sancho Rebullida, que, en un profundo y reflexivo estudio, puso en tela de juicio los argumentos que han sido anteriormente expuestos. Para el autor citado, «el concepto mismo de modificación predica la subsistencia esencial del *prius* modificado y es, por tanto, incompatible con el de extinción» (57); por lo que se pregunta: «si el propio Código enumera la novación como una de las especies de extinción, ¿puede reducirse a subespecie lo que signifique subsistencia?» (58). En opinión de Sancho Rebullida, la novación objetiva «tiene lugar cuando un acreedor y un deudor extinguen la obligación que les vinculaba, sustituyéndola por otra de contenido o eficacia distinta» (59). Tal concepción en modo alguno supone rechazar la modificación de las obligaciones; al contrario —indica Sancho Rebullida—: al rectificar su contenido y sede, al darles otra base y tratamiento legal (el art. 1.255 del Código civil), su campo de acción en el Derecho de obligaciones es más amplio y flexible (60), como categoría paralela a la extinción de las obligaciones (61).

A. Hernández Gil concibe la modificación, en el seno de la novación, tal y como la configura el Código civil, como un *concepto básico y genérico*; siempre que no haya extinción, la novación será sólo modificativa —cuando, quedando comprendido el supuesto en el número 1.º del artículo 1.203, no llega a penetrar en la esfera del artículo 1.204— (62). «La novación modificativa —indica el autor citado—, más que una modalidad de la novación, paralela pero distinta de la extintiva, es un primer estadio de ésta. Para modificar basta variar el objeto o las condiciones principales; para extinguir se requiere, además, el concurso de los requisitos del artículo 1.204» (63). En la misma línea, Díez-Picazo considera que la figura de la modificación de la relación obligatoria cobra en sí misma una evidente autonomía y para esclarecer el panorama deben invertirse los términos tradicionales. En lugar de hablar de una novación extintiva y de una novación modificativa, debe hablarse de una *modificación simple* con pervivencia de efectos y de una *modificación extintiva* con total sustitución de la reglamentación o del sistema de organización de intereses establecidos por las partes (64).

La distinción entre novación y la simple modificación ha sido también formulada en Italia por PERLINGIERI (*Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, en la obra «Comentario del Codice civile», a cura de A. Scialoja y G. Branca, Bologna-Roma, 1975, p. 117) y MAGAZZU (*ob. cit.*, pp. 811 y ss.); en Suiza por VON TUHR (*ob. cit.*, p. 148) y en Alemania Federal por DEGENKOLB (citado por GHOZI, *ob. cit.*, p. 4, nota 12).

(57) Cfr. SANCHO REBULLIDA (*Comentarios...*, *cit.*, p. 504).

(58) Cfr. SANCHO REBULLIDA (*Comentarios...*, *cit.*, p. 559).

(59) Cfr. SANCHO REBULLIDA (*Comentarios...*, *cit.*, p. 519).

(60) Cfr. SANCHO REBULLIDA (*Comentarios...*, *cit.*, pp. 563 y 564).

(61) Cfr. SANCHO REBULLIDA (*Comentarios...*, *cit.*, p. 513). En el mismo sentido, cfr. CRISTÓBAL-MONTES (*ob. cit.*, pp. 1190 y 1191).

(62) Cfr. A. HERNÁNDEZ GIL (*ob. cit.*, pp. 804 y 805). En análogos términos, cfr. MANRESA (*Comentarios al Código civil español*, tomo VIII, vol. I, revisado por Miguel Moreno Mocholí, Madrid, 1967, p. 860).

(63) Cfr. A. HERNÁNDEZ GIL (*ob. cit.*, p. 806).

(64) Cfr. Díez-PICAZO (*ob. cit.*, p. 800).

Junto a la cuestión referente a la posibilidad de que exista o no la llamada novación modificativa, hay otro tema en el que reina confusión, aunque no haya sido objeto de tan encendidas discusiones: ¿es la novación el *efecto jurídico* producido por una convención o, por el contrario, consiste precisamente en esa convención? ¿Es la acción de novar o se trata del efecto de novar?

Esta cuestión ha sido perfectamente analizada por Díez-Picazo, que distingue con claridad entre la modificación de la relación obligatoria y las fuentes de tal modificación. Para este autor, la primera de las fuentes de su eventual modificación será el negocio jurídico celebrado por las partes —contrato de modificación—; puede advenir también a través del ejercicio unilateral de una facultad de modificar, que se concede a uno sólo de los dos sujetos; finalmente, y de manera excepcional, cabe una modificación que se produzca de una manera automática e *ipso iure*, cuando aparezca preordenada por una disposición legal (65).

Sancho Rebullida, siguiendo la opinión formulada por Bartolo para el Derecho intermedio (66), considera que la novación es un *efecto jurídico*; una institución de consecuencia, claramente diferenciada del negocio jurídico que la genera (67).

Sin embargo, nuestro Código civil no refleja tan clara concepción de la novación como efecto jurídico. Por el contrario, para nuestro legislador, la novación puede ser también la fuente, el contrato que

(65) Cfr. Díez-Picazo (*ob. cit.*, p. 794). Para Azurza (*ob. cit.*, p. 600), cabe hablar de novación *convencional* y *legal*, incluyendo en esta última el caso de subrogación por pago.

Respecto de la individualización que se opera en las obligaciones genéricas, Sánchez Calero (*Las obligaciones genéricas*, «RDP», 1980, pp. 644 a 660; en concreto, pp. 656 y 567) considera que «la voluntad de las partes va dirigida a la consecución de un resultado material, no a la producción de un efecto jurídico, a la modificación de una relación jurídica». En relación al acto de concretación, en las obligaciones alternativas, De la Cuesta (*Las obligaciones alternativas*, «RDP», 1984, pp. 3 a 25; en concreto, p. 15) opina que no se produce novación, «pues a pesar de modificar la regulación aplicable, la declaración de elección no reúne los requisitos de un acto de voluntad dirigido a producir efectos novatorios, y ello porque la elección no es sino un presupuesto normativo de la obligación alternativa, al que sirve y está encaminado el hecho mismo de la pluralidad de contenidos». Respecto del acto de elección de la obligación facultativa, considera Vattier Fuenzalida (*Contribución al estudio de las obligaciones facultativas*, «RDP», 1982, pp. 643 a 644; en concreto, p. 662) que «la semejanza de la obligación facultativa y la novación objetiva proviene del derecho aparente de que existe en ambas una alteración del objeto de la relación obligatoria, pero la figura de que nos ocupamos no es un supuesto ni de novación propia ni de novación impropia, y no lo es, de una parte, porque el ejercicio del derecho de elección no extingue obligación alguna, y si recae sobre la prestación facultativa no da lugar a una obligación nueva entre los contratantes, y, de otra parte, porque la posibilidad de sustituir la prestación, al estar prevista de antemano por las partes, no supone una verdadera modificación de la relación obligatoria».

(66) Citado por Giardina (*ob. cit.*, p. 101). Para Bartolo, la novación no es acto, sino un *effectus iuris*.

(67) Cfr. Sancho Rebullida (*Comentarios...*, *cit.*, p. 509). En el mismo sentido, para el Derecho italiano, cfr. Codacci Pisanelli (*ob. cit.*, p. 346) y Piras (*Appunti sulla novazione*, «Studi Sassaressi», 1947, pp. 21 y ss.).

da lugar a la extinción de la obligación —o a su modificación, para los autores que defienden la existencia de la llamada novación modificativa—. Así, el artículo 1.207 del Código civil, al indicar que «cuando la obligación principal se extinga *por efecto de la novación...*», concibe a la novación como equivalente al convenio —contrato novatorio— que puede dar lugar a la extinción de la obligación. Con semejante formulación legal, no resulta extraño que un importante sector de nuestra doctrina atribuya al concepto «novación» un significado ambivalente, comprensivo tanto de la acción como del efecto de novar (68); ambivalencia que también tiene lugar para ciertos sectores de las doctrinas francesa e italiana (69).

Así, pues, resulta que, para algunos autores, la novación coincide únicamente con la extinción de la obligación, mientras que, para otros, comprende también la modificación. Por otro lado, para un sector doctrinal, la novación es un efecto jurídico; para otro sector, es también el convenio que produce tales efectos. En consecuencia, el significado del término «novación» adolece de falta de precisión y de falta de claridad. Ante tal perspectiva, podríamos preguntarnos si resulta necesario mantener el concepto de novación o si, por el contrario, podría prescindirse de él.

Como es sabido, el BGB alemán no menciona la figura de la novación, lo que es un dato relevante, dada la depurada técnica utilizada por el codificador teutón (70). Sin embargo, tal circunstancia no impide que, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, puedan las partes contratantes sustituir la antigua obligación por una

(68) En este sentido, cfr. PUIG BRUTAU (*ob. cit.*, p. 464) y CRISTOBAL-MONTES (*ob. cit.*, p. 1187). Por otra parte, los precedentes del actual artículo 1.207 —el artículo 1.138 del proyecto de 1851 y el artículo 1.224 del anteproyecto de 1882— expresan la idea de manera semejante.

(69) Para el Derecho italiano, cfr. SCHLESINGER (*Mancanza dell'effetto estintivo nella novazione oggettiva*, «Riv. dir. civ.», 1958-1.ª, pp. 353 a 384; en concreto, p. 354), que se refiere al doble significado del término novación; alguna vez en relación al supuesto fáctico, otra a la eficacia. Así, por ejemplo —también dejando aparte el encuadre legislativo de la institución entre los «modos de extinción de las obligaciones diversas del cumplimiento»— en el artículo 1.233 del *Codice civile* se habla de una novación que se *efectúa* entre el acreedor y uno de los deudores *in solido* y en el artículo 1.234 se habla de una novación «*sin efecto*», con evidente referencia al *acuerdo*, mientras en el artículo 1.231 se habla de la entrega de un documento que no produce novación, es decir, que no tiene cierta *eficacia*. Para PERLINGIERI (*ob. cit.*, pp. 59 y 60), la distinción entre la novación como supuesto fáctico y la novación como efecto es de interés fundamentalmente teórico, reseñando que la doctrina mayoritaria niega a la novación la naturaleza de supuesto negocial y agota su estudio en la teoría de las vicisitudes de la obligación.

Para el Derecho francés, cfr. PLANIOL-RIPERT-BOULANGER (*ob. cit.*, p. 639) y CARBONNIER (*ob. cit.*, p. 570).

(70) El párrafo 364-2 del «BGB» alemán, que se refiere a la dación en pago, parece aludir también a la novación objetiva, cuando establece que «la relación obligatoria se extingue si el acreedor acepta en lugar del cumplimiento una prestación distinta de la debida. Si con el fin de satisfacer al acreedor asume el deudor frente a éste una nueva obligación, en la duda no ha de entenderse que él asuma la obligación en lugar del cumplimiento». El «ABGB» austríaco deja para la novación (*Neuerungsvertrag*) una disciplina autónoma (párrafos 1376 y ss.).

nueva que ocupe su lugar (71). Algunos Códigos posteriores al alemán han preferido mencionar y regular la novación, como sucede con el Código suizo de obligaciones de 1911 y con los Códigos civiles italiano de 1942 y portugués de 1966.

En nuestro Derecho, De Cervera ha propugnado recientemente la conveniencia de prescindir del concepto de «novación», demostrando que, desde la primitiva novación hasta nuestros días, muchas figuras han derivado, algunas de las cuales suelen ser ya situadas (unas u otras, según los Ordenamientos) fuera de la novación. Indica este autor que, cuando en un concepto «novación» incluye un Ordenamiento figuras tan diversificadas como las derivadas de tal concepto, el tratamiento de la novación, que ha de ser un tratamiento unitario o no es un tratamiento de la «novación», suscita dificultades; tantas que, a pesar de los esfuerzos, apenas es posible evitar que el resultado parezca la superposición del tratamiento de varias figuras, con un hilo conductor poco visible o esforzadamente logrado (72).

A mi juicio, el concepto de novación objetiva sería necesario, si con tal término individualizáramos y definiéramos un concreto fenómeno jurídico (73). Empero, cuando el concepto es confuso —e incluso contradictorio—, como acontece en el Derecho español, deja de ser *necesario* para explicar las variaciones objetivas que pueden producirse en las relaciones obligatorias. En tales condiciones, intentaremos realizar una construcción jurídica, prescindiendo del término «novación», aun siendo conscientes de que se trata de un término que goza de una gran raigambre en nuestro Derecho.

3. LA ALTERACION OBJETIVA CONVENCIONAL: COMETIDO Y EFECTOS

De manera provisional, llamaré alteración objetiva convencional de la relación obligatoria al acuerdo o convenio llevado a cabo entre dos personas, previamente unidas por un lazo obligacional, por el que introducen cambios en los elementos de tal relación (74). En la parte final de nuestra exposición comprobaremos la utilidad de este concepto y formularemos las matizaciones y correcciones que sean necesarias.

(71) Cfr. ENNECCERUS (*ob. cit.*, p. 370).

(72) Cfr. DE CERVERA (*En torno al futuro de la novación*, en la obra «Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Federico De Castro», tomo I, Madrid, 1976, pp. 451 y ss.; en concreto, pp. 472 y 473).

(73) Como ocurre en otros países europeos. Véase la nota 56.

(74) Para el Derecho francés, cfr. GHOZI (*ob. cit.*, p. 4), que define la *modificación* como el *acto* jurídico por el cual las partes convienen cambiar en el curso de ejecución uno o varios elementos *de la convención* que les une, manteniendo la relación contractual. Nótese que nuestro concepto de «alteración objetiva convencional» es más neutro que el concepto de «modificación» formulado por Ghazi, cuyo trabajo tiene por finalidad —no lograda plenamente, a nuestro juicio— *deslindar* esa figura respecto de la novación. Mi investigación, por el contrario, pretende *prescindir* del concepto de novación.

Aquello que de forma puramente instrumental he llamado «alteración» consiste, como indica el Diccionario de la Lengua Española, en la *acción* de alterar o cambiar algún elemento de la obligación (75). En esta investigación, centraremos nuestra atención en el momento en que se produce dicho cambio, excluyendo el estudio pormenorizado de los resultados que la alteración va a producir.

El momento en que se produce la alteración es trascendental: a tal momento dirigiremos nuestra indagación, pues estamos convencidos de que es el momento clave para entender el fenómeno que hasta ahora ha sido denominado «novación objetiva».

Nuestro método consistirá en analizar el cometido del convenio de alteración y los efectos que las partes pretenden alcanzar, pues sólo tras un examen de dichas cuestiones puede llegarse a la formulación del concepto de una figura jurídica (76).

Para indagar acerca del cometido del convenio de alteración objetiva de la relación obligatoria, debemos preguntarnos cuál es el interés práctico perseguido por las partes. En una primera aproximación, considero que las partes tienen interés en *alterar* ciertos elementos objetivos de la obligación preexistente cuando pretenden realizar un acto que les exima de llevar a cabo dos actuaciones sucesivas. Alterando la relación obligatoria, las partes quedan exoneradas de realizar un *mutuo disenso* y de llevar a cabo una segunda declaración constituyendo una nueva obligación independiente de la primera.

La finalidad de las partes no consiste en crear una relación jurídica «independiente» de la anterior, sin ninguna conexión objetiva. Por el contrario, las partes pretenden *incidir* en la relación preexistente, variando alguno o algunos de sus elementos objetivos. En otras palabras: las partes pretenden conseguir una *adaptación* de la relación obligatoria a sus intereses, que han sufrido una variación desde el momento del nacimiento de la obligación. El programa o plan previsto va a acomodarse a las nuevas aspiraciones de las partes, sin tener que recurrir a la vía traumática del mutuo disenso seguido de la creación de una nueva obligación.

En mi opinión, la función del convenio de alteración objetiva consiste en facilitar, mediante la realización de un solo acto (77), la «con-

(75) Mientras que, según el Diccionario de la Lengua Española (20.^a ed., Madrid, 1984), la alteración es la *acción* de alterar o alterarse (p. 76), la novación es la «*acción y efecto de novar*» (p. 959) y la modificación es la «*acción y efecto de modificar o modificarse*» (p. 917). La supresión de la acepción de alteración como efecto no es un hecho causal, sino voluntariamente pretendido por los académicos de la lengua, puesto que en la 12.^a ed. del Diccionario de la Lengua Castellana (Madrid, 1884, p. 60), la alteración se definiría como la «*acción y efecto de alterar o alterarse*».

(76) En este sentido, cfr. PUGLIATTI (*Nuovi aspetti del problema della causa die negozi giuridici*, en la obra «Diritto civile. Método. Teoría. Práctica», Milano, 1951, pp. 75 y ss.) y MAGAZZU (*ob. cit.*, p. 791).

(77) Cfr. PERLINGIERI (*ob. cit.*, p. 67): para discernir la última esencia de la novación no es inútil el paralelismo con la función negocial de la permuta. Para el Dere-

tinuidad» de la relación obligatoria (78). Aquí se encuentra la clave que explica todo el fenómeno que estamos describiendo: las partes pretenden seguir vinculadas sin solución de continuidad. La obligación resultante de la alteración hunde sus raíces en la antigua obligación, tiene en ella su origen. Sólo en este sentido cabe decir que el requisito del *idem debitum*, característico de la *novatio* romana del período clásico y posteriormente olvidado (79), tiene resonancia en nuestros días.

Las mismas partes que en su día dieron lugar, por su voluntad o por su comportamiento, a la creación de un vínculo jurídico, *acuerdan* posteriormente *alterar ese vínculo, incidiendo en la disciplina pre-existente*. El resultado de la alteración será una obligación «distinta», no exactamente igual a la primitiva y, en ese sentido, podemos decir que se produce una «discontinuidad» de la relación obligatoria.

Es precisamente ese complejo fenómeno, dotado a la vez de continuidad y de discontinuidad, el elemento característico de la alteración objetiva convencional, que le hace diferenciarse claramente de otras figuras jurídicas cercanas, caracterizadas únicamente por la continuidad —reconocimiento de deuda (80) y renovación (81)— o por la dis-

cho francés, GHOZI (*ob. cit.*, pp. 20 a 33) formula el criterio de la fungibilidad: se reconoce a la voluntad de las partes el poder de convertir jurídicamente fungibles entre ellos objetos de naturaleza diferente. El nuevo objeto cumple el mismo destino que aquel al que sustituye. Todo ocurre como si... no hubiera habido sustitución del objeto, puesto que el nuevo objeto es en todo punto idéntico al primero, objetiva o subjetivamente. El acontecimiento de la modificación —sin alteración de la relación jurídica— supone necesariamente la fungibilidad de los objetos entre sí, el respeto de la relación instrumental existente entre el objeto y la causa. Sólo con esta doble condición el nuevo objeto «pagará» la relación jurídica originaria. La conservación de la relación jurídica originaria impone entonces la equivalencia de los objetos entre sí, tanto en su valor satisfactorio a los ojos de las partes como por su papel instrumental en relación a la causa. A este fenómeno le llama Ghozi la *doble fungibilidad*.

(78) Cfr. MANRESA-MORENO MOCHOLI (*ob. cit.*, p. 855): para la novación «esa subsistencia de relaciones jurídicas es indispensable, esencial y de directo resultado». Para GHOZI (*ob. cit.*, p. 15), la novación supone la destrucción de la primera relación, mientras que la modificación implica la continuidad. Sin embargo, este mismo autor reconoce más adelante (*ob. cit.*, p. 39) que «el recurso a la novación —sucesión de dos obligaciones distintas, aunque ligadas entre sí— justifica a la vez la «continuidad» del vínculo y su sujeción a categorías jurídicas diferentes»; e incluso llega a destacar, como característica común de la novación y de la modificación frente al mutuo disenso seguido de la creación de una nueva obligación, que aquéllas se caracterizan por la continuidad de la relación jurídica (*ob. cit.*, p. 49).

(79) Para SANCHO REBULLIDA (*Comentario...*, *cit.*, p. 516), en el Derecho moderno no existe el requisito del *idem debitum*. Sin embargo, como pone de relieve MAGAZZU (*ob. cit.*, p. 806) para el Derecho italiano, bajo el perfil que contempla la relación en su estructura elemental, puede hablarse ciertamente de un *idem debitum* y bien puede tomar el sentido de la continuidad entre la «vieja» y la «nueva» obligación.

(80) Cfr. BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE (*ob. cit.*, p. 8): si no existen diferencias entre la primera y segunda obligación, no puede haber novación, sino sólo reconocimiento de la primera deuda. Para BETTI (*Teoría general de las obligaciones*, tomo II, traducción y notas de De los Mozos, Madrid, 1970, p. 326), difieren de la novación «por el diferente problema práctico que resuelven, tanto el reconocimiento de la relación jurídica —dirigida, como está a excluir cualquier futura contestación mediante una concorde apreciación del *quid juris* (por ejemplo: 1988)— como de la declaración

continuidad —acumulación de obligaciones (82) y mutuo disenso seguido de la creación de una nueva obligación (83)—. Es la dialéctica entre continuidad y discontinuidad el fenómeno que explica la esencia de la alteración objetiva convencional (84).

Si analizamos la estructura del convenio de alteración objetiva, encontraremos algunos elementos que son residuos de la *novatio* clásica, aunque hayan sufrido las lógicas mutaciones impuestas por una realidad social diversa. Tales elementos son:

1.º El convenio de alteración objetiva se lleva a cabo entre personas previamente unidas por un nexo obligacional, que no tiene por

convencional, dirigida a definir y a fijar la situación existente entre las partes, de modo que se les prohíba inmiscuirse en el negocio y practicar la consiguiente relación de forma diferente de aquella que se ha declarado (transacción: 1965)». Sobre este tema, cfr. PERLINGIERI (*ob. cit.*, pp. 87 a 89).

En análogos términos, para el Derecho español, cfr. MANRESA-MORENO MOCHOLI (*ob. cit.*, p. 876), CASTAN (*ob. cit.*, p. 391) y PUIG BRUTAU (*ob. cit.*, p. 462), así como las recientes sentencias del Tribunal Supremo de 22 y 25 de noviembre de 1982.

(81) Cfr. TRABUCCHI (*Instituciones de Derecho civil*, tomo II, anotado por L. Martínez Calcerrada, Madrid, 1967, p. 87): «Es preciso distinguir las transformaciones operadas en el título de las modificaciones meramente formales. Las modificaciones formales se dan con la *reproducción* o renovación literal del contrato que es la fuente de las obligaciones. No se trata, entonces, de una nueva relación obligatoria, como en el caso de la novación; únicamente se produce una mutación extrínseca en la fuente de la relación, porque las partes se ponen de acuerdo en reproducir un negocio precedente, para evitar posibles discusiones, para aclarar los términos de un contrato anterior (caso de interpretación auténtica), para completar la relación con medidas de ejecución, o para —finalmente— dar al título la forma requerida a los fines de la prueba o de la inscripción». Sobre este tema, cfr. también RESCINGNO (*ob. cit.*, pp. 87 y 88) y PERLINGIERI (*ob. cit.*, pp. 97 y 98).

Por influencia del contenido de la Partida 5.ª, título XIV, ley 15, que consideraba al *renovamiento* como «otra manera de quitamento, que desata la obligación principal de la deuda, bien así como la paga», equiparan novación y renovación GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN (*Elementos del Derecho civil y penal de España*, tomo II, Madrid, 1869, p. 221) y MUCIUS SCAEVOLA (*ob. cit.*, p. 1098).

(82) Cfr. ALBALADEJO (*ob. cit.*, p. 333): «si el *animus* modificativo no consta, nace una segunda obligación *además* de la otra (pues, entonces, hay que decidirse por la voluntad, no de modificar la obligación, sino de obligarse de nuevo)». En el mismo sentido, cfr. CRISTÓBAL-MONTES (*ob. cit.*, p. 1198): sin el *animus novandi*, «por más que se cree una nueva obligación, no habrá extinción y reemplazo de la precedente, sino acumulación». Para A. HERNÁNDEZ GIL (*ob. cit.*, p. 807), si se cumple en un todo la obligación primera más la segunda, nos hallamos fuera de los dominios de la novación en cualquier significado. Habrá tan sólo dos obligaciones yuxtapuestas.

(83) Cfr. GHOZI (*ob. cit.*, p. 39): «en materia de novación, la interdependencia de las obligaciones que se suceden hace que la nulidad de la primera se extienda a la que la reemplaza, mientras que en el cuadro del *mutuus dissensus* seguida de la creación de una nueva obligación, la independencia de las dos obligaciones protege a la segunda de las consecuencias de la nulidad de la primera».

(84) En este sentido, para el Derecho italiano, cfr. MAGAZZU (*ob. cit.*, pp. 807 y 820): la vicisitud novativa manifiesta su verdadera esencia, su inconfundible peculiaridad en la dialéctica del «continuo» y del «discontinuo». En la novación, la relación originaria se extingue para renacer *ex novo*, existiendo una «línea de continuidad» entre las dos relaciones, en cuanto se manifiesta un cierto nexo de derivación y de filiación entre tales relaciones. Pero, por otro lado, existe una solución de continuidad, «discontinuidad» o «ruptura», al ser la disciplina de la relación totalmente «independiente» de la originaria. La idea de «discontinuidad» procede de CARBONNIER (*ob. cit.*, p. 570).

qué ser necesariamente contractual (85). La segunda obligación tiene su origen en la obligación primitiva —*idem debitum*, en el sentido de continuidad, no de total identidad—. Ambas obligaciones son *interdependientes* (86), lo que explica la existencia de preceptos, como el artículo 1.208 del Código civil español (87).

2.º La alteración objetiva convencional introduce cambios en los elementos de la relación obligatoria. Con esta exigencia, aludimos claramente al requisito del *aliquid novi* (88): el convenio de alteración ha de establecer diferencias, por pequeñas que sean, entre la obligación preexistente y la obligación alterada (89). En este sentido, puede hablarse de discontinuidad, que puede referirse a la naturaleza de la prestación; a su cuantía o calidad; al modo, tiempo o condiciones de ejecución o, incluso, a la causa de la obligación.

Los efectos del convenio de alteración objetiva de la relación obligatoria, a mi juicio, no deben ser calificados de «extintivos» o «meramente modificativos», como ha venido sosteniendo hasta el momento la doctrina, al estudiar la llamada «novación objetiva». En mi opinión, la *alteración objetiva convencional tendrá el alcance que las partes quieran darle*, sin que esos efectos puedan ser equiparados, de modo un tanto simplista, a la extinción o a la simple modificación de la relación obligatoria. Al amparo del artículo 1.255 del Código civil, las partes pueden establecer las variaciones objetivas que estimen convenientes y, por lo tanto, podrán convenir, si así lo desean, que determinados elementos permanezcan inalterados. En otras palabras: la adaptación del programa inicialmente previsto a los nuevos intereses de las partes produce, a través del convenio de alteración objetiva, una *sustitución* de ciertos elementos de la relación obligatoria y esa sustitución podrá o no afectar al núcleo fundamental de la obligación preexistente.

(85) En análogos términos, respecto de la novación, cfr. AZURZA (*ob. cit.*, p. 606).

(86) Cfr. GHOZI (*ob. cit.*, pp. 39 y 49).

(87) El artículo 1.234 del *Codice civile* italiano establece: «La novación no tiene efectos, si no existía la obligación originaria. Cuando la obligación originaria deriva de un título anulable, la novación es válida, si el deudor ha asumido válidamente el nuevo débito conociendo el vicio del título originario». Para un estudio exhaustivo de este precepto, cfr. SCHLESINGER (*ob. cit.*, pp. 356 a 384).

(88) La doctrina española es partidaria de la exigencia de dos obligaciones en la novación. Así, GARCÍA GOYENA (*ob. cit.*, p. 153): «la antigua, que se extingue, y la nueva substituida en lugar de aquélla; pero es necesario que en la posterior *aliquid novi sit, forte si conditio, aut dies, aut fidejussor adjiciatur, aut detrahatur*». En el mismo sentido, cfr. CASTAN (*ob. cit.*, p. 389) y ALBALADEJO (*ob. cit.*, p. 317).

Sin embargo, no queda claro que el *aliquid novi* haga discrepar en todo a la antigua y a la nueva obligación. En este sentido, CODACCI PISANELLI (*ob. cit.*, pp. 346 y ss.) considera, en relación al Derecho italiano, que uno al menos de los requisitos esenciales de la relación —el objeto, los sujetos y la causa— debe permanecer inmutable, así como el requisito del *aliquid novi* exige que, uno al menos de tales elementos esenciales cambie. Para SANCHO REBULLIDA (*Comentarios...*, *cit.*, p. 516), «en principio, el *aliquid novi* puede afectar a la totalidad de la prestación e, incluso, en la novación mixta, a todos los elementos de la relación obligatorias». Más resultadamente se manifiesta PERLINGIERI (*ob. cit.*, p. 63) y CRISTÓBAL-MONTES (*ob. cit.*, p. 1215), que opinan que en la nueva obligación se pueden cambiar todos los elementos de la antigua y no sólo uno o algunos.

(89) Cfr. ALBALADEJO (*ob. cit.*, pp. 317 y 318).

A través de la alteración objetiva convencional, las partes pueden tener la intención de conseguir una nueva disciplina o «reglamentación» particular de la relación obligatoria, que sustituya a la que existía con anterioridad a la alteración (90). Se trata de una *sustitución global*: nace una nueva obligación, que absorbe a la anterior (91). Hablamos de *nueva* obligación porque, como resultado de la alteración, la obligación tiene nueva individualidad, por haberse alterado el *núcleo fundamental* de la relación obligatoria preexistente (92).

Pero no siempre ocurrirá así, ya que las partes pueden perseguir únicamente el cambio en algún elemento de la relación obligatoria, conservando, en lo demás, la misma disciplina particular que regulaba la obligación preexistente (93), que mantiene su estructura elemental (94).

La intención de las partes puede manifestarse de dos maneras: en primer lugar, cuando declaran de forma categórica su intención, de modo que no quepan dudas acerca de lo declarado (intención expresa); en segundo lugar, la intención puede inferirse del contenido del convenio de alteración, aunque las partes no hayan manifestado tal intención con palabras categóricas (intención tácita). Cuando la intención expresa no coincide con la intención real, inferida del contenido del convenio de alteración, deberá prevalecer la intención real sobre las palabras. La alteración objetiva convencional tiene, como su nombre indica, naturaleza contractual (95) y, en tal sentido, resul-

(90) El término «reglamentación» ha sido utilizado por la doctrina en ocasiones. Cfr. Díez-PICAZO (*ob. cit.*, p. 800), que habla de una «total sustitución de la reglamentación» al referirse a la modificación extintiva. En la doctrina italiana, cfr. MAGAZZU (*ob. cit.*, p. 802), que se refiere al «*diverso regolamento*» producido por la novación.

(91) En este sentido, cfr. BETTI (*ob. cit.*, p. 193): «La novación es un fenómeno de conversión de la relación obligatoria, debida a una situación que se opera en el vínculo preexistente, por otro nuevo que lo absorbe, que lo suplanta en tanto en cuanto suprime su objeto, y asume su contenido más elemental consistente en el deber-tener del acreedor». En análogos términos, cfr. VON TUHR (*ob. cit.*, p. 147) y MAGAZZU (*ob. cit.*, p. 806). Por esa razón, no existe en el Derecho español actual la posibilidad de optar por el cumplimiento de la primera obligación, si se incumple la segunda, como proponían con anterioridad a la promulgación de nuestro Código civil, GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN (*ob. cit.*, p. 223).

(92) Cfr. MAGAZZU (*ob. cit.*, pp. 815 y 820).

(93) Cfr. Díez-PICAZO (*ob. cit.*, p. 800), al referirse a la «modificación simple con pervivencia de efectos».

(94) Cfr. PERLINGIERI (*ob. cit.*, pp. 805 y 831).

(95) Nótese que empleamos el término «convenio» en un sentido amplio, equivalente a contrato. En opinión de Díez-PICAZO (*ob. cit.*, pp. 73 y 74), el criterio para distinguir el contrato frente a los acuerdos no es tanto la contemplación del paralelismo o de la contraposición de los intereses en juego, como la diversa posición o situación jurídica que las partes ocupan. En el acuerdo, las partes ocupan ya una misma posición o situación jurídica y el acuerdo es por ello la expresión de la voluntad de esta posición o situación. El acuerdo es la declaración de voluntad de una cotitularidad, con independencia de que los cotitulares persigan unos mismos o distintos intereses. En el contrato, en cambio, las partes ocupan siempre inicialmente posiciones jurídicas diversas, aunque éstas estén llamadas a integrarse en un superior precepto de autonomía privada obligatorio para los contratantes. La doctrina alemana distingue entre con-

ta plenamente aplicable el párrafo segundo del artículo 1.281 del Código civil (96). La intención de realizar o no una sustitución global, mediante el convenio de alteración, no depende esencialmente de las palabras empleadas, sino de la entidad de la alteración producida, es decir, del *aliquid novi* (97). En realidad, el *aliquid novi* y la inten-

trato (*Verrag*) y convenio (*Vereinbarung*): en el contrato, dos o más personas emiten declaraciones de voluntad que son intrínsecamente diferentes, pero que se corresponden entre sí y que coinciden en el alcance de un mismo efecto jurídico; el convenio es un negocio jurídico plurilateral, en el cual las partes declarantes no se enfrentan entre sí como portadores de unos intereses contrapuestos y, por consiguiente, no emiten unas declaraciones intrínsecamente diferentes, sino que sus declaraciones son coincidentes e iguales. Cfr. DÍEZ-PICAZO (*ob. cit.*, p. 73).

Defienden la naturaleza contractual de la novación, entre otros, AUBRY y RAU (*ob. cit.*, p. 211), BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE (*ob. cit.*, p. 17), PLANIOL-RIPERT-BOULANGER (*ob. cit.*, p. 633), VON TUHR (*ob. cit.*, p. 149), RESCIGNO (*ob. cit.*, p. 435), MAGAZZU (*ob. cit.*, p. 788), A. HERNÁNDEZ GIL (*ob. cit.*, p. 798) y MANRESA-MORENO MOCHOLI (*ob. cit.*, p. 872). Consideran que la novación puede tener origen distinto del contrato CARBONNIER (*ob. cit.*, p. 574), PERLINGIERI (*op. cit.*, p. 61) y GHOZI (*ob. cit.*, p. 4).

(96) Tiene razón ALBALADEJO (*ob. cit.*, p. 326) cuando afirma que «las partes, si ciertamente son dueñas de construir un caso concreto —que objetivamente permita la elección— bien como extinción de una obligación y nacimiento de otra, bien como modificación de una obligación, de lo que no son dueñas —porque iría contra la naturaleza de las cosas— es de: 1.º Realizar una novación extintiva en un caso en el que el cambio que se establezca sea tan exiguo que objetivamente excluya la posibilidad de pensar que se está frente a otra obligación (pues es sólo la anterior con un ligero retoque). 2.º Establecer una novación *modificativa* cuando la antigua obligación y la nueva sean de todo punto incompatibles; pues, entonces, la naturaleza de las cosas (además, art. 1.204, *in fine*), implica novación extintiva, y lo único que las partes pueden hacer, si no quieren extinción, es llevar a cabo un cambio menos trascendental». En el mismo sentido, cfr. SANCHO REBULLIDA (*Comentarios...*, *cit.*, pp. 518 a 520), PUIG BRUTAU (*ob. cit.*, p. 462) y CRISTÓBAL-MONTES (*ob. cit.*, p. 1209). En contra, cfr. MUCIUS SCAEVOLA (*ob. cit.*, p. 1109): cuando hay declaración terminante de las partes, «la novación queda establecida en su totalidad, aunque resulte de hecho que las diferencias entre la obligación antigua y la nueva son insignificantes».

A la misma conclusión que ALBALADEJO llega la doctrina italiana. Respecto al derogado *Codice civile* de 1965, cfr. NICOLO (*Transazione e novazione*; «Anr. dir. comp.», 1934, IX, pp. 501 y ss.; en concreto, p. 508); más confusa resulta la opinión de RICCI (*ob. cit.*, p. 51) al respecto: «el conceder una dilación en el pago no implica novación, pero sí en el caso de que las partes lo declaren. Por el contrario, si el acto implica novación, ¿pueden las partes declarar que no quisieron novar? Ciertamente no, porque los hechos son superiores a las palabras y no pueden quedar destruidos por ellas». En el mismo sentido que defendemos en el texto, para el *Codice civile* de 1942, cfr. MESSINEO (*ob. cit.*, p. 525), MAGAZZU (*ob. cit.*, pp. 802, 809 y 831) y RESCIGNO (*ob. cit.*, pp. 435 y 436). Con rotundidad, declara PERLINGIERI (*ob. cit.*, pp. 71 y 78), para quien *sin cambio en el objeto o en el título no hay novación, ni tácita ni expresa*. El papel del *animus novandi* es mucho más limitado y es insuficiente a los fines de la novación. Para este autor, el recurso a la noción de autonomía privada no es de por sí determinante: la clasificación de un supuesto de hecho negocial no se infiere de la denominación exterior, sino de los efectos esenciales que dicho supuesto de hecho tiende a realizar (*ob. cit.*, pp. 114 y 115). En contra, cfr. BUCISSANO (*La novazione oggettiva e i contratti estintivi onerosi*, Milano, 1968, p. 30): la voluntad de las partes es predominante y a ella hay que atender para distinguir la novación de la modificación y de la acumulación.

(97) Como indican las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1983 y de 3 de octubre de 1985, el deslinde entre la extinción y la simple modificación ha de hacerse tomando en consideración la voluntad de las partes y la significación económica de la modificación que se introduzca.

ción de las partes son las dos caras de una misma moneda (98) y el problema de determinar el alcance de la alteración objetiva convencional no es otra cosa que un problema de interpretación del contrato (99).

¿Es un dato relevante, para decidir si existe o no intención de producir la sustitución global, la existencia de un pacto de reserva de garantías (100) o de un pacto que declare expresamente la subsistencia de elementos accesorios de la primera obligación?

En mi opinión, la existencia de pactos de reserva de garantías no decide la cuestión de la existencia o no de sustitución global de la obligación preexistente por la obligación resultante de la alteración. En Derecho romano, la extinción de las garantías y de los elementos accesorios era consecuencia lógica y obligada de la *novatio*, en virtud del principio de accesoriedad (101). Sin embargo, en el Derecho moderno, por influencia de las doctrinas de Pothier (102), se admite la posibilidad de «extinguir» —llamémosle así, usando la terminología tradicional— una obligación y de realizar simultáneamente pactos para conservar algunos elementos de la obligación precedente, sin que la existencia de tales pactos influya en la cuestión de la subsistencia del núcleo fundamental de la antigua relación obligatoria. Sin embargo, cuando no existen los pactos de reserva, la eficacia del principio de accesoriedad —con la excepción prevista en el artículo 1.207 del Código civil español, establecida en beneficio de los terceros (103)— implicaría la extinción de las garantías y los elementos accesorios de la relación obligatoria primitiva, en los supuestos en que se produce la sustitución global. Esa razón es la que justifica la tesis —acogida por la doctrina y la jurisprudencia (104)— de que, en caso de duda,

(98) En este sentido, para el Derecho italiano, cfr. MAGAZZU (*ob. cit.*, p. 808). Sin embargo, para el Derecho francés, considera GHOZI (*ob. cit.*, p. 41) que hace falta un elemento nuevo —*aliquid novi*—, pero no es suficiente: las partes deben indicar, expresa o implícitamente, su intención de novar.

(99) En el mismo sentido, cfr. PERLINGIERI (*ob. cit.*, p. 77): «será cuestión de interpretación de la reglamentación la finalidad de una correcta subsunción del fenómeno en la novación o en la modificación».

(100) El pacto de reserva de garantías está recogido en el artículo 1.278 del *Code civil* francés: «Los privilegios e hipotecas del antiguo crédito no pasan a aquel que lo ha sustituido, a menos que el acreedor así lo haya reservado expresamente». En análogos términos, el artículo 1.232 del *Code civile* italiano establece: «Los privilegios, la prenda y las hipotecas del crédito originario se extinguen si las partes no convienen expresamente mantenerlos para el nuevo crédito». Ambas normas tienen, pues, carácter dispositivo. La voluntad de las partes dirigida al mantenimiento de las garantías se justifica por la línea de continuidad que es propia del convenio de alteración.

(101) Cfr. ELEFANTE (*ob. cit.*, p. 430).

(102) Citado por PLANIOL-RIPERT-BOULANGER (*ob. cit.*, pp. 639 y 640). La fórmula de POTHIER era: las seguridades reales pueden ser conservadas por el acreedor, pero *solamente con el consentimiento del propietario de los bienes sobre los que existe el gravamen*. En análogos términos, para el Derecho español anterior a 1889, cf. GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN (*ob. cit.*, p. 222).

(103) Sobre este precepto, cfr. ALVAREZ CAPEROCHIPÍ (*El artículo 1.207 del Código civil*, «RCDI», 1973, pp. 1413 y ss.).

(104) Cfr. GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN (*ob. cit.*, p. 222), A. HERNÁNDEZ GIL (*ob. cit.*, pp. 803 y 804) y CASTAN (*ob. cit.*, p. 392). Para GARCÍA GOYENA (*ob. cit.*, p. 154), este punto queda en cierto modo al prudente arbitrio del Juez; pero «no

se presume querido el efecto más débil, es decir, que no se produzca lo que venimos llamando sustitución global (105).

Aclarada esta cuestión, estamos en condición de preguntarnos: ¿cuándo podemos inferir del contenido del convenio de alteración, en Derecho español común, la intención de producir la sustitución global de la obligación preexistente por la obligación resultante?

Para un sector doctrinal, encabezado por Sancho Rebullida, la variación de los elementos esenciales produce la extinción de la obligación anterior, como se desprende del artículo 1.203-1.º del Código civil, que, al hablar de «variar el objeto o las condiciones principales», se está refiriendo al efecto extintivo de la alteración, puesto que el artículo 1.204, *in fine*, al establecer el criterio de la incompatibilidad, sólo resuelve la tensión novación-acumulación, cuando, creada una nueva obligación, hay que resolver si sustituye a la precedente o coexiste junto a ella (106).

Para otro sector doctrinal, cuyas figuras más representativas son Pérez González y Alguer, es perfectamente posible que la alteración de elementos esenciales no produzca la extinción de la obligación preexistente, puesto que el artículo 1.203-1.º del Código civil sólo indica que tales obligaciones «pueden modificarse». Según esta corriente doctrinal, para que se produzca la extinción es necesario que, además de introducirse cambios esenciales, la obligación alterada y la obligación precedente sean de todo punto incompatibles, como indica el artículo 1.204 *in fine* (107).

debe perderse de vista que la presunción está contra la novación; y, por consiguiente, en caso de duda deberá decidirse contra la segunda». Muy expresivamente, ALBALADEJO (*ob. cit.*, p. 322) escribe: «así como la voluntad de novación modificativa es posible obtenerla después de haber sometido a la declaración a una interpretación *normal*, la de novación extintiva sólo procede después de haber sometido a aquélla a una interpretación restrictiva». Es doctrina constante del Tribunal Supremo que la novación nunca se presume, ni se puede inferir de meras deducciones o conjeturas. En ese sentido, pueden consultarse las recientes sentencias de 29 de enero de 1982 y de 26 de octubre de 1985.

El artículo 1.273 del *Code civil* francés establece: «La novación no se presume; es preciso que la voluntad de producirla resulte claramente del acto». En el mismo sentido, el párrafo 1.º del artículo 116 del Código de obligaciones suizo ordena: «La novación no se presume»; y el párrafo 2.º del artículo 1.230 del *Codice civile* italiano dispone: «La voluntad de extinguir la obligación precedente debe resultar de modo no equivoco».

(105) Cfr. COLIN y CAPITANT (*ob. cit.*, p. 218): todos los accesorios que acompañan a la antigua deuda desaparecen y lo mismo ocurre con las diferentes acciones. Y es evidente que, a causa de esta consecuencia radical, es muy poco empleada. El acreedor cuyo crédito está acompañado de garantías o provisto de una acción particularmente eficaz, no quiere generalmente renunciar a estas seguridades o a su acción en tanto no ha cobrado. En el mismo sentido, cfr. VON TUHR (*ob. cit.*, p. 149): «un indicio contra la voluntad de novación reside en la existencia de garantías que el acreedor pierde si se presta a la novación».

(106) Cfr. SANCHO REBULLIDA (*Comentarios...*, *cit.*, p. 565) y CRISTÓBAL-MONTES (*ob. cit.*, pp. 1198 y 1216).

(107) Cfr. PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (Notas a ENNECCERUS, *ob. cit.*, pp. 222 a 225), A. HERNÁNDEZ GIL (*ob. cit.*, p. 805) y ALBALADEJO (*ob. cit.*, p. 337).

La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha mantenido durante un largo período la primera de las posiciones que han sido expuestas: únicamente la entidad de lo alterado (el objeto o las condiciones principales) puede determinar el efecto extintivo independiente de la voluntad presunta cuando no se modifica expresamente en contrario (sentencias de 14 de junio de 1916, 28 de enero de 1928, 4 de junio de 1919 y 5 de diciembre de 1947; recientemente, sentencias de 29 de enero y de 22 de noviembre de 1982). Sin embargo, en los últimos tiempos hemos advertido una nueva corriente jurisprudencial, favorable a la segunda de la tesis anteriormente reseñadas: cuando se varían el objeto o las condiciones principales (art. 1.203-1.º del Código civil), se da lugar a la denominada novación modificativa, distinta de la propiamente dicha que regula el artículo 1.204, que inexorablemente produce la extinción de la obligación anterior (sentencias de 11 de noviembre de 1983 y de 11 de julio de 1985). ¿Suponen estas recientes sentencias un giro de la jurisprudencia, un abandono de su anterior posición y el inicio de una corriente distinta? ¿Tiene tales pronunciamientos valor de jurisprudencia o constituyen únicamente *obiter dicta*? (108).

La discrepancias doctrinales reseñadas tienen su origen en la deficiente formulación del artículo 1.203-1.º del Código civil, al establecer que las obligaciones pueden *modificarse* variando su objeto o sus condiciones *principales*. Para Sancho Rebullida, el legislador empleó el término «modificar», por imprecisión técnica; «modificar» es término referido conjuntamente a los números 1.º y 2.º y al número 3.º en el que no hay una nueva obligación, sino subsistencia de la existente, por lo que concluye diciendo este autor: «como el encabezamiento del artículo se refiere a los tres, emplea el término más elástico» (109). Sin embargo, para otro sector doctrinal, el término «modificar» gramaticalmente no expresa extinción de lo modificado, sino antes bien su persistencia; tal término fue elegido deliberadamente por el legislador y, por lo tanto, del artículo 1.203-1.º no puede obtenerse más consecuencia que la que escuetamente resulta de su texto literal (110).

A mi juicio, la clave de la distinción no se halla en el artículo 1.203-1.º, que es un precepto que tiene la finalidad de enunciar las diversas maneras de alterar una obligación, sin que puedan predicarse de tal artículo mayores pretensiones técnicas (111).

(108) No deja de ser significativo que en ambas sentencias sea ponente don José Beltrán de Heredia y Castaño.

(109) Cfr. SANCHEZ REBULLIDA (*Comentarios...*, cit., p. 565).

(110) Cfr. PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (Notas a ENNECCERUS, *ob. cit.*, p. 224).

(111) Cfr. LASSO GAITE (*Crónica de la Codificación española*, tomo IV, vol. I, Madrid, 1970, pp. 506): «La Comisión codificadora consagró sus dos últimas sesiones a tratar de las obligaciones y contratos. Los hizo —leal de confesarlo— con cierta ligereza y apresuramiento. Los Letrados de las provincias aforadas llevaban mucho tiempo de residencia en Madrid, y asuntos de tanta importancia como urgencia exigían imperiosamente el regreso a sus hogares. Por esta razón no hubo en rigor polémica ni casi votaciones, salvo en algunos puntos capitales».

La distinción depende de la interpretación que demos al artículo 1.204 del Código civil (112), precepto que, en mi opinión, no resuelve únicamente la tensión novación-acumulación, como preconiza Sancho Rebullida (113). Para este autor hay extinción de la obligación preexistente y creación de otra obligación, que sustituye a la anterior (novación), cuando se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 1.204 del Código civil; hay acumulación cuando no se cumplen tales requisitos, es decir, cuando no hay declaración expresa de sustitución o cuando la antigua y la nueva obligación no son de todo punto incompatibles.

En mi opinión, la acumulación supone la compatibilidad: lo que debo ahora por la compra de un automóvil es compatible con lo que anteriormente debía por la compra de un piso (114). Pero la compatibilidad, por sí sola, no determina la acumulación; para que ésta se produzca, es necesario que, además, exista intención de añadir la segunda obligación a la primera: ambas obligaciones son «independientes» (115), en el sentido de que la obligación acumulada *no altera* los elementos de la primera (no son interdependientes, ni hay continuidad). Sigo debiendo por la compra del piso, aunque ahora debo, *además*, por la compra del automóvil; pero la ineficacia de una operación no acarreará la ineficacia de la segunda, porque son obligaciones «independientes». Si la primera obligación queda alterada por la segunda, existiendo compatibilidad entre ambas, no habrá «extinción» de la primera (art. 1.204, *a sensu contrario*). Tampoco habrá acumulación, porque son obligaciones interdependientes. Existirá, por lo tanto, lo que la doctrina llama «simple modificación» o, utilizando nuestros términos, conservación del núcleo fundamental de la relación obligatoria preexistente. Para que se produzca la sustitución global de la primitiva obligación por la segunda deben acontecer las circunstancias enumeradas en el artículo 1.204 del Código civil. En caso contrario, se producirá la «simple modificación» —si hay alteración de la obligación— o la acumulación —si la segunda obligación no altera a la primera—.

La regla de la incompatibilidad, contenida en el artículo 1.204 del Código civil español, puede aclararnos la cuestión que estamos examinando. Tal regla tuvo su origen en el Derecho intermedio, en relación a la novación tácita (116), cuando Menochio formuló la pre-

(112) En el mismo sentido, cfr. MANRESA-MONTERO MOCHOLI (*ob. cit.*, p. 862).

(113) Cfr. SANCHO REBULLIDA (*Comentarios...*, *cit.*, p. 562).

(114) Cfr. DE BUEN (Notas a COLIN y CAPITANT, *ob. cit.*, p. 302): «No basta para que exista novación que dos personas ligadas por un vínculo obligatorio creen otro nuevo; es preciso que conste que la segunda obligación ha sido creada por el intento de dar por extinguida la primera, pues cabe muy bien que dos personas quieran crear una obligación que coexista con la anterior». En parecidos términos, cfr. COVIAN (*ob. cit.*, p. 502).

(115) Cfr. MANRESA-MORENO MOCHOLI (*ob. cit.*, p. 875): «nada se opone a que existan entre varias personas distintos vínculos jurídicos, independientes entre sí, ninguno de los cuales se extinga por la aparición de otro».

(116) Cfr. MAGAZZU (*ob. cit.*, p. 810).

sunción de que «*Secundus est coniectura novationis, quando secundus contractus est incompatibilis cum primo*» (117). Aunque el artículo 1.273 del *Code civil* francés no recoge esta regla, al establecer que «la novación no se presume; es preciso que la voluntad de producirla resulte claramente del acto», la doctrina francesa indica que «la novación objetiva, resulta virtual y necesariamente, de todo cambio que, producido sobre el objeto mismo de la prestación o sobre la naturaleza jurídica de la obligación, la transforme en una obligación nueva, distinta de la primera, e *incompatible* con ella» (118). Siguiendo el modelo francés, el proyecto español de Código civil de 1851 no incluía en su articulado la regla de la incompatibilidad (119), aunque García Goyena estimaba que «por de contado, la intención de novar será clara, cuando la nueva obligación sea *incompatible* con la primera» (120). Como escribe Sancho Rebullida, el legislador español de 1889 reprodujo el artículo 1.273 del *Code civil* francés (requisito de la expresión del *animus*), pero le añadió una sola presunción, la más caracterizada en la doctrina y práctica del Derecho intermedio, la regla de la incompatibilidad (121).

En opinión de Sancho Rebullida, la incompatibilidad hace referencia a la causa (causa de la obligación, en el sentido en que la define el artículo 1.274). Siguiendo a la doctrina francesa, para el autor citado «hay novación cuando la nueva obligación priva de causa —en el sentido del artículo 1.274— a la anterior, tomándola para sí, con lo que la primera deviene ineficaz conforme al 1.275 y su cumplimiento repetible conforme al 1.895; las dos obligaciones son «de todo punto incompatibles» cuando la segunda no tiene otra causa explicable que la misma de la obligación anterior, la cual, para cederla, tiene que sucumbir» (122). Por el contrario, Díez-Picazo considera que «la cuestión no estriba en decidir si la nueva obligación absorbe a la anterior para dar satisfacción a la misma *causa obligandi*, sino en decidir si la reglamentación de intereses subsiste en aquellos casos en que tal subsistencia no quede especialmente contradicha. Por ello, la idea de incompatibilidad por naturaleza del Anteproyecto (de 1882-1888) me parece reveladora. En rigor, la incompatibilidad existe cuando las obligaciones pertenecen a tipos distintos» (123).

Debemos reconocer que la regla de la incompatibilidad es difusa

(117) Citado por SANCHO REBULLIDA (*Comentarios...*, *cit.*, p. 570).

(118) En este sentido, cfr. AUBRY y RAU (*ob. cit.*, p. 217).

(119) El artículo 1.134 del proyecto de Código civil de 1851 se inspira fundamentalmente en los artículos 1.271 y 1.273 del *Code civil* francés, que no contienen la regla de la incompatibilidad.

(120) Cfr. GARCÍA GOYENA (*ob. cit.*, p. 154).

(121) Cfr. SANCHO REBULLIDA (*Comentarios...*, *cit.*, p. 562).

(122) Cfr. SANCHO REBULLIDA (*Comentarios...*, *cit.*, p. 563).

(123) Cfr. Díez-PICAZO (*ob. cit.*, p. 800). A lo que SANCHO REBULLIDA (*Comentarios...*, *cit.*, p. 575) opone: «el argumento es reversible: también es posible que el Código cambiase de criterio respecto de su precedente. Además, resulta difícil delimitar el concepto de “naturaleza” de la obligación para apoyar en él la regla de la incompatibilidad».

y puede dar lugar a variadas interpretaciones (124). A mi juicio, la incompatibilidad se producirá cuando se altere algún elemento *esencial* de la obligación primitiva (125). La esencia es lo permanente e invariable de un ser. Cuando se altera algún elemento esencial de la relación obligatoria, *se altera también el núcleo fundamental de la misma*. En consecuencia, la obligación deja de ser lo que era y, en su lugar, nace una nueva obligación, que está informada por el elemento esencial resultante de la alteración. La sustitución de un elemento esencial es un acontecimiento tan importante que ocasiona la *sustitución global* de la relación obligatoria primitiva por la nueva. Puede suceder que existan otros elementos esenciales de la obligación preexistente que no hayan sido alterados, lo que no impide que adquieran una nueva dimensión tras la alteración producida.

La fórmula empleada en el artículo 1.204 del Código civil es demasiado rigurosa, al exigir que la antigua y la nueva obligación sean *de todo punto incompatibles*, puesto que, con una interpretación literal del precepto, podrían hallarse muy pocos supuestos de alteración objetiva productora de sustitución global, cuando no existe una voluntad expresa en tal sentido. A mi juicio, la incompatibilidad no supone una radical contraposición entre *todos* los elementos de la obligación alterada y la nueva obligación. Puede haber incompatibilidad entre ambas obligaciones, aunque la nueva tome para sí numerosos elementos de la precedente (126) y sin que pueda influir en el

(124) Cfr. ANDREOLI (*La novazione tacita obbiectiva*, Roma, 1929, pp. 22 y ss.): el criterio de la incompatibilidad, «por ser demasiado vago y genérico, antes que resolver el problema, no logra en sustancia sino plantearlo de nuevo bajo otra forma». En el mismo sentido, cfr. PERLINGIERI (*ob. cit.*, p. 80): la noción de incompatibilidad es muy difícil de individualizar.

(125) Cfr. VALVERDE (*Tratado de Derecho civil español*, tomo III, Valladolid, 1926, pp. 194 y 195): «la incompatibilidad significa que la segunda obligación contenga un cambio tan profundo y sustancial en comparación a la primera, que no permita considerarla como simple modificación de la obligación precedente». En análogos términos, cfr. MANRESA-MORENO MOCHOLI (*ob. cit.*, p. 862): «la incompatibilidad ha de ser en lo sustancial, pues no deja de existir en la simple modificación en lo que afecta a la parte modificada».

Establece el párrafo 1.º del artículo 1.230 del *Codice civile* italiano: «La obligación se extingue cuando las partes sustituyen la obligación originaria por una nueva obligación con objeto o título diverso», añadiendo el artículo 1.231 que «la entrega de un documento o su renovación, la aposición o la eliminación de un término y cualquier otra modificación accesoria de la obligación no produce novación». Para PERLINGIERI (*ob. cit.*, pp. 72 y 73), el *cambio cualitativo* del objeto, incidiendo sobre la naturaleza de la prestación, produce la novación de la relación obligatoria, siendo evidente el *cambio cualitativo* del objeto cuando una prestación de hacer se sustituye por una de no hacer o de dar, o viceversa. En opinión de este mismo autor (*ob. cit.*, p. 106), las modificaciones que no inciden sobre la identidad estructural y funcional de la obligación son accesorias y no comportan novación. En el mismo sentido, para el Derecho francés, cfr. WEILL y TERRE (*ob. cit.*, p. 1088): la novación es una operación jurídica por la que una obligación nueva sustituye a la obligación originaria en razón de un cambio aportado a uno de los *elementos constitutivos* de ella. En análogos términos, el artículo 2.213 del Código civil de México de 1928 exige para la novación una *alteración sustancial*.

(126) Cfr. MUCIUS SCAEVOLA (*ob. cit.*, p. 1109): la incompatibilidad a que se re-

resultado de sustitución global la subsistencia de obligaciones accesorias que aprovechen a terceros conforme establece el artículo 1.207 del Código civil (127).

Como indica la doctrina, no podemos ocultar que existe una gran dosis de relatividad en el límite que separa lo esencial de lo accesorio, lo que provoca una gran inseguridad de los resultados (128). Como hemos dicho anteriormente, el problema de determinar el alcance de la alteración objetiva convencional es un problema de interpretación del contrato, labor que corresponde en última instancia a los órganos judiciales (129), que analizarán el caso concreto y decidirán los supuestos en que la alteración produce la sustitución global de una obligación por la otra.

De todo modos, existe un supuesto que puede ser calificado sin discusión como cambio de un elemento esencial: el cambio de la causa de la obligación. Como escribe Albaladejo, «quien debía mil pesetas como precio de una compra y continúa con ellas en concepto de mutuo (por lo que ha de resolverlas *ex mutui datione*), no sigue teniendo la misma obligación de antes»; y añade este autor: «en pro de que el cambio de causa extingue —y no sólo modifica— la obligación, se puede, además, alegar el débil argumento literal de que el artículo 1.203, si no menciona la causa es porque estima que la variación de ésta es más que una modificación»; en conclusión, para Albaladejo, «la novación por cambio de causa no puede ser sino extintiva» (130).

La doctrina y la jurisprudencia suelen considerar alteración de ele-

fiere el artículo 1204 no es necesariamente la que se produce en el fondo de la obligación, sino lo que existe en alguno de sus términos principales. En parecidos términos, para el Derecho italiano, cfr. PERLINGIERI (*ob. cit.*, p. 133): no hay incompatibilidad entre la extinción de la relación y la persistencia de excepciones: las partes pueden atribuir a la relación cualesquiera contenidos merecedores de tutela por parte del Ordenamiento.

(127) Cfr. CASTAN (*ob. cit.*, p. 393): si tuviese interés en la obligación accesorial alguien que no hubiere intervenido en la novación, subsistirá aquella con respecto a él (art. 1.207), por aplicación del principio *res inter alios acta, nec nocet nec prodest*.

(128) Cfr. PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (Notas a ENNECERUS, *ob. cit.*, p. 224) y AZURZA (*ob. cit.*, p. 609). Como indica para el Derecho francés DURAND, citado por GHOZI (*ob. cit.*, p. 31, nota 41), «no existen en un contrato obligaciones esenciales en sí, sino sólo aquellas que las partes han calificado implícitamente como tales, porque dependen del objetivo que quieren atender».

Para VATTIER FUENZALIDA (*Contribución al estudio de las obligaciones accesorias*, «RDP», 1980, pp. 28 a 49; en concreto, p. 39), «la accesoriedad es, pues, en el campo del Derecho de obligaciones, un factor relativo de índole subjetiva que depende primordialmente de la configuración que los contratantes hayan dado al conjunto de prestaciones debidas y a la relación interna existente entre ellas.

(129) Cfr. GARCÍA GOYENA (*ob. cit.*, p. 154), COLIN y CAPITANT (*ob. cit.*, p. 217), CARBONNIER (*ob. cit.*, p. 574) y MAGAZZU (*ob. cit.*, p. 810).

(130) Cfr. ALBALADEJO (*ob. cit.*, pp. 325 y 326). En el mismo sentido, cfr. AZURZA (*ob. cit.*, p. 606) y MANRESA-MORENO MOCHOLI (*ob. cit.*, p. 31); la causa constituye la esencia de la obligación y al modificar aquella se produce la destrucción del vínculo jurídico. Para el Derecho italiano, cfr. TRABUCCHI (*ob. cit.*, p. 87), que denomina *transformación en el título* al cambio en la causa, siguiendo la terminología utilizada en el artículo 1.230 del *Codice civile*.

mentos accesorios la prórroga del plazo de la obligación (131), el cambio en la cuantía de la prestación (132), las variaciones que afectan al modo (133) o al lugar de ejecución (134) y la introducción o supresión de garantías (135), mientras que, por el contrario, suele considerarse alteración de elementos esenciales la introducción o supresión de condiciones en sentido técnico (136).

(131) En este sentido, cfr. GARCÍA GOYENA (*ob. cit.*, p. 153), AZURZA (*ob. cit.*, p. 607) y ALBALADEJO (*ob. cit.*, p. 336). SANCHO REBULLIDA (*Comentarios...*, *cit.*, pp. 523 y 524) resume la doctrina del Tribunal Supremo: la prórroga del plazo constituye novación tan sólo cuando es condición esencial del contrato; no existe novación cuando, subsistiendo la obligación principal, se otorgan simples *facilidades para el cumplimiento* de la obligación mediante prórroga o plazos fraccionados o cuando se admiten letras de cambio aceptadas para el pago de los plazos establecidos, lo cual constituye una modalidad de la obligación, independiente de su esencia y establecida como garantía del acreedor. En opinión de SANCHO REBULLEDA. «sin embargo, en cuanto a la prórroga, la doctrina del artículo 1.851 del Código civil conduce a una solución distinta; cabría aplicar el mismo criterio que a los *incrementa*, estimando que hasta el vencimiento del término inicialmente pactado, se mantiene la misma obligación y que, vencido aquél, se opera novación, naciendo otra obligación de igual contenido, pero con vencimiento en el segundo término pactado». Sobre el particular, pueden consultarse las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1983, 3 de marzo de 1984 y 3 de octubre de 1985.

Para el Derecho francés, no consideran novación la variación en el plazo de la obligación AUBRY y RAU (*ob. cit.*, p. 218), BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE (*ob. cit.*, p. 12), PLANIOL-RIPERT-BOULANGER (*ob. cit.*, p. 638), WEILL y TERRE (*ob. cit.*, p. 1094) y GHOZI (*ob. cit.*, pp. 132 y 133).

(132) Cfr. AZURZA (*ob. cit.*, pp. 608 y 609), MANRESA-MORENO MOCHOLI (*ob. cit.*, p. 876) y ALBALADEJO (*ob. cit.*, p. 336). En opinión de SANCHO REBULLIDA (*Comentarios...*, *cit.*, p. 522), «es necesario distinguir entre reducción e incremento del *quantum*; en el caso de reducción se tratará de mera modificación, pero en el de incremento, aunque económicamente la obligación sea la misma aumentada —así también *inter partes*— jurídicamente, como muy bien señaló parte de la doctrina del Derecho común, se trata de dos obligaciones yuxtapuestas; es un caso de acumulación en que la primera subsiste con sus garantías y privilegios, no extendidos, sin embargo, en perjuicio de tercero, a la segunda, al incremento». Para el Derecho francés, cfr. BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE (*ob. cit.*, pp. 15 y 16), PLANIOL-RIPERT-BOULANGER (*ob. cit.*, p. 638) y GHOZI (*ob. cit.*, pp. 132 y 133). Sobre este tema, pueden consultarse las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de enero y 25 de noviembre de 1982 y de 11 de julio de 1985.

(133) Cfr. AZURZA (*ob. cit.*, pp. 608 y 609), CASTAN (*ob. cit.*, p. 395), ALBALADEJO (*ob. cit.*, p. 336) y SANCHO REBULLIDA (*Comentarios...*, *cit.*, p. 523) y las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de junio y de 21 de diciembre de 1985.

La jurisprudencia italiana (Cass. 26 de junio de 1976, 24 de octubre de 1970 y 26 de mayo de 1962) establece que cuando las partes cambian la modalidad relativa a la ejecución de la obligación preexistente, sin alterar el objeto o el título, no se verifica novación alguna. Cfr. PERLINGIERI (*ob. cit.*, pp. 104 y 105). En el mismo sentido, para el Derecho francés, cfr. AUBRY y RAU (*ob. cit.*, p. 218), BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE (*ob. cit.*, p. 16) y GHOZI (*ob. cit.*, pp. 132 y 133).

(134) Cfr. AZURZA (*ob. cit.*, pp. 608 y 609), MANRESA-MORENO MOCHOLI (*ob. cit.*, p. 876), CASTAN (*ob. cit.*, p. 395), ALBALADEJO (*ob. cit.*, p. 336) y SANCHO REBULLIDA (*Comentarios...*, *cit.*, p. 523). Para el Derecho francés, cfr. AUBRY y RAU (*ob. cit.*, p. 218).

(135) Cfr. AZURZA (*ob. cit.*, pp. 608 y 609), MANRESA-MORENO MOCHOLI (*ob. cit.*, p. 876), CASTAN (*ob. cit.*, p. 395), ALBALADEJO (*ob. cit.*, p. 336) y la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1985. Para el Derecho francés, cfr. AUBRY y RAU (*ob. cit.*, p. 218) y BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE (*ob. cit.*, pp. 14 y 15).

(136) Cfr. SÁNCHEZ DE MOLINA (*El Derecho civil español* —en forma de Código

Sin embargo, todas estas reglas son relativas. Cuando se sustituye la ejecución de una prestación periódica por la ejecución de una prestación instantánea, la relación obligatoria puede perder su fisonomía originaria (137). Por el contrario, cuando la introducción o supresión de una condición sólo incide sobre una obligación accesoria, no se produciría la sustitución global (138). Como puede observarse, la consideración del carácter esencial o accesorio del elemento alterado dependerá de la relevancia que las partes le hayan otorgado en el momento de establecer el programa inicial y en el momento intermedio en que se produce la adaptación de ese programa.

4. RECAPITULACION

Nuestro Código civil no utiliza el término «alteración» en sede de novación, a diferencia del proyecto de Código civil de 1851, en cuyo artículo 1.134 se establecía: «Hay novación de contrato cuando las partes en él interesadas lo *alteran*, sujetándolo a distintas condiciones o plazos, sustituyendo una nueva deuda a la antigua, o persona distinta en lugar de la que antes era deudor, o haciendo cualquier otra *alteración* sustancial que demuestre claramente la intención de novar».

La mayoría de los autores que han estudiado el tema de la novación objetiva utilizan el término «alteración» (139), cuando quieren referirse al fenómeno que se produce al llevarse a cabo un convenio entre dos personas ligadas previamente por lazos obligacionales. Del mismo modo, el Tribunal Supremo español ha recurrido en numerosas ocasiones al término citado, para expresar ideas afines (140). Hemos de reconocer, no obstante, que la doctrina y la jurisprudencia usan el vocablo «alteración» cuando pretenden aludir a la cuestión de un modo genérico, sin intención de darle un significado técnico-jurídico.

Madrid, 1871, p. 282), AZURZA (*ob. cit.*, p. 607) y SANCHO REBULLIDA (*Comentarios...*, *cit.*, p. 523). Para el Derecho francés, cfr. PLANIOL-RIPERT-BOULANGER (*ob. cit.*, p. 638), WEILL y TERRE (*ob. cit.*, p. 1094) y GHOZI (*ob. cit.*, p. 132).

(137) Para el Derecho italiano, cfr. PERLINGIERI (*ob. cit.*, p. 110).

(138) Cfr. PERLINGIERI (*ob. cit.*, p. 108). En el mismo sentido, cfr. MANRESA-MORENO MOCHOLI (*ob. cit.*, p. 876).

(139) Cfr. AZURZA (*ob. cit.*, pp. 608 y 609), MUCIUS SCAEVOLE (*ob. cit.*, pp. 1097 y 1098), MANRESA-MORENO MOCHOLI (*ob. cit.*, p. 857), A. HERNÁNDEZ GIL (*ob. cit.*, pp. 797 y 798), PUIG BRUTAU (*ob. cit.*, p. 458), ALBALADEJO (*ob. cit.*, p. 336), CRISTÓBAL-MONTES (*ob. cit.*, p. 1191), DIEZ-PICAZO (*ob. cit.*, p. 792), SANCHO REBULLIDA (*Comentarios...*, *cit.*, p. 518) y los traductores de ENNECCERUS (*ob. cit.*, p. 369), de RICCI (*ob. cit.*, p. 54) y de BETTI (*ob. cit.*, p. 185). Emplean el término «alterar» como sinónimo de «extinguir», GHOZI (*ob. cit.*, p. 20) y el traductor de VON TUHR (*ob. cit.*, p. 148).

(140) Sin ánimo exhaustivo, pueden citarse las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1909, 12 de junio de 1930, 11 de junio de 1947 y 17 de febrero de 1959. Recientemente, sentencias de 22 de noviembre de 1982, 28 de marzo, 26 de octubre y 21 de diciembre de 1985.

En sentido gramatical, el término «alteración» es «la acción de alterar o alterarse», es decir, de «cambiar la esencia o forma de una cosa» (141). Se trata de un término con amplio significado, ya que puede producir el cambio en lo principal (esencia) o en lo accesorio (forma) de un objeto. En ese sentido, lo preferimos a otros términos más concretos, como «transformación», que se refiere únicamente al cambio en la forma (142).

Lo que nosotros llamamos «alteración» no coincide con lo que Allara denomina «vicisitud» —*vicenda*—, pues este último término tiene un sentido distinto, referido fundamentalmente a los efectos. Para este autor, existen tres tipos de vicisitudes de la relación jurídica: constitución, modificación y extinción (143). A mi juicio, la alteración objetiva convencional no se identifica con tales vicisitudes, ni puede decirse que el efecto de la alteración consista, sin más, en la extinción o en la simple modificación de la obligación preexistente.

Como hemos manifestado anteriormente, la alteración objetiva convencional tendrá el alcance que las partes quieran darle. Esta observación, sin embargo, debe ser matizada, en cuanto que, dependiendo los efectos siempre de la voluntad de las partes, es ineludible, a mi juicio, reconocer diferencias cualitativas entre uno y otro tipo de efecto de la alteración. Cuando se altera un elemento esencial, se produce la sustitución global de la obligación anterior por la nueva obligación: se trata de una sustitución que es *global*, pues afecta al núcleo fundamental de la obligación primitiva, lo cual no impide que subsistan en la nueva obligación algunos elementos accesorios, en virtud de los pactos llevados a cabo por las partes o por imperativo de lo dispuesto en el artículo 1.207 del Código civil; pueden incluso subsistir algunos elementos esenciales —no todos— de la obligación preexistente, que adquieren una nueva dimensión con la introducción del nuevo elemento esencial. En los casos en que sólo se produce la alteración de un elemento accesorio, no se produce la sustitución global de la obligación precedente por la obligación alterada, puesto que

(141) *Diccionario de la Lengua española*, 20.^a ed., Madrid, 1984, p. 76. Véase la nota 75.

(142) *Diccionario de la Lengua española*, 20.^aed., Madrid, 1984, p. 1330: transformar es «hacer cambiar la forma a una persona o cosa». El término «transformación» ha sido utilizado por PLANIOL-RIPERT-BOULANGER (*ob. cit.*, p. 632), así como por los traductores de ENNECERUS (*ob. cit.*, p. 367) y de TRABUCCHI (*ob. cit.*, p. 87).

(143) Cfr. ALLARA (*Pagine di teoria delle vicende del rapporto giuridico*, a cura di Sarasso, Milano, pp. 5 a 11): hay constitución cuando, dados dos instantes inmediatamente sucesivos del tiempo, en el primer instante la relación no existe y en el segundo existe; hay modificación cuando, dados dos instantes inmediatamente sucesivos del tiempo, en el segundo instante la relación continúa existiendo, pero con algunos elementos nuevos; estamos en presencia de la extinción cuando, dados dos instantes inmediatamente sucesivos del tiempo, en el primer instante la relación existe y en el segundo no existe. DIEZ-PICAZO (*ob. cit.*, p. 792) utiliza el término «vicisitud» en un sentido más estricto, tratando de captar el fenómeno del cambio o alteración que en su devenir histórico puede sufrir una relación jurídica cualquiera y las consecuencias y efectos jurídicos que este cambio o alteración está llamado a producir. En el mismo sentido utiliza el término citado la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1986.

permanece el núcleo fundamental de la obligación, lo cual no obsta para que se hayan alterado algunos elementos secundarios de la misma.

La intención real e inequívoca de las partes, inferida del contenido de la alteración, prevalece sobre las palabras que hayan declarado terminantemente. En realidad, la declaración expresa, en el sentido de sustituir globalmente una obligación por la otra, tiene valor como un elemento interpretativo más, aunque de importancia: en caso de duda sobre el carácter esencial o accesorio del elemento que ha sido alterado, la parte primera del artículo 1.204 decide la cuestión, ya que no se desprende del convenio de alteración una intención *evidente* en contrario y, por lo tanto, no entra en juego el párrafo segundo del artículo 1.281 del Código civil (144).

A mi juicio, el término «alteración objetiva convencional» debe dejar de ser una voz puramente instrumental, para convertirse en unos términos con significado técnico-jurídico. La alteración hace referencia a un fenómeno distinto al de extinción de la obligación. Mientras que la alteración se produce en un momento intermedio, la extinción se refiere al momento final de la relación obligatoria. Incluso en el caso en que se produzca la sustitución global por efecto de la alteración, no puede decirse en rigor que la primera obligación haya quedado extinguida definitivamente (145), puesto que pueden subsistir numerosos elementos de la misma y, por otra parte, la segunda obligación ocupa su lugar.

La alteración objetiva convencional se distingue de la llamada «modificación sobrevenida de las circunstancias» por excesiva onerosidad y por desaparición de la base del negocio. El convenio de alteración objetiva tiene naturaleza contractual y su existencia depende de los variados motivos que las partes puedan tener para llevarlo a cabo —v.gr., asegurar un crédito, dar mayores facilidades al deudor, favorecer más plenamente el interés del acreedor, etc.—. Por el contrario, la resolución o revisión declaradas judicialmente, a consecuencia de la excesiva onerosidad y de la desaparición de la base del negocio, no tienen naturaleza contractual y dependen de una alteración extraordinaria de las circunstancias, que produce la destrucción de la

(144) Del mismo modo, para el Derecho italiano, cfr. PERLINGIERI (*ob. cit.*, p. 82), comentando el párrafo 2.º del artículo 1.230 del *Código civile* («la voluntad de extinguir la obligación precedente debe resultar de modo no equívoco»), considera que el párrafo transcrito «tiene un valor exclusivamente interpretativo que tiene utilidad preferente en relación a algunas hipótesis de novación tácita».

(145) Ya escribía PAOLO DI CASTRO, citado por GIARDINA (*ob. cit.*, p. 101) que «la obligación preexistente no resulta enteramente extinguida por novación, en cuanto que continúa existiendo en la nueva, en la cual está transfusa». Por esa razón, GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN (*op. cit.*, p. 221) consideraban que la novación, «más que un medio de extinguir las obligaciones lo es de transferirlas, porque si una perece es reemplazada inmediatamente por otra». En análogos términos, cfr. RICCI (*ob. cit.*, p. 51), COVIAN (*ob. cit.*, p. 493), MANRESA-MORENO MOCHOLI (*ob. cit.*, p. 855) y CARBONNIER (*ob. cit.*, p. 566).

relación de equivalencia o la imposibilidad de alcanzar la finalidad del negocio (146).

El concepto de alteración objetiva convencional de la relación obligatoria, a nivel sistemático, ocupa un lugar propio, posterior a la constitución y anterior a la extinción de la relación. La base legal de la figura que estamos estudiando se halla en el artículo 1.255 del Código civil, que permite el acuerdo entre las partes, para llevar a cabo la sustitución de elementos objetivos —en un sentido muy amplio— de la relación obligatoria.

La figura de la alteración objetiva convencional tiene tantas aplicaciones y obedece a motivos tan variados como puedan imaginarse —aunque con los límites enunciados en el artículo 1.255 del Código civil—. Así, el acuerdo que precede —aunque sea por un solo instante— a la *dación en pago* no es otra cosa que una alteración objetiva convencional de esa relación obligatoria concreta (147). Lo mismo podemos decir respecto de los supuestos legales enumerados al comienzo de este trabajo: todos ellos son convenios de alteración

(146) Cfr. DÍEZ-PICAZO (*ob. cit.*, pp. 876 a 888).

(147) La dación en pago tiene un origen distinto del de la novación. Como pone de relieve SERRANO ALONSO (*Consideraciones sobre la dación en pago*, «RDP», 1978, pp. 416 a 433, en concreto, pp. 418 y 419), el Derecho romano clásico admitió la *satisfactio* o *datio in solutum*, que consistía en la liberación del deudor mediante la entrega de una prestación diversa de la asumida en principio por el mismo deudor, figura que difiere de la novación, porque la *datio in solutum* viene caracterizada por la pervivencia de la obligación originaria. Sin embargo, en el Derecho intermedio, DONELLO y VINNIO, citados por GIARDINA (*ob. cit.*, p. 240) llegaron a afirmar que la novación es un subrogado del pago, una *datio in solutum*. En la doctrina moderna, MANRESA-MORENO MOCHOLI (*ob. cit.*, p. 876) opinan que la dación en pago constituye novación, y, muy recientemente, PASCUAL ESTEVILL (*La dación en pago*, «RCDI», 1986, pp. 1109 a 1130; en concreto, pp. 1125 y 1126) considera que la *datio in solutum* tiene la estructura jurídica de la novación impropia o modificativa. En parecidos términos, para el Derecho francés, GHOZI (*ob. cit.*, p. 106) indica que la dación en pago es una aplicación de la teoría de la modificación, puesto que resulta de la aceptación, por el acreedor, del efecto liberatorio de otra prestación diversa de la prevista en el origen. Sin embargo, los dos autores últimamente citados no tienen en cuenta que la dación en pago, en un sentido amplio —admitido por toda la doctrina—, puede consistir en la realización de una prestación distinta —de hacer, en vez de dar, por ejemplo— a la que inicialmente se había establecido, y tal alteración puede afectar a la causa y, en consecuencia, producirá lo que venimos llamando *sustitución global*.

Por tal razón, todos los autores que formulan diferencias entre la novación y el acuerdo que precede a la dación en pago, ponen el acento en el hecho de que este acuerdo no es de por sí idóneo para extinguir la obligación originaria, dejando sin contestar qué ocurriría cuando varíe la naturaleza de la prestación a cargo del deudor. Ese automatismo induce a salir a SERRANO ALONSO (*ob. cit.*, pp. 428 y 432) que mientras no se realiza la prestación diversa subsiste la obligación originaria, forzando —por otro lado— la función de la dación en pago al exigir que sólo puede llevarse a cabo una vez llegado el vencimiento de la prestación inicialmente pactada, cuando el deudor esté imposibilitado para realizar tal prestación. A nuestro juicio, el acuerdo que precede a la dación en pago no tiene por qué basarse en la imposibilidad de cumplir por parte del deudor. En mi opinión, tal acuerdo reflejará, lisa y llanamente, las conveniencias de las partes interesadas, sin más límites que los que determina el artículo 1.255 del Código civil; en consecuencia, ese acuerdo podrá preceder al momento del vencimiento y no tendrá que basarse necesariamente en la imposibilidad de cumplir por parte del deudor.

objetiva, ya sea con sustitución global de la relación obligatoria, ya sea con pervivencia de la reglamentación fundamental de la obligación primitiva (148). El contrato de *transacción* es también un convenio de alteración objetiva, puesto que las partes, previamente ligadas por lazos obligacionales, llegan a un acuerdo para introducir algunos cambios objetivos en la relación preexistente; cambios que obedecen —en el caso de la transacción— a la intención de poner término a una contienda judicial o de evitar la provocación de un pleito, a cuya finalidad ambas partes realizan determinados sacrificios (149).

Cáceres, enero de 1987

(148) No es la finalidad de mi indagación analizar pormenorizadamente las diversas aplicaciones de la figura de la alteración objetiva convencional; sin embargo, tal estudio no carecería de interés, puesto que, con la excepción del acuerdo de pago por cesión de bienes, los restantes momentos intermedios no han merecido hasta el momento una atención detallada por parte de nuestra doctrina.

(149) Cfr. GULLÓN (*La transacción*, en la obra «Tratado práctico y crítico de Derecho civil», tomo XLIII, vol. II, Madrid, 1964, p. 75): «Si mantenemos la tesis declarativa, la transacción y la novación serán figuras totalmente distintas, no produciéndose por la primera los efectos de la segunda. Si, por el contrario, afirmamos que el efecto transaccional consiste en una modificación o sustitución de la realidad preexistente, porque las partes no pueden fijar o declarar convencionalmente sus derechos, es lógico concluir diciendo que toda transacción implica novación». Para PERLINGIERI (*ob. cit.*, p. 100), los posibles efectos de extinción de una obligación y constitución de otra son eventuales en la transacción, que tiene autonomía lógica y funcional. En opinión de GHOZI (*ob. cit.*, p. 57), «habrá modificación o transacción según que las partes se hubieran comprometido únicamente para la salvaguardia del vínculo contractual o, al contrario, para prevenir un litigio».

INFORMACION LEGISLATIVA

A cargo de
PEDRO DE ELIZALDE Y DE AYMERICH

I. DERECHO CIVIL

1. *Parte general*

1. DERECHO CIVIL DE CATALUÑA. Modificación de su Compilación reguladora. Ley del Parlamento Catalán 10/1987, de 25 de mayo («B.O.E.» del 25 de junio).

El artículo 6 de la Compilación remitía la regulación de la adopción al Código civil, salvo los efectos sucesorios de la adopción plena que se regulaban por la propia Compilación. Promulgada la Ley de Sucesión intestada era preciso referir a ella la regulación de dichos efectos sucesorios; no obstante, la nueva Ley aprovecha para anunciar una futura regulación general de la adopción por el Parlamento de Cataluña, confirmando la tesis expansiva del Derecho particular catalán.

2. DERECHO FORAL. Modificación de la Compilación de Navarra. Ley Foral 5/1987, de 1 de abril («B.O.E.» de 3 de junio).

La Compilación del Derecho Civil de Navarra, de 1 de marzo de 1973, fue modificada en 1975 y 1978 para adaptarla a las reformas de que fue objeto el Código civil en relación con la capacidad de obrar de la mujer casada y la mayoría de edad. Desde entonces, a pesar de los profundos cambios acaecidos en la sociedad española y en el ordenamiento jurídico general, la Compilación había permanecido inmutable. Esto determinaba que buena parte de sus preceptos debieran considerarse inaplicables por inconstitucionalidad sobrevenida, evidenciando la necesidad de una reforma en profundidad.

La Ley que se reseña acomete esta actualización del Derecho Foral navarro tomando como criterios rectores los preceptos constitucionales (especialmente los que proclaman el principio de igualdad: entre personas de distinto sexo, artículo 32; entre los hijos, artículo 39) y los principios que informaron las reformas del Código civil en 1981 (Leyes de 13 de mayo y 7 de julio), que, por introducir en nuestro Derecho instituciones nuevas, precisaban ser recibidas también por el ordenamiento navarro.

De esta forma, reciben nueva redacción 91 Leyes de la Compilación, con lo

que casi todo el Derecho de familia y sucesorio queda afectado. Se ha aprovechado, además, la ocasión para llevar a cabo alguna mejora técnica en la Compilación, aunque con alcance limitado.

La exposición del nuevo régimen parece oportuno hacerla a partir de los criterios inspiradores antes indicados, distinguiendo las reformas impuestas por el principio de igualdad de las tendentes a armonizar el Derecho navarro con el general o perfeccionar sus normas:

A) Reformas fundadas en la aplicación del principio de igualdad. La nueva Ley refleja los distintos aspectos en que este principio incide en el ordenamiento civil, antes mencionados. Así, la igualdad entre personas de distinto sexo obliga a hacer coincidir la edad de la pubertad para ambos sexos (Ley 50) y a suprimir la antigua preferencia de los varones para actuar como parientes mayores (Ley 138).

La equiparación entre cónyuges se refleja en la supresión de cuantas normas atribuían al marido, la representación y administración de la sociedad conyugal y de bienes de la mujer; ahora se atribuye a ambos cónyuges la potestad doméstica y se requiere el concurso de ambos para disponer de la vivienda o ajuar familiares (Leyes 54 y 55). Los mismos criterios se introducen en el régimen de conquististas (Ley 86) y en el usufructo de fidelidad (Ley 253), que deja de corresponder sólo al marido.

El nuevo régimen de la filiación, impuesto por la Constitución, y desarrollado en el Código civil, se recoge también con detalle en las Leyes 68 y siguientes de la Compilación, que regulan las clases de filiación y las correspondientes acciones de estado. La igualdad entre hijos, sin distinción de trato entre ellos, por razones de sexo o nacimiento da lugar a la supresión de la dote obligatoria o necesaria de las hijas y a la del principio de familia legítima (Leyes 120 y 156). Por otra parte, son numerosos los preceptos reformados para evitar las antiguas alusiones a los hijos legítimos o naturales y dispensar el mismo trato a los hijos matrimoniales y no matrimoniales (Leyes 180, 209, 274, 279, 308 y 453).

De esta forma, los hijos, cualquiera que sea su filiación, son legitimarios de los padres (Ley 268, frente a la antigua Ley 302) y suceden abintestado en el mismo orden de llamamiento.

Como es lógico, desaparecida la dote necesaria, se eliminan de la Compilación las referencias a ella (Leyes 233 y 259), pero persiste, tal vez por error, una alusión a la obligación de dotar en la Ley 255 (bienes excluidos del usufructo de fidelidad). También es consecuencia lógica de los principios anteriores la atribución de la patria potestad conjuntamente al padre y a la madre (Ley 63).

B) Reformas impuestas por necesidades técnicas. En este apartado deben citarse las innovaciones realizadas para regular instituciones que introdujo el Código civil en las reformas del año 1981, como el divorcio (Leyes 76 y 284), la regulación del pago en metálico de la herencia (Ley 340), la patria potestad prorrogada (Ley 67) o las normas sobre reintegros y liquidación de la sociedad de gananciales (trasladables a la de conquistas, Leyes 88 y 89). Además se refleja en la Compilación la despenalización del adulterio (Ley 127) y la desaparición de la interdicción civil (Ley 596).

Puras razones técnicas aconsejaron también ciertas reformas que perfeccionan el régimen de otras instituciones forales; así se contemplan las facultades de los amos en la casa (Ley 48), se regula la ineficacia de las capitulaciones matrimoniales (Ley 78) y se mejora el funcionamiento de varias figuras del Derecho sucesorio

(disposiciones a favor del nasciturus, pago en metálico de sus derechos a los hijos de anterior matrimonio, testamento de hermandad, usufructo de fidelidad, contador dativo).

Debe destacarse la supresión de la reserva troncal, que va acompañada de una regulación transitoria para la sucesión legal de causantes fallecidos con anterioridad a la vigencia de la Compilación de 1973. Tiene relevancia igualmente la posibilidad, que se abre, de hacer colectivamente la institución en la legítima foral, incluso para hijos y descendientes que con anterioridad debían ser instituidos personalmente.

Por último, la nueva disposición adicional de la Compilación congela las remisiones hechas al Código civil al referirlas a la redacción de sus preceptos el día de entrada en vigor de la Ley de Reforma, norma ésta equivalente a la disposición final 3.^a de la actual Compilación de Cataluña, redactada por la Ley de 20 de marzo de 1984 (reseñada en este Anuario XXXVII-III, disposición núm. 2 de la Información Legislativa).

3. *Derechos reales*

3. PROPIEDAD AGRARIA. Regulación del Banco de Tierras de Aragón. Ley de las Cortes de Aragón 3/1987, de 10 de marzo («B.O.E.» del 3 de abril).

Se crea un Banco de Tierras en Aragón, como patrimonio inmobiliario, cuya titularidad corresponde a la Diputación General, destinado a fomentar las actividades agrarias y racionalizar la explotación de la tierra. Integrarán dicho Banco los inmuebles que con este fin se adquieran y los terrenos afectados por operaciones de transformación de grandes zonas, cuya adquisición por la Diputación General se permite mediante la atribución en su favor de derechos de tanteo y retracto.

Los bienes integrados en el Banco serán regidos por un Ente Gestor que dispondrá su explotación otorgando concesiones administrativas, cuyo régimen establece la Ley.

4. BIENES PUBLICOS. Desarrollo reglamentario de la Ley del Patrimonio Nacional. Real Decreto 485/1987, de 18 de marzo («B.O.E.» del 13 de abril).

La Ley 23/1982, de 16 de junio, reguló el Patrimonio Nacional estableciendo las normas principales de su régimen jurídico y organización. Su Reglamento, partiendo del variado contenido de tal Patrimonio, concreta su régimen, llegando a constituir un detallado texto refundido de sus normas reguladoras.

Los bienes del Patrimonio Nacional integran una categoría muy próxima a los bienes de dominio público, participando de buena parte de sus características. De ahí que el Reglamento permita que sobre ellos se ejerciten las prerrogativas administrativas exorbitantes del régimen de los bienes privados.

A efectos de la inscripción de los bienes en el Registro de la Propiedad, la certificación del Gerente del Patrimonio será bastante para utilizar la vía del artículo 206 de la Ley Hipotecaria.

El uso y explotación de los bienes se realizará en forma parecida a los bienes

patrimoniales del Estado, aunque la contratación del Consejo de Administración del Patrimonio Nacional será en régimen de derecho privado.

También precisa el Reglamento el contenido de los derechos de patronato o de gobierno y administración sobre fundaciones que integran el Patrimonio, atendiendo a su especial naturaleza.

5. BIENES PUBLICOS. Regulación del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Aragón. Ley de las Cortes de Aragón 5/1987, de 2 de abril («B.O.E.» del 22).

La presente Ley aragonesa destaca de las equivalentes promulgadas por otras Comunidades Autónomas por su correcta sistemática, que permite reflejar con claridad el régimen de cada categoría de bienes: bienes de dominio público y bienes patrimoniales.

Los bienes demaniales se regulan con detalle, determinando el régimen exorbitante con que resultan protegidos y sus posibilidades de aprovechamiento.

Para los bienes patrimoniales se establecen especialmente las formas de adquisición, uso y enajenación, según su naturaleza.

Una referencia especial se dedica a la actividad empresarial de la Comunidad aragonesa, desarrollada mediante entes de naturaleza pública o mediante sociedades mercantiles.

Merece destacarse la atribución de la sucesión intestada a favor de la Comunidad Autónoma de Aragón cuando el causante tenga residencia en su territorio al tiempo del fallecimiento y tras el Estado, para el caso de que éste renuncie expresa o tácitamente a la herencia (artículo 51, párrafo 2.º). Esta regulación es sorprendente, pues no encaja con las normas generales sobre la sucesión del Estado, los artículos 956 a 958 del Código civil y el Decreto 2091/1971, de 13 de agosto. Estas disposiciones parecen, en efecto, cerrar la posible aplicación del precepto aragonés, pues la sucesión del Estado no depende de una aceptación expresa de éste, sino de la declaración judicial, y no contemplan la posibilidad de repudiación.

6. PROPIEDAD RUSTICA. Ordenación urbanística del suelo rústico en las Islas Canarias. Ley del Parlamento de Canarias 5/1987, de 7 de abril («B.O.E.» del 8 de mayo).

Esta Ley trata de precisar los actos de uso y aprovechamiento de que es susceptible el suelo rústico, determinando los procedimientos de control que corresponden a la Administración. Para ello se delimitan diversas categorías de suelo rústico, según su uso, y se concretan los aprovechamientos urbanísticos que, según los casos, puedan desarrollarse, previa autorización administrativa.

Con carácter general, las parcelaciones, segregaciones o divisiones de fincas en suelo rústico precisan de licencia municipal, la cual será indispensable para que tales actos accedan al Registro de la Propiedad. Los Notarios deberán testimoniar en la escritura correspondiente la licencia obtenida.

7. PROPIEDAD TERRITORIAL. Regulación de la disciplina urbanística en Asturias. Ley de la Junta General del Principado de Asturias 3/1987, de 8 de abril («B.O.E.» del 19 de mayo).

Esta Ley determina los requisitos y procedimientos necesarios para la obtención de licencias urbanísticas y las actuaciones administrativas de reacción frente a los actos de edificación y uso del suelo carentes de aquéllas.

Expresamente se establece que las empresas suministradoras de energía eléctrica, agua, gas y telefonía deberán exigir y conservar copia de la licencia de primera utilización de los edificios para la contratación de sus servicios. El incumplimiento del régimen urbanístico dará lugar a la imposición de sanciones pecuniaras, aparte de las demoliciones y restauraciones que procedan.

La Ley, sin embargo, no concreta los actos sometidos a licencia, sino que hace remisión a las actuaciones contempladas por las leyes, normas y ordenanzas urbanísticas.

8. BIENES PUBLICOS. Regulación del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Canarias. Ley del Parlamento de Canarias 8/1987, de 28 de abril («B.O.E.» del 27 de mayo).

Al igual que otras Comunidades Autónomas, la de Canarias establece el régimen de sus bienes, regulando tanto los de dominio público, como los patrimoniales.

La Ley incluye el conjunto de normas que pueden ya calificarse de comunes en la materia, determinando las competencias y privilegios administrativos. Como siempre, la adquisición de herencias por la Comunidad requerirá la aprobación del Consejo de Gobierno, por Decreto, y se entenderá hecha a beneficio de inventario. Las transacciones o sometimientos a arbitraje sobre bienes patrimoniales precisarán también Decreto del Consejo de Gobierno.

9. BIENES PUBLICOS. Regulación del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Castilla y León. Ley de las Cortes de Castilla y León 6/1987, de 7 de mayo («B.O.E.» del 4 de junio).

Esta Comunidad Autónoma procede a regular sus propios bienes llegando a determinar el régimen especial de los calificables como dominio público.

Las normas sobre adquisición, utilización y disposición de los bienes patrimoniales no difieren básicamente de las generales sobre el Patrimonio del Estado, correspondiendo el núcleo de las competencias en la materia a la Consejería de Economía y Hacienda.

Como es ordinario en estos casos, la adquisición de herencias por la Comunidad se entenderá siempre hecha a beneficio de inventario y tanto éstas como las de donaciones o legados precisarán Decreto de la Junta de Castilla y León.

Llama la atención que, mientras las transacciones sobre derechos patrimoniales pueden hacerse mediante Decreto de la Junta, el sometimiento o arbitraje precisa de Ley de la Comunidad.

Corresponderá a la Dirección General de Presupuesto y Patrimonio instar la inscripción en el Registro de la Propiedad de los bienes de la Comunidad Autónoma. A este respecto la Ley establece una norma de remisión al régimen de inscripción de los bienes del Estado que, a pesar de ser razonable, puede entenderse que rebasa los límites de las competencias autonómicas (artículo 149, párrafo 1.º, número 8, de la Constitución).

10. PROPIEDAD TERRITORIAL. Se aprueban normas para la protección y uso del territorio de Navarra. Ley Foral 6/1987, de 10 de abril («B.O.E.» del 10 de junio).

La Comunidad Foral de Navarra establece, con esta Ley, un régimen especial, añadido a las normas generales contenidas en la Ley del Suelo, de 1976, para dos ámbitos concretos: el suelo no urbanizable y los núcleos de población.

Al regular el suelo no urbanizable, la Ley determina distintas categorías del mismo (espacio natural de interés, suelo forestal, suelos de productividad agrícola o ganadera, suelo genérico y suelo de afecciones específicas), estableciendo el alcance de la protección que se dispensa a cada uno. Esto supone indicar las actividades y aprovechamientos de que es susceptible cada tipo de suelo, así como aquellos que resultan prohibidos. Las autorizaciones administrativas necesarias se otorgarán a través del procedimiento que regula la Ley, con intervención de las Entidades Locales y por la Comisión de Urbanismo y Medio Ambiente o el Departamento de Ordenación del Territorio.

En anexos a esta disposición se aprovecha para delimitar los terrenos calificables como reservas integrales y reservas naturales, objeto de protección especial.

Las normas sobre los núcleos de población hacen su clasificación en urbanos (unitarios o complejos) y rurales (compactos o dispersos) para establecer después el procedimiento a seguir para su delimitación, en cada caso. El desarrollo de los núcleos urbanos se ajustará a las previsiones de los instrumentos de planeamiento que regula la Ley y con respecto al régimen de protección del patrimonio edificado y del entorno ambiental.

Con este fin se prevé la elaboración, en el ámbito local, de catálogos comprensivos de los edificios o elementos de interés.

5. *Derecho de Sucesiones*

11. SUCESION INTESTADA. Establecimiento de una nueva regulación para Cataluña. Ley del Parlamento catalán 9/1987, de 25 de mayo («B.O.E.» del 25 de junio).

A) Exposición:

1. Disposiciones Generales: Los primeros artículos de la Ley se destinan a definir conceptos básicos de la materia (como las líneas de parentesco y cómputo de grados) y a regular los principios fundamentales de su régimen (apertura, deferimiento, derechos de acrecer, representación y transmisión).

La sucesión intestada se abrirá cuando fallezca una persona sin dejar herederos testamentarios o contractuales o cuando los nombrados no lleguen a serlo. En todo caso la herencia se deferirá en el momento de la muerte del causante y se respetarán las legítimas y reservas legales.

2. Orden de suceder: La Ley defiere la herencia intestada a los siguientes grupos de personas:

a) A los hijos del causante, matrimoniales o no matrimoniales y adoptivos plenos, o sus descendientes por representación. En este caso el cónyuge no beneficiado por el causante adquirirá el usufructo de toda la herencia.

b) Al cónyuge sobreviviente no separado (incluso de hecho) o pendiente de demanda en proceso matrimonial.

c) A los padres y otros ascendientes, por líneas.

d) A los parientes colaterales hasta el cuarto grado, con preferencia de los hermanos y sobrinos.

e) A la Generalidad de Cataluña, de forma análoga a la general sucesión del Estado.

3. Regímenes especiales de sucesión intestada: Como viene siendo tradicional en Cataluña, la Ley dedica una regulación completa a la sucesión en caso de adopción plena y a la sucesión del causante impúber.

En cuanto a adoptantes y adoptados plenamente, se parte de una total equiparación con la filiación natural, pero a los ascendientes se les exige que hayan dispensado el trato familiar de descendientes. La adopción plena impedirá la sucesión intestada entre el hijo y sus parientes por naturaleza, salvo respecto de los hermanos y los casos especiales que la Ley regula (adopción del hijo por naturaleza del cónyuge, o adopción por persona con derecho eventual a suceder a abintestato).

La sucesión del impúber no sustituido púpilamente sigue respondiendo a criterios de troncalidad.

B) Observaciones:

El Derecho Civil de Cataluña fue modificado recientemente por la Ley del Parlamento Catalán 13/1984, de 20 de marzo (reseña en este Anuario, XXXVII-III, disposición núm. 2 de la Información Legislativa), la cual, además de acomodar los preceptos de la Compilación foral de 1960 a los principios constitucionales, atribuyó a los preceptos de dicha Compilación el carácter de norma emanada de la Comunidad Autónoma Catalana. Ahora, según expresa el Preámbulo de la Ley que se reseña, se trata de iniciar una nueva etapa legislativa, con el fin de adecuar las instituciones del Derecho Civil catalán a la realidad social del presente. La regulación de la sucesión intestada cumple además otro propósito; afirmar la subsistencia del Derecho foral en esta materia, reaccionando contra la situación impuesta por la aplicación de la Ley de Mostrencos de 16 de mayo de 1835, y luego del Código civil, a todo el territorio nacional.

En cuanto al contenido de la Ley es destacable el trato dispensado al cónyuge viudo, más beneficioso que el general del Código civil y probablemente más justo que éste a la vista de la realidad de las relaciones familiares.

Por lo demás, se mantienen las figuras tradicionales catalanas y se reitera la llamada a la Generalidad de Cataluña, excluyendo al Estado (ya se criticó este llamamiento en la reseña, antes mencionada, de la Ley 13/1984).

Finalmente, ha de tenerse en cuenta la derogación expresa de los artículos 154 y 248 a 251 de la Compilación.

12. RESERVAS LEGALES. Nueva regulación en Cataluña. Ley del Parlamento Catalán 11/1987, de 25 de mayo («B.O.E.» del 25 de junio).

Reciben nueva redacción los artículos 269 a 272 de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña y se introduce en ella un artículo 271 bis, con el fin de solucionar los problemas a que daba lugar la regulación anterior.

La Ley amplía los nuevos determinantes de la reserva, al incluir no sólo las nuevas nupcias, sino también el nacimiento de un hijo no matrimonial o la adopción plena; siendo reservables los bienes adquiridos a título gratuito del cónyuge o por sucesión intestada de un hijo o descendiente, a favor de los hijos comunes o de sus descendientes. Se deja a salvo expresamente la disposición del testador, donante o heredante en contrario.

Ofrece también novedad la previsión de que la reserva afecte sólo a parte de ciertos bienes, en cuyo caso podrá solicitarse al Juez la concreción de la reserva en bienes determinados.

Por último, se proclama la reserva viudal, así extendida, como única forma de reversión legal en Cataluña, excluyendo la aplicación del artículo 811 del Código civil que, hasta ahora, era citado por la Compilación.

II. DERECHO REGISTRAL

13. REGISTRO CIVIL. Nueva redacción de los artículos 86 y 225 de su Reglamento regulador. Real Decreto 628/1987, de 8 de mayo («B.O.E.» del 15).

El Real Decreto 1.917/1986, de 29 de agosto, dio nueva redacción a buena parte del Reglamento del Registro Civil, pero el trato que dispensaba a las lenguas regionales y a la vecindad civil foral chocaba con principios sentados en varios Estatutos de Autonomía (así se hizo constar en su reseña en este Anuario, XXXIX-IV, disposición núm. 12 de la Información Legislativa). La reacción de las Comunidades Autónomas afectadas es la causa de que ahora se redacten nuevamente los dos artículos referentes a las materias citadas.

En el nuevo artículo 86 se colocan en pie de igualdad el castellano y las demás lenguas oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas, de modo que los documentos redactados en éstas no precisarán ser acompañadas de traducción.

Por su parte, el artículo 225, dedicado al cambio de vecindad civil deja a salvo lo dispuesto en los Estatutos de Autonomía en relación con el extranjero que adquiera la nacionalidad española. La referencia conduce, obviamente, a los artículos 7, párrafo 2.º, del Estatuto catalán y 6, párrafo 2.º, del balear, pero debe recordarse que la Ley 13 de la Compilación foral de Navarra ya reguló este tema en forma discrepante con la Legislación general.

III. DERECHO MERCANTIL

14. COOPERATIVAS. Aprobación de la Ley General reguladora de la materia. Ley 3/1987, de 2 de abril («B.O.E.» del 8).

A) Exposición:

La presente Ley se compone de 163 artículos distribuidos en tres títulos, referidos a: la Sociedad Cooperativa, en general; la acción de las Administraciones Públicas en fomento del cooperativismo y controlando la actuación de las entidades, y, finalmente, el asociacionismo cooperativo, desarrollado con la creación de uniones, federaciones o confederaciones de cooperativas.

La Ley se atribuye expresamente el carácter de norma básica, a efectos del ejercicio por las Comunidades Autónomas de competencias en la materia, excepto los artículos que menciona especialmente.

Evidentemente, los aspectos de la Ley que revisten mayor interés son los dedicados al régimen sustantivo de las sociedades cooperativas, contenidos en el Título I; de él destacamos, a continuación, las novedades principales que establece, siguiendo el orden de los trece capítulos en que se divide:

1. Disposiciones generales: Se definen las cooperativas como sociedades que, con capital variable y estructura y gestión democráticas, asocian, en régimen de libre adhesión y baja voluntaria, a personas que tienen intereses o necesidades comunes, para cuya satisfacción desarrollan actividades empresariales, cuyos resultados se imputan a los socios, una vez atendidos los fondos comunitarios (artículo 1, párrafo 1.º). La denominación de Sociedades Cooperativas se reserva a las surgidas al amparo de esta Ley.

Se abre la posibilidad de que las cooperativas realicen operaciones no excepcionales con terceros, aunque con sujeción a los requisitos legales.

2. Constitución: Las cooperativas tendrán personalidad jurídica desde la inscripción de su escritura constitutiva en el Registro especial. En la fundación deberán concurrir cinco socios como mínimo, o dos cooperativas si se trata de una de segundo o de ulterior grado.

Se dedica atención especial a la Asamblea constituyente y a la garantía de los promotores.

3. Registro de cooperativas: Previéndose la concurrencia de competencias autonómicas, la Ley acentúa la configuración jurídica de este Registro, tomando como modelo el Mercantil.

4. Socios: Al regular el estatuto del socio se contemplan los actos de adquisición de la cualidad, los casos de baja, voluntaria y obligatoria, y el régimen disciplinario.

También se recoge la figura del socio de trabajo, propia de algunas cooperativas.

5. Asociados: la Ley amplía las posibilidades de concurrencia de asociados, suprimiendo anteriores limitaciones, aunque, en todo caso, se trata de una figura que debe ser prevista en los Estatutos. Los asociados carecerán de derecho de retorno.

6. Organos de la sociedad: En cuatro capítulos se desarrolla el régimen de la Asamblea General, el Consejo Rector, los Interventores y el Comité de Recursos.

La Asamblea ve reforzado su carácter participativo, previéndose la representación del socio por miembros de su familia en algunas clases de cooperativas. Cuando la entidad esté integrada por gran número de socios serán elegidos Delegados que se constituirán en Asamblea General. Los acuerdos se adoptarán por mayoría simple, en general, reduciéndose los casos en que se requieren mayorías reforzadas y suprimiendo la posibilidad de que los Estatutos las impongan.

El Consejo Rector, órgano de gestión y administración, ostenta también la representación ordinaria de la entidad. Sus acuerdos podrán ser impugnados judicialmente por los socios.

Además del control que supone la actuación de los Interventores, se prevé, ahora, la sumisión de las cuentas anuales a una auditoría externa en casos especiales.

Es nuevo el Comité de Recursos, encargado de resolver internamente las impugnaciones de acuerdos del Consejo Rector.

7. Régimen económico: La Ley pretende lograr el fortalecimiento financiero de las cooperativas y, en consecuencia, defender su solvencia. Esto se logra con la regulación de las aportaciones al capital social y del Fondo de Reserva que debe constituirse obligatoriamente.

Los socios no responderán personalmente de las deudas sociales, salvo previsión estatutaria o en caso de baja, tal como dispone la Ley.

También se regula con detalle el reembolso de las aportaciones en caso de baja de un socio, el retorno cooperativo a que tienen derecho y el régimen de imputación de pérdidas.

Como instrumentos esenciales de funcionamiento se regulan los libros, tanto de contabilidad como de contingencias sociales, que deben reflejar la situación y actividades de la cooperativa.

8. Operaciones especiales de la sociedad: Se someten a especiales requisitos los actos de modificación de Estatutos, fusión y escisión de cooperativas, tendencias a garantizar los derechos de los socios y de los terceros relacionados con la entidad. Las cooperativas se disolverán por las causas que determina la Ley (entre ellos la paralización de la actividad) o fijen los Estatutos, abriéndose el período de liquidación.

9. Clases de cooperativas: La Ley dedica una regulación particular a las siguientes clases de cooperativas: Trabajo asociado, Consumidores y usuarios, Viviendas, Agrarias, Explotación Comunitaria de la Tierra, Servicios, Mar, Transportistas, Seguros, Sanitarias, Enseñanza, Educativas y de Crédito. Sus peculiaridades afectan a los socios admitidos, sus derechos, operaciones sociales y régimen económico.

A su vez, dos o más cooperativas, aunque sean de distinta clase, podrán formar cooperativas de segundo o ulterior grado.

10. Otras disposiciones: La presente Ley tiene vocación de generalidad para aplicarse a todas las entidades cooperativas y extenderse a figuras societarias próximas. Así se prevé la adaptación de las cooperativas existentes a los principios de la Ley en el plazo de dos años y sin que los Estatutos puedan ser aplicados contra lo dispuesto en la misma desde su entrada en vigor. Un régimen especial se dedica, sin embargo, a las cooperativas de crédito. Además se facilita la conversión en cooperativas de las Sociedades Agrarias de Transformación y las Sociedades Anónimas Laborales, con exenciones fiscales y reducción de los aranceles notariales.

Se impone la actuación de un letrado asesor en las cooperativas con volumen de operaciones superior a 250 millones de pesetas, con la misión de dictaminar sobre la legalidad de los acuerdos de los órganos sociales que sean inscribibles en algún registro público.

Finalmente, los aranceles notariales, para el otorgamiento de escrituras previstas en la legislación cooperativa, se reducirán a las cuantías exigibles al Estado.

B) Observaciones:

La presente Ley sustituye al régimen general establecido en esta materia por la Ley de 19 de diciembre de 1974 y su Reglamento de 16 de noviembre de 1978. Un aspecto fundamental para el desarrollo del fenómeno cooperativo, como es el régimen fiscal de las entidades, se remite a una norma posterior cuya remisión a las Cortes se prevé sea realizada en el plazo de seis meses.

Como expresa el Preámbulo, la nueva Ley persigue cuatro fines primordiales:

- a) Adecuar las cooperativas a los presupuestos políticos y socio-económicos actualmente vigentes.
- b) Reflejar los cambios en la estructura del Estado que supone el desarrollo de las Comunidades Autónomas.
- c) Perfeccionar la participación de los socios en el gobierno y control de las actividades.
- d) Potenciar la actividad empresarial de las cooperativas.

15. CONTRATOS DE SEGURO. Régimen de las operaciones de seguro en moneda extranjera. Real Decreto 483/1987, de 13 de febrero («B.O.E.» del 13 de abril).

La Ley de Ordenación del Seguro Privado (33/1984, de 2 de agosto) facultó al Gobierno para que regulase la contratación de seguros en moneda extranjera, tarea que ahora se acomete ante la necesidad de permitir a las compañías españolas la debida cobertura de riesgos que se desarrollan fuera del territorio nacional.

Se permite, en general, la contratación en moneda extranjera o pesetas convertibles de los seguros sobre mercancías objeto de transporte internacional y sobre buques o aeronaves, incluyendo su responsabilidad civil. Para los contratos sobre otros riesgos será precisa autorización expresa e individualizada. Sin embargo, la autorización es general también para la cobertura de riesgos situados en el extranjero.

La celebración de estos seguros obliga a la entidad aseguradora a invertir las provisiones técnicas correspondientes en forma congruente con la moneda en que se cifre su compromiso, comunicando los criterios en que se funde la Dirección General de Seguros.

16. DEUDA PUBLICA. Desarrollo del sistema de anotaciones en cuenta para la Deuda del Estado. Real Decreto 505/1987, de 3 de abril («B.O.E.» del 14).

La Ley de Presupuestos para 1987 (Ley 21/1986, de 23 de diciembre, reseñada en este Anuario, XL-I, disposición núm. 25 de la Información Legislativa) autorizó al Gobierno para regular y organizar un sistema de anotaciones en cuenta en que se representase la Deuda del Estado; sistema que tendría cabida en los términos en que tal Deuda se configura por la Ley General Presupuestaria.

El presente Decreto desarrolla estas previsiones, configurando un sistema fundado en la Central de anotaciones que gestionará el Banco de España. Con esta base, la Deuda Pública se reflejará en anotaciones, correspondiendo su titularidad a las Entidades o intermediarios que posean cuentas en la Central. Determinados sujetos, las Entidades Gestoras, podrán mantener anotaciones de terceros en sus cuentas.

La Deuda del Estado anotada se transmitirá mediante operaciones reflejadas en las cuentas de la central de anotaciones o en las internas de las Entidades gestoras, siempre, sin que sea necesaria la intervención del fedatario público.

Las disposiciones de este Decreto han sido desarrolladas, a su vez, por la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 19 de mayo de 1987 («B.O.E.»

del 20) y la Resolución de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera de 24 de junio («B.O.E.» del 27). Todas estas disposiciones, junto a un completo análisis del nuevo sistema, se han recogido en «Papeles de Economía Española». Suplementos sobre el sistema financiero, número 18.

Como puede observarse, por las indicaciones hechas, la materialización en cuentas de Deuda Pública supone la eliminación del soporte físico de los títulos-valores, ya conocida en otros países desde mediados del presente siglo e iniciada en España con el nuevo sistema de liquidación bursátil en 1974. Con todo, el establecimiento generalizado de este sistema en la Deuda Pública puede conducir a su extensión a títulos del sector privado y, en definitiva, a una progresiva desaparición de buena parte de los títulos-valores que actualmente conocemos.

17. PROTECCION DE LOS CONSUMIDORES. Se aprueba el Estatuto de Consumidores y Usuarios de la Comunidad Valenciana. Ley de las Cortes Valencianas 2/1987, de 9 de abril («B.O.E.» del 29).

Atribuida competencia a las Comunidades Autónomas en materia de protección de los consumidores por sus Estatutos de Autonomía, se ha propiciado la creación de una rama jurídica especial, separada del Derecho Mercantil y de la defensa de la competencia (así se advierte en la sentencia del Tribunal Constitucional 88/1986, de 1 de julio, sobre la Ley catalana reguladora de las estructuras comerciales). Así, las Comunidades Autónomas han procedido a legislar en la materia tomando como modelo la Ley Estatal de Defensa de los Consumidores y Usuarios 26/1984, de 19 de julio (reseñada en este Anuario, XXXVII-IV, disposición núm. 4 de la Información Legislativa).

La presente Ley será de aplicación a quienes adquieran, utilicen o disfruten, como destinatarios finales, bienes, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de quienes los proporcionen.

Se reconocen los derechos a la protección de la salud, seguridad, protección de los intereses económicos y sociales, información, educación y participación.

Tales derechos se declaran expresamente irrenunciables.

Contempla la Ley las Asociaciones de Consumidores como entes especializadas en la defensa de estos derechos, pudiendo ejercer acciones judiciales y extra-judiciales con este fin.

18. FERIAS COMERCIALES. Regulación en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha. Ley de las Cortes de Castilla-La Mancha 4/1987, de 7 de abril («B.O.E.» del 12 de mayo).

La presente Ley tiene la peculiaridad, frente a las demás normas elaboradas por otras Comunidades Autónomas, de no incluir en la definición de las ferias el requisito de la inmovilización de las mercancías expuestas. Con todo, estas ferias responden al concepto generalizado de ser medios para la exposición de bienes y servicios, fomentando su contratación. No se aplicará la Ley a las ferias de productos agropecuarios.

Especialmente dedicadas a la organización de los certámenes feriales están las Instituciones feriales, entidades con personalidad jurídica, sin ánimo de lucro, que sean promovidas por otras entidades, también carentes de fines lucrativos.

19. INSTITUCIONES DE PREVISION. Se regulan los Planes y Fondos de Pensiones. Ley 8/1987, de 8 de junio («B.O.E.» del 9).

A) Exposición:

I. Los Planes de Pensiones

a) *Concepto*: Los Planes de Pensiones son instrumentos que determinan prestaciones de rentas o capital a favor de sus beneficiarios para las contingencias de jubilación, supervivencia, viudedad, orfandad o invalidez, a cambio de las contribuciones que integran el patrimonio afecto a su cumplimiento, constitutivo del Fondo de Pensiones.

b) *Elementos personales*: Deben distinguirse los beneficiarios (perceptores de prestaciones) de los sujetos constituyentes, que, a su vez, pueden ser promotores (entidades o colectivos que crean el Plan) o partícipes (interesados).

Atendiendo a los constituyentes, los Planes pueden ser: De empleo, de sistema asociado o de sistema individual. Según el régimen de funcionamiento, los Planes pueden tener definidas las prestaciones, las aportaciones o ambas.

c) *Contenido de los Planes*: La Ley determina los principios básicos que deben regir los Planes, delimitando, así, el sistema recogido. Tales son: No discriminación entre partícipes, según su naturaleza; Capitalización, como sistema financiero de funcionamiento; Irrevocabilidad de aportaciones y atribución de derechos a los partícipes; Integración obligatoria a un Fondo de Pensiones.

Se limita con carácter general a 750.000 pesetas la aportación máxima anual a los Planes por unidad familiar.

Igualmente precisa la Ley los extremos que, por ser esenciales para configurar los Planes, deben establecerse para constituir un Plan. Elemento fundamental es la Comisión de Control, integrada por representantes de los interesados y encargada de supervisar el funcionamiento y ejecución del Plan.

Los Planes establecerán un sistema financiero que permita equivalencia entre aportaciones y prestaciones, pudiendo prever la contratación de seguros o avales y la creación de reservas o garantías. Los partícipes, según la clase del Plan, consolidarán derecho a las cuotas o reservas que les correspondan.

d) *Constitución de los Planes*: El promotor de un Plan una vez elaborado su proyecto deberá recabar un dictamen financiero, procediendo después a reunir una Comisión Promotora. El Plan deberá integrarse en un Fondo de Pensiones, previamente a su formalización.

II. Los Fondos de Pensiones

a) *Constitución*: Los Fondos, como instituciones sin personalidad jurídica dedicados a realizar la inversión de los patrimonios afectos a Planes de Pensiones, deberán constituirse mediante escritura pública que determine sus elementos y fije las normas de funcionamiento. Previamente los promotores deberán obtener autorización administrativa y, una vez otorgada la escritura, se inscribirá en el Registro mercantil y en un Registro administrativo especial.

b) *Funcionamiento*: Los Fondos de Pensiones serán administrados por una Entidad gestora, con el Concurso de un Depositario y bajo la supervisión de una Comisión de Control. Las inversiones deberán ajustarse a los requisitos y respetar los límites que la Ley establece, de forma similar al régimen vigente

para las Instituciones de Inversión Colectiva. Anualmente las Entidades Gestoras deberán rendir cuentas de su actuación y remitir información a la Administración financiera.

Sólo podrán actuar como Entidades Gestoras las sociedades constituidas con este fin que cumplan los requisitos especiales que la Ley precisa o las aseguradoras autorizadas para operar en seguros de vida. Los Depositarios serán Entidades de depósito domiciliadas en España.

Todas estas Entidades están sometidas a control administrativo del Ministerio de Economía y Hacienda, pudiendo ser sancionadas en caso de infracción de las obligaciones que impone la Ley.

c) Régimen fiscal: Las aportaciones a Planes de Pensiones serán deducibles en el Impuesto sobre la Renta de los promotores o partícipes: pero para estos últimos se limita al 15 por 100 de los rendimientos netos del trabajo; empresariales, profesionales o artísticos y a 500.000 pesetas anuales por unidad familiar. El exceso recibe el mismo trato que las primas de seguros de vida en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Las prestaciones de los Planes se integrarán en la base imponible de los beneficiarios.

Los Fondos de Pensiones tributarán con tipo cero en el Impuesto de Sociedades y los rendimientos que obtengan no se imputarán a los partícipes en los Planes.

Los actos de constitución, disolución y modificaciones de los Fondos estarán exentos de los Impuestos sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

B) Observaciones:

El desarrollo de un sistema sólido de Fondos de Pensiones aparece, actualmente, como única solución para cubrir las necesidades de Previsión Social que cada vez cubre con mayores deficiencias la Seguridad Social pública. A la hora de elegir los regímenes utilizables, la legislación española incorpora dos criterios discutibles:

1. La configuración externa de los Fondos de Pensiones, con lo que deja sin cobertura los sistemas de pensiones complementarios surgidos en el interior de las empresas. Así, dando primacía a la independización de los Fondos y teniendo una posible creación fraudulenta (fiscalmente) de Fondos internos, se limita grandemente el potencial desarrollo de estas instituciones.

2. El régimen fiscal sometido a excesivas limitaciones, que impide considerar neutro el trato dispensado a los Fondos. La exclusión de tributación de las aportaciones se sujeta a restricciones cuantitativas, incluso con obligación de adiccionarlas a otras realizadas coactivamente (disposición adicional 1.^a-2), lo cual supone un obstáculo fundamental que puede impedir el logro de los fines previstos con la Ley.

20. INVERSIONES EN EL EXTERIOR. Se desarrolla su regulación. Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 25 de mayo de 1987 («B.O.E.» del 12 de junio).

El Real Decreto 2.374/1986, de 7 de noviembre (reseñado en este Anuario, XL-1, disposición núm. 15 de la Información Legislativa), reguló las inversiones

españolas en el exterior, aplicando criterios liberalizadores acordes con el ámbito financiero internacional. Se procede ahora a desarrollar este régimen, incidiendo especialmente en las siguientes materias:

1. Inversiones de cartera; admitiendo la posibilidad de realizar inversiones en instituciones de inversión colectiva, con independencia de la composición del activo de éstas.

Se contempla expresamente la actuación de las Juntas Sindicales de las Bolsas de Comercio como depositarias de estas inversiones.

Con el fin de limitar las operaciones de especulación cambiaria contra la peseta, se detallan las trabas a la salida de capital por plazo inferior a seis meses, pero permitiendo que durante ese plazo se sucedan las operaciones en divisas.

Estas inversiones exteriores serán transmisibles libremente entre residentes, pero siempre en condiciones de mercado; precisamente este aspecto deberá ser objeto de desarrollo para que las transacciones gocen de transparencia, tal vez con la introducción de los valores extranjeros en las Bolsas españolas.

2. Inversiones en inmuebles: La orden liberaliza parcialmente estas inversiones, autorizando con carácter general las inferiores a 25 millones de pesetas o que no rebasen el 30 por 100 del patrimonio o recursos propios del inversor. Estas operaciones deberán ser objeto de verificación previa por la Dirección General de Transacciones Exteriores.

3. Otras inversiones: Se contempla la inversión en ciertos productos financieros de aparición reciente, como las opciones (aunque la venta de opciones de compra o la compra de opciones de venta son formas de desinversión), que se autorizan cuando cumplan ciertos requisitos. A este respecto gozan, sin embargo, de un régimen especial las Compañías de Seguros, Bancos industriales e Instituciones de inversión colectiva, para operaciones dentro de la CEE.

Cierra la orden una disposición derogatoria que detalla las normas reglamentarias que son sustituidas por sus disposiciones.

21. CONTRATO DE TRANSPORTE. Regulación en Cataluña del transporte de viajeros por carretera mediante vehículos de motor. Ley del Parlamento Catalán 12/1987, de 28 de mayo («B.O.E.» del 25 de junio).

La regulación del transporte de viajeros es principalmente de carácter administrativo, aunque sus normas suelen incidir en algunos elementos del contrato privado de transporte. La presente Ley también está revestida de naturaleza administrativa, siendo su objeto establecer unos principios básicos para el acceso a las concesiones de los distintos servicios.

IV. DERECHO PROCESAL

22. CONFLICTOS JURISDICCIONALES. Aprobación de su Ley reguladora. Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo («B.O.E.» del 20).

A) Exposición:

La Ley regula con separación las siguientes clases de conflictos:

1. Conflictos entre Juzgados o Tribunales y Administración.

Los conflictos podrán ser promovidos por cualquier Juzgado o Tribunal y por las autoridades administrativas del Estado, de las Comunidades Autónomas

o de Entes locales que la Ley determina. No podrán plantearse, sin embargo, respecto de asuntos resueltos por acto que agote la vía administrativa ni los resueltos por auto o sentencia firmes o sólo pendientes de recursos extraordinarios; salvo que se refiera a la ejecución de tales resoluciones.

El procedimiento de tramitación del conflicto se desarrolla con intervención del órgano requirente, el requerido y los interesados en el expediente. Requerido de incompetencia un órgano, suspenderá de inmediato el procedimiento, salvo cuando se trate de procesos penales o que afecten a derechos fundamentales.

Corresponderá a los particulares interesados promover los conflictos negativos de competencia ante el Tribunal de conflictos, una vez rechazadas sus pretensiones en las vías judicial y administrativa.

El Tribunal de conflictos previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial dictará sentencia declarando a quién corresponde la jurisdicción en el asunto. Igualmente podrá imponer sanciones pecuniarias a quien haya actuado de mala fe o no haya prestado la debida colaboración.

Las sentencias dictadas se publicarán en el «Boletín Oficial del Estado».

2. Conflictos de jurisdicción entre Juzgados o Tribunales y la Jurisdicción militar.

Estos conflictos, una vez tramitado el procedimiento, similar al anterior, serán resueltos por la Sala de Conflictos que prevé el artículo 39 de la Ley Orgánica de Poder Judicial.

3. Conflictos entre Juzgados o Tribunales y la Administración.

Se someten al régimen general del Capítulo I.

4. Conflictos con la jurisdicción contable.

En general, los órganos de esta jurisdicción se asimilan a los contencioso-administrativos, a estos efectos.

B) Observaciones:

La presente Ley deroga y sustituye a la antigua Ley de Conflictos Jurisdiccionales de 17 de julio de 1948 (salvo los artículos 48 a 53) y a los preceptos relativos a esta materia contenidos en las Leyes de Enjuiciamiento, Código Penal y Código de Justicia Militar.

El nuevo régimen será aplicable a los procedimientos en tramitación, permitiendo, pues, el pleno funcionamiento del Tribunal de conflictos constituido en 1986 (véase el Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 20 de diciembre de 1985, reseñado en este Anuario, XXXIX, disposición núm. 21 de la Información Legislativa).

V. OTRAS DISPOSICIONES

23. TRIBUTOS. Devolución de las cantidades ingresadas en exceso por las Contribuciones Territoriales Rústica, Pecuaria y Urbana. Real Decreto-Ley 1/1987, de 10 de abril («B.O.E» del 21).

La sentencia 19/1987, de 17 de febrero, del Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el precepto de la Ley de medidas urgentes para el saneamiento y regulación de las Haciendas Locales (24/1983, de 21 de diciembre) que permitía

a los Ayuntamientos fijar libremente el tipo de las Contribuciones Territoriales. En consecuencia, la exacción de tales tributos durante los años 1984, 1985 y 1986 con tipos superiores al anteriormente vigente del 20 por 100 para Urbana y 100 por 100 para Rústica queda desprovista de todo apoyo legal y procede la devolución del exceso ingresado. El presente Real Decreto-Ley, que ha sido desarrollado por Orden de 11 de junio de 1987 («B.O.E.» del 15), establece el procedimiento para realizar las devoluciones que procedan y arbitra los fondos necesarios para ello. Con el fin de facilitar estas operaciones, se practicarán directamente por las oficinas de entidades bancarias.

24. CATALUÑA. División del territorio en comarcas. Ley del Parlamento de Cataluña 6/1987, de 4 de abril («B.O.E.» del 25).

El Estatuto de Autonomía de Cataluña (artículo 5) ya previó la organización territorial de la Generalidad en comarcas, además de en municipio, pero sin llegar a detallar la naturaleza y competencias de estas entidades. Ahora, la presente Ley, partiendo de ciertos aspectos de la división comarcal realizada en el año 1936, configura y organiza las comarcas como entidades locales formadas por la agrupación de municipios contiguos. Para ello el texto aborda las dos cuestiones básicas: la división territorial y el régimen orgánico-funcional de la comarca.

Cabe destacar la regulación de la iniciativa legislativa comarcal, que debe adoptarse por una quinta parte de los Consejos Comerciales, como mínimo, salvo que se refiera a materias de interés exclusivo de las propias comarcas.

25. DERECHO DE AGUAS. Desarrollo parcial de la Ley 29/1985, de 2 de agosto. Real Decreto 650/1987, de 8 de mayo («B.O.E.» del 22).

La Ley de Aguas (reseñada en este Anuario, XXXVIII-VI, disposición núm. 10 de la Información Legislativa) previó que reglamentariamente se fijaría el ámbito de los Organismos de cuenca y de los planes hidrológicos que deben formarse en cada uno de ellos. Para llevar a cabo tal disposición, se determinan ahora las Confederaciones Hidrográficas en que se distribuye el territorio nacional y las cuencas que deben incluirse en los planes que ordenen el ámbito de cada una de ellas.

A la nueva delimitación territorial deberán ajustar su actuación las Confederaciones ahora existentes.

26. PREVISION SOCIAL. Se aprueba el texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado. Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril («B.O.E.» del 27 de mayo).

El régimen de las clases pasivas del Estado, regulado por Texto Refundido de 21 de abril de 1966 ha sido objeto de diversas reformas parciales y, finalmente, profundamente alterado por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1986. Prevista la elaboración de un Texto Refundido nuevo, se llega, tras sucesivas prórrogas, a su aprobación.

27. AGUAS. Regulación administrativa en Canarias. Ley del Parlamento de Canarias 10/1987, de 5 de mayo («B.O.E.» del 27).

Objeto principal de la Ley es regular el ejercicio de las competencias autonómicas sobre las aguas, es decir, en cuanto afecta al uso y protección de las mismas.

Por ello los preceptos que contiene se refieren a los órganos administrativos especializados en este ámbito, al régimen de las concesiones para el aprovechamiento y a los instrumentos utilizables para controlar los vertidos, sin incidir en el régimen jurídico-privado de las aguas continentales.

28. ADMINISTRACIONES PUBLICAS. Régimen de representación y participación del personal a su servicio. Ley 9/1987, de 12 de mayo («B.O.E.» del 17 de junio).

Esta Ley habilita unos cauces específicos para que el personal de las Administraciones Públicas, sujeto a un régimen de Derecho Público participe en la fijación de sus condiciones de trabajo. Quedan, sin embargo, excluidos de este régimen los miembros de las Fuerzas Armadas y de Seguridad, salvo los de Policía Local, y los Jueces, Magistrados y Fiscales.

Los órganos de representación de los intereses de los trabajadores mencionados ante los Entes Públicos serán los Delegados de Personal y las Juntas de Personal, existentes en los centros que la Ley determine y con una composición variable según el número de funcionarios que allí presten servicio.

La Ley regula con detalle el Estatuto de los representantes del personal, el procedimiento de constitución y funcionamiento de los órganos, así como sus funciones.

29. COMBUSTIBLES GASEOSOS. Se aprueba un régimen para la coordinación de actuaciones en la materia. Ley 10/1987, de 15 de mayo («B.O.E.» del 17 de junio).

Esta Ley declara formalmente como servicio público las actividades de producción, conducción, distribución y suministro de combustibles gaseosos por canalización.

Tales actividades se reservan al Estado y Comunidades Autónomas competentes, sin perjuicio del otorgamiento de concesiones y autorizaciones a particulares en relación con determinadas instalaciones. Instrumento principal del sistema es la Red Nacional de Gasoductos que el Gobierno planificará, regulándose con detalle la actuación de los concesionarios y el sistema tarifario.

A efectos civiles, conviene destacar el contenido del Capítulo IV de la Ley que aborda dos temas:

1. Régimen de expropiación forzosa: Las actividades reguladas por esta Ley se declaran de utilidad pública, de modo que la autorización administrativa de los proyectos concretos implicará la declaración de necesidad de ocupación de los bienes o derechos afectados, procediéndose a ella con aplicación del régimen de urgencia. Los concesionarios gozarán también del beneficio de ocupación temporal de los terrenos precisos para las instalaciones.

2. **Imposición de servidumbres legales:** Se establece una servidumbre de paso de las conducciones e instalaciones para el suministro de gas, que comprende, además, la ocupación del subsuelo y el acceso por la superficie del terreno en cuanto sea necesario para la vigilancia, conservación y reparación de las instalaciones.

BIBLIOGRAFIA

Libros

ARCE JANARIZ, Alberto: «Constitución y Derechos civiles forales», Editorial Tecnos, Madrid, 1987, 222 págs.

El libro que se reseña está centrado en el análisis de la regla octava del artículo 149.1 de la Constitución española y se encuentra dividido en dos partes: 1.^a) la competencia de las comunidades autónomas en materia de Derecho civil, y 2.^a) la competencia del Estado en materia de Derecho civil.

En la primera parte, el autor comienza señalando la especificidad que presenta la Constitución española de 1978 respecto al Derecho comparado y a sus precedentes, al reservar al Estado la competencia exclusiva en materia de legislación civil, «sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las comunidades autónomas de los Derechos civiles forales o especiales, allí donde existan». La existencia de Derecho civil foral o especial es, pues, requisito de atribución de competencia a las comunidades autónomas. Ello le lleva a preguntarse quiénes son los destinatarios del artículo 149.1.8.º de la Constitución. Entiende que una interpretación gramatical de dicho artículo margina a los Derechos civiles forales o especiales pretéritos y parece inclinarse por atribuir competencia legislativa civil a aquellas comunidades autónomas en las que el 29 de diciembre de 1978 se encontrara en vigor un Derecho civil foral o especial propio. Pero advierte que es discutible que como señal de vida haya de atenderse al dato de la compilación, considerando únicamente como existentes los Derechos civiles compilados, pues ello dejaría en una situación endeble a comunidades como Valencia, Principado de Asturias, Extremadura o Murcia, cuyos Derechos no están compilados.

Tras unas breves alusiones a la presencia de estos Derechos civiles consuetudinarios, pasa a estudiar las condiciones generales de atribución de competencia en materia civil a las comunidades autónomas.

Pone de relieve, en primer lugar, que la vía utilizada para acceder a la autonomía política (procedimiento ordinario, ex arts. 143 y 146 de la Constitución o procedimiento extraordinario, ex art. 151 de la Constitución) es la que primeramente condiciona la competencia de la comunidad autónoma. También destaca la imprecisión de las normas atributivas de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas (y en concreto, la complejidad estructural y terminológica de la regla octava respecto a las demás reglas del artículo 149.1 de la Constitución), así como el hecho de que los Estatutos de Autonomía poco han aclarado al respecto, ya que las normas atributivas de competencia contempladas en ellos responden con variantes de escasa importancia a la fórmula constitucional.

Del análisis de los elementos materiales de las normas atributivas de competencia en materia de Derecho civil, Alberto Arce Janariz deduce la incidencia que

éstas han ejercido en el plano de los conflictos de leyes. Asimismo señala la diversidad de interpretaciones posibles a la hora de fijar en qué consista la actividad de conservación, modificación y desarrollo de los Derechos forales, añadiendo que el desarrollo del sistema no ofrece, por el momento, datos que permitan anotar la consolidación de una u otra interpretación.

Termina esta primera parte abordando el tema de la competencia de las comunidades autónomas en materia de Derecho consuetudinario.

En la segunda parte del libro, el autor estudia la competencia del Estado en materia de Derecho civil. Primeramente examina las cláusulas abiertas del artículo 149.1.8.º, entendiendo por tales las que dejan un espacio para la posible intervención autonómica (bases de las obligaciones contractuales y determinación de las fuentes del Derecho). A continuación se ocupa de las cláusulas cerradas, es decir, de aquellas en las que no es posible la actuación autonómica a través de la correspondiente norma estatutaria de actuación (reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a la forma del matrimonio y ordenación de registros e instrumentos públicos).

Finaliza Alberto Arce haciendo unas reflexiones acerca de la competencia del Estado en materia de normas para resolver los conflictos de leyes, poniendo en conexión el artículo 149.1.8.º de la Constitución con el artículo 16 del Código civil.

MARÍA DÍAZ DE ENTRE-SOTOS

CRISTOBAL FERNANDEZ-PORTAL, Arsenio: «Aspectos procesales de las acciones divisorias en nuestro Derecho», discurso de ingreso de académico de número en la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, La Coruña, 1986, un volumen de 80 páginas.

Este ilustre juriconsulto español, que ejerce sus altas dotes de servicio a la Justicia en el quehacer diario de la abogacía ante los Tribunales, desde sus comienzos académicos demostró su plena dedicación a penetrar en el difícil y complejo arte interpretativo de las normas jurídicas. Con un brillantísimo expediente como estudioso, primero, con una labor sólida en su ya largo ejercicio profesional, siempre se hizo patente en su trabajo la profundidad de análisis de los ámbitos tratados y el espíritu crítico de su rectitud para lograr el veredicto justo.

Ahora, con motivo de su ingreso como académico, nos vuelve a ofrecer otra de sus sugerentes contribuciones en el ámbito civil-procesal, al abordar los aspectos procesales de las acciones divisorias en nuestro Derecho privado.

En este magnífico estudio monográfico se tratan los aspectos históricos, doctrinales y jurisprudenciales con una metodología rigurosa y exhaustiva, reveladora de la mejor procedencia docente en que se instruyó, la de su gran maestro el profesor d'Ors, donde tanto se distinguió como alumno.

El estudio de los aspectos procesales de las acciones divisorias «familiae erciscundae», «communi dividundo» y «finium regundorum», comienza con una introducción en el Derecho romano en el que se destaca la antigüedad de dichas

acciones, el procedimiento formulario con sus partes, destacándose la más propia de dichas acciones, la «adjudicatio», para continuar con el procedimiento «extra ordinem» y las conclusiones sobre los textos de la Compilación justiniana.

Posteriormente, en el segundo apartado, el ilustre autor nos presenta su contribución más original y reflexiva, al exponer una teoría general de las acciones divisorias en el Derecho patrio. Se pregunta cuáles son las acciones divisorias de nuestro Derecho, el presupuesto de las acciones referidas y su calificación como divisorias ante una situación de indivisión absoluta (comunidad) o relativa (división imperfecta), para concluir sobre el objeto a que tienden las acciones divisorias: la adjudicación, analizando, además, su concepto y naturaleza y su carácter acusadamente discrecional.

El tercer apartado trata del ejercicio de las acciones divisorias en el juicio ordinario, sus posibilidades, la demanda inicial del juicio y las sentencias que estiman la demanda en que se ejercite la acción divisoria.

Para la ejecución de sentencias estimatorias de las acciones divisorias, le dedica un amplio apartado cuarto, donde se exponen las generalidades e inaplicabilidad de las normas sobre ejecución de sentencias contenidas en los artículos 921 a 950 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los trámites de ejecución de la Sentencia que condena a partir una herencia, los trámites de ejecución de la Sentencia que condena a dividir una cosa común, los trámites de ejecución de la Sentencia que condena a practicar un deslinde y los trámites de ejecución de Sentencias estimatorias de acciones divisorias.

Por último, en el quinto apartado, se aborda el ejercicio directo de las acciones divisorias en fase ejecutiva, concretándose el caso de la acción «familiae erciscundae» y el de la verdadera naturaleza del mal llamado juicio de testamentaria, para concluir con los casos de la acción «communi dividundo» y «finium regundorum».

Como colofón final de este elaborado estudio se resumen las conclusiones de «iure condito» y de «lege ferenda», advirtiéndose fundamentalmente el tratamiento unitario sobre la base de la situación de indivisión, si bien sólo sea objeto de regulación legal específica el llamado juicio de testamentaria.

Al autor le parece teóricamente posible el ejercicio directo de la acción «communi dividundo» en fase de ejecución, sin pleito ni sentencia previos, acomodándose a las normas de las testamentarias; sin embargo, la situación legal actual no conduce a la deseada celeridad y eficacia en el ejercicio de estas acciones, por lo que es de esperar —concluye— que el legislador tome conciencia de los problemas que se producen en la práctica y, en consecuencia, en una futura ley se proceda a regular de modo eficaz los aspectos procesales de las acciones divisorias.

Una completísima relación de la bibliografía consultada cierra este profundo estudio.

Se añade la cordial contestación que, en el acto solemne de ingreso en la Academia dio el hoy, ya fallecido, profesor penalista, catedrático de la Universidad compostelana, Agustín Fernández Albor, compañero de estudios y querido común amigo, donde puso de relieve la gran personalidad del jurista y su eficaz y relevante tarea profesional.

GONZALEZ PEREZ, Jesús: «La dignidad de la persona», Editorial Civitas, Madrid, 1986, 225 págs.

La dignidad de la persona fue el título del discurso leído por Jesús González Pérez en el acto de recepción como Académico de número de la Academia de Jurisprudencia. El texto del discurso, actualizado, con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo dictada hasta el momento de cerrar la edición, con un completo índice de disposiciones legales, de sentencias, analítico y de autores, constituyen el contenido del libro de que damos noticia.

Estamos ante un completo estudio de la dignidad de la persona, o, más propiamente, de la dignidad humana y el Derecho. No es un estudio de Filosofía, ni siquiera de Filosofía del Derecho. Es un estudio de Derecho positivo. Por supuesto, González Pérez se eleva al concepto y fundamento de la dignidad de la persona. Con este firme punto de partida pasa a examinar su significado en el Ordenamiento constitucional español cumpliendo las tres funciones propias de todo principio general del Derecho (fundamento del Ordenamiento, orientador de la labor interpretativa, norma de conducta y límite del ejercicio de los deberes e integración), para después, en capítulos sucesivos, examinar la proyección del principio en los distintos sectores del Ordenamiento jurídico: Derecho privado, laboral, administrativo, penal y procesal.

El capítulo dedicado al Derecho privado se divide en los apartados siguientes:

1. Un primer apartado sobre la persona como sujeto de derecho, con exclusión de cualquier posibilidad de ser objeto del Derecho. En este apartado se hace especial referencia a los límites de la disponibilidad sobre el cuerpo humano, y, concretamente, a la normativa relativa a disposición sobre ciertos productores culturales (v.gr., sangre), piezas separadas (v.gr., cabellos) y hasta órganos del cuerpo vivo (v.gr., riñón).

2. Un segundo apartado se dedica a los derechos de la personalidad, y, muy especialmente, a aquellos más íntimamente vinculados a la dignidad de la persona. A los derechos a la vida e integridad personal, al honor y a la libertad ideológica y religiosa se dedican sendos apartados.

3. En el apartado dedicado a las relaciones familiares se estudian las exigencias del principio de respeto a la dignidad de la persona, tanto en las relaciones conyugales como paterno-filiales, verificando hasta qué punto se adecúa al mismo la normativa del Código civil, después de las reformas de 2 de mayo de 1975 y 7 de julio de 1981. González Pérez pone de manifiesto que la regulación contenida en la versión original del Código no suponía desconocimiento del principio, aunque pudiera suponer el desconocimiento de otros, como el de igualdad. «Quizás —afirma— en aquella familia tradicional existiese un respeto muy superior a la mujer —esposa y madre— y de ésta al marido —esposo y padre— que en el tipo de familia delineado por las últimas reformas. Y, por supuesto, sale al paso —y niega rotundamente— el intento de vincular al nuevo texto del Código, en contraposición al anterior, la figura del padre lleno de ternura y de preocupaciones por sus hijos.

4. Y, por último, estudia el papel esencial que la dignidad de la persona ha juzgado en el nacimiento, desarrollo y extinción de las relaciones personales, tanto en Derecho civil como en Derecho mercantil.

No hace falta —dice— que una norma fundamental o constitucional consagrara la dignidad de la persona como valor del Ordenamiento jurídico, para que

operase el respeto debido a la dignidad de la persona en los contratos, proscribiendo cualquier cláusula que supusiese un atentado a la misma. Pues en Derecho español sería siempre incuestionable que una cláusula en tal sentido habría de considerarse contraria a la moral o al orden público, por lo que su nulidad vendría impuesta por el artículo 1.255 del Código. Como sería nula cualquier disposición testamentaria que impusiera al heredero o legatario una condición que atentara contra la dignidad de la persona (artículo 792 del Código civil), y así habría de calificarse la que impusiera no contraer matrimonio (artículo 793) o contraer matrimonio con persona determinada.

En el capítulo dedicado a la protección jurisdiccional de la dignidad de la persona se estudian los distintos procedimientos, tanto ante los Tribunales del orden judicial civil como del penal, social y contencioso-administrativo, como del Tribunal Constitucional (procesos de declaración de inconstitucionalidad y amparo), para terminar con un apartado sobre el «habeas corpus» en el que destaca la posibilidad de utilizar este instrumento procesal en defensa de la dignidad personal del detenido. Asimismo, se estudian los procedimientos jurisdiccionales ante Tribunales internacionales.

En definitiva, estamos ante una obra eminentemente práctica. No está destinada a los teóricos del Derecho. Está destinada, ante todo y sobre todo, a los hombres que han hecho de su profesión la aplicación práctica del Derecho, desde distintos puestos (jueces o titulares de órganos administrativos, y abogados) en los distintos órdenes jurídicos. Pues todos ellos se enfrentarán a diario con cuestiones y litigios en que desplegará toda su eficacia este valor superior del Ordenamiento que es la dignidad de la persona, tan olvidada, cuando no maltratada, en muy diversos ámbitos.

De aquí el extraordinario valor de esta obra.

LUIS PARRA OÑA

LLEDÓ YAGÜE, Francisco: «Acciones de filiación», Colección Jurídica-Profesional «La Ley» (EDILEX, S. A.), Madrid, 1987, 270 págs.

El Derecho de Familia se ha enriquecido notablemente gracias a esta obra del profesor de Derecho Civil de la Universidad de Deusto Lledó Yagüe.

El origen del libro se encuentra en la tesis doctoral presentada por el autor en 1982, titulada «La impugnación de la paternidad en la filiación matrimonial después de la reforma de 13 de mayo de 1981», si bien la presente obra supera el objeto de estudio de la tesis al comprender todas las acciones de filiación (tanto de impugnación como de reclamación).

En el libro se estudian las diversas pruebas biológicas (maduración fetal, hematoserológicas, antropológica y heredobiológica), la posesión de estado y su evolución jurisprudencial, las acciones de filiación, la legitimación activa y pasiva, el cómputo de los plazos, los problemas que pueden plantearse ante los nuevos métodos de fertilización humana..., todo ello tratado profundamente, con continuos planteamientos de problemas que pueden surgir en la realidad social, y con

amplias referencias a doctrina y jurisprudencia tanto española como extranjera, siendo, en definitiva, uno de los estudios más completos realizados hasta el momento de los artículos 127 a 141 del Código civil.

El principio rector de la nueva regulación de la filiación es el de la verdad biológica; pero a pesar de los avances científicos actuales, no se ha conseguido todavía la certeza total en la prueba biológica positiva (afirmar que una persona es el padre) a diferencia de la prueba biológica negativa (afirmar que una persona no es el padre). Por otra parte, el resultado del peritaje biológico no es vinculante para el Juez, ya que dicha prueba no tiene valor absoluto, sino que está sometida a la discrecional apreciación del juzgador. También hay que significar que la complejidad de la prueba biológica hace necesario que posean unos laboratorios adecuados para su realización y además sería conveniente que se realizaran las pruebas en más de un laboratorio, a fin de que el Juez disponga de mayores elementos de juicio al respecto.

Entre las numerosas cuestiones que se plantean en este libro, son de destacar las siguientes: la amplia legitimación que concede el artículo 131 para reclamar la filiación si existe posesión de estado («cualquier persona con interés legítimo»), lo que va a permitir que terceros ajenos al padre y al hijo puedan dañar notablemente la estabilidad de la familia; la imposibilidad que tiene el «padre real» de reclamar la filiación no matrimonial si no existe posesión de estado, ya que el artículo 133 permite que tal acción la ejercite sólo el hijo (con lo que el único camino que le queda al «padre real» es el reconocimiento, el cual puede no ser eficaz por la falta de algún requisito complementario como el consentimiento del hijo si es mayor de edad o del representante legal o aprobación judicial en el caso del hijo menor de edad, ¿no se estaría con ello faltando a la verdad biológica?); la interpretación del término «herederos» en los artículos 132, 133, 136, 137 ó 141; la falta de legitimación activa propia de la madre para impugnar la paternidad en la filiación matrimonial, debido, posiblemente, a cierto «pudor moralista» del legislador de evitar que la mujer proclame públicamente su adulterio; la falta de legitimación del «padre real» para impugnar la filiación matrimonial de su hijo en detrimento de la verdad biológica...

Como se puede ver, la regulación de las acciones de filiación en nuestro Derecho adolece de numerosas lagunas e imperfecciones.

Concluye el autor abordando el candente tema de la inseminación artificial y la fecundación «in vitro», con todo el problema que plantea la donación de óvulos y embriones, maternidad alquilada, congelación de semen, óvulos y embriones, los problemas que pueden plantearse de reclamación o impugnación de la filiación en estos casos... En esta materia es donde mayor conflictividad puede haber con los principios éticos o morales de la sociedad, pues la procreación siempre se ha contemplado partiendo de la fecundación natural. No hay que olvidar que el Derecho se mueve en el campo de lo deontológico (lo que debe ser) y no en el ontológico. En el caso de admisión de tales prácticas, el principio rector sería conveniente que no fuese el de la verdad biológica, sino el de la verdad formal. El autor puntualiza una serie de sugerencias ante la elaboración de una futura ley sobre el tema, entre las que se pueden citar las siguientes: exclusión de toda finalidad lucrativa en estas técnicas de reproducción, secreto total sobre la identidad del donante y del receptor (aunque esto puede plantear una crisis de identidad en el hijo al no conocer su verdadero origen), consentimiento

del marido, supresión de cualquier vínculo de filiación entre el hijo y el donante (si no poca gente lo sería), prohibición de la gestación de alquiler...

En definitiva, la presente obra supone uno de los estudios más completos sobre las acciones de filiación, de lectura obligada para toda aquella persona interesada en el tema.

JUAN A. POZO VILCHES

O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: «Compendio de Derecho civil. II, Derecho de obligaciones. 1.º Teoría general de la obligación, del contrato y del acto ilícito.» Madrid, 1987, Editorial Revista de Derecho Privado. Un volumen de 349 páginas.

Con este segundo tomo del «Compendio de Derecho civil» —y el próximo sobre los contratos en particular— se completa por nuestro ilustre civilista una laboriosa y fundamental tarea de síntesis, tan necesaria hoy día para poder abarcar el complejo ámbito jurídico, como para las tareas universitaria y post-gradual de oposiciones a las que lo adapta particularmente para el ingreso en el Centro de Estudios Judiciales.

La obra viene sistematizada en catorce lecciones en las que se expone la materia tratada desde sus tres básicos aspectos: el legal, el doctrinal y el jurisprudencial, bien elegidos, seleccionados y puestos al día.

Con la lección primera se expone el concepto de obligación, sus elementos esenciales para concluir con las obligaciones naturales. La lección segunda contiene las fuentes de las obligaciones y un estudio particularizado sobre la voluntad unilateral. La tercera analiza la prestación en general con una amplia dedicación a las prestaciones pecuniarias y sus problemas derivados de las alteraciones monetarias, además de la prestación de intereses. La lección cuarta aborda las clases de obligaciones con especial referencia a las divisibles e indivisibles, las facultativas y alternativas, específicas y genéricas, unilaterales y recíprocas. La lección quinta continúa con las mancomunadas y solidarias, las condicionales y a plazos y las con cláusula penal. La lección sexta trata el pago o cumplimiento normal de las obligaciones y los subrogados del cumplimiento. La lección séptima se ocupa del incumplimiento de las obligaciones, del incumplimiento imputable al deudor, el no imputable como son el caso fortuito y la fuerza mayor, la ejecución en forma específica y la indemnización. La lección octava contiene la protección del crédito, la acción subrogatoria y la acción revocatoria. La lección novena es para la transmisión de las obligaciones y sus figuras, la asunción de deudas, la cesión de crédito y la cesión del contrato, concluyendo con la extinción de las obligaciones. La lección décima comienza con el concepto de contrato, sus elementos, y hace un apartado concreto para el principio de autonomía de la voluntad. La lección once establece los límites de la autonomía de la voluntad y en particular estudia los contratos de adhesión, las condiciones generales de contratación y el control de dichas condiciones generales. La lección doce abarca la tarea de la interpretación de los contratos, así como la clasificación de los contratos. La lección trece comprende la ineficacia de los contratos por inexistencia, nulidad, anulabilidad, rescisión y resolución, tanto como la confirmación de

los contratos. Por último, la lección catorce concluye con el análisis del hecho ilícito como fuente de las obligaciones, la concurrencia de culpas y la responsabilidad objetiva.

JOSÉ BONET CORREA

ROJO AJURIA, Luis: «“Leasing” mobiliario». Prólogo de Agustín Luna Serrano, Editorial Tecnos, Madrid, 1987, 326 págs.

1. La extraordinaria trascendencia económica que ha adquirido el *leasing* en nuestro país en los últimos años, ha determinado, seguramente, que nuestra doctrina se ocupe del mismo con gran atención. La bibliografía existente es ya amplia, y esta amplitud se traduce en tesis muy diversas a la hora de explicar el significado jurídico del *leasing*, especialmente del *leasing* financiero. Recientes aún los importantes trabajos de Amorós Guardiola y Benavides del Rey sobre el *leasing* inmobiliario y el excelente análisis de Rivero sobre el *leasing* en general en el tratado de Lacruz (*Elementos del Derecho civil*, tomo II, volumen 2.º, págs. 255 y ss.), en los que se tiene en cuenta la normativa sobre protección del usuario o consumidor, ha aparecido en el mercado editorial español una amplia y valiosa monografía sobre el *leasing* financiero mobiliario, que constituye el objeto de la presente recesión, cuyo autor es el doctor Rojo Ajuria, profesor titular de Derecho civil de la Universidad de Deusto, que hace poco tiempo publicó en *Actualidad Civil* un interesante trabajo sobre la misma materia. Según se nos dice en el prólogo del profesor Luna, la presente monografía se basa en una excelente memoria doctoral, de la que un tanto lejanamente procede este libro, prácticamente preparado y escrito expresamente, con frecuencia con notable esfuerzo sintético, para su publicación en la forma y con el contenido con los que ahora aparece.

2. La monografía consta de cuatro grandes partes, precedidas de una introducción y un prólogo del profesor Luna, concluyendo con varios apéndices, relativos a la legislación, la jurisprudencia y la bibliografía.

En la primera parte de la obra, con el título *La denominación del «leasing» en la praxis actual* (págs. 21-70), se muestran las operaciones de «leasing», aludiéndose al *leasing* operativo y al *leasing* financiero, al *leasing* operativo y al *renting*, al *leasing* financiero mobiliario, al *sale and lease back*, a las alternativas en torno al *leasing*, a la bilateralidad y trilateralidad en el *leasing*, al *leasing* de vehículos y al *leasing* en la informática. A continuación, se analiza el *leasing* y la economía de la empresa, partiendo de los orígenes y del desarrollo del *leasing*.

La segunda parte, titulada *La recepción del «leasing» por el ordenamiento jurídico* (págs. 71-156), está destinada a ofrecer una información completa y actualizada, en el orden legal, jurisprudencial y doctrinal, del *leasing* en los Estados Unidos, Alemania, círculo jurídico latino (Francia, Bélgica e Italia) y, lógicamente, en España.

La tercera parte, relativa a *La construcción jurídica en el «leasing»* (págs. 157-220), constituye el núcleo central, a mi juicio, de la monografía. En ella

se ofrece una visión del *leasing* financiero mobiliario que se aparta de las comúnmente defendidas hasta ahora por nuestra doctrina, tratando de rebatir especialmente los argumentos esgrimidos para justificar que el *leasing* financiero mobiliario tiene carácter arrendaticio o constituye una venta a plazos con reserva de dominio.

Para realizar esta labor el autor procede con un determinado método, reflejado por el profesor Luna en el prólogo, consistente en partir de la dimensión económica del *leasing* financiero mobiliario hasta llegar a su proyección disciplinar en las relaciones que del mismo derivan, situando críticamente, en el intermedio, la recepción del fenómeno económico en los esquemas jurídicos y, en un apartado que es clave en toda la argumentación técnica y científica del libro, la calificación del mismo en su asunción por el ordenamiento.

Como se indica en el aludido prólogo, toda la obra de Rojo Ajuria se orienta a la demostración, a través de una articulación sistemática bastante personal y poco al uso, de que el *leasing* financiero mobiliario es un contrato que, teniendo como función típica configuradora la financiación o el crédito, se presenta estructuralmente, sobre la base práctica de conveniencias fiscales o contables, bajo la apariencia del arrendamiento de cosas con pacto de opción de compra del bien objeto de la locación.

El autor dedica un buen número de páginas a tratar de evidenciar que existe una mera apariencia de arrendamiento en el *leasing* financiero mobiliario, destacando la finalidad financiera de la operación, que juzga incompatible con la calificación arrendaticia de este peculiar negocio. El arrendamiento sólo tiene una función financiera cuando, como en el *leasing* financiero mobiliario, se encubre una relación de crédito y garantía. El arrendamiento puede ser alternativa a la inversión-financiación, pero no es ninguna de ambas cosas, porque es una simple cesión del uso de un bien, cuyos cánones son el precio por el uso del bien. Si el usuario se endeuda y recibe los riesgos de la propiedad, hemos de entender que la retención del título de la propiedad por la sociedad de *leasing* está justificada por la causa de garantía.

El *glamour* del *leasing*, dice Rojo Ajuria (pág. 194), no está en lo que es, sino en la apariencia. Se inscribe en una particular tradición histórica a la que hace referencia Cariota-Ferrara, la de los negocios aparentes, que no son negocios simulados, sino seriamente queridos, y que encuentran normalmente aceptación por vía jurisprudencial. Así se puede centrar el tema del *leasing* en su *raison d'être*: la no aplicación de determinada disciplina y su sustitución por otra (en base a la apariencia de arrendamiento).

Siguiendo el camino emprendido, va a centrarse la atención en el dato real de la actividad de *leasing*, considerando preciso abandonar el falso problema de la calificación contractual del *leasing* financiero mobiliario. Este es el objetivo de la cuarta parte y última de la monografía, titulada *Las relaciones jurídicas derivadas del «leasing»* (págs. 221-292).

A juicio de Rojo Ajuria (pág. 237) no es difícil establecer cuáles son los intereses de los contratantes en el *leasing* financiero mobiliario. La sociedad de *leasing* es un intermediario financiero. Si la sociedad de *leasing* es un intermediario financiero el prestatario último del activo financiero (dinero) es el usuario, ante lo cual se alegrará que es la sociedad de *leasing* la que compra el bien. Es preciso, entonces, recordar con Garrigues que la interposición de persona es uno de los casos más frecuentes en Derecho.

Una vez asumida la verdadera relevancia del *leasing* financiero mobiliario es preciso desprenderse de las apariencias y los materiales de construcción para regular sus efectos jurídicos de forma congruente con los intereses de las partes, punto culminante del ciclo de los negocios aparentes. En el caso del *leasing* financiero mobiliario el problema es bastante sencillo: la sociedad financiera ha de obtener la restitución de los capitales invertidos y los intereses, no como contraprestación del uso de la cosa, sino independientemente de tal uso, como restitución del *tantundem* (como mutuo de financiación dice la *Corte de Cassazione*), mientras que la propiedad del bien, para el Derecho privado, realizaría una función de garantía (reserva de dominio). Todo ello dentro del marco de los principios de nuestro ordenamiento jurídico (regulación de los contratos en general, requisitos de publicidad, derecho concursal...), lo que no puede hacer el *leasing* financiero mobiliario es ir contra normas imperativas o principios básicos del ordenamiento jurídico.

En los próximos capítulos se señala que el Derecho español es favorable para una regulación congruente de los efectos jurídicos del *leasing* financiero mobiliario. Desde la perspectiva del reparto de riesgos, se explican las cláusulas que aparecen en los contratos de *leasing* financiero, sin que las entidades financieras abusen de una posición económicamente fuerte si se limitan a tratar de que sea el financiado quien soporte los riesgos de la inversión de fondos y no el financiador. Tal reparto de riesgos no es en absoluto abusivo (pág. 249).

Desde la perspectiva del control de las condiciones generales de la contratación, Rojo Ajuria se refiere a la pérdida y el aseguramiento de la cosa, al *quantum* de la resolución del contrato, a la reducción de la cláusula penal y la opción final.

A mi juicio, tal como he manifestado alguna vez, en el fondo del debate sobre la configuración jurídica del *leasing* financiero, mobiliario o inmobiliario, aparece siempre el problema del análisis crítico sobre la validez de las cláusulas que implican exoneraciones de responsabilidad de la sociedad de *leasing*; el tema del reparto de riesgos, al que alude Rojo Ajuria. La experiencia alemana, en torno a la aplicación de la Ley de Condiciones Generales de 1977 (*AGB-Gesetz*) al *leasing* financiero, es sumamente elocuente.

Concluye esta cuarta parte con una amplia referencia al *leasing* financiero mobiliario y los terceros, examinándose cuestiones como la de la cláusula resolutoria expresa que aparece en los contratos de *leasing*, la publicidad en el *leasing*, el privilegio, la incidencia del Derecho concursal y la circulación de los derechos y las responsabilidades.

En las últimas páginas de la monografía aparecen unas interesantes conclusiones del autor, que muestran su posición ante los problemas esenciales que plantea el *leasing* financiero mobiliario en nuestro ordenamiento jurídico, con indicaciones *de lege ferenda*. La ausencia de una regulación contractual específica del *leasing* financiero mobiliario no es una pura contingencia: al contrario, parece una situación apropiada para su desarrollo. Ciertamente, habría algún tipo de reforma legal que de forma muy sencilla aclararía ciertos aspectos de la cuestión. Por ejemplo, al artículo 4.º de la Ley de ventas a plazos podría añadirse un apartado, excluyendo de esta disposición legal a las operaciones de arrendamiento financiero.

Si el legislador abordase la reforma del Código civil debería tener en cuenta los problemas específicos del arrendamiento de bienes muebles (de vida útil limitada), lo que ayudaría a la solución de posibles problemas planteados en el *lea-*

sing operativo. En realidad el legislador tiene una tarea pendiente que no es la regulación específica del *leasing*, sino algo más importante: adaptar la regulación del crédito y las garantías a unos criterios racionales concordantes con una sociedad industrial desarrollada.

Dentro de la potencial litigiosidad que conlleva un negocio aparente (el arrendamiento), las sociedades de *leasing* han de utilizar los argumentos para persuadir de la legitimidad de sus intereses y conseguir la adhesión a sus tesis del intérprete, y fundamentalmente del Juez. Tal labor de persuasión es evidente en Italia, donde se ha atraído al debate acerca del *leasing* a prestigiosos juristas, y cuya muestra más palpable es la edición por la *Assilea*, desde 1985, de la Revista italiana del *leasing*. La creación de un estado de opinión entre los juristas tiene luego un reflejo directo en la jurisprudencia.

Tras estas indicaciones en torno a la trascendencia de la investigación sobre el *leasing*, que provocan una seria meditación, la monografía concluye con los apéndices, en los que se recoge la legislación española sobre el *leasing* financiero mobiliario, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo sobre el mismo y una amplia referencia bibliográfica, tanto de obras españolas como extranjeras, destacando la atención que se presta a los trabajadores publicados en Estados Unidos, país donde surgió en *leasing*.

3. Las indicaciones expuestas creo que evidencian la importancia que tiene, en el ámbito de los estudios sobre el *leasing*, la monografía de Rojo Ajuria. Ciertamente implica un enfoque del que derivan consecuencias trascendentales tanto para la sociedad de *leasing* como para el usuario, e incluso para el suministrador de los bienes, siendo su lectura obligada para todos los que estén interesados en el conocimiento de este peculiar negocio, tanto en el terreno económico como en el estrictamente jurídico, aunque ambos, como subraya el autor, están íntimamente unidos, lo cual es destacado prácticamente por todos los autores españoles que han investigado en torno al *leasing* financiero, ya que la determinación de la naturaleza jurídica de un negocio exige tener en cuenta la realidad subyacente y el dato normativo. Además del mérito que tiene el haber diseñado una trabada y clara explicación del significado del *leasing* financiero mobiliario, partiendo de unos determinados presupuestos (aparición de arrendamiento, ausencia de simulación, relación de crédito y garantía, reparto de riesgos entre la sociedad de *leasing* y el usuario), hay que destacar el importante esfuerzo argumentativo llevado a cabo, a lo largo de toda la monografía, para rechazar cualquier intento de aproximación del *leasing* financiero mobiliario al arrendamiento, al considerarse que la realidad económica que subyace en el *leasing* financiero mobiliario choca con el arrendamiento, a pesar de la apariencia creada por las propias sociedades de *leasing* al establecer las condiciones generales y por la normativa fiscal aplicable a este negocio, que, acogiendo la terminología adoptada en países de la Comunidad Económica Europea (*crédit-bail*, *locazione finanziaria* y *location-financement*), lo configura como arrendamiento financiero, es decir, como un arrendamiento especial, que es utilizado como medio jurídico idóneo para la financiación empresarial, al evitar que el usuario tenga que comprar los bienes de equipo que precisa para el desarrollo de su actividad empresarial.

SCHMALZ, Ernst Werner: «Die Stabilität des Geldwertes als Problem des Privat-rechts». München, 1986. Editorial V. Florenz GmbH. Un volumen de VI + 325 págs.

Las alteraciones del valor de las monedas y, como consecuencia, la carencia de su estabilidad y fijeza, plantean graves daños para las partes contratantes que lo hacen a largo plazo o en sus relaciones de su tracto sucesivo. A pesar de que la República Federal de Alemania desde su creación haya intentado por todos los medios mantener la estabilidad del valor de su moneda, el «Deutsche Mark», no obstante, ciertos riesgos exteriores e importados no han podido ser evitados, aunque su índice de depreciación sea de los más bajos y tolerables, por lo que su moneda resulta entre las más fuertes mundialmente.

Sin embargo, desde el punto de vista doctrinal, los autores alemanes no olvidan la negra sombra de la descomunal inflación de la primera postguerra europea, por lo que es éste un tema que suele ser tratado de una manera fundamental y minuciosamente, no sólo por los analistas económicos, sino también por los privatistas, concretamente al examinar la deuda pecuniaria.

El estudio monográfico que hace este autor, en su calidad de fiscal en juzgados especializados para el ámbito de embargos y quiebras, es de interés por su vertiente casuística y jurisprudencial, además de recoger la doctrina alemana ya clásica en esta materia.

El estudio se presenta sistematizado en una introducción y cuatro partes. La introducción trata de la especial situación monetaria actual, así como de la necesidad de las aclaraciones conceptuales que es necesario hacer en el ámbito del dinero, del valor del dinero y de la inflación.

La primera parte expone lo que es el dinero, su concepto, su valor y lo que comprende la deuda monetaria. En cuanto a un concepto del dinero se basa en la definición dada ya por Savigny, que lo concibió como un poder patrimonial abstracto, además de examinar su historia y sus aspectos científicos, tanto desde la economía como en el ámbito jurídico. Respecto al valor del dinero analiza su valor interior y exterior, su valor nominal y comercial, concluyendo con el examen de los puntos de apoyo objetivos para obtener un valor del dinero, las modificaciones relevantes de su poder adquisitivo y los conceptos fundamentales en torno a los números índices (nivel medio de vida o de consumo). Por último, en lo referente al examen de la deuda de dinero, se delimita su concepto en el Derecho vigente, así como sus variedades: las deudas de suma y las deudas de valor.

La segunda parte de esta obra aborda el dinamismo en las deudas de dinero, concretamente el influjo de la inflación sobre el contenido de las mismas; para ello, hace un análisis del concepto de inflación, el desarrollo del valor del dinero durante la inflación y el influjo de las modificaciones del valor del dinero en las deudas de dinero.

La tercera parte está dedicada a las consideraciones jurídicas del influjo de la inflación en las deudas de dinero, donde se concretan los aspectos fundamentales (principio nominalista y cláusulas de estabilización ante la legislación, la doctrina científica y la jurisprudencia), así como las bases de anclaje para una solución de la problemática que plantea el valor del dinero; para ello, se aporta un nuevo aspecto interpretativo del §3 de la Währungs-gesetz, o Ley monetaria de 1948.

La cuarta parte, final, se compone de unas conclusiones y resultados, se añaden unos ejemplos contables, una completa bibliografía alemana concerniente al tema, las abreviaturas usadas y un índice alfabético de conceptos y materias tratadas.

JOSÉ BONET CORREA

VALLET DE GOYTISOLO, Juan: «Dictámenes e informes de un Notario». Madrid, 1987, Editorial Montecorvo, S. A. Un volumen de 566 páginas.

A la gran producción monográfica jurídica con que cuenta este muy ilustre jurisconsulto, que es Vallet de Goytisolo, hay que añadir ahora este nuevo volumen que contiene su faceta inédita durante el periplo de su notaría, cual es la emisión de informes y dictámenes escritos a sus consultantes en puntos conflictivos normativos y de compleja solución en la técnica jurídica interpretativa, especialmente en el ámbito sucesorio.

La obra contiene, pues, treinta y seis dictámenes, cuya calidad institucional y el saber encauzar los intereses con equidad y justicia brillan, una vez más, en este breve arte de la consulta escrita y del asesoramiento. Aunque la mayor parte de los dictámenes de Vallet corresponden al ámbito de las sucesiones y de las relaciones patrimoniales conyugales, tampoco faltan de otras áreas. Su recolección se presenta cronológicamente a partir del año 1949 hasta el 1984.

Así, el primer dictamen es acerca de los requisitos necesarios para inscribir la transmisión a un tercero de un inmueble adquirido por mujer casada con metálico que su marido confesó ser parafernial (antes de la reforma del Código civil de mayo de 1981). El siguiente aborda la posibilidad y condiciones para retraer una compra con precio aplazado y sobre el carácter que en el patrimonio conyugal tiene una participación de finca adquirida por retracto. El tercero es un dictamen sobre reversión de servicio de suministro de aguas; el cuarto es otro dictamen sobre interpretación de llamamientos hereditarios condicionales y de su alcance y la posibilidad de vender alguno de los bienes fideicomitidos. El quinto es un informe acerca de la interpretación de una sustitución de residuo y si la autorización conferida para disponer incluye la disposición efectuada «mortis causa» por la sustituida. El sexto trata de la interpretación de un heredamiento preventivo pactado en una cláusula capitular. El séptimo aborda la intervención de albaceas y contadores partidores testamentariamente designados, habiendo un solo heredero actual sujeto a fideicomiso condicional y varios legatarios. El octavo es un dictamen acerca de si se da o no derecho de acrecer en una institución de herederos y los criterios interpretativos de los testamentos. El noveno es un dictamen acerca del alcance de una institución «si sine liberis decesserit» y los hijos puestos en condición a una sustitución vulgar «in fedecommisso». El décimo comprende las facultades interpretativas de los contadores partidores y del valor de las notas escritas por el causante para determinar el criterio valorativo de los bienes relictos. El dictamen once es acerca de una sucesión en la cual el pasivo, incluidos los legados, era superior al activo, habían premuerto los alba-

ceas testamentarios y la repudiaron los instituidos herederos examinándose la situación de los legatarios y la interpretación de cláusula que ordena sustituciones «sine liberis decesserit». El dictamen doce es acerca de las formas y maneras de cumplimentar una disposición ordenando el cuidado de un panteón y que se digan cierto número de misas mensuales perpetuamente y el medio de evitar la desvalorización de la renta. El dictamen trece trata acerca de la interpretación de cláusula dispositiva de una prohibición de enajenar y destino de los bienes así gravados «si sine liberis decesserit» y «cum liberis decesserit» y la interpretación del artículo 769 del Código civil, así como la renuncia de una fiduciaria antes de cumplirse la condición. El dictamen catorce se ocupa de la aplicación del derecho de representación en la reserva lineal. El apartado quince es una carta informe acerca de la venta de bienes sujetos a sustitución fideicomisaria condicional y la interpretación de los comisarios contadores-partidores: su impugnabilidad. El dictamen dieciséis es acerca de la interpretación y el cumplimiento de lo ordenado en testamento: sustitución fideicomisaria «si sine liberis decesserit», la determinación de destinatario y la enajenación de bienes sujetos a sustitución fideicomisaria condicional. El apartado diecisiete es una nota informativa acerca de los modos de evitar que grupos competidores de una empresa entren como accionistas en sociedad anónima titular suya y de que cualquiera de los grupos de los titulares la domine totalmente, con dos apéndices que tratan de la norma estatutaria de sindicación de acciones al portador y la norma estatutaria regulando la sindicación de acciones en tres grupos diferenciados. El dieciocho es una nota informativa al presidente del consejo de administración de una sociedad y titular del 68 por 100 de sus acciones, acerca de la transmisión de acciones a no accionistas y a su designación como consejeros. El diecinueve es un informe acerca de si unos sustitutos fideicomisarios de residuo pueden considerarse sustitutos vulgares en caso de muerte simultánea del testador y la sustituida en el residuo. El veinte es un informe acerca de si los legados de sendas dehesas comprenden sus respectivos ganados. El apartado veintiuno es una carta contestando a la consulta acerca de la preferencia de la línea de varón a un legado de un oratorio y panteón familiar. El veintidós vierte un informe acerca de los estatutos de una sociedad anónima en la que existen tres series de acciones que pertenecen, respectivamente, a accionistas de las tres sociedades que por fusión la constituyeron. El veintitrés es un informe en respuesta de la consulta de si en las sustituciones objeto de la misma deben los sustitutos suceder por cabezas o por estirpes y acerca de la división de la comunidad procedente de cuatro hermanos usufructuarios. El apartado veinticuatro es una carta-informe acerca de la interpretación de si el testador constituyó una fundación o si sólo dispuso de sus bienes a favor de una obra benéfica dejando al cuidado de sus albaceas que lo realizaran en la forma que creyeran más conveniente, las facultades de éstos y el cómputo del plazo para su ejercicio. El dictamen veinticinco aborda la interpretación de una cláusula capitular disponiendo sustituciones vulgar, pupilar y de residuo. El dictamen veintiséis es acerca de si en la cláusula consultada se contiene sustitución vulgar tácita a favor de los descendientes de los hijos premuertos; si la palabra «hijos» incluye a los descendientes de ulterior grado, hijos de hijo premuerto, o de hijo y nieto premuertos, y si cabe estimar preterición a nietos, hijos de hijo no preterido y con qué efectos. El dictamen veintisiete es acerca de la interpretación de una cláusula testamentaria que dispone varias sustituciones «si cum liberis decesserit» y «si sine liberis decesserit» y condicionando a los sustitutos

«si supervixerit». El veintiocho es un dictamen acerca de si debe interpretarse o no que el legado de los bienes adquiridos por la testadora por herencia de otra persona incluye también los que ésta legó a aquélla. El apartado veintinueve es una carta respuesta a una consulta acerca de si el ejercicio de la facultad de disponer por testamento conferida a un designado usufructuario está implícito en el hecho de éste de otorgar testamento ó requiere referencia expresa a los bienes a que dicha facultad se extiende. El treinta es un informe emitido acerca de la interpretación de un legado sometido a dos condiciones, causal y potestativa, y sobre la pendencia de ésta después de cumplirse aquélla. El treinta y uno es un dictamen acerca del mantenimiento y eficacia de disposiciones efectuadas a un heredero renunciante a la herencia y de sus posibles afecciones a las deudas del donante y reducción por inoficiosidad. El dictamen treinta y dos trata de la interpretación de una cláusula testamentaria cautelar para salvaguardar el usufructo universal de la segunda esposa del testador, del valor de la interpretación del testamento por los albaceas contadores-partidores y de la sanción impuesta al impugnante. El dictamen treinta y tres es acerca del valor de un depósito a favor «mortis causa» de uno de los hijos del depositante en relación con el último y válido testamento de éste —que era aforado catalán— y si sus instrucciones autógrafas tienen valor de legado dispuesto en testamento ológrafo o de donación «mortis causa». El dictamen treinta y cuatro es acerca de la reversión por incumplimiento de la condición determinada por su fin. El treinta y cinco aborda un informe emitido acerca de qué derechos corresponden al usufructuario de acciones en los diversos supuestos que concurran en el ejercicio de derechos de preferente suscripción de nuevas acciones. Por último, el treinta y seis responde acerca de la interpretación de dos cláusulas de un testamento. ¿Quién es el llamado en ellas, hay sustitución fideicomisaria condicional? ¿Cabe la enajenación de bienes afectos a la misma durante su pendencia?

La obra resulta muy completa con sus índices para una consulta concreta, cuales son: el de textos legales, el analítico y el general.

JOSÉ BONET CORREA

Revistas

REVISTAS ESPAÑOLAS

A cargo de EMILIO BLANCO MARTINEZ

SUMARIO: I. Derecho civil: 1. Introducción (núms. 1 a 5). 2. Derecho de la persona (núms. 6 a 10). 3. Obligaciones y contratos (núms. 11 a 89). 4. Derechos reales (núms. 30 a 40). 5. Derecho de Familia (núms. 41 a 50). 6. Derecho de sucesiones (núms. 51 a 54). 7. Varía (núm. 55). II. Derecho Mercantil: 1. Parte general. Empresa (núms. 56 a 57). 2. Derecho de sociedades (núms. 58 a 66). 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico (núms. 67 a 68). 4. Contratos mercantiles (núms. 69 a 70). 5. Derecho cambiario (núms. 71 a 74). 6. Derecho concursal (núms. 75 a 76). III. Derecho procesal (núms. 77 a 80).

I. DERECHO CIVIL

1. INTRODUCCION

1. ALMOGUERA CARRERES, Joaquín: La justicia en Costa (a propósito de una interpretación de Vallet de Goytisolo). «R.G.L.J.», diciembre 1986, pp. 809 y ss.

Reflexiones sobre el reciente discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de don Juan Vallet de Goytisolo («Voluntarismo y formalismo en el Derecho. Joaquín Costa, antípoda de Kelsen», R.A.C.M.P., Madrid, 1986). El autor pone de relieve que el discurso de Vallet es el primer estudio de envergadura que aborda la tarea de comparar (contraponer, mejor) a Costa y Kelsen. El punto de partida de Vallet, señala, está constituido por la tensión, que ya denunciara Von Gierke, que divide la historia del pensamiento jurídico en dos grandes campos: el del Derecho como producto de la voluntad (señaladamente, de la voluntad política) y el del Derecho como orden objetivo, en cuanto racional y universal.

2. ALVAREZ GONZALEZ, Norberto: Anotaciones críticas al concepto de seguridad jurídica burgués, «R.G.L.J.», noviembre 1986, pp. 647 y ss.

Para el autor, cuando la teoría político-jurídica concluye con la tesis de que el régimen de seguridad mejor es el democrático-burgués, concluye con una afirmación ideológica en el sentido marxista de la expresión. Y esto porque se expresa desde la perspectiva de lo que es el interés de una clase —la burguesa— o

categoría de tal clase —los intelectuales— generalizando la idea de interés uniforme al conjunto de clases y categorías del interés más contrapuesto. Pero además, añade, esta falsa concepción —como ideológica que es— contribuye a mantener estructuras sociales que se consideran no convenientes o, al menos, no las más deseables, para las clases dominadas de la formación social.

3. BADILLO O'FARRELL, Pablo J.: Economía y teoría sociopolítica en la obra de James Harrington, «R.G.L.J.», diciembre 1986, pp. 779 y ss.

El lugar ocupado por James Harrington en la historia del pensamiento, señala el autor, se corresponde fundamentalmente con su aportación al ámbito de la filosofía política. En relación con esta su condición, hay que sentar que mientras otros filósofos políticos llevan a cabo su elaboración conceptual al margen, o al menos algo distanciadamente, de la concreta realidad sociopolítica en la que les ha tocado vivir, Harrington, por contra, está plenamente imbricado en las realidades de su país y su época. Prueba de ello son sus reflexiones sobre la economía analizadas en este trabajo.

4. CRUZ FERRER, Juan: Reflexiones sobre el principio de constitucionalidad y el sistema de fuentes (a propósito de una sentencia paradigmática): Comentario a la STS (4.ª) de 22 de julio de 1986. «Poder Judicial», núm. 6, junio 1987, pp. 165 y ss.

5. MONTILLA, Agustín: La codificación como técnica de producción legislativa, «R.D.P.», junio 1987, pp. 545 y ss.

Es tópico afirmar, señala el autor, que uno de los caracteres que definen al Derecho continental moderno, de raíz preferentemente romano-germánica, es el que determinadas áreas de su sistema jurídico se encuentren codificadas. Es decir, que la regulación de ramas completas del Derecho se contengan en textos normativos unitarios y sistematizados, cuyas normas se expresan en fórmulas abstractas y generales, y que pretenden constituirse en la única fuente legal sobre las materias de que trata. Pues bien, añade, independientemente de la utilidad de tal sistema en la dinámica de la sociedad actual, las indudables contradicciones entre la perseguida exhaustividad de tal técnica legislativa y la continua —y a veces torrencial— producción normativa del legislador estatal o, en fin, las virtudes y defectos de la codificación en contraste con otros sistemas jurídicos como el de Common-Law, la actualidad de la codificación, de sus valores, resultados y crisis, de sus proyectos concretos, sigue estando hoy vigente como uno de los temas más esenciales para los juristas.

2. DERECHO DE LA PERSONA

6. ARROYO URIETA, G.-FERNANDEZ SANROMAN, J.: Aspectos médico-legales de la extracción y trasplante de órganos. «Actualidad Civil» núm. 31, 1987 (610), pp. 1871 y ss.

Tras algunas consideraciones generales sobre la extracción y trasplante de órganos, los autores, profesores de medicina legal, analizan la evolución y el estado

actual de los trasplantes: datos estadísticos y gráficas permiten observar la evolución cuantitativa (número realizado) y cualitativa (curvas de supervivencia). Seguidamente estudian la legislación española, poniendo de manifiesto los principales problemas que suscita su aplicación concreta. La última parte del trabajo la dedican al estudio, desde una perspectiva básicamente médica, de la determinación de la muerte cerebral.

7. DIEZ DEL CORRAL RIVAS, Jesús: Estado civil y sexo. Transexualidad. Comentario a la STS de 2 de julio de 1987. «Actualidad Civil» núm. 36, 1987 (691), pp. 2135 y ss.

La Sentencia objeto de comentario, señala el autor, tiene una extraordinaria importancia tanto desde el punto de vista teórico como práctico. El tema de la transexualidad es relativamente reciente y poco estudiado por los juristas españoles. Por otra parte, es la primera vez que el Tribunal Supremo español ha aprovechado la ocasión para tomar postura sobre el problema civil que subyace tras una realidad social y médica muy singular. En un caso anterior, resuelto por la STS de 7 de marzo de 1980, el Tribunal, por defectos formales en la motivación del recurso, no llegó a entrar a conocer el fondo del asunto.

8. CHINCHILLA MARIN, Carmen: Sobre el derecho de rectificación. En torno a la Sentencia del Tribunal Constitucional 168/1986, de 22 de diciembre, «Poder Judicial» núm. 6, junio 1987, pp. 71 y ss.

9. IGARTUA ARREGUI, Fernando: Derecho a la intimidad: límites. Derecho a la imagen. Indemnización del daño moral. Incongruencia. Comentario a la STS de 28 de octubre de 1986, «C.C.J.C.» núm. 12, septiembre-diciembre 1986, pp. 4081 y ss.

10. MARTINEZ-CALCERRADA, Luis: El derecho a la vida y a la integridad física (I), «Actualidad Civil», núm. 20, 1987 (397), pp. 1241 y ss.; (II) «Actualidad Civil» núm. 21, 1987 (417), pp. 1297 y ss.

En el trabajo se aborda, en primer lugar, la inserción sistemática de la materia dentro de los derechos de la personalidad, con una referencia especial a la teoría general de estos derechos y a su primacía institucional. A continuación se estudian el derecho a la vida (concepto, delimitación, alcance, realidades que comprende y tutela legal) y el derecho a la integridad física (concepto y delimitación: tutela de la «inmunidad corporal»). La última parte contiene un estudio del artículo 15 de la Constitución, que el autor denomina «ensayo sobre el derecho a una vida digna.»

3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

11. ABELLA SANTAMARIA, Jaime: Residencia y patrimonio de las personas físicas en la reglamentación del control de cambios, «R.D.B.B.», núm. 26, abril-junio 1987, pp. 319 y ss.

La Ley de Control de Cambios configura una normativa jurídica de gran trascendencia, en cuanto afecta a todas las relaciones económicas entre residentes

y no residentes y, en general, a todas las transferencias entre España y el resto del mundo. La aplicación del concepto de residencia dado por las normas de control de cambio españolas plantea, sin embargo, una serie de cuestiones que no han sido resueltas satisfactoriamente por la reglamentación vigente, como son el significado del término patrimonio utilizado, su relación con las inversiones extranjeras, consecuencias sobre las facultades de disposición del titular sobre sus bienes, etc. A su estudio está dedicado el trabajo.

12. ALFARO AGUILA-REAL, Jesús: La subasta de obras de arte (aproximación a sus problemas jurídicos), «R.D.M.» núms. 179-180, enero-junio 1986, pp. 99 y ss.

Tras algunas consideraciones generales sobre la subasta como mercado, el autor analiza la reglamentación y organización de la subasta, su concepto jurídico y los elementos personales que en ella participan, para, a continuación, centrarse en el estudio de las relaciones contractuales que se establecen con motivo de la misma. Es posible deducir, señala, la existencia de hasta cuatro posibles relaciones contractuales: un doble contrato de mediación entre vendedor y subastador, por un lado, y entre subastador y licitantes por otro; un contrato de compraventa entre vendedor y adjudicatario, y un posible mandato entre licitadores y subastador en el caso de que existan ofertas por escrito. Detalladamente analiza, en primer lugar, la relación entre vendedor y subastador: el encargo de subasta; en segundo lugar, la relación —o relaciones— entre licitadores y subastador, y, por último, la relación entre el vendedor y el adjudicatario: la compraventa en subasta.

13. BERCOVITZ Y RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo: Compraventa de piso con plaza de garaje aneja en régimen de propiedad horizontal. Plaza insuficiente para vehículos normales. Litis consorcio pasivo necesario. Título de constitución de la comunidad. Acción de incumplimiento del contrato. Comentario a la STS de 24 de septiembre de 1986, «C.C.J.C.» núm. 12, septiembre-diciembre 1986, pp. 3995 y ss.

14. CASERO MEJIAS, Manuel: El crédito hipotecario en la C.E.E. «R.C.D.I.», núm. 580, mayo-junio 1987, pp. 807 y ss.

Estudio previo y texto íntegro de la proposición de directiva del Consejo de la C.E.E., referente a la libertad de establecimiento y de prestación de servicios en el campo del crédito hipotecario (texto enmendado por el Parlamento Europeo y resolución de dicho Parlamento, febrero de 1987).

15. CLAVERIA GOSALBEZ, Luis-Humberto: Interpretación de contrato. Condición suspensiva. Precontrato. Comentario a la STS de 30 de junio de 1986, «C.C.J.C.», núm. 12, septiembre-diciembre 1986, pp. 3877 y ss.

16. GORDILLO CAÑAS, Antonio: Arbitraje de equidad: nulidad de laudo dictado fuera de plazo. Prórroga del plazo inicialmente conferido a los árbitros: sus requisitos formales. Necesidad de ratificación en esta materia de lo realizado por otro sin representación suficiente. Comentario a la STS de 31 de octubre de 1986, «C.C.J.C.», núm. 12, septiembre-diciembre, 1986, pp. 4131 y ss.

17. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida R.: Las modificaciones introducidas en el Derecho argentino a la responsabilidad de los padres por hechos ilícitos de sus hijos menores, «R.G.L.J.», noviembre 1986, pp. 627 y ss.

Estudio de la Ley núm. 23.264, sancionada en Argentina a finales de 1985. Esta Ley derogó el artículo 273 del Código civil y dio una nueva redacción al artículo 1.114 del mismo cuerpo legal, en el siguiente sentido: «El padre y la madre son solidariamente responsables de los daños causados por sus hijos menores que habiten con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad de los hijos si fueran mayores de diez años. En caso de que los padres no convivan será responsable el que ejerza la tenencia del menor, salvo que al producirse el evento dañoso el hijo estuviere al cuidado del otro progenitor».

18. LLEDO YAGÜE, Francisco: Contratos normados. Nulidad parcial. Los actos propios. La rectificación del Registro. Comentario a la STS de 16 de septiembre de 1986, «C.C.J.C.» núm. 12, septiembre-diciembre 1986, pp. 3975 y ss.

19. MARTIN GARCIA DE LEONARDO, Teresa: Consideraciones sobre la dación en pago, «R.C.D.I.» núm. 581, julio-agosto 1987, pp. 977 y ss.

Estudio sobre la dación en pago que, en palabras de su autora parte de la idea ya expresada por Puig Brutau de que la pretendida investigación de un concepto fijo y unitario que corresponda a la dación en pago y que permita resolver todos sus problemas, es una ilusión. Y ello porque nos encontramos con una figura que presenta hipótesis distintas. En el trabajo se analizan con detenimiento los siguientes temas: en primer lugar, precedentes (en los derechos romano, común e histórico español). En segundo lugar, dación en pago y figuras afines: pago por cesión de bienes, adjudicación en pago, obligación alternativa y obligación facultativa. En tercer lugar, concepto y significado jurídico de la dación en pago. Seguidamente, en cuarto lugar, cuestiones en torno a la naturaleza jurídica de la dación en pago: teoría y posiciones jurisprudenciales. En quinto lugar, la estructura de la dación en pago: sujeto, objeto, presupuestos y requisitos. Por último, en sexto lugar, los efectos de la dación en pago.

20. MARTIN-BALLESTERO HERNANDEZ, Luis: La interpretación de los contratos de adhesión por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, «R.C.D.I.» núm. 581, julio-agosto 1987, pp. 1083 y ss.

«Las consecuencias de lo que vamos a estudiar —señala el autor— son los resultados que derivan de la calificación de determinados contratos, como los de adhesión o contratos de contenido fijo, y su corrección en punto a la interpretación de sus cláusulas por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo; pero antes de entrar en un examen jurisprudencial (por demás somero) previamente hemos de ver o examinar la valoración jurídica del consentimiento y la significación o naturaleza jurídica de los negocios concluidos por adhesión, es decir, estos dos puntos previos y fundamentales para poder llegar a conocer cómo el Tribunal Supremo ha dado una interpretación a las cláusulas unilateralmente formuladas por una de las partes contratantes.»

21. MARTIN GIL, Santiago: La responsabilidad civil del fabricante y protección del consumidor, «La Ley», 4 de septiembre de 1987.

Estudio sobre la responsabilidad civil del fabricante por daños causados a terceros. Esta materia —señala el autor— se ha empezado a sacar en los últimos años de su encuadre natural (el Código civil o, en su caso, el Código penal), y está empezando poco a poco a ser objeto de tratamiento específico, bien dentro de un marco general, como es la Ley del Consumidor, bien dentro de un marco especial, como es la Ley Básica de Residuos Tóxicos y Peligrosos, o el Proyecto de Ley del Medicamento. Para el autor del trabajo este método conlleva una gran dificultad técnica, y en algunos casos el riesgo de la inseguridad jurídica.

22. MIQUEL CALATAYUD, José Antonio: Consideraciones sobre el artículo 2 del vigente Reglamento de Inversiones Extranjeras (ADENDA), «R.C.D.I.» núm. 580, mayo-junio 1987, pp. 801 y ss.

Como complemento al trabajo que bajo dicho título se publicó en la «R.C.D.I.», núm. 579, marzo-abril, 1987, pp. 257 y ss., el autor puntualiza que entre su redacción y el momento de la publicación se han dictado dos Ordenes del Ministerio de Economía y Hacienda que afectan directamente a su contenido, y, por ello, se recogen a modo de «Adenda».

23. PANTALEON PRIETO, Fernando: Responsabilidad extracontractual: Jurisdicción competente; culpa; solidaridad entre cocausantes del daño, equidad, error en la apreciación de la prueba, comentario a la STS de 1 de julio de 1986, «C.C.J.C.» núm. 12, septiembre-diciembre 1986, pp. 3883 y ss.

24. REGLERO CAMPOS, L. Fernando: Contrato de seguro. Enriquecimiento del asegurado. Doble indemnización. Naturaleza del seguro de daños. Comentario a la STS de 7 de octubre de 1986, «C.C.J.C.» núm. 12, septiembre-diciembre 1986, pp. 4047 y ss.

25. ROJO AJURIA, Luis: Sociedad civil; prórroga, disolución, derecho de separación de un socio; equidad. Comentario a la STS de 18 de julio de 1986, «C.C.J.C.» núm. 12, septiembre-diciembre, 1986 pp. 3959 y ss.

26. RUBIO TORRANO, Enrique: Arrendamiento rústico: duración, aplicación de la Ley Especial de Navarra. Comentario a la STS de 27 de junio de 1986, «C.C.J.C.» núm. 12, septiembre-diciembre 1986, pp. 3861 y ss.

27. SEISDEDOS MUIÑO, Ana: Contrato de opción de compra; interpretación; ejercicio del derecho de opción: requisitos. Saneamiento por carga o servidumbre no aparente. Comentario a la STS de 7 de julio de 1986, «C.C.J.C.» núm. 12, septiembre-diciembre 1986, pp. 3925 y ss.

28. STORCH DE GRACIA Y ASENSIO, José Gabriel: De nuevo, acerca de la acción directa del tercero perjudicado frente a la compañía aseguradora y sus límites. Comentario a la STS (2.ª) de 7 de mayo de 1987, «La Ley», 23 de septiembre de 1987.

29. VALLADARES RASCON, Etelvina: La responsabilidad del titular de una tarjeta de crédito en caso de sustracción de la misma. Comentario a la sen-

tencia de la Audiencia Provincial de Bilbao de 19 de diciembre de 1986, «Poder Judicial» núm. 6, junio 1987, pp. 95 y ss.

4. DERECHOS REALES

30. ALVAREZ CAPEROCHIPI, José A.: Hipoteca; los recursos en el procedimiento judicial sumario; oponibilidad del arrendamiento protegido a la ejecución hipotecaria; valor de la escritura de hipoteca no inscrita; la indefensión procesal del arrendatario. Comentario a la STS de 31 de octubre de 1986, «C.C.J.C.» núm. 12, septiembre-diciembre de 1986, pp. 4123 y ss.

31. ALVAREZ-SALA WALTER, Juan: Venta judicial de cosa ajena e inexactitud del Registro de la Propiedad. Doble venta. Buena fe del comprador (segundo comprador) inscribiente. Comentario a la STS de 30 de junio de 1986, «C.C.J.C.» núm. 12, septiembre-diciembre 1986, pp. 3871 y ss.

32. ARANA DE LA FUENTE, Isabel: Posesión. Precario. Obras realizadas en finca ajena. Presunciones. Comentario a la STS de 30 de octubre de 1986, «C.C.J.C.», núm. 12, septiembre-diciembre 1986, pp. 4099 y ss.

33. CARCELLER FERNANDEZ, Antonio: La competencia urbanística de los municipios en la nueva legislación de régimen local, «R.J.C.», 1987, pp. 649 y ss.

Tras algunas consideraciones previas sobre la distinción entre ordenación del territorio y urbanismo y sobre el tratamiento de la materia urbanística en la Constitución y el Estatuto de Autonomía de Cataluña, el trabajo se centra en el estudio del ámbito urbanístico que corresponde a los municipios según la nueva legislación de régimen local. Señala el autor, a modo de conclusión, que esta nueva legislación no ha innovado la competencia urbanística de los municipios: se ha limitado a mejorar el enunciado de esta competencia y a remitir su alcance a los términos de la legislación urbanística del Estado y de las Comunidades Autónomas.

34. COCA PAYERAS, Miguel: Propiedad horizontal; posibilidad de que el piso destinado a portería se configure como elemento privativo. Interpretación de los contratos; jerarquía de reglas. Comentario a la STS de 15 de julio de 1986, «C.C.J.C.» núm. 12, septiembre-diciembre 1986, pp. 3947 y ss.

35. HEREDERO HIGUERAS, Manuel: La protección de los programas de ordenador en el Proyecto de Ley de Propiedad Intelectual, «R.C.D.I.» núm. 581, julio-agosto 1987, pp. 1021 y ss.

El trabajo pone de manifiesto las insuficiencias del ordenamiento vigente sobre la materia para, a continuación, centrarse en el estudio del régimen jurídico del derecho de autor sobre los programas de ordenador en el Proyecto de Ley de Propiedad Intelectual. Tomando siempre como referencia las normas de los Convenios de Berna y Ginebra, se analizan, como preceptos básicos, los artículos

10.1 i) y 94. El primero incluye a los programas entre las obras originales, literarias, artísticas y científicas que relaciona. El segundo determina las normas aplicables a los programas de ordenador. Como criterio sistemático se adopta el de examinar los distintos elementos de la relación jurídica del derecho de autor sobre el programa: sujeto, objeto y contenido.

36. LASARTE ALVAREZ, Carlos: Bienes y derechos de las Comunidades Autónomas e inscripción registral, «Actualidad Civil» núm. 30, 1987 (594), pp. 1823 y ss.

El análisis de los problemas jurídicos que plantea el tema que sirve de título al trabajo lleva a su autor a defender la oportunidad de que, a medida que se vayan transfiriendo bienes inmuebles del Estado o de las restantes corporaciones a las Comunidades Autónomas, éstas procuren llevar a término la inmatriculación de tales bienes en el caso de que no se encuentren ya inscritos, sobre todo en los supuestos en los que se estime que la publicidad posesoria pueda resultar discutible u originar dificultades prácticas de deslinde.

37. MIQUEL GONZALEZ, José María: Acción de división de cosa común. Buena fe y abuso del derecho. Presunción de buena fe. Comentario a la STS de 9 de octubre de 1986, «C.C.J.C.» núm. 12, septiembre-diciembre 1986, pp. 4061 y ss.

38. PAVON, José Miguel: Propiedad Horizontal: la problemática de la representación de la comunidad por el presidente, «R.G.L.J.», noviembre 1986, pp. 671 y ss.

Estudio sobre uno de los concretos problemas que plantea la actual Ley de Propiedad Horizontal: la necesidad de definir los perfiles conceptuales que caracterizan la figura del presidente de la comunidad de propietarios.

39. ROMERO CORONA, Aurelia María: La extinción de las servidumbres y su protección procesal, «R.G.L.J.», diciembre 1986, pp. 819 y ss.

En el trabajo se estudian la renuncia, la confusión, el no uso, la imposibilidad sobrevinida e inutilidad como causas de extinción de la servidumbre. Igualmente se analiza su protección procesal, concretamente, las acciones confesoria y negatoria.

40. VILLA VEGA, Enrique: Marcas. Finalidad del derecho de marcas. Inscripción de la marca y uso obligatorio del signo registrado. Caducidad de la marca. «Onus probandi». Comentario a la STS de 30 de octubre de 1986, «C.C.J.C.» núm. 12, septiembre-diciembre 1986, pp. 4111 y ss.

5. DERECHO DE FAMILIA

41. CARRASCO PERERA, Angel: Sociedad de gananciales. Tercería de dominio. Deudas comunes y deudas privativas. Anotación preventiva de embargo sobre bienes gananciales. Comentario a la STS de 26 de septiembre de 1986, «C.C.J.C.» núm. 12, septiembre-diciembre 1986, pp. 4005 y ss.

42. CERDA GIMENO, José: Notas de urgencia acerca del nuevo Proyecto de Ley de Reforma de la Adopción, «R.C.D.I.» núm. 580, mayo-junio 1987, pp. 711 y ss.

Estudio detallado del Proyecto de Ley de 4 de febrero de 1987, de modificación de determinados artículos del Código civil en materia de adopción. Tras una breve introducción a la materia, el autor lleva a cabo un estudio comparativo de los Proyectos de Ley de 1986 y 1987 y de este último y la normativa del Código civil vigente. Seguidamente examina la sistemática y ubicación de la adopción en el nuevo Proyecto de Ley, así como las recientes aportaciones doctrinales sobre esta materia. A continuación, pasa revista a una serie de *cuestiones pendientes* que la doctrina progresista había presentado como de prioritaria solución: la situación de abandono, el consentimiento de los padres naturales, el período de prueba previo, las características genéricas de la regulación proyectada, la infraestructura y el procedimiento. Una breve recapitulación y algunas reflexiones finales sobre las dimensiones normativa, fáctica y valorativa de la adopción cierran el trabajo, que, además, cuenta con una selección bibliográfica y con dos interesantes apéndices: el primero, un cuadro comparativo de la normativa del Código civil y de los Proyectos de 1986 y 1987; el segundo, un cuadro comparativo de la ubicación de la adopción en distintos códigos civiles europeos.

43. CRUZ CABALLERO, José María: La adopción en el nuevo Derecho alemán, «R.G.L.J.», diciembre 1986, pp. 851 y ss.

El 1 de enero de 1977 entraron en vigor en Alemania la «Ley sobre la adopción» (*Adoptionsgesetz*) y la «Ley sobre mediación de la adopción» (*Adoptionsvermittlungsgesetz*). En el trabajo se estudia el nuevo Derecho alemán sobre la adopción resultante de las citadas normas. Para el autor, el nuevo Derecho aprueba, dignifica y potencia abiertamente la institución de la adopción, facilita y agiliza el procedimiento y, al mismo tiempo, lo somete a un control competente y eficaz para evitar deficiencias y conseguir el máximo bien del adoptando.

44. DOMINGO AZNAR, Antonio: El *escreix*, *excreix*, *creix*, *esponsalicio* o *premio a la virginidad*, «R.G.L.J.», noviembre 1986, pp. 655 y ss.

Estudio sobre el «*Excreix*», «*Escreix*» o «*Creix*», que, según señala su autor, se trata de una institución típica de Cataluña y consiste en una donación que en los capítulos matrimoniales el futuro esposo otorga a la desposada, por razón de su «*virginidad*» y correlativamente a la dote, con frases parecidas a éstas: «M. acepta la constitución dotal que le ha hecho su futura esposa N. y, en atención a su *virginidad* y por razón de la dote que aporta, le promete, de *esponsalicio*, la cantidad de ...».

45. GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel-REGOJO OTERO, Alejandra: La familia no matrimonial (Estudio sobre el concubinato), «R.G.L.J.», noviembre 1986, pp. 613 y ss.

Cuando el jurista se plantea la problemática que gira al rededor de la comunidad de vida no matrimonial, la llamada unión libre o concubinato tiene necesariamente que despejar —señalan los autores— una serie de incógnitas previas que

pueden resumirse así: el concubinato es y lo ha sido siempre una realidad. Ahora bien, ¿el Derecho ha de aprehender esta y otras realidades sociales necesariamente?; si tiene en cuenta el hecho social del concubinato, ¿en qué medida debe abrirle sus puertas? Para dar respuesta a estos interrogantes, los autores realizan un breve repaso histórico sobre la cuestión y, seguidamente, analizan los siguientes temas: el concubinato ante la Constitución de 1978; el hombre y la mujer unidos sin matrimonio; el concubinato y los hijos, y, por último, algunas reflexiones finales sobre la posición del jurista ante el concubinato.

46. GRANADOS PEREZ, Francisco: La irracional en el conflicto familiar, «Actualidad Civil» núm. 35, 1987 (677), pp. 2086 y ss.

El autor, psicólogo de los juzgados de familia y psicoanalista, desarrolla en el trabajo algunas reflexiones que intentan dar significación psíquica a comportamientos y actitudes fuera de lógica en las situaciones de separación y divorcio.

47. MIRALLES GONZALEZ, Isabel: El deber de contribución a las cargas del matrimonio (constante matrimonio), «R.J.C.», 1978, pp. 583 y ss.

La parte central del trabajo está dedicada al estudio del artículo 1.318 del Código civil, que, como es sabido, regula el deber de contribución a las cargas del matrimonio. Para la autora, cada vez es más unánime la consideración de que el deber de contribución ha adquirido, tras la reforma, un carácter central. La familia, en cuanto fenómeno social, ha sido concebida como comunidad de iguales. Por tanto, unidad e igualdad se patentizan en la dirección conjunta de la vida familiar, donde el acuerdo sustituye las directrices del cabeza de familia, legitimando a cualquiera de los componentes del grupo familiar para actuar en la dirección acordada. Pero, además, estos principios se patentizan a nivel patrimonial, estableciendo la necesaria colaboración entre los miembros del grupo familiar, colaboración que se manifiesta, no sólo en la actuación que sus miembros deben realizar en beneficio de la familia, sino, y fundamentalmente, contribuyendo al sostenimiento de la misma. En relación a esta última afirmación —añade— pueden ponerse de manifiesto dos notas. Ante todo, el deber de contribución asume un papel fundamental, en tanto en cuanto se ha separado de los sigulares sistemas matrimoniales, de modo que la contribución al sostenimiento de la familia ha asumido un carácter de generalidad, vinculando los bienes de los cónyuges y, excepcionalmente, los de los hijos a su sostenimiento. En segundo lugar, ese carácter de generalidad encuentra su plasmación concreta en la consideración de inderogable que se le atribuye. Difícilmente podría conseguirse el fin propuesto si el deber fuera potencialmente derogable. El trabajo se completa con el análisis de la denominada «potestad doméstica», regulada en el artículo 1.319 del Código civil.

48. PABLO CONTRERAS, Pedro: Derecho navarro. Usufructo de fidelidad: inventario. Cesión de frutos por alimentos. Comunidad familiar de hecho. Comentario a la STS de 17 de octubre de 1986, «C.C.J.C.» núm. 12, septiembre-diciembre 1986, pp. 4071 y ss.

49. PASTOR VINARDELL, Enrique: El llamado «criterio estándar» en las separaciones matrimoniales contenciosas. (Del sistema causal del Código al repudio libre del cónyuge varón.) «La Ley», 31 de julio de 1987.

Análisis de un concreto problema que surge en los procesos de separación contenciosa, cuando es sólo una parte la que pide la separación, en tanto que la otra se opone y alega que no concurre causa legal al efecto. Para el autor, tal problema puede resumirse así: cuando se pide unilateralmente la separación hay una corriente jurisprudencial muy minoritaria en las Audiencias, algo más extendida en los Juzgados de Primera Instancia y dominante en algunos Juzgados de Familia, que aplica el que en los medios profesionales de la Administración de Justicia se ha dado en llamar «criterio estándar», por cuya virtud se estiman siempre y por principio las demandas de separación presentadas, se pruebe o no lo alegado, que formalmente, y basándose en cualquier resquicio, se declara siempre probado en el fallo. Una vez decretada la separación, también por principio, se otorga la guarda y custodia de los hijos menores a la madre (salvo que en ella concurrese causa grave que pudiera perjudicarlos), y, por consiguiente, también el uso del hogar familiar, así como el derecho a percibir alimentos y la pensión compensatoria, en su caso. El autor analiza este criterio judicial que, en su opinión, resulta absolutamente discutible y se presta a su utilización «estratégica» por la mujer.

50. RIVERO HERNANDEZ, Francisco: Filiación no matrimonial; acción de reclamación de filiación; pruebas biológicas y su relación con otras pruebas. Comentario a la STS de 8 de julio de 1986, «C.C.J.C.» núm. 12, septiembre-diciembre 1986, pp. 3933 y ss.

6. DERECHO DE SUCESIONES

51. CASAS VALLES, Ramón: Partición de herencia. Eficacia de la llevada a cabo por el testador. Partición combinada efectuada por los cónyuges. Derecho de retención por gastos y mejoras en inmueble. Comentario a la STS de 21 de julio de 1986, «C.C.J.C.» núm. 12, septiembre-diciembre 1986, pp. 3967 y ss.

52. GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a del Carmen: Legítima. Donaciones «inter vivos» a legitimarios. Inoficiosidad. Atribución de legítima en legados. Repudiación de la herencia. Coexistencia de sucesión testada-intestada (régimen del Código civil). Comentario a la STS de 20 de junio de 1986, «C.C.J.C.» núm. 12, septiembre-diciembre 1986, pp. 3851 y ss.

53. POZO CARRASCOSA, Pedro: Legado de cosa específica. Suplemento de legítima. Frutos e intereses: compatibilidad. Comentario a la STS de 7 de julio de 1986, «C.C.J.C.» núm. 12, septiembre-diciembre 1986, pp. 3917 y ss.

54. YSAS I SOLANES, María: Legado de cosa específica. Concentración parcelaria. Mutación del objeto del legado. Revocación del legado. Comentario a la STS de 29 de septiembre de 1986, «C.C.J.C.» núm. 12, septiembre-diciembre 1986, pp. 4017 y ss.

7. VARIA

55. STOLL, Hans-JÄGER, Susanne: Evolución del Derecho privado alemán en los años 1984 a 1986, «R.D.P.», junio 1987, pp. 523 y ss.

El informe hace referencia, en primer lugar, a la nueva ordenación legal del Derecho internacional privado, de 1986, y a la Ley sobre líneas rectoras del balance, de 1985. Igualmente alude a la atrayente evolución de la jurisprudencia sobre el contrato de «leasing» y a determinadas cuestiones acerca del control del contenido de las condiciones generales de los contratos a tenor de la Ley sobre esta materia, que ha adquirido en la práctica alemana una creciente significación. Finalmente, trata de la jurisprudencia alemana sobre la normativa de responsabilidad de los médicos y recoge la enumeración de los principales temas debatidos en los congresos de juristas alemanes en los años 1984 y 1986.

II. DERECHO MERCANTIL

1. PARTE GENERAL. EMPRESA

56. FONT I RIBAS, Antoni: Liquidacions a preu de saldo: les rebaixes liquidades. (Acotacions a la STC 88/1986 d'l de juliol), «R.J.C.», 1987, pp. 697 y ss.

Comentario a la STC 88/1986 de 1 de julio («B.O.E.» de 22 de julio), que, como es sabido, resuelve los recursos de inconstitucionalidad presentados contra la Ley del Parlamento Catalán 1/1983, de 18 de febrero, *de regulación administrativa de determinadas estructuras comerciales y ventas especiales*. La Sentencia del Tribunal Constitucional —señala el autor del comentario— presenta un especial interés desde el punto de vista doctrinal, de cara a «esbrinar» los límites reales y las posibilidades de actuación de una política económica adecuada a los tiempos de crisis por parte de la Generalidad.

57. IGLESIAS PRADA, Juan Luis: Las ayudas estatales en la legislación española sobre protección de la competencia, «R.D.M.» núms. 179-180, enero-junio 1986, pp. 143 y ss.

El estudio, en palabras de su autor, trata de considerar si las ayudas públicas otorgadas a las empresas constituyen una alteración de las condiciones de competencia en detrimento de los competidores reales o potenciales y, en su caso, si su otorgamiento o sus efectos anticoncurrenciales pueden entenderse comprendidos en el ámbito de nuestra legislación protectora de la libre competencia.

2. DERECHO DE SOCIEDADES

58. AURIOLES MARTIN, Adolfo: La sociedad anónima unipersonal en la reciente jurisprudencia (a propósito de la STS de 27 de noviembre de 1985), «R.D.M.» núms. 179-180, enero-junio 1986, pp. 185 y ss.

Comentario a la STS de 27 de noviembre de 1985, que, a juicio del autor, parece haber recogido las argumentaciones de un importante sector de la doctrina

que aboga por un cambio de actitud frente al régimen de responsabilidad del único accionista de la sociedad anónima. La originalidad de la resolución —añade— permite augurar un interesante giro en el tratamiento del problema, a la vez que nos suministra nuevos elementos para la futura ordenación legal de la materia.

59. BERCOVITZ, Alberto, y BROSETA, Manuel: Mutuas de seguros, prima fija y carácter no mercantil, «R.D.M.» núms. 179-180, enero-junio 1986, pp. 7 y ss.

En opinión de los autores, cabe afirmar que de acuerdo con el Derecho vigente, teniendo en cuenta que se mantiene en vigor el artículo 124 del Código de Comercio, así como la propia delimitación que de los comerciantes y de los actos de comercio hace el Código, es indudable que las mutuas de seguros sean a prima fija o a prima variable, según la nueva legislación de ordenación del seguro privado, no son sociedades mercantiles. Esto significa que no pueden ser consideradas comerciantes, del mismo modo que hay que afirmar que tampoco ejercen una industria o comercio como actividad especulativa. Esta es una de las conclusiones a que llegan los autores, después de analizar detenidamente los siguientes temas: la posible incidencia de la nueva Ley sobre Ordenación del Seguro Privado en la interpretación del artículo 124 del Código de Comercio; interpretación del artículo 124 del Código de comercio; la legislación administrativa posterior al Código; el cambio doctrinal que atribuye carácter mercantil a las mutuas; la Ley sobre Ordenación del Seguro Privado de 2 de agosto de 1984 y la supuesta mercantilidad de las mutuas; por último, la mercantilidad de las mutuas y las tendencias actuales del Derecho Mercantil.

60. LANZAS GALVACHE, Joaquín: Las sociedades anónimas laborales, «R.C.D.I.» núm. 580, mayo-junio 1987, pp. 663 y ss.

Amplio y minucioso comentario del articulado de la Ley 15/1986 de 25 de abril, de Sociedades Anónimas Laborales. Para el autor la Ley merece una crítica favorable en cuanto desaparece el vicioso sistema de regulación a través de Ordenes ministeriales; en todo lo demás, sin embargo, la crítica no puede ser sino rotundamente negativa: a su juicio, no es la sociedad anónima el cauce adecuado para dar cobijo y abrigo a las sociedades laborales.

61. PAZ CANALEJO, Narciso: Competencias administrativas y control jurisdiccional ante el Registro de Sociedades Cooperativas según el ordenamiento español, «La Ley», 25 de septiembre de 1987.

El Registro donde han de inscribirse las sociedades cooperativas y los actos más relevantes de su desarrollo económico y societario, constituye, señala el autor, un auténtico nudo problemático. Se trata, ante todo, de un instituto en el que convergen, por un lado, determinadas manifestaciones de la autonomía de la voluntad de los particulares y, por otro, ciertas funciones muy peculiares (de índole «cuasi-jurisdiccional») que la Administración pública asumirá como titular del Registro Cooperativo. A ello hay que añadir que, por virtud del mandato constitucional de fomento cooperativo, en el campo de estas singulares sociedades —y sólo en él— va a proyectarse una intensa acción administrativa de policía o con-

trol sobre tales organizaciones privadas, que llegará incluso al extremo de poder generar una «descalificación» con efectos registrales de oficio y una postrera consecuencia disolutoria.

62. PEREZ DE CASTRO, Nazareth: Designación de menor emancipado como administrador de una sociedad anónima, «R.J.C.», 1987, pp. 719 y ss.

El día 1 de diciembre de 1984 se constituyó la Compañía «Ayudas Vandellós, S.A.». En una de sus cláusulas se contenía la designación de los componentes del Consejo de Administración, entre los que se nombraba a la accionista doña M.T.P.J., de dieciséis años, soltera y emancipada por concesión de sus padres. Se presenta copia de la escritura de constitución en el Registro Mercantil, y es inscrita, con excepción del nombramiento de la menor emancipada, que se deniega con base en el artículo 82 de la L.S.A. El recurso interpuesto contra la anterior calificación fue desestimado por la Dirección General. Atendiendo a estos datos y a los argumentos esgrimidos por el Notario y el Registrador Mercantil, la autora aborda las siguientes cuestiones: ¿Qué condición tiene el emancipado? Las limitaciones contenidas en el artículo 323 del Código civil ¿son las únicas que restringen la capacidad del emancipado? ¿Operan las limitaciones establecidas en el artículo 323 cuando el emancipado no actúa en nombre propio?

63. SACRISTAN REPRESA, Marcos: Sociedad irregular; mercantilidad por el objeto; régimen de sociedad colectiva en las relaciones internas; resolución parcial del contrato por incumplimiento; efecto de esa resolución. Comentario a la STS de 1 de octubre de 1986, «C.C.J.C. núm. 12, septiembre-diciembre 1986, pp. 4031 y ss.

64. SUAREZ SANCHEZ-VENTURA, José M.ª: Las sociedades de un solo socio: ficción o realidad, «R.J.C.», 1987, pp. 735 y ss.

Las sociedades mercantiles de un solo socio o sociedades unipersonales son aquellas que en una fase posterior a la de su constitución, una sola persona (socio, accionista) deviene titular de todas las participaciones o partes alicuotas que integran el capital social de la compañía. Desde antiguo se ha polemizado acerca de la viabilidad de estas sociedades que, por múltiples causas, carecen del requisito de la pluralidad en lo concerniente al elemento subjetivo. Y en el momento presente la tesis que preconiza el rechazo de las sociedades que se hallan en esta situación ha cobrado nuevos bríos merced a la doctrina contenida en dos recientes Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado: las de 13 y 14 de noviembre de 1985, en torno a las cuales gira el estudio.

65. VELASCO SAN PEDRO, Luis A.: Sociedad anónima no inscrita; responsabilidad de sus socios y gestores por los contratos celebrados en nombre de ella. Venta a plazos. Comentario a la STS de 19 de septiembre de 1986, «C.C.J.C.» núm. 12, septiembre-diciembre 1986, pp. 3983 y ss.

66. VICENT CHULIA, Francisco: Notas en torno a la Ley General de Cooperativas de 2 de abril de 1987, «La Ley», 22 de septiembre de 1987.

La Ley General de Cooperativas («B.O.E.» 8 de abril) es la quinta y última de un proceso legislativo que comienza con la promulgación de la Ley del Parla-

mento Vasco de 11 de febrero de 1982, seguida por Ley del Parlamento Catalán de 9 de marzo de 1983, por la Ley del Parlamento de Andalucía de 2 de mayo de 1985 y por la Ley de las Cortes Valencianas de 25 de octubre de 1985. Aunque la Exposición de Motivos de la Ley General de Cooperativas 1987 parece olvidar este hecho evidente, señala el autor, tal proceso legislativo merece una consideración unitaria, como esfuerzo de los legisladores españoles por aproximarse a la más fiel y adecuada definición y regulación sustantiva de la cooperativa. En el trabajo se examina el citado proceso legislativo y las características de la nueva Ley, para, a continuación, analizar los puntos fundamentales de la misma: definición legal, fundación, Registro de cooperativas, socios, órganos sociales, régimen económico, modificaciones sociales, clases de cooperativas y, por último, relaciones entre la Administración pública y el movimiento cooperativo.

3. INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRAFICO

67. DIAZ MORENO, Alberto: Las perspectivas de la protección de los depósitos en Italia: el futuro «Fondo di tutela dei depositi bancari», «R.D.B.B.» núm. 26, abril-junio 1987, pp. 341 y ss.

Estudio del denominado «Fondo di tutela dei depositi bancari» italiano, cuyo proyecto definitivo de Estatutos fue aprobado por el Consejo de la Asociación Bancaria Italiana en su sesión de 20 de noviembre de 1985 y puesto en conocimiento de las entidades de crédito en los primeros días de la primavera de 1986. Según señala el autor, para la plena operatividad del sistema será necesaria la adhesión de un número suficientemente significativo de entidades de crédito y, en realidad, el proceso, una vez que se ponga en marcha, no será otra cosa que la constitución, a través de un proceso de formación sucesiva, de un consorcio con actividad externa, figura que se encuentra regulada en los artículos 2.602 a 2.616 bis del Código civil italiano.

68. SANCHEZ CALERO, Fernando: La bolsa y el sistema de las anotaciones en cuenta, «R.D.B.B.» núm. 26, abril-junio 1987, pp. 247 y ss.

Tras algunas consideraciones introductoras, en el trabajo se analizan los siguientes temas: en primer lugar, los valores públicos y su negociación con la intermediación de los agentes de cambio y bolsa. En segundo lugar, los mercados primario y secundario de los valores públicos (el mercado primario de Deuda Pública y, con particular atención, el mercado secundario). En tercer lugar, la problemática que plantea el diseño del proyecto de la organización del mercado de valores públicos en bolsa: el régimen de la admisión a cotización de los valores públicos, referencia a los contratos bursátiles sobre valores públicos, los sistemas de contratación en bolsa, la liquidación de las operaciones, referencia a la documentación de los contratos y referencia a las comisiones. En cuarto lugar, por último, el posible reflejo del sistema en la negociación en bolsa de los valores privados.

4. CONTRATOS MERCANTILES

69. FERNANDEZ-ARMESTO, Juan: Los créditos-subasta, «R.D.B.B.» núm. 26, abril-junio 1987, pp. 379 y ss.

Estudio sobre el denominado «crédito-subasta», que el autor define como un contrato de apertura de crédito en el que, cada vez que el acreditado pide una disposición a un determinado plazo (que, en general, no excede de doce meses), los bancos compiten entre sí en una subasta, ofreciendo cantidades que están dispuestos a facilitar y tipos de interés aplicables. Prevalcen aquellas ofertas cuyo tipo de interés es más reducido.

70. ROMEO CASABONA, Carlos M.^a: La utilización abusiva de tarjetas de crédito, «R.D.B.B.» núm. 26, abril-junio 1987, pp. 304 y ss.

Tras algunas ideas iniciales sobre la operatividad y la naturaleza de las tarjetas de crédito, en el trabajo se analizan diversas conductas que suponen una utilización irregular o abusiva de los cajeros bancarios automáticos para, a continuación, y a modo de conclusiones, realizar algunas consideraciones político-criminales y propuestas de «lege ferenda» en relación con la protección penal frente al abuso de crédito cometido mediante tarjetas magnéticas.

5. DERECHO CAMBIARIO

71. MORAN BOVIO, David: Los intereses por el aplazamiento cambiario, «R.D.B.B.» núm. 26, abril-junio 1987, pp. 263 y ss.

El aplazamiento de una obligación y los intereses accesorios a la misma —señala el autor— son dos hechos vinculados por un nexo causal, cuya peculiaridad consiste en que los intereses siempre encuentran su causa en el aplazamiento de una obligación, aunque éste no siempre signifique la aparición de aquéllos. La Ley cambiaria —añade— reconoce esta relación entre aplazamiento e intereses cuando concede al librador de un título cuyo vencimiento se ignora el día de la emisión la facultad de insertar en su texto una cláusula de intereses para que se devenguen por el aplazamiento cambiario. Tal cláusula se tiene por no puesta en aquellos títulos cuyo vencimiento sí se conoce el día de la emisión, pero no porque sea incompatible con el régimen de éstos, sino por motivos de economía legislativa, ya que si se quiere que su producción quede amparada por la especial eficacia del título, los intereses pueden calcularse anticipadamente y acumularse a la suma del negocio causal para configurar la que se escribirá en el título. Y cuando el aplazamiento previsto en el título se reduce por la anticipación del reembolso, el legislador decreta el descuento de los intereses. A esos modos de manifestarse el aplazamiento le corresponden unos intereses que el autor califica como manifiestos, ocultos y descontables. El estudio, señala, responde al deseo de conocer el régimen jurídico y la justificación de los intereses por el aplazamiento cambiario adjetivados de las tres formas antes mencionadas.

72. PASCUAL ESTEVILL, Luis: El cumplimiento de la obligación cambiaria, «R.D.M.» núms. 179-180, enero-junio 1986, pp. 61 y ss.

Tras algunas consideraciones previas sobre el concepto de obligación, el trabajo se centra en el estudio del pago o cumplimiento de la obligación cambiaria, a la luz de los preceptos que sobre la materia se contienen en la Ley de 16 de julio de 1985. En primer lugar se analiza el pago y su estructura: concepto, exactitud de la prestación debida y sujetos del cumplimiento. En segundo lugar, los efectos de un pago estricto: la cooperación debida, la satisfacción del interés del acreedor, la extinción de la obligación, la liberación del deudor y, por último, el cumplimiento como título de adquirir y de conservar.

73. SANCHEZ MIGUEL, M.^a Candelas: Incumplimiento del contrato de «leasing» como causa de oposición al juicio ejecutivo de letra de cambio. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 4.^a), de 5 de julio de 1986, «R.D.B.B.» núm. 26, abril-junio 1987, pp. 411 y ss.

74. TOMILLO URBINA, Jorge Luis: Admisibilidad de la hipoteca cambiaria en el Derecho positivo español, «R.D.M.» núms. 179-180, enero-junio 1986, pp. 157 y ss.

En palabras del autor, el trabajo aborda el tema de la admisibilidad de la hipoteca cambiaria en nuestro Derecho positivo desde una triple perspectiva: en primer término, desde la siempre orientativa óptica del Derecho histórico; en segundo lugar, pasando detenido examen a la doctrina de los autores; en tercer lugar, en fin, analizando la trascendental función desarrollada por la Dirección General de los Registros y del Notariado, que, a través de sus Resoluciones, y ante la quietud del legislador, se esfuerza por adecuar los rígidos preceptos de la legislación hipotecaria a la flexible y mutable problemática que, en el campo de la práctica jurídica, plantea la sociedad de nuestros días.

6. DERECHO CONCURSAL

75. APARICIO GONZALEZ, M.^a Luisa: Reflexiones sobre la tutela de los obligacionistas en las situaciones de crisis económica de la sociedad emisora, «R.C.D.I.» núm. 581, julio-agosto 1987, pp. 1045 y ss.

Es cierto —señala la autora— que los obligacionistas son acreedores sociales y, en consecuencia, de igual modo que sucede con el resto de los acreedores, gozan de la tutela que emana del ordenamiento general para la satisfacción de sus créditos; no obstante, añade, las especiales características que derivan de una emisión de obligaciones —entre las que merecen destacarse la pluralidad de sujetos que acuden a la llamada de la emisión, así como la prolongada duración en el tiempo por el cual se emiten los títulos— han aconsejado al legislador ofrecerles una singular consideración. De este modo se establece un régimen especial de protección de los obligacionistas que les desvincula del resto de los acreedores cuando se trata de la defensa de sus legítimos intereses, y que, a la vez, sirve de vehículo a sus relaciones con la sociedad emisora de los títulos.

En el trabajo se presta especial atención al planteamiento de las posibles vías de solución a los conflictos que pueden surgir entre la sociedad emisora de los títulos y sus obligacionistas cuando aquélla se enfrenta a su propia crisis económi-

ca, aunque ha de añadirse que el estudio se centra más bien en aquellos aspectos concernientes a la tutela colectiva de los intereses ecomunes de los obligacionistas frente a su actuación individual y aislada, así como en los problemas que suscita dicha tutela colectiva a la luz de la legislación vigente en materia de insolvencia del empresario.

76. BELTRAN, Emilio: La reforma del Derecho portugués de la crisis económica de la empresa. El Decreto-Ley 177/86 sobre recuperación de la empresa y protección de los consumidores. «La Ley», 14 de agosto de 1987.

Mediante el Decreto-Ley 177/86, de 2 de julio, el Gobierno portugués pretende una reforma en profundidad de su viejo derecho concursal, que, en opinión del autor del trabajo, puede deparar interesantes enseñanzas para nuestro país. En primer lugar, y en un plano general, porque se pretende que la economía portuguesa pueda enfrentarse con unas mínimas garantías de éxito al desafío europeo, huyendo de la demostrada artificiosidad de una legislación de emergencia que sólo en concretas ocasiones da los frutos apetecidos y acudiendo a una legislación que tiene como norte la conservación de la empresa cuando se demuestre su viabilidad. En segundo lugar, y en un plano más concreto, porque los defectos de que adolecía la vieja legislación concursal son muy semejantes a los que aquejan a la española y porque alguna de las soluciones allí ensayadas pueden todavía ser contempladas por el legislador hispano en la reforma en curso.

III. DERECHO PROCESAL

77. FAYOS GARDO, Antonio: La «Contempt of Court Act» británica de 1981: El desacato al tribunal cometido por los medios de comunicación social, «La Ley», 8 de septiembre de 1987.

De acuerdo con la legislación británica —señala el autor— se cometerá «contempt» si los medios de comunicación social al publicar informaciones sobre procesos en curso pueden dar lugar a la creación de riesgos sustanciales en dichos procesos, de manera que puedan producir prejuicios en los juzgadores y muy especialmente en el jurado. Para regular este tipo de «Contempt» se publicó en 1981, el día 27 de julio, la «Contempt of Court Act» 1981, a cuyo estudio está dedicado el trabajo.

78. FIGUERUELO BURRIEZA, Angela: Amparo y casación civil. Relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, «La Ley», 18 de septiembre de 1987.

Si el recurso de casación —señala la autora— no es una tercera instancia en relación a la ordenación del sistema de garantías procesales en nuestro ordenamiento jurídico, el recurso de amparo no debe ser una supercasación. Ello será posible si el Tribunal Constitucional, en su actividad, logra conciliar su función de intérprete supremo de la Constitución con la superación de los límites que a su actuación marcan la propia Constitución y su Ley orgánica. El trabajo —añade— pretende analizar la posibilidad de este aserto en base a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional emanada a partir de la Sentencia del Pleno núm. 81, de 20 de junio de 1986, recaída en el recurso de amparo núm. 121/85.

79. QUIÑONES I ESCAMEZ, Anna: Evolución de la admisibilidad de la cláusula atributiva de competencia internacional en Derecho español y comparado (Incidencia de las leyes de protección al consumidor y de reglamentación de las condiciones generales de la contratación), «R.J.C.», 1987, pp. 657 y ss.

El interés por traer a la atención del lector este tema —señala la autora— tiene su razón de ser en la reflexión que suscita la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985, inspirada en el Convenio de Bruselas sobre la competencia judicial y ejecución de sentencias, que España deberá negociar, en un futuro próximo, como consecuencia de su entrada en el Mercado Común. El trabajo se centra en la prorrogación internacional de competencias en favor de un tribunal estatal y excluye, por tanto, el problema de las cláusulas compromisorias, que poseen una marcada autonomía. En concreto, aborda dos problemas importantes, desde el punto de vista del «estado de la cuestión» en derecho español y en derecho comparado: la Ley aplicable a la cláusula de elección de foro, su admisibilidad y los límites de la misma.

80. VIRGOS SORIANO, Miguel: Comentario al Auto de 27 de diciembre de 1985 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Azepeitia: Laudo arbitral dictado en Zurich. Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958. Trato hispano-suizo de 19 de noviembre de 1986. Competencia del Juzgado de Primera Instancia para conceder el «exequatur», «Poder Judicial», núm. 6, junio 1987, pp. 101 y ss.

INDICE DE ABREVIATURAS

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.
Ř.G.L.J.	= Revista General de Legislación y Jurisprudencia.
R.J.C.	= Revista Jurídica de Catalunya.

ACTUALIDAD CIVIL

LA LEY

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

I. Sentencias comentadas

DERECHOS DE LA PERSONALIDAD. INTROMISION ILEGITIMA Y DERECHO A LA INTIMIDAD

(Comentario a la Sentencia del 28 de octubre de 1986)

M.^a ANGELES PARRA LUCAN

1. SUPUESTO DE LA SENTENCIA

Ante el Juzgado de Primera Instancia número 14 de Madrid, doña Isabel Pantoja Martín interpuso demanda de juicio incidental contra la Entidad Prographic, S. A., sobre tutela judicial y protección de derechos fundamentales.

Se basaba la demanda en los hechos siguientes: el esposo de la demandante, don Francisco Rivera Pérez, de profesión matador de toros (conocido con el nombre de «Paquirri»), falleció el 26 de septiembre de 1984 como consecuencia de una cornada por asta de toro recibida cuando actuaba en la plaza de toros de Pozoblanco (Córdoba). La demandada comercializó (sin consentimiento del interesado ni de sus herederos) un vídeo en el que se recogían, entre otros, los momentos en que el matador fue corneado por el toro y los posteriores vividos en la enfermería de la plaza, en la que fue sometido a una intervención quirúrgica.

Se suplicaba sentencia que condenase a Prographic a abonar la cantidad de cuarenta millones de pesetas en concepto de los daños y perjuicios ocasionados por lo que se consideraba una intromisión ilegítima en el ámbito del derecho de imagen del torero fallecido.

La demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella en base a lo siguiente: las imágenes de la cinta habían sido obtenidas durante meses por la propia demandada en las actuaciones públicas del diestro, y las de la enfermería de la plaza se adquirieron de RTVE. En consecuencia, no podían calificarse de imágenes íntimas o de intromisión ilegítima en la vida privada.

Seguido el pleito en todos sus trámites, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia con fecha 4 de febrero de 1985 por la que estimó parcialmente la demanda, condenando a la demandada a indemnizar a la actora la cantidad de veinte millones de pesetas en concepto de daños y perjuicios y ratificando la medida cautelar adoptada el 29 de noviembre de 1984 en el sentido de que las cintas grabadas debían de quedar fuera del comercio.

Recurrida la sentencia, la Audiencia Territorial desestimó el recurso y confirmó aquélla, sin hacer expresa imposición de las costas.

La demandada, Entidad Prographic, S. A., formalizó recurso de casación ante el Tribunal Supremo, el cual declara haber lugar al recurso, casando y anulando

do la sentencia de la Audiencia y dejando sin efecto la medida cautelar adoptada por el Juez de Primera Instancia.

Fue ponente de esta sentencia don Cecilio Serena Velloso.

2. FUNDAMENTOS DE DERECHO

«1. El presente recurso de casación se dirige contra la sentencia de la Audiencia de esta capital (16 de julio de 1985), que, manteniendo la del Juzgado (4 de febrero de 1985), estima parcialmente la demanda de doña Isabel Pantoja Martín en el concepto de viuda del matador de toros Francisco Rivera Pérez, fallecido el 26 de septiembre de 1984 a consecuencia de las heridas de asta de toro que recibió en la plaza de Pozoblanco, y condena a la entidad demandada, que es «Editorial Prographic, S. A.», «por la grabación y comercialización de cintas de vídeo sin autorización, en las que se recogen escenas e imágenes de la vida privada y profesional del que fue su esposo, a que abone la cantidad de veinte millones de pesetas en concepto de daños y perjuicios», añadiendo que «se ratifica la medida cautelar adoptada el pasado 22 de noviembre (de 1984) en el sentido de que deberán quedar fuera del comercio las cintas grabadas y no se podrán comercializar en el futuro». La demandante había solicitado (aparte la suspensión cautelar de la venta de los vídeos que, bajo el título «Paquirri, un canto de amor y muerte», estaba comercializando a la sazón; lo que se acordó en providencia de 29 de noviembre de 1984 y llevó a efecto el 30 del mismo mes) una sentencia en la que se condene a la entidad demandada a abonarle, en concepto de daños y perjuicios, la cantidad de cuarenta millones de pesetas.

2. No existe cuestión alguna en torno a que la pretensión indemnizatoria de la demanda reposa sobre el contenido del vídeo ocupado e incorporado a las diligencias, por lo cual carece enteramente de sentido el motivo primero de los cinco de que consta el recurso de casación y que se articula por el cauce del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error en la apreciación de la prueba. Lo que el motivo, según aparece en su desarrollo, pretende es más bien que se valore o estime jurídicamente de otro modo que en la instancia, el contenido de la cinta; lo cual no es cuestión atañente a la actividad probatoria.

3. Debe ser examinado a continuación el motivo tercero, que, al amparo del ordinal tercero del mismo artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la irregularidad de la sentencia tachándola de incongruente e invocando al propósito el artículo 359 de la dicha ley. Alega que «de todo el contenido de la cinta de vídeo únicamente encuentra protegible una concreta escena, según narra en el octavo considerando y, sin embargo, otorga protección a todo el contenido del vídeo objeto de la medida cautelar, cuando debía haber discriminado entre unas y otras imágenes decretando cuáles son las imágenes que violan a su juicio la exigida protección de la propia imagen y la intimidad, distinguiéndolas de aquellas otras que no violan tal derecho». Esta alegación, así formulada, pudo servir en su oportunidad para salir al paso de la medida cautelar que adoptó la providencia del Juzgado de 29 de noviembre de 1984 y que se llevó a efecto, como se adelantó el 30 de dicho mes, y ahora podría conducir a la casación parcial para conseguir eliminar del fallo condenatorio el pronunciamiento en que se ratifica la medida cautelar de secuestro de las cintas de vídeo, pero ni puede concluir a una casación total, como se pretende, si las escenas que se dicen atentatorias a la intimidad

mantuvieran esa calificación en este trance de la casación, ni, más en profundidad, constituirían (con lo que el motivo decae) irregularidad procesal del fallo, sino improcedencia de una parte del mismo. Se hace preciso por ello alcanzar el fondo del recurso y juzgar, en definitiva, si el contenido de la cinta, siquiera en alguna de sus partes, merece la protección jurisdiccional objeto de la demanda.

4. Los motivos segundo, cuarto y quinto del recurso, discurren los tres por el cauce de amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El motivo segundo entiende que el contenido del vídeo está en el supuesto del apartado a) del número dos del artículo 8 de la Ley 1/1982, de 5 de mayo, por dos razones: la enfermería de Pozoblanco se convierte, en sus primeros momentos, en lugar abierto al público, y, además, las imágenes fueron captadas por la entidad demandada, no en la enfermería de Pozoblanco, sino del programa «Informe Semanal», de Televisión Española, con audiencia estimada de diecisiete millones de espectadores, por lo que no es posible entender que la imagen no se ha captado en lugares abiertos al público o en acto público. El motivo cuarto invoca el número 1 del mismo artículo 8.º en cuanto, genéricamente, descarta aquellas actuaciones tachadas de intromisiones cuando predomine en ellas un interés histórico, científico o cultural relevante, y, a juicio de la entidad recurrente, la fiesta de toros es un elemento fundamental explicativo de nuestra Cultura y, dentro de la fiesta, la «cogida» es la plasmación del riesgo con todo el dramatismo social que ello encubre, siendo, pues, de interés cultural la cogida y la misma muerte. Finalmente, el motivo quinto se endereza contra la indemnización de veinte millones y se funda en el número 3 del artículo 9.º con vista del cual la moteja de indemnización desorbitada por cuanto la difusión, reducida a la venta de un máximo de 55 copias, y el beneficio de la entidad demandada, no ha sido acreditado en modo alguno. Deben examinarse estos tres motivos atendiendo primordialmente al cuarto, en íntima e inseparable relación con el segundo, ya que, ante todo, ha de dilucidarse si el contenido del vídeo representa una intromisión en los invocados derechos o bienes de la personalidad en aspectos que deban ser preservados, ya que, por su contenido, la suerte del motivo quinto pende de la de aquéllos, por no proceder indemnización alguna si, como en aquéllos se alega, no ha existido la intromisión ilegítima. Debe, sin embargo, declararse que, según el texto invocado, el perjuicio se presume por la ley y si la indemnización se valorará tomando en consideración «el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma», según así lo expresa el mismo texto, se extenderá al daño moral, que, como dijo la sentencia de esta sala de 31 de mayo de 1983, ha de ajustarse a otras pautas que las de la estricta equivalencia económica y que, en correlación con la naturaleza de la personalidad, que es lo que se protege, se regirá por las circunstancias del caso y la gravedad de la lesión producida a la del agraviado, para lo que se tendrán en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido.

5. Los textos que el recurso invoca en los motivos que se están examinando distinguen la captación, reproducción o publicación de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada, prohibidas desde luego, y las obtenidas fuera de ellos, prohibidas también en términos generales (7.5.º), pues podría excepcionar la protección el predominio del interés histórico, científico o cultural, siendo relevante, quedando también fuera de la prohibición y de la protección las imágenes obtenidas fuera de los lugares o momentos de la vida privada

de personas que ejerzan una profesión de notoriedad o de proyección pública si la imagen se capta durante un acto público o en lugares abiertos al público (8.º.1.a). Esas personas, profesionales de notoriedad o proyección pública, tienen protegida su intimidad, pero la protección de su imagen cesa cuando la captación de la misma tiene efecto durante un acto público o en lugares abiertos al público. Y es desde esta perspectiva que debe juzgarse si las imágenes del vídeo merecen o no la protección jurisdiccional.

6. El vídeo en que se supone vulnerado el derecho de la persona a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, se aplica con marcadísima preferencia a las actuaciones profesionales o artísticas del torero fallecido y a ellas dedica la práctica totalidad de su contenido; actuaciones artísticas que se acompañan con los juicios y opiniones y los recuerdos de autoridades y críticos taurinos y amigos y dependientes del diestro. De esta línea, ceñida a la actividad artística, a la que se atiene el vídeo, sin posible duda, únicamente conciernen a lo personal algunas imágenes de su boda y de su sepelio. Por ello, sin duda, el fallo condenatorio se basa en que la ley prohíbe la captación de las «imágenes del torero inmediatamente siguientes a la cogida que determinó su fallecimiento, especialmente las correspondientes a su ingreso y estancia en la enfermería de la plaza, lugar que, por sus características y finalidades, confiere necesariamente carácter privado a cuanto allí sucede». La captación y la reproducción de imágenes está permitida «siempre que la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público, circunstancias que en manera alguna concurren en la enfermería de una plaza de toros, sea cualquiera el número de personas que en un determinado momento tengan acceso a ella»; distinguiendo también entre la divulgación de esas imágenes que fueron difundidas según es notorio por Televisión Española y que fueron reproducidas por el programa «Informe Semanal» cinco días después del suceso, lo que se reputa «información inmediata de un suceso con resonancia pública, y la comercialización posterior, con ánimo de lucro, de esa misma información, incluyendo las imágenes de los últimos momentos de la vida del torero herido».

7. Para rectificar el juicio tan ponderado que la Audiencia deja razonado, es obligado denotar que la protección a los bienes de la personalidad ha de dispensarse dentro de una intensa relativización correlativa a la índole de los mismos, la cual protección se manifestará, de una parte, permitiendo extenderla a supuestos distintos de los casos enunciados en el artículo 7.º de la Ley. Estos casos la atraerán desde luego, pero a la manera de acaecimientos más significativos o frecuentes y ejemplificativos de agresiones ilegítimas a la intimidad, destacados del fondo del principio general del «alterum non laedere». No constituyen, sin embargo, un «*numerus clausus*». De otra parte, la denotada relativización con la que ha de otorgarse la protección se manifestará tratando la personalidad y correlativa intimidad de cada persona y en cada caso según las circunstancias que operarán decisivamente antes del contraste o confrontación de la norma con la ocurrencia concreta; ésta, pues, será configurada caracterizada e individualizada por o a través de esas circunstancias escogiendo el Juez al efecto las más relevantes. Debe así eliminarse cualquier manifestación de automatismo, quedando ampliada la esfera valorativa del Juez, a quien competirá antes y con preferencia a la subsunción del hecho con la norma, la construcción selectiva del «trozo de vida» que conviene a aquélla, atendiendo para hacerlo a las pautas a que la ley remite en su artículo 2.º-1. Y es que la esfera de la intimidad personal

está determinada de manera decisiva por las ideas que prevalezcan en cada momento en la sociedad y por el propio concepto que cada persona según sus actos propios mantenga al respecto y determine sus pautas de comportamiento; expresiones de la ley misma por las cuales queda encomendada al juzgador la prudente determinación del ámbito de la protección en función de datos variables según los tiempos y las personas conforme al ya invocado punto uno de su artículo segundo. Resulta, pues, decisivo para trazar los límites de la intimidad que ha de ser preservada judicialmente el atender a los usos sociales y más señaladamente todavía y con carácter más determinante aun, a los propios actos al respecto y a las pautas de comportamiento libremente escogidas y asumidas por cada persona. La persona de cuya intimidad se trata en el presente juicio era de profesión lidiador de toros, en la que se ocupaba desde hacía muchos años, más de diez, habiendo alcanzado en ella notable celebridad. Siendo de la esencia del espectáculo de que era principal protagonista (espada, matador, maestro), puesto al frente de artistas de menor categoría y de subalternos, no caben dudas acerca de que asumía el riesgo consiguiente a las actuaciones que ese espectáculo de masas comporta por su propia naturaleza. Eliminado o disminuido el riesgo de vida y puesto fuera de las reglas y usos que le son propios la fiesta llamada nacional precisamente por su difusión, se desesencializaría y dejaría de ser, para transmutarse en otro espectáculo. Participar principalmente en el espectáculo arriesgado equivale a tanto como aceptar libremente correr esos riesgos y, llegando el caso, sufrirlos dentro del espectáculo mismo, con todas sus consecuencias. Ni, pues, la ocurrencia sobrevenida en la última parte de la lidia de un toro al ser corneado por el animal que le dio alcance con sus astas, ni la herida que por ello se le siguió, ni la interrupción de la faena a ella consiguiente, ni el traslado del diestro desde el lugar al que cayó al desprenderse su cuerpo de las astas de la fiera, atravesando «a fortiori» el ruedo y el callejón del coso y su ingreso en la enfermería, todo a la vista de la masa del público, pertenecen en manera alguna a la concreta intimidad personal protegible, ya que no son sino el propio espectáculo, consistente en sortear el necesario riesgo, frustrado o acaso realizado en el lance propio del mismo, aunque eventual. La sentencia, acertadamente ha puesto el énfasis, llegado ya el torero a las dependencias de la enfermería, en aquella parte del vídeo en el que se afirma materializada la intromisión en la intimidad, en la que se recogen (muy brevemente, por cierto, según el ritmo propio de la gravísima ocurrencia) imágenes de las heridas cuando son examinadas al parecer por algún sanitario al cual dirige el herido frases explicativas de la forma del percañe y ello al tiempo que simultáneamente dialoga también con otras varias personas de las que llenan la dependencia, las cuales, fuera de los sanitarios, debieron ser inmediatamente desalojadas a juzgar por las conminaciones al efecto que también son audibles. No son tales imágenes, obtenidas en momento mismo del ingreso en la enfermería, sino el final del espectáculo y las palabras del infortunado diestro, puesto en trance tan apretado que poco después perdería la vida a causa de las heridas filmadas, no pueden ser interpretadas como una apelación a su intimidad, de modo tal, que si los usos sociales y la índole propia de la actividad profesional no excluían de suyo aquellos momentos de la connatural publicidad, tampoco lo fueron por la decisión de la persona de que se trata, anuente a la honrosa celebridad que le proporcionaba su desgracia, a la que hacía frente con serenidad poco común.

8. Procede, según lo razonado, estimar el recurso por sus motivos segundo

y cuarto y sin que haya lugar a examinar el quinto, y casar y anular la sentencia de 16 de julio de 1985, pronunciando la estimación del recurso de apelación interpuesto por la sociedad demandada y desestimando la demanda. La estimación del recurso acarrea, conforme al artículo 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la devolución del depósito y el que cada parte satisfaga las costas propias, lo que, por las circunstancias concurrentes, se hará igualmente con las producidas en la instancia.»

3. CARACTER RELATIVO DE LA PROTECCION CIVIL DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

La importancia de esta sentencia se basa en dos órdenes de motivos. Por un lado, es la primera sentencia en que el Tribunal Supremo aplica, negativamente, en el caso, Ley Orgánica 1/82, de 5 de mayo (1). Por otra parte, el Tribunal Supremo, tras dos fallos consecutivos estimatorios de la pretensión en primera instancia y apelación, concluye que no existió intromisión ilegítima en la intimidad personal, declarando en consecuencia que no hay lugar al pago de la indemnización.

La cuestión fundamental que se plantea es la de valorar si el vídeo comercializado por la recurrente contiene imágenes que merecen la protección jurisdiccional de acuerdo con la Ley Orgánica 1/82 sobre el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (2). El interés se centra en las imágenes del torero inmediatamente siguientes a la cogida que determinó su fallecimiento, especialmente las correspondientes a su ingreso y estancia en la enfermería de la plaza.

La Audiencia sostuvo que la captación de imágenes y su reproducción está permitida: «Siempre que la imagen se capte durante un acto público o en lugares

(1) Así lo manifiesta el comentario realizado a la Sentencia en A.C. (1.041/86, 86-2, pp. 3379 y ss.). Con posterioridad, el Tribunal Supremo ha resuelto otros dos recursos en los que se aplica la citada ley: sentencia de 4 de noviembre de 1986 (A.C. 87-1, ref. 144, p. 485), de la que también fue ponente Serena Velloso, y la de 23 de marzo de 1987 (A.C. 87-1, ref. 359, p. 1.104), de la que fue ponente Fernández Martín-Granizo.

(2) El derecho a la propia imagen es un derecho distinto del derecho a la intimidad. Como dice IGLESIAS CUBRIA, la difusión de la imagen sin el consentimiento de la persona es violación de un derecho de la personalidad, aunque no sea violación del derecho a la intimidad (*El derecho a la intimidad*, discurso inaugural del año académico 1970-1971, Universidad de Oyiedo, 1970, pp. 27 y ss.). Sin embargo, ambos derechos están íntimamente relacionados (ver AURELIA M.^a ROMERO COLOMA, *Derecho a la información y libertad de expresión. Especial atención al proceso penal*, 1984, pp. 17 y 18). Así lo ha reconocido el T.S. en sentencia de 23 de marzo de 1987, al afirmar que los derechos protegidos en la Ley Orgánica 1/82 son distintos, aunque entre ellos «existan indudables conexiones y a veces interferencias» (Fundamento número 7).

En la sentencia objeto de este comentario, a pesar de que la demanda alegaba intromisión ilegítima del derecho a la imagen del torero, y a pesar de que el texto legal que fundamenta la resolución del pleito se basa en el derecho a la propia imagen (artículo 8.2. a) de la Ley Orgánica 1/82) se hace continua referencia a la supuesta intromisión del derecho a la intimidad. Esto es así, porque no se cuestiona la comercialización de la imagen del torero, sino únicamente la de determinadas escenas que pudieran considerarse íntimas. Lo que sucede es que la supuesta intromisión se cometería a través de la reproducción de la imagen del torero.

abiertos al público, circunstancias que en manera alguna concurren en la enfermería de una plaza de toros, sea cualquiera el número de personas que en determinado momento tengan acceso a ella».

El Tribunal Supremo rectifica el criterio de la Audiencia poniendo de relieve cómo la protección de los derechos de la personalidad ha de dispensarse dentro de una intensa relativización. Esta idea permitirá, según el propio Tribunal Supremo, extender la protección de los derechos a supuestos distintos de los previstos en el artículo 7 de la Ley Orgánica como intromisión ilegítima (3) y, al mismo tiempo, tratar la personalidad y correlativa intimidad de cada persona según los casos y previa valoración de las circunstancias concretas que pueden concurrir. De este modo, el Tribunal Supremo destaca la importancia que juega en la interpretación de lo que deben valorarse como intromisiones ilegítimas del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen el artículo 2 de la citada Ley. De acuerdo con este precepto la protección de tales derechos queda delimitada «por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia».

El Tribunal Supremo, muy correctamente en mi opinión, ahonda en este razonamiento y señala que: «Debe así eliminarse cualquier manifestación de automatismo, quedando ampliada así la esfera valorativa del Juez, a quien competará antes y con preferencia a la subsunción del hecho con la norma, la construcción selectiva del «trozo de vida» que conviene a aquella, atendiendo para hacerlo a las pautas a que la Ley remite en su artículo 2.1. Y es que la esfera de la intimidad personal está determinada de manera decisiva por las ideas que prevalezcan en cada momento en la sociedad y por el propio concepto que cada persona, según sus propios actos, mantenga al respecto y determine sus pautas de comportamiento; expresiones de la Ley misma por las cuales queda encomendado al juzgador la prudente determinación del ámbito de la protección en función de datos variables según los tiempos y las personas conforme al ya invocado punto uno de su artículo segundo» (4). Lo que sucede es que, quizás, la aplicación

(3) La Sentencia de 4 de noviembre de 1986, citando la de 28 de octubre, hace aplicación positiva de esta tesis (Fundamento 4.º).

Como es sabido, la Ley Orgánica enumera en su artículo 7 una serie de intromisiones ilegítimas en el ámbito protegido del honor, intimidad y propia imagen. La doctrina se preguntaba si tal enumeración constituye o no *numerus clausus*. DIEZ PICAZO Y GULLÓN contestaban a este interrogante de forma negativa; la razón esgrimida es que los avances tecnológicos en estos campos y la aparición constante de nuevas formas de agresión a estos derechos harían necesarias continuas leyes sobre la materia. Por otra parte, la Exposición de Motivos de la Ley a propósito del artículo 7 dice que «recoge en términos de razonable amplitud diversos supuestos que pueden darse en la vida real», lo que parece indicar que sólo se han recogido algunos (*Sistema de Derecho civil*, vol. 1, 5.ª ed., 1984, p. 362). En igual sentido se manifiestan CASTÁN TOBEÑAS (*Derecho civil español, común y foral*, tomo I, vol. 2, 14.ª ed., 1984, revisada y puesta al día por DE LOS MOZOS, p. 406) y PUIG BRUTAU, para el que el legislador, al pretender señalar las intromisiones ilegítimas, «no hace más que manifestar su impotencia», ya que «el legislador que se limita a apriorismos conceptuales no puede hacer más que trazar sobre el papel breves esquemas abstractos» (*Fundamentos de Derecho civil*, II, 3, 1983, p. 249). Hoy la cuestión, tras los dos fallos del T.S. puede considerarse zanjada. Lo difícil será, en cada caso, valorar lo que es o no intromisión ilegítima.

(4) En este sentido, IGLESIAS CUBRÍA afirmaba, con anterioridad a la Ley de 1982, que el problema de los límites referentes a la vida íntima, a la esfera privada de la perso-

de estos principios al caso objeto de la sentencia no resulta totalmente satisfactoria.

El caso resuelto por el Tribunal Supremo en la sentencia comentada hace referencia a una persona cuya profesión era la de lidiador de toros. Esta profesión, viene a decir el Tribunal Supremo, comporta la asunción de un riesgo de vida que forma al mismo tiempo parte del espectáculo en la medida en que, de no existir tal riesgo, la llamada fiesta nacional perdería su esencia. Por tanto, el Tribunal Supremo estima que: «Ni la ocurrencia sobrevenida en la última parte de la lidia de un toro al ser corneado por el animal que le dio alcance con sus astas, ni la herida que por ello se le siguió, ni la interrupción de la faena a ella consiguiente, ni el traslado del diestro desde el lugar en que cayó al desprenderse su cuerpo de las astas de la fiera, atravesando «a fortiori» el ruedo y el callejón del coso y su ingreso en la enfermería, todo a la vista de la masa del público, pertenece a la concreta intimidad personal protegible, ya que no son sino el propio espectáculo». En consecuencia: «No son tales imágenes, obtenidas en el momento mismo del ingreso en la enfermería, sino el final del espectáculo y las palabras del infortunado diestro puesto en trance, que poco después perdería la vida a causa de las heridas filmadas, no pueden ser interpretadas como una apelación a su intimidad, de modo tal que si los usos sociales y la índole propia de la actividad profesional no excluían de suyo en aquellos momentos de la connatural publicidad, tampoco lo fueron por la decisión de la persona de que se trata, anuente a la honrosa celebridad que le proporcionaba su desgracia, a la que hacía frente con serenidad poco común.»

No me parece muy acertada la idea reflejada en el último párrafo transcrito de la sentencia. El Tribunal Supremo insinúa que el torero, consciente de la cele-

na, está afectado por las circunstancias de lugar y tiempo y, por ello, de las costumbres o modos de vida que prevalecen en cada instante y país. Como consecuencia, decía este autor, no puede intentar resolverse con criterios absolutos (*op. cit.*, p. 28, nota 45).

Sin embargo, el artículo 2 de la Ley Orgánica ha sido valorado de forma muy distinta por la doctrina. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, citando a MARÍA DE LA VALGOMA (*Comentario a la Ley Orgánica de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, «Anuario de Derechos Humanos», núm. 2, 1983, p. 663), entiende que el artículo 2 debe interpretarse teniendo en cuenta la finalidad de la propia Ley y la Constitución (en especial en relación al principio de igualdad real de todos los ciudadanos). Así, la protección quedaría delimitada por los usos sociales siempre que tales usos no produzcan o impliquen efectos contrarios a los del ordenamiento, de modo que «no se podrá reputar ilegítima una determinada intromisión respecto de unas personas y no respecto de otras» (*Reflexiones sobre los derechos de la Ley Orgánica 1/82 de 5 de mayo*, «A.D.C.», 1983, pp. 1250 y ss.). AURELIA M.^a ROMERO COLOMA también ha criticado el contenido del artículo 2.1., ya que, señala, puede suponer una discriminación en la valoración de la intimidad de las personas y producirse peligrosas subjetivaciones deducidas del propio comportamiento anterior y coetáneo del afectado o de su familia (*Los bienes y derechos de la personalidad*, 1985, pp. 45 y 46). El propio Tribunal Supremo, en la Sentencia de 4 de noviembre de 1986, viene a decir que siempre que exista intromisión ilegítima en un derecho de la personalidad (el honor en el caso concreto) deberá ser sancionado, «sean cualesquiera los usos sociales del momento» (Fundamento 4.º). Por el contrario, para ESPÍN, la triple valoración que exige el artículo 2 (interpretación normativa, valoración de los usos sociales y la actitud de cada persona frente a su propia intimidad) confiere a la protección civil de estos derechos «la necesaria flexibilidad para que resulte congruente con un determinado medio social y una conducta individual» (*Manual de Derecho civil español*, vol. 1, 1982, p. 423).

bridad que le podía reportar la cogida, consintió la presencia de las cámaras en la enfermería. Más bien hay que pensar que el matador ni permitió ni dejó de permitir la publicidad porque la gravedad de los momentos que vivía le impedía reflexionar sobre ello. De cualquier modo, y aunque así hubiera sido, a mi juicio, el Tribunal Supremo confunde lo que es el ámbito del derecho a la intimidad que cada persona pueda mantener reservado para sí mismo «por sus propios actos» (art. 2.1 Ley Orgánica 1/82) con el consentimiento que el titular del derecho podía haber otorgado al efecto (artículo 2.3).

La doctrina que ha analizado la interpretación que debe hacerse del contenido de la expresión «propios actos» cree ver aquí una protección de la confianza suscitada en los terceros por quien de forma habitual, por ejemplo, tolera actos de intromisión en su vida privada, originando en los terceros la confianza razonable en una determinada configuración personal de su esfera íntima. Esta tesis, defendida por Díez Picazo y Gullón (5) ha encontrado eco en otros autores, y así, se ha llegado a decir que para penetrar en la esfera íntima y reservada de otra persona no es posible ampararse en valoraciones más o menos subjetivas de la conducta (incluso coetánea) de la persona, sino que habrá de acudirse necesariamente a su consentimiento expreso (6). Y es que, en efecto, tal consentimiento ha de ser expreso como claramente exige el artículo 2.3 de la Ley Orgánica 1/82. Es decir, que, aunque no tiene por qué constar por escrito, no es admisible un consentimiento tácito ni presunto (7). Dicho con otras palabras y centrándonos ya en el caso que nos ocupa, a mi juicio, no está muy claro que de la simple aplicación del artículo 2.1 pudiera deducirse sin más la legitimidad de la captación de las imágenes del torero en la enfermería ni su posterior comercialización: en primer lugar, la remisión a los usos sociales no puede generar desigualdades no queridas por los particulares afectados (8), y por otra parte, no hubo un consentimiento expreso del titular del derecho ni la sentencia justifica adecuadamente que de su comportamiento anterior pudiera deducirse la autorización para la captación y distribución de unas imágenes tan peculiares como las de Pozoblanco.

El Tribunal Supremo entiende que la distribución de las imágenes en cuestión ha de reputarse legítima por aplicación del artículo 8.2 de la Ley Orgánica. En su apartado a), el artículo 8.2 establece una excepción a la calificación de intromisión ilegítima que el artículo 7.5 hace de la captación y distribución de la imagen de una persona, incluso en lugares o momentos ajenos a su vida privada. En efecto, el artículo 8.2 a) señala que el derecho a la propia imagen no impedirá: «Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan... una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público.»

Del régimen legal se desprende que a las personas que ejercen una profesión de notoriedad o de proyección pública se les reconoce el derecho a su intimidad,

(5) Ver *op. cit.*, *loc. cit.*

(6) Ver LETE DEL RÍO, *Derecho de la persona*, 1986, p. 187. También entiende que la expresión «ámbito que por sus propios actos...» debe ser objeto de una interpretación marcadamente restrictiva CLAVERÍA GOLSÁLBZ (*op. cit.*, p. 1252).

(7) Díez PICAZO y GULLÓN, *loc. cit.*

(8) Según CLAVERÍA GOLSÁLBZ, al aludir a los usos sociales la ley «nacida para transformar la realidad social queda atrapada por ésta, convirtiéndose en su aliada y encubridora» (*op. cit.*, p. 1250).

pero la protección de su imagen cesa cuando la captación de la misma tiene efecto en lugares abiertos al público (9). Ahora bien, en mi opinión ello no explicaría por qué había de considerarse legítima no ya la simple reproducción de la imagen del torero, sino la de las heridas y la intervención quirúrgica a que fue sometido. La justificación de la legitimidad de la captación y distribución de esas escenas se encuentra, en última instancia, en la triple valoración que de la protección de la intimidad y la imagen exige el artículo 2 de la Ley. De este modo no prevalece el criterio de la demanda, según la cual el vídeo recogía «momentos tan íntimos y reservados de una persona como son los de una intervención quirúrgica». Y la razón que mueve al Tribunal Supremo a estimar que no se ha producido una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad es no sólo que la enfermería de la plaza se hubiera convertido en un lugar público, sino, además, y sobre todo, el hecho de que por su profesión se veía socialmente con naturalidad la presencia de las cámaras en ese lugar al mismo tiempo que él, por su actitud, no excluyó tales momentos de la publicidad.

Pero, aun aceptando que las imágenes tomadas en la enfermería de la plaza no correspondieran a la intimidad protegible, sino que formarían parte del espectáculo (10), con ello se legitimaría la reproducción de dichas imágenes, pero quizá no su comercialización. En este sentido, la Audiencia distinguía en su sentencia entre la divulgación de las imágenes cuestionadas por parte de Televisión Española, reproducidas por el programa «Informe Semanal» cinco días después del suceso, acto que reputaba «información inmediata de un suceso con resonancia pública», y la comercialización posterior con ánimo de lucro de tales imágenes por la entidad demandada y entidad recurrente.

Díez Picazo y Gullón se habían manifestado con anterioridad, con carácter general de un modo parecido. Según estos autores debe entenderse, por interpretación conjunta de los artículos 7.6 y 8.2 a) de la Ley Orgánica 1/82 que la publicación de la imagen de una persona que ejerza una profesión de notoriedad, captada durante un acto público o en lugares abiertos al público, ha de desligarse de toda utilización, entre otros, para fines comerciales. En efecto, el artículo 7.6 establece que tendrán la consideración de intromisión ilegítima: «La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga.» Ya he apuntado antes que la técnica empleada para definir las intromisiones o injerencias ilegítimas en el ámbito protegido: el artículo 7 recoge diversos supuestos de intromisión mientras el artículo

(9) Sobre la noción de «lugar público» y la de «lugar abierto al público», ver AURORA GARCÍA VITORIA, *El derecho a la intimidad en el Derecho penal y en la Constitución de 1978*, 1983, pp. 111 y 112. Es indudable que el carácter de público de determinado lugar es independiente del número de personas que en determinado momento tengan acceso al mismo, como bien puso de relieve la Audiencia en relación con la enfermería de Pozoblanco.

(10) Es obvio que no pertenece a la intimidad privada (otra cosa es que las imágenes se pudieran comercializar sin consentimiento del interesado) ni la cogida, ni la interrupción de la faena, ni el traslado del diestro por el ruedo y el callejón hasta la enfermería, como incluso tampoco lo hubiese sido el mismo fallecimiento instantáneo del torero en la plaza. Por el contrario, el propio Tribunal Supremo parece no tener muy claro que las imágenes de la enfermería formen parte del espectáculo, pues, aunque lo afirma, se basa para ello no sólo en el concepto de lo que es la llamada fiesta nacional, sino también en la concreta situación del caso y la supuesta anuencia del interesado.

8 indica en qué casos tales injerencias no son consideradas ilegítimas. De este modo, como hemos visto, con carácter general y de acuerdo con el artículo 7.5 la publicación de la imagen de una persona tiene la consideración de intromisión ilegítima salvo los casos previstos en el artículo 8.2. Entre éstos se encuentra el de la reproducción de la imagen de quienes ejerzan una profesión de notoriedad o de proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público [8.2 a)]. Ahora bien, esta excepción no juega en relación con la prohibición del 7.6 de reproducir la imagen de una persona, sin excepciones, con fines comerciales (11). El Tribunal Supremo, sin embargo, ni se ha planteado el tema. No obstante ha rechazado de forma implícita esta tesis al resolver que la comercialización de las escenas de la enfermería de Pozoblanco no supone una violación del derecho a la intimidad ni a la propia imagen del torero fallecido.

4. REPARACION DEL DAÑO. VALORACION DEL DAÑO MORAL

Con anterioridad a la Ley Orgánica 1/82 la reparación de los daños al honor, a la intimidad o a la imagen se realizaba a través de la aplicación del artículo 1.902 del Código civil. Sin embargo, hoy, como escribe O'Callaghan Muñoz, la Ley «prevé la obligación de reparar el daño de un modo objetivo puro y muy peculiar»: declarada la intromisión al derecho, de ella deriva la obligación de indemnizar, pues se presume el daño (12).

(11) De aceptar este planteamiento se pondría así un límite a la propia excepción hecha por la ley al permitir la divulgación de la imagen de ciertas personas en determinadas circunstancias. La Exposición de Motivos de la Ley indica que los supuestos recogidos en el artículo 8 se basan en razones de interés público que imponen una limitación de los derechos individuales. En el fondo, la excepción de notoriedad, que ha venido siendo aceptada por la doctrina como restricción a la esfera protegida (DE CUPIS, *I diritti della personalità*, 1950, pp. 121 y 122, G. GIAMPICCOLO, *La tutela giuridica della persona umana e il c.d. diritto alla riservatezza*, «Riv. dir. pr. civ.», 1958, p. 472; IGLESIAS CUBRÍA, *op. cit.*, pp. 27 y ss.; MARÍA VICENTA OLIVEROS LA-PUERTA, *Estudios sobre la Ley de Protección Civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, «Cuadernos de documentación», 1980, núm. 38, p. 23; AURORA GARCÍA VITORIA, *op. cit.*, pp. 129 y ss.), responde a una preferencia en el interés público en el conocimiento de los demás; preferencia que, quizás, debiera encontrar su límite de acuerdo con las pautas marcadas por la Audiencia en lo que es comercialización con ánimo de lucro. Esta tesis, defendible a la vista del artículo 7.6 de la Ley Orgánica 1/82, encuentra aplicación en el artículo 7.3 del Real Decreto de 26 de junio de 1985, que prevé la participación de los deportistas profesionales en los beneficios que se deriven de la explotación comercial de su imagen.

A igual conclusión llega, por otra vía, CLAVERÍA GOSÁLBEZ. Para este autor, si bien es cierto que el artículo 2.1 podría amparar la solución opuesta, el alcance del artículo 8.2.a), «no faculta, por ejemplo, para publicar y comercializar imágenes de personas de proyección pública (...) sin su consentimiento, aunque las fotografías hubiesen sido realizadas en el lugar de sus actuaciones (estadio, escenario...)». CLAVERÍA GOSÁLBEZ rechaza la solución contraria basándose en que el contenido del artículo 2.1 debe interpretarse restrictiva y casi correctoramente si no se quiere convertir en ilusoria la protección legal (Ver *op. cit.*, nota 3, p. 1246).

(12) *Compendio de Derecho civil*, tomo II, vol. 1.º, 1987, pp. 337 y 338.

El punto de partida es el primer inciso del párrafo 3 del artículo 9 de la Ley Orgánica 1/82, según el cual: «La existencia del perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima». Es decir, no es necesario que el perjudicado muestre que efectivamente lo ha sido y que pruebe los daños sufridos (13). Es evidente, pues, la contraposición que existe con la obligación nacida de acto ilícito que prevé el artículo 1.902 del Código civil, en la que hay que probar el daño y su cuantía (14). Pero es que, además, el artículo 9.3 añade: «La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma.»

Se plantean aquí, en relación al daño moral, dos cuestiones distintas: por un lado, la propia indemnización del daño moral y, por otro, la valoración del mismo (15). Por lo que se refiere a la reparación del daño moral, la Ley Orgánica 1/82 ha venido a recoger el criterio últimamente mantenido por nuestra jurisprudencia

(13) Se obvia así la cuestión planteada por la doctrina acerca de la propia necesidad de la existencia del perjuicio para declarar la intromisión ilegítima. Ver en esta línea FARIÑAS MATONI, *El derecho a la intimidad*, 1983, p. 116, bajo el lema: «El perjuicio es requisito ¿necesario?, ¿suficiente?» No obstante ha habido quien, al estudiar la constitucionalización en nuestro ordenamiento del derecho a la intimidad ha puesto de relieve que, entre las ventajas que derivan de la configuración de este derecho como derecho subjetivo destaca la de la mayor fortaleza que puede encontrar su protección, «no siendo necesario probar la existencia y la entidad del daño sufrido (cuanto menos en línea de principio), sino simplemente que se haya producido una injerencia incompatible con nuestro derecho a la intimidad y, por tanto, antijurídica» (ver VIDAL MARTÍNEZ, *La protección de la intimidad de la persona en el ordenamiento positivo español*, «R.D.P.», 1980, pp. 776 y 777).

(14) Destaca esta contraposición el comentario de «A.C.» sobre la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1987 (ver «A.C.» número 17. *cit.*, p. 1116).

(15) Se plantea en realidad una tercera cuestión a la que, de algún modo, he hecho ya referencia. Se trata de la necesidad de la prueba del daño moral. La jurisprudencia del Tribunal Supremo venía exigiendo la necesidad de que quede demostrada la existencia del daño moral para que pueda exigirse su reparación, del mismo modo que hacía con el daño patrimonial (ver GARCÍA SERRANO, *El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil*, «A.D.C.», 1972, p. 845). Sin embargo, ALVAREZ VIGARAY apuntó la distinción entre «daños morales en los que es de sentido común que basta con que tenga lugar la conducta dañosa para que el daño moral se produzca» de los que «no se producen necesaria e indefectiblemente siempre que se realicen las conductas o hechos capaces de causarlos»; en relación a estos últimos (entre los que el autor parece incluir los atentados contra los derechos recogidos en la Ley Orgánica 1/82), ALVAREZ VIGARAY entiende que cabe establecer una presunción de la existencia del daño moral siempre que se realicen los hechos capaces de producirlo; se trataría de una presunción *iuris tantum* (*La responsabilidad por daño moral*, «A.D.C.», 1966, pp. 111 y ss.). Pues bien, la presunción de la existencia del perjuicio siempre que se acredite la intromisión ilegítima que establece el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/82 se extiende también al daño moral, por lo que no hay que probar su existencia, aunque, al deber atender el juzgador a criterios como el de la gravedad de la lesión, efectivamente producida a la hora de valorar el daño moral se puede llegar a la conclusión de que en el caso concreto no se produjo tal daño.

dencia (16) en el sentido de que el daño moral es indemnizable en sí mismo (17). Mayores problemas suscita, sin embargo, su valoración (18).

En el caso que nos ocupa la demandada fue condenada a demandar a la viuda del torero la cantidad de veinte millones de pesetas. Al estimar que tal cantidad era desorbitada, el motivo quinto del recurso de casación, amparado en el número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil alega la infracción del artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/82, por cuanto la difusión del video no divulgaba por primera vez las escenas cuestionadas, sino que tal suceso se emitió y se emitía con cierta frecuencia por Televisión Española, prensa fotográfica, etc. Por otra parte, se alegaba que el beneficio experimentado no había sido probado y, en todo caso, ascendía, como mucho, a la cantidad de cuatrocientas mil pesetas, de las que había que deducir los costes de impresión.

El Tribunal Supremo no entra a examinar este motivo del recurso, por ser necesario primero estudiar si el contenido del video representa o no una intromisión en los mencionados derechos. No obstante, el Tribunal Supremo aprovecha la ocasión para decir que si del análisis del video se dedujese que constituía una intromisión ilegítima no sería necesario que el daño resultase acreditado para establecer la indemnización. Y a pesar de que, como alega la recurrente, «se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma» no hay que olvidar, dice el Tribunal Supremo, que: «La indemnización se extenderá al daño moral, que, como dijo la sentencia de esta sala de 31 de mayo de 1983, ha de ajustarse a otras pautas que las de la estricta equivalencia económica y que, en correlación con la naturaleza de la personalidad que

(16) GARCÍA SERRANO resume las freses de la evolución jurisprudencial acerca de la reparación del daño moral en las siguientes: «1.^a) Inadmisibilidad del daño moral. 2.^a) Admisibilidad del daño patrimonial indirecto. 3.^a) Admisibilidad del daño moral, con independencia de posibles repercusiones de tipo patrimonial.» (Ver *op. cit.*, pp. 813 y ss.). La Ley Orgánica 1/82 habría venido a recoger la tercera fase de la evolución jurisprudencial en materia de reparación del daño moral.

(17) DÍEZ PICAZO y GULLÓN, al estudiar la reparación del daño moral, citan la Ley Orgánica 1/82 como culminación legislativa de la evolución doctrinal y jurisprudencial en esta materia (ver *Sistema de Derecho civil*, vol. II, 4.^a ed., 1985, p. 623). ALBALADEJO ha precisado a este respecto que el daño moral es indemnizable en dinero y que se trata más que de una reparación, de una «compensación» (*Derecho civil*, II, vol. 2.^o, 7.^a ed., 1982, p. 623). Ahora bien, no habría inconveniente en sostener esta tesis aun cuando el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/82 hablara de «reparación del daño moral» y no, como hace, de «indemnización», pues, como ha observado SANTOS BRIZ, la palabra «indemnización» en nuestro idioma es sinónima de «resarcimiento», y ambas, a su vez, equivalentes a «reparar» o «compensar» un daño (*Comentario al artículo 1.902 del Código civil*, en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*), dirigidos por ALBALADEJO, tomo XXIV, 1984, pp. 214 y 215).

En cualquier caso, lo que sí debe quedar claro es que la indemnización pecuniaria, como dice GULLÓN (*cit.* por LACRUZ, en LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho civil*, II, 1.^o, 2.^a ed., 1985, p. 518), no reviste el carácter de compensación por las consecuencias patrimoniales indirectas que pueden derivar del daño moral, sino que es la reparación satisfactoria del propio dolor causado.

(18) Otra cuestión que merece la pena destacar es que el criterio apuntado por la sentencia objeto de este comentario en el sentido de que la cuantía de la indemnización es revisable en casación ha sido aplicado por el Tribunal Supremo en la citada sentencia de 23 de marzo de 1987. En este caso, el Tribunal Supremo rebaja la cantidad fijada por la Audiencia de diez a dos millones de pesetas (ver «A.C.», número 17, *cit.*).

es lo que se protege, se regirá por las circunstancias del caso y la gravedad de la lesión producida a la del agraviado para lo que se tendrá en cuenta en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido».

De este modo, la Ley Orgánica 1/82 señala, como se ha visto, unos criterios a los que debe atenerse el juzgador a la hora de valorar la cuantía de la indemnización por daño moral. La jurisprudencia del Tribunal Supremo había establecido que la graduación de la indemnización por daño moral debía hacerse «de modo discrecional» y «sin sujeción a pruebas de tipo objetivo», tomando en consideración «las circunstancias y necesidades del caso concreto» (19). Sin embargo, la Ley Orgánica, que en principio podía parecer limita la regla de la discrecionalidad no hace más que señalar algunas pautas al juzgador, ya que, sobre todo, atiende a las «circunstancias del caso» como criterio valorativo, por lo que hay que entender que no se aparta de la doctrina sentada por la jurisprudencia.

(19) Ver GARCÍA SERRANO, *op. cit.*, pp. 841 y ss., y ALVAREZ VIGARAY, *op. cit.*, pp. 111 y ss. Entre las circunstancias concretas que nuestra jurisprudencia ha tomado en consideración en la valoración del daño moral cabe citar las siguientes: que del daño moral se deriven o no repercusiones patrimoniales; la gravedad del acto causante del daño; las condiciones peculiares de la persona ofendida y el medio empleado y la mayor o menor difusión de la ofensa.

SOBRE LA NATURALEZA DE LAS CAMARAS AGRARIAS Y DE LAS CUOTAS DE SUS ASOCIADOS

(Comentario a la Sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1987)

FRANCISCO JAVIER JIMENEZ DE CISNEROS CID

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: 1. La Sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1987.—2. Las Cámaras Agrarias como corporaciones de Derecho público.—3. El tratamiento jurisprudencial sobre la naturaleza de las corporaciones de Derecho público.—4. Algunas preguntas sobre el contenido de la Sentencia.—5. El problema de las cuotas a satisfacer por los miembros de las Cámaras.

I. LA SENTENCIA DE LA SALA 1.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE FEBRERO DE 1987.

Los hechos que dan lugar a la Sentencia comentada son los siguientes: la Cámara Agraria Local de Benicasim formuló demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, sobre reclamación de cantidad, contra dos propietarios de finca rústica que no habían satisfecho las cuotas de «asociado» correspondientes a los años 1977, 1978 y 1979. Dichas cuotas se determinaban por la aplicación de un 30 por 100 sobre la riqueza imponible de cada finca, según había establecido el Pleno de la propia Cámara Agraria. El Juzgado de Primera Instancia condenó a los demandados a pagar a la actora la cantidad de 414.600 pesetas. Interpuesto recurso de apelación contra la citada Sentencia, la Sala 1.^a de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia lo desestimó, y promovido recurso de casación por infracción de ley y doctrina legal, la Sala 1.^a del Tribunal Supremo lo rechazó condenando a los recurrentes al pago de las costas y pérdida del depósito constituido.

El recurso se articula en torno a tres grandes motivos: en primer lugar, por infracción de los principios constitucionales de libre asociación y libre sindicación (artículos 22-1.º y 28-1.º de la Constitución en relación con el 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). De igual modo se sostiene que los recurridos pronunciamientos judiciales infringen, por inaplicación, el artículo 1.º apartado 3.º del Real Decreto 1.336/1977, de 2 de junio, que sujeta a las Cámaras Agrarias, en su composición y funcionamiento, a principios estrictamente democráticos.

En segundo lugar, por interpretación errónea del artículo 10 apartado c) del citado Real Decreto de 2 de junio de 1977, cuestión que hace referencia a la

posibilidad de señalar y exigir cuotas a los «asociados», por el pleno de cada Cámara. Y en último lugar, por infracción del artículo 4 del Real Decreto 320/1978, de 17 de febrero, que regula las elecciones a las Cámaras Agrarias, por el concepto de interpretación errónea, ya que en términos de los recurrentes «una cosa es ser miembro integrante de las Cámaras Agrarias por imperio de la Ley, y otra muy distinta es estar incluido en el censo electoral por el hecho de ser titular de explotaciones agrarias», concluyendo que no existe ninguna obligación legal para todos los titulares de explotaciones agrarias, de pertenecer o integrarse necesariamente en las cámaras Agrarias.

La doctrina del Tribunal Supremo se sintetiza en las siguientes manifestaciones:

1.º) Las disposiciones constitutivas de las Cámaras Agrarias *respetan expresamente* (artículo 1.2 del Real Decreto 1.336/1977, de 2 de junio) y *dejan a salvo la libertad de sindicación y asociación y los derechos de las organizaciones de empresarios y trabajadores*. Y es que son cuestiones distintas la que supone la cualidad de propietario o titular de explotaciones agrarias y, consiguientemente, la de miembro de la correspondiente Cámara Agraria Local, y el ejercicio del derecho de libre asociación y sindicación, no incompatible con aquella cualidad de miembro derivada de su condición de propietario de inmuebles agrícolas.

De otra parte, las Sentencias impugnadas no van (en palabras del Tribunal Supremo) contra el precepto contenido en el artículo 1, apartado 3.º del Real Decreto 1.336/1977, de 2 de junio, ya que cuidan de dejar a salvo los derechos de libre sindicación y asociación con la pertenencia a la Cámara Agraria.

2.º) La Sala rechaza el segundo motivo —infracción por interpretación errónea del artículo 10, apartado c)— del Real Decreto 1.336/1977, de 2 de junio declarando que no cabe negar que los ingresos o recursos que esa normativa atribuye a las Cámaras Agrarias a través de percepciones sobre la contribución rústica, previo señalamiento de cuotas específicas reglamentariamente aprobadas por el Pleno, han sido legalmente determinados en el caso ahora contemplado.

3.º) Finalmente, tampoco acepta el tercer motivo alegado, declarando que las disposiciones vigentes reconocen las facultades de las Cámaras Agrarias Locales en cuanto al señalamiento de cuotas y a los fines que a las mismas han de cumplir, y consiguientemente a la *exacción de dichas cuotas a personas que, como los recurrentes, pertenecen a ellas por razón de su titularidad de explotaciones agrícolas*.

2. LAS CAMARAS AGRARIAS COMO CORPORACIONES DE DERECHO PUBLICO

Desde el Real Decreto de 2 de septiembre de 1919, nuestro Ordenamiento Jurídico ha configurado a las Cámaras Agrarias como verdaderas corporaciones de Derecho público (1), lo que implica —entre otras consecuencias jurídicas—

(1) Ciertamente, el Real Decreto de 14 de noviembre de 1890, por el que se crearon y organizaron las Cámaras Agrarias, las calificaba como «asociaciones de carácter permanente», constituidas de conformidad con la Ley de 30 de junio de 1887 en uso de la libertad constitucional de asociación. La Ley de 28 de enero de 1906 las equiparó

su tratamiento como verdaderas administraciones públicas en determinados aspectos (defensa de intereses comunes, organización interna, ejercicio de funciones administrativas delegadas, etc.), así como la necesidad de impugnar sus actos en estas materias ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (art. 1.2.c, LJCA).

El Derecho vigente en el momento de dictarse la Sentencia comentada, consideraba a las Cámaras Agrarias como corporaciones de Derecho público, constituidas con el carácter de órganos de consulta y colaboración con la Administración, con la que se relacionan orgánicamente a través del Ministerio de Agricultura, estando dotadas de personalidad jurídica y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines (art. 1 del Real Decreto 1.336/1977, de 2 de junio). Sus actos y acuerdos, en cuanto estén sujetos al Derecho administrativo, son recurribles en alzada ante el delegado provincial del Ministerio de Agricultura, y posteriormente su resolución será impugnabile ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (art. 7 del Real Decreto 1.127/1980, de 14 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico y el funcionamiento de las Cámaras Agrarias).

Incluso hoy, tras la reciente aprobación de la Ley 23/1986, de 24 de diciembre, por la que se establecen las bases del régimen jurídico de las Cámaras Agrarias, se sigue configurando de igual modo a estas organizaciones: son corporaciones de Derecho público dotadas de personalidad jurídica y capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, y participan de la naturaleza de Administraciones públicas a los efectos de su constitución y organización, así como a los de aquellos actos que, dictados en el ejercicio de sus competencias como Entes de Derecho público, tienen la consideración de actos administrativos (arts. 2 y 3 de la Ley 23/1986, de 24 de diciembre) (2).

Si la calificación como Corporaciones de Derecho público es constante a lo largo de la evolución legislativa, sin embargo, es bastante menos pacífico el defi-

a los Sindicatos Agrícolas, con la posibilidad de recibir auxilios técnicos, económicos y fiscales. Pero es el Real Decreto de 2 de septiembre de 1919 quien establece las bases de la configuración actual de las Cámaras Agrarias como Corporaciones de Derecho Público: obligación de pertenecer como miembro de la Cámara Agrícola de todos aquellos contribuyentes «por rústica o pecuaria que paguen más de 25 pesetas por cuota del Tesoro», establecimiento coactivo en cada provincia de la Cámara Oficial Agrícola, y atribución a éstas de la condición de establecimientos públicos, dependiendo del Ministerio de Fomento. Sobre el uso indiscriminado de la expresión Corporación y Establecimiento Público, a lo largo del siglo XIX y primer tercio del siglo XX, vid. GALLEGU ANABITARTE, A.: «De los Establecimientos Públicos y otras personas jurídico-públicas en España», pp. XVI y ss., publicado como Estudio Preliminar al libro *Los Organismos Autónomos en el Derecho Público Español: tipología y régimen jurídico*, de JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, F. J., Madrid, 1987.

(2) Ya en 1983 el Gobierno había adelantado su posición al respecto al declarar, en la contestación a una pregunta parlamentaria sobre los criterios del Gobierno en relación con las Cámaras Agrarias, que «el derecho positivo les confiere una dimensión pública al calificarlas como Corporaciones de Derecho Público y ser órganos de consulta y colaboración con la Administración, lo que las posibilita para ejercitar competencias administrativas, pudiendo afirmarse que el legislador las hace, en alguna medida, partícipes de la naturaleza de las Administraciones Públicas» («Boletín Oficial de las Cortes Generales», *Congreso de los Diputados*, de 19 de octubre de 1983, serie D, núm. 5).

nir qué se entiende por corporación. En efecto, la doctrina administrativa se ha dividido en torno a su caracterización y definición:

A) Por un lado, la tesis tradicional con gran arraigo entre los autores especializados, sostiene la integración de las corporaciones en la Administración institucional, definiéndolas como Entes Públicos menores de carácter institucional integrados por la asociación permanente y obligatoria de personas físicas o jurídicas para la satisfacción y defensa de sus intereses (3).

Se caracterizan, pues, para este sector, por ser personas jurídico-públicas de base asociativa, de carácter obligatorio y permanente, *lo que les diferencia de las Asociaciones de interés público o interés particular a las que se refiere el artículo 35 del Código civil*. Su régimen jurídico se configura con las siguientes notas definitorias: a) el personal a su servicio no es funcionario; b) sólo tienen el carácter de administrativos los actos dictados para el logro de los objetivos que la califican como entidad pública; c) sus actos se recurren ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; d) no celebran contratos administrativos ni realizan obras públicas, y e) sus fondos no están sometidos a la intervención financiera del control del Tribunal de Cuentas.

Se integran en la organización del Estado porque éste absorbe los fines de estas organizaciones como propios, y les atribuye ciertas prerrogativas que originariamente son estatales y que el Estado respalda con su ordenamiento jurídico. En definitiva, son organizaciones auténticamente jurídico-públicas que ejercen un poder no diferente del que es propio y característico de las demás Administraciones públicas, sin perjuicio de que el Derecho administrativo que las rige contenga amplias remisiones expresas o implícitas a Derecho privado.

B) Otros autores han mantenido, por el contrario, que las corporaciones son Entes esencialmente privados que tienen delegadas algunas funciones públicas (especialmente la disciplina profesional, en el caso de los colegios), pero no por ello son entidades administrativas, sino que continúan siendo personas jurídicas que se rigen por el Derecho privado en todo lo que excede de las delegaciones estrictas: su personal no es funcionario público, ni sus actos son administrativos, ni sus contratos son administrativos, ni sus fondos públicos, *ni sus cuotas impuestos*, por lo que, en definitiva, no son Administración pública (4).

Así pues, para esta corriente doctrinal, las Corporaciones sectoriales de base privada son una forma pública de personificación, concebida como cauce asociativo necesario, en la que se hacen valer *intereses estrictamente privados* de sus miembros y a las que se atribuye, por el ordenamiento o por delegaciones expre-

(3) Así, ENTRENA CUESTA, R.: *Curso de Derecho Administrativo*, 7.^a ed., Madrid, 1981, tomo I/2, pp. 255 a 261. Igualmente comparten esta postura los Profesores GARRIDO FALLA, F.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Madrid, 1976, pp. 364 y ss.; BAENA DEL ALCAZAR, M.: *Los Colegios Profesionales en el Derecho administrativo español*, Madrid, 1968, y en *Administración Central y Administración Institucional en el Derecho administrativo español*, Madrid, 1976, pp. 38 a 70; BOQUERA OLIVER, José M.^a: *Derecho administrativo*, Tomo I, Madrid, 1979, pp. 196 y 329; MARTÍN MATEO, R.: *Manual de Derecho administrativo*, 7.^a ed., Madrid, 1983, pp. 262-263; por último, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis: *El concepto de Administración Pública de la Ley de lo Contencioso tras la Constitución de 1978*, RAP, 96 (1981), 180-185.

(4) Así, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho administrativo*, Tomo I, Madrid, 1986, pp. 376-382. Cfr. la monografía de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Derecho administrativo, sindicatos y autoadministración*, Madrid, 1972.

sas de la Administración, funciones que normalmente son propias de ésta. Pero, en realidad, el hecho de que además tengan algunas funciones públicas no agota la naturaleza de las Corporaciones y, por tanto, no las convierte en Administración pública. En definitiva, pues, son entidades con personalidad jurídica de Derecho privado que ejercen, a veces, funciones públicas por «delegación o transferencia con fines de autoadministración».

C) Una última corriente de la doctrina administrativa sostiene que las Corporaciones tienen naturaleza jurídico-pública, pero ello no implica necesariamente que deban estar encuadradas en la organización del Estado, ni que formen parte de la organización de la Administración (5).

Frente a la anterior tesis que sostiene el carácter esencialmente privado de las Corporaciones, señala que éstas ejercen unas funciones públicas como *propias*, atribuidas por el ordenamiento en régimen de *descentralización*. Es decir, no son funciones añadidas por el ordenamiento a las Corporaciones, sino que son tan propias como las restantes funciones asociativas, y además necesarias para que las Corporaciones puedan tener una existencia *per se*, diferenciada de las restantes personas de base asociativa. En definitiva son un *tertium genus* que no pueden ser identificadas ni con la Administración ni con las restantes personas jurídicas asociativas privadas, pues no están desvinculadas del sistema institucional del Estado, sino que son miembros de la organización estatal y ejercen poder público.

3. EL TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL SOBRE LA NATURALEZA DE LAS CORPORACIONES DE DERECHO PUBLICO

La actual interpretación jurisprudencial de las Salas de lo Contencioso-Administrativo —probablemente constreñida por la calificación del artículo 1.2 c) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa— sigue sistemáticamente, salvo casos excepcionales (6), la tesis tradicional configurando a las Corporaciones de Derecho público como parte integrante de la Administración pública, incluida en su organización:

Así, las Sentencias de la Sala 4.^a del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1979 (Aranzadi, 1098), Colegio Oficial de Arquitectos de Cataluña y Baleares, de 29 de marzo de 1980 (Aranzadi, 2716), Colegio Oficial de Arquitectos de Cataluña y Baleares, de 21 de diciembre de 1982 (Aranzadi, 8051), Colegio Oficial de Arquitectos de Andalucía Occidental y Badajoz, de 28 de marzo de 1983 (Aranzadi, 1582), Colegio Oficial de Farmacéuticos de Vizcaya, de la Sala 3.^a, de 14

(5) ARIÑO ORTIZ, G.: *Corporaciones Profesionales y Administración Pública*, RAP, 72 (1973), 27-73; ARIÑO ORTIZ, G., y SOUVIRON MORENILLA, José M.^a: *Constitución y Colegios Profesionales*, Madrid, 1984, pp. 111-151.

(6) Destaca entre estos casos excepcionales la Sentencia de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1983 (Azdi. 1.923), Ponente Excmo. Sr. don Jaime Rodríguez Hermida, cuyo supuesto de hecho consistía en la impugnación del acuerdo de la Junta Directiva del Instituto de Actuarios Españoles, por el que se incoó expediente profesional al Actuario de Seguros recurrente. La Sentencia declara la inadmisibilidad del recurso por no constituir tal Asociación o Instituto un órgano de la Administración, en el sentido de que de él puedan provenir verdaderos actos administrativos, «incidiéndose con tal proceder en la causa de inadmisión del apartado c) del art. 82 de la LJCA». Téngase en cuenta, para la completa visión de este tema, que el Decreto 12/1959, de 8 de enero califica al Instituto de Actuarios Españoles como una Corporación de Derecho público.

de abril de 1984 (Aranzadi, 2140), Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, etc.

Y algo semejante puede decirse de la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional en esta materia: Auto núm. 93/1980, 12 de noviembre, y Sentencias 23/1984, de 20 de febrero («B.O.E.», de 9 de marzo) y 51/1984, de 25 de abril («B.O.E.», de 29 de mayo). Pero quizá el pronunciamiento más destacable lo constituye la Sentencia 76/1983, de 5 de agosto («B.O.E.» de 28 de agosto), recaída en los recursos previos de inconstitucionalidad interpuestos contra el proyecto de L.O.A.P.A. y en cuyo Fundamento jurídico 26 se razona así: «En consecuencia, puede afirmarse que, aunque orientadas primordialmente a la consecución de fines privados, propios de los miembros que las integran, tales Corporaciones participan de la naturaleza de las administraciones públicas...». Aunque ciertamente esta consideración de las Corporaciones de Derecho público como Administración pública ha sido efectuada desde la perspectiva de la atribución de competencias, para regular su actividad y régimen jurídico, al Estado en función de las determinaciones previstas en el artículo 149.1.18 de la Constitución. En cualquier caso, está siempre presente en las decisiones del Tribunal Constitucional el carácter jurídico-público de las Corporaciones, diferenciándolas de las organizaciones y asociaciones empresariales, sociales y económicas.

Sin embargo, conviene precisar que la Jurisprudencia Contencioso-Administrativa sólo se declara competente para conocer de los actos colegiales que estén sujetos al Derecho administrativo no estando, por tanto, llamada a resolver disputas internas de las Corporaciones o cuestiones que no sean subsumibles en el concepto de «acto administrativo» (Sentencias de la Sala 4.ª del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1985, Aranzadi, 1030, y 28 de junio de 1985, Aranzadi, 4917).

4. ALGUNAS PREGUNTAS SOBRE EL CONTENIDO DE LA SENTENCIA

A) La primera cuestión que cabe plantearse es la competencia de los Tribunales ordinarios para conocer del asunto debatido. En efecto, a nadie hubiera sorprendido que el litigio se planteara ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, a la vista del artículo 1.º 2 c) de su Ley reguladora, toda vez que —como ya ha quedado señalado anteriormente— las cuotas que deben satisfacer los «asociados» a la Cámara es una típica manifestación *administrativa*, susceptible de impugnación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Y hay numerosos ejemplos en las sentencias de las Salas 3.ª y 4.ª del Tribunal Supremo, que resuelven precisamente la impugnación de las cantidades a satisfacer por colegiados o miembros de las Corporaciones de Derecho público: los ejemplos más relevantes los constituyen las Sentencias de 10 de octubre de 1973, Sala 3.ª, ponente Excmo. señor don Nicolás Gómez de Enterría y Gutiérrez (Aranzadi, 3766), donde se mantiene que las Comunidades de Regantes (Corporaciones de Derecho público *propter rem*) venían facultadas para utilizar la vía de apremio en el cobro de sus cuotas, y que sus actos —en esta materia— «son actos de la Administración pública sujetos al Derecho administrativo», y la de 12 de marzo de 1979, Sala 4.ª, ponente Excmo. señor don Enrique Medina Balmaseda (Aranzadi, 1098), que resolvió la impugnación contra el acuerdo de la Junta General del Colegio Oficial de Arquitectos de Cataluña y Baleares por el que se determinaban las cantidades y cuotas a satisfacer por los colegiados, sin que en momento algu-

no la Sala se hubiera planteado la inadmisibilidad del recurso por su falta de jurisdicción o competencia (art. 82.a de la LJCA).

En cambio, sorprendentemente, los demandados no plantearon la excepción contenida en el artículo 533.1.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que probablemente hubiera enervado las pretensiones de la actora, sobre todo teniendo en cuenta que lo que se dilucidaba en el fondo no era simplemente la reclamación de una cantidad adeudada, sino, por el contrario, lo que en el fondo de este asunto subyace es la legalidad del establecimiento de unas «cuotas» o recargos sobre la Contribución Territorial Rústica y Pecuaria, lo que evidentemente es un asunto que cae dentro del ámbito de lo contencioso-administrativo. No obstante, al no plantearse la excepción dilatoria por los demandados, el Juzgado de Primera Instancia de Castellón de la Plana entró a conocer del asunto, aunque bien hubiera podido, tal como ya se ha explicado anteriormente, encajarse éste dentro de la competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

B) Una segunda cuestión a debatir es la compatibilidad o incompatibilidad entre la existencia de una Corporación de Derecho público, tal como la Cámara Agraria, en la que la pertenencia a la misma como asociado es obligatoria ex lege para todos los que ejercen ciertas actividades (agrícolas, industriales, titulares de bienes inmuebles urbanos, etc.), y por otro lado, los derechos constitucionales de asociación y sindicación. La Sentencia es rigurosamente respetuosa con la Jurisprudencia Constitucional recaída en esta materia y con las numerosas decisiones del Tribunal Supremo que hasta la fecha han resuelto el problema de la coexistencia entre Corporaciones y Asociaciones de carácter profesional u Organizaciones que contribuyan a la defensa de los intereses económicos que les sean propios (*vid.*, entre otras, las Sentencias del Tribunal Constitucional 23/1984, de 20 de febrero; 51/1984, de 25 de abril, y del Tribunal Supremo de 2 de enero de 1984, Aranzadi, 43).

En efecto, la Sentencia declara que «no se debe confundir el principio de libre asociación con la estructura de las Cámaras Agrarias, cuyas disposiciones constitutivas respetan expresamente y dejan a salvo la libertad de sindicación y asociación y los derechos de las organizaciones de empresarios y trabajadores», declarando en conclusión que los derechos a la libre asociación y libre sindicación no son incompatibles con la pertenencia a la Cámara Agraria por ser titular dominical de una explotación agraria.

Ciertamente, este pronunciamiento sería hoy suscrito por cualquier Tribunal español de cualquier orden, lo que demuestra la bondad del contenido de la Sentencia en este concreto aspecto. Pero siquiera sea a efectos dialécticos, convendría plantearse el mantenimiento del carácter asociativo-obligatorio y permanente de las Corporaciones y su necesaria secuela de exclusividad frente a otras formas de asociación. Hace ya algunos años trascendió a la opinión pública la polémica desatada en la sociedad a raíz del conocimiento del borrador del proyecto de ley sobre Colegios Profesionales, distinguiéndose dos sectores claramente diferenciados: de un lado, los que preconizan la ruptura del «monopolio» de los Colegios Profesionales sustituyéndolos por el libre asociacionismo profesional, y de otro lado, los que mantienen la colegiación obligatoria por razones deontológicas o para evitar su politización. Ha transcurrido el suficiente tiempo desde entonces como para que la sociedad (y sus representantes políticos) hubiera cerrado ya este debate, que, sin embargo, permanece sin resolver hasta la fecha.

Lo mismo puede decirse sobre las Cámaras Agrarias: el origen de su nacimien-

to se encuentra en su configuración como asociación de carácter sindical, equiparada a los sindicatos agrícolas. Más tarde, será el cauce representativo de los intereses de los empresarios y trabajadores en un sistema político donde no cabían —por ser contrarios a sus principios fundamentales— ni los partidos políticos, ni los sindicatos de trabajadores ni las asociaciones empresariales, al menos tal y como son concebidos éstos en las sociedades pluralistas y democráticas y, desde luego, en nuestro Texto constitucional (arts. 7, 22, 28, 37.2, 52, etc.). Por tanto, cabe plantearse actualmente si es necesaria su existencia en nuestro Ordenamiento Jurídico. ¿No existen ya cauces suficientes para los propietarios de explotaciones agrícolas para agruparse como mejor convenga a sus derechos, en defensa de sus intereses? ¿No tienen los pequeños agricultores y los trabajadores agrícolas suficientes instrumentos que garanticen la defensa de sus intereses laborales y profesionales? ¿Para qué seguir sosteniendo la estructura de una Cámara Agraria que se superpone a los mecanismos sociales y órganos administrativos con actividades y competencias en esta materia? Y esto tiene más importancia aún, en la actualidad, cuando las Cámaras Agrarias han quedado reducidas simplemente a «órganos consultivos de las Administraciones Públicas» (art. 4 de la Ley 23/1986, de 24 de diciembre), sin que en ningún caso puedan asumir las funciones de representación, reivindicación y negociación en defensa de los intereses profesionales y socioeconómicos de los agricultores y ganaderos (art. 5 de la citada Ley). ¿Para qué sirven entonces? Es perfectamente posible que los sindicatos y las organizaciones empresariales puedan ejercer esas funciones de órganos de consulta de las Administraciones públicas. ¿No hubiera resultado más sencillo, más acorde con el nuevo sistema jurídico-constitucional vigente, y desde luego mucho más eficaz el haber suprimido la asociación obligatoria para los agricultores, en este caso? De nada sirven las lamentaciones, pero, sin embargo, hay que decir que la Ley 23/1986, de 24 de diciembre, reguladora de las Cámaras Agrarias, ha perdido una oportunidad única de solucionar definitivamente la cuestión de la afiliación obligatoria de los agricultores a las Cámaras. Porque en última instancia, ¿cuáles son los fines y objetivos que van a perseguir las Cámaras? Todos ellos pueden ser perfectamente desarrollados por sindicatos y organizaciones empresariales; ¿por qué entonces seguir sosteniendo la pertenencia obligatoria? ¿A qué finalidades se destinan las cuotas y recargos obtenidos de los asociados-obligatorios? Sólo es posible decir que las citadas cantidades probablemente contribuyan a sostener el aparato burocrático creado para el funcionamiento de la Cámara Agraria correspondiente, y que ahora parece que se ha constituido en su única justificación de ser.

5. EL PROBLEMA DE LAS CUOTAS A SATISFACER POR LOS MIEMBROS DE LAS CAMARAS

Con todo, es esta cuestión la más relevante entre las suscitadas por la Sentencia. La doctrina de la Sala sostiene que:

«no cabe negar que los ingresos o recursos que esa normativa [art. 10.c) del Real Decreto 1.336/1977, de 2 de junio] atribuye a las Cámaras Agrarias a través de percepciones sobre la Contribución Rústica, previo señalamiento de cuotas específicas reglamentariamente aprobadas por el Pleno,

han sido legalmente determinados en el caso ahora contemplado..., siendo del todo inadecuada la vinculación que postulan los recurrentes a una legislación derogada que declaraba voluntario el pago de cuotas, en cuyo extremo disiente de forma expresa la actualmente vigente».

Recuérdese que la cuota debatida en el proceso se obtenía por la aplicación del tipo del 30 por 100 sobre la base imponible de la Contribución territorial rústica y pecuaria.

Pues bien, la tesis del Tribunal es sumamente criticable, puesto que confunde dos tipos de percepciones o ingresos de las Cámaras: el Real Decreto 1.336/1977, de 2 de junio, establece en su artículo 10 lo siguiente:

«Para el cumplimiento de sus fines, las Cámaras Agrarias contarán con los siguientes recursos:

- b) La percepción sobre la contribución rústica establecida en el Decreto de 28 de abril de 1933.
- c) Las cuotas específicas reglamentariamente aprobadas por el Pleno respectivo, *por la prestación de servicios comunes*».

Redacción que es literalmente reproducida por el artículo 3.º del Real Decreto 2.479/1979, de 14 de septiembre, que regula el régimen económico de las Cámaras Agrarias. Así pues, las Cámaras pueden obtener sus ingresos provenientes de sus asociados de dos distintas maneras: mediante un recargo sobre la contribución territorial rústica o por el señalamiento de cuotas por el Pleno, por la prestación de servicios comunes.

La Sentencia cita expresamente el artículo 10.c), como fundamento de su argumentación, pero a continuación indica que los ingresos son legalmente correctos porque esa «normativa atribuye a las Cámaras Agrarias a través de percepciones sobre la Contribución rústica» tal facultad. Pero nada de eso hay en el Decreto comentado. O bien se utiliza la vía del apartado b) del artículo 10 (recargos sobre contribución rústica) o se utiliza la posibilidad del artículo 10.c), cuotas fijadas por el Pleno por prestación de servicios, pero no es posible para el Pleno de las Cámaras fijar un porcentaje sobre la contribución territorial, sino sólo por la prestación de servicios comunes.

Y esto, además, tiene gran trascendencia, puesto que las cuotas obtenidas por la prestación de servicios de las Cámaras son realmente ingresos privados o de Derecho privado, mientras que los recargos sobre la contribución rústica tienen la naturaleza de *exacción parafiscal*, esto es, ingresos de Derecho público y más exactamente ingresos tributarios (arts. 5 y 26.2 de la Ley General Tributaria, y 1.º de la Ley de Tasas y Exacciones Parafiscales). Hoy es postura comúnmente admitida por la doctrina la calificación de estos ingresos como exacciones parafiscales (7), con la necesaria consecuencia de su sujeción al principio de legalidad tributaria, y la necesidad de convalidación del Decreto regulador de la correspondiente exacción por una Ley que sane su vicio de origen (la quiebra del principio de *reserva de ley* en materia tributaria). Y esta es la doctrina que ha sentado el Tribunal Supremo, Sala 4.ª, al conocer de la impugnación de las cuotas fijadas

(7) Vid., por todos, MATEO RODRÍGUEZ, Luis: *La Tributación Parafiscal*, León, 1978, pp. 271-292, y especialmente 282-289.

por el Colegio Oficial de Arquitectos de Cataluña y Baleares, en su Sentencia de 12 de marzo de 1979 (Aranzadi 1098), donde sostiene que los llamados «derechos de ingreso y de incorporación», «retención de honorarios» y las «cuotas mensuales ordinarias» deben su origen a una norma o disposición de Derecho público, y «son verdaderas exacciones parafiscales regidas por la Ley de 26 de diciembre de 1958, disponiéndose en el artículo 3.º de la misma que *no puede establecerse ninguna tasa ni exacción parafiscal, sino por Ley votada en Cortes*», estando sometida por ello «en su establecimiento, al igual que los demás tributos, al principio de reserva de Ley.»

Y más claramente aún queda dibujada la naturaleza de exacción parafiscal en el caso de las cuotas que los asociados a las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación han de abonar, y que el artículo 35 del Reglamento General de las citadas Cámaras definía como «la percepción del 2 por 100 sobre la tributación para el Tesoro a que están sujetas las personas naturales o jurídicas integradas en las mismas, por dedicarse al comercio, la industria o navegación», estableciéndose a continuación el régimen jurídico de este «recurso»: devengo (art. 37), prescripción (art. 38), liquidación y cobranza (art. 39), aplicabilidad de la vía de apremio administrativa (art. 40), etc., todo lo cual viene a confirmar su verdadero carácter tributario.

Este recurso tributario de las Cámaras de Comercio es idéntico al establecido en favor de las Cámaras Agrarias. En efecto, el artículo 10.b) del Decreto de 13 de junio de 1977 (reiterado por el art. 3.b del Decreto de 14 de septiembre de 1979) señalaba como recursos de las Cámaras Agrarias la percepción sobre la contribución rústica establecida en el Decreto de 28 de abril de 1933. Y éste disponía en su artículo 20 que serán recursos de las Cámaras:

«4.º) El importe de un tanto por ciento (*en ningún caso superior al 2*), que se fijará anualmente por la Asamblea de la Cámara sobre las cuotas de más de 25 pesetas anuales, que aplique el Tesoro en concepto de contribución territorial».

Por si quedara alguna duda, la Orden de 22 de mayo de 1946 («B.O.E.» de 26 de mayo) declaró que las cuotas obligatorias que perciban las Cámaras Oficiales Agrarias de sus asociados para atender al cumplimiento de sus fines, a tenor del número cuarto del artículo 20 del Decreto de 28 de abril de 1933, tienen la consideración de *recargos especiales sobre la cuota para el tesoro de la contribución territorial rústica*.

El resultado no puede ser, por tanto, más obvio: las cuotas obtenidas por las Cámaras mediante los recargos sobre la Contribución territorial rústica constituyen un ingreso de Derecho público, sujeto a las reglas de la Ley General Tributaria y al principio de legalidad, frente a los ingresos que las propias Cámaras pueden obtener de sus asociados por la prestación de servicios comunes, mediante el establecimiento por el Pleno, de las correspondientes cuotas. Estas últimas son un ejemplo de ingresos de Derecho privado, aunque sean obligatorias para todos los miembros de las Cámaras.

Concretamente se llega a las siguientes conclusiones:

1.ª) La Sala 1.ª del Tribunal Supremo no acierta al declarar que las percepciones de la Cámara Agraria, obtenidas mediante la aplicación de un porcentaje sobre la Contribución territorial rústica y fijadas mediante acuerdo del Pleno (30

por 100) han sido legalmente determinadas, toda vez que la competencia de este órgano se limita a fijar para todos los asociados las cuotas que han de abonar por la prestación de servicios comunes, pero la competencia no se extiende al señalamiento de recargos sobre las cuotas de la Contribución territorial rústica.

2.ª) Estos recargos o porcentajes vienen determinados, por el contrario, por el propio Ordenamiento Jurídico, ya que se ha fijado como tope máximo, que no pueden sobrepasar, el 2 por 100 (art. 20-4.º del Decreto de 28 de abril de 1933). Por ello, no se entiende tampoco cómo este dato no ha sido alegado por la parte recurrente ni por qué el Tribunal no aplicó directamente este precepto, cuyo resultado hubiera sido reducir el porcentaje del 30 por 100 al 2 por 100, toda vez que la exacción girada por la Cámara Agraria violaba frontalmente el contenido del artículo 20 del Decreto de 28 de abril de 1933, vigente todavía, ya que a él se remiten los Reales Decretos de 2 de junio de 1977 (art. 10.b) y de 14 de septiembre de 1979 (art. 3.ºb), que declaran en vigor los recursos previstos en el citado precepto.

3.º) Igualmente, la Sala debería haber declarado su falta de competencia y/o jurisdicción, puesto que la cuestión debatida consiste en el examen de la legalidad de unos ingresos a percibir por las Cámaras, que constituyen manifestaciones de la potestad tributaria, y cuyo conocimiento está atribuido a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Cosa distinta sería el conocimiento de las cantidades adeudadas por los asociados, que respondan a verdaderas relaciones jurídico-privadas (prestación de servicios comunes: art. 10, apartado c del Real Decreto 1.336/1977, de 2 de junio), en cuyo caso la competencia está atribuida a los Tribunales del orden civil.

Como quiera que las cuotas por recargos sobre la Contribución territorial urbana son verdaderas exacciones parafiscales, que dan lugar a relaciones jurídico-públicas, su conocimiento viene atribuido a los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo (art. 1.º.2.c de la LJCA).

4.ª) Finalmente, conviene plantearse la necesidad de acabar con este tipo de ingresos a percibir por las Cámaras Agrarias (o de Comercio, o incluso de la Propiedad Urbana). Recuérdese que las exacciones parafiscales establecidas en favor de estas Corporaciones (porcentaje sobre la contribución territorial rústica, recargo sobre la licencia fiscal o sobre la contribución territorial urbana), tienen ordinariamente su origen en normas de rango reglamentario, vulnerando con ello el principio de legalidad (principio de reserva de ley en materia tributaria), exigencia hoy constitucionalmente establecida (art. 133.1 CE). Estas normas reglamentarias no han sido convalidadas por Ley, lo que implica que no están de acuerdo con lo dispuesto en la Ley General Tributaria y en la Ley de Tasas y Exacciones Parafiscales.

Pero con ser esto grave y causa suficiente de impugnación, lo realmente trascendente es el nexo causal que existe entre la asociación obligatoria a las Cámaras y el señalamiento de recargos sobre determinados impuestos, cuyo impago puede dar lugar al procedimiento de apremio administrativo. Es decir, la Ley (o a veces simplemente un Reglamento, como era hasta 1986 el caso de las Cámaras Agrarias) obliga a pertenecer a un propietario (de fincas rústicas o urbanas) forzosamente a una Corporación, señalándose en una norma de rango reglamentario que los asociados (que no han ejercido ningún derecho, puesto que su incorporación a la Cámara es obligatoria) deberán además abonar un recargo sobre el impuesto que grava su actividad profesional, comercial o su propiedad, que se

destina al mantenimiento de una entidad que no tiene competencias decisorias ni carácter representativo o reivindicativo de los intereses que dicen «agrupar». Realmente no tiene mucho sentido. Por ello, ya existen pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales que abogan por la supresión de estas exacciones parafiscales obligatorias, tales como la Sentencia de la Audiencia Territorial de La Coruña de 15 de febrero de 1986, que anuló las liquidaciones giradas por la Cámara de la Propiedad Urbana de esa provincia, y la existencia de un proyecto de Ley que suprimirá definitivamente las cuotas obligatorias de las cámaras de la Propiedad Urbana (8). Esperemos que tal decisión no se limite únicamente a esta clase de Corporaciones, sino que se extienda a todas ellas, con lo que nos encontraríamos ante un nuevo estadio en el régimen jurídico de las Corporaciones de Derecho público, pues eliminadas las cuotas obligatorias se habrá acabado, probablemente, con su propia existencia. En este punto, los poderes públicos deberán reflexionar sobre la conveniencia o necesidad de mantener la existencia de las Cámaras. Si optan por su mantenimiento, les aguarda una complicada tarea legislativa, toda vez que tendrán que transformar las Corporaciones existentes en verdaderos centros de imbricación entre el Estado y la Sociedad, otorgándoles facultades y competencias que no se reduzcan a «meras consultas» sin ningún carácter representativo o reivindicativo de intereses comunes. Desde luego, ya nada será igual, pero habremos perdido la oportunidad de potenciar instrumentos que nos llegan del siglo XIX, pero que han ocupado —y pueden ocupar— un papel determinante en nuestra vida social y política.

(8) Vid. la noticia que sobre este tema adelanta el diario «El País», de 9 de septiembre de 1987.

II. Sentencias

A cargo de: Antonio CABANILLAS SANCHEZ
Gabriel GARCIA CANTERO

I. DERECHO CIVIL

1. PARTE GENERAL

1. Derecho Foral de Navarra. Comunidad familiar de hecho. Requisitos. Prueba.—La sentencia recurrida afirma que «lo que entre el año 1972 al 1978 se mantuvo entre los implicados en el pleito no fue otra cosa que una situación permanente de convivencia y colaboración prevista en la Ley 129 del Fuero Nuevo de Navarra, situación denominada por el mismo *Comunidad familiar de hecho*», la del Juzgado, cuyos razonamientos asume aquélla, establece que «la convivencia se dio en una zona de Navarra (Valle del Baztán), en la que típicamente se producen tales relaciones para generar efectos regulados en el Derecho foral», y si a ello añadimos que la Exposición de Motivos de la Compilación admite que se ha renunciado, al regular las instituciones que comprende, «a determinadas casuísticas que deberán ser explicitadas por la doctrina de los comentaristas y de los Jueces» y que como resalta la propia E. de M. al tratar el Libro primero lo hace asociando «lo que es esencial para la tradicional concepción navarra según la cual la estructura y la legitimidad familiar, así como la unidad de la casa, son el fundamento mismo de la personalidad y de todo el orden social», no puede menos de llegarse a la conclusión de que la sentencia recurrida, al proclamar en el caso aquí recurrido, la existencia de una comunidad familiar de hecho, interpretó rectamente la Ley 129 del Fuero Nuevo.

Cesión de frutos por alimentos: Inexistencia.—Se pretende que entre la actora y los demandados —hija y yerno de aquélla— medió, en relación a las fincas sobre las que recaía el usufructo de fidelidad, una convención de cesión de frutos por alimentos regulada por el Código civil, formalizada al amparo de la libertad contractual, recogido en la Ley 7 de la Compilación y el artículo 1.255 del Código civil; pero ni la sentencia del Juzgado ni la de la Audiencia admiten la existencia de dicho pacto, sino que la niegan, cuestión de hecho que no se impugna en debida forma, y por otra parte, nada más opuesto a la concepción de lo que es la familia según el Derecho Foral Navarro, que lo que significa una convención de «cesión de frutos por alimentos» regulada por el Derecho común.

Interpretación de negocio jurídico.—Al apreciarse por la Sala que en la descripción de la finca número 8 del inventario se comprendía determinada casa, ello constituye una actuación judicial por la que se interpreta el contenido de un negocio jurídico, que sólo puede impugnarse al amparo de las normas sobre hermenéutica contractual. (STS de 17 de octubre de 1986, no ha lugar.)

NOTA.—Interesante sentencia (Pte. Sánchez Jáuregui) a la que cabe hacer algunas precisiones: 1) En cuanto al fondo del asunto parece acertada la calificación del negocio cuestionado como comunidad familiar de hecho, contemplada por la Ley 129 del Fuero Nuevo, no debiendo prevalecer la interpretación literalista de los demandados, para quienes la frase «cuando se hubiera *mantenido* una situación permanente de convivencia y colaboración entre personas y familias», excluye el caso de que la comunidad se cree después del fallecimiento. Aquí los padres vivían solos en el pueblo y la hija casada residía en la capital de otra provincia, trabajando su marido como obrero metalúrgico; para remediar la situación de la madre viuda, la hija casada con su marido abandonan la ciudad y se hacen cargo de la explotación de los bienes que constituyen el usufructo de fidelidad, conviviendo con aquélla durante seis años. Al producirse las desavenencias familiares, la madre rompe la convivencia e inicia procedimientos judiciales para recuperar la explotación agraria; los demandados se niegan a rendir cuentas y alegan la existencia de una «cesión de frutos por alimentos». 2) Parece muy claro que esta figura tiene poco que ver con el caso de autos, si bien habría que rectificar algún matiz de la sentencia; en efecto, la tutela «frutos por alimentos» —ahora regulada en el artículo 275 del Código civil— se da también para situación familiar *lato sensu* que no parecería incompatible con el Derecho navarro, aunque no encaje en el supuesto aquí contemplado. 3) Después de la Ley Foral Navarra 5/1987, de 1 de abril, ya no puede seguir afirmándose que la legitimidad familiar sea esencial para la tradicional concepción navarra. (G.G.C.)

2. Derecho al honor. Ambito de protección.—El derecho al honor supone o conlleva no sólo el de la defensa de la propia estimación —proyección inmanente—, sino también la que de la persona de que se trata tenga en los círculos sociales en que la misma se desenvuelva.

Derecho a la libertad de prensa y expresión.—Es regla general en el ámbito del Derecho constitucional comparado que los derechos a la libertad de prensa y expresión vengan sujetos a limitaciones, entre las cuales se encuentra, precisamente, la del respeto a los derechos de los demás.

Contenido y caracterización del derecho al honor.—Los aspectos del tipo «ataque contra el honor» (arts. 453 y 457 del Código penal), aun cuando no vinculan al orden jurisdiccional civil, sí le sirven como módulo hermenéutico para fijar el contenido y caracterización de dicho derecho fundamental.

Difusión de la sentencia dictada en el medio en que se produjo la intromisión ilegítima.—Se ofrece como una muy interesante medida cautelar del derecho fundamental atacado (el honor), la difusión de la sentencia en este caso dictada, en cuanto a través de ello se hacen trascender las consecuencias de la repa-

ración hacia ese medio en el que se extiende y desenvuelve la estimación de la persona; el del círculo social en que la misma se desenvuelve.

Cuantía de la indemnización del daño moral.—La indemnización pecuniaria señalada por la Sala «a quo» aparece en este concreto supuesto demasiado amplia, especialmente por la señalada importancia que en el mismo tiene la también acordada medida de difusión de la sentencia condenatoria.

Aspectos que configuran el derecho al honor.—Este derecho fundamental se encuentra integrado por dos aspectos o actitudes íntimamente conexas: el de la inmanencia o mismidad, representada por la estimación que cada persona hace de sí misma; y el de la trascendencia o exterioridad, integrado por el reconocimiento que los demás hacen de nuestra dignidad. Por ello, ataque y, en su caso, la lesión del honor, se desenvuelven tanto en el marco interno de la propia intimidad e incluso de la familia, como en el externo del ambiente social y por ende profesional en el que cada persona se desenvuelve, razones éstas que hacen trascender el referido derecho del ámbito estrictamente intimista en que parece incluirlo la entidad impugnante al familiar y al social.

Divulgación carente de objetividad. Intromisión ilegítima.—El hecho de que las concretas actividades a que el informe se refiere puedan estar sometidas a la consideración y estimación de organismos públicos, no autoriza a realizar una divulgación que se encuentra integrada por una serie de comunicaciones que no se caracterizan precisamente por su asepsia, ni por su objetividad. (STS de 23 de marzo de 1986, ha lugar.)

HECHOS.—Se difundió en un programa radiofónico de alcance nacional una amplia información relativa a presuntas irregularidades en la gestión de una Caja Rural, haciéndose referencia expresa y reiterada al actor, sin su consentimiento ni conocimiento previo, en términos atentatorios a su honor y fama. El actor alegó en la demanda la existencia de una intromisión ilegítima, y solicitó que se condenase a los demandados al pago de los daños morales producidos por un importe de treinta millones de pesetas y la difusión íntegra de la sentencia en el espacio radiofónico que produjo dicha intromisión ilegítima.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda, fijando en veinte millones la cuantía de la indemnización. La Audiencia Territorial rebajó la cuantía a diez millones. El Tribunal Supremo la concreta en dos millones.

3. Negocio concluido sin poder de representación o con extralimitación de poder. Ratificación.—Este negocio puede ser ratificado por la persona a cuyo nombre se otorgó, y esta posibilidad de ratificación imprime un carácter especial al negocio en que la representación interviene, pasando a ser un negocio jurídico en estado de suspensión, subordinado a una *conditio iuris*, de tal modo que si la ratificación se da, se considera el negocio como válido y eficaz desde el principio, a favor o en contra del representado y, por el contrario, si la ratificación no se produce, será el negocio nulo e ineficaz para él.

Solidaridad.—No es preciso para entender que existe una solidaridad que en el contrato se haga una expresión causal o literal en este sentido, sino que puede ser demostrada su concurrencia por el conjunto de antecedentes que ha sido que-

rido por los interesados aquel resultado económico siguiendo las pautas de la *bona fides*, para así la jurisprudencia ir atenuando el rigor del último párrafo del artículo 1.137, bastando que aparezca de modo evidente la voluntad de los contratantes de poder exigir o prestar íntegramente la cosa objeto de la obligación. (STS de 27 de marzo de 1987, no ha lugar.)

HECHOS.—El constructor de un edificio, en nombre del promotor, vendió un piso y la planta del semisótano del inmueble en construcción a razón de una determinada cantidad por metro cuadrado. De este precio había que deducir el principal de la hipoteca por subrogación del comprador. Por cuenta del precio, el comprador entregó la suma de 5.500.000 pesetas, debiendo estarse para la definitiva fijación del precio a las medidas que a cada uno de los inmuebles atribuyese la cédula de calificación definitiva.

La Audiencia Territorial, revocando la sentencia del Juez de Primera Instancia, estimó la demanda del comprador, condenando solidariamente a los demandados a que devolviesen al comprador una determinada cantidad y a otorgar escritura pública en favor del mismo. No prospera el recurso de casación.

4. Prescripción extintiva de las acciones.—Ha de tenerse en cuenta que la prescripción de las acciones, como limitación al ejercicio tardío de los derechos en beneficio de la seguridad jurídica, no es instituto fundado en la justicia intrínseca y, por ello, ha de tratarse de modo restrictivo, decayendo en su conjunto los motivos tratados en este fundamento porque, según la más reciente jurisprudencia de esta Sala, interrumpe la prescripción la papeleta de conciliación, aunque el acto conciliatorio no esté seguido de demanda dentro de los dos meses siguientes, según era exigencia del artículo 479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su redacción anterior a la reforma, extremos perfectamente aplicables al artículo 944 del Código de Comercio, ya que, a través de la mera presentación de dicha papeleta se produce la «interpelación judicial» de que el mismo habla, nada de lo cual contradice la licitud del pacto establecido en las sentencias que la recurrente cita. (STS de 25 de marzo de 1987, no ha lugar.)

HECHOS.—Los hechos que desembocan en el presente recurso de casación tienen su origen en la póliza de seguro colectivo de vida y complementario de incapacidad o invalidez, suscrita por una empresa y una compañía de seguros, reclamándose por la primera diferentes cantidades, en concepto de indemnizaciones, para determinados trabajadores de su plantilla, que fueron denegadas todas ellas por la aseguradora, por lo que instó aquella entidad sendos actos conciliatorios, después de los cuales se produjeron gestiones transacciones, hasta que, por su fracaso, se presentó demanda que fue acogida en ambas instancias. No prospera el recurso de casación interpuesto por la aseguradora.

2. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

5. Pago por tercero: Acción de reembolso: Recibos de fluido eléctrico correspondientes a comunidad de propietarios: Ha quedado probado que el fluido facturado corresponde al consumido por las motobombas instaladas en los sótanos

de los edificios para la evacuación de las aguas pluviales y fecales de tales inmuebles, elementos de indispensable saneamiento que son propiedad común de las recurrentes, no constando en autos que el pago se hubiera hecho contra la expresa voluntad del deudor, única circunstancia contemplada en el artículo 1.158 del Código civil como impeditiva de la prosperabilidad de la acción de reembolso deducida.

Litisconsorcio pasivo.—La acción de reembolso nada tiene que ver con el contrato de ejecución de obra y con el pretendido incumplimiento de sus obligaciones profesionales por los técnicos, de modo que no existe litisconsorcio pasivo necesario con el constructor, arquitectos y aparejadores de la obra.

Incongruencia.—Se aduce incongruencia de la sentencia al conceder diez pesetas más de lo solicitado por la parte actora, impugnación que debe ser rotundamente rechazada por razones formales, por cuanto se utilizó incorrectamente el número 2.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando la incongruencia por *ultra petita* debió ser combatida por el 3.º y, además, porque se trata de un mero error mecanográfico en la parte dispositiva de la sentencia del Juez, inadvertido por su insignificancia por la Sala, ya que tampoco fue acusado en la alzada, constituyendo un *lapsus calami* sin real contenido económico, fácilmente subsanable en su momento en un recurso de aclaración, siendo impropio de la seriedad que ha de presidir el debate forense articular un motivo de casación para desvelar el intrascendente error dactilográfico de un guarismo, que prácticamente no entraña gravamen alguno para las Comunidades obligadas al pago.

Pago realizado por un miembro de la Comunidad de Propietarios.—Nada obstaría, en el terreno de los principios, que uno de los interesados realice por cuenta de la comunidad, y en beneficio de ésta, determinados pagos a fin de evitar graves perjuicios al conjunto de propietarios (corte en el suministro de energía y paralización consiguiente de las bombas de extracción de las aguas residuales) para ejercitar luego la acción de reembolso si concurren los requisitos previstos en el artículo 1.158 del Código civil. (STS de 15 de septiembre de 1986, no ha lugar.)

NOTA.—Pese a la claridad de planteamiento del supuesto (los arrendatarios de locales que han abonado a Iberduero los recibos de luz que corresponden a la Comunidad de Propietarios, tienen derecho al reembolso *ex art.* 1.158) se trasluce un contencioso no resuelto con la empresa constructora y técnicos de la obra, pretendiendo la Comunidad de Propietarios que sean traídos todos éstos a juicio para que se dilucide el tema de la construcción defectuosa. Naturalmente se desestima la excepción de litisconsorcio pasivo necesario.

Hay que dar plenamente la razón a la sentencia cuando desestima también una impugnación de *plus petitivo* por importe de diez pesetas. Articular un recurso de casación por esta cuantía económica, aparte desvalorizar los demás argumentos esgrimidos, viola frontalmente la buena fe procesal.

Ofrecía, no obstante, cierta base argumentativa, no exenta de habilidad, el cuarto motivo del recurso basado en que la acción se contraía a un pleito interno de la Comunidad de propietarios, y que no se habían seguido las normas de la Ley de Propiedad Horizontal. De la sentencia sólo resulta que los actores eran meros arrendatarios de locales de negocio,

a los que Iberduero presentó los recibos a cargo de la Comunidad, que pagaron sin oposición de ésta. La sentencia, aunque el supuesto no era el denunciado, se eleva a la categoría general y hace una interesante aplicación del 1.158 del Código civil a casos en que el tercero actúa en beneficio común. (G.G.C.)

6. Cumplimiento de contrato. Resarcimiento de daños. Incluye el «lucrum cesans». Obligación de construir pisos. Rentas dejadas de percibir.—El artículo 1.124 del Código civil emplea el término «resarcimiento» como comprensivo de la reparación, tanto del daño como de los perjuicios que puedan irrogarse en el cumplimiento de las obligaciones, y, a su vez, dicho «resarcimiento» se extiende, no sólo al *damnum emergens*, sino también al *lucrum cesans*; en el presente caso, la sentencia declara que los actores han sufrido unos perjuicios reales, y no meramente hipotéticos, a consecuencia de no poder alquilar el piso por una renta que no bajaría de 15.000 pesetas al mes, según informe de la Cámara de la Propiedad de Pontevedra. (STS de 24 de septiembre de 1986, no ha lugar.)

NOTA.—Se exigía el cumplimiento de un contrato atípico, celebrado entre dos hermanos y sus cónyuges, por el que se cedía un solar a cambio de la obligación de edificar adquiriendo la propiedad de determinadas plantas; curiosamente se había construido la tercera planta sin construir la segunda. Parece que era más oportuna la invocación del artículo 1.101 que la del 1.124 para justificar la indemnización del lucro cesante. También se afirma que el incumplimiento puede constituir *per se* un perjuicio, declaración aquí *obiter*. (G.G.C.)

7. Compraventa de finca. Modalidad del pago. Abono de determinadas deudas de los vendedores. Diferencia con la asunción de deudas.—El comprador asumió las deudas de la parte vendedora, no incluyendo la intervención y asentimiento de los acreedores en el negocio de compraventa, como lo prueba el que los vendedores tenían que dar una relación de débitos y acreedores al comprador en el término de treinta días; es decir, que tal asunción de deudas era fruto del compromiso estrictamente bilateral entre vendedores y comprador, en el que con su libérrima voluntad dispusieron que en lugar de pagar el precio de la finca a los enajenantes, se hiciera con dicho precio, pago de una serie de débitos que las sentencias de instancia han establecido, *grosso modo*, en un montante superior al precio, y de ahí la devolución en cuanto a la diferencia, que se defiere en su puntualización al período de ejecución de sentencia; por todo lo cual no es técnicamente correcto pretender la aplicación del artículo 1.205 del Código civil, que precisa una operación negociada trilateral, sino que se está en presencia de un negocio de compraventa con una singular forma de pago del precio, establecido al amparo del artículo 1.255 del Código civil, que sólo vincula a las dos partes contratantes y de cuyo resultado sólo aparecen obligaciones entre ellos, con una singular inscripción de sus efectos en el artículo 1.158 del Código civil. (STS de 7 de noviembre de 1986, no ha lugar.)

NOTA.—Nada impide, en efecto, que el tercero que efectúa el pago de una deuda que le es extraña, lo haga impelido por un compromiso asumido con el propio deudor, dando origen a una figura de cierto parecido con la dación o adjudicación para pago de deudas en las operaciones parti-

cionales. Con todo, la característica más destacada del contrato aquí enjuiciado era la indefinición. En efecto, los enajenantes, que se encontraban en una difícil situación económica, nunca proporcionaron a los cesionarios —que, a cambio de la finca, asumieron el compromiso de pagar las deudas de aquéllos— una relación definitiva de éstas, hasta el punto de que las sentencias de instancia trasladan la fijación de las mismas a la fase de ejecución de sentencia, asegurando, no obstante, que eran superiores al precio pactado. Ello explica también lo dispar de las pretensiones de las partes: resolución del contrato solicitaban los actores devolución del precio excesivamente pagado pidieron en reconvencción los demandados. Desestimada la demanda fue acogida la reconvencción, pero queda flotando la duda de si la compraventa misma no adolecía de indeterminación de uno de sus elementos esenciales, a saber, el atípico precio. Por lo demás, la diferenciación entre esta modalidad «muy singular de compraventa» y la asunción de deudas es plenamente de aprobar, siendo Ponente de la Sentencia el señor Malpica González. (G.G.C.)

8. Saneamiento por vicios ocultos en la compraventa. Caducidad de la acción. Interrupción.—Conviene decir en primer término que es cierto que la doctrina jurisprudencial se ha pronunciado de manera reiterada acerca de que el plazo de seis meses prevenido en el artículo 1.490 del Código civil es de caducidad y no de prescripción, como así se reconoce en la sentencia objeto de impugnación; y en segundo lugar, que la jurisprudencia no ha venido manteniendo con igual reiteración cuáles fuesen los efectos y consecuencias del plazo de caducidad, toda vez que en las sentencias referenciadas por la parte en su fundamentación del recurso se establece que la caducidad no admite la interrupción del tiempo y entablada la interpelación judicial después de haber transcurrido, es totalmente improporcionable, matizando aún más las fechadas en 26 de junio de 1974 y 7 de mayo de 1981 que el plazo del artículo 1.490 debe reputarse de caducidad y, en consecuencia, no admite interrupción, ni siquiera a través del acto de conciliación. Por el contrario, junto a la doctrina acabada de expresar, está la derivada de las sentencias de 22 y 20 de mayo de 1965 y 1972, y 17 de febrero de 1979, con arreglo a las cuales el acto de conciliación es válido en punto a impedir la caducidad de la acción, a las que cabrían adicionar las de 8 de noviembre de 1983, que admite la interrupción de la caducidad en presencia de un acto procesal válido, y 23 de diciembre del mismo año, que reconoce que los plazos de caducidad pueden admitir excepcionalmente interrupción, sin que haya razón para sostener que sólo se ejercita el derecho a través de la presentación de la demanda. (STS de 11 de marzo de 1987, no ha lugar.)

HECHOS.—Los actores solicitaron en la demanda la resolución del contrato de compraventa de un vehículo, porque adolecía de defectos o vicios consistentes en una extraña y anómala vibración-zumbido.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial admitieron la demanda. No prospera el recurso de casación.

9. Donación. Acción de inexistencia y subsidiariamente de reversión. Competencia territorial. Inaplicabilidad del Fuero del lugar de situación.—Es indudable la naturaleza personal de la acción ejercitada, en cuanto dirigida a la declaración

de inexistencia de un contrato, por lo que también es indudable que no puede prevalecer el fuero del lugar de situación de la finca, al no mediar sumisión ni reclamarse el pago o cumplimiento de una obligación, es decir, al no poder subsumirse el caso de la litis en el artículo 1.171 del Código civil, invocado como único fundamento del recurso. (STS de 7 de noviembre de 1986, no ha lugar.)

NOTA.—Se trata de un recurso de quebrantamiento de forma interpuesto por el Abogado del Estado con muy escaso fundamento jurídico. Ambas sentencias son contextes en declarar la nulidad de una donación de inmuebles realizada en favor de la desaparecida F.E.T. y de las J.O.N.S., una de cuyas cláusulas establecía la reversión para el caso de que se extinguiera la entidad donataria.

10. Arrendamiento de vivienda. Derecho de retorno. Indemnización por incumplimiento del plazo de entrega.—Según doctrina reiterada de esta Sala, la facultad de los Tribunales de instancia para señalar, según las circunstancias del caso, el montante indemnizatorio en caso de incumplimiento del plazo de entrega de otra vivienda, no está sometida a la censura de la casación, y el hecho de concretarla en el abono de un determinado número de rentas, acudiendo al modelo que representa el artículo 84 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, significa un modo de ejercicio de tal facultad, de la misma forma que podía haberse acudido a cualquier otro parámetro, sin que pueda entender indebidamente aplicado dicho precepto.

Prueba de presunciones. Impugnación en casación. Falta de prueba de perjuicios por incumplimiento del plazo de entrega. Presunción de inexistencia de perjuicios.—Es doctrina de esta Sala plasmada, entre otras muchas, en sentencia de 20 de diciembre de 1982, que la prueba de presunciones puede impugnarse en casación en dos puntos, uno al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, afectante al hecho de que ha de partir la inducción, y otro al amparo del número 1.º de dicho precepto, encaminado a combatir la precisión y vigor de enlace entre ese hecho y el que se trate de demostrar, ya que el juicio del Tribunal *a quo* es censurable cuando notoriamente falta un enlace preciso y lógico entre el hecho demostrado y el que se trata de inducir, según las reglas del criterio humano, que no son otras que las del raciocinio lógico; en el presente caso se pretende una indemnización por haber cesado el inquilino en una actividad profesional consistente en la reproducción de copias mecanográficas, negándose la indemnización en atención a que el inquilino pudo haber continuado su actividad en otro local, cosa que no hizo, pues cesó voluntariamente en la misma, y al hecho notorio de que las modernas máquinas de reproducción de copias, por su rapidez y economía, han desplazado a las copias mecanográficas, no pudiendo estimarse que falte un enlace preciso y directo en la conclusión que se presume de una falta de perjuicios, los cuales, por otro lado, tampoco se han probado. (STS de 25 de octubre de 1986, no ha lugar.)

11. Cláusula contractual revisoria de la renta en el arrendamiento urbano.—Es conocida la doctrina de esta Sala de que no es válida la cláusula contractual revisoria de renta que únicamente prevé el aumento de la misma.

El salario mínimo interprofesional como módulo de revisión de la renta.—Las razones de las que se siguen la admisibilidad y validez de la discutida cláusula

revisoria de renta pueden sintetizarse en las siguientes: a) Del hecho de que el salario mínimo interprofesional haya operado siempre al aumento y no sea concebible una reducción en el futuro, no se sigue necesariamente que tal cláusula haya de operar en cada revisión siempre al alza, pues no hay norma que así lo establezca. b) No debe olvidarse que la interpretación del contrato ha de hacerse de tal modo que favorezca la producción de sus efectos. c) El criterio que ahora se mantiene es conforme con el principio que inspira los artículos 97, 98 y 101 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y como indica la sentencia de 21 de octubre de 1985, implica una interpretación y aplicación prudente de las cláusulas de estabilización en los arrendamientos urbanos, atendiendo a las circunstancias económicas y sociales del momento histórico que señala el artículo 3, párrafo 1, del Código civil, a la vez que con el adecuado respeto de los intereses en juego, por lo que la interpretación de dichas cláusulas ha de hacerse en íntima conexión con el principio de libertad de contratación y con las limitaciones que a tales efectos señala el artículo 1.255 del mismo Código, limitaciones que han de entenderse en relación con la única renuncia de derechos que la Ley de Arrendamientos Urbanos prohíbe expresamente, y que no excluye se comprendan también las verificaciones a la baja. Doctrina seguida por la sentencia de 13 de mayo de 1986. (STS de 9 de marzo de 1987, no ha lugar.)

HECHOS.—En la demanda se solicita la declaración como legítima de la elevación de renta propuesta por los arrendadores con relación al local de negocio arrendado. El demandado en su contestación a la demanda basa su oposición en la nulidad de cláusula contractual de estabilización de la renta, que atiende al salario mínimo interprofesional.

El Juez de primera instancia desestimó la demanda. La Audiencia Territorial revoca la sentencia apelada. No prospera el recurso de casación.

12. Arrendamiento de local por la madre de un menor sin autorización judicial. Acto de administración.—El arrendamiento de inmueble que no se halle sujeto a la Ley de Arrendamientos Rústicos, ya lo esté a la común, ya a la especial de Arrendamientos Urbanos, constituye por regla general, un acto de administración, a no ser que se concierte por un plazo de duración superior a seis años, ya que en supuesto de esa duración estaría alcanzado por la prohibición expresa del artículo 1.548 del Código civil, precepto que ha de leerse en el sentido de autorizar, de modo explícito, a los padres para arrendar los bienes de sus hijos por plazo que no exceda del referido. La limitación temporal prevista en el artículo 1.548 del Código civil ha de entenderse en relación, en su caso, con el artículo 56 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y en el sentido de que la prohibición del primero operará impidiendo la estipulación en el contrato de un plazo superior al de seis años, sin la previa autorización judicial, más sin tomar en consideración el régimen de la prórroga forzosa a que se refiere el artículo 57.

Anulabilidad de la enajenación sin la previa autorización judicial.—No es inexistente en el sentido del artículo 1.261, ni tampoco nula en el del número 3 del artículo 6, sino que puede la enajenación convalidarse al llegar el menor a la mayor edad.

Legitimación para ejercitar la acción de anulabilidad.—Ha de negarse a quienes se sitúen fuera de la reducida esfera de los intereses del hijo que aparejan

la exigencia de la autorización judicial oído el Ministerio Fiscal, no correspondiendo, por tanto, al adquirente de la casa por título de compraventa.

Aplicación analógica de la legislación sobre arrendamientos rústicos. No procede.—No existe una laguna de ley, porque existe la solución legal del artículo 1.548 del Código civil, y, además, la analogía que se propone sería meramente externa o de semejanza aparente, faltando la verdadera semejanza, ya que difícil o cuestionablemente al menos puede intercambiarse un régimen de prórrogas legales por el otro, correspondientes a finalidades sociales diversas. (STS de 30 de marzo de 1987, no ha lugar.)

HECHOS.—La madre de un menor arrendó a la demandante un local perteneciente a su hijo, menor de edad, sin que mediase autorización judicial. El Juez de Primera Instancia declaró la nulidad del arrendamiento. La Audiencia Territorial estimó el recurso de apelación, considerando el arrendamiento como acto de administración, sin que la prórroga forzosa lo asimile al concertado por más de seis años. No prospera el recurso de casación.

13. Aparcería. Negativa de prórroga tácita.—No concurre el supuesto de hecho para que fuese aplicable el artículo 1.703 del Código civil, que es la existencia de una prórroga para que continúe la sociedad primitiva (aquí la aparcería); prórroga que no puede deducirse de forma tácita, toda vez que la dueña de las fincas se opuso a ella tan pronto adquirió su dominio pleno por fallecimiento de su padre y causante. Doctrina ésta de negativa de prórroga tácita negada en caso similar por sentencia de esta Sala de 30 de septiembre de 1971.

Prórroga del contrato de aparcería.—Se precisa el consentimiento de todos los socios, que no ha existido ni en forma expresa ni tácita.

Extinción de la aparcería.—La invocación del artículo 1.707 favorece no al recurrente, sino a su contraparte, que pidió y obtuvo la disolución de la aparcería una vez transcurridos los seis años por los que se constituyó, y que se negó a una prórroga del contrato que quería imponer unilateralmente el demandado, actual recurrente, con infracción de la norma del artículo 1.256 del Código civil. No concurre, por consiguiente, tampoco el supuesto de hecho para la aplicación en esta litis del artículo 1.707 citado. (STS de 25 de marzo de 1987, no ha lugar.)

HECHOS.—El demandado concertó con su padre un contrato de aparcería. Fallecido el padre, se adjudicó por herencia el pleno dominio de las fincas a la actora, hermana del demandado. Esta solicitó en la demanda la extinción de la aparcería. El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial acogieron la demanda, por no haberse probado que la aparcería fuese por tiempo indefinido o el consentimiento para la prórroga del contrato. No prospera el recurso de casación.

14. Contrato de servicios del arquitecto. Naturaleza jurídica. De resultado y no de actividad. Intervención reglamentaria del Colegio Oficial de Arquitectos.—La doctrina jurisprudencial al calificar la naturaleza de la relación jurídica surgida entre el Arquitecto y su cliente la conceptúa como de obra o empresa en cuanto que el profesional, mediante remuneración, se obliga a prestar al comi-

tente más que una actividad el resultado de la misma, prestación ligada a la finalidad perseguida por los contratantes, consistente en el *opus* constituido por el proyecto, que siempre ha de estar revestido de las condiciones o cualidades de viabilidad para que la obra pueda ser ejecutada, interesando destacar que el interés de quien hace el encargo no se satisface en tanto al órgano colegiado no ponga a su disposición el trabajo realizado por el Arquitecto, sujeto al visado del Colegio, requisito inexcusable según resulta del artículo 16 del Reglamento Interior Orgánico de 1934, de donde se deduce que es el Colegio, que recibe directamente del Arquitecto el proyecto ejecutado, quien luego establece contacto con el cliente, le comunica la realización del trabajo y le requiere al pago.

Frustración del fin del contrato.—Tiene declarado la jurisprudencia, al tratar el tema de la frustración de los fines del contrato, con cierre de toda posibilidad de cumplimiento cuando por su extemporaneidad es ineficaz para satisfacer el fin previsto por los otorgantes, que una vez desaparecida la legítima expectativa de la parte en cuanto al resultado previsto e ínsito en la causa, la prestación, aunque físicamente posible, ya no es satisfactoria para el acreedor, que se ve privado de alcanzar el logro económico con el vínculo negocial, cuya resolución no procede, y si la resolución por incumplimiento a tenor del artículo 1.124 del Código civil; caso que es el de autos, pues el proyecto fue puesto a disposición del cliente cuando ya no era susceptible de aprovechamiento, después de una anormal tardanza del visado por parte del Colegio que extendió a cerca de seis meses los veinte días reglamentarios, período de tiempo durante el cual la Corporación Municipal suspendió las licencias de obra y luego modificó el Plan General de Ordenación Urbana de la ciudad, afectando a la obra proyectada. (STS de 27 de octubre de 1986, no ha lugar.)

NOTA.—Correcta aplicación de la doctrina de la frustración del fin del contrato, que puede considerarse ya consolidada en nuestra jurisprudencia (sentencias de 4 de octubre y 18 de noviembre de 1983, 31 de mayo de 1985 y 28 de febrero de 1986). Parece que uno de los motivos del retraso en el visado fue debido a discrepancias entre el Colegio y el Arquitecto sobre las incompatibilidades, a la sazón afectantes a los técnicos al servicio de la Hacienda Pública. Es obvio, sin embargo, que tales diferencias interpretativas (resueltas en última instancia por el Ministerio de Hacienda) no podían perjudicar al particular contratante de los servicios del arquitecto. Sentencia plenamente de aprobar. (G.G.C.)

15. Cumplimiento defectuoso de dos proyectos de edificación por un arquitecto.—El recurrente ha cumplido su encargo defectuosamente, lo que autoriza al Tribunal de apelación a valorar tales defectos, establecer el alcance del incumplimiento y moderar el tenor de las responsabilidades que inicialmente se contrajeron. (STS de 30 de marzo de 1987, no ha lugar.)

HECHOS.—La sentencia recurrida, que revoca, en parte, la del Juez de primera instancia, concede, notablemente rebajada, la suma establecida para el pago de los honorarios correspondientes a dos proyectos de edificación, por ser incompletos y defectuosos. El Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto por el arquitecto.

16. Responsabilidad del promotor por vicios de construcción.—Es ya doctrina reiterada de esta Sala que la responsabilidad decenal del artículo 1.591 del Código civil es extensiva a la figura del denominado promotor, aunque sea otra persona física o jurídica la que por encargo suyo ejecutó materialmente el proyecto, y ello al margen de las acciones que al promotor correspondan, respecto de los ejecutores materiales.

Responsabilidad solidaria.—Tiene carácter solidario la responsabilidad del contratista, promotor y arquitecto.

Concepto de ruina.—Alcanza el concepto de ruina no solamente el derrumbamiento o destrucción total o parcial de lo construido, sino también la existencia de defectos o vicios que afecten a la construcción y que excedan de simples imperfecciones.

Litisconsorcio pasivo necesario.—No es precisa la llamada al proceso de todos los directamente intervinientes en la obra, dada la solidaridad mediante entre ellos y el promotor-constructor-vendedor, que permite al perjudicado dirigir su acción contra cualquiera de los responsables.

Legitimación del Presidente de la Comunidad de Propietarios.—Está legitimado para el ejercicio de toda clase de acciones por imperativo de lo normado en el artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal, pudiendo concretamente ejercitar las encaminadas a obtener el resarcimiento derivado de defectos constructivos, tanto en las partes comunes como en aquellas privativas de los condóminos. (STS de 30 de octubre de 1986, no ha lugar.)

HECHOS.—Con amparo en los artículos 1.588 y 1.591 del Código civil, una Comunidad de propietarios, a través de su presidente, interpuso demanda contra los promotores-vendedores de un edificio, con el objeto de que fuesen condenados a reparar los vicios de construcción existentes en el mismo. El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial estimaron la demanda. No prospera el recurso de casación.

NOTA.—Estamos en presencia de una sentencia importante, ya que en ella se recoge, de forma clara y ordenada, la doctrina más reciente del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad del promotor-vendedor por vicios de construcción (sentencias de 1 de marzo y 13 de junio de 1984, 11 de febrero y 28 de marzo de 1985 y 26 de abril de 1986). Con claridad se afirma la responsabilidad del promotor en todo tipo de ventas, es decir, de pisos terminados, en construcción o en proyecto, cuando surgen los vicios de construcción, y se afirma tal responsabilidad con independencia de que el promotor sea promotor-constructor-vendedor o sólo promotor-vendedor.

Muy interesante es la referencia que se hace a la responsabilidad solidaria del promotor, del contratista y de los técnicos, sin que nuestro Tribunal Supremo matices, a diferencia de lo que ha hecho en otras sentencias, esta responsabilidad. De acuerdo con la propia doctrina del Tribunal Supremo sobre responsabilidad por vicios de construcción, la responsabilidad solidaria sólo es procedente cuando no pueda individualizarse la responsabilidad de cada uno de los que han intervenido en la construcción, pues en otro caso lo lógico es tener en cuenta el criterio general de la mancomunidad.

A la doctrina del Tribunal Supremo en torno a la aplicación del artículo 1.591 del Código civil para configurar la responsabilidad del promotor, hay que añadir la posible aplicación de la normativa del Código civil sobre el saneamiento por vicios ocultos en la compraventa y de las acciones generales de responsabilidad contractual, de conformidad con una compatibilidad de acciones afirmada en bastantes ocasiones por el Tribunal Supremo. (ACS.)

17. Contrato de suministro. Reclamación de cantidad líquida. Intereses ex artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Naturaleza legal.—Esta Sala, en sentencias de 22 de abril de 1982 y 10 de diciembre de 1985, ha tenido ocasión de pronunciarse sobre los intereses generados por efecto del artículo 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil, introducido en la misma por la Ley de 26 de diciembre de 1980, y que ahora, con ligeros retoques, se regulan en el párrafo 4.º del mismo artículo 921, en la redacción dada por la Ley de 6 de agosto de 1984, de reforma urgente de la primera; la petición expresa de dichos intereses no se precisa para que se produzcan por cuanto se devengan *ope legis* de toda condena a pago de cantidad líquida, siendo innecesaria la expresa petición de los mismos, ya que, como dice la sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de diciembre 1985, ni hace falta pedir lo que la ley manda ni comete incongruencia el Juez que silencia un *petitum* de tal naturaleza; en consecuencia, los intereses de ese origen se producen sin mencionarse y aun silenciándolos tanto las partes como el órgano jurisdiccional, salvo el caso de revocación parcial en grado de apelación en que el Tribunal resolverá a su prudente arbitrio, razonándolo al efecto, como se hizo en Sentencia de esta Sala de 20 de marzo de 1986.

Pronunciamientos contradictorios.—Lo son aquellos que en su totalidad no pueden cumplirse, de suerte que la ejecución de alguno o algunos impide la de otro u otros, debiendo optarse por el cumplimiento de alguno o algunos, al ser imposible llevarlos todos a la práctica. (STS de 20 de octubre de 1986, no ha lugar.)

18. Contrato que vincula al director de un periódico con la empresa periodística. Naturaleza civil.—Ambos motivos deben ser rechazados, puesto que el contrato que liga al director de un periódico con los empresarios para los que presta sus servicios siempre estuvo excluido de las ordenanzas laborales, sobre la base de estimar la relación como propia de un contrato civil.

Plazo de prescripción de la acción de reclamación de la indemnización debida a causa de la resolución del contrato por voluntad del empresario.—Es correcta la aplicación del plazo de quince años previsto en el artículo 1964 del Código civil. (STS de 4 de marzo de 1987, ha lugar.)

HECHOS.—La Sentencia recurrida, parcialmente revocatoria de la dictada en Primera Instancia, condena a la sociedad titular de la empresa periodística demandada a que pague al director de un periódico diario, por haber rescindido, sin causa justificada, su contrato de prestación de servicios, una determinada cantidad. El Tribunal Supremo estima el recurso en lo relativo a la cuantía de la condena.

19. Culpa extracontractual. Daños por explosión de gas butano. Irresponsabilidad de la empresa-suministradora. Cambio de lugar de la bombona por los usuarios sin autorización.—Si bien es cierto que la doctrina de esta Sala, con criterios progresivos tendentes a la protección de las víctimas de eventos dañosos, tiene declarada la presunción de culpabilidad en todo aquél que por la creación de un riesgo ha dado lugar a un daño a tercero, con la consiguiente inversión de la carga de la prueba, no es menos cierto que tal doctrina no es aplicable a casos como el presente en el que no se está ante un supuesto en que por falta de elementos probatorios deba jugar la presunción de culpabilidad, sino ante un caso en que la valoración del abundante material probatorio ha llevado a los juzgadores de instancia a excluir la concurrencia del elemento subjetivo de la responsabilidad (STS de 8 de noviembre de 1986, no ha lugar.)

NOTA.—Se trata, sin duda, de uno de los *sectores sensibles* de nuestra sociedad (suministro de gas butano) en el que el Tribunal Supremo había aplicado, con cierta reiteración, los criterios de responsabilidad por riesgos o cuasi-objetiva. El supuesto de hecho no dejaba de ser, hasta cierto punto, límite, dado que el nexo causal se había roto al interferirse una conducta de los usuarios (traslado de la bombona a un trastero sin ventilación, y sin autorización de la empresa) que exculpaba del todo a ésta. Solución, por tanto, justa que viene a insertarse en la línea «revisionista» de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo. (G.G.C.)

20. Culpas concurrentes. Indemnización.—Para la calificación de conductas ha de atenderse no solamente a la diligencia exigible según las circunstancias de personas, tiempo y lugar, sino, además, al sector del tráfico en que se proyecte tal conducta, atribución de culpabilidades correctamente enjuiciada y valorada por la Sala «a quo», al producirse, junto a la actuación culposa del conductor del coche, desgraciadamente fallecido a consecuencia de la colisión, una actuación concomitante o concurrente en el conductor del autocar, desencadenantes del resultado dañoso, que impone la obligación de indemnizar, en la proporción acertadamente establecida, atendida la respectiva entidad de las culpas concurrentes, como dijo la sentencia de 21 de junio de 1985. (STS de 23 de octubre de 1986, no ha lugar.)

HECHOS.—Se produjo un accidente de circulación a consecuencia del cual sufrieron graves daños el autocar y el vehículo que colisionaron, así como tuvo lugar el fallecimiento del conductor del vehículo. La Audiencia Territorial, revocando la sentencia del Juez de Primera Instancia, apreció la actuación culposa de los conductores, con la correspondiente compensación de culpas, que se proyectó en la cuantía de la indemnización por daños. No prospera el recurso de casación.

NOTA.—La sentencia reseñada tiene un gran interés, no sólo en lo relativo al problema de la compensación de culpas, que incide en el *quantum* de la indemnización por daños, sino, sobre todo, por la concepción «objetivada» de la culpa que afirma, teniendo en cuenta tanto las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, aludidas en el artículo 1.104 del Código civil para configurar la culpa o negligencia, como el sector del tráfico en que se proyecta la conducta. Esta concepción concuerda

con la tesis defendida por un importante sector de nuestra doctrina, que afirma una noción objetivada de la diligencia, entendida como modelo de conducta (el buen padre de familia de que habla el artículo 1.104). (A.C.S.)

21. Responsabilidad extracontractual. Interrupción de la prescripción de la acción indemnizatoria.—El requerimiento notarial es apto para interrumpir la prescripción, así como el mandamiento verbal mediante reclamación extrajudicial.

Eficacia de la interrupción de la prescripción frente a las compañías aseguradoras de los demandados.—La interrupción de la prescripción actuó simultáneamente contra las aseguradoras respectivas de los demandados, aunque no fueran requeridas en las mismas actas notariales ni tampoco demandadas en acto de conciliación.

Responsabilidad del dueño de la máquina que produjo el daño al tercero y del contratista en virtud de los artículos 1.902 y 1.903 del Código civil.—De los daños causados son responsables directos en primer lugar su autor material, conforme al artículo 1.902 del Código civil, y también el contratista por culpa *in vigilando e in eligendo*, inculpada en el mismo texto legal, artículo 1.903, párrafos 1.º y 4.º, ya que se probó que aquél trabajaba en la obra comisionado por el contratista, pero dirigiendo personalmente la máquina de su propiedad; no procede, en cambio, declarar responsabilidad alguna en contra de la Cooperativa, ajena tanto a la actuación material como técnica de su contratista como a las de las personas que este último comisionó.

Responsabilidad solidaria.—Al no estar claramente deslindadas las esferas de actuación de los demandados en cuanto al daño causado, procede que se declare una responsabilidad de carácter solidario de dichos demandados. (STS de 12 de noviembre de 1986, ha lugar.)

HECHOS.—Con motivo de determinadas obras, una máquina retroescavadora alcanzó a una canalización telefónica, produciendo desperfectos en las instalaciones propiedad de la Compañía Telefónica, que requirió notarialmente al contratista de las obras y al propietario de la máquina para que le abonasen el importe de los desperfectos causados. Ante la negativa a hacerlo, la Compañía Telefónica demandó a la Cooperativa, al contratista, al propietario de la máquina y a dos compañías aseguradoras. El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial desestimaron la demanda al acoger la excepción de prescripción de la acción de daños. Prospera el recurso de casación interpuesto por la Compañía Telefónica al declararse la responsabilidad del contratista y del comisionado por éste.

NOTA.—Además de la acertada respuesta que da el Tribunal Supremo al problema de la interrupción de la prescripción extintiva de la acción de daños, es particularmente interesante que el Tribunal Supremo declare expresamente la exoneración de responsabilidad de la Cooperativa, condenando al contratista y a la persona comisionada por éste para hacer la obra que produjo los daños. Parece clara la responsabilidad del contratista y de la persona que éste contrató, de acuerdo con los artículos 1.902 y

1.903 del Código civil. Lo que es importante, a nuestro juicio, destacar es que, frente al criterio sostenido por alguna sentencia del Tribunal Supremo, no se declara la responsabilidad de la Cooperativa por la vía del artículo 1.903, seguramente por la independencia de que goza normalmente el contratista en el ejercicio de su actividad profesional (la derivada del contrato de obra).

Sobre el artículo 1.903 y el problema de la responsabilidad o irresponsabilidad del comitente por los daños ocasionados a terceros por el contratista (o por el subcontratista), son acertadas las observaciones que, en relación con la doctrina jurisprudencial, hace De Angel, *Otra vez sobre el problema de la responsabilidad o irresponsabilidad del comitente por daños causados por empleados del contratista (antecedentes y comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1984)*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 1985, y amplia nota a la sentencia de 11 de febrero de 1985 en este ANUARIO 1985, pp. 803-805. Además, es importante el trabajo de Miquel, *Observaciones en torno a la responsabilidad extracontractual por el hecho de un contratante independiente*, en este ANUARIO, 1984, pp. 1502-1514, con excelente análisis jurisprudencial.

Mi posición personal, brevemente expuesta, aparece en la nota a la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1980, en este ANUARIO, 1981, pp. 914-916. (A.C.S.)

22. Daños por accidente. Cómputo del plazo de prescripción de la acción indemnizatoria.—El comienzo del plazo no arranca de la fecha del auto ejecutivo (18 de diciembre de 1975), sino de la del 27 de enero de 1978, en la que fue declarada la incapacidad laboral del recurrente, no habiendo, en definitiva, transcurrido un año cuando en 26 de julio siguiente presentó la demanda. (STS de 18 de noviembre de 1986, ha lugar.)

HECHOS.—El actor interpuso una demanda de indemnización por las lesiones sufridas al ser atropellado por un vehículo, que determinaron su incapacidad laboral transitoria. Revocando la sentencia apelada, la Audiencia Territorial estimó la excepción de prescripción de la acción de indemnización de daños aducida por los demandados, el causante del daño y la compañía aseguradora. Prospera el recurso de casación. (A.C.S.)

3. DERECHOS REALES

23. Copropiedad de un piso. Acción de división.—La negativa de la sentencia a la división postulada, pronunciada en términos absolutos, además de ir más allá de lo que a los interesados les sería dable convenir en punto a la indivisión conforme al párrafo 2.º del artículo 400 del Código civil, se produce contrariando el concepto legal y doctrinal de la copropiedad, en cuanto es tenida como un estado transitorio mirado con disfavor por la Ley, que, frente a ella, concede una acción que está viva mientras la comunidad subsista (Sentencia de 31 de diciembre de 1985) como revela la rotundidad del propio citado artículo 400 del Código.

Abuso de derecho.—Para fundar la existencia de una situación de abuso de derecho, cuya invocación ha de tener muy presente su carácter excepcional, es preciso que se patentice la intención de perjudicar o la falta de finalidad seria y legítima en la conducta del sujeto al lado de la situación objetiva de anormalidad o exceso en el ejercicio del derecho actuado, circunstancias alejadas de este caso, por lo que el abuso ha de declararse inexistente a los fines de enervar la acción *comuni dividundo*. (STS de 9 de octubre de 1986, no ha lugar.)

HECHOS.—El Juez de Primera Instancia, estimando la demanda interpuesta por un copropietario, declaró que era indivisible el piso y que procedía su enajenación en pública subasta, con reparto del precio así obtenido entre los comuneros en proporción a su respectiva participación en la comunidad. La Audiencia Territorial revocó este fallo. Prospera el recurso de casación. (A.C.S.)

24. Comunidad de bienes y derechos entre abogados.—El vocablo «bien» no está en contradicción con el de «derecho» y que uno y otro se utilizan un tanto indiscriminadamente, si bien más amplio de concepto el primero, como viene a corroborarlo de forma inequívoca nuestro Código sustantivo en que bajo el epígrafe del Título III, Libro II, «De la comunidad de bienes», a continuación, en su artículo 392, incluye bajo la rúbrica «Bienes» como concepto genérico, los vocablos más específicos y determinantes de «cosas» y «derechos».

Liquidación de la comunidad objeto de la litis por medio de un arbitraje.—La actuación de los árbitros o amigables componedores, en estos supuestos de comunidad de bienes a liquidar, no ha de regirse por la Ley de 22 de diciembre de 1953 forzosamente, sino a voluntad de los interesados, pues el cometido de esos árbitros es simple trasunto del que está confiado a los contadores partidores en la herencia, cuyas reglas de división o partición son subsidiariamente aplicables en estos casos, una vez agotadas las reglas específicas del Título III, Libro II, del Código civil. (STS de 17 de septiembre de 1986, no ha lugar.)

HECHOS.—Dos abogados constituyeron una comunidad de bienes para el ejercicio de la profesión libre de la abogacía, repartiéndose las pérdidas y las ganancias al 50 por 100. La comunidad quedó extinguida por el fallecimiento de uno de los abogados, solicitando sus herederos la liquidación de la comunidad con la oportuna rendición de cuentas del abogado demandado. El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial estimaron la demanda. No prospera el recurso de casación. (A.C.S.)

25. Propiedad Horizontal. Daños en elementos comunes. Acumulación de acciones. Responsabilidad contractual y extracontractual.—A tenor del artículo 156 de la Ley de Enjuiciamiento Civil podrán acumularse y ejercitarse simultáneamente las acciones que uno tenga contra varios individuos o varios contra uno, siempre que nazcan de un mismo título, por lo que es indudable que derivando el título que legitima la actuación de la comunidad de propietarios demandante, de daños y perjuicios sufridos por la misma en los elementos comunes del edificio en que los comuneros son partícipes en régimen de propiedad horizontal, es inadmisibile no pueda dicha comunidad acumular la acción por incumplimiento contractual que le asiste contra la promotora-vendedora de las varias viviendas inte-

gradas en el mencionado edificio y aquella otra que le atribuye la preceptiva contenida en el artículo 1.591 del Código civil contra los que como constructor, arquitecto y aparejador intervinieron en la ejecución de la obra cuya deficiencia, en principio, se acusa, no pudiendo negarse exista entre ambas acciones la conexión jurídica a que se refiere la sentencia de 22 de marzo de 1982, sin que la acumulación efectuada incurra en la prohibición del artículo 154-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (STS de 30 de septiembre de 1986, no ha lugar.) (G.G.C.)

26. Interdicto de recobrar la posesión.—Se procedió por vía de hecho, sin que ninguna providencia administrativa autorizase la invasión de la finca de la actora en la forma en que se hizo, lo que determina que la vulneración de preceptos legales que se acusan en el único motivo del recurso carezca de fundamento, habida cuenta de que el amparo interdictal dirigido a recobrar la posesión procede en casos como el que aquí nos ocupa, siendo harto elocuente al respecto la prescripción contenida en el artículo 125 de la Ley de Expropiación Forzosa, preceptiva que no contradicen, sino, antes al contrario, ratifican el artículo 103 de la Ley de Procedimiento Administrativo y el artículo 38 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, pues una y otra norma sólo proscriben el uso de la acción interdictal en los supuestos de providencias dictadas por las autoridades administrativas en materia de su competencia y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido. (STS de 20 de marzo de 1987, no ha lugar.)

HECHOS.—La propietaria de una finca promovió demanda de juicio interdictal, ya que un Consorcio de abastecimiento de agua invadió dicha finca, abriendo una zanja para enterrar una tubería.

La Audiencia Territorial revocó la sentencia del Juez de Primera Instancia, declarando que procedía el interdicto de recobrar la posesión. No prospera el recurso de casación.

27. Precario.—El concepto de precarista a que alude el número 3.º del artículo 1.565 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no se refiere a la graciosa concesión a su ruego del uso de una cosa mientras lo permite el dueño concedente, en el sentido que a la institución del precario le atribuyó el Digesto, sino que se extiende a cuantos sin pagar merced utilizan la posesión de un inmueble sin título para ello, o cuando sea ineficaz el invocado para enervar el dominical que ostente el actor y, como ha declarado la sentencia de 28 de junio de 1926, tomando el precario en el apropiado y amplio sentido que le ha dado la jurisprudencia, es aplicable el disfrute o simple tenencia de una cosa sin título y sin pagar merced, por voluntad de su poseedor, o sin ella, pues si bien es cierto que la oposición del propietario pone término, naturalmente, a su tolerancia, la resistencia contraria del tenedor o ocupante no puede mejorar su posición ni enervar la acción del dueño para hacer efectiva su voluntad de rescatar la cosa.

Exclusión de la condición de precarista.—El hecho de pagar merced que excluya la condición de precarista no está constituido por la mera entrega de una cantidad de dinero, sino que ha de ser esa entrega por cuenta propia y a título de merced o de alquiler por el arrendamiento constituido o presunto a nombre del que paga, siendo acatada la entrega en tal concepto, sin que equivalga a la renta los gastos o pagos que sobre el ocupante de los bienes pesen en su propia utilidad

como los de luz, gas, calefacción y conservación. (STS de 30 de octubre de 1986, no ha lugar.)

HECHOS.—El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial declararon que el actor ocupaba las fincas de su padre sin título alguno que legitimase su posesión y sólo por mera tolerancia, sin que a la existencia del precario pueda oponerse el abono de unos gastos que no pueden imputarse al concepto de renta. No prospera el recurso de casación interpuesto por el actor. (A.C.S.)

28. Prenda. Pacto comisorio. Nulidad.—Aunque se hubiera acreditado tal acuerdo para quedarse el acreedor pignoraticio con la cosa dada en prenda, el acuerdo sería nulo porque el artículo 1.859 del Código civil declara que «el acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas», y la ilicitud del llamado pacto comisorio ha sido declarada reiteradamente por esta Sala, ya que no puede prescindirse para la enajenación de la prenda de los términos prescritos en el artículo 1.872 del Código civil.

Cesión de bienes. Inexistencia.—Tampoco se trata de un supuesto de cesión de bienes para pago de deudas, pues no existió convenio alguno al respecto ni para verificar la venta, a la que no hubiera podido proceder por sí sólo el acreedor, según sentencia de 13 de marzo de 1953, ni es admisible un pacto comisorio tácito.

Consignación de parte de dinero debido y de un cuadro. Incumplimiento requisitos del pago.—Aunque el deudor pretende haber satisfecho el total de la deuda mediante cantidad consignada en efectivo y la entrega en prenda de un cuadro cuyo valor fija unilateralmente en medio millón de pesetas, es lo cierto que la consignación no cumplió estrictamente las disposiciones que regulan el pago, pues, según el artículo 1.157 del Código civil, el pago de una deuda exige entregar completamente la cosa, no en parte como hizo el recurrente, sino en su totalidad, lo que no efectuó el deudor, y menos con la aquiescencia del acreedor, como viene exigido por la doctrina de esta Sala, según la cual, el pago no queda cumplido por la simple actuación del obligado y requiere el consentimiento de quien, con arreglo a lo convenido, haya de recibir la prestación; ni, conforme a la sentencia de 28 de febrero de 1951, puede estimarse hecho el pago hasta que no ha ingresado la totalidad del precio en el patrimonio del acreedor o se le ha proporcionado el equivalente económico, lo que no tiene lugar mediante la entrega en prenda de un objeto cuyo valor se desconoce y cuya venta no se ha instado en la forma ordenada por la ley. (STS de 25 de septiembre de 1986, no ha lugar.)

NOTA.—Sentencia que puede calificarse de «pedagógica» en un caso meridianoamente claro (Pte. Santos Briz). El deudor pretende saldar su deuda con una constructora mediante la entrega de un pago parcial y de un cuadro de Matheu al que asigna unilateralmente el valor. La argumentación rebate con acierto la supuesta inclusión del supuesto en una serie de figuras jurídicas próximas (prenda con pacto comisorio, cesión de bienes, consignación). (G.G.C.)

29. Adquisición de un inmueble. Inscripción en el Registro de la Propiedad. Tercero hipotecario.—El adquirente de un inmueble que lo inscribe en el Registro de la Propiedad carece de la condición de tercero, en cuanto es parte del contrato inscrito, y por consiguiente, no se halla comprendido ni favorecido por los efectos de la fe pública registral que consagra el artículo 34 que se invoca, sin que pueda tergiversarse la doctrina para atribuir la condición de tercero a los demandantes que ciertamente no son titulares registrales, sino meramente adquirentes de un bien inmueble por medio de la usucapación extraordinaria. En definitiva, la entidad recurrente del inmueble discutido que lo inscribió en el Registro no tiene la condición de tercero hipotecario ni puede ampararse en el estatuto jurídico del mismo, como pretende dicha entidad. (STS de 18 de marzo de 1987, no ha lugar.)

HECHOS.—La viuda e hijas de J.R.B. demandaron al Instituto Nacional de Asistencia Social solicitando que se reconociese la cualidad de usufructuaria vitalicia a favor de la primera y la nuda propiedad a favor de las hijas sobre un molino harinero, que J.R.B. dejó al morir, y se cancelase la inscripción que consta del molino en el Registro a nombre de la entidad demandada. La demanda fue estimada en ambas instancias. No prospera el recurso de casación.

30. Cabida real de una finca. Títulos de propiedad no suficientemente expresivos.—La violación por no aplicación del artículo 387 del Código civil que se alega en el segundo motivo del recurso no puede prosperar al ser este precepto complementario del prioritario artículo 385, en el que expresamente se dice que cuando los títulos de cada propietario sean insuficientes, esto es, no suficientemente expresivos, se estará a lo que resultare de la posesión en que estuvieren los colindantes, lo que es de aplicación al presente litigio en el que no estamos en realidad ante un supuesto de posesión promiscua, sino de posesión exclusiva del actor sobre la estación de servicio con sus instalaciones y enseres situada en la finca recibida por herencia de su madre en la escritura de renuncia y partición.

Principio de congruencia.—Lo que exige es que entre la parte dispositiva de la sentencia y las pretensiones sustanciales de los contendientes, oportunamente deducidas en el proceso, exista la debida correlación, sin que ello exija una literal y exacta sumisión del fallo a aquéllas, pues lo que importa y resulta obligado es que los pronunciamientos del fallo tengan eficacia para dejar resueltos los puntos que fueron materia del debate, siendo inoperante para generar incongruencia la circunstancia de que la solución derivada de los aspectos fácticos provenga de consideraciones jurídicas diferentes de las alegadas por las partes, que no alteren la *causa petendi* o razón de pedir. (STS de 31 de marzo de 1987, no ha lugar.)

HECHOS.—Se cuestiona la cabida de la finca adjudicada al demandante en la partición de una herencia. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda sobre declaración de propiedad. La Audiencia Territorial revocó la sentencia apelada, afirmando que la cabida se determinará en ejecución de sentencia, con una limitación de extensión que no podrá exceder de 47.258 metros cuadrados. No prospera el recurso de casación.

4. DERECHO DE FAMILIA

31. Ejecución de España de sentencia de divorcio dictada por Tribunal de Francia.—La pretensión que se actúa cumple los requisitos y presupuestos del Convenio entre España y Francia de 28 de mayo de 1969, por lo que procede, de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, acceder a lo solicitado. (Auto de 20 de marzo de 1987.)

32. Ejecución en España de sentencia de divorcio dictada por Tribunal de Inglaterra.—La sentencia cuya ejecución se pretende aparece debidamente apostillada, al igual que acontece con los restantes documentos, todos los cuales se encuentran traducidos. No consta que en Inglaterra no exista reciprocidad en cuanto a la concesión de *exequatur* a las sentencias dictadas por tribunales españoles. (Auto de 2 de marzo de 1987.)

33. Ejecución en España de sentencia de divorcio dictada por Tribunal de Puerto Rico.—Aun cuando no existe tratado con Estados Unidos de América del Norte, tampoco hay constancia de que en dicho país no se aplique el régimen de reciprocidad a que se alude en el artículo 952 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (Auto de 12 de marzo de 1987.)

34. Ejecución en España de sentencia de divorcio dictada por Tribunal de Suecia.—Debe accederse a la petición de «*exequatur*», dado que, por una parte, a falta de tratado especial con la nación de procedencia de la sentencia debe aplicarse el principio de reciprocidad y, en su defecto, lo dispuesto en el artículo 954, y está acreditado que en el presente caso aparecen cumplidos todos los requisitos exigidos por el artículo 954 de la Ley procesal, sin que existan razones de orden público que se opongan a su ejecutividad. (Auto de 2 de marzo de 1987.)

35. Ejecución en España de sentencia de divorcio dictada por Tribunal de Uruguay.—No existiendo tratado con la República Oriental del Uruguay, que es el País de origen de la sentencia de cuyo reconocimiento se trata, y no constando la fuerza que se da en el mismo a las sentencias dictadas por los tribunales españoles, el presente juicio debe regirse por el sistema del artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que no se está en alguno de los casos que tratan los precedentes artículos 951 y 953. (Auto de 18 de marzo de 1987.)

36. Ejecución en España de sentencia de declaración de paternidad dictada por Tribunal de Suecia.—Dado que la solicitante, la niña A.L.T., reside en Suecia, lo mismo que su madre, y que el padre es chileno, no está excluida por el artículo 22.3.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial la competencia de los tribunales suecos, y dado, además, que la petición de *exequatur* no tiene otra finalidad que la constancia de la filiación en el Registro Civil de la Embajada de España en Estocolmo, y, en consecuencia, en el Registro Centro, y que, en principio, aparecen cumplidos los requisitos procesales pertinentes, sin que existan razones de orden público que se opongan a su ejecutividad, procede acceder a la indicada petición de *exequatur*. (Auto de 2 de marzo de 1987.)

37. Ejecución en España de sentencia de divorcio dictada por Tribunal de Argentina.—La sentencia es conforme al vigente orden público español y no fue dictada en auténtica rebeldía del demandado, ya que éste pudo haber comparecido en el proceso, por lo que, siendo una rebeldía de conveniencia, procede a los efectos del artículo 954.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil tener por ineficaz dicha rebeldía a los efectos de esta norma. Concurren también los restantes requisitos del mismo precepto legal y nada consta en el sentido de que no se ejecuten en Argentina las sentencias dictadas por tribunales españoles. (Auto de 27 de febrero de 1987.)

38. Ejecución en España de sentencia de divorcio dictada por Tribunal de Bolivia.—Constando que la documentación aportada es la exigida por el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que la postulación que se deduce sea contraria al orden público interno español, se está en el caso de acceder a la demanda de ejecución que se pretende. (Auto de 27 de marzo de 1987.)

39. Sociedad de gananciales. Derecho transitorio. Frutos de bienes parafernales. Separación de los cónyuges. Venta por la mujer de árboles plantados con la colaboración del marido.—El derogado artículo 1.404 del Código civil viene referido a «las expensas útiles, hechas en los bienes peculiares de cualquiera de los cónyuges», supuesto que es el caso aquí contemplado dado que el monte donde los pinos estaban plantados era bien parafernale de la demandada; es, por tanto, a las expensas, y sólo a éstas, a las que la Sala ha atribuido naturaleza ganancial, y poniendo dicho precepto en conexión con los artículos 1.385 y 1.386, también derogados, se deduce que si bien los frutos producidos por los bienes parafernales están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio, al no existir tales cargas ya que los cónyuges vivían separados desde los años 1971-1972, y dado que las obligaciones del marido no pueden hacerse efectivas sobre los frutos de los bienes parafernales a menos que se acredite que redundaron en beneficio de la familia, procede declarar la validez de la venta de dichos árboles realizada exclusivamente por la mujer, sin perjuicio de que el marido reclame las expensas útiles derivadas de su colaboración en la explotación del pinar. (STS de 3 de noviembre de 1986, no ha lugar.)

NOTA.—Acaso habría que hacer alguna precisión, pues, como dice Laruz, *El matrimonio y su economía*, Barcelona, 1963, p. 500, los árboles son, a la vez, fruto y producto; cortados conforme al plan de explotación de un monte, no cabe duda que los productos líquidos de su venta —o, incluso, los propios árboles no vendidos, una vez deducidos los gastos— son bienes gananciales; cortados a la vez todos los de un bosque privativo, son bienes privativos, a menos que tal corta obedezca al propio plan de explotación, debiendo examinarse en tal caso si el período de producción coincide con la duración de la comunidad. La *ratio decidendi* en el presente caso parece ser la situación de separación entre los cónyuges, que se da por probada, aunque no se especifique si se trata de mera situación de hecho o si medió sentencia. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, con arreglo a la normativa derogada, ha sido unánime en el sentido de excluir a los frutos de los bienes parafernales del patrimonio ganancial, a partir de la sentencia de 10 de abril de 1901, lo que el autor citado aprueba por razones prácticas (*op. cit.*, p. 435). (G.G.C.)

40. Adopción plena de una menor. Documento de renuncia de la madre biológica a su maternidad. Impugnación.—Si bien es cierto que el aludido documento de la madre biológica renunciando a su hija ha de ser valorado y tamizado en función de la situación ciertamente emocional de aquélla, con su voluntad parcialmente constreñida por graves circunstancias adversas, tampoco puede ignorarse que la actuación de los padres adoptivos se inició precisamente con base y a partir de tal declaración, que fue la que permitió la integración de la menor en un círculo familiar regular y estable desde el momento mismo de su nacimiento y en cuyo seno lógicamente desea seguir viviendo la menor, oportunamente explorada y oída en la instancia, con resultados altamente satisfactorios para los padres adoptivos, a los que considera únicos a todos los efectos.

Prudente arbitrio judicial. Valoración de lo más conveniente para el adoptado.—Es el prudente arbitrio judicial, inmediato y próximo, el que mejor puede y debe valorar lo más conveniente para el adoptado, conforme a las circunstancias de cada caso.

Carácter prioritario del interés del menor en la actuación de los Tribunales.—Los Tribunales han de velar, prioritariamente y de modo decidido, por los intereses del menor, que son, sin duda, los más dignos de protección. El interés del menor debe presidir cualquier resolución al respecto, en concordancia con nuestro Derecho tradicional y actual. (STS de 18 de marzo de 1987, no ha lugar.)

HECHOS.—La demandante, madre soltera, horas antes o después del parto, firmó un documento en el que renunció formalmente a la niña que dio a luz, entregándola a un matrimonio para su cuidado y posterior adopción legal. Aunque la recién nacida fue inscrita en el Registro Civil con los apellidos de los demandados, la demandante denunció ante la Policía la sustracción de su hija, incoándose ante el Juzgado el oportuno sumario. Los demandados, a su vez, incoaron el oportuno expediente, que terminó en el año 1973 con auto judicial aprobando la adopción plena. En el año 1975, la demandante otorgó testamento abierto reconociendo a su hija, otorgándole determinados apellidos y produciéndose la correspondiente inscripción en el Registro Civil.

Frente a la demanda de la actora en la que suplicaba la declaración de nulidad y, en su caso, la extinción de la adopción plena, el Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial desestimaron la demanda. No prospera el recurso de casación.

41. Reconocimiento de la filiación extramatrimonial. Posesión de estado.—Las manifestaciones que respecto de la prueba practicada se contienen en la sentencia aquí impugnada, a tenor de la cual no pueden desdeñarse unas cartas pericialmente adverdadas en las que el supuesto padre de la actora tilda a ésta de hija suya («Querida hija..., tu padre»), aunque con bastante posterioridad la llama simplemente «protegida» sin que aclare el título que ampara o justifica la protección, y si a esto se añade la ayuda económica en actos intervivos y mortis causa, y el interés personal que muestra por ella, todo lo cual pone de relieve la existencia de esos módulos ético-morales característicos del momento histórico en que se educó y formó don Fernando, así como la lógica pugna psicológica que en una mentalidad propia de su tiempo, y por ello debe ser tenida en cuenta

como establece el artículo 3.1 del Código civil, provoca la existencia de dos intereses claramente contrapuestos; la obligación moral que a una persona de su formación imponía esa casi constantemente declarada paternidad respecto de doña Carmen, y los deberes familiares para con sus únicos parientes, los hermanos hoy recurrentes, porfía mental que se pone de relieve en esas alteraciones de los tratamientos epistolares y en las designaciones hereditarias y revocaciones de sus disposiciones testamentarias, fluctuaciones anímicas que conforme van transcurriendo los años y la influencia de los hermanos se acrecientan, y conducen al último testamento.

Inconstitucionalidad del artículo 137 del Código civil en su redacción anterior a la Ley de 13 de mayo de 1981.—Según la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de diciembre de 1980, el artículo 137 del Código civil era inconstitucional en cuanto derogado por el artículo 14 de la Constitución, nulidad que afecta incluso a los procesos pendientes. (STS de 10 de marzo de 1987, no ha lugar.)

HECHOS.—El Juez de Primera Instancia estimó la excepción de caducidad de la acción y por ello desestimó en todas sus partes la demanda presentada por la actora para ser tenida como hija natural. La Audiencia Territorial revocó esta sentencia. No prospera el recurso de casación.

NOTA.—Hay que hacer la advertencia de que la legislación aplicable es la del Código civil en su redacción anterior a la reforma de 13 de mayo de 1981. (A.C.S.)

5. DERECHO DE SUCESIONES.

42. Partición hereditaria. Legitimación del coheredero para ejercitar acciones.—Es doctrina de esta Sala que en los supuestos de particiones hereditarias están legitimados para ejercitar las pertinentes acciones cualesquiera de los coherederos.

Plazo de prescripción de la acción. Artículo 1.301 del Código civil.—El plazo que el artículo 1.301 del Código civil establece es de prescripción y no de caducidad. (STS de 7 de marzo de 1987, no ha lugar.)

HECHOS.—La Audiencia Territorial, revocando la sentencia del Juez de Primera Instancia, declaró que la casa litigiosa adjudicada al padre en la partición de la herencia de la madre es propiedad de los coherederos, siendo nulos los títulos que sobre la misma puede tener el demandado.

43. Nulidad de operaciones particionales. Interpretación del testamento.—Es evidente que la labor de interpretación del testamento, con tal de inducir la verdadera voluntad del «de cuius», puede y debe acudir a elementos exteriores al testamento; ahora bien, es ineficaz casacionalmente apoyarse como tal factor exterior de interpretación en un acto del propio testador que ha sido judicial y firmemente declarado nulo y que tuvo lugar siete días antes de su fallecimiento, cuando realmente, si la voluntad del testador era la de atribuir íntegramente su participación en la fábrica de cerámica a los hijos, pudo hacer uso de la facultad del artículo 1.056 del Código civil, con la misma actividad de acudir al Notario, pero en lugar de interesar el otorgamiento de la escritura de compraventa —después declarada nula—, hubiera consistido en una modificación o enmienda del testamento y con mayor eficacia.

Inaplicación del artículo 1.062-1.º del Código civil.—No debe olvidarse que el artículo 1.062.1.º propende a la conservación de la cosa o bien que sea indivisible físicamente o desmerezca también físicamente, pero el condominio sobre el mismo, ya existente con anterioridad al fallecimiento del testador, no le afecta ni estática ni funcionalmente como tal industria en su explotación y desarrollo, lo que enerva la aplicación del artículo 1.062.1.º

Alcance de la fe pública notarial.—Según la doctrina de esta Sala no entra dentro de la proyección de la fe notarial la verdad o certeza intrínseca ni de las declaraciones de los comparecientes ni de las constataciones de hechos o circunstancias según la apreciación externa o extrínseca de que pueda ser objeto por el fedatario público, cuando como aquí acontece, aquella verdad esencial viene condicionada por factores o elementos fácticos que desprendiéndose de otros instrumentos probatorios sólo pueden ser valorados por el Juzgador. (STS de 26 de septiembre de 1986, no ha lugar.)

HECHOS.—Dos de los hijos y herederos del testador solicitaron en la demanda la nulidad del cuaderno particional, así como de los contratos que en su caso se hubiesen podido otorgar en favor de terceros sobre los bienes adjudicados en dicho cuaderno particional y de las inscripciones correspondientes, e igualmente el pago de una indemnización de daños y perjuicios por no haber tenido los actores acceso a los bienes del causante hasta el día 21 de junio de 1979. La Audiencia Territorial, revocando la del Juzgado, acogió los pedimentos de la demanda. No prospera el recurso de casación. (A.C.S.)

II. DERECHO MERCANTIL

44. Sociedad anónima. Convocatoria de Junta extraordinaria.—La observancia del plazo de quince días es inexcusable, ya que está impuesto por la Ley en el lugar citado y pensado en garantía del socio y no puede prescindirse del mismo salvo el caso de la Junta universal que contempla el artículo 55 de la Ley de Sociedades Anónimas. Fuera de este supuesto no puede celebrarse Junta válida sin antecederle la convocatoria establecida en forma y con la anticipación mínima de quince días, indispensables aun cuando, como en el caso, se trate de sociedad anónima de las llamadas cerradas, de escaso número de socios y difícilmente adaptables al régimen jurídico de la Ley de 17 de julio de 1951. (STS de 5 de marzo de 1987, ha lugar.)

HECHOS.—El procedimiento del que dimana el recurso tiene por objeto la impugnación de los acuerdos adoptados en Junta General extraordinaria. Según el escrito de demanda, la nulidad se sigue de haberse infringido la Ley de Sociedades Anónimas, por cuanto las Juntas deben ser convocadas por los administradores con la antelación de quince días y no la de tres con que se efectuó la de la Junta impugnada.

La Audiencia Territorial desestimó la demanda. Prospera el recurso de casación.

45. Sociedad anónima no inscrita. Legitimación procesal.—Faltándole a la sociedad de que se trata el elemento de carácter formal de inscripción de la escri-

tura en el Registro Mercantil, carece a tenor de lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley de 17 de julio de 1951 de personalidad jurídica propia independientemente de la de los socios, no pudiendo por ello, según señala la sentencia de 6 de abril de 1961, figurar en el proceso como algo distinto de éstos. (STS de 25 de marzo de 1987, no ha lugar.)

HECHOS.—El actor vendió a los demandados, marido y mujer, determinados artículos propios de su tráfico comercial. Uno de los demandados, al contratar, utilizó la razón social de una sociedad anónima, que no estaba inscrita en el Registro Mercantil. Los demandados no abonaron el precio de los productos adquiridos.

La Audiencia Territorial, revocando la sentencia del Juez de Primera Instancia, estimó en parte la demanda de reclamación de cantidad. No prospera el recurso de casación.

46. Responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima.—Los argumentos con que se pretende combatir el razonamiento de la sentencia impugnada, en orden a la responsabilidad que el artículo 79 de la Ley de Sociedades Anónimas atribuye a los administradores, no pueden ser tenidos en cuenta: 1.º) porque dicha responsabilidad exige la realidad de un daño y la producción del mismo no aparece acreditada en este concreto supuesto; 2.º) porque la responsabilidad que se plasma en el citado precepto es evidentemente subjetiva, en cuanto basada en conductas maliciosas, de abuso de facultades o gravemente negligentes; 3.º) porque la culpa originadora de la responsabilidad, en estos casos, ha de ser grave y no leve; 4.º) porque la calificación de la culpa que el legislador ha establecido en el artículo 79, más que producto de una concreta técnica legislativa, es consecuencia de una inequívoca intención legislativa, al objeto de evitar la resistencia a aceptar el cargo de administrador que se produciría si la responsabilidad se extendiera a las faltas leves de diligencia, sin olvidar los mayores males que podrían derivar de un excesivo rigor en la exigibilidad de estas responsabilidades.

Normas fiscales.—No tienen acceso a la casación las infracciones de los preceptos de carácter fiscal. (STS de 13 de octubre de 1986, no ha lugar.)

HECHOS.—Una sociedad anónima demandó a los administradores que habían cesado en el desempeño de sus funciones, por haber causado daños a la misma por malicia, abuso de facultades o negligencia grave. El Juez de Primera Instancia acogió la demanda y condenó a los demandados a que abonasen a la sociedad una determinada cantidad. La Audiencia Territorial revocó este fallo. No prospera el recurso de casación. (A.C.S.)

47. Sociedades de responsabilidad limitada. Acuerdo entre la representación de dos S.R.L. Sobre incremento de capital y participación de la otra en calidad de socio. Facultades de los administradores. Exceso.—Entre la sociedad actora y la demanda se llegó a un acuerdo en el año 1970 en virtud del cual la primera fue tenida como socio de la segunda hasta 1973, llevándose a cabo la manifestación de voluntad por los órganos de la sociedad demandada, otorgándose el recibo de la aportación realizada por el Presidente; pero según el artículo 11 de la Ley de 1953, los Administradores representan a la sociedad de responsabilidad

limitada en todos los asuntos relativos al giro o tráfico de la misma, obligándola con sus actos y contratos, lo que *a contrario sensu* permite concluir que cuando los actos de los administradores no se realicen dentro del campo del giro o tráfico de la sociedad de que se trate, no responderá ésta, en principio, de las obligaciones que de ella se deriven, como ocurre en este caso, pues el reconocimiento a la actora de la cualidad de socio exige la previa adopción de un acuerdo de ampliación de capital, resultando obvio que tales actos exceden de los que deben reputarse como propios del giro o tráfico de una sociedad, por lo que no pueden ser imputados a la entidad demandada.

Requisitos de validez del acuerdo de ampliación de capital.—El artículo 17 de la Ley de 1953, reconociendo la primordial importancia que la ampliación del capital social representa para la vida de estas entidades, exige para su validez un acuerdo de la Junta con el voto favorable de un número de socios que representen, al menos, las dos terceras partes del capital, y, no habiéndose producido con anterioridad a los actos de los administradores reconociendo a la actora la cualidad de socio partícipe de la demandada, un acuerdo de los socios de ésta, adoptado en forma, debe concluirse que los órganos de la sociedad demandada obraron fuera de sus atribuciones, por lo que sus actos y acuerdos no vinculan a la sociedad por ellos representada.

Falta de ratificación por la Junta de socios. Condición incumplida.—Tampoco puede entenderse que la actuación de los administradores haya sido ratificada por la Junta de socios, pues aun cuando es cierto que ésta, en reunión de 26 de diciembre de 1973, adoptó el acuerdo de ampliar el capital social y ofrecer una parte del mismo a la entidad actora, también lo es que ello se llevó a cabo con unas condiciones que no fueron aceptadas por esta última, por lo que no se produjo la ratificación de los actos de sus administradores que no pueden obligar a la sociedad, debiendo concluirse que los acuerdos en ellos basados han de reputarse nulos en orden a la entidad demandada. (STS de 7 de octubre de 1986, ha lugar.)

NOTA.—¿Qué eficacia jurídica tiene el acuerdo adoptado por los órganos representativos de una S.R.L. comprometiéndose a ampliar el capital social y atribuyendo a la otra parte la cualidad de partícipe en la primera? La razón básica para estimar el recurso es la violación del artículo 17 de la Ley de 1953, en lo que cabe estar plenamente de acuerdo con la sentencia de la que ha sido Ponente el señor Albácar López. Dada la composición y volumen financiero de las sociedades limitadas, cabe pensar —aunque nada de ello se trasluce en los autos— en dificultades económicas pasajeras que aconsejaron en cierto momento la incorporación de una empresa más fuerte, y que una vez superadas aquéllas (hubo aportación efectiva de capital), no se consideró la misma necesaria. Ambas sentencias de instancia condenan a la entidad demandada a la ampliación de capital social, pero habiéndose incumplido el artículo 17 de la Ley, se trata de un acto nulo de pleno derecho (sí no, inexistente). Sorprende por ello que *ex abundantia* la sentencia hable de una ratificación ulterior de la Junta de socios, que al ser condicional y no haberse cumplido la condición, se tiene por no realizada. Parece, más bien, que se trata de una oferta no aceptada constitutiva de un acto posterior, distinto e independiente del acuerdo adoptado

por los Administradores de la sociedad. Queda en pie, por no haberse suscitado, el tema de la posible responsabilidad de estos últimos por incumplir un compromiso, notarialmente formalizado, de ampliar el capital social y aceptar como socio a la contraparte. Parece que tal obligación de hacer (es decir, desarrollar la actividad necesaria para que la sociedad adopte en debida forma el acuerdo de ampliación) es lícita y puede ser urgida por vía de equivalente. (G.G.C.)

48. Sociedad de responsabilidad limitada. Prohibición de actividad comercial concurrente.—De acuerdo con la recentísima sentencia del pasado 1 de octubre del presente año, para tener por incumplida la prohibición de concurrencia y que tal contravención produzca los efectos rescisorios que la propia ley previene, basta probar la existencia de esa actividad comercial concurrente, o lo que es igual, perteneciente a la especie de negocios a la que se dedique la compañía de la que es socio, sin necesidad de acreditar si tal concurrencia ha provocado o no un resultado competencial en el más riguroso sentido económico de menoscabo en los beneficios, dato que fácilmente podrá resultar variable y oscilante en el tiempo, declaración que, referida a un supuesto de sociedad colectiva en interpretación contenida en el artículo 137 del Código de Comercio, resulta plenamente equiparable (idéntica «ratio legis») a la análoga prohibición que expresamente se recoge en el párrafo 2 del artículo 12 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada al producirse en uno y otro caso el mismo supuesto.

Interpretación de los contratos.—Es facultad privativa de los Tribunales de instancia, cuyo criterio ha de prevalecer a menos que se demuestre que sea ilógica o absurda, o que se impugne por la vía adecuada el error sufrido por aquéllos. (STS de 7 de noviembre de 1986, no ha lugar.)

HECHOS.—El actor solicitó que se declarara nulo el acuerdo tomado por decisión mayoritaria de la Junta General de una sociedad de responsabilidad limitada, por cuya virtud se le excluyó de la misma por competencia desleal. El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial desestimaron la demanda. No prospera el recurso de casación. (A.C.S.)

49. Suspensión de pagos culpable.—Es vista la acertada calificación de culpable hecha por la Sala de instancia cuando declara como hechos probados que la sociedad no había llevado los libros de contabilidad en la forma y con todos los requisitos esenciales e indispensables que se prescriben en el Título III del Libro I del Código de Comercio, procediendo, en consecuencia, la desestimación del primero de los motivos del recurso.

Artículo 9.3 de la Constitución.—Su cita no vincula a este Tribunal, no tanto por no darse los presupuestos de hecho a que hace somera referencia, sino porque no están comprendidos dentro de la órbita del artículo 53 de la propia Ley fundamental y porque su cita no puede encontrar legitimación bajo los auspicios del artículo 5.º-4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, al ser posterior a la formulación del recurso. (STS de 27 de marzo de 1987, no ha lugar.)

HECHOS.—Confirmando la sentencia de la Audiencia Territorial, el Tribunal Supremo declara culpable la suspensión de pagos de una sociedad de responsabilidad limitada.

50. Responsabilidad de la empresa por los daños causados por sus empleados.—La entidad ahora recurrente fue condenada también por su responsabilidad como empresario en los términos que establece el párrafo 4.º del artículo 1.903 del Código civil y en los términos en que exige la jurisprudencia y este extremo no ha sido atacado en el recurso, y subsistiendo la condena de los empleados de la compañía, la responsabilidad de ésta por el precepto citado, que la establece con carácter directo, resulta a todas luces evidente.

Principio de la congruencia.—Normalmente la congruencia viene condicionada por el principio procesal de identificación de las acciones y excepciones; pero la operatividad en nuestro sistema procesal de los principios *iura novit curia* y *da mihi factum dabo tibi ius*, abren paso a la teoría de la sustanciación, permitiendo así al Juez aplicar a los hechos alegados fundamentos distintos y hasta connotaciones contrarias a las fijadas por las partes.

Alegación de la prescripción de la acción. Teoría de la sustanciación.—Una vez alegada la prescripción de la acción por la entidad demandada, el juzgador debía estudiar todos y cada uno de sus condicionamientos y, entre ellos, el de la posible interrupción, máxime cuando, como ahora ocurre con el recurso, era el propio demandado quien iba suministrando los períodos interruptivos para lograr el cómputo anual de la prescripción establecido en el número 2.º del 1.968 del Código civil.

Principio de preferencia de la jurisdicción penal sobre la civil.—Lo consagra el artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. (STS de 24 de marzo de 1987, no ha lugar.)

HECHOS.—Una compañía de electricidad puso por encima de la finca del actor las instalaciones de un salto de aguas. Dicha compañía, al no reparar el aliviadero, asignó un vigilante precisamente para controlar las crecidas del agua producidas por el deshielo. Una fuerte crecida, sin que existiera ninguna vigilancia, produjo un desbordamiento, que ocasionó graves daños al actor. El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial estimaron la demanda de indemnización de daños y perjuicios. No prospera el recurso de casación.

51. Nulidad de marcas por semejanza. Innecesariedad de incluir nombre del autor.—Para determinar la semejanza, la comparación entre las marcas enfrentadas ha de hacerse a base solamente del vocablo que integra su denominación, sin incluir además el nombre del solicitante, expresión esta última que no forma parte de la marca propiamente dicha, habiendo declarado la jurisprudencia que la constancia del nombre del autor o solicitante implica solamente una garantía exigida en razón a la naturaleza del producto, sin que ello constituya elemento diferencial que deba tenerse en cuenta a efectos de apreciación de semejanza de la marca con otras preexistentes registradas con distintivos análogos (sentencias de 23 de enero de 1958, 9 de marzo de 1961, 30 de junio de 1961 y 30 de octubre de 1965, entre otras).

Marca formada por elementos genéricos.—Es admisible la existencia de marcas formadas por componentes genéricos aisladamente considerados, siendo posible su inscripción cuando la combinación de tales componentes da lugar a un

conjunto con propia sustantividad y suficiente carga distintiva, como ocurre con la combinación de los dos elementos genéricos «Sana» y «Flor».

Prescripción de la acción: «dies a quo».—Según el artículo 14 del Estatuto, el plazo debe contarse a partir del día siguiente al de la inserción de la concesión en el «Boletín Oficial de la Propiedad Industrial», y en el presente caso dicho plazo de tres años fue interrumpido por la presentación de la demanda civil de nulidad de la marca al tiempo que se reclamaba del Registro el expediente administrativo de la marca cuestionada como requisito previo, lo que debe considerarse ejercicio de la acción ante los Tribunales a los efectos del artículo 1.973 del Código civil. (STS de 6 de noviembre de 1986, no ha lugar.)

52. Marca registrada. Uso obligatorio.—La innegable proyección sobre el público consumidor del derecho de exclusiva que ostenta el titular de la marca, obliga a éste frente a la comunidad social y posibles competidores a un comportamiento debido, a un «facere», consistente en el uso obligatorio de la marca registrada, que está sancionado en el número 5 del artículo 158 del vigente Estatuto de la Propiedad Industrial de 1929.

Carga de la prueba del uso de la marca.—Es en manos del titular de la marca que sostiene su uso y utilización donde reside la prueba positiva fácil, contundente y accesible, en tanto que sobre quien alega el no uso pesa y gravita la dificultad siempre inherente a toda prueba negativa, que puede resultar de imposible acreditación (prueba diabólica).

Finalidades esenciales del uso obligatorio de las marcas.—La consolidación de la marca como bien inmaterial y la mayor aproximación o concordancia entre la realidad formal del Registro de marcas y la realidad social y viva de su efectiva utilización en el mercado. (STS de 30 de octubre de 1986, no ha lugar.)

HECHOS.—Se interpuso demanda sobre caducidad de marca comercial por falta de uso de la misma durante más de cinco años consecutivos. La Audiencia Territorial, revocando la sentencia del Juez de Primera Instancia, estimó la demanda. No prospera el recurso de casación. (A.C.S.)

53. Letra de cambio. Falta de protesto.—La letra de cambio, como instrumento de crédito que es, produce efecto frente al aceptante, incluso cuando la acción cambiaria ordinaria es ejercitada por el tercer poseedor de la misma, no excusando de su obligación a aquél por la falta de protesto, en cuanto ello sólo es necesario para el ejercicio de la acción de regreso contra el librador y endosante.

Incidente civil de las infracciones fiscales.—La vulneración de leyes de carácter fiscal no limitan ni restringen los efectos jurídicos de los actos y contratos en lo que a sus aspectos civiles se refiere, y no pueden enervarse los derechos de quienes litigan por normas de esa naturaleza en un recurso que como el de casación por infracción de ley y doctrina legal viene referido a la infracción de una normativa *ius privatistica*, porque tampoco dichos preceptos tienen acceso a la casación, y todo ello sin perjuicio de las sanciones que quien tenga competencia para ello pueda acordar por razón de dichas infracciones. (STS de 17 de noviembre de 1986, no ha lugar.)

HECHOS.—El tenedor de una letra de cambio interpuso demanda de reclamación de cantidad por no haber sido satisfecho el importe de la letra por el librado. El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial estimaron la demanda. En el recurso de casación el recurrente alega que las letras carecían del timbre correspondiente y que la sentencia recurrida infringía lo dispuesto en el artículo 480 del Código de Comercio, ya que la figura del tercero cambiario no existe en el Banco actor, al carecer los títulos de las formalidades precisas. No prospera el recurso de casación. (A.C.S.)

54. Descuento bancario. Acción de regreso.—El negocio jurídico de descuento bancario de letra de cambio instrumentado a través del endoso de la cambial, ya se califique como contrato de préstamo mutuo, ya de compraventa o de contrato complejo o atípico, convierte al Banco descontante en titular pleno de la letra, del crédito a ella incorporado y, por ende, en acreedor cambiario, produciendo tal contrato, como efecto principal, el derecho del Banco de exigir y la obligación del descontatario de devolver o restituir la cantidad anticipada; pero la efectividad de tal derecho y consiguiente obligación está supeditada al cumplimiento por la entidad bancaria de determinadas obligaciones, entre las cuales, y como fundamental, debe destacarse la de devolver al endosante la letra de cambio descontada con la misma eficacia jurídica que tenía cuando le fue transmitida por endoso, lo cual implica no sólo que la letra se haya protestado, sino que lo haya sido en forma para que la letra no resulte perjudicada, pues es manifiesto que el perjuicio de la cambial y, en consecuencia, la pérdida de su fuerza ejecutiva impide el ejercicio de la acción de regreso; sin olvidar que si dicho perjuicio se ha producido por culpa o negligencia de persona no obligada cambiariamente, en este caso el funcionario notificador del protesto, pueda ejercitar contra ellas las acciones que procedan. (STS de 18 de marzo de 1987, no ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad actora solicita en la demanda que se declare la validez de la cesión por endoso de una letra de cambio al Banco demandado y que el título resultó perjudicado por defectos en la notificación del protesto debiendo sufrir el perjuicio el Banco propietario en aquel momento de la letra, siendo nulo su regreso y procediendo al abono de determinadas cantidades hasta el reintegro de 5.107.500 pesetas con sus intereses legales, respondiendo subsidiariamente el Notario por la misma cantidad.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda dirigida contra el Banco, con absolución del Notario. La Audiencia Territorial revocó parcialmente la sentencia apelada en lo relativo a las costas. No prospera el recurso de casación.

55. Contrato de agencia de viaje. En régimen de contingente. Anulación de plazas. Indemnización en calidad de compensación.—El contrato de que aquí se trata pertenece al grupo de los denominados en el Reglamento de Agencias de Viaje de 9 de agosto de 1974, «en régimen de contingente», negocios éstos que, según declaró esta Sala en sentencia de 27 de febrero de 1982, son atípicos, y a los cuales es de aplicación el artículo 70 del referido Reglamento, que hace uso del término «indemnización», no en el sentido con que suele emplearse en

los casos de incumplimiento de los negocios jurídicos o de las consecuencias de un evento dañoso, sino en el más amplio de «equivalencia» o «compensación», al objeto de evitar, si fuera posible, el rigor de la satisfacción total del contrato de agencia incumplido. (STS de 23 de octubre de 1986, no ha lugar.)

NOTA.—La sentencia de la Audiencia, al fijar en el 50 por 100 el monto de la «indemnización» en el sentido explicado, lo hace indudablemente aplicando criterios de equidad por la no utilización de las plazas reservadas en régimen de contingente.

56. Seguro de daños. Alcance del derecho de la aseguradora cuando el asegurado ha sido indemnizado.—Le corresponde a la compañía aseguradora los derechos y acciones del asegurado, por subrogación, contra todos los autores o responsables del incendio sólo cuando éstos no han pagado o no han sido condenados a pagar por sentencia anterior en el procedimiento penal, ya que, referido el supuesto general al caso que nos ocupa, la compañía de seguros resultaría doblemente condenada. Lo que corresponde entonces a la compañía de seguros es una acción de enriquecimiento injusto contra su asegurado, que recibió la suma de 12.500.000 pesetas por razón del contrato de seguro y las volverá a recibir por la condena consecuencia del delito, extremo este último en el que puede entrar la jurisdicción civil, siendo así que en el seguro de daños (de reparación), no de capital, el asegurado no puede enriquecerse, ya que tendría interés en que el siniestro se produjere. (STS de 4 de noviembre de 1986, no ha lugar.)

HECHOS.—Una compañía de seguros indemnizó en la cuantía de 12.500.000 pesetas al asegurado a consecuencia de un incendio que afectó al establecimiento del asegurado. La compañía aseguradora demandó a una compañía de electricidad, con el fin de recuperar el dinero que había pagado, entendiéndolo que el incendio se había producido por negligencia de la demandada o sus empleados. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda, que fue apelada ante la Audiencia Territorial. Posteriormente, se aportó sentencia del Tribunal Supremo en la que se condenaba al empleado de la compañía de electricidad a que indemnice en la suma de cien millones de pesetas al asegurado, en concepto de autor de un delito de imprudencia simple. La Audiencia Territorial revocó la sentencia del Juez de Primera Instancia. No prospera el recurso de casación. (A.C.S.)

III. DERECHO PROCESAL

57. Competencia territorial. Sumisión.—Como tiene declarado esta Sala, la sumisión contenida en el acepto de las letras de cambio provoca el sometimiento de quien firma el acepto a los Tribunales y Juzgados señalados en la fórmula de sumisión, que en este caso y cual queda indicado son los de Mula (Murcia), de conformidad con lo prevenido en el artículo 56, párrafo 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no siendo obstáculo a dicha sumisión la circunstancia de que en las fotocopias de los oportunos protestos que se acompañaron con las de la demanda no apareciera debidamente claro la fórmula de sumisión, por defecto de la fotocopidora, dado que, cual se ha indicado también, al haber firmado los demandantes la aceptación con la fórmula de sumisión que se ha transcrito

en el primero de estos fundamentos, conocían perfectamente la misma. (STS de 30 de marzo de 1987, no ha lugar.)

58. Competencia territorial. Lugar de la entrega de la mercancía transportada.—En base a la fórmula de envío de aquélla («portes pagados») debe entenderse efectuada la entrega, de acuerdo con reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el lugar del domicilio o establecimiento comercial del comprador, es decir, Ayamonte, pues el incremento de los portes para su abono correspondiente por el comprador no es asimilable a los supuestos de efectivo cargo en la cuenta del mismo, en cuyo caso sí se entiende hecha la entrega en el domicilio del vendedor por viajar en tal supuesto las mercancías ya por cuenta y riesgo del comprador. (STS de 24 de febrero de 1987, no ha lugar.)

HECHOS.—Cuestión de competencia por inhibitoria suscitada entre los Juzgados de Distrito de Ayamonte y número 3 de Madrid, por consecuencia de ejercicio de una acción personal en reclamación de cantidad derivada de un contrato de compraventa mercantil, en el que las partes no señalaron lugar de cumplimiento de sus respectivas obligaciones.

59. Competencia territorial. Sumisión.—Ha de recordarse: 1.º) Que la sumisión es la primera de las reglas sobre competencia territorial, pero la expresa ha de establecerse de manera clara, precisa y de modo bilateral, es decir, suscrita por la parte que renuncia a su fuero propio, sin que ello pueda dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, no dándose tales circunstancias en el supuesto que nos ocupa. 2.º) Incluso tiene sentada esta Sala que no es sumisión expresa la cláusula sin firma en el reverso de un documento, figurando la firma en el anverso sin referencia a aquélla. 3.º) Para resolver las cuestiones de competencia sólo puede atenderse a los escritos de demanda y de proposición de la inhibitoria y a los documentos aportados con tales escritos, pero no a los acompañados con el de contestación al requerimiento inhibitorio, por presentarse extemporáneamente. 4.º) Figurando el pago domiciliado en Oviedo en todas las facturas, cual afirma el Juez de esta ciudad, y viajando las mercancías a porte pagado, era de presumirse que lo hicieron por cuenta y riesgo del vendedor y que la entrega se produjo en el lugar del domicilio mercantil, todo lo cual revela la procedencia de la inhibitoria, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal. (STS de 24 de marzo de 1987.)

60. Juicio ejecutivo. Competencia territorial. Requisitos de la sumisión expresa.—Reiterada jurisprudencia (entre las más recientes, sentencias de 5 de mayo y 14 de julio de 1983 y 30 de marzo de 1984), ha sancionado que en los juicios ejecutivos derivados de letras de cambio, aceptadas por el ejecutado, la competencia para su conocimiento corresponde al lugar donde fueron las cambiales domiciliadas para su pago y allí protestadas, no siendo admisible la sumisión expresa pactada por los interesados en el contrato causal, acompañado por el ejecutante al serle notificado el auto del juzgado requirente instando la inhibición, ya que el pacto de sumisión del contrato causal ha de referirse a las letras título de ejecución y al propio proceso ejecutivo, y además, aportado en tiempo oportuno, no al contestar al requerimiento de inhibición, pues es regla general que para acreditar sumisión a efectos de competencia no puede tenerse en cuenta el contra-

to causal presentado extemporáneamente, habiendo de resolverse la cuestión de competencia atendidos los escritos de demanda y de proposición de la inhibitoria y a los documentos aportados con tales escritos. (STS de 22 de septiembre de 1986, no ha lugar.)

NOTA.—Sentencia de importantes consecuencias prácticas, pues se trata de una empresa multinacional que incluye en sus condiciones generales la sumisión a los Juzgados de Madrid, cláusula que pretende hacer valer en juicios ejecutivos, aquí infructuosamente.

61. Tutela judicial efectiva.—Como tiene declarado el Tribunal Constitucional, la tutela judicial efectiva se obtiene incluso cuando se deniega o rechaza lo interesado por las partes del proceso, siempre que concurra la causa legal correspondiente, cual aquí acontece, lo que impide sostener que se ha producido denegación de Justicia.

Prueba de testigos.—Es discrecional para el juzgador y no es impugnabile en casación.

Carga de la prueba.—El artículo 1.214 del Código civil no contiene una norma valorativa de prueba y sólo puede ser alegado en casación como infringido cuando se acusa al Juez de haber alterado indebidamente el «onus probandi» invirtiendo la carga de la prueba que a cada parte corresponda, lo que en el presente caso no acontece. (STS de 10 de marzo de 1987, no ha lugar.)

62. Recurso de revisión.—Ha de ser interpretado de forma restrictiva, dado su carácter extraordinario y excepcional, sin que pueda servir para que por medio del mismo se autorice a los litigantes a promover un nuevo examen de cuestiones o extremos que tuvieron su lugar adecuado en el pleito. Su ejercicio ha de concretarse a la demostración cumplida de una de las causas que establece el artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Resolución administrativa.—Una resolución administrativa recaída en expediente iniciado antes de la sentencia no tiene carácter ni efecto de documento recobrado en el sentido del artículo 1.796, número 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (STS de 10 de marzo de 1987, no ha lugar.)

63. Recurso de revisión por maquinación fraudulenta.—Se precisa: a) que la maquinación consista en la conducta dolosa o maliciosa de la parte recurrida, que, mediante el empleo de astucia u otro medio semejante, tiende a conseguir una lesión a quien pretende ampararse en este recurso; b) que esta conducta haya conducido efectivamente a la obtención de una sentencia firme favorable al que, para ganarla, utilizó semejante modo de proceder; c) que tal maquinación puede consistir en el empleo de cualquier ardid que impide a los demandados el conocimiento de la existencia del pleito, y d) que el recurso se haya interpuesto dentro del plazo de caducidad del artículo 1.798 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Maquinación fraudulenta.—La Jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo viene estimando como una de las manifestaciones de la maquinación fraudulenta toda actividad de la parte actora encaminada a dificultar u ocultar al demandado el planteamiento del litigio y a obstaculizar e impedir su defensa, para asegurar

de esta forma y con semejantes artilugios el éxito de la demanda. (STS de 3 de marzo de 1987, no ha lugar.)

64. Arbitraje de equidad.—Como quiera que los extremos sobre los que ha versado el arbitraje de equidad recaen sobre materias propias de una actividad mercantil consonante con la específica del objeto social de la empresa expropiada y erigida de esta suerte en sociedad estatal, no cabe argüir, como se hace en el recurso presente, que esté sujeto a una regulación específica y excluyente de la Ley de Arbitrajes privados de 22 de diciembre de 1953 según el artículo 14, de donde se infiere que el único motivo de nulidad esgrimido al amparo del artículo 30 de dicha Ley en relación con el 1.691-3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, anterior a su modificación por Ley 34/1984 dada la fecha de interposición del recurso, no puede prosperar. (STS de 6 de marzo de 1987, no ha lugar.)

HECHOS.—El único motivo del recurso se contrae a la nulidad del laudo arbitral por recaer sobre materia sustraída a los arbitrajes de Derecho privado, en virtud de la Ley 7/83, de 29 de junio, de expropiación legislativa, de la totalidad de las acciones o participaciones sociales representativas del capital de las sociedades relacionadas en el anexo de dicha Ley. El Tribunal Supremo rechaza el motivo.

65. Arbitraje de equidad. Liquidación de gananciales.—No se respeta el convenio de dirimir la controversia entre los cónyuges al margen de la jurisdicción, encomendándola a los árbitros del modo más amplio, y, por otro lado, se pugna por convertir a esta Sala, utilizando el recurso de nulidad, en tribunal de única instancia para decidir sobre múltiples extremos concernientes a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges. Se olvida así el limitado contenido de los recursos de nulidad de la naturaleza del presente, que, aun ampliado en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil operada en 1984 y que, por cierto, no alcanza al presente recurso, formalizado con anterioridad a su vigencia, no autoriza a entrar en el fondo de la controversia sustraída al conocimiento de los tribunales justamente por el efecto propio del contrato de compromiso, reduciéndolo a controlar desde fuera de ella, si se ha decidido dentro de plazo o resuelto puntos no sometidos a los árbitros; desde cuyo punto de vista únicamente cabe efectuar el enjuiciamiento de los motivos.

Causas de nulidad del arbitraje de equidad.—El laudo de árbitros de equidad sólo puede quedar sin efecto por concurrir alguna de las tachas del número 3.º del artículo 1.691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (STS de 13 de octubre de 1986, no ha lugar.)

HECHOS.—Los cónyuges otorgaron una escritura de compromiso, quedando sometidos al fallo de los tres árbitros designados para la liquidación de la sociedad de gananciales. Contra la validez del laudo emitido, la mujer interpone recurso de nulidad, que es rechazado por el Tribunal Supremo. (A.C.S.)

66. Solidaridad implícita. Recurso de casación por contradicción con lo ejecutoriado.—El auto dictado en ejecución de sentencia, en lo que atañe a la declaración de no solidaridad, desconoce la doctrina de esta Sala según la cual la

no presunción de solidaridad establecida en los artículos 1.137 y 1.138 del Código civil para las obligaciones pluripersonales, es inaplicable en aquellos supuestos en que la voluntad de los interesados excluye la mancomunidad, sin que sea preciso para entender existente una clara intención en pro de la solidaridad, que en el contrato (o en el título causal) exista una expresión literal en este sentido, sino que puede ser demostrada su concurrencia por el conjunto de antecedentes denotadores de que ha sido realmente querido por los interesados aquel resultado económico, y es evidente que si actúan los demandados asociados, aunque sea en forma irregular, expidiendo títulos de crédito y pago (letras de cambio) en forma indistinta, con una forma distinta de la que contrata personalmente, con ingreso de cantidades en cuentas corrientes de disponibilidad compartida, se manifiestan ante terceros en forma auténticamente solidaria. (STS de 20 de octubre de 1986, ha lugar.)

NOTA.—Esta sentencia se inscribe en la corriente jurisprudencial que interpreta ampliamente, con indudable finalidad correctora, los artículos 1.137 y 1.138 del Código civil, al no exigir que haya una expresión de voluntad a favor de la solidaridad en el acto constitutivo de la obligación, sino que se contenta con «el conjunto de antecedentes denotadores de que ha sido realmente querido por los interesados aquel resultado económico» de «una clara intención en pro de la solidaridad», y que aquí se concretan en la emisión indistinta de letras de cambio con ingreso de cantidades en cuentas corrientes de disponibilidad compartida. Últimamente *vide* sentencias de 2 de marzo de 1981, 7 de abril de 1983, 7 de enero y 13 de febrero de 1984. Un buen estado de la cuestión en la doctrina lo ofrece la monografía de Cristóbal Montes, *Mancomunidad o solidaridad en la responsabilidad plural por acto ilícito civil*, Barcelona, 1985, se muestran discrepantes con la corriente jurisprudencial Sancho-Rebullida y Lacruz, en *Elementos*, II-1.º, 2.ª ed. (Barcelona, 1985), p. 49 y ss. (G.G.C.)

67. Litisconsorcio pasivo necesario.—La situación litigiosa debe extenderse a todas las personas que ostenten, inicialmente, un interés afectado por la decisión, para evitar una sucesión indefinida de litigios con posibles fallos contradictorios. (STS de 8 de marzo de 1987, no ha lugar.)

68. Cosa juzgada.—Ha de ser acogido el motivo, porque la sentencia del primer proceso no decidió, ni en forma favorable ni en forma desfavorable, la pretensión de resarcimiento relativa a la reinstalación del galpón que había de entregar la demandada y que no entregó, cuestión que, expresamente, en las diligencias de ejecución de la sentencia fue simplemente excluida, pero nunca decidida, como exige la jurisprudencia para la apreciación de la cosa juzgada, cuya base legal consiste en la más perfecta identidad entre cosas, causas y personas en ambos procesos y en la finalidad de evitar un doble pronunciamiento sobre la misma pretensión en su integridad.

Daños y perjuicios.—La existencia de daños y perjuicios es una cuestión de hecho, que exige la prueba de su entidad y cuantía para que su indemnización sea procedente. (STS de 24 de octubre de 1986, ha lugar.) (A.C.S.)

69. Congruencia. Principios «da mihi factum, ego dabo tibi ius» y «iura novit curia».—El principio procesal de la congruencia exige que entre la parte dispositiva de la sentencia y las pretensiones sustanciales de los contendientes, oportunamente deducidas en el proceso, exista la debida concordia y correlación, o sea, entre lo suplicado en los escritos de alegaciones y la parte dispositiva de la sentencia, pero sin que en ningún caso exija una literal y exacta sumisión del fallo a aquéllas, por lo que es lícito al Juzgador en la instancia, por aplicación de los principios «da mihi factum, ego dabo tibi ius» y «iura novit curia», emitir su opinión crítica y jurídicamente valorativa sobre los componentes fácticos presentados por las partes y calificar el contrato de la manera que estime más ajustada. (STS de 7 de noviembre de 1986, no ha lugar.) (A.C.S.)

70. Tasación de costas. Inclusión del impuesto sobre el valor añadido.—Aun siendo cierto que corresponde el pago del impuesto sobre el valor añadido a la persona a la que se presentaron los servicios profesionales que se minuten o facturen, no lo es menos que el gasto que el impuesto significa va anejo a lo que cuantitativamente sea exigible por la prestación de tales servicios, lo que hace que en el pronunciamiento sobre el pago de costas recaído en un litigio no pueda menos de considerarse incluida la significada por la actividad profesional del Letrado al que hubo de encargar su defensa la parte favorecida por la condena y, en su consecuencia, todo lo que ha de abonar al mismo, sin que sea lícito apartarse de esta resolución en los términos en que la parte impugnante planteó su oposición, analizando las alegaciones por su Letrado formuladas en el acto de la vista del presente incidente, pues ello situaría a su contraparte en situación de indefensión, lo que es inadmisibles. (STS de 24 de marzo de 1987, no ha lugar.)

71. Honorarios profesionales de un Letrado. Impugnación.—Ha de tenerse en cuenta a efectos de poder calificarlos de indebidos que esta Sala ha estimado como honorarios indebidos los que responden a actividades procesales que no se hayan celebrado o aquellas otras en que en la no asistencia del Letrado se debió a causa dependiente de su voluntad, como la no comparecencia a la vista del recurso de casación, lo que le impide incluir honorarios por el concepto de asistencia a la vista o a diligencias a las que no ha asistido. Pero ese supuesto no es el ahora contemplado, en que para nada se niega que el Letrado evacuó el trámite de instrucción, y que efectuó la preparación y asistencia a la vista. Además, no podía considerarse improcedente señalar honorarios por la preparación para la vista, dado que ello es parte integrante de la actuación del Letrado, que oralmente ha de informar con la debida preparación. El trámite de instrucción puede considerarse accesorio en el aspecto intelectual respecto de los conceptos de preparación y asistencia a la vista, que son los principales y sobre los que gravita la suma señalada en casi su totalidad. (STS de 31 de marzo de 1987, no ha lugar.)

HECHOS.—El Tribunal Supremo desestima la impugnación de honorarios en el doble concepto de indebidos y excesivos, debiendo cumplirse lo dispuesto en los artículos 427 y 428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

