

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XL
FASCICULO IV



OCTUBRE-DICIEMBRE
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

	Páginas
ANGEL CARRASCO PERERA, <i>Restitución de provechos</i> (I)	1055
REINA AYMERICH RENTERIA, <i>La especificación en el Código civil</i> ..	1149

Estudios legislativos

FRANCISCO CASTRO LUCINI, <i>Notas sobre la nueva Ley de Adopción 21/1987, de 11 de noviembre</i>	1233
--	------

Información legislativa

A cargo de PEDRO DE ELIZALDE Y DE AYMERICH	1243
--	------

Vida Jurídica

La filiación a finales del siglo XX (Reseña de un Congreso) 1253

Bibliografía

NOTA CRITICA

Diligencia, culpa, incumplimiento y responsabilidad contractual, por Luis-Humberto Clavería Gosálbez 1283

LIBROS

DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis: *La doctrina el enriquecimiento injustificado; Contestación*, de DE LA CAMARA ALVAREZ, Manuel, por Luis-Humberto Clavería Gosálbez.—GONZALEZ PEREZ, Jesús (con la colaboración de Pedro GONZALEZ SALINAS): *Comentarios a la Ley del Suelo*, por Salvador Ortola Navarro.—LASARTE, Carlos: *Curso de Derecho civil patrimonial. Manual para economistas*, por Isabel Arana.—LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL (Y NORMAS COMPLEMENTARIAS).—RAGEL SANCHEZ, Luis F.: *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*, por A. M. Morales Moreno 1301

REVISTAS

A cargo de EMILIO BLANCO MARTINEZ, FERNANDO OLEO BANET y JOSE MIGUEL RODRIGUEZ TAPIA 1319

Estudio jurisprudencial

ANTONIO CABANILLAS SANCHEZ, *La mora del acreedor* 1341

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

I. SENTENCIAS COMENTADAS

La estabilización de la renta en función del índice del costo de vida de la fecha inicial del contrato, por José Bonet Correa 1423

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 IV



OCTUBRE-DICIEMBRE
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

Restitución de provechos (I)

ANGEL CARRASCO PERERA

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. RESTITUCION.—1. «*Restituere*».—2. *Un concepto lato de «restituere»*.—3. *Dos modelos en la teoría de la restitución*: a) Modelo escolástico de la restitución. b) Modelo anglosajón.—III. LA RESTITUCION EN EL SISTEMA DEL CODIGO CIVIL.—1. *General*.—2. *El modelo de la reivindicación*: a) Generalidad del artículo 348.2.º. b) Diversas consecuencias de la norma. c) Régimen restitutorio de la reivindicación.—3. *Los diversos modelos restitutorios del Código civil*.—4. *Problemática*: a) Régimen de los provechos obtenidos en la cosa. b) Indemnizaciones. c) El riesgo. d) Subrogados.—5. *Condiciones de posibilidad de un sistema de restitución*: a) Indiferencia ante las modificaciones del estatuto del bien. b) Liquidación de la restitución. c) Ruptura de la equivalencia. d) Reciprocidad.—IV. PROVECHOS.—1. *General*: a) El fruto. b) Referencia legal a otros provechos.—2. *Tipología*: a) Frutos. b) Rentas. c) Intereses. d) Plusvalías. e) El consumo. f) El provecho obtenido por modificación o cambio de forma de bien ajeno. g) El uso del bien sujeto a restitución no es fruto. h) Productos. i) El «*commodum*» representativo. j) El lucro obtenido por la negociación. k) Emolumentos inmateriales. l) Beneficio neto capitalista. ll) Descripciones de la idea de enriquecimiento. m) Marginales.—V. FRUTOS.—1. *Generalización del concepto de fruto*: a) Irrelevancia de la definición legal. b) Jurisprudencia. c) Doctrina. d) Concepto ampliado de fruto.—2. *El beneficio empresarial neto*: a) Doctrina. b) Tipo de frutos.—3. *Relatividad del concepto de fruto*: a) Facultades de disfrute y obligación de restituir. b) Títulos concurrentes. c) La tendencia al fruto civil.—VI. NATURALEZA DE LA ADQUISICION DE PROVECHOS POR EL POSEEDOR DE BUENA FE.—1. *Una declaración jurisprudencial*.—2. *Sistema del abono de gastos*.—3. *Régimen de frutos sometidos al cálculo del enriquecimiento*.—4. *Régimen de frutos en función de la industria del poseedor*.—5. *La relevancia del «titulus possessionis»*.—6. *La solución del Código Civil*.—VII. CARACTERIZACION GENERAL DEL REGIMEN DE RESTITUCION EN EL CODIGO CIVIL.—VIII. LA TENDENCIA EXPANSIVA DE LAS NORMAS SOBRE LIQUIDACION POSESORIA.—1. *La inexistencia de otros criterios generales de restitución*: a) El estatuto jurídico de todo poseedor. b) «*Petitio hereditatis*»: restituciones sucesorias. c) «*Condiciones*».—2. *Las la-*

gunas del Código civil en materia de restitución: a) General. b) Nulidad y rescisión. c) Ineficacia retroactiva.—3. *Límites en la aplicación de las normas posesorias*: a) Interrupción legal de la posesión. b) Responsabilidad del poseedor. c) Gastos.—IX. LA RESTITUCIÓN DE PROVECHOS NO RESPONDE A UNA REGLA DE PROPIEDAD.—1. *No necesaria propiedad sobre la cosa madre*: a) Intereses. b) Títulos concurrentes. c) Irrelevancia relativa de la transmisión del dominio. d) Riesgos.—2. *No regla de propiedad sobre los frutos*: a) «Propiedad» sobre los frutos. b) Frutos pendientes: frutos civiles. c) Mala fe. d) Frutos excesivos.—3. *Adquisiciones atípicas de frutos*.—4. *La relevancia actual del principio «omni causa»*: a) En cuanto a los frutos. b) En cuanto a los daños. c) Autonomía de las acciones de frutos.—5. *La conexión riesgo-provecho*.—X. UNIDAD DE LOS REGIMENES DE RESTITUCION E INDEMNIZACION.—1. *General*.—2. *El provecho restituible como una especie de reparación del daño*: a) «Fructus percipiendi». b) Intereses. c) Momento de la entrega. d) El lucro como daño.—3. *La acción de restricción de provechos puede ser una acción de reparación del daño*: a) Responsabilidad civil delictual. b) Restitución de frutos al poseedor.—4. *La función de reparación limita la restitución de provechos*: a) «Zuweisungsgehalt». b) Derecho español.—XI. EL «ID QUOD INTEREST» EN LA RESTITUCION.—1. *General*.—2. *Id quod interest*: a) General. b) «Interest y aestimatio rei». c) Concepto patrimonial de «interest». d) Interés y disposición de cosa ajena. e) «Interest» del sujeto a restituir. Vicios ocultos. f) El «Interest» del sujeto a restitución: evicción. g) La excepción «etsi restituta». h) Interés y responsabilidad civil derivadas del delito.—3. *Fundamentos de la responsabilidad en la restitución*: a) Regla general. b) La responsabilidad del poseedor de buena fe. c) La responsabilidad del poseedor de mala fe.—4. *Restitución de frutos «percipiendi»*: a) General. b) Modelos de cálculos de los frutos «percipiendi». c) Fruto «percipiendi» y actividad diferenciada. d) El artículo 455 del Código civil como norma de integración. e) El artículo 455 no excluye la normativa general de responsabilidad. f) La restitución de frutos «percipiendi» por el poseedor de buena fe. g) Frutos «percipiendi meliorationis».—XII. RESTITUCION DE FRUTOS RECIBIDOS.—1. *Restitución de frutos en una gestión posesoria*: a) Frutos percibidos e «id quod interest». b) Alcance objetivo: frutos. c) Irrelevancia del modo de obtención. d) Frutos y enriquecimientos. e) La restitución de frutos como deuda de dinero. f) Frutos ilícitos. g) «Fructus meliorationis».—2. *La restitución de frutos en la entrega con función solutoria*: a) Obligación de dar. b) Frutos pendientes. c) Frutos percibidos después de la venta. d) Frutos «percipiendi». e) Frutos civiles. f) Frutos del subrogado. g) Otros provechos.—3. *Obligación de entrega de cosa genérica*.—4. *Liquidación de frutos pendientes*: a) El sentido de la expresión. b) Frutos pendientes, naturales e industriales. c) Frutos civiles irregulares. d) Beneficio neto empresarial. e) La percepción de los frutos irregulares.—5. *El principio «fructus non intelligitur nisi deductis expensis»*: a) Alcance. b) El artículo 356 del Código civil. c) Límites de aplicación del artículo 356 del Código civil. d) Alcance del derecho de reembolso. e) El reembolso del valor trabajo. f) Impensas en la cosa e impensas

en el fruto. g) Costes de obtención del beneficio empresarial.—XIII. RESTITUCION DEL USO.—1. *El uso como fruto*: a) Criterio general. b) El uso como ventaja patrimonial. c) Restitución de frutos.—2. *El uso como daño*: a) Criterio general. b) El uso como daño-lucro cesante. c) El uso como daño emergente.—3. *El uso como enriquecimiento*: a) El «contenido de destinación» de los derechos absolutos. b) Del daño al enriquecimiento.—4. *Solución propuesta*.—XIV. EL DINERO COMO OBJETO DE LA RESTITUCION.—1. *La disposición o recepción indebida de dinero*: a) El dinero poseído no está sujeto a restitución. b) Lo adquirido con dinero restituible no es restituible. c) El lucro del dinero no es fruto del dinero.—2. *Justificaciones*: a) La reivindicación de género. b) Otros efectos jurídicos. c) Los «títulos» de propiedad sobre el dinero. d) La conmixión del dinero. e) El pago de dinero.—3. *La realización del valor en cambio de la cosa poseída*.—4. *La obligación de entrega de dinero*.—5. *Subrogados en la restitución de patrimonios*: a) Subrogación por destino. b) Subrogación por sustitución. c) Ejercicio de derechos inmateriales del patrimonio. d) Subrogación a costa de bienes del patrimonio.—XV. ENRIQUECIMIENTO.—1. *El alcance del principio «in quantum factus sit locupletior»*. a) La «regula» de determinación de enriquecimiento. b) Significado de la «regula».—2. *Derecho español*: a) La regla general del Código civil. b) Disposición de la buena fe de la cosa. c) Restitución de la cosa en manos del tercer poseedor de buena fe. d) La aparente restitución de enriquecimiento por el «accipiens indebiti». e) Enriquecimientos impuestos. f) Recapitulación: enriquecimiento del poseedor de buena fe.—3. *La restitución del incapaz*.—4. *La prueba del enriquecimiento*.—5. *La desaparición del enriquecimiento*: a) Derecho comparado. b) Tipos de desaparición del enriquecimiento. c) Cálculo subjetivo del valor de la atribución. d) Pérdida de la prestación o del enriquecimiento.—6. *Momento de la fijación del enriquecimiento*: a) Los distintos criterios de fijación temporal del enriquecimiento. b) Momento de la determinación de la utilidad o el provecho.—XVI. DEDUCCION DE PROVECHOS PERCIBIDOS.—1. *Derecho común*.—2. *El artículo 453 del Código civil*.—3. *Límites a la obtención de provechos*: a) Protección frente a los enriquecimientos impuestos. b) Límites de la sustancia de la cosa. c) Extensión de los principios usufructuarios. d) Las atribuciones realizadas «libres de error».—4. *Gastos ordinarios de conservación*: a) El principio. b) Gastos de aumento de capacidad de rédito. c) Deducción de provechos en posesión en concepto distinto del de dueño. d) Amortizaciones empresariales. e) El mantenimiento de la sustancia.—5. *Deducciones del daño resarcible*.—XVII. RESTITUCION DE TODOS LOS PROVECHOS.—1. *Dos modelos de la restitución total de provechos*: a) «Gewinnherausgabe». b) «Waiver of tort».—2. *Límites a la extensión de restitución de provecho*: a) El uso. b) Disposición de dinero. c) El lucro de negociación de un bien. d) El uso instrumental.—3. *Dos fundamentos para la restitución de todos los provechos*: a) Prohibición de concurrencia. b) La realización de una actividad gestora.—4. *«Waiver of tort» en Derecho español*: a) Responsabilidad extracontractual. b) Lesión del contrato. c) Subrogados del objeto perdido de la prestación. d) Posesión de buena fe y gestión de negocios.

- e) Gestión de negocios impropia.—5. *La lesión de derechos inmateriales*:
a) Los textos legales. b) Comentario.—NOTA.

I. INTRODUCCION

Constituye el objeto del presente trabajo la «restitución de provechos». Bajo este enunciado contemplo un conjunto de supuestos caracterizados por las siguientes notas:

1. La existencia de una determinada cosa que ha de ser transferida por un sujeto a favor de un tercero legitimado para su posesión.

2. Un determinado modo de proceder sobre la cosa por parte del obligado a transferirla, que genera un determinado provecho, en un triple sentido: a) El restituyente obtiene provechos de la cosa sujeta a restitución. b) El restituyente realiza sobre la cosa una atribución que repercute en provecho del legitimado. c) El legitimado para la entrega pierde la expectativa de un determinado provecho como consecuencia de la posesión o de la conducta del obligado a transferir el bien. O bien, el bien sujeta a restitución queda mejorado por circunstancias externas a la actividad o conducta del obligado a la restitución.

Hemos dejado fuera de estudio las atribuciones patrimoniales que no están directamente conectadas con la posesión de un bien (obligaciones de hacer, gestión, rendición de cuentas, servicios prestados a un tercero, etc.). Por haber tratado ya de ello en otros trabajos anteriores (1), quedan fuera también del presente estudio las atribuciones patrimoniales sobre los bienes que generan una ventaja a favor del legitimado para la restitución. De éstos, así como de otros tipos de provechos obtenidos por una persona que por alguna razón deban imputarse a un tercero, haremos, no obstante, referencias en el presente trabajo cuando su tratamiento resulte presupuesto de comprensión del objeto central del mismo.

(1) «Ius aedificandi y accesion», 1986; «Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil», núms. 6, 7, 8, 9, 10.

II. RESTITUCION

1. «Restituere»

A diferencia de lo que ocurre en el Derecho Moderno, la expresión «restituere» no era en el lenguaje jurídico romano una palabra más del habla común que el jurista pudiera utilizar con un significado cualquiera. Resulta significativo que esta expresión aparezca múltiples veces definida en el título del Digesto que Justiniano encabeza bajo el nombre de *significatione verborum* (L. 50, tít. 16), a manera de cierre del sistema. Esta localización es importante porque, a lo que yo sé, en ninguna de las formas típicas de restitución (*restitutio in integrum*, *petitio hereditatis*, *condictiones*, etc.) el Digesto ofrece una definición acabada con pretensión de validez general.

Restituere autem is intelligitur qui simul et causam actori reddit, quam si habiturus esset si statim iudiciis accepti tempore res ei reddita fuisset, id est et usucapionis causam et fructuum. Paulo enuncia en este pasaje (50.16.35) no el significado del término, sino el contenido clásico de la institución *restitutio*: la cosa debe ser restituida al actor *cum omni causa*, esto es, con todo aquello que el actor hubiese tenido si la cosa hubiese vuelto a su poder en el momento del inicio del proceso (2). Y la fórmula se repite en otros pasajes concordantes: Gayo, 50.16.22, *plus est in restitutione quam in exhibitione... restituere est possessorem facere fructusque reddere: pleraque praeterea restitutionis verbo continentur.* En la *omnis causa* se contienen principalmente los frutos, *haec verba... eam rem recte rectituas, fructus continent* (Ulpiano, 50.16.73), y más allá del fruto, cualquier otro provecho que el actor pudiera obtener de la cosa, *nam verbo restitutionis omnis utilitas actoris continentur.*

Realmente esta expresión sólo alcanza a la situación del bien restituible desde el inicio del proceso hasta el momento de la sentencia. Como advierte Kaser *restituere* es *Prozess-Gegenstand*. En la fórmula no queda decidido cuál es la situación entre restituyente y actor por las circunstancias ocurridas antes de la *litis contestatio*.

La fórmula global *restituere* en realidad sólo se especifica completamente en las dos restituciones típicas por detentación contraria a Derecho: la *reivindicatio* (Dig. 6.1.20) y la *condictio* (Dig. 12.1.31). En lo que se refiere a la reivindicación resulta instructivo observar que la mayoría de las normas contenidas en Dig. 6.1. hacen referencia al período de pendencia procesal.

(2) Según KASER, el *Restitution-prinzip* exige que al actor se le sitúe en aquella condición en la que hubiera estado si la cosa se le hubiera entregado en el momento de la *litis contestatio* (*Restituere als Prozessgegenstand*, 1932, 2.^a Auf., 1968, 7 y ss.).

La fórmula *restituere* se generaliza en el Derecho Común, desconectada de la atadura procesal que supone en el Derecho romano la *litis contestatio*. Según Althusio, *restituere significat rem exhibere non tantum, sed etiam cum universa sua causa, accessione, fructu, usura, interesse, omni commodo, tan occasione rei, quam ex ipsa rei praeveniente* (3).

2. Un concepto lato de «restituere»

En el Derecho romano la expresión *restituere* no se reduce a la mera fórmula de la *omnis causa* que conlleva la obligación de entrega de una cosa. Según Dig. 39.1.20, la demolición de lo edificado después de la denuncia de obra nueva aparece en el Edicto Pretorio bajo la expresión *restituere: quod factum est restituas*. Y la Partida 7, 32, 10, en el título dedicado a la «significación de las palabras», se limita a ofrecer un modesto significado de la expresión latina *restituere*: «restituere tanto quiere decir como entregar».

Domingo de Soto comienza el estudio de las *quaestiones* dedicadas al derecho de restitución con una definición que no comprometa la extensión del estudio ulterior: *restituere idem esse quod iterum quemquam in suum locum et ius statuere* (4), y exige únicamente tres condiciones como formando parte del derecho de restitución: 1) Que la reentrega del bien esté fundada en razón de deuda; de manera que no sería restitución el regalo hecho para pagar un favor. 2) Que exista equivalencia entre la cosa poseída y la que deba ser objeto de restitución. 3) Que el derecho de restitución no se haga depender de la simple injuria ni se limite a ser un derecho de compensación o indemnización por los daños injustamente causados por la sustracción de un bien.

Con estos elementos, Luis de Molina construye lo que sin duda continúa siendo hoy el tratamiento más perfecto de la teoría de la restitución. Según el autor (5), *restituere* puede tomarse en tres sentidos. Un sentido amplio: se hablará de restitución siempre que por alguna razón de derecho deba entregarse una cosa a un tercero. El pago (*solutio*) queda incluido en este significado amplio del término (6). En un sentido menos amplio, restitución comprende aquel conjunto de supuestos caracterizados por la entrega de una cosa, pero siempre que previamente a la entrega haya un momento o una oca-

(3) *Dicaelologicae libri tres*, I, XXXIV, 7.

(4) *De Iustitia et iure*, L. IV, Q. VI, art. 1.

(5) *De Iustitia et iure*, Disp. 714.

(6) *Nomen igitur restitutionis stricte solum in rebus ablatis locum habet, putaquae vel per iniuria surreptae sunt, vel si fuerint acceptae, iniuste tamen ultra constitutum tempus retinentur... et ideo sub iniusta acceptione, intelligitur etiam iniusta retentio* (SOTO, IV, VI, 2; para el autor, la *solutio* no forma parte del Derecho de restitución).

sión que pueda caracterizarse como *iniusta retentio*; se incluiría en este segundo sentido no el mero pago de la cosa debida, pero sí la restitución de lo debido por contrato a partir del momento en que el deudor incurre en mora. En una significación estricta de la expresión *restituere* se exige dejar fuera de la expresión todo aquel supuesto en cuya virtud la obligación de transmitir o entregar derive de contrato, aunque haya mediado mora: comprende la hipótesis en las que la cosa haya salido del poder del dueño por hecho injusto de un tercero (*res ablata*), bien permanezca en poder del sustractor, bien haya llegado a manos de un tercero que proceda de buena fe. Propiamente hablando en este sentido estricto, la restitución comprende la recuperación de la cosa robada y la reivindicación contra un tercer poseedor. Y puesto que esto es todo lo exigido para formar parte del significado estricto del derecho de la restitución, constituye también un elemento de ésta la *reparación del daño*, surgida de la mora o de cualquier otra contravención.

3. Dos modelos en la teoría de la restitución

Que yo alcance a saber, sólo han existido dos modelos que hayan pretendido una sistematización *unitaria* del derecho de la restitución, con intento de someter todas las hipótesis de transferencia o retransferencia de bienes a un principio aplicable a toda la materia. Evidentemente, esto sólo se ha podido conseguir por una reducción arbitraria, bien del área de materias que comprende la restitución, bien de los criterios de solución de conflictos.

a) *Modelo escolástico de la restitución*

Este modelo se construye en la doctrina escolástica española como contenido de los comentarios a la *Secunda Secundae* de Santo Tomás, a partir del momento en que la «*Summa Teológica*» sustituye en las Universidades españolas al Libro de las Sentencias de Pedro Lombardo. En realidad, las obras que aquí se refieren no pretenden ser otra cosa en principio que una especie de «manual de confesores». Al menos, en las formulaciones iniciales de Bartolomé de Medina y Domingo de Soto. La depuración jurídica sólo se alcanza con la recepción de esta doctrina en las obras de Luis de Molina y de Covarrubias. Se plantea, por tanto, un repertorio de problemas que hoy apenas pueden interesar al jurista, principalmente conectados con la siempre dificultosa escisión entre lo que era la esfera interna del derecho de la restitución (cuándo se debe y cuándo no se debe restituir en conciencia) y la esfera externa de su exigibilidad jurídica.

En lo que a nosotros nos interesa, la teoría de la restitución aquí referida se caracteriza por la permanencia a lo largo de las obras de los autores de dos proposiciones fundamentales.

1. Toda restitución, en el sentido estricto del término, nace bien de la injusta detentación de un bien conseguida por hecho ilícito (*restitutio ex acceptione*), donde la ilicitud es a la vez formal (por el modo de llegar a la posesión de la cosa) y material (por el hecho de poseer sin título la cosa que es de otro); nace el derecho de restitución en segundo lugar de la mera circunstancia, ilícita *materialiter*, de poseer sin derecho un bien de otro, y sin que haya mediado injuria o mala fe por parte del poseedor de este bien (*restitutione ex re accepta*). Por el primer parámetro están sujetos a restitución el sustractor de un bien y el tercer poseedor de mala fe. Restituye *ex re accepta* el tercer poseedor de buena fe. A partir de la mora se responde «*ex acceptione*» (7).

2. La restitución *ex re accepta* se rige de acuerdo al siguiente principio: el poseedor de buena fe restituirá siempre si conserva la cosa o los frutos *in natura* en su poder; de lo consumido o enajenado antes de que el dominio prescriba a su favor sólo restituye cuanto quede de la cosa o cuanto se enriqueció con ella. Computado en la restitución todos los frutos extantes y cuantos consumidos le hayan enriquecido. *Ex acceptione*, se restituye todo lucro y todo daño, incluso aunque se haya dejado de poseer (8). De acuerdo a estas dos reglas, los autores irán deduciendo conclusiones particulares en la teoría de la restitución que ahora remitimos a lugares más oportunos.

El modelo escolástico de la restitución es tomado enteramente por Grocio (lib. II, cap. X, «De las obligaciones que nacen del dominio») y es reelaborado por Puffendorf hasta constituirse en el derecho de restitución acorde con el *Ius Gentium*.

b) Modelo anglosajón

El derecho de la restitución se convierte en el área jurídica anglosajona en una parte diferenciada del Derecho Privado a partir de la obra fundamental de Goff y Jones, «The Law of Restitution» (1.^a ed., 1968; 2.^a ed., 1978), y hoy ha adquirido carta de naturaleza en todos los países de lengua inglesa (9).

Se entiende por derecho de restitución aquel que comprende todas las acciones, fundamentalmente cuasi contractuales —pero también residualmente las de otro tipo— que estén fundadas en el principio del enriquecimiento injusto (10); o, dicho de otra forma, es la res-

(7) SOTO, IV, VII, 2; MOLINA, Disp. 718 y 724; COVARRUBIAS, *Relectio Peccatum*, Pars II, 1, *Opera*, I, p. 598; MEDINA, *De Restitutione et contractibus*, Q. 10.

(8) Autores y lugares citados en nota anterior.

(9) BIRKS, *An Introduction to the Law of the Restitution*, 1985. PALMER, *The Law of Restitution*, 4 vols., 1978.

(10) GOFF-JONES, *cit.*, 3.

puesta que consiste en imponer que una persona deba entregar (*give up*) (11) a otra un enriquecimiento recibido a sus expensas, o su estimación en dinero. El derecho de la restitución nace en el Common Law por la generalización de fórmulas procesales particulares; concretamente, del *common indebitatus* por *money had and received* y *money paid*, y de la técnica *quantum meruit* y *quantum valeat* cuando se trata de la restitución de servicios. Todas estas formas de acciones y otras suministradas por la *equity* fueron abolidas para dar lugar a la categoría general de enriquecimiento injusto (*Unjust enrichment*) (12). Lo característico de este *law of restitution* es la preterición de las pretensiones dominicales. El derecho de propiedad no forma parte del derecho de la restitución (13), y si en virtud de la transferencia indebida que da lugar a la obligación de retransmitir, la propiedad no habría salido de su titular, no hay cuestión en la que intervenga el derecho de la restitución. En verdad, y desde una óptica continental, el *law of restitution* no es otra cosa que una síntesis conseguida alrededor del derecho de cuasicontratos.

Goff y Jones dividen el área del derecho de la restitución en tres grandes grupos: 1) El demandante atribuye una ventaja a un tercero, atribución que carece de causa (*mistake, compulsion, ineffective contract, total failure of the consideration*). 2) El demandado recibe la ventaja por intermedio de un tercero. 3) El enriquecimiento se produce por acto ilícito y se recupera mediante la técnica cuasi contractual del *waiver of tort*.

Para Birks, el enriquecimiento injusto puede ocurrir *by subtraction* y *by wrongs*. Al primer tipo pertenecerían los desplazamientos basados ya en una transferencia no voluntaria del objeto restituible, ya por la libre aceptación (*free acceptance*) de una atribución patrimonial por parte del demandado que sabe se le está imponiendo una ventaja indebida (14).

El *law of restitution* se compone, de esta manera, de una parte importante del derecho de los contratos, y principalmente de la parte del mismo conectada con los problemas de la ineficacia del título, y se compone, sobre todo, del derecho de cuasicontratos. El derecho de daños es particularmente tenido en cuenta sólo en la medida en

(11) BIRKS, 13.

(12) GOFF-JONES, 5.

(13) GOFF-JONES, 42; BIRKS, 15, 49 y ss.

(14) HARRIS, *Restitution and quasi-contracts*, en «Chitty's Law of Contracts, 23.ª ed., núm. 1.672, clasifica la materia de *restitution* en: 1.º *Restitution*, el demandado está obligado a devolver lo recibido por el actor; 2.º *Reimbursement*, el actor ha pagado a un tercero en beneficio del demandado; 3.º *Liability to account to the plaintiff*, el demandado ha recibido una ventaja de tercero; 4.º *recompense*, retribución de servicios prestados.

la que del hecho ilícito de tercero pueda nacer para el legitimado una acción de *restitution of profits*, distinta de la simple indemnización.

Forman parte por fin una serie de supuestos marginales como pueden ser los derechos surgidos del rescate marítimo. Por último, el *law of restitution* se cierra con el catálogo de *defences* que el demandado puede oponer a la acción de enriquecimiento para retener el provecho recibido (*stoppel, change of position* —equivalente a la «desaparición del enriquecimiento»— *illegality* —cfr. arts. 1.305, 1.306 C.c.—, *incapacity* —art. 1.304 C.c.— o *bona fide purchase*).

III. LA RESTITUCION EN EL SISTEMA DEL CODIGO CIVIL

1. General

Del Código civil ha desaparecido (15) el único modelo regulativo que la tradición del Derecho continental había hecho descansar enteramente en los principios restitutorios del enriquecimiento, la *petitio hereditatis*, que, lejos de ser un mero expediente procesal de reivindicación de un patrimonio hereditario ante un mero heredero aparente, aparece tradicionalmente como un recurso general de liquidaciones posesorias en todo tipo de conflictos conectados con la sucesión en la posesión de un bien hereditario (16). Más aún, en los ordenamientos territoriales que, por su mayor conexión con el Derecho romano común, conservan la institución referida, como es el caso de la Compilación catalana, la institución carece enteramente de un régimen restitutorio propio, actuándose en este punto, respecto de frutos y gastos, por una remisión a las normas de la reivindicación (art. 275 Comp. catal.).

El Código civil ha prescindido en segundo lugar de generalizar en el ámbito restitutorio las acciones cuasicontractuales, limitadas hoy a la gestión de negocios y al pago de lo indebido, sin perjuicio de algún que otro excurso jurisprudencial referido a la existencia de cuasicontratos atípicos (17). No se desconocen en este punto los intentos de parte de la doctrina por extender el ámbito de los artículos 1.895 y ss. más allá del estricto campo del pago por error, ya con la pretensión de convertir a la *condictio* codificada en una *condictio generalis sine causa* para todo desplazamiento patrimonial indebido (18), ya con

(15) No en otros Ordenamientos: Cfr. §§ 2018 y ss. «BGB».

(16) El conjunto de supuestos donde cabía el ejercicio de la *petitio hereditatis* era muy amplio: Cfr. Dig. 5,3,9-17. El *bonorum possessor* (Dig. 5,5,1-2) y el heredero fideicomisario (Dig. 5,6,1-3) gozaban también de este beneficio procesal.

(17) Cfr. STS 21-VI-1945.

(18) NÚÑEZ LAGOS, *El enriquecimiento sin causa*, 1934, y *Pago de lo indebido*

el objeto de adecuar la regulación de estos preceptos de forma que puedan ser convertidos en el régimen restitutorio de los contratos ineficaces del artículo 1.303 (19). Tampoco se ignora que la jurisprudencia tiende a hacer un uso extralimitado de los principios cuasi contractuales. Unas veces caracterizando como pretensiones de enriquecimiento sin causa ciertos supuestos que tienen cómodo encaje en la liquidación posesoria de los artículos 451 y ss. (SS 27-3-1958, 4-11-1976, 25-11-1985). En otras, acudiendo a la técnica de la gestión atípica de negocios para resolver cuestiones restitutorias que surgen de las atribuciones patrimoniales fundadas en títulos nulos o putativos, principalmente en el área del Derecho administrativo de la contratación de obras (20). Por fin, una reciente vía jurisprudencial paladinamente proclama que los artículos 1.895 y ss. constituyen la consecuencia restitutoria adecuada a la restitución que surge de la nulidad de los contratos, ya que, si bien no existe error, en estos casos se entregó lo que materialmente no se debía (21).

Con independencia de la extensión arriba referida de estas acciones cuasi contractuales, lo cierto es que ello no empece la afirmación de que dichos medios restitutorios están en gran medida huérfanos de regulación en lo que a la liquidación de provechos se refiere. No olvidemos que en el artículo 1.897 no se responde a la cuestión sobre los frutos de la cosa indebidamente pagada, y en lo que concierne a gastos y mejoras, el artículo 1.898 actúa por remisión a los preceptos posesorios. La gestión de negocios ajenos, por su parte, probablemente deba entenderse integrada en su artículo 1.893 por las pertinentes remisiones a las normas de la posesión y el mandato.

El Código civil, en fin, no ha aceptado en su seno una concurrencia de soluciones que disciplinen contradictoriamente entre sí el área de la restitución. La única *Wertungswiderspruch* llanamente constatable en el cuerpo del Código es acaso la que resulta de la comparación de los artículos 451 y ss., de un lado, y 1.295 y 1.303 de otro, a la que nos referiremos a continuación. Muy distinto del Derecho alemán, por ejemplo, donde desde la fecha de su publicación la doctrina denuncia contradicciones valorativas difícilmente justificables entre tres tipos de bloques normativos: las normas que regulan la restitución del enriquecimiento (§§ 812, 818, 819 BGB), que imponen la restitución de todo lo que se haya obtenido (*Erlang*), con inclusión de los

sin error, «RGLJ» (179), 129 y ss.; ALVAREZ CAPEROCHIPI, *El enriquecimiento sin causa*, 1979.

(19) DELGADO ECHEVERRÍA, *Comentarios al C.c. y Compilaciones forales*, XVII-2.º, 291 y ss.

(20) SSTS 8-I-1909, 21-VI-1945.

(21) STS 31-XI-1984. Pero en otras ocasiones el TS tiende a resolver conforme a las normas de nulidad por ilicitud de la causa supuestos como el de venta por precio superior al reglamentario, que muy bien tendrían acomodo en el pago de lo indebido (STS 20-V-1985).

frutos de la cosa a restituir; las normas que disciplinan la relación de reivindicación, en la que el poseedor de buena fe no responde ni a tenor de los principios del enriquecimiento ni está sujeto a la responsabilidad por hecho ilícito (§§ 987, 990, BGB); las normas que regulan la *petitio hereditatis*, donde se impone la obligación de restituir todo lo que el poseedor haya obtenido de la herencia (§§ 2.018, 2.020). Esto ha llevado a la necesidad de una diversa gradación valorativa en la que se impone hoy de modo definitivo el carácter de *privilegio* de la solución posesoria y se da entrada al criterio clásico de solución de antinomias basados en la razón de *especialidad* de la solución normativa (22).

2. El modelo de la reivindicación

a) Generalidad el artículo 348-2.º

El artículo 348-2.º del Código civil es la única norma general de alcance restitutorio dentro del Código civil. Establece que el propietario de un bien puede recuperarlo de aquel de quien lo posee. Constituye la única norma que no viene en este ámbito cualificada por el modo determinado por el que el tercero llegó a poseer, y se distingue, en razón de esto, de los artículos 1.295 y 645 y ss., reducidos en su alcance restitutorio a la posesión que se adquirió por contrato válido que posteriormente se rescinde o resuelve (remisión del art. 1.124); del artículo 1.303, en el que se accede a la posesión mediante un título ineficaz; del 1.897, donde la tenencia de la cosa restituible se produjo por una errónea prestación del *solvens*; del artículo 101 Código penal, en el que el tenedor de la cosa alcanzó su posesión mediante delito.

b) Diversas consecuencias de la norma

El artículo 348-2.º del Código civil ha sido integrado por una amplia jurisprudencia que a lo largo de un siglo ha ido desentrañando los requisitos y efectos de la acción reivindicatoria, y cuyo estudio remito a las obras más generales en esta materia. Lo que ahora im-

(22) La relación contradictoria entre los referidos preceptos ha sido puesta de manifiesto por SCHULTZ, *System der Rechte auf dem Eingriffserwerb*, «AcP» (105), 325; KOBL, *Das Eigentümer-Besitzer Verhältnis im Anspruchssystem des BGB*, 1971, 223; y en general, la totalidad de la doctrina. La solución quiere encontrarse acudiendo al principio de especialidad entre normas (KOBL, 224; LARENZ, *Schuldrecht*, II, 1981, 572; GURSKY, *Staudinger Kommentar*, Vorb. §§ 987-983 «BGB», núms. 22-25). Recientemente se quiere entender que la especialidad excluyente de las normas posesorias sólo se da en la *Eingriffskondition*, mas no en la *condictio* de prestación, donde regiría preferentemente el § 818.

porta es que del escueto y casi obvio enunciado del precepto referido, el intérprete puede obtener un rico repertorio de consecuencias prácticas. Entre ellas:

I. El artículo 348 supone de modo implícito que nadie que indebidamente posea la cosa ajena está legitimado para restituir en una medida menor que la de la cosa misma que posee. Sus pretensiones concurrentes no pueden ser *deducidas* de la cosa. Podrá acaso retardar la restitución si goza de un derecho de retención por gastos, pero no repercutir estos derechos concurrentes sobre la sustancia de la cosa (apropiándose, por ejemplo).

II. No se le pueden oponer al propietario las consecuencias de la relación entre el poseedor y su causante, pues la pretensión de aquél resulta exclusivamente de la cosa, no de contrato o de cuasicontrato.

III. La propiedad de la cosa no da por sí misma, y en razón de esa propiedad, derecho sino contra su *actual* poseedor. No estarán pasivamente legitimados a este efecto (veremos si lo están a otros) los poseedores intermedios que hayan dejado de poseer en el momento de la acción.

IV. Sólo excepcionalmente la restitución del objeto puede ser sustituida por la de su valor. Estas excepciones derivan, o bien del modo de actuar sobre la cosa haciéndola *inidentificable* (arts. 360, 375, 380, 1.307 C.c.) o bien de la protección dispensada a un tercero por razones de tráfico (1897, 85 C. Com., etc.).

El artículo 348-2.º *es una consecuencia de la propiedad, no una determinada técnica restitutoria*. No presupone los medios en que se haya basado la posesión que se impugna ni el título por el que el mismo dueño entró en la propiedad de la cosa (contrato, herencia, usucapición) (23). Es norma general también en otro sentido, a saber, en la indiferencia de si la posesión se adquirió directamente del dueño o mediante por un tercero: la nulidad del título por el que el dueño le transmite la cosa directamente al poseedor le permite reivindicar; y, a la inversa, cuando la Ley, a pesar del título ineficaz, excluye la restitución, no sólo excluye la restitución por el título contractual viciado, sino que impide reivindicar; es decir, si, por ejemplo, los artículos 1.305 y 1.306 excluyen la acción restitutoria derivada de la nulidad, igualmente excluyen la posibilidad de reivindicar (24).

(23) Sólo una completa promiscuidad en el uso de los términos puede llevar a afirmar que el art. 348 C.c. contiene una *condictio sine causa* que el propietario puede hacer valer frente a todo poseedor, como de hecho mantiene NÚÑEZ LAGOS, *El enriquecimiento sin causa*, 151.

(24) Esto es mucho más discutido en el Derecho alemán, donde la restitución del enriquecimiento no responde a las mismas reglas que las que regulan la reivindicación.

c) Régimen restitutorio de la reivindicación

En reciprocidad a su completa abstracción respecto de un determinado supuesto de hecho, el artículo 348 del Código civil es la única norma restitutoria del Código civil que está absolutamente desprovista de una concreción normativa, por mínima que sea, sobre el alcance y efecto de la reivindicación. Esto no es, sin embargo, una carencia. La formación histórica codificada demuestra que la normativa de liquidación posesoria constituye precisamente el régimen restitutorio de la reivindicación, su *omnis causa* (Dig. 6, 1, «*De Reivindicazione*») y que el Código civil, heredando el sabio modelo del P.1851, ha generalizado para convertir esta *omnis causa* en el estatuto de todo poseedor con independencia de cómo llegó a poseer (25). A diferencia de lo que ocurre en la codificación alemana, el régimen restitutorio de la *reivindicatio* no es en el Código civil una normativa con meras pretensiones de concurrencia junto a otras, y ello porque el Código civil desechó que este régimen de restitución de los artículos 451 y ss. fuera un exclusivo apartado de la reivindicación, vinculándolo ahora no a la acción por la que se recupera, sino al modo de estar pasivamente legitimado, al poseer el bien.

3. Los diversos modelos restitutorios del Código civil

Creo que todo supuesto donde el Derecho regule una transferencia de bienes, en el sentido amplio que aceptamos anteriormente de la expresión *restituere*, puede ser encuadrado en alguno de estos cinco modelos.

I. Restitución de un bien ajeno detentado sin derecho, sin necesidad de considerar —y con independencia de ello— el *título* por el que se entró indebidamente a poseer. Constituye el tipo restitutorio *general*, pues no atiende a otras condiciones que la propia indebida detentación. Responden a este sistema la reivindicación del artículo 348, la *condictio* del 1.895 y acaso la restitución sucesoria de los artículos 197 y ss. (reaparición del ausente).

II. Restitución de bienes en razón a la *pérdida de eficacia* del título por el que se entró a poseer, o a la misma ineficacia inicial de este título. Aquí es esencial un título que cualifique el modo deter-

Reivindicación en una relación interpartes sólo se daría cuando, además de la ineficacia del contrato obligacional, fuera ineficaz el contrato real de transmisión. Sobre el problema enunciado, KOBL, 213.

(25) Cfr. mi trabajo *Ius aedificandi y accesion*, Cap. VI (1986), y DELGADO, *Adquisición y restitución de los frutos por el poseedor*, «ADC», 1975, 558 y ss.

minado por el que se posee y abarca un conjunto de supuestos de ineficacia generalmente contractual por defectos de la obligación. En el Derecho romano su común denominador es el responder al esquema de la «*restitutio in integrum*», es decir, aquella basada en el principio de que el contrato devenido ineficaz debe quedar en tal forma que *nihil amplius consequeretur quam quod haberet si (venditio) facta non esset*. En el terreno puramente contractual responden a este modelo los artículos 1.124-1.295 (resolución, rescisión), 1.123 (cumplimiento de la condición resolutoria), 1.120, 1.122 (condición suspensiva); también artículo 801 (condición potestativa impropia del heredero), artículos 1.303 y ss. (nulidad del contrato), artículo 1.486 (redhibición de la venta), retracto (1.519 C.c.). La revocación de las donaciones responden también a este modelo, igual que la nulidad de la delación del artículo 760 y la reducción del legado inoficioso. También responden a este modelo en el ámbito sucesorio, cualquier otro tipo de ineficacia en sentido amplio (nulidad, preterición, rescisión, complemento de legítima, etc.).

III. Restitución de bienes en razón de un *título preferencial* cuya eficacia queda *dilatada* en el tiempo. Constituye el conjunto de los supuestos de *posesión sucesiva*, donde el primer poseedor, y obligado después a restituir, detenta la cosa justamente hasta la eficacia retardada del título preferente. En el ámbito contractual están en este caso las normas que disciplinan en cumplimiento de la condición suspensiva (arts. 1.120, 1.122). En el Derecho sucesorio es donde este tipo de restitución encuentra más amplia aplicación: reservas viudales o troncales (arts. 811, 986 y ss. C.c.), reversión lineal del artículo 812, sustituciones fideicomisarias del artículo 783; heredero a término del artículo 805. De modo general puede afirmarse que la posesión detentada hasta la eficacia del título preferencial responde, extramando ahora la analogía, al modelo más general de una posesión «usufructuaria» (cfr. 1.122-6.º C.c.). Obsérvese que casos como los de las condiciones de los artículos 1.120-1.123 pueden estar tanto en este modelo como responder al anterior. Acaso también la posesión temporal de que hablan los artículos 186 y 187 del Código civil.

IV. Restitución derivada de la obligación de reentrega en contratos o derechos reales caracterizados por la *cesión del uso temporal* a un tercero en concepto distinto del de dueño: usufructo, arrendamiento, depósito, comodato, prenda, etc. (arts. 487, 1.573, 1.741, 1.753, 1.766, 1.770, 1.777, 1.779, etc.).

V. Restitución *solutoria*: la entrega de bienes en cumplimiento de una obligación de dar (1.094, 1.097, 1.160, 1.182, 788, 1.468, 882 y ss., etc.).

A los efectos de esta restitución, que he llamado solutoria, es indiferente que la obligación de entrega sea una obligación de transmitir

la propiedad o ésta haya ya pasado al acreedor, transmitiéndose en cambio la simple posesión en concepto de dueño.

4. Problemática

En toda teoría sobre la restitución existen una serie de cuestiones que de una manera u otra tienen que ser resueltas por el conjunto de normas que imponen el deber de restitución. Los problemas que ha de afrontar una teoría de la restitución son los siguientes:

a) *Régimen de los provechos obtenidos de la cosa*

En los modelos III y IV, arriba transcritos, la simple recurrencia a los supuestos en ella examinados demuestra que los provechos se suelen retener dado el valor «usufructuario» que suele ostentar el título de posesión temporalmente condicionada a la eficacia de un título preferente (modelo III) o el derecho real o de crédito que legitima el uso temporal de la cosa ajena. No se retienen, sin embargo, cuando la intensidad de relación del legitimado con la cosa apenas puede llamarse posesión en concepto propio (depósito, art. 1.770; comodato, art. 1.741) defecto de intensidad que queda explicado en estos supuestos de cesión donde no se paga remuneración por la posesión del bien y donde prima el factor «custodia».

En el modelo V (restitución solutoria) se impone con carácter general una restitución de provechos al acreedor. Entran, junto a las accesiones, en la *omnis causa* (arts. 1.095 y 1.097). Pero aquí la entrega de provechos tiene su fundamento más claro en la idea de *sinalagma* o en el recurso más desvaído del principio de accesoriedad que inspira el artículo 1.097.

Los modelos I y II constituyen el auténtico ámbito de la restitución de provechos: posesión indebida y título no bastante para legitimar una pretensión de disfrute del provecho de los bienes restituibles. A estos modelos dedicaremos atención ulterior, dado su peso específico.

Generalmente, el provecho obtenido de la cosa se restituye en nuestro sistema en el curso y con la propia atención de recuperación de la cosa que los produce. Mas existen especies de restituciones atípicas de provechos donde la *entrega* de los mismos no responde al esquema propio de una restitución regular, sino que aparecen como indemnización dentro de la cifra del *id quod interest* del acreedor (los frutos que recupera del vendedor el comprador que ha sufrido la evicción, en la hipótesis del art.1.478-2.º), o, bajo una apariencia sedicentemente dominical, no se trata más que de una *computación* del provecho obtenido a efectos de calcular el montante del derecho ajeno; paradig-

máticamente está la restitución de provechos en la colación hereditaria (art. 1.045, plusvalías; art. 1.049, frutos) y hoy la computación del provecho para el cálculo de la legítima a la que se refiere el artículo 847 del Código civil.

b) *Indemnizaciones*

El cálculo e indemnización del *id quod interest* del legitimado para la restitución, cuando, ya por el modo de acceder a la posesión del bien destinado a otro, ya por la manera de proceder sobre el mismo, el Ordenamiento hace nacer una pretensión de reparación que imputa como responsabilidad al obligado a restituir. Las normas que regulan esta responsabilidad se extraen, normalmente, para todo supuesto de restitución de los preceptos generales de las obligaciones: responsabilidad por custodia (art. 1.094), responsabilidad por el incumplimiento (1.101), con los efectos previstos en el artículo 1.106. La cifra del *id quod interest* encerrará las siguientes partidas: a) La responsabilidad derivada del modo ilícito de acceder a la posesión no debida de una cosa (arts. 455, 457 C.c.). b) La responsabilidad derivada de haber provocado la causa de ineficacia inicial o sobrevenida del título (1.124, 1.488, 1.303, etc.). c) La responsabilidad derivada de la prolongación injusta de la posesión de una cosa entregable o restituible (la mora de los arts. 1.100, 1.101, 1.096, 1.183, 1.185, etc.). d) La responsabilidad que nace por el modo ilícito de proceder sobre la cosa (art. 1.744, etc.). Téngase en cuenta que en el Código civil la *mora* no es un fundamento especial en la obligación de restituir provechos. O éstos ya se debían antes de la mora o se deben a partir de ella, pero en este caso, dada la aplicación analógica de la «cesación» de la posesión de buena fe de que habla el artículo 451, la mora es sólo un fundamento de la obligación de indemnizar (art. 1.101), obligación en la que puede entrar el provecho en la forma de «ganancia frustrada» (art. 1.106).

Con carácter general, en este apartado puede afirmarse: 1) Que el canon de conducta se determina para la mayoría de los supuestos por la responsabilidad por culpa leve de los artículos 1.094 y 1.103 (así, por ejemplo, art. 497 para el usufructuario o el art. 1.766 para el depositario). 2) Que la cuantía de la indemnización se calcula con los criterios que suministran los artículos 1.106 y 1.107 del Código civil.

c) *Régimen de gastos hechos en la cosa*

El Código civil reconoce tres criterios distintos de regulación de la expectativa de reembolso por gastos y mejoras en la cosa restituible.

I. El régimen de la *posesión*, artículos 453, 455, cuya posibilidad expansiva sólo quedará en principio desechada ante la existencia de un criterio distinto que presente una mayor conexión con el supuesto en cuestión.

II. El régimen *usufructuario* de los artículos 487 y 1.122, apropiados de modo general en toda cesión titulada de un bien en la que el poseedor en concepto distinto del de dueño retiene los provechos para sí (cfr. 1.573, arrendatario). Creo —me referiré a ello más tarde— que es igualmente el régimen pertinente a la restitución que responde al modelo III arriba descrito (posesiones sucesivas ante la existencia de un título preferencial de eficacia retardada).

III. El reembolso total de gastos de quien *gestiona en interés del dueño* un asunto propio de éste, y siempre que los mismos se hayan producido dentro de los límites de actuación que permite el título por el que se gestiona o administra el referido bien o negocio del *dominus*. Proporcionan el modelo, respectivamente, los artículos 1.728 y 1.729 para el mandatario y el artículo 1.779 para el depositario. Este último debe ser el aplicable a todo tipo de tenencia de la cosa restituible que responda al régimen de la custodia asimilada al depósito (vendedor antes de la tradición, heredero hasta la entrega del legado).

Al igual que ocurre con los provechos, el reembolso de gastos puede producirse en formas atípicas en las que el gasto no se reembolsa o descuenta en el momento de restitución de la cosa (generalmente con derecho de retención, salvo el comodatorio del art. 1.747). La evicción nos suministra un ejemplo también en esta ocasión: si el comprador se ha reembolsado del reivindicante el valor de las mejoras hechas en la cosa por su vendedor, en la obligación de saneamiento estas mejoras serán *restituidas* al vendedor mediante descuento de la obligación de sanear que impone el artículo 1.478 (26). A la inversa, puede ser restituido como impensa hecha en la cosa una prestación que el restituyente podría reembolsarse de un tercero: imaginemos el caso del heredero aparente del artículo 197 del Código civil que paga una deuda hereditaria y que llegado el caso de restituir no puede cobrarse del *accipiens* el pago indebido por concurrir alguna de las causas de exención enunmeradas en el artículo 1.899 del Código civil; no hay duda que en este caso el heredero aparente recobrará esto como impensa en la cosa y será deudor el declarado fallecido que recupera sus bienes (27).

(26) POTHIER, *Tr. du contrat de vente*, núm. 118.

(27) Para la *petitio hereditatis*, Dig. 5,3,17; Cfr. KIPP-COING, *Derecho de sucesiones*, II, 203.

d) *El riesgo*

El riesgo de la cosa consiste en saber quién ha de soportar las consecuencias negativas de la pérdida o deterioro del bien sujeto a restitución. El Código civil maneja en este conjunto de problemas diversos criterios. En general puede afirmarse que en materia de restitución la atribución del riesgo responde, a veces cumulativamente, a alguno de los siguientes criterios:

I. Según se haya obtenido la indebida posesión de buena o mala fe (art. 457) o según si el riesgo acaece en un instante anterior o a aquel en que el restituyente incurre en la culpa de la indebida retención (arts. 1.06 y concordantes).

II. Según la cosa restituible sea específica o fungible.

III. Según el suceso causante de la pérdida o deterioro, caso fortuito o hecho imputable a la conducta del obligado a restituir.

IV. Según quien retenga para sí los provechos obtenidos por la cosa o producidos por ella.

El criterio general que acaso pueda extenderse a todo tipo de restitución es el del artículo 1.182 del Código civil: la pérdida de la cosa por hecho no imputable al obligado a restituir le exime de responsabilidad. Pero este criterio es concurrente con otros, bien el de la total irresponsabilidad (457, 1.897 C.c.), bien el de absoluta prestación del riesgo (arts. 645, 1.307 C.c.).

e) *Subrogados*

Bajo este epígrafe se recogen un conjunto de supuestos donde la cosa restituible se pierde o se dispone eficazmente a favor de un tercero, habiendo entrado en el patrimonio del obligado a restituir un determinado bien representativo de la salida patrimonial. Más allá de este problema quedan todavía hipótesis de restitución de masas patrimoniales de la que forman parte derechos de adquisición inmatrimoniales (opción, retracto, etc.) que han sido ejercitados en un instante anterior al que la cosa pasa a poder del poseedor legítimo. La obligación de restitución de subrogados, a la que nos referiremos en detalle en otro lugar, aparece en el Código civil como una problemática que corresponde o puede corresponder a todos los modelos de restitución (arts. 197, restitución de herencia; 1.186, *commodo* representativo en obligación de dar; 1.897, subrogado del indébito perdido o consumido; 968 y ss., subrogados de los bienes reservables; 812, subrogado del bien sometido a reversión; 1.765, 1.777, 1.778, subrogados del depósito que no puede ser restituido).

5. Condiciones de posibilidad de un sistema de restitución

Un sistema legal de restitución es tanto más rico cuanto mayor sea el conjunto de problemas, entre los arriba enunciados, a los que dedica atención y provee de solución normativa.

Es evidente, como decían los clásicos, que la condición de posibilidad para poder hablar mínimamente de un régimen de restitución es la asunción por el Ordenamiento de un principio de justicia conmutativa donde las expectativas legítimas de los titulares de pretensiones sobre un determinado bien no queden frustradas por la pasividad o ausencia de recursos de un Ordenamiento. Pero al margen de esta evidencia, es no menos cierto que el área del Derecho de restitución es la resultante de unas determinadas presuposiciones que hoy aparecen como constantes, pero que el curso de la historia demuestra que no han pasado de ser variables expuestas a distinta configuración según los intereses a satisfacer por cada tipo de ordenación normativa.

a) *Indiferencia ante las modificaciones del estatuto del bien*

No hay en absoluto problema de restitución cuando se institucionaliza el principio de que todas las ventajas o desventajas que se produzcan en el modo de proceder sobre una cosa quedan en beneficio o riesgo de quien las haya sufrido. Esto sólo se lo puede permitir la Ley cuando no se discute un auténtico problema de restitución, como resulta ser el caso de la colación del artículo 1.045 del Código civil: al haberse elegido un sistema de colación por imputación puede con acierto afirmarse que los aumentos o deterioros físicos de la donación colacionable quedan a cargo y beneficio del donatario, lo que en modo alguno se podría decir de haber seguido el Código civil el sistema tradicional de colación por aportación (28).

De acuerdo a este sistema tan simple de evitar problemas de restitución, el alcance de ésta quedaría así delimitado: el poseedor retiene los frutos que obtiene de la cosa; el sucesor en la posesión se apropia de las mejoras sin desembolso por su parte; los riesgos los sufre quien tenga interés en la permanencia de la cosa.

Y lo curioso de todo esto es que el modo de proceder aquí descrito no es completamente imaginario. Quiero recordar al lector que en el ámbito del Derecho de daños todavía Thiele acudió a este principio de «incomunicabilidad» para justificar su tesis-minoritaria, por

(28) Como demuestra la compleja exposición que al tema dedican GARCÍA GOYENA y AGUIRRE en *Febrero*, II, núms. 2.237 y ss.

lo demás (29), de rechazo de la *compensatio lucri cum danno* en el cálculo del monto de la indemnización (30).

b) *Liquidación de la restitución*

El derecho de la restitución queda considerablemente reducido en su complejidad cuando la obligación —surgida de cualquier título— de transferir la cosa a un tercero queda sustituida por la restitución de su valor, o donde la misma obligación de transferencia de la cosa se concibe normativamente en todo caso como deuda de género; o, en fin, donde la mecánica de la restitución quedase cifrada en el derecho a pedir una cantidad de dinero, como indemnización, por parte del legitimado para la entrega del bien.

Sustituciones de bienes específicamente determinados que adquieren la categoría de una deuda de género pueden encontrarse en Ordenamientos primitivos, de los que nuestro Fuero Juzgo suministra un claro ejemplo. Pueden consultarse las Leyes que integran el t. IV del l. VIII, relativas al daño causado en animales ajenos. El que labra su campo con ganado ajeno restituirá otro animal de la misma especie que el utilizado (l. IX). Sólo cuando el obligado no disponga de una cosa «*eiusdem generis*» la restitución será de valor, pero no específica (. XXI: deterioro del vestido ajeno indebidamente utilizado). La restitución de género alcanza igualmente a los inmuebles; de esta forma quien hace labor en finca ajena restituirá otro tanto de tierra igual que la ocupada (l. VI, t. I, l. X). Las consecuencias de este modelo simplificado de restitución saltan a la vista: no se plantea un problema de restitución de provechos, ni tiene lugar preguntarse por el reembolso de gastos, ni cabe, por innecesario, acudir a ningún criterio de evaluación del daño causado; el riesgo lo soporta siempre el obligado a restituir.

Una simplicidad como la descrita sólo cabe en una estructura económica escasamente desarrollada, donde el mercado de bienes está en reducida manera diferenciado, y se parte del principio de que todos los sujetos del tráfico poseen un mismo tipo de bienes y que éstos, como decían los clásicos (31), *recipiunt functionem in genere suo*.

En el Derecho del Código civil esta restitución simplificada sólo se conserva en casos marginales, como es el artículo 380 (adhesión de muebles), donde, por lo demás, la restitución *tanquam genus* no

(29) En España la ha defendido brillantemente PANTALEÓN en su tesis doctoral *Del concepto de daño. Hacia una teoría general del Derecho de daños*, 1981, 144 y ss; 645 y ss.

(30) *Gedanken zur Vorteilsausgleichung*, «AcP» (167), 198.

(31) Cfr. Dig. 12,1,2: no funcionaría aquí el requisito de «exactitud» del pago.

sustituye a una restitución específica, sino a una deuda de valor cifrada en dinero. En el resto del sistema, una restitución del *genus* sólo se disciplina para los casos en que haya existido una previa entrega de cosas fungibles (cuasi usufructo, préstamo, dote estimada).

Más frecuentemente es, sin embargo, la sustitución de la restitución específica por una cifra de valor medida en dinero. En el Código civil esta sustitución del objeto de la restitución responde a justificaciones varias:

a) Por el elevado coste de una restitución en forma específica, como prueban los supuestos normativos recogidos en el régimen de la accesión (arts. 360, 361, 375), o la solución que nuestra jurisprudencia ofrece a los conflictos surgidos por la extralimitación de construcciones y que en otro lugar he expuesto con detalle (32).

b) En otras ocasiones porque la cosa ha desaparecido o se ha perdido (cfr. art. 1.307) con perpetuación de la obligación, ahora sustituida por una partida indemnizatoria, o porque se ha procedido de forma tal sobre el objeto que éste resulta jurídicamente inidentificable (art. 383, especificación) (33).

c) En tercer lugar, porque en ocasiones el Ordenamiento asume como principio la consideración derivada de la protección al tráfico. Pone a salvo de toda reclamación al tercero de buena fe al que ha ido a parar la cosa sujeta a restitución (art. 1.295, 1.897 C.c.; 34 L.H. 85 c. de Com.).

d) Porque el legislador considera que un determinado supuesto otrora sometido a las reglas de la restitución debe quedar reducido a una operación contable, como ocurre en la colación y, después de 1981, con el régimen matrimonial de participación (art. 1.427 C.c.).

Una restitución así entendida como crédito por una cantidad de dinero, obvia el problema de los frutos (no se restituirán, acaso sí los intereses), de los gastos (no se reembolsan, al conservarse la cosa sobre la que se realizaron), de los subrogados (no se deben) o del riesgo (*genus nunquam perit*).

c) *Ruptura de equivalencia*

Se excede el ámbito del derecho de restitución cuando no existe equivalencia entre el objeto restituible y la obligación a la que se

(32) Cfr. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núms. 6, 7, 8.

(33) Según LORENZ (*Staudinger Kommentar*, «BGB», §818, núm. 21) el RG ha aplicado este principio en ocasiones imponiendo una restitución por el valor en lugar de la entrega de la cosa cuando, tratándose de un inmueble, se ha edificado en él de forma tal que *etwas anderes geworden wird*.

somete al obligado; es decir, cuando la restitución suple el ámbito penal y aparece como sanción. Las restituciones en el *duplo* o aún en una cifra mayor, aparecen en sistemas donde lo civil y lo criminal están confusamente diferenciados (34), o donde la acción penal se canaliza por vía de remedio procesal jurídico privado (la *actio* y la *condictio furtiva* de Dig. 13,1 y Dig. 47,2).

El Derecho moderno elimina esta promiscuidad funcional y ni tan siquiera en la obligación de restituir que surge de delito (arts. 101 y 102 C.p.) la medida de esta obligación obedece a parámetros diversos de los civiles. La lesión intencionada del crédito ajeno sólo produce en el Derecho español obligación de indemnizar la cuantía del interés del acreedor en el cumplimiento del contrato (art. 1.106). Únicamente para la hipótesis de posesión indebida de mala fe el Código civil impone una restitución cuasi penal de todos los frutos que el poseedor obtiene de la cosa (art. 455) (35).

d) *Reciprocidad*

Representa igualmente una disfunción en el derecho de restitución, aunque, sin duda, pueda —y de hecho lo esté— aparecer justificada por distintas suertes de razones, el destino normativamente impuesto al objeto de la restitución cuando éste es proyectado externamente hacia sujetos que no están conectados (por la posesión o por algún título) con el bien en cuestión. Ejemplos de esta proyección externa, la nulidad por ilicitud de la causa cuando el hecho constituye delito (art. 1.305); destino de los bienes de la sociedad ilícita disuelta (art. 1.666 C.c.).

IV. PROVECHOS

La palabra «provecho», en cuanto expresión del rendimiento económico producido por una cosa u obtenido por ella, desempeña en el Derecho civil dos funciones bien delimitadas:

1. En una acepción *positiva*, «provecho» es *provecho obtenido* e interesa al Derecho por cuanto importa saber si el que obtiene los provechos de un bien está en condiciones de retenerlos para sí o debe transferirlos a un tercero.

2. En una acepción *negativa*, «provecho» es *ganancia obtenible*, pero no obtenida y es objeto de consideración jurídica en la medida

(34) Una buena muestra de esta restitución mixta civil y penal en el *Exodo*, Cap. 22.

(35) Todavía SÁNCHEZ ROMÁN encuentra la norma del art. 455 C.c. explicable sólo por una función penal implícita (*Estudios*, III, 455).

en que esa frustración de lucro pueda ser repercutida sobre un tercero por vía de indemnización.

La primera cuestión es propia de la teoría de la restitución. La segunda es un apartado del derecho de daños. Dualidad que no obsta para que una y otra acepción del provecho estén conectadas a un idéntico supuesto de hecho como palmariamente manifiesta el artículo 455 al referirse conjuntamente a los frutos percibidos por el poseedor de mala fe y a los que el poseedor legítimo hubiera podido percibir.

1. General

a) *El fruto*

El Código civil sólo ofrece una normativa articulada para un determinado tipo de provecho, el fruto de los bienes. Únicamente este tipo de provecho ha sido descrito en sus caracteres por el Código civil (arts. 345 y ss.); sólo a él se refiere la normativa posesoria, que constituye el estatuto jurídico más acabado de la teoría de la restitución en el Código; sólo el fruto ha sido a lo largo de la historia objeto de tratamiento particularizado en la doctrina del Derecho común.

La caracterización que hace de los frutos el Código civil en sus artículos 353 a 357 responde a los siguientes datos:

I. El fruto es una *accesión* de la cosa: se vincula directamente a ésta, y se rechaza que el factor capital o trabajo puedan romper la relación de causalidad con la cosa madre. La existencia de capital o trabajo sólo sirve para *cualificar* un determinado tipo de fruto, el industrial frente al natural (art. 355-2.º), y, en su caso, para fundamentar una pretensión al abono de gastos por parte del restituyente de los frutos industriales (art. 356). Pero no para excluir que un determinado producto sea fruto de la cosa de la que proviene por mediación de capital o trabajo, acaso ajenos.

II. El fruto «industrial» no es más que fruto de un predio sobre el que se realiza una explotación agrícola en la que intervienen capital y trabajo. Es, como el «natural» un *producto del campo*. El régimen capitalista de explotación industrial no ha sido previsto en el Código civil (36).

III. El fruto civil al que se refiere el artículo 355-3.º sólo alcanza en el Código a las *rentas de sustitución*, esto es, a una cierta cantidad de dinero de prestación periódica que se recibe como contraprestación

(36) SAVATIER, *La communauté conjugale nouvelle*, 1970, núm. 2.

por la cesión del goce directo de un bien (37). Esta caracterización, sin embargo, no se mantiene a lo largo del resto del articulado del Código. Baste pensar que los intereses de las obligaciones y títulos al portador, así como los rendimientos que produzcan las participaciones en una explotación industrial o mercantil, no son rentas de sustitución y, sin embargo, son frutos civiles a tenor del artículo 475.

Los intereses de un capital en dinero y los frutos civiles irregulares no son mencionados en el artículo 355 ni parece que se refiera a ellos la cláusula de extensión analógica que se recoge en el artículo 355 «in fine».

IV. El fruto aparece como rendimiento inmediato o mediato de bienes concretos, no como rendimientos líquidos de la explotación productiva programada de un conjunto de bienes ordenados según una finalidad económica (38).

b) *Referencia legal a otros provechos*

Junto a este dato incontestable del protagonismo casi exclusivo del fruto en la normativa del Código civil, no menos cierto es que la propia Ley regula la *restitución de provechos* en múltiples ámbitos, acumulando al nombre de frutos un conjunto de utilidades obtenidas de la cosa que la Ley no especifica en su alcance ni delimita en su concepto, y que indudablemente es voluntad del legislador el someterla a un tratamiento unitario con el fruto. La terminología de este tipo de provechos es variadísima (39). En algunas ocasiones el Código habla de *productos*, bien como expresión sinónima reiterativa, bien como sustitutiva de un concepto más preciso de «fruto» (arts. 1.770, 353, 838, 496, 186, 187, 188, 197, 1.632, etc.). Se habla también de «*aprovechamientos*» (arts. 485, 1.452, 186); de «*rendimientos*» (arts. 1.478, 185, 274); de «*utilidad*» (arts. 477, 399); de «*beneficios y ganancias*» (arts. 393, 475, 1.666, 1.708, 101 y ss. LSA, etc.); de «*ventajas*» (arts. 397, 1.677, 1.715, 1.893). De la misma forma que en estos casos dichos provechos denotan sin más al fruto o bien se superponen a él en cuanto sometidos al mismo régimen, igualmente, y a la inversa, cuando el Código habla en alguna ocasión de *frutos* sin más especificación, el intérprete tiene que entender que dentro

(37) Los cánones enfiteúticos no serían rentas de sustitución según POTHIER, ya que no representan el valor de la cesión del uso, sino que sólo cumplen la función de reconocimiento del dominio directo (*Tr. de la comunauté*, núm. 224). De hecho, cuando el canon se convierte en renta territorial, la enfiteusis se asimila funcionalmente al arrendamiento (CÁRDENAS, *Ensayo sobre la historia de la propiedad territorial en España*, II, 1873, 330).

(38) SAVATIER, *ob. cit.*, núm. 3.

(39) Cfr. GARCÍA CANTERO, *Concepto de frutos en el Derecho civil español*, «RDN» (9), 1955, 61 y ss.

de la mención se hace referencia a otro conjunto de aprovechamientos distintos de los definidos en el artículo 355 (40).

Esta enumeración de provechos distintos del fruto, que el Código civil acostumbra a recoger con frecuencia, responde en el Código y en la Ley en general a una triple preocupación:

1. Definir el alcance de un derecho de goce o, simplemente, de un derecho de percepción o remuneración a costa de los bienes ajenos;
2. delimitar el ámbito del deber de restituir;
3. someter a principios liquidatorios la ejecución procesal de la sentencia que condena a la restitución de provechos (arts. 932 y ss. LEC).

Resumiendo, acaso pueda formularse como regla de enumeración de los provechos que la Ley asimila al fruto, la fórmula recogida en el artículo 932 de la LEC: «Frutos, rentas, utilidades y productos», enumeración a la que todavía tendríamos que añadir la mención deliberadamente vaga de «aprovechamientos» de que habla, por ejemplo, el artículo 186 del Código civil.

2. Tipología

a) *Frutos*

Técnicamente sólo alcanza a los naturales e industriales, y viene legislativamente reducido en su definición a las producciones orgánicas de la tierra. La distinción entre naturales e industriales es hoy intrascendente, dado que, sobre no existir propiamente frutos que no requieran una mínima prestación de capital o trabajo, el Código los somete al mismo régimen de apropiación: la apropiación por «separación» y el régimen liquidatorio de los frutos pendientes del artículo 452.

b) *Rentas*

En el Código civil admite una doble referencia. Unas veces se predica del rendimiento de un capital (arts. 760, 1.063, 1.347-2.º); en otras ocasiones hace referencia a una prestación homogénea y periódica que, o no es debida con ocasión de un capital, o es debida además del capital (arts. 475, 508, 820, 1.802 y ss., 1.086, 1.349), cumpliendo en estos casos una función autónoma, no vinculada a la

(40) Así, cuando el art. 275 C.c. habla de frutos a efectos de la remuneración del tutor, debe entenderse la expresión en el sentido amplio de «aprovechamiento», a que se refiere el art. 186 C.c. (R. BERCOVITZ, *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, 1986, 596).

restitución de un capital (41). En la doctrina heredada del Derecho común la renta territorial no es fruto, mas *pro fructibus accipiuntur* (Dig. 22.1.36). Sin embargo, esta equiparación restitutoria con el régimen de frutos no puede ser en realidad más que una consecuencia analógica, ya que realmente no son frutos de la cosa, sino del derecho real (censo) o de crédito (alquiler, renta vitalicia) del que se obtiene la renta. El Código civil las hace fruto de la cosa cuando realmente debería hacerlas del crédito, y las atribuye al poseedor de buena fe del bien ajeno cuando en puridad la posesión de buena fe a efectos de la apropiación de la renta no debería vincularse a la cosa que se cede, si no al mismo derecho inmaterial del que surge la renta (cfr. 1.164 C.c.).

c) *Intereses*

El interés generalmente se considera como fruto que consiste en el rendimiento de un capital en dinero (42). Pero tampoco en verdad puede afirmarse que el interés en dinero constituya un «rendimiento de la cosa-capital». El dinero no da fruto si no es por su negociación (43), y ni tan siquiera puede considerarse rédito del dinero el mayor valor que el restituyente obtiene por una variación nominal en la capacidad adquisitiva del dinero. El interés será en todo caso fruto del crédito dinerario y no renta de sustitución, ya que, por ejemplo, el mutuario que paga el interés del crédito no goza de la posesión de éste, sino de la del dinero prestado (44).

En cualquier caso, el Derecho tradicional considera a la *usura pecuniae* como rendimiento *vicem fructus* (Dig. 22.1.34), y el propio Código civil los equipara al fruto, como el rendimiento paradigmático de una cantidad de dinero (cfr. art. 1.896 C.c.). El interés como fruto es una cualidad que se predica tanto de los intereses puramente moratorios como de aquellos que, por no necesitar de mora previa, se han dado en llamar «correspectivos» del dinero (45).

(41) DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil*, I, 1978, 478 y s.; MARTINETTI, *Interessi (dir. civ.)*, Noviss. Dig. Italiano, VIII, 874.

(42) STS 27-X-1944.

(43) Lo que constituye el principio cardinal de la teoría clásica de la usura: Cfr. AZPILICUETA, *Comentario resolutorio de cambios*, 1556/1965, Caps. IX y XIII.

(44) PUGLIESE, *Usufructo, uso e abitazione*, 1972, 341. En este caso puede afirmarse que el fruto civil nace del mismo vínculo jurídico del que deriva el derecho como fuente de renta (VENEZIAN, *Usufructo, uso y habitación*, 1928, II, 444 y ss.

(45) DORAL y MARTÍNEZ PARDO, *Nuevas orientaciones sobre la obligación de pago de intereses*, «ADC», 1980, 525; GIORGIANI ha criticado la postura dominante en Italia, que considera distinto el fundamento de la obligación de pago de intereses moratorios y los llamados correspectivos, que surgen desde el mismo momento en que se dispone o retiene una cantidad de dinero. El interés moratorio se fundaría, según

La función de esta equivalencia con el régimen de frutos es doble:

I. En la delimitación del ámbito de un derecho de goce sobre bienes ajenos, allí donde el Derecho reconozca una facultad de apropiación de los frutos de la cosa, reconoce igualmente un derecho de retención y apropiación de los intereses cuando la cosa cedida es un capital en dinero. De esta forma, el cuasi usufructuario del artículo 482 no restituye los intereses del usufructo dinerario (46), y la sociedad de gananciales adquiere los intereses cuando el capital privativo aportado consista en una cantidad de dinero (arts. 1.347-2.º, 1.349).

II. Cuando el Ordenamiento discipline un determinado régimen de restitución, allí donde el poseedor quede excusado de restituir frutos de la cosa, por identidad de razón quedará a salvo de la pretensión de restitución de los intereses si el bien a restituir constituye un capital. Este es el caso, por poner un ejemplo, del *accipiens indebiti* de buena fe del artículo 1.897 (47).

d) *Plusvalías*

No son frutos, y por ello no alcanza a la plusvalía el derecho de apropiación del poseedor de buena fe ni del titular de un derecho «usufructuario» (cfr. art. 456) (48). Igualmente, la plusvalía del bien restituible no se considera como *gasto* que el legitimado para la restitución deba al tercero. No sólo no es fruto la plusvalía, sino que incluso, con la salvedad de lo que disponen los artículos 1.359 y 1.360 del Código civil para la sociedad de gananciales, las mismas plusvalías extrínsecas que resulten de la aplicación como *impensa* del capital y trabajo del restituyente no se restituyen en cuanto tal plusvalía sino en función del *gasto*, y limitada, por tanto, a la *impensa* causante del mayor valor de la cosa restituida (49).

la tesis criticada, en la presunción de daño del acreedor, mientras el correspondiente encontraría su *ratio* en la normal productividad del dinero (*L'inadempimento*, 1974, 144 y ss.). Para MARTINETTI, sólo los intereses correspondientes son frutos civiles, no los moratorios ni los «compensativos», entendiéndose por tales el interés del precio de venta en la circunstancia prevista en el art. 1.501 C.c., apartado 2 (*Interessi*, 860). Tampoco para MONTEL serían frutos los intereses moratorios (*Il possesso*, 1962, 267). Lo cierto es que en el Derecho común se afirmaba la cualidad de frutos tanto de los intereses lucrativos (intereses del préstamo) como del interés indemnizatorio (LAGÚNEZ, *De fructibus*, I, VI, 91 y ss.).

(46) Le pertenecen en cuanto frutos del *commodum temporis*, PUGLIESE, *Usufructo*, 650.

(47) GARCÍA GOYENA, *Concordancias* (1974), 965. Distinto en el Derecho común, aunque con fundamento idéntico: los intereses del indébito dinerario se deben, al igual que los frutos de la cosa (DONELLO, *Commentarium*, XIV, XVII, XVIII).

(48) Las plusvalías de unas acciones sociales no son fruto de las acciones (DE DIEGO, «RDP», 1921, 46 y ss.; STS 6-III-1965).

(49) Cfr. STS 25-XI-1985 y mi comentario en *Cuadernos Civitas*, núm. 10, 3215 y ss.

La plusvalía únicamente se restituye cuando la Ley quiere a toda costa mantener el equilibrio y la legítima expectativa patrimonial de un tercero que deja de disponer del bien en cuestión por razones ajenas a su propia conducta. Son los casos del comprador que ha perdido la cosa en evicción (art. 1.478-1.º) o del coheredero que pretende la colación del bien donado (art. 1.045).

No son tampoco frutos las «reservas tácitas» generadas por las plusvalías del activo de un patrimonio.

e) *El consumo*

El consumo no es fruto de la cosa consumida, sino, en su caso, un daño o un enriquecimiento (50). Pero en el tratamiento doctrinal clásico el consumo ha sido sometido a los mismos parámetros restitutorios a los que responde la restitución de los frutos. De esta forma, siempre que se eligió como modelo de restitución de frutos el del «enriquecimiento» del poseedor, se identifica a efectos de la restitución las obligaciones del poseedor enriquecido con los frutos y el poseedor enriquecido con el consumo del bien. Inversamente, en aquellos modelos de restitución que exigen al poseedor de restituir cualquier tipo de fruto no se dejó de aplicar esta regla exculpatoria a la restitución del consumo: éste, *tanquam fructus*, no es restituible por el poseedor de buena fe (51).

f) *El provecho obtenido por la modificación o cambio de forma del bien ajeno*

El Código civil trata de este tipo de provecho en las normas que regulan la accesión de bienes muebles, y sienta el principio de que no son frutos apropiables (arts. 375: unión de cosas muebles; 383: especificación). El poseedor de buena fe no está exento de restituir, cuando menos, el valor objetivo de la cosa ajena. Más aún, cuando interviene mala fe, el restituyente no sólo pierde el provecho, sino aun su propio capital aplicado a la incorporación (arts. 379-1, 383-3).

(50) GURSKY, *Staudinger Kommentar* (1980), § 987, núm. 5.

(51) PUFFENDORF, desarrollando principios propios de la teoría de la restitución, entiende que el *bonae fidei possessor* que consume la cosa restituirá en la medida en que se haya lucrado con ello (*Droit de la Nature et des gens*, II, 384). Pero su traductor BARBEYRAC, en sus notas al texto, rebate semejante interpretación para, remitiendo al régimen de frutos, eximir al poseedor de cualquier obligación (pp. 379, 394).

g) *El uso del bien sujeto a restitución no es un fruto*

En el lugar adecuado veremos que no puede estar sometido a otros parámetros de restitución que los que se deriven de la indemnización del lucro cesante, o alternativamente, en la restitución del enriquecimiento por ahorro de gastos.

Fuera del ámbito de la restitución, en lo que se refiere a los derechos de disfrute de los bienes ajenos que impliquen en una mayor o menor medida un título «usufructuario», el uso de la cosa ajena queda embebido normalmente en la facultad de disfrute de la misma. Bastará un ejemplo. El usufructuario de una acción social, con derecho a la percepción de los dividendos, tiene, a pesar de lo limitado del artículo 41 de la Ley de Sociedades Anónimas, el derecho a disfrutar de otras ventajas patrimoniales, distintas del dividendo, y conectada con el uso de los bienes (vgr. el uso gratuito de los servicios de la empresa) (52).

h) *Productos*

Una vez hace referencia la expresión «producto» a un fruto civil irregular; así, como ejemplo, los productos de que habla el artículo 932 de la Ley de Enjuiciamiento Civil o el artículo 187 del Código civil. Otras veces, por la naturaleza de la norma que lo recoge, el producto es la producción mecánica de una explotación industrial (art. 590 C.c., al regular las inmisiones de productos industriales). En la mayoría de los casos, el Código civil utiliza la expresión como sinónimo reiterativo del fruto o como equivalente que le sustituye en la formulación legal (arts. 187, 197, 476, 839, 1.634, 1.770).

La problemática tradicional de los productos ha estado centrada en aquellos aprovechamientos de la cosa que obtienen de la sustancia o participan de una manera más o menos intensa del bien capital. Los bosques o las minas constituyen los ejemplos paradigmáticos. Y tradicionalmente tanto unos como otros han sido considerados frutos cuando responden a una explotación ordenada del bien capital del que proceden (53).

(52) GIL, *Usufructo de acciones*, 1981, 330.

(53) La *silva caedua* se considera *in fructu* no tanto por su capacidad de renovación cuanto por la naturaleza misma del destino a que están afectados los bienes, no siendo ni tan siquiera esencial que renazca en breve tiempo. CASTILLO SOTOMAYOR, *De usufructo*, XXV, 22; LAGÚNEZ, *De fructibus*, I, VI, 9 y ss. Para la comunidad matrimonial, POTHIER, *Communauté*, núm. 96. La jurisprudencia no es del todo clara; para la STS 5-IV-1977 el arbolado no es fruto; en otros casos la cualidad de frutos se hace depender de si el arbolado es o no objeto de una ordenada explotación

En el derecho de la restitución, y salvo excepciones casuales, el producto está sometido a idéntico régimen sustitutorio que los frutos.

i) *El commodum representativo*

Se obtiene por la pérdida de la cosa sujeta a restitución (arts. 1.186, 1.777). Los frutos, en el sentido más amplio de la expresión, pueden sin duda formar parte de éste como representativo que sustituye a la prestación originaria (vgr. los frutos que obtiene el vendedor de la cosa vendida hasta el momento de ser objeto de una expropiación). Pero, en general, el conjunto de problemas que intenta solucionar la norma que impone una restitución del cómodo representativo nada tiene que ver con la problemática tradicional de los frutos. No se restituyen como provechos del goce de una cosa, sino más bien como compensación a un tercero por la pérdida del bien que le estaba destinado por un título contractual válido, pérdida que, por diversas razones, el destinatario de la prestación no puede poner a cargo, como indemnización, del sujeto obligado a la entrega.

j) *El lucro obtenido por negociación*

El lucro obtenido por la negociación del bien restituible no aparece sometido en el Código a una normativa unitaria. En los pocos casos en los que el Código civil se ocupa de él rechaza su naturaleza de fruto (arts. 1.346-3, 1.352-1, para el régimen de gananciales; 187, 1.897 C.c.). Pero en la dogmática tradicional su regulación ha estado atraída, acaso de modo analógico, por la solución que en cada momento el Ordenamiento ha dado a la restitución de los frutos. No ha sido infrecuente eximir al enajenante de buena fe de cosa ajena de restituir el precio de enajenación acudiendo a la norma que le exime de restituir el provecho obtenido por el goce de la cosa (54). A la inversa, allí donde se acepta una norma restitutoria de frutos,

(SSTS 18-VII-1866, 25-IX-1958). En este sentido, Cfr. art. 182 Compilación de Cataluña (fideicomiso) y Part. 4,9,27 (dote). Por lo que respecta al mineral se afirmaba su carácter de fruto en cuanto emolumento del bien (CASTILLO, XXXVI, 12, 21). Confrontar C. MARTÍN RETORTILLO, *Los frutos de las minas*, «ADC», 1952, 1042.

(54) BARBEYRAC, notas a PUFFENDORF, II, 384; según Dig. 6,1,17, el poseedor de buena fe demandado restituye el precio si la cosa reivindicada perece en manos del comprador a quien ha ido a parar la cosa. Según SCHULTZ, este paso se explica por la similitud del precio con los frutos, que el poseedor de buena fe demandado restituye; el precio aparecería como «etwas fruchhähliches» (*Klagen-cession in Interesse des cessionars oder des cedenten in klassischen römischen Recht*, «ZSS», 27 (1906), 91, 96.

ésta suele traerse como apoyo argumental para obligar a restituir el lucro obtenido por la disposición del bien ajeno (55).

Junto al precio de venta del bien tampoco constituyen frutos los restantes tipos de subrogados.

k) *Emolumentos inmateriales*

Se hace referencia con ello a la problemática de las ventajas no patrimoniales obtenidas por el disfrute de un bien ajeno. En las pocas ocasiones en las que doctrinalmente se encuentra alguna referencia a las mismas han sido equiparadas o incluidas en la problemática general de los frutos. Sacco (56) pone el ejemplo de la publicación de un manuscrito destinado al inédito realizada sin ánimo de lucro, o el paso por un camino particular para llegar más rápidamente a la vía pública. El Derecho Romano y los tratadistas de Derecho Común inciden en los ejemplos de los placeres sensoriales obtenidos por la simple posesión o disposición de un bien (57).

En el área delimitada por este tipo de provecho inmaterial hay que distinguir entre lo que es el contenido de disfrute de un derecho titulado sobre cosa ajena, y lo que es el contenido de la *omnis causa* en la restitución de provechos. En todo derecho «usufructuario» entra, sin duda, la facultad de disfrute de los emolumentos aquí descritos. En la restitución, sin embargo, sólo pueden incluirse como indemnización del lucro cesante o, en su caso, como ahorro de gastos. Pero también es posible que no entren en modo alguno en el contenido de la restitución.

l) *Beneficio neto capitalista*

Aquí la terminología es amplia. Se habla de «ventaja» (art. 1.677), «utilidades» (arts. 399, 477), «rendimientos» (arts. 274, 1.478), «ganancia» (arts. 1.347-1, 1.683, 140 Código de Comercio; 39 y 41 LSA), «lucro» (art. 116 Código de Comercio), «beneficios» (arts. 106 y 107 LSA). Muchas de estas expresiones pueden ser reconducidas a un concepto amplio de fruto, como veremos a continuación al tratar de caracterizar institucionalmente al beneficio neto empresarial. En otras

(55) De esta forma, ESSER-WEYERS, *Schuldrecht*, Besond. Teil, 1984, 416. Para la *petitio hereditatis* también fue utilizada esta analogía, *quamvis pretium non sit in fructu* (DONELLO, *Commen.*, XI, XXIII, IX).

(56) *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, 1958, 194.

(57) LAGÚNEZ, I, XXXIV, 20; *satis lucrari dicitur qui voluptatem adimplet*; el comprador de una estatua debería de esta forma las *usuræ recompensativæ* de que habla el art. 1.501-2.º C.c. (*ob. cit.*, núm. 97).

ocasiones, las expresiones citadas simplemente apelan a un concepto líquido de fruto, de los que aparecen ya deducidos los gastos de explotación. Generalmente todas estas expresiones entrarán en un concepto ampliado de fruto.

ll) *Descripciones de la idea de enriquecimiento*

El Código habla de «provecho» (arts. 1.698-2, 1.893), «enriquecimiento» (arts. 1.304, 1.897, 1.765), «utilidad» (art. 1.158-3) o en forma completamente generalizada de «lo recibido» (art. 1.720).

La problemática de esta especie supera con mucho la tradicional de los frutos. Más aún, la restitución de frutos no ha sido generalmente sino un apartado particularmente diferenciado de una más lata obligación de restituir el enriquecimiento recibido (58). Nosotros haremos en su momento referencia especial a este tipo de provechos cuando tratemos de la idea de enriquecimiento.

m) *Marginales*

Fuera de una conexión más amplia, quedan algunas especies que cautivaron el ingenio en los tratamientos de la restitución del Derecho Común. Son tradicionales el estudio particularizado del *partus ancillae*, y el de la herencia o legado adquiridos por un esclavo perteneciente a una herencia a restituir bien por fideicomiso, bien por la *petitio hereditatis* (59). Estas especies particulares solían incluirse en la *omnis causa* de la fórmula *restituere*, pero generalmente esta inclusión no obedecía a una cualidad afirmada de fruto del bien restituible.

Todos los provechos aquí enumerados, y cualesquiera otros que por analogía puedan estimarse incluidos en el catálogo anterior, pueden reducirse, a efectos de la restitución, a los siguientes tipos de provechos:

1. Frutos, en una significación ampliada del concepto, como a continuación expøndremos.

(58) SAVIGNY, *Tratado de la posesión*, núm. 22 a) III. Esto puede explicar algunas contradicciones en las fuentes; en Dig. 36,1,59, la expresión *restituere quidquid pervenerit* no se entiende por PAPIANO que alcance a los frutos del fideicomiso. Mas para CELSO (Dig. 36,1,33) la expresión del testador *restituere pecuniam* alcanza a los frutos del fideicomiso.

(59) El hijo de la sierva dada en dote inestimada es de la mujer (Part. 4,9,20). Se restituye con la herencia, mas no como fruto, sino como capital hereditario (DONELLO, *Comm.*, XX, V, XLII y s.). La herencia recibida por el esclavo dotal no es fruto, mas sí el producto que el esclavo consiga con su trabajo (Part. 4,9,25).

2. Plusvalías.
3. Uso.
4. Consumo.
5. Lucro representativo.
6. Lucro de negociación.
7. Otros provechos (provechos «impuestos»: mejoras).

En el tratamiento que haremos a continuación sólo el fruto y el uso requieren un tratamiento diferenciado. El resto de ellos será incluido a efectos de la exposición en la fórmula más genérica de restitución del enriquecimiento o restitución de bienes fungibles.

V. FRUTOS

1. Generalización del concepto de frutos

a) *Irrelevancia de la definición legal*

Hay que empezar reconociendo que jamás ha sido tomada en serio la descripción y caracterización que de los frutos hacen los artículos 354 y 355 del Código civil. Esta enumeración no tiene en cuenta ni todos ni los más importantes provechos obtenidos de la explotación de un bien. Dada esta carencia, al intérprete sólo le quedaban dos caminos: o lanzarse al vacío de buscar una regulación inexistente que cuadrara a este tipo de provechos de la cosa no incluidos en la enumeración legal, o flexibilizar hasta el límite de lo posible el concepto normativo de frutos. Este ha sido, naturalmente, el camino elegido.

b) *Jurisprudencia*

El Tribunal Supremo, apurando la etimología, sostiene que son frutos industriales del artículo 355 los rendimientos de una industria fabril (S. 5-1-1925). Es fruto el producto obtenido por la explotación de un teatro (S. 23-6-1931), el agua sustraída de manantial ajeno (S. 21-5-1930). Es fruto el dividendo de una acción social (S. 15-6-1982), y el interés de un capital en cuanto representa su «rendimiento directo» (S. 27-X-1944). Son frutos restituibles al autor los beneficios por la explotación de la propiedad intelectual (S. 4-4-1936).

Con estas afirmaciones, que ya hoy no se discuten por nadie, se predica la cualidad de fruto tanto del beneficio de explotación de una unidad de producción no agrícola, cuanto del rendimiento de un capital en dinero, ya bajo la forma de interés, ya bajo la forma de participación o dividendo. Con esto quedan integrados sin más dificultad en el concepto de frutos los dos tipos paradigmáticos de ganancia de una economía capitalista.

c) *Doctrina*

Los tratadistas del Derecho Común se encuentran con textos que califican como frutos a rendimientos que no tienen carácter de producción orgánica obtenida de la tierra o de los animales. No ya sólo la renta de los alquileres —pronto asumida sin estridencia como «fruto civil»—, sino también el salario de los operarios, las *operae servorum*, los productos obtenidos de la sustancia de la cosa, sea o no ésta reproducible (lo era la lana de las ovejas, que tampoco quedó ayuna de tratamiento) (60). Ante esta notoria expansión del concepto, la doctrina opta por proceder enunciando una descripción lata del concepto de fruto para después ir constatando excepciones casuales. El fruto queda definido, de esta forma, como todo provecho, emolumento o utilidad obtenido de la cosa o por ocasión de la cosa (61).

d) *Concepto ampliado de frutos*

Fruto es todo lo que se pueda considerar rédito de una cosa, la renta de un bien. Es fruto lo que se predica como rédito, aunque incorpore en una determinada medida sustancia capital. Así, las minas (Dig. 23.5.18 y 24.3.7.13 y 24.3.8) (62), el arbolado objeto de una ordinaria explotación económica sometida a un plan de reposición de la sustancia (S. 25-9-1958), la caza (Dig. 7.1.9.5 y 22.1.26), siempre que se practique *reditu causa* (63). Es decir, cualquier forma de explotación que, detrayendo el provecho de la sustancia, pueda, sin embargo, ser calificada de explotación «ordinaria» y racional de los bienes «según su naturaleza» (art. 485 C.c.). En cuanto rédito, es fruto la renta que no es correspectiva de un capital, y la que sí lo es, aunque lo consuma. El mantenimiento de la destinación de

(60) TRIFFONE, *Frutti (Dir. intermedio)*, «Enc. del Diritto», XVIII, 200.

(61) *Omnia quaecumque emolumenta, omnia lucra, omnes commoditates et utilitates quae ex re percipi possunt sive ex eius occasione provenit* (CASTILLO, *De usufructo*, XXXVI; LAGÚNEZ, 1, 2; ALCUBILLA, *Diccionario de la Administración española*, 5, 1893, 648; GARCÍA, *De expensis*, XXIII, 3, 5); *Quelque utilité appreciable a prix d'argent* (POTHIER, *Propriété*, núm. 334). *Tous les differents sortes des revenus* (DOMAT, *Lois civiles*, L. III, Tit. V, sect. III). Fruto es lo mismo que renta, ya sea en especie o en dinero (DÍEZ-PICAZO, *Estudios de la jurisprudencia civil*, II, 1981, 351) y *Naturaleza jurídica del mineral. ¿Tienen o no la condición de frutos?*, «ADC», 1954, 361).

(62) JAVOLENO, en contra del parecer de LABEON, estima que la cantera no se deteriora mientras quede mármol (Dig. 23,5,18). El lucro de la cantera dotal pertenece al marido, según Dig. 24,3,8; según Dig. 24,3,1,13, si el marido encuentra mármol y lo explota, el mármol es suyo como fruto, pero no debe abonársele el gasto de obtención. Para POTHIER (*Communauté*, núm. 96), y en base a Dig. 23,5,18, la piedra de la cantera no es fruto que entre en el activo de la comunidad matrimonial.

(63) LAGÚNEZ, *De fructibus*, I, XII, 52.

la cosa no es un elemento integrante del concepto de fruto (64). A lo más, puede delimitar el alcance de un derecho de goce sobre cosa ajena (art. 467) y, acaso, la responsabilidad en que se incurra por el deterioro de la sustancia ocasionado por un cambio de destinación. Pero la destinación hace referencia al canon de conducta exigible, no a la naturaleza del provecho; de forma que, cuando este canon se defina como *total irresponsabilidad* (art. 457 C.c. para el poseedor de buena fe), el mantenimiento de la destinación no genera obligación de restituir frutos ni tan siquiera por el cauce del resarcimiento de daños.

En cuanto rédito de la cosa, el fruto es rendimiento que se obtiene de una explotación económica; carece, por tanto, de la naturaleza del fruto el lucro que no se conecta a la posesión de un bien (remuneraciones, primas, comisiones) y aquel que, aunque remotamente vinculado a los bienes, aparecen éstos, sin embargo, como una mera ocasión con la que se actúa una fuente distinta de beneficio. No es, por tanto, fruto lo que obtiene un tercero por la violación de un pacto de exclusiva ajeno o por la lesión de un derecho absoluto material o inmaterial, ni el tesoro. Tampoco lo es el seguro o la indemnización causalizados a la pérdida o destrucción del bien. No es fruto, sin más, el lucro obtenido por el incumplimiento de un contrato; tan sólo, en su caso, el interés del dinero que se retiene o el fruto de la cosa que indebidamente se deja de entregar.

En cuanto rédito, resulta precisa una destinación del provecho a la satisfacción de algún tipo de necesidad que pueda considerarse *plañificada*, ya por la naturaleza misma del bien, ya por el destino impuesto a la explotación de los mismos («satisfacción de necesidades familiares» a efectos del art. 1.347-2). Pero no se requiere periodicidad del provecho (65). La «ocasionalidad» es contraria a la idea de explotación programada, de donde resulta que no ser fruto ni el premio de un título, ni la donación, ni el premio de lotería, sin perjuicio todo ello de que el producto ocasional se restituya por otro distinto concepto: el aluvión, por ejemplo, entra en la reivindicación de la finca como *pars rei*.

El fruto puede detraerse como rédito de la sustancia, mas no es rédito la utilización de un bien de modo tal que realiza en un acto el valor en cambio de la sustancia capital (precio de venta de un bien), ni se recibe como fruto lo que supone restitución periódica

(64) BARCELONA, *Frutti (Dir. Civ.)*, *Enc. del Dir.*, XVIII, 220. Inversamente, MOSCO, *I frutti nel Diritto positivo*, 1947, 66.

(65) STS 5-1-1925; LAGÚNEZ, I, II, 34.

fraccionada del bien capital (arrotización de crédito) (66), ni el resultado de la destrucción de la sustancia (la carne o el despojo del animal, o la madera del árbol frutal), ni lo que «representa» el bien capital perdido (indemnización) o «convertido» (premio de lotería). El objeto de una pretensión (cosa, actividad) no es fruto de la misma (de ahí lo dispuesto en el artículo 486 C.c.), ni la percepción de cantidades periódicas de dinero que no estén causalizadas a la previa cesión de uso de un bien, a cuyo valor de goce sustituyan: no es fruto, de esta forma, apropiable por el poseedor de buena fe, en contra de alguna decisión del Tribunal Supremo (67), el salario o pensión de Seguridad Social indebidamente pagados a un tercero. Muchos de estos provechos están sujetos a un régimen restitutorio distinto del de los frutos: unas veces se restituirán como cosas muebles, con los plazos de prescripción establecidos en los artículos 1.955 y 1.962 del Código civil; otras veces serán simplemente prestaciones que, en la medida que resulten indebidas, estarán sometidas a lo dispuesto en el artículo 1.895.

No constituye fruto, en fin —aunque parezca ocioso el decirlo—, el conjunto de facultades que integran un derecho subjetivo, por más que según Dig. 22.1.49 «fructus rei est res pignore dare licere».

2. El beneficio empresarial neto

a) *Doctrina*

La doctrina que ha estudiado el ciclo de formación y distribución del beneficio empresarial en España estima de modo unánime que su naturaleza corresponde a la tipología de los frutos. Un fruto como rendimiento del conjunto de los elementos integrados en la unidad de explotación que se denomina empresa, en cuanto excedente del rendimiento sobre el gasto devengado en un determinado período económico (68). Si se trata del beneficio empresarial de una sociedad por acciones o por participaciones hay que desechar justamente, siguiendo a Sánchez Calero (69), las dos siguientes objeciones: que el rendimiento no es fruto porque el capital representa sólo una cifra de valor, y la que sostiene que siendo fruto, se imputa como tal al socio, no a la sociedad. Y aún hemos de rechazar con carácter gene-

(66) DÍEZ-PICAZO, *Producción de los bienes y rendimiento económico*, «RCDI», 1978, 475. Si son frutos, según GIL, las reservas sociales que se reparten como cuota de liquidación de una sociedad anónima (*Usufructo de acciones*, 314).

(67) STS cont. admin. 14-VI-1892, 22-III-1893.

(68) ALBIÑANA, *El beneficio y su distribución según la LSA*, «RDM», 1954, 174, 183; SÁNCHEZ CALERO, *La determinación y distribución del beneficio neto en la LSA*, 1955, 29 y ss.; GIL, 218.

(69) *La determinación*, cit., 31 y s.

ral para todo tipo de beneficio empresarial, societario o no, la afirmación de que el rendimiento empresarial no es fruto por constituir, no el rédito de los bienes integrados en la empresa, sino el producto de la iniciativa individual del empresario (70), o porque no existe relación de causalidad entre la cosa y el beneficio (71). Afirmaciones de este tipo olvidan que también el fruto industrial a que se refiere el artículo 355 es un producto de la actividad combinada de capital y trabajo, y que la especial intensidad de uno y otro no rompen la relación de causalidad que la ley establece entre el fruto y la cosa producida, sino que esta intensidad se traduce tan sólo en un mayor coste —deducible por el artículo 356 del Código civil— de obtención del rendimiento líquido. Es así un principio institucional el que afirma que el fruto percibido y restituible por el artículo 455 es independiente de la circunstancia de que el poseedor legítimo hubiera podido o no obtenerlos.

Por las razones dichas en el capítulo anterior, no puede negarse que el rendimiento empresarial sea fruto (72), alegando que la sustancia no queda inalterable. Veremos en otro lugar que en este tipo de fruto irregular la conservación de la sustancia no se consigue mediante la interdicción de una cierta actividad sobre la cosa, sino subordinando el rendimiento del disfrute a la procuración de los gastos de sostenimiento y reemplazo.

b) Tipo de fruto

El beneficio neto empresarial es un fruto industrial si se extrema la afinidad etimológica del artículo 355 y se prescinde, como hizo la sentencia de 5 de enero de 1925, del significado usual de las palabras «predio» y «cultivo» (73). Pero igualmente puede considerarse como fruto civil irregular si se acepta que en el Código civil los réditos de dinero, cualquiera sea su fuente, constituyen fruto civil, reservando el calificativo de «industrial» para las producciones orgánicas o mecánicas de la cosa (74). Si el beneficio neto corresponde a una forma empresarial societaria, el dividendo o la participación del socio

(70) Esta es la posición de BARCELONA *Restituzione dei frutti e spetanza del profito*, 286 y ss., y de GENTILE, *Effetti del possesso e azioni possessorie*, 1958, 18. Esta doctrina es, sin embargo, criticada por CASANOVA, *Rivendicazione di azienda nel sistema del nuovo Codice*, «Riv. Dir. Comm.», 1942, II, 321 y ss., y MONTEL, *Possesso*, 269.

(71) GURSKY, *Staudinger Komm.*, § 987, núm. 9.

(72) Como hace VENEZIAN (II, 496), contra el entender de PROUDHON.

(73) En este sentido, FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, *Usufructo de acciones de sociedades anónimas*, «ADC», 1952, 1196, y GIL, 221 y ss.

(74) CASTÁN, «RDP», 1925, 389; Díez-PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia*, II, 351.

es, en todo caso, un fruto civil (75), aunque se reparta con cargo a reservas (76) y con independencia de que tenga o no vencimiento fijo, al contrario de lo que estimó la sentencia arriba citada, pues el argumento pertinente para desentrañar el sentido del artículo 475-2 del Código civil no es el «a contrario», sino el «a maiore ad minus»: si el beneficio que diese una participación sin vencimiento fijo es fruto civil, con mucha más razón lo será el que diese la participación con vencimiento fijo en una explotación industrial o mercantil. Y este fruto civil, al igual que el del artículo 355-3 del Código civil, no es que se produzca por días, sino que se reparte por días.

3. Relatividad del concepto de frutos

Un concepto cerrado de fruto no sólo es inútil por la diversidad de provechos que cada forma de producción y explotación de bienes genera en el transcurso de la historia. Ocurre, igualmente, que una enumeración de frutos que pretenda aparecer como catálogo exhaustivo no puede tener dentro de un determinado ordenamiento una pretensión de validez general, pues que sea fruto depende en una considerable medida de qué tipo concreto de problemas pretenda solucionarse a partir de semejante definición. El concepto de fruto es relativo a cada ámbito específico de regulación donde el Derecho pretenda solventar una cuestión atinente al aprovechamiento de bienes ajenos.

a) *Facultades de disfrute y obligación de restituir*

Una primera relatividad proviene de la diversidad de respuestas que merecen las preguntas sobre cuál sea el contenido de disfrute permitido al titular de un derecho de aprovechamiento sobre determinados bienes y la de cuál sea el provecho que pueda retenerse o debe restituirse en una determinada obligación de entrega reparatoria de bienes ajenos. Establecer que sea fruto apropiable en la primera cuestión no determina que sea fruto restituible en el área de la restitución.

Una renta vitalicia (arts. 1.802 y ss.) o el interés del préstamo pueden llamarse sin dificultad frutos que obtiene el titular del dinero que cede su disposición a cambio de un crédito. Mas si es un extraño

(75) FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, *ob. y lug. cit.*; GARCÍA CANTERO, *Notas sobre el usufructo de acciones en la nueva ley de S.A.*, «ADC», 1952, 981; GIL, 245 y ss.; igualmente, STS 15-VI-1982.

(76) GIL, 225.

el que entrega en mutuo o como capital en renta un dinero ajeno, sólo por aproximación puede llamarse frutos respecto a la obligación de restituir al titular originario del dinero. De esta forma tenemos que si alguien sustrae dinero ajeno y lo da en préstamo, el antiguo dueño del dinero no tiene derecho a estos intereses si posteriormente el sustractor cedió su crédito de mutuo a un tercero que lo posee de buena fe.

La caza puede ser un fruto si se pretende delimitar el ámbito permitido de disfrute de un derecho «usufructuario». Pero no es fruto a efectos de la restitución. El que posee de mala fe un aprovechamiento cinegético ajeno adquirirá las piezas cazadas por ocupación, en su caso, o bien las restituirá como daño o como cosa mueble, mas no como provecho del artículo 455 del Código civil.

El usufructuario de un monte está sometido en su explotación al límite de la ordinaria administración según los parámetros de conducta recogidos en el artículo 485. Pero el poseedor de buena fe, que no responde por culpa ni se vincula a un determinado canon de diligencia o conducta («las cortas que solía hacer el dueño», de que habla el artículo 485), no responde por las cortas extraordinarias (77).

El salario de un oficial u obrero puede ser fruto de su trabajo, y así lo admite en general la doctrina del Derecho Común. Pero si X contrata a Y para que cante en su fiesta de aniversario y Z, habiendo retenido previamente a Y, canta en el aniversario de X y cobra los honorarios por tal concepto, esta cantidad no es restituible a Y como fruto, y sólo responderá Z por la lesión del derecho de crédito ajeno.

Otro tanto ocurre con la hipótesis clásica del usufructo sobre bienes materialmente improductivos. El Dig. 7.1.4 admite la constitución del usufructo sobre una estatua, en cuanto capaz de procurar *aliquam utilitatem* (78). Pero el ladrón de una estatua no restituye como fruto el placer que haya obtenido por la posesión de la misma (sí el precio de las entradas cobradas por exponerla al público, o el alquiler que le paga el museo por disponer de ella para una exposición itinerante).

Otro tanto puede decirse de la cesión de la explotación del derecho de imagen que hace una determinada persona a un medio publicitario. El cesionario acaso pueda decirse que adquiere como fruto el rendimiento del derecho cedido. El que indebidamente se ingiere sin título y hace uso de la imagen ajena, restituirá su beneficio como daño, no como fruto del artículo 455.

(77) DELGADO *Adquisición y restitución de los frutos*, 582.

(78) LAGÚNEZ I, XXIV, 10.

b) *Títulos concurrentes*

El concepto de fruto es relativo en un segundo sentido, cuando además de una determinada titulación (usufructuaria) para la apropiación del provecho, el legitimado dispone de otro título concurrente que legitima una idéntica o similar facultad de apropiación. El provecho, entonces, aparece indistintamente como fruto o como otra suerte distinta de emolumento.

1.º) La ganancia producida constante matrimonio por la explotación de una obra intelectual que se explota antes de la celebración de éste, es fruto del artículo 1.347-2, obtenido de un bien privativo. Pero si la obra se produce constante matrimonio el título de apropiación de estas ganancias a favor de la sociedad matrimonial es el número 1 del artículo 1.347, la «industria de cualquiera de los cónyuges» (79).

2.º) Siempre ha sido objeto de particular atención el régimen al que dentro de la sociedad de gananciales hayan de estar sometidos los aprovechamientos forestales o mineros de los bienes privativos. Generalmente se tiende a aplicar aquí la norma propia del usufructo y discernir el carácter de fruto del modo de explotación del aprovechamiento forestal privativo (80). Yo sostengo que el arbolado de finca privativa no es nunca, con independencia del modo en que se explote, un fruto ganancial. Cuando ya estaban plantados al momento del inicio del régimen (o al momento en que se hereda la finca), los árboles constituyen sustancia del bien privativo. Si se plantan durante el régimen, el artículo 1.359 rechaza la cualidad de frutos para predicar de ellos el régimen de mejoras en bienes privativos. La sociedad no recupera el árbol como fruto, sino su valor mediante el régimen privilegiado del artículo 1.359-2, que la hace acreedora del aumento de valor del bien mejorado. Mas si el titular del bien privativo mejorado explota comercialmente el aprovechamiento forestal, el rendimiento líquido constituye *ganancia*, ya que la sociedad tiene ahora un título de apropiación que no es el del 1.347-2, sino el del número 1 de este artículo, en cuanto producto de la industria o trabajo del cónyuge titular del bien privativo; o incluso del otro, si es quien explota el aprovechamiento forestal de su consorte.

Todavía más abigarrado aparece este mismo problema en la legislación anterior a la reforma de 1981. De hecho, a los títulos concurrentes arriba enumerados había que añadir el ofrecido por el artículo 1.404 que hacía ganancial a la «expensa» en los bienes privativos, lo que en materia de bosques originó alguna confusión doctrinal don-

(79) CORNU, *Regimes matrimoniaux*, 1974, 215.

(80) LACRUZ-SANCHO, *Derecho de familia*, 1984, 406.

de se mezclaban las cuestiones de si el arbolado-expensa era ganancial por ser fruto, o más bien gozaba de este mismo carácter por ser expensas en bienes privativos pagados con fondos gananciales y reputadas comunes por el artículo 1.404 (81).

3.º) El producto de una maquinaria industrial puede, en el ámbito de la restitución, ser fruto de los artículos 451-455. Pero también puede ser una especificación del artículo 383, en cuyo caso no sólo hay títulos concurrentes, sino soluciones normativas diversas, en cuyo examen por ahora no vamos a entrar (82).

4.º) Un título «usufructuario» se puede transformar en un derecho de renta si se dan los supuestos del artículo 494 (retención de los bienes por el propietario ante la no prestación de la fianza) y 517 (reconstrucción por el propietario del edificio usufructuario destruido). Pero puede igualmente convertirse en anticresis cuando el usufructuario retiene la finca para reintegrarse con sus productos del importe de las reparaciones extraordinarias realizadas y que el propietario se niega a satisfacer (art. 502 C.c.). Y a la inversa, manteniendo la misma tipicidad del título de apropiación del provecho, éste puede retenerse en formas distintas de emolumentos. Por ejemplo, en el artículo 507 del Código civil el usufructo de un crédito dinerario confiere al usufructuario que lo cobra un derecho de propiedad asimilado al usufructo impropio del artículo 482: el capital mismo aparece como provecho. Pero si el crédito no es dinerario, habrá que aplicar por analogía (83) el artículo 486 y, quedando el capital para el nudo propietario, el usufructuario sólo recibe el fruto como provecho.

5.º) En una determinada regulación sobre la extensión de un concreto derecho de disfrute sobre cosa ajena, el Ordenamiento puede permitir por diversas razones que el legitimado para este derecho pueda aprovechar como mejora aquello que le está sustraído retener como fruto. Así ocurre con los árboles no maderables de que habla el artículo 485 «in fine» o el producto de las canteras que según el artículo 456 no correspondan como fruto al usufructuario (84). Pero ello no querrá decir que esta mejora haya de ser restituible mediante reembolso en todo caso.

6.º) Una variada casuística suministra en este apartado el usufructo de acciones a que se refiere el artículo 41 de la Ley de Socieda-

(81) Así todavía, aplicando el régimen anterior a la Reforma, STS 3-XI-1986.

(82) Cfr. PUGLIESE, *Usufrutto*, 333.

(83) PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *Notas al Derecho de Cosas*, de WOLFF y RAISER, 2.º, 126.

(84) El árbol *non caeduu*s puede ser aprovechado en sus ramas para obras de refacción (LAGÚNEZ, I, VI, 49), salvo que se trate de frutales (CASTILLO, XXV, 21). El árbol maderable arrancado por el viento *non est in fructu*, salvo que el usufructuario lo quiera utilizar para reparación de la casa o si lo sustituye, o si el propietario no se lo lleva, en cuyo caso se tienen por derelictos (LAGÚNEZ, *lug. cit.*, 56).

des Anónimas (85). Si la cuota de liquidación de una sociedad anónima no está integrada por reservas, sino por aportaciones y plusvalías, el usufructuario no hace suya, como fruto, dicha cuota, pero adquiere sobre ella la propiedad que le concede el título cuasi-usufructuario del artículo 482 y 507 por recaer en bienes fungibles (86).

El aumento de capital social por emisión de nuevas acciones con cargo a plusvalías (art. 88 LSA) no es fruto y pertenece en dominio al nudo propietario; pero el usufructuario extiende sobre estas acciones su derecho de usufructo por el título de accesión que le procura el artículo 479 («disfrutar del aumento de la cosa usufructuada») (87).

Si el aumento de capital se hace con cargo a reservas o beneficios podría estimarse que las nuevas acciones son frutos, cuestión que, por lo demás, ha originado una amplia polémica doctrinal a favor y en contra de esta tesis (88), y que hoy está rechazada por el artículo 1.352 del C.c. Lo mismo podría decirse para el aumento de capital con suscripción de nuevas acciones que exijan nuevas aportaciones. Aquí se discute además si la solución debe ser idéntica cuando el precio de cotización deba ser igual o menor al valor real de cotización de las antiguas acciones. Pero en uno y otro caso queda todavía la cuestión de saber si al usufructuario le es posible acudir al título concurrente del artículo 479, para extender sobre las nuevas acciones su derecho de usufructo (89).

Se discutiría aquí si el derecho usufructuario se extendería a todas o a una parte de las nuevas acciones y si por analogía con el artículo 502 el usufructuario debería pagar intereses por las cantidades desembolsadas por el propietario.

El aumento del valor nominal de las acciones (art. 94 LSA) no es fruto. Pero de nuevo actúa el título concurrente del artículo 479 y el usufructuario extiende a ellas su derecho de disfrute (90).

(85) Un pormenorizado análisis de la doctrina, en Díez-PICAZO, *Estudios*, II, 356 y ss.

(86) GIL, 325 y ss.

(87) GIL, 347 y ss.; RUBIO, *Curso de Derecho de sociedades anónimas*, 1964, 94 y ss. Cfr. SÁNCHEZ TORRES, *Usufructo de acciones de sociedades anónimas*, 1946, 118.

(88) Estiman que estas acciones no son fruto GARCÍA CANTERO, *ob. cit.*, 998 y ss.; CÁMARA, *El usufructo de acciones de sociedades anónimas en el Anteproyecto argentino de ley general de sociedades*, «ADM», 1971, núms. 119, 120. Son fruto para RUBIO, *ob. cit.*, 94. La jurisprudencia fue vacilante; en materia dotal se estimó que eran frutos de la dote (Cfr. LACRUZ, *Dote*, «NEJ», VII, 863). En las SS. 23-I-1947 y 15-VI-1982 se declara que las nuevas acciones no son fruto.

(89) Lo niega Díez-PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia*, II, 361.

(90) GARCÍA CANTERO, *ob. cit.*, 998.

c) *La tendencia al fruto civil*

La relativización del concepto de frutos se produce en un tercer sentido cuando, como es lo normal, los productos de los bienes están sujetos a un ciclo que comienza con su producción orgánica o mecánica y termina en la transformación en su valor de cambio, la realización monetaria del producto.

En efecto, el concepto de fruto se predica del beneficiario orgánico o mecánico de un bien, pero igualmente de la realización en dinero de la comercialización de aquél. Veremos posteriormente que la normativa procesal de la Ley de Enjuiciamiento Civil referida a la ejecución de Sentencias propicia un entendimiento del concepto de frutos que hace imposible caracterizarlo como un bien *in natura*; *procesalmente la restitución de frutos es la restitución de una cantidad de dinero neta*. Y de hecho es así. En el ámbito de la restitución carecen de relevancia los productos orgánicos o mecánicos que, por lo demás, tratándose de productos de una explotación mercantil, resultan irrevindicables en las condiciones del artículo 85 del Código de Comercio. Con esto queremos decir que, por ejemplo, aunque al mineral se le niegue el carácter de fruto, no se le puede negar igualmente al rendimiento económico de su explotación y comercialización, como implícitamente reconocen las sentencias de 27 de diciembre de 1883, 7 de mayo de 1879 y 8 de julio de 1915, o la reciente sentencia de 28 de mayo de 1986, donde, sin más consideraciones, la restitución de los frutos de una cantera a cargo de un comunero, a favor de su copartípe, aparece cifrada en una cantidad de dinero proporcional a la cuota. Otro tanto puede decirse de los bosques, donde la sentencia de 25 de septiembre de 1958 da por sentado que, sea cual fuere la discutida naturaleza del arbolado existente en finca parafernial, no es discutible en cambio el carácter de fruto ganancial de la utilidad económica derivada de su explotación.

Puede afirmarse, de hecho, que si se admite que todo fruto es renta y toda renta en dinero es fruto civil (91), todo provecho «industrial» en el sentido del artículo 355 está *tendencialmente* destinado a convertirse en un fruto civil irregular. Y esta tendencia al fruto civil, esto es, al fruto líquido dinerario, no sólo es una consecuencia del ciclo de comercialización de los bienes de producción, sino que se manifiesta en todos los ámbitos y a lo largo de la historia como punto final de la estructura económica. La historia de la propiedad amortizada en España aparece, por ejemplo, para el jurista como la creación de una fabulosa superestructura de rentas territoriales y señoriales caracterizadas como fruto civil (92), y a través de la que se

(91) DÍEZ-PICAZO, *cit.*, II, 351.

(92) Como frutos civiles caracteriza POTHIER los derechos señoriales (*Communauté*, números 229, 230).

sustenta toda una determinada clase social, propietaria de los bienes de producción (93). Y la estructura inversa produce, paradójicamente, el mismo resultado: la desvinculación inmobiliaria en España lleva a una circulación de la riqueza que jurídicamente se somete al régimen de los frutos civiles; a la circulación y el pago de bienes desamortizados a través de los títulos de la Deuda Pública; o, en un efecto más limitado, a las pretensiones «moderadas» de lanzar al mercado los bienes amortizados mediante el disfrute indirecto pagado por los cánones enfitéuticos (94).

No otra cosa distinta ocurre hoy con el mercado económico capitalista, donde la «propiedad» se trastoca en un mero derecho al fruto civil pagado como dividendo societario o en un interés como renta de títulos o depósitos financieros.

VI. LA NATURALEZA DE LA ADQUISICION DE PROVECHOS POR EL POSEEDOR DE BUENA FE

1. Una declaración jurisprudencial

«La percepción de frutos es el modo de expresarse la posesión misma y halla su fundamento en el trabajo del poseedor para la obtención de los frutos civiles y aun de los naturales producidos en el ámbito de una gestión jurídica y económica de la finca, desempeñada por el poseedor; siendo todos los frutos la contrapartida en favor del poseedor por haber asumido la gestión *iure proprio* de la cosa, los riesgos y responsabilidades consiguientes» (STS 17-3-1983).

En pocas ocasiones se ha decidido el Tribunal Supremo a realizar un excursus sobre el fundamento del derecho que consagra el artículo 451 del Código civil. Desde luego, nunca lo había hecho antes con la contundencia de esta sentencia, que resuelve un conflicto de daños

(93) JOVELLANOS confesaba que la propiedad vinculada había creado una situación tal que rara vez el propietario del suelo era quien se adueñaba los frutos del mismo (*Informe sobre la ley agraria*, ed. 1977, 215). El mayorazgo aparece como una propiedad de frutos feudales integrados por rentas territoriales y señoriales. Por esta razón, «tierra» en Part. 4,26,2, significa «maravedíes que el rey pone a los ricos omes en lugares ciertos» (Cfr. CLAVERO, *El mayorazgo*, 1974, 103).

(94) Establecía como programa FLORIDABLANCA en su *Instrucción reservada de Estado*, XIII, que «no se amorticen bienes en lo venidero sin mi licencia y que se puedan y deban subrogar en frutos civiles las dotaciones pías, quedando los bienes estables de forma que con censos, juros, acciones de bancos y otros réditos semejantes que no estén sujetos a reparaciones y cultivos, como las casas y las tierras, se asegure la subsistencia y las cargas de las dotaciones pías». El proyecto moderado de practicar la desamortización mediante la enajenación del dominio útil tuvo siempre acendrados valedores, aunque acabó sucumbiendo; Cfr. TOMÁS Y VALIENTE, *El marco político de la desamortización en España*, 1981.

entre el poseedor y un tercero, no un problema de relación propietario-poseedor, circunstancia ésta que no puede olvidar el intérprete. Y esta sentencia constituye una muestra de cómo una excesiva retórica en la fundamentación de los fallos puede poner en peligro la validez misma del fallo que se quiere fundar en derecho.

En efecto, si es el *principio del trabajo* el que fundamenta el derecho del artículo 451 (*pro cultura et cura*, *Inst. De rer. divis*, p. 35), no se ve qué sentido tiene la referencia a los frutos naturales. En segundo lugar, se hace una remisión a los riesgos para fundar el derecho del art. 451. Si con ello se quiere decir que el poseedor asume el riesgo de que su gestión económica no resulte productiva, ello es completamente cierto, mas no se ve qué pueda tener que ver ello con el caso en cuestión, pues de hecho cualquier persona que asume por propia cuenta una gestión de este tipo asume el riesgo de su fracaso. Si lo que se quiere decir es que el riesgo es el de la *cosa poseída*, el desacierto no admite duda: el poseedor de buena fe no asume ningún riesgo frente al propietario, ni aunque por su propia ineptitud malbarate la cosa. Por último, si éste es el fundamento de la adquisición de frutos, no se ve qué lo distingue de la posición del poseedor del artículo 455, pues ninguna de las declaraciones de la sentencia arriba transcrita deja de tener cómoda aplicación al poseedor de mala fe.

Afrontaremos esta cuestión dando un rodeo. Veremos primero cuáles son los sistemas posibles con los que el Código civil pudiera haber articulado la protección posesoria en cuanto a los frutos.

2. Sistema del abono de gastos

Una solución racional al problema de los frutos obtenidos en una gestión posesora pasa por someter esta cuestión al mismo régimen al que se sujetan los gastos. Los provechos pertenecen al poseedor legítimo, que abonará al receptor los gastos de producción y, acaso, la remuneración por su actividad personal. Es un sistema muy simple que el Código civil ha aceptado en el artículo 356 para el poseedor de mala fe y, en general, para cualquiera que obtenga, pero no retenga, los frutos para sí. La interposición de capital y trabajo ajenos no harían perder al provecho la naturaleza de frutos (el artículo 355-2.º establece que no la pierden), mas tampoco alterarían la congruencia del artículo 354, y los frutos serían del propietario. Es decir, sería del propietario el derecho de crédito por la cantidad de dinero líquida representativa del valor de los frutos, descontados los costes.

Este es el sistema que Grocio consideraba más ajustado a la ley natural (95), por más que en la *Instituta* de Justiniano es la propie-

(95) *De iure belli ac pacis*, II, VIII, XXIII.

dad del poseedor de buena fe lo que parece más acomodado al *Derecho de Gentes*.

En verdad, una fundamentación de la protección posesoria *pro-cultura et cura* no exige más derechos que éste que concede el artículo 356, con el que queda perfectamente salvaguardado el equilibrio patrimonial del poseedor. La industria del poseedor sería un fundamento del abono de gastos (como es la del comunero en 1.063 del Código civil, por ejemplo), mas no una *ratio* definitiva para crear un título de dominio. De hecho, ésta era la solución de P.3.28.38 respecto a los frutos industriales no consumidos por el poseedor, así como para una autorizada doctrina del Derecho común (96).

3. Régimen de frutos como un puro sistema indemnizatorio

De no existir en el Código civil las normas posesorias, el régimen de frutos respondería a los siguientes principios:

1.º El poseedor de buena fe respondería por culpa leve (arts. 1.094 y 1.104 C.c.) y restituiría los frutos que el poseedor legítimo hubiera podido obtener. Respondería también de la pérdida o deterioro (97). Y la culpa se predicaría tanto sobre su desconocimiento de lo indebido de su posesión (error inexcusable) cuanto del modo de proceder sobre la cosa (diligencia del *pater familias*).

2.º El poseedor de mala fe no restituiría sin más los frutos percibidos, sino en cuanto éstos representaran el valor de la privación del goce del propietario. En cuanto *fur*, responde del caso como si estuviera en mora. Los daños a resarcir se medirían conforme al criterio del artículo 1.107 para el incumplidor doloso (98).

Los artículos 451 y 457 del Código civil no han derogado ningún principio de la responsabilidad civil aquiliana. No existe tal derogación, sino que el Código parte de considerar que el poseedor de buena fe procede lícitamente sobre la cosa. Falta el requisito de la ilicitud, como falta en la injerencia oficiosa en asuntos ajenos con ánimo *rem aliena gerendi* (cfr. art. 1.887, «hechos ilícitos»). Esta licitud no puede derivarse del principio *pro cultura et cura*, sino de la regla

(96) SAVIGNY, *Posesión*, núm. 22, III, nota; WINDSCHEID, *Pandekten*, I, núm. 186; GLUCK, *Pandette*, VI, p. 222.

(97) Es discutido si en el marco del artículo 1.107 C.c. responde sólo el incumplidor culposo o también el «deudor de buena fe», no exonerando en este último caso sino la imposibilidad objetiva no imputable; Cfr. nuevamente JORDANO FRAGA, *Las reglas generales de la responsabilidad contractual*, «ADC», 1985, 277 y ss.; PANTALEÓN, *Del concepto de daño*, cit., 557 y ss.

(98) Cfr. SACCO, *Possesso, denuncia di opera nuova e de danno tenuto*, 1960, 108 y ss.

sentada en el artículo 457, a tenor de la cual el poseedor de buena fe puede proceder sobre la cosa como lo haría el dueño. Esto es lo que dicen las fuentes, que el *bonae fidei possessor* está *domini loco* y ahí se razona su estatuto privilegiado (Dig. 22.1.25.1; 41.1.48) (99). A partir de la *litis contestatio* cesa el régimen excepcional mantenido *fictione iuris*: el poseedor de buena fe *tanquam in mora* restituirá el valor de los enajenados, los consumidos y los *neglecti* (100).

4. Régimen de frutos sometidos al cálculo del enriquecimiento

Según lo expuesto al inicio de este trabajo, la ciencia jurídico-teológica española de los siglos XVI y XVII parte del principio de que en materia de restitución el poseedor de buena fe está sometido a una única regla: restituye en cuanto por la cosa se haya enriquecido. De acuerdo a ello, el *bonae fidei possessor* restituye todos los frutos de la cosa que aún conserve *in natura* en su poder (deducidos los gastos), y los consumidos en cuanto por ellos se haya enriquecido (101). Obsérvese —la puntualización es de Luis de Molina— que los *percipiendi* no los restituye no porque no esté en culpa, sino por cuanto con ellos él no se enriquece.

El poseedor de mala fe, y en general todo aquel que responde «ex acceptione» está sujeto a la restitución como un ladrón: todos los provechos obtenidos de la cosa y todo el daño.

El sistema transcrito es generalización de la solución particular que para la petición de la herencia se instaura el SC Iuventiano, y se impone como regla de «Derecho Natural» en los tratadistas centroeuropeos del Derecho de Gentes, que, sin citar muchas veces las fuentes de donde los toman, transcriben a la letra las soluciones de la doctrina escolástica española (102).

Retazos de la teoría del enriquecimiento aplicada a los frutos no ha dejado de haber jamás. Windscheid señalaba que los frutos enajenados por el poseedor de buena fe pueden ser reivindicados por el propietario, salvo que el vendedor estuviera sujeto al saneamiento, pues respondería entonces en una medida mayor que la de su propio enriquecimiento (103). La P.6.14.4 exime al poseedor de herencia de buena fe de la restitución de los frutos consumidos. Pero G. López

(99) VANGEROW, *Pandekten*, I, núm. 326, Anm. 1. Puede verse allí una amplia exposición doctrinal y referencias a autores.

(100) SAVIGNY, *Sistema*, V, 73.

(101) MEDINA, *De restitutione*, Q. 10; SOTO, IV, VII, 2; MOLINA, Disp. 718, 724.

(102) PUFFENDORF, II, 385 y s.; GROCIO, II, X, IV y s.

(103) *Pandekten*, I, núm. 186; ya también en PUFFENDORF, II, 396, lo que fue calificado de absurdo por BARBEYRAC.

(glosa «dellos») estima que esta exención no cabe respecto de los naturales, con los que evidentemente se enriqueció; e igual doctrina se repite para los naturales consumidos en la glosa «despendidos» a P.3.28.38.

5. Sistema de frutos en función de la industria del poseedor

De acuerdo a este modelo, el poseedor de buena fe retendría los frutos que hubiera obtenido de la cosa por su trabajo e industria y la aplicación de su propio capital. Este sistema no era enteramente aceptado en P.3.28.38, sino para los industriales consumidos, mas no para los extantes *in natura*, que se restituían con acción real.

De acuerdo al modelo que ahora exponemos, se restituyen según Donello los frutos percibidos y no consumidos: se restituirán todos los naturales, y el aparente argumento en contra de Paulo en Dig. 22.12.5.1 —que habla de que el poseedor hace suyos «todos» (*omnes*) los frutos— es interpretado como «todos» los que percibe con su trabajo, pero también con la industria de un tercero (104). A la inversa, «contra el parecer de muchos» (*plurimi*) (105) los industriales que se conserven *in natura* no se restituyen (106).

Al rechazar Donello el modelo de restitución por el enriquecimiento, la conclusión respecto a los consumidos se impone por sí sola: el poseedor de buena fe no responde por culpa, y carece de importancia que se haya enriquecido (107).

Idéntica solución ofrece Covarrubias para los frutos industriales consumidos: no se restituye, pues responden al trabajo y capital del poseedor aunque se haya enriquecido con ellos de acuerdo con P.3.28.38 y en contra de la opinión de Bartolo. Sólo en los juicios universales (petición de herencia) entran en la acción los industriales consumidos (108). Esta opinión, de acuerdo a la Partida citada, es suscrita por García, y aun extendida a la petición de herencia, pues en P.6.14.4 no se establece que el poseedor de la herencia deba restituir los industriales consumidos (109).

De hecho, ésta era la única diferencia que la doctrina del derecho común quiso apreciar entre el poseedor de buena fe y los demás obli-

(104) *Comm.*, IV, XXV, VIII y ss.

(105) En realidad, casi todos: COVARRUBIAS, POTHIER, THIBAUT, SAVIGNY, WINDSCHEID y otros varios mantenían lo contrario.

(106) *Comm.*, IV, XXVI, III.

(107) *Comm.*, IV, XXV, III y s.

(108) *Variae Resolutiones*, I, III, 6, *tertia conclusio*. En el mismo sentido, GREGORIO LÓPEZ, glos. «gana» Part. 3,28,38.

(109) *De expensis*, XXIII, 40, 41.

gados a la restitución de bienes ajenos: que los frutos consumidos no se restituyen ni tan siquiera si con ellos se hubiera enriquecido el poseedor (110). Más aún, para Windscheid, de las fuentes no se deduce otra cosa con claridad que la facultad de consumo de los frutos, reconocida al poseedor de buena fe (111).

6. La relevancia del «titulus possessionis»

Este modelo es concurrente con cualquiera de los anteriores, pero añade un nuevo dato de discriminación, el título por el que se entró a poseer.

El poseedor de buena fe con título, según Covarrubias (112), hace suyos los frutos naturales, no ya por su trabajo e industria, sino por estar *domini loco*; pero estos frutos se restituirán, si consumidos, siempre que con ellos se haya enriquecido. Los extantes le serán concedidos al actor *officio iudicis*. El de buena fe sin título no hace suyos los naturales. Si son extantes, se piden con acción real; con la *condictio sine causa* si ya se han consumido siempre que *ex eis factus est locupletior*. En cualquier caso, la *causa possessionis* serviría como título para la usucapión trienal de los frutos extantes *in natura*.

Según P.3.28.40, el poseedor de mala fe sin título o con título reprobado restituye, junto a los *percepti*, los que el poseedor legítimo hubiera podido percibir. El de mala fe con título, sólo los percibidos.

7. La solución del Código civil

La solución que ofrece el Código civil no puede ser más simple, si bien en ocasiones esta simplicidad se consigue a costa de la claridad o de la justicia, sobre todo por la carencia de solución que recibe el problema del poseedor de buena fe después de haberse interrumpido legalmente la posesión. El Código civil hace descansar su simplicidad en la circunstancia, no poco extraña, de no haber seguido ninguno de los modelos antes expuestos.

1.º El poseedor de buena fe hace suyos todos los frutos, sin distinguir entre naturales e industriales, entre extantes o consumidos (113).

(110) SAVIGNY, *Sistema*, V, 73; POTHIER, *Propriété*, núm. 338; THIBAUT, *Pandekten*, núm. 709. Dudoso era si los industriales extantes no se adquirían o bien se adquirían, pero con la obligación de restituir: WINDSCHEID, *lug. cit.*, con exposición de doctrina en este sentido.

(111) WINDSCHEID, *Pandekten*, *lug. cit.*; GLUCK, VI, p. 229.

(112) *Variae Resol.*, I, III, 6.

(113) En el derecho alemán no hay en concreto ninguna norma que exima al poseedor de buena fe de restituir frutos. Esta norma se obtiene por inducción, ya que

2.º) El poseedor de buena fe no se reembolsa, por lo arriba dicho, los gastos de producción de los frutos.

3.º) Es indiferente el título por el que se entró a poseer. En rigor, es indiferente si existe o no título (114). Téngase además en cuenta una práctica jurisprudencial de la que el Tribunal Supremo ha hecho uso, consistente en casar la sentencia de instancia siempre que se condenara a restituir frutos sin haber declarado previamente la mala fe. El Tribunal Supremo se limita a casar la sentencia sin entrar, por su parte, a considerar si la situación del restituyente era tal que justificase el calificativo de mala fe. Una excepción a esta doctrina en sentencia de 21 de abril de 1961, donde el Tribunal Supremo «infiere» la mala fe del hecho de que la Audiencia hubiera condenado a restituir los frutos.

En consecuencia, el sistema del Código civil queda delimitado de la siguiente manera: a) el poseedor de buena fe no responde del daño que al propietario le suponga la privación de la cosa; b) el poseedor de buena fe no restituye el enriquecimiento obtenido por el disfrute de la cosa ajena. El artículo 451 es la contradicción más frontal que existe en el Código civil a la pretendida asunción en nuestro sistema del principio del enriquecimiento injusto y, como tal, la norma posesoria viene siendo considerada un cuerpo extraño por todos aquellos autores que quieren hacer del enriquecimiento la guía del derecho de restitución (115).

VII. CARACTERIZACION GENERAL DEL REGIMEN DE RESTITUCION EN EL CODIGO CIVIL

Creo que el régimen restitutorio a que responde nuestro Derecho puede ser en sus rasgos generales completamente caracterizado mediante las tres siguientes proposiciones:

1.º) El derecho de la restitución, y de la restitución de provechos en particular, está en una gran medida caracterizado por una *expan-*

el poseedor de buena fe sólo restituye los frutos excesivos (§ 993 I «BGB») y no está sujeto a la acción de enriquecimiento: KOBL, *Das Eigentümer-Besitzer Verhältnnis*, cit., 223.

(114) Que no se requiere título para la adquisición de los frutos lo mantiene, entre otros, DELGADO, *Adquisición*, cit., 557 y ss.

(115) Para JAKOBS constituye un anacronismo en el «BGB», contrario al propio sistema, la norma que exime al poseedor de restituir frutos (*Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung in der Lehre der ungerechtfertigte Bereicherung*, 1964, 77); igualmente, SACCO, *L'arricchimento*, 185; PEREIRA COELHO, *O enriquecimento e o dano*, 1970, 110 y ss. Como privilegio del poseedor de buena fe lo entendieron también los redactores del «BGB» (*Motive*, III, 401; GURSKY, *Staudinger Komm.*, Vorb., §§ 987-993, núm. 4); como residuo histórico, SCHULTZ, *System*, 328.

sión de las normas que regulan la liquidación de la gestión posesoria de los artículos 451 y ss. del Código civil.

2.º) La inexistencia con carácter general de una regla de propiedad para justificar la atribución de los provechos al legitimado para la restitución.

3.º) La *interconexión* entre restitución y reparación del daño por vía de indemnización.

Trataremos de cada una de estas proposiciones por separado.

VIII. LA TENDENCIA EXPANSIVA DE LAS NORMAS SOBRE LIQUIDACION POSESORIA

Las normas que contienen los artículos 451 y ss. del Código civil constituyen el derecho común de las liquidaciones posesorias en general (116); esto es, con independencia de la forma por la que se haya accedido a la posesión. Esta tendencia expansiva se hace posible en el Código civil por la desaparición de otros cánones restitutorios distintos de los de la *reivindicación* y por las *lagunas* que en materia de restitución sufren las distintas técnicas particulares que a lo largo del Código civil regulan los efectos de la obligación de restituir.

1. La inexistencia de otros criterios generales de restitución

a) *El estatuto jurídico de todo poseedor*

Las condiciones de posibilidad para que las normas de liquidación posesoria se hayan convertido en el estatuto de todo poseedor (117) han sido en parte ya estudiadas por mí en otro lugar (118), por lo que aquí, añadiendo algunos datos, me permitiré ser breve.

A diferencia de lo que ocurría en Derecho romano, según Savigny (119), la posesión no es en el Código civil un mero presupuesto de la usucapción (papel al que en gran parte está aún reducida en el Code Napoléon), ni una simple legitimación material para el ejercicio de la defensa interdictal. Que ello es así se prueba por el dato de que el supuesto de hecho que el Código civil recoge bajo la denominación de *posesión* es mucho más amplio que el que sirve de presupuesto para la usucapción. Hay posesiones enumeradas en el Código

(116) DORAL, *Liquidación de la gestión posesoria*, «RDP», 1977, 399 y ss.

(117) La expresión es de DELGADO ECHEVERRÍA, *Adquisición*, 557 y ss.

(118) *Ius aedificandi y accesión*, Cap. VI.

(119) *Tratado de la posesión*, núm. 2.

civil que jamás pueden convertirse en formas de posesión hábiles para la usucapión, al faltar el concepto de dueño. Más aún, la buena fe posesoria del artículo 433 no coincide con la que el artículo 1.950 requiere para la usucapión. Aquélla admite que el carácter indebido del título sea su propia nulidad, mientras ésta, en la usucapión ordinaria, exige la validez del título.

En la usucapión ordinaria el poseedor es forzosamente un tercer poseedor, mientras que cualquier forma de llegar a la posesión es bastante para servir de presupuesto a las normas recogidas en los artículos 430 y ss.

El artículo 433 se independiza de la misma ineficacia del título. Puede haber buena fe en una posesión correcta conforme a Derecho, pero sobre la que actúe un título que pueda hacerla retroactivamente ineficaz [el impago del artículo 1.124, por ejemplo (120)]. Más aún, en una decidida corriente jurisprudencial que en otros lugares he expuesto (121), la buena fe se hace incluso independiente del carácter absolutamente firme del título y se lleva a afirmar, contra el tenor del artículo 433, que quien tiene un *ius possidendi* estable puede ser un poseedor de buena fe a efectos de los artículos 451 y ss., es decir, un poseedor que por prescripción legal sólo podría basar su buena o mala fe sobre una previa *posesión indebida o viciada*. Acaso constituya el artículo 185 Compilación Cataluña la expresión más perfecta de esta metamorfosis de la buena fe posesoria, al decir que el heredero fiduciario cobrará las mejoras hechas en el bien fideicomitado si las ha realizado de «buena fe como si las realizare en bienes de su plena propiedad».

Con esto tendríamos completada una evolución en la que el campo de aplicación de los artículos 451 y ss. no quedaría ya limitado a resolver situaciones posesorias *indebidas*, donde no se ostenta el *ius possidendi* sobre el bien. Cubriría ahora todo el ámbito de la restitución, y la buena fe requerida para retener el provecho a tenor del artículo 451 *quedaría asimilada sin más al modo de diligencia del buen padre de familia con el que se haya actuado sobre la cosa*.

De esta forma, las normas de liquidación posesoria se habrían desprendido del carácter *preventivo* propio de la reivindicación, alcanzando a las restituciones *reversivas* en las que el dominio hubiera previamente y de forma válida pasado al sujeto posteriormente obligado a restituir.

Los artículos 451 y 455, que regulan la restitución de provechos resultantes de una gestión posesoria, no aparecen entonces como una

(120) BADOSA, *Justo título*, «NEJ», XIV, 704 y ss.

(121) *Ius aedificandi y accesión*, Cap. VI; *Cuadernos Civitas de Jur. Civil*, números 7, 8, 9.

normativa *especializada* de la reivindicación, que eventualmente pueda ser extendida de modo analógico a otros ámbitos. Más bien se predica de ella el carácter de *régimen general*, que sólo cederá ante una regulación claramente especializada.

Esta tendencial expansión, propiciada, como digo, por una cierta generalización no siempre meditada de lo que es la buena y la mala fe posesoria, llega incluso a provocar una auténtica inflación en uso de principios y argumentos posesorios, traídos sin más escrúpulo allí donde se requiera acudir a una *ratio* suficiente que el legislador en ocasiones no da. Los ejemplos son infinitos; basta con unos pocos.

El artículo 760 del Código civil disciplina la restitución de los bienes hereditarios poseídos por un indigno obligando a la restitución de los frutos al poseedor legítimo. Realmente eran aquí posibles varias explicaciones. Según una de ellas los restituiría porque de hecho accede gratuitamente a la posesión; no se podría, por tanto, fundar un derecho de apropiación de frutos en la presuposición legal —acaso latente en el artículo 451 del Código civil— de que el fruto se retiene porque de hecho se accedió a la posesión pagando un precio que no corre a riesgo del propietario que reivindica (122). Puede acudir-se a una segunda justificación y entender que acaso el artículo 760 sea un vestigio de la antigua *petitio hereditatis* en la que se restituyen los frutos de la herencia. Podemos, en tercer lugar, remitirnos, con Lacruz (123), al principio tradicional en materia de indignidad según el cual el indigno *potest capere sed non retinere*. A pesar de todas estas posibilidades, la doctrina antigua y moderna prefiere fundar la norma en una *ratio* posesoria: el indigno es de mala fe, de ahí que el artículo 760 sea congruente con el artículo 455 (124).

El poseedor de la herencia del artículo 197 no restituye los frutos, sino desde el día en que se presenta quien erróneamente fue declarado fallecido. En rigor, el derecho a retener los frutos podría justificarse por una función de administración cuasi usufructuaria similar a la de los representantes del ausente de los artículos 186 y 187. No obstante ello, se prefiere —sin duda con razón— acudir a una *ratio* posesoria: los retiene porque es de buena fe, de acuerdo al artículo 451 (125), ya que, de no serlo, y por analogía con el artículo 186, restituiría en la medida del artículo 455.

Los frutos de los bienes colacionales no se deben a la masa, sino desde el día en que se abra la sucesión (art. 1.049). No requiere ma-

(122) En el Derecho alemán, el poseedor de buena fe que recibió la cosa por título gratuito restituye los frutos (§ 988 «BGB»).

(123) *Derecho de sucesiones*, I, 1971, 114.

(124) GÓMEZ, *Ad Leg. Tauri*, 11, IX, X, XI, XII, núm. 26; DOMAT, *Lois civiles*, 2.ª parte, II, sect. III; LAURENT, *Principes*, IX, núm. 23; art. 2.037 Código portugués.

(125) DE CASTRO, *Derecho civil de España, II Derecho de la persona*, 1984, 553; SERRANO, *La ausencia en el Derecho español*, 1943, 420.

yor explicación que si el donatario retiene los frutos del bien donado es porque con la donación se hizo dueño de los mismos. Pues bien, como si esta razón no fuese bastante, García Goyena señala que la norma es de justicia dada la cualidad de poseedor de buena fe que el donatario ostenta (126).

Más aún, una norma propia de la liquidación posesoria se impone en ocasiones en las que el propio Código especifica que la apropiación de los frutos no deriva del carácter de poseedor del artículo 451, sino de otra titulación distinta. Según la redacción del Código civil anterior a 1981, el marido tenía el usufructo de la dote inestimada de la mujer. Pero en verdad este usufructo no era más que un excurso verbal para justificar que el marido retenía los frutos de la dote (127), pues la liquidación de las impensas sobre la cosa dotal no seguían el régimen del usufructo (art. 487), sino el posesorio, por disponerlo así el artículo 1.368.

b) *Petitio hereditatis: restituciones sucesorias*

Como advertí en un capítulo anterior, en el Código civil desaparece el único modelo de restitución al que la tradición del Derecho común vinculó con carácter general el canon «enriquecimiento» como módulo de restitución, la *petitio hereditatis*. Hasta que hace su aparición el SC Iuventiano, el poseedor de una herencia restituye todos los frutos producidos por ella, antes y después de la adición, los frutos de los frutos, y los provechos asimilados a frutos (Dig. 5.3.20.6; 5.3.25.20; 5.3.26; 5.3.27; 5.3.29; 5.3.52). Con el SC citado, el poseedor de herencia de buena fe sólo estará obligado a restituir *in quantum factus sit locupletior*, lo que se traduce en las siguientes consecuencias prácticas: el poseedor de buena fe no restituye los intereses del precio de la cosa hereditaria vendida (Dig. 5.3.20.6; *idemque in similibus causis est servandum*); el poseedor de buena fe que deja de poseer antes de la acción de petición sólo responderá frente al heredero en cuanto se haya enriquecido; si el poseedor vende una cosa de la herencia y el comprador sufre posteriormente la evicción, frente al heredero se entiende que el poseedor nada ha adquirido de la herencia, pues nada queda en su poder (5.3.20.18); el mismo precio de venta, según Ulpiano y Paulo, no se restituye si el poseedor no se enriquece con él por haberlo donado o malgastado (5.3.23; 5.3.36.4); si la cosa hereditaria se ha destruido o consumido o malgastado, el poseedor de buena fe no responde de ello, sino en la medida en que hubiera obtenido alguna remuneración o se hubiera enriquecido de

(126) *Concordancias*, 1974, 447.

(127) LACRUZ, *Dote*, «NEJ», VII, 870.

otra manera (5.3.25.11); si alguien, de buena fe, estima ser heredero universal, piensa Marcelo que si consumió malgastando la mitad de la herencia, se entiende consumida de la mitad de la que no es heredero, si bien Ulpiano estima más justo que restituya la mitad del residuo (5.3.25.12-15); el poseedor hereditario sólo restituye los frutos con los que se enriqueció (5.3.40.1). El poseedor recobra *todas* las mejoras, aunque ya no existan (5.3.38).

En materia de frutos, la solución definitiva de la *petitio hereditatis* implicaba el régimen siguiente: restituirá los frutos que aún resten en natura, deduciendo gastos, y los consumidos en cuanto se hubiera enriquecido con ellos.

La restitución por el enriquecimiento está hoy en el Derecho alemán en materia de petición de herencia (128), pero en el Derecho español desaparece ya desde el mismo momento en que se redactan las Partidas donde el poseedor de herencia queda sujeto al mismo régimen de restitución que el del poseedor ordinario (PP.3.28.38 y 6.14.4). La jurisprudencia anterior y posterior al Código civil, de modo casi unánime, establece el principio de que el poseedor de herencia de buena fe hace suyos los frutos percibidos de los bienes (129). Y todo ello queda hoy confirmado porque la *ratio* de la diferencia ha desaparecido con el artículo 433. En efecto, la diferente solución que el Derecho común acepta para los frutos en la reivindicación y la petición de herencia se justificaba sólo en que el título sucesorio inválido no era un *justo título*, a diferencia del que ostentaba el poseedor sometido a la reivindicación (130). Hoy el artículo 433 no requiere que el título sea justo, en el sentido del artículo 1.952 del Código civil. El artículo 197 del Código civil es prueba de indudable valor.

EL régimen de la *petitio hereditatis* en el Derecho español hoy no puede ser otra cosa que una construcción por vía de interpretación, dada su carencia de regulación. Y las soluciones doctrinales no dejan en algún caso de pecar de cierta contradicción, pues, admitiéndose sin dificultad que el poseedor de herencia de buena fe hace suyos los frutos (131), no se dejan, sin embargo, de aplicar soluciones parciales que sólo tienen cabida en un régimen restitutorio que esté regido por los criterios del enriquecimiento (132); cuestión ésta que

(128) §§ 2018, 2020 «BGB».

(129) SSTS 31-XII-1890, 6-XII-1899, 12-X-1901, 15-II-1902, 20-XI-1959. En sentido contrario, 20-IV-1917 (Cataluña).

(130) DONELLO, XIX, XIII, XIV.

(131) Según ROCA SASTRE (*Notas*, KIPP-COING, II, 204), sólo en normas posesorias, no sucesorias, se funda la obligación de restituir el heredero aparente; Cfr. también VALLET, *Panorama del Derecho de sucesiones*, II, 1984, 652. En Francia, PLANIOL-RIPERT, IV, núm. 337.

(132) Así, en materia de deterioros y dispendios de la cosa hereditaria, PLANIOL-RIPERT, *lug. cit.*, LACRUZ, siguiendo a GULLÓN, *La acción de p.h.*, «ADC», 1959,

plantea la dificultad de si hoy el régimen de la *petitio hereditatis* es divisible, es decir, si se pueden aplicar criterios posesorios en lo referente a la restitución de frutos y reembolso de gastos, mientras se aplica a la pérdida o enajenación de la cosa estrictos principios derivados del enriquecimiento, tal como los hemos recogido arriba.

En el Derecho español no sólo no queda rastro de una vertebración de las restituciones sucesorias en torno a principios similares a los del Derecho romano, sino que ni tan siquiera en materia de frutos encuentra una validez general el apotegma «*fructus augent hereditates*», que, por lo demás, limitaba, como hemos dicho, su alcance a los frutos percibidos y aún no consumidos. El principio *fructus augent* quiere ser deducido por doctrina y jurisprudencia de la norma que el artículo 1.063 refiere al estado de indivisión (133). Según este artículo, «los coherederos deben abonarse recíprocamente en la partición las rentas y frutos que cada uno haya percibido de los bienes hereditarios...». En rigor este precepto tan sólo quiere significar que los frutos y rentas obtenidos de la masa indivisa *se computan* a efectos de la partición y que, si exceden de la cuota de cada partícipe, este exceso será abonado al resto de los coherederos; pero la norma no contiene pronunciamiento alguno sobre la legitimidad que cada partícipe ostente para obtener en propiedad los frutos que le corresponden en proporción a su cuota ex artículo 399 del Código civil. Y tampoco nos distancia demasiado del artículo 399 la doctrina jurisprudencial que quiere deducir del artículo 1.063 el derecho de los copartícipes a exigir la restitución de frutos frente al coheredero que los obtiene, sin necesidad de esperar al momento de la partición (S. 21-5-1963). Y digo que no existe tal distancia entre los artículos 399 y 1.063 porque el primero ha de interpretarse sistemáticamente limitado por el derecho que el artículo 398 concede a la mayoría para administrar la cosa común, derecho que puede ir, desde la sustitución del goce directo por el indirecto de la cosa común, hasta el reparto de las utilidades según un plan contable sometido a ejercicios económicos (134). Repito, pues, que el artículo 1.063 sólo contiene una norma que impone la computación y, en su caso, abono de estos frutos en el momento de la partición, pero no excluye un derecho de propiedad similar al del artículo 398, si bien, como éste, limitado por lo dispuesto en el artículo 398. Y aun todavía puede añadirse lo establecido en el artículo 1.408 del Código civil, a cuyo tenor «se darán

199 y ss., 227, entiende aplicable a la *petitio* el régimen del pago de lo indebido: si vendió la cosa hereditaria restituirá el precio, aunque lo haya malgastado (*Sucesiones*, I, 312, not.).

(133) Vid. ALBALADEJO, *Derecho civil*, V, 1.º (1972), 272, y allí referencias SSTS 12-XII-1958, 7-I-1966, 28-X-1977.

(134) Sobre el art. 399 C.c., Cfr. MIQUEL, *Comentarios al C.c. y Compilaciones forales*, V-2.º (1984), 431 y ss.

(de la masa común) alimentos a los cónyuges, o, en su caso, al sobreviviente y a los hijos mientras se haga la liquidación del caudal inventariado y hasta que se les entregue su haber; pero se les rebajarán de éste en la parte que excedan de los que les hubiere correspondido en razón de frutos y rentas». Este «se darán» habrá de tomarlo como un simple «podrán tomarse» por sí mismos, cuando nadie esté específicamente encargado de la administración de los gananciales en liquidación.

Todavía, para finalizar con esto, habría que determinar qué derechos tiene la administración en la cosa común, si los tiene, para, en el supuesto del artículo 1.063, privar a cada uno de los herederos, antes de la partición, de los frutos y utilidades que le corresponda en razón a su cuota. Y cabe además advertir que la norma del artículo 1.063 no se superpone a la del artículo 451, de modo que, cuando el coheredero posea toda la herencia de buena fe como único propietario retendrá los frutos del bien o bienes sucesorios como cualquier otro poseedor (135).

Fuera del propio artículo 1.063, el principio *fructus augent* tiene aún menos virtualidad para convertirse en principio general de las restituciones sucesorias. Ya hemos visto que la solución del artículo 760 se ha explicado tradicionalmente por criterios posesorios, no sucesorios. La rescisión de la partición (art. 1.074), la nulidad de la partición celebrada con alguno a quien se creyó heredero sin serlo (art. 1.081), la preterición testamentaria y particional (arts. 814 y 1.080), la nulidad testamentaria (arts. 673 y 687), la acción de complemento de legítima (art. 815) (136), la desheredación injusta (artículos 851 y ss.), etc., no pueden por menos que estar sometidos en materia restitutoria sino a los mismos principios que la clásica petición de herencia, y, en consecuencia, sujetos hoy al criterio del artículo 451-455. Otro tanto puede decirse de la revocación de la donación en carácter de mejora del artículo 827, o la revocación por inoficiosidad de las donaciones ex artículos 651-654 del Código civil. No sólo no hay retroactividad en cuanto a la restitución de frutos, sino que incluso el momento a partir del cual se deben frutos no es el de la muerte del causante, sino el de la demanda, al menos en lo que respecta al artículo 654 (136 bis).

(135) LACRUZ, I, 222; VALLET, *Panorama*, II, 854.

(136) Qué acción corresponde al legitimario para pedir el complemento a que se refiere el artículo 815 C.c. se hace depender por la doctrina de cuál sea el título sucesorio por el que se deba o pueda atribuir la legítima; recientemente, PEÑA, *Naturaleza jurídica de la legítima*, «ADC», 1985, 849 y ss., y VALLET, *Observaciones en torno a la naturaleza jurídica de la legítima*, «ADC», 1986, 3.

(136 bis) El criterio en el Derecho común era diverso. Se restituían los frutos de la cosa donada desde la muerte del donante (VÁZQUEZ DE MENCHACA, *Controversiarum illustrium*, Cap. 38, núms. 1 y ss. En el *lug. cit.*, el autor desarrolla una doctrina completa sobre el alcance restitutorio de frutos de las donaciones y mejoras.

El artículo 1.049 establece que los frutos y rentas del bien donado colacionable se deben a la masa desde la muerte del causante, momento de apertura de la sucesión. En mi opinión constituye ésta una norma irregular, pues, siendo propia de la colación por aportación, fue conservada por el P. 1.851 y después por el Código civil sin preocuparse del cambio que el artículo 1.045 supuso, y cuya novedad frente a otros ordenamientos el propio García Goyena hacía constar. El artículo 1.049 es tomado del artículo 856 del *Code*, donde tiene su sentido dado la forma de aportación que allí conserva la colación hereditaria. Por mi parte, no he encontrado en la doctrina patria un tratamiento claro de cómo se realiza en el artículo 1.049 esta aportación de frutos a la masa. No he podido averiguar de la lectura de los autores si entienden este «deberse» como una restitución de estos frutos y rentas a la masa o si la aportación se realiza igualmente por imputación (137). Porque, en efecto, este «deberse» puede ser entendido de dos maneras:

1. Los frutos y las rentas se aportan a la masa y entra en partición, de acuerdo al principio *fructus augent*, lo que contradice el dominio que al donatario el Código civil reconoce sobre la cosa, que no entra en comunidad. Todavía habría que pensar que esta aportación sería del valor de los frutos, no de éstos *in natura*, pues en caso contrario habría que reconocer un derecho de los coherederos a administrar el bien donado.

2. Puede entenderse en segundo lugar que este «deberse a la masa» no quiere decir otra cosa sino que los frutos (que se calcularán no por los que el bien donado produzca, sino por los que produzcan otros bienes hereditarios de la misma especie que el colacionado, art. 1.049-2.º) entran a formar parte del «valor» colacionable de la cosa, que se imputa a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.045: a partir de la apertura de la sucesión, el valor de los frutos aumentaría el valor imputable del bien donado, y, con ello, reduce en perjuicio del colacionante la porción a tomar de la masa restante.

Las consecuencias de una u otra interpretación no son sólo de estilo. Imaginemos que en la herencia no existen bienes bastantes para igualar a los otros comuneros en una porción equivalente a la del colacionante, pero que, a pesar de ello, la donación no es inoficiosa. En este caso, de acuerdo a la primera interpretación, los frutos entrarían en partición y participarían de ellos los coherederos, quedando acaso el colacionante excluido de tomar una porción de los mismos;

(137) Realmente la doctrina parece sin duda pensar en una auténtica restitución de frutos. MANRESA lo fundamenta en el art. 1.063; SCAEVOLA, en el art. 1.095. Cfr. DE LOS MOZOS, *La colación*, 1965, 293 y ss. El autor se plantea si para los frutos pendientes se aplica el art. 452 o la normativa del usufructo. Cfr. igualmente VALLET, *Panorama*, II, 803 y s.

con la segunda interpretación, la computación de frutos sólo sirve para *acrecentar* la desigualdad, pero en ningún caso los coherederos que no puedan ser igualados tomarían parte de ellos, como tampoco la tomarían del bien capital colacionado, que es excesivo, mas no inoficioso.

Yo creo que la interpretación correcta es la segunda, y que el artículo 1.049 es sólo un remedo del principio *fructus augment*, en el cual los frutos y rentas no entran en la masa, sino que se computan a efectos de fijar definitivamente el valor de la donación colacionable.

Creo que puede decirse lo propio del artículo 847 del Código civil, a cuyo tenor, «para fijar la suma que haya de pagarse a los hijos o descendientes (cuya legítima el testador ha permitido conmutar), se atenderá al valor que tuvieran los bienes al tiempo de liquidarles la porción correspondiente, teniendo en cuenta los frutos y rentas hasta entonces producidos». Yo no creo, contra lo que entiende Pantaleón (138), que este artículo responda al principio *fructus augment* ni que sea un argumento decisivo en contra de la directa eficacia particional de la conmutación del artículo 841. Cualesquiera que sean las diferencias con el artículo 1.049 (en éste los frutos se deben a la masa «desde el día de la apertura de la sucesión», no desde el día de la donación; el art. 847, a diferencia del art. 1.049-2.º, ordena tener en cuenta los «frutos hasta entonces producidos»), creo que este precepto merece la misma interpretación que el anteriormente estudiado. No veo contradicción, como tampoco en el artículo 1.049, en que los frutos pertenezcan a un heredero y que, sin embargo, se computen para calcular las legítimas de los restantes.

c) *Conditiones*

De la misma forma que el Código civil no ha regulado las restituciones sucesorias de acuerdo al principio *fructus augment* ni ha hecho uso de la exención de enriquecimiento como módulo restitutorio del poseedor de buena fe de bienes hereditarios, el Código civil excluyó de igual manera otro de los tradicionales parámetros de restitución suministrados por el Derecho romano, la *condictio*. En cualquier desplazamiento patrimonial realizado sin causa y que pudiera ser recuperado mediante una *condictio*, el restituyente obtenía los frutos (Dig. 12.1.4.1.; 12,6,15), solución que se extiende al Derecho común (P. 5.14,37) justificándose la diferencia con la restitución resultante de la *reivindicatio* en que en aquélla la propiedad se ha transmitido *sine causa* (139), mientras que el poseedor reivindicado posee un *título de*

(138) *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, II (1984), 1386.

(139) Cfr. DONELLO, *Comm.*, XIV, XVIII, XIX; POTHIER, *De l'action condictio indebiti*, núm. 172.

rivado del causante de su posesión. Sea de ello como fuere, en el Derecho moderno el *accipiens indebiti* no restituye los frutos sino en la misma medida que otro poseedor cualquiera, dada la irrelevancia que para el artículo 433 tiene la razón por la que la posesión que se llega a adquirir tiene el carácter de indebida (140). El artículo 1.897 debe ser entendido a este respecto como una *remisión* implícita a las normas de la posesión, como el artículo 1.898 contiene una remisión explícita en lo referente a mejoras y gastos. Por lo demás, si así no fuera, y la restitución de frutos fuese consecuencia general de la *condictio*, no se explicaría por qué el artículo 1.896 pone esta restitución a cargo sólo del *accipiens* de mala fe.

Al igual que hemos dicho respecto a la petición de herencia, puede de nuevo plantearse la cuestión de si el régimen restitutorio de la *condictio* es o no divisible; porque si respecto a los frutos su estatuto no es distinto al del poseedor, en lo que atañe a la pérdida y desmijora de la cosa, así como en lo referente a la enajenación de la misma, el artículo 1.897 le hace responder según los principios del enriquecimiento (141).

Una excepción importante al principio anteriormente establecido contiene el artículo 1.126: el que pagó anticipadamente ignorando la existencia del plazo podrá reclamar del acreedor los intereses o los frutos que éste hubiese percibido de la cosa. La excepción parece justificada, pues se entiende que el beneficio del plazo ya se imputó al sinalagma como aumento del precio que el *solvens* hubo de pagar por la cosa.

2. Las lagunas del Código civil en materia de restitución

a) *General*

La virtud expansiva de los artículos 451 y siguientes supone su capacidad de regulación de todos aquellos supuestos que, distintos de la reivindicación, carezcan de una normativa claramente diferenciada. El campo específico de esta aplicación generalizada va a resultar el modelo de restitución que en el capítulo anterior habíamos enu-

(140) Que el *accipiens* de buena fe hace suyos los frutos se admite hoy comúnmente: LACRUZ, *Elementos*, II, 3.º (1986), 613. Cfr. VILÁ REYES, *El pago de lo indebido y la transmisión de la propiedad por tradición en el C.c.*, tesis (Palma de Mallorca, 1986); 413; según MARTINETTI (*Interessi*, 874), después de la mora se restituirán intereses.

(141) Según LAURENT, si se quiere ser consecuente con el principio de enriquecimiento que domina esta materia, sería preciso restituir los frutos, pues éstos le habrán enriquecido (*Principes*, XX, núms. 372, 375). En el Derecho francés esta conclusión parecería más clara si se tiene en cuenta que también el *accipiens indebiti* de mala fe cobra los gastos útiles (art. 1.381), como en la *petitio hereditatis*.

merado como *modelo II*: la restitución que surge de la pérdida de eficacia de un título por el que se entró a poseer. En el *modelo III*, antes de la mora el poseedor goza de un título «usufructuario» (reservista, heredero fiduciario, heredero a término) que le exime de toda restitución. Otro tanto cabe decir del *modelo IV* (obligación de reintegra en los supuestos de cesión temporal del uso). En estos dos modelos hay que aceptar, aunque ninguna norma del Código lo diga, y de acuerdo con el Derecho romano (142), que a partir de la mora la posesión se hace indebida a efectos del artículo 455, tanto si antes podían como si no podían retener provechos en el disfrute de la posesión detentada. Esta mora coincidirá generalmente con el día de presentación de la demanda, pero puede serlo por cualquiera de los otros medios recogidos en el artículo 1.100 del Código civil. Quiero advertir aquí que el artículo 1.095 no es la norma *general* para resolver la cuestión de saber a partir de qué momento se deban los frutos. No es norma general porque, en primer lugar, su ámbito se reduce a la «obligación de dar» lo que no corresponde, por ejemplo, a la relación propietario-usufructuario cesante en la posesión. Pero, además, al referirse al «no adquirirá derecho real», pone de manifiesto que está pensando en las obligaciones de transmitir la propiedad. Por tanto, no se puede aceptar con carácter general que el legitimado para la restitución tiene derecho a los frutos desde que el restituyente «tiene la obligación de entregarla». Pienso que es la mora del artículo 1.096 la que tiene tal eficacia general por su analogía con la «cesación de la buena fe» del artículo 451 del Código civil.

Otro tanto cabe decir del artículo 451 en relación con el 1.945 del Código civil: hay que rechazar la aplicación de este artículo en lo referido al momento en que nace la obligación de restituir en acciones personales al contrario de la abundante jurisprudencia que señala el día de la contestación a la demanda como el instante en que nace la obligación de restituir frutos en las acciones de restitución de contratos nulos (ejem. TS 14-6-1976). El momento debe venir marcado por la mora, producido en cualquiera de los modos del 1.100, que podrá coincidir o no con los artículos 1.095 y 451 del Código civil.

b) *Nulidad y rescisión*

Los artículos 1.295 y 1.303 obligan a devolver la cosa con sus frutos y el precio con sus intereses cuando sea rescindida o anulada la obligación. El Código civil no contiene solución particular para

(142) Dig. 22,1,2; 22,1,3; 22,1,14,1; 22,1,39. Según SAVIGNY (*Sistema*, V, 53 y ss.), a efectos de la *litis contestatio*, la mora se asimila a la *mala fides* de las acciones reales. En las acciones personales consistentes en una *repetitio*, la mora no desempeñaría papel alguno, pues los frutos se deberían desde el principio. La mora era eficaz en las acciones personales en las que se pretendía una cosa nueva (*quod meus non est*). Cfr. PAULO, en Dig. 22,1,38.

la redhibición de la venta del artículo 1.486. Pero a tenor del Derecho romano estaba asentada en los mismos principios: se restituye *in integrum* y ninguno de los contratantes puede retener en su poder nada de lo que hubiese obtenido de las cosas o precio objeto del contrato (Dig. 4.4.24.4; 4.6.28.6; C. 2,48; Dig. 21.1.23.9) (143). El fruto, en consecuencia, no entraría en la cuantía del «*id quod interest*» si el comprador no es culpable de la ineficacia del título; tampoco entrarían los intereses del precio si el contratante inocente era el vendedor. En el Derecho francés, donde el *Code* no disciplina una particular consecuencia restitutoria de los contratos nulos, la Doctrina ha llegado a entender que los efectos de aquélla no alcanzan a los frutos (144). En España se ha entendido que los artículos 1.303 y 1.295 constituyen normativa especial, que excluye lo establecido con carácter general en el artículo 451 (145). Pero Delgado Echeverría ha defendido que el artículo 1.303 no contiene especiales normas restitutorias que puedan entenderse con validez general. La restitución de los frutos en el artículo 1.303 (también en el 1.295) se debe, según el autor, a una presuposición, en la mayoría de los casos cierta, según la cual, el que está pasivamente legitimado por la acción de nulidad es el que ha provocado la causa de ineficacia del vínculo; se presupondría, por tanto, su mala fe; lo que no pasa de ser una defectuosa presuposición legal cuando ambos contratantes son de buena fe (por ejemplo, la amenaza provenía de un tercero). En estos casos, Delgado entiende que el Código civil no contiene otras normas restitutorias que las que pueden extraerse del pago de lo indebido, y a tenor de ellas responderá el poseedor de buena fe por los frutos obtenidos de la cosa que se restituye (146).

El Tribunal Supremo, en una Jurisprudencia que hoy puede considerarse mayoritaria, ha sostenido que el artículo 1.303 no excluye lo dispuesto en el artículo 451, apoyando semejante doctrina en dos suertes de razones: 1) El artículo 1.303 sólo contendría el aspecto obligatorio de la restitución derivada de un contrato nulo; las consecuencias reales habrá que entenderlas remitidas a las normas que reglamentan la liquidación de la gestión posesoria; 2) el artículo 1.303 contiene sólo una referencia general a los frutos, que deberá ser con-

(143) Para el Derecho común, el carácter de *in integrum* de la restitución excluía la retención de los frutos de la cosa comprada: MOLINA, Disp. 353; DOMAT, 1.^a part., tít. II, sect. XI; GARCÍA GOYENA, *Conc.*, 751.

(144) PLANIOL-RIPERT, VI, núm. 321: sólo desde el día de la demanda; los autores aplican análogicamente las normas del pago de lo indebido. En contra, LAURENT, XIX, 62.

(145) Para la nulidad, MORALES, *Posesión y usucapión*, 1972, 143; para la rescisión, MORENO QUESADA, *Comentarios al C.c. y Compilaciones forales*, XVII, 2.º, 169.

(146) *Comentarios al C.c. y Comp. forales*, XVII, 2.º, 291 y ss.; *Adquisición y restitución*, 560 y ss.

cretada en cada caso según los criterios ofrecidos por los artículos 451 y 455 (147).

La justicia de esta solución parecería aún mayor en el caso del artículo 1.486, puesto que el comprador que adquiere la cosa con vicios es por definición un comprador de buena fe.

A las razones expuestas por el Tribunal Supremo podríamos añadir aún un tercer argumento: la compensación *impropia* de los frutos con los intereses. Llamo impropia a esta compensación porque se produciría de modo global, no hasta la cuantía de la concurrencia, y porque en principio no exigiría el requisito de la liquidez del artículo 1.196-4.º (la deuda de frutos es siempre una deuda ilíquida). Compensaciones impropias de este tipo son recogidas en algunos casos por el Código civil (arts. 1.120, obligación condicional, y 1.519-1.º, frutos de la cosa vendida y retraída).

Después de esta exposición de las razones que abonan la aplicación de las reglas posesorias a este régimen restitutorio, creo que el tema puede ser replanteado desde una óptica distinta a la tradicional. Es decir, no se discute que el régimen posesorio resulte de congruente aplicación a las resultas de la *invalidéz*, pero se discute que encuentre aplicación a la ineficacia de negocios sinalagmáticos donde se entrega cosa por cosa o cosa por precio.

Respecto de lo primero, la razón no sólo debe descansar en un principio de congruencia normativa. La aplicación del régimen posesorio encuentra su razón primera en la *concurrencia empírica* entre las acciones restitutorias derivadas de un título ineficaz y las propias de la reivindicación. En efecto, creo que esta concurrencia puede expresarse con una doble fórmula. De un lado, la *difuminación* de sus ámbitos de aplicación. En este orden de ideas baste destacar la existencia de una considerable corriente jurisprudencial que considera como especies de *invalidéz contractual* los negocios de disposición de bienes ajenos o parcialmente ajenos (SSTS. 14-3-1983, 27-9-1978, 6-3-1981, entre las más recientes) (147 bis), siendo así que estas especies constituyen el ámbito propio de la reivindicación. De otro lado, y al margen de esta anómala vinculación entre ineficacia e invalidéz de los negocios traslativos, la realidad es que el propio legislador vincula efectos jurídicos diversos a supuestos que empíricamente coinciden o pueden coincidir por lo que respecta a la posición del restituyente. En este orden de ideas, por ejemplo, no se encuentra una cabal justificación de por qué, en lo referente a los frutos, debe ser diversa

(147) SSTS 18-XII-1862, 17-II-1922, 23-X-1932, 10-II-1970, 14-VI-1976, 14-III-1983. Jurisprudencia contraria: 9-II-1949, 1-II-1974.

(147 bis) Cfr. MIQUEL, «CCJC», núm. 3 (núm. 62), y DELGADO, «CCJC», número 2 (núm. 42).

la posición de quien adquiere cosa ajena de buena fe (el contrato es válido, y el dueño no puede accionar contra él en nulidad) y la de quien adquiere con error de derecho del padre o del tutor bienes para los que ha de contar con autorización judicial (contratos que, en sentido amplio, pueden considerarse inválidos). Otro tanto ocurriría con la posición respectiva de quien adquiere de un comunero la totalidad de la cosa (contrato válido, a mi entender) y de quien adquiere de buena fe de persona casada en la hipótesis del artículo 1.322 (que es de anulabilidad).

Junto a esta difuminación de los supuestos empíricos existe igualmente una *alternatividad* en la elección de medios restitutorios. En efecto, hemos dicho más atrás que el artículo 348 no presupone cuál es el medio por el que el poseedor llegó a la posesión (pudo haber sido por un título nulo). Pero es que además una abundante y no siempre correcta doctrina jurisprudencial en sede de reivindicatoria viene exigiendo para la prosperabilidad de la acción el requisito de la petición de nulidad del título del demandado, siendo así que en numerosos casos este título puede ser «válido» (es decir, con los requisitos del art. 1.261 C.c.). A la inversa, de una declaración de nulidad puede el Código civil no predicar efecto restitutorio alguno, en cuyo caso habrá que acudir a los artículos 451 y siguientes. Ocurre esto en el ámbito sucesorio; en este sentido, estoy de acuerdo con la tesis recientemente sustentada por Capilla (148), según la cual, los efectos restitutorios (frutos, prescripción, etc.) de la nulidad de un testamento deben ser los de la *petitio hereditatis*, dado que la *nulidad* en cuanto tal produce sola eficacia declarativa.

De aquí que en muchas ocasiones la *actio* recuperatoria resulte *convertible*; puede reivindicarse solicitándose la nulidad del título del poseedor o puede pedirse la nulidad del título y su consecuente efecto restitutorio. Por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo 6-6-1986, donde la heredera demanda nulidad por simulación absoluta, igualmente podría haber demandado en reivindicación previa solicitud de nulidad del título de la demandada. Otro tanto en la especie resuelta en Sentencia del Tribunal Supremo 8-5-1986: petición de nulidad, por parte de los herederos fideicomisarios, de una donación hecha por la fiduciaria (ya fallecida) extralimitando sus poderes, donde los demandados eran poseedores actuales y destinatarios de la liberalidad.

Esta empírica equivalencia entre la situación posesoria del tercero reivindicado y del contratante que posee inválidamente, quiebra, como dije antes, cuando estamos ante un contrato sinalagmático.

(148) *Nulidad e impugnabilidad del testamento*, «ADC», 1987, 40 y s.

Es aquí donde artículos como el 1.303 ó 1.295 encuentran su sentido. No es que la retroactividad imponga aquí sus efectos o que la nulidad o rescisión-resolución de los contratos implique o conlleve mala fe por parte del deudor (aunque en la mayoría de los casos pueda ser así, al menos cuando, en régimen de resolución, se maneja un concepto de buena fe tendencialmente idéntico al de deudor incumplidor). Más bien se trata de la propia actuación del sinalagma. El Código civil parte en estos casos (también arts. 1.124, 1.486) de conceder legitimación individual a una de las partes; se presupone entonces una situación que la perjudica. Por ejemplo: el deudor incumplidor del artículo 1.124 retiene la cosa y no paga el precio (con cuyos intereses pudiera compensarse el acreedor); el acreedor dispone de una cosa que estructuralmente no está en relación de equivalencia con el precio pagado por ella, y con el que se lucra el vendedor (art. 1.486).

El Código paladinamente ha establecido en estos casos que no desea una compensación impropia de frutos e intereses, a diferencia del artículo 1.120 (que no es hipótesis restitutoria) o del artículo 1.519 (donde esta compensación *forfaitaire* probablemente responde a otras razones). La compensación impropia es una regla de hecho a la que, sin duda, puede tenderse por razones de economía procesal y aligeramiento de la prueba (cfr. para un caso particular STS 29-6-1987). Pero no expresa un principio de derecho que impida probar al acreedor que los frutos de la cosa restituible exceden de los intereses del precio.

De otro lado, aplicar el artículo 1.897 (pago de lo indebido) en materia de contratos nulos o resueltos, como mayoritariamente se acepta en Italia y sostiene entre nosotros Delgado, supone o puede suponer una profunda mutación de la idea de sinalagma. En efecto, de entender que el *accipiens* en contrato nulo o resuelto puede ser un contratante sujeto al artículo 1.897 (retendrá los frutos) se impone saber cuál es la posición de su cocontratante, igualmente *accipiens* de la prestación que retiene. Creo que no se compadece con la idea de sinalagma que el *accipiens* acreedor (de «buena fe») retenga los frutos o intereses mientras que el *accipiens* deudor (de «mala fe») restituya unos u otros; si así fuera, el acreedor acumularía inadmisiblemente el interés positivo de cumplimiento (retendrá el fruto o el interés) y el interés negativo de resolución (recuperará los frutos de la cosa comprada o los intereses de la cantidad entregada).

c) *Ineficacia retroactiva*

La ineficacia que alcanza efectos retroactivos generalmente se tiende a considerar como fundamento de la obligación de restituir los frutos de la cosa. Al menos, éste era el principio del Derecho común para

las obligaciones condicionales y el pacto de Ley comisoría (148 bis) o las donaciones «mortis causa» revocables (149). Pero, de hecho, en el Código civil el efecto retroactivo no alcanza, por regla general, a los frutos cuando se trata de una condición suspensiva, unilateral o bilateral (art. 1.120), y por lo que respecta a la condición resolutoria, el artículo 1.123 no especifica con claridad el alcance del efecto retroactivo, a diferencia de lo dispuesto en el artículo 1.041 P. 1.851. Lo cierto es que los ejemplos que suministra el Código civil no favorecen la idea de que el efecto retroactivo de las condiciones provoque la restitución de frutos. Baste pensar en el artículo 1.519, en relación con el 1.506 (resolución de la venta por pacto de retracto), en el artículo 651, párrafo segundo, que sólo obliga al donatario que incumple la condición a restituir los frutos percibidos a partir de este momento. La mejor doctrina estima que el heredero bajo condición resolutoria no restituye los frutos por analogía con el artículo 800, sino que será aplicable el artículo 451. De la misma forma que tampoco se restituirán en la hipótesis del heredero sometido a término inicial del artículo 805 (150). Incluso el administrador de una herencia sometida a condición suspensiva (arts. 801-803 C.c.) no restituirá al heredero todos los frutos, dada la remisión del artículo 804 a las normas sobre administración de los bienes de un ausente (arts. 184-186 C.c.).

Siempre que el artículo 451 resulte aplicable a un supuesto de restitución del que no pueda predicarse estrictamente el concepto de la buena fe propiamente exigido en el artículo 433, se deducirá la buena fe de otras circunstancias concurrentes: no haber provocado la ineficacia del título y/o haber procedido sobre la cosa con la diligencia media de los artículos 1.094-1.104 del Código civil.

3. Límites en la aplicación de las normas posesorias

El entramado normativo que constituyen los artículos 451 a 457 tiene, no obstante, unos límites que deben ser mantenidos si se ha de proceder a su aplicación generalizada a supuestos distintos de la relación propietario-poseedor en la acción de reivindicación. No todas las normas que disciplinan la liquidación posesoria constituyen el Derecho común de la restitución.

(148 bis) En las obligaciones condicionales de dar, según SAVIGNY (*Sistema*, II, 248), los frutos se entregaban con la cosa (contra, VANGEROW, I, núm. 116). Se exceptuaba el legado condicional, donde el heredero conservaba los frutos. En el pacto de ley comisoría, el comprador adquiere los frutos, pero los restituirá al vendedor (Dig. 18,3,5).

(149) GOYENA, *Febrero*, II, núm. 1.292. Ya antes, MOLINA, *De Iustitia*, Disp. 287, número 13; GÓMEZ, *Variae resolutiones*, II, 4, núm. 21.

(150) OSSORIO MORALES, *Manual de sucesión testada*, 1957, 219; LACRUZ, *Sucesiones*, I, 498, 502.

a) *Interrupción legal de la posesión*

La Jurisprudencia todavía no ha llegado a una solución definitiva y satisfactoria sobre lo que deba entenderse por *interrupción legal* de la posesión a efectos de los frutos de que habla el artículo 451. Se entiende comúnmente (en el P. 1.851 la remisión era explícita) que la interrupción legal es la interrupción civil de que habla el artículo 1.455 y desarrollan los artículos 1.946 y 1.947. Pero no está definido el momento procesal en que dicha interrupción tenga efectos para interrumpir la buena fe en la percepción de frutos. La Jurisprudencia mayoritaria entiende que la interrupción legal tiene lugar en el momento de la contestación de la demanda, doctrina que no evita la existencia de pronunciamientos divergentes y que por lo demás resulta criticada por los autores (151). Con independencia de la solución que se estime pertinente, lo cierto es que el momento procesal de cesación de la buena fe a efectos de los frutos no se puede aplicar sin más a otros tipos de restituciones de provechos.

Sin ir más lejos, los artículos 187, 197, 651 ó 1.049 establecen tiempos distintos a partir de los cuales comienza la obligación de restituir (151 bis). Para el artículo 1.897, y de acuerdo con los principios, la obligación de entrega de los frutos debe tener lugar desde el momento en que el *accipiens indebiti* se haya constituido en mora, dado el carácter obligacional de la acción de repetición. Para el retracto legal la Sentencia de 10-2-1966 niega que el artículo 451 pueda ser aplicado con efectos de restituir frutos a partir del momento de interposición de la acción de retracto. Por lo que respecta al artículo 455, no existe problema, dado que, a tenor de la regla *fur semper in mora* (cfr. art. 1.185, 1.896), la interrupción de la posesión constituye un momento irrelevante. Véase, por lo demás, lo dicho en el apartado 2.a) de este capítulo.

(151) Se hace coincidir la interrupción civil con el momento de la contestación a la demanda (SS. 4-III-1893, 11-VI-1903, 17-II-1922, 10-IV-1956, 5-V-1964), con la interpelación judicial (SS. 12-II-1948, I-II-1964), desde el acto de conciliación (8-II-1963), desde la interposición de la demanda (17-III-1964), desde el emplazamiento para contestar a la demanda (10-X-1918). En la doctrina, la diversidad de criterios es similar. Cfr. DELGADO, *Adquisición*, 597 y ss.; MORALES, *Poseción y usucapión*, 360 y siguientes. La S. 8-V-1986 entiende que se interrumpe con la citación, no con la demanda ni la contestación, ni mucho menos con el acto de conciliación; pero de hecho, esta S. sólo concede frutos al actor desde la firmeza de la S. de instancia. Esta S. viene a sostener que no hay obligación de restituir sino desde el momento en que la S. ha puesto fin a la duda de los derechos de las partes. Idea que deriva de la confusión entre la cesación de hecho de la buena fe con la cesación de efectos de la buena fe.

(151 bis) El art. 651 C.c., sin embargo, no debe aplicarse a otras formas de lesión de la legítima. Así, la acción de complemento del art. 815, la desheredación, la preterición o la misma reducción de legados, si éstos ya están en poder del legatario. En estos casos, la posesión del restituyente es inicialmente indebida. Habría entonces que aplicar el régimen posesorio y los frutos se restituirían (en mi opinión) desde la demanda en cuanto *interruptora* de la posesión ex art. 451.

b) Responsabilidad del poseedor

La norma que regula la responsabilidad del poseedor y que recoge el artículo 457 constituye un criterio excepcional dentro del sistema de nuestro Derecho civil y, por tanto, no puede aplicarse más allá del ámbito del tercer poseedor contra el que se ejercita una acción real. Este poseedor de buena fe ni responde por culpa antes de la demanda ni después de ella está en mora a efectos de prestar el caso fortuito (152). Y no es que la interrupción legal no suponga mora, pues en el Derecho común la *litis contestatio* produce en las acciones reales los mismos efectos que la mora (153), sino que la mora del poseedor de buena fe no se extiende más allá de la obligación de reembolso de los daños, sin alcanzar a la asunción del riesgo, como expondremos en otro lugar.

Es muy dudoso que este régimen privilegiado pueda extenderse al *accipiens indebiti* de buena fe, dado que no existe razón para que no le resulten de aplicación los principios generales contenidos en los artículos 1.096, 1.100 y 1.101. No obstante, creo que puede aceptarse que el *accipiens indebiti* no responde por culpa antes de la mora, pues él, por definición, no conoce su cualidad de deudor (154). Pero, sin duda, después de la mora responde a tenor de los principios generales (155).

El artículo 457 no es aplicable a efectos de responsabilidad a ningún supuesto de restitución en los que el obligado a restituir ostente el estatuto jurídico de *deudor* (art. 1.103 C.c.). No es aplicable tampoco a los supuestos de restitución que recogimos bajo el epígrafe de *modelo III*, regido en este ámbito por los principios que regulan la responsabilidad por custodia, y que de manera detallada recoge el artículo 1.122 del Código civil. Tampoco es aplicable a la obligación de reentrega de la cosa cedida temporalmente para su disfrute en concepto distinto del de dueño (*modelo IV*) (arts. 497, 1.555, 1.766, 1.744). Por disposición de los artículos 1.094 y 1.104, es igualmente inaplicable a la restitución con función solutoria. El artículo 457 es, por fin, aplicable al poseedor de herencia del artículo 197, por evidentes analogías con el poseedor (156).

(152) DONELLO, *Commentarium*, XX, V, XXI; GARCÍA GOYENA, *Conc.*, 226.

(153) SAVIGNY, *Sistema*, V, 53. La cuestión fue por lo demás muy discutida; de hecho, la mora se produciría normalmente en un momento anterior a la «*litis contestatio*».

(154) GARCÍA GOYENA, 965, contra el criterio del art. 1.379 Code; DONELLO, XIV, XVIII, XI, fundándolo en la eficacia traslativa de la *solutio indebiti*. En Francia, la doctrina corrigió el criterio del art. 1.379 (LAURENT, XX, núm. 376; PLANIOL-RIPERT, VII, núm. 746). En contra, entre otros, DERNBURG, *Pandekten*, II, núm. 141.

(155) § 818-4.º «BGB», de acuerdo, según DERNBURG, a los criterios del Derecho común (II, núm. 141).

(156) GARCÍA GOYENA, 179.

c) *Gastos*

En cuanto a los gastos hechos en la cosa, sólo para las hipótesis de restitución derivadas de la ineficacia inicial o sobrevenida del título (*modelo II*) resultan aplicables las normas posesorias (157). Siempre que se trate de la restitución de bienes sobre los que se tiene un título de uso temporal, cada supuesto típico queda regulado por el Código civil con normas específicas, que excluyen la simple aplicación del artículo 453 (arts. 487, usufructo; 1.573, arrendamiento; 1.751, comodato; 1.779, depósito; etc.). En la restitución que responde al modelo de sucesión temporal (*modelo III*) creo que la norma aplicable por efecto de la remisión del artículo 783-2.º (mejoras en bienes fideicomitidos) es el articulado propio de la relación usufructuaria (arts. 487, 500, 522), no el artículo 453, a diferencia de lo que estima comúnmente la doctrina (158). La misma solución estimo aplicable en cualquier tipo de reserva hereditaria (159). La razón es que, no siendo el poseedor el titular definitivo de los bienes, y reteniendo para sí los provechos obtenidos a lo largo de una posesión estable en el tiempo, no es justo que pueda imponer al sucesor en la posesión la carga de un desembolso que acaso no esté en condiciones de hacer. En la tradición del Derecho común el sucesor fiduciario, como igualmente el poseedor del mayorazgo (Ley 46 de Toro), responde al modelo usufructuario, y no está *domini loco*, privilegio del que a lo largo de la historia sólo ha disfrutado el poseedor civil de buena fe. Que la remisión explícita o implícita en este modelo de restitución se realiza a las normas usufructuarias y no a las posesorias lo prueba el artículo 1.122 *in fine* para el caso de mejoras hechas en los bienes cuya entrega está sometida a condición suspensiva.

La restitución con función solutoria no puede tener otro régimen de gastos que el propio del depositario (art. 1.779).

IX. LA RESTITUCION DE PROVECHOS NO RESPONDE A UNA REGLA DE PROPIEDAD

En los modelos en los que más intensamente se hace patente el principio de restitución de provechos (modelos I, II y V, en nuestro esquema) existió desde siempre la tendencia a configurar dicha restitución como una consecuencia de la titularidad sobre los frutos. Sobre todo, en el régimen paradigmático del artículo 455, el fundamento de por qué el propietario recuperaba los frutos percibidos quería encontrarse en la declaración de propiedad del artículo 354. Para otros

(157) Cfr. mi trabajo, *Ius aedificandi y accesión*, Cap. VI.

(158) LACRUZ, *Sucesiones*, I, 623; OSSORIO, *Manual*, 284, 292; VALLET, I, 307.

(159) VALLET, I, 836.

casos (arts. 1.295, 1.303) la regla de propiedad podía siempre fundamentarse en la eficacia retroactiva de la caducidad del título o en la consideración de que, de hecho, el dominio nunca había salido de manos del contratante que entregó la cosa. A la inversa, allí donde el obligado a restituir un bien quedaba exonerado de la restitución simultánea de frutos (art. 451), esta exoneración se quiso ver como consagración legal de un título de apropiación contrario al artículo 354, una *regla de propiedad* que destruía el efecto atributivo de la citada norma.

1. No necesaria propiedad sobre la cosa madre

La regla de propiedad afirmada como criterio guía de la restitución de provechos no sólo no es cierta por lo que se refiere a la titularidad del fruto. Ni tan siquiera respecto de la cosa sobre la que gravita la restitución es precisa una titularidad dominical para fundamentar un derechos a los frutos obtenidos de ella.

a) *Intereses*

En todo acto de disposición de un capital en dinero ajeno, los intereses que el disponente infiel (mutuario, censualista, rentista) debe al titular antiguo del dinero no deriva de la propiedad sobre la cosa, que ya no es suya. Este interés es un fruto del crédito, y sólo por una regla de imputación distinta de la de la propiedad pueden ser restituidos al antiguo titular del capital. Y a decir verdad, ni tan siquiera estos intereses se restituyen *como fruto*, sino como *daño*. Es por esta razón por la que se consideraba usura lo que se cobraba como fruto de un capital prestado: puesto que la cosa era del prestatario, no había razón lícita para pretender que la cosa fructificara para el prestamista, no para su dueño (160).

b) *Títulos concurrentes*

Cuando existen unos títulos concurrentes, dominical uno, crédito otro, que legitimen la restitución del provecho, los frutos se deben por el crédito, no por el dominio. La renta de alquiler pertenece al dueño en cuanto arrendador, no en cuanto dueño. En el conflicto entre el propietario del inmueble y el poseedor de buena fe del derecho de arrendamiento, los frutos civiles se le deben a éste, aunque de hecho la cosa esté poseída por un poseedor de mala fe en concepto

de dueño que en rigor debería restituir a tenor del artículo 455. Cuando el depositante no es propietario de la cosa, los frutos y provechos que se deben en virtud del artículo 1.770 se restituyen al depositante, no al dueño (161). Esto es, de modo general, *fuctus pertinent creditori*. El fruto que el propietario obtiene mediante el éxito de una acción reivindicatoria es recuperado por el comprador —necesariamente de mala fe— frente al vendedor obligado al saneamiento (art. 1.478-2.º).

c) *Irrelevancia relativa de la transmisión del dominio*

En toda restitución que deba tener lugar por la ineficacia del título por el que se llegó a poseer, o por la inexistencia de una causa bastante para transmitir el dominio, la restitución de provechos, caso de ser afirmada, es completamente independiente de la previa cuestión de si el dominio se transmitió o no. El artículo 1.897, por ejemplo, puede y debe ser interpretado con independencia de si el pago indebido transmitió o no la propiedad del bien. La transmisión inmediata del dominio del legado *per vindicationem* del artículo 882 no tiene nada que ver con la atribución de frutos al legatario desde la muerte del testador, pues su fundamento se halla en el artículo 1.095 y en la regla *fructus pertinent creditori*. Es posible un efecto dominical, como el recogido en el artículo 882, sin que tenga lugar una simultánea atribución de la propiedad sobre los frutos, como demuestra la legislación de Partidas en un supuesto similar al presente (162); y posible también la inversa, como se prueba con la solución clásica de la donación uxoria: la muerte del cónyuge donante hacía eficaz la donación inicialmente nula, mas la retroacción de sus efectos al día de la donación sólo alcanza los frutos, no al dominio (163). La restitución de frutos del artículo 760 se dará con independencia de si se entiende que el indigno recibe una delación válida pero retroactivamente ineficaz, o si aquella delación ya fue originalmente nula. La restitución de frutos en las circunstancias del artículo 651 se produce a partir de un momento en el cual el donante aún no ha recuperado el dominio de la cosa.

d) *Riesgos*

El título de atribución de frutos, concurrente o no con una regla de propiedad, depende en una considerable medida de la *asunción*

(161) ROCA JUAN, *Comentarios al C.c. y Comp. forales*, XX, 1.º, 245 y s.

(162) La Part. 6,9,33 resuelve en el mismo sentido que el art. 882 C.c. la polémica doctrinal sobre el momento de transmisión de la propiedad del legado (Cfr. LÓPEZ, glos. «señorío»). Pero a tenor de la L. 37, los frutos no le pertenecían, sino desde el día de la adición de la herencia, lo que el autor de la glosa creyó había sido corregido posteriormente por la ley recopilada 1, Tít. 18, Lib. 10.

(163) COVARRUBIAS, *Opera*, I, 20.

del riesgo. La circunstancia de que el artículo 1.468 conserve el principio de pertenencia de frutos al comprador, siendo así que el Código civil desechó el sistema de transmisión consensual de la propiedad del P. 1.851, pone de manifiesto que la norma no dependía de aquella atribución, sino de la atribución del riesgo al comprador (164). En la venta condicional la atribución del riesgo al deudor-vendedor constituye una regla más fuerte que la eficacia retroactiva de la condición cumplida: de ahí que este vendedor retenga el fruto (165). El mandatario comunica todo el provecho obtenido con la gestión a la persona del mandante (art. 1.720). Mas es así porque éste asume el riesgo de «que el negocio no haya salido bien» (art. 1.728). El marido ostentaba un título usufructuario sobre la dote inestimada de la mujer, pero la P. 4.9.20 especificaba que los hijos de la sierva dotal serían del marido sólo si éste asumía el riesgo de su muerte, además del riesgo de deterioro; *ratio* que fundamenta el glosista en que *debet spectare lucrum ei cui spectat damnum*.

2. No regla de propiedad sobre los frutos

a) «Propiedad» sobre los frutos

Decir que los frutos pertenecen al propietario de la cosa no significa, al contrario de la que parece suponer el artículo 354, que la Ley haya creado un *título de propiedad* distinto de los enumerados en el artículo 609 del Código civil. En realidad la declaración del artículo 354 es superflua, pues va sobreentendido por el artículo 348 del Código civil que el dueño de una cosa lo es de toda la cosa, también de los frutos pendientes; y que el dueño de un bien puede proceder según su arbitrio sobre la sustancia de la cosa y extraer de ella el rendimiento que la misma sea capaz de proporcionar. Por ello, el principio de que el propietario adquiera los provechos de su cosa que posee y disfruta no es ninguna relación jurídica a la que el Derecho necesite prestar atención (166). Dado que, cuando un tercero aparece interfiriéndose en el uso de la cosa, o bien el propietario deja de estar legitimado para percibir los frutos, o bien los adquiere en concepto distinto del de propietario de la cosa (los alquileres los adquiere como arrendador); o bien los recupera de un tercero, pero en cuanto acreedor, no en cuanto dueño, del fruto percibido.

Decir que un tercero disfruta de la cosa ajena no significa otorgarle un título de adquisición distinto del artículo 609 del Código

(164) COVARRUBIAS, *Variae Resolut*, 1, XV, 2.

(165) ALONSO PÉREZ, *El riesgo en el contrato de compraventa*, 1972, 212 y ss.

(166) Cfr. SAVIGNY, *Poseción*, núm. 2.

civil, sino señalar que puede proceder sobre la cosa. El artículo 451 del Código civil no crea un título de propiedad, sino que define un modo lícito de proceder sobre los bienes ajenos: el poseedor podrá retener el lucro y no estará sujeto a la indemnización de los daños. Cuando la Ley le permite retener los frutos, no le está exonerando de la regla de propiedad del artículo 354, sino de la regla de obligación por la que estaría sujeto a indemnizar al propietario el valor del goce de la cosa, la obligación de entregar una cantidad de dinero, que en el Derecho común se recuperaba por *condictio*. Tan cierto es esto que la «deuda» de frutos era siempre *compensable* con el crédito de gastos que el poseedor pretendiera deducir contra el dueño. Para evitar esta compensación el poseedor tendría que haber adquirido los frutos «iure proprietatis», no con su simple estatuto privilegiado de *bonae fidei possessor* (167). No hay en el Derecho español, a diferencia del BGB, una norma que atribuya al poseedor de buena fe la propiedad sobre los frutos (& 955) y otra que le exima de restituirlos por enriquecimiento o por daño (& 987). En el Código civil, el artículo 451 formula una norma de restitución bajo la apariencia textual de una regla de propiedad.

b) *Frutos pendientes: frutos civiles*

El poseedor de buena fe tiene derecho a una parte proporcional de los frutos pendientes al cesar en la posesión, y hace suyos por días los frutos civiles (arts. 451, 452). Pero es claro que los frutos pendientes al cesar en la posesión no «pertenece» en una parte al poseedor, sino al sucesor que los percibe, y que será deudor de una cantidad de dinero líquida equivalente a los días de posesión de buena fe (168). Estos frutos no pueden ser reivindicados *pro parte* por el poseedor caso de que el propietario los venda sin su autorización, ni pueden salir de la masa de la quiebra o del embargo de acreedores del dueño que sucede y percibe los frutos. Es también claro que en cuanto acreedor de una cantidad de dinero proporcional a los frutos, el poseedor saliente no sufre el riesgo de la pérdida posterior de éstos en manos del propietario entrante en la posesión (169). Por igual razón, contra el tenor del artículo 472-1.º, los frutos pendientes al comenzar el usufructo no «pertenece» al usufructuario, ya que, si fallece al día siguiente de constitución del usufructo sin haberlos recogido

(167) GARCÍA, *De expensis*, XXIII, 52, 53.

(168) Cfr. DELGADO, *Adquisición y restitución*, 583.

(169) En contra de esta opinión, que es común, PUGLIESE (*Usufruto*, 357) cree que se tratará de una copropiedad por cuotas, para salvar al menos sobre la cuota expectante la validez de los actos de disposición realizados por el poseedor cuando estaban pendientes.

pertenecerán al nudo propietario, no a los herederos del usufructuario (170).

El poseedor de buena fe no es *propietario* de los frutos civiles obtenidos por contrato celebrado por el poseedor anterior (171). La sucesión en la posesión no implica cesión del derecho de crédito, como tampoco lo implica la venta de la cosa respecto de los alquileres contratados anteriormente por el vendedor. Ocurre simplemente que el poseedor está excusado de la obligación de restituir un pago que recibe indebidamente, así como el pagador queda liberado por el artículo 1.164. Una propiedad sobre los frutos civiles sólo podría obtenerse mediante cesión del contrato del que surge el derecho a los frutos (172). De ahí que, si el arrendatario de la finca poseída por un tercero de buena fe como dueño paga a su acreedor (propietario de la finca), la regla de «pertenencia por días» no implicará, a riesgo de caer en el absurdo, que el poseedor de buena fe pueda reclamar este pago: no podrá hacerlo al arrendatario, pues el pagó a su acreedor, ni podrá repetir del dueño, pues él cobró lo que se le debía. El propietario no ha de comunicar nada al poseedor en este caso.

Pero además estos frutos no pueden ser reivindicados, al constituir cantidades de dinero. Con razón en el Derecho común se asimilan a los consumidos, y se restituyen por *condictio* (173) o por la acción de gestión de negocios (174).

Los frutos civiles no «pertenecen» a persona distinta de su contratante por el solo hecho de que «sustituyan» a otros frutos directos de la cosa que acaso sí le pertenecerían. De esta forma, el poseedor mediato de mala fe restituye los civiles por el artículo 455, por más que el propietario no tenga derecho a los frutos industriales si el poseedor inmediato es de buena fe. Y a la inversa, el propietario no podría reclamar del poseedor inmediato de mala fe los frutos industriales si hay un poseedor mediato de buena fe que no restituye los civiles; en caso contrario, el beneficio que la Ley ha querido procurarle quedaría inútil, al tener el poseedor mediato de buena fe que responder frente a su arrendatario por el saneamiento a que le obliga —también sobre los frutos— el artículo 1.553 del Código civil.

La escisión entre la propiedad y la atribución final de los frutos, cuando de mala fe se trata, es tanto mayor cuanto más irregular es la naturaleza del fruto. Si el precio del fruto es fruto, el *contrato* por el que se vende el fruto *no es* del propietario, pues él no es

(170) DEMOLOMBE, X, núm. 367.

(171) VENEZIAN, II, 461.

(172) DELGADO, *Adquisición*, 585 y ss.

(173) SAVIGNY, *Sistema*, V, 71.

(174) DONELLO, XX, V, XXXIV.

contratante; pero ni siquiera *es una cosa del dueño* lo que se cede por dinero, a diferencia del alquiler de la cosa poseída. El beneficio que, en cuanto dividendo, se reparte como fruto civil pertenece al poseedor de buena fe de la acción, aunque de hecho dicho beneficio corresponda a operaciones concertadas en un ejercicio económico anterior al ejercicio en que se poseen.

c) *Mala fe*

La mala fe en el artículo 455 no es un elemento constitutivo de la carencia de título de adquisición, sino un elemento constitutivo de la obligación de restituir (175). Ya de momento es claro que el propietario no tiene un título dominical sobre los «frutos podidos percibir», que no es un provecho obtenido de la cosa. Respecto a los frutos civiles la solución no puede ser diversa que la descrita para el poseedor de buena fe, pues no parece que el mero hecho de conocer la falta de título convierta al poseedor de mala fe en un gestor de negocios que actúe con efectos representativos para el dueño.

Pero es que incluso los frutos auténticamente obtenidos de la cosa *son del poseedor*, y perfectamente enajenables por él. La restitución es siempre una deuda de dinero, como se desprende de lo siguiente:

1.º Los gastos hechos para la obtención del fruto son abonables al poseedor de mala fe por el artículo 356 del Código civil. La regla contenida en este precepto (*fructus intelligitur nisi de deductis impensis*), no es sólo el fundamento de una pretensión de reembolso por parte del poseedor de mala fe (que encontraría el escollo del artículo 362 C.c.), sino una *determinación del concepto de fruto*: sólo el rendimiento líquido, descontados los costes de producción, es fruto; luego sólo esto se restituye en cuanto fruto. No es que el poseedor pueda accionar independientemente para el reembolso de estos costes, o que pueda compensarlos con su deuda de frutos, sino que puede detraer estos costes del mismo concepto de frutos restituibles. En consecuencia, lo que se entrega es una cantidad de dinero (cfr. S. 28-5-1986).

2.º Las normas contenidas en la LEC sobre la ejecución de sentencias ilíquidas suponen que en el espíritu de la Ley el fruto sólo es restituible como cantidad neta de dinero (176). Cuando la sentencia condene a entregar una cantidad ilíquida de «frutos, rentas, utilidades y productos» (art. 932 LEC), el deudor (a diferencia de la liquidación de daños, cfr. art. 929) presentará la liquidación con arreglo a las bases fijadas en la sentencia (cfr. art. 360 LEC). No presentán-

(175) BARCELONA, *Frutti*, 222 y ss.

(176) DELGADO, *Adquisición*, 612 y ss.

dola, pasará por la que presente el acreedor, que sólo será rechazada en lo que se pruebe ser inexacta. Si no hay conformidad se sustancia la pieza por los trámites de los artículos 937 y siguientes. Pero si la condena es a entregar frutos *en especie*, si el deudor no los entrega en el plazo que se fije, se reducen a dinero (art. 947 LEC); es decir, el régimen es distinto al de la condena a entregar cosa determinada, ya que en este caso, según la LEC, «pondrá al acreedor en posesión» de la cosa (art. 926). Y, además, esta cantidad de dinero a que se reduce la deuda de fruto en especie no es el simple precio del fruto enajenado, sino su valor al día de la condena (art. 947). Obsérvese, además, que si la condena de frutos es una cantidad ilíquida, no se producen los intereses de que habla el artículo 921 LEC.

d) *Frutos excesivos*

Otro tanto puede decirse respecto de los frutos excesivos. Siempre que el poseedor de buena fe deba responder por dolo, a tenor del artículo 457, esta responsabilidad no es un elemento excluyente de su pretendido derecho sobre el fruto, sino un fundamento para hacerle responder por ello. El fruto excesivo es un fruto (Dig. 7,1,48,1), mas se restituirá no porque se hayan dejado de adquirir, sino porque se responde del daño de acuerdo a un patrón de conducta fijado por la Ley (177). Que el carácter excesivo del fruto no es un elemento característico de la noción de fruto apropiable o restituible, sino una cuestión atinente a la responsabilidad, se prueba percatándonos de que el poseedor de buena fe en concepto de dueño no responde por culpa y, por tanto, tampoco responde del exceso. Pero el poseedor de buena fe en concepto distinto del de dueño responderá por la misma culpa por la que tendría que responder si su posesión fuese *conforme a Derecho*. En este caso los frutos excesivos serán restituidos, no porque precluya el efecto del artículo 451, sino porque se entregan como partida indemnizatoria (178).

3. *Adquisiciones atípicas de frutos*

Nos referimos en este epígrafe a un conjunto de supuestos donde el Derecho reconoce una facultad de apropiación de frutos, en los que, sin embargo, falta un título típico de disfrute sobre la cosa aje-

(177) Según WOLFF-RAISER, el usufructuario se apropia de los frutos excesivos, pero los restituirá al propietario como indemnización (*Derechos reales*, II, 87).

(178) La aplicación de los §§ 987 y ss. «BGB» al *Fremd-Besitzer* ha sido discutida en Alemania; Cfr. KOBEL, *Das Eigentümer*, cit., 161; GURSKY, *Staudinger Komm.*, Vorb., 987-993, «BGB», núm. 14.

na, y faltan además los presupuestos en que se pueda fundar una *bonae fidei possessio*. En estos casos podemos clasificar este derecho de apropiación según la escala de intensidad de la relación que vincula al perceptor con la cosa.

1.º El legitimado carece de cualquier título típicamente usufructuario que le permite adquirir los provechos. Pero tiene reconocido por el Derecho una facultad de apropiación de todos o una parte determinada de los frutos, facultad de apropiación que el Derecho sólo concede bajo la condición de limitar la libre decisión sobre el destino de estos provechos. La Ley impone como necesario un determinado destino de los frutos. Esta es hoy la hipótesis del artículo 165 del Código civil, respecto a los frutos de los bienes del hijo; pertenecen al hijo aquéllos, pero «se entregan» a los padres. Este precepto, de redacción desgraciada, no impone a favor de los padres un derecho de renta en frutos, sino una administración con derecho de apropiación destinada.

Supuesto similar constituía el antiguo artículo 1.368 del Código civil sobre los frutos de parafernales. Más que como usufructuario, el marido se los apropiaba como administrador con destinación necesariamente determinada a la satisfacción de cargas matrimoniales.

Consecuencia práctica de esta facultad de apropiación por administración destinada es que los acreedores del perceptor carecen del derecho de embargar los frutos para pago de deudas personales del administrador del patrimonio ajeno (SS. 7-7-1889, bienes del menor; 13-1-1916, frutos de los parafernales).

2.º Adquisición de frutos en razón al sostenimiento de las cargas del patrimonio ajeno o de la persona del titular de este patrimonio.

En estos casos, la administración de bienes y representación de personas viene compensada por una apropiación de frutos que técnicamente se define como *remuneración*. Casos encuadrables en este supuesto son los recogidos en los artículos 186 del Código civil (posesión temporal de los bienes del ausente) y 275 del Código civil (percepción por el tutor de los frutos del patrimonio del pupilo). El concepto de posesión temporal de que habla el artículo 186 del Código civil es absolutamente inapropiado si se quiere explicar por el artículo 451 el fundamento del derecho de apropiación que aquella norma recoge (179); bastará decir que el representante del ausente del artículo 186 no posee como dueño, ni es irresponsable en su gestión, ni es ilimitado el derecho de disfrute sobre el bien del ausente. A mí

(179) La discutida naturaleza de la remuneración del representante del ausente, así como el concepto de posesión temporal, han sido magistralmente tratadas por DE CASTRO, *Derecho de la persona* (1984), 518 y ss.

me parece fuera de toda duda que los hijos del ausente tienen derecho a sacar los frutos del embargo por deudas del «poseedor temporal», cuando no estén atendidas las necesidades alimenticias a las que se refiere el precepto. Igualmente, el derecho del artículo 275 del Código civil no convierte al tutor en dueño incondicional de los frutos. El incumplimiento de la correlativa obligación de administración y alimentos supondrá la privación del derecho de apropiación (180).

3.º Retribución en razón de frutos. En estos casos el fruto no es el contenido del derecho de apropiación, sino el baremo de obtención de una cifra monetaria de remuneración que no está integrada por frutos. Un ejemplo lo constituye el artículo 274 (remuneración del tutor). Este derecho ni tan siquiera puede llamarse renta de bienes, sino un fruto civil asimilable al salario. Pero de la misma forma que no es el fruto el contenido del derecho de apropiación, la remuneración, teniendo en cuenta otros baremos, puede incluso sacarse del capital, pues el monto del rendimiento líquido ni tan siquiera es la cantidad máxima de remuneración (181).

4.º La retención de frutos, *id est*, la excusa de la obligación de rendir cuentas y restituir, puede no fundarse en título alguno, sino en una *presuposición legal* de que el producto de los bienes ha sido consumido en interés del patrimonio (ajeno) del que se obtiene, o en la satisfacción de necesidades cuya cobertura estaba a cargo de este patrimonio. Esta presuposición se traduce en la exención legal de rendición de cuentas (arts. 165, 1.439 C.c.) (182).

4. La relevancia actual del principio «*omni causa*»

Como es sabido, el Derecho romano-común consideró que la fórmula *restituere* implicaba una prestación compleja en la que, junto a la cosa, entraban sus frutos, los daños y accesiones de la cosa. «*Omni causa*» se refiere, no obstante, a una circunstancia procesal. Denotaba la idea de que el actor tiene que poder conseguir con la sentencia todo aquello que tendría de habersele entregado la cosa en el momento de entablarse el proceso (183).

En lo que a nosotros interesa, las consecuencias procesales de la estructura compleja de la fórmula *restituere* se centraban en la cues-

(180) BERCOVITZ, *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, 596.

(181) Autor y *ob. cit.*, 594.

(182) Se admite la prueba en contrario de que los frutos no han sido destinados a las necesidades familiares. Claramente lo dice el art. 1.439 para el régimen de separación. Implícitamente, debe reconocerse esta posibilidad también en el art. 165, pues en caso contrario no se habría desterrado el antiguo usufructo paterno.

(183) SAVIGNY, *Sistema*, V, 40.

ción de cuándo en la acción petitoria se entendían incluidos los frutos a pesar de no contenerse en el *petitum* una reclamación expresa. Las construcciones fueron prolijas, pero de escasa utilidad actual dado que partían de la doble presuposición de que la acción de petición de frutos era una acción real, y de que el juez no estaba esencialmente vinculado al principio dispositivo, dada la admisión de una actuación *ex officio* (184).

Hoy el problema puede formularse en función de diversos factores: fundamentalmente, el alcance de la congruencia procesal y la posibilidad de un ejercicio independiente de la acción de frutos respecto de la acción de petición de la cosa.

a) *En cuanto a los frutos*

1.º Si se piden frutos en especie, se corre el riesgo de que la demanda no alcance a los producidos después de ella, además de que se choque con la insalvable dificultad de una falta de identificación de estos frutos. Por ello, al igual que ocurre en el derecho de daños, le resulta preferible al actor pedir una cantidad ilíquida, con fijación o sin ella de las bases de liquidación en la sentencia (art. 360 LEC). El período de ejecución (arts. 932 y ss. LEC) cubre de esta forma los frutos producidos después de iniciado el proceso.

2.º Si la sentencia condena a la entrega de cantidad líquida de frutos, entrará en juego el artículo 921 LEC y se deberán los intereses fijados en esta norma hasta el momento de la plena ejecución de la sentencia. Y ello, como consecuencia del principio *omni causa*, aunque dichos intereses procesales no hayan sido pedidos en la demanda (STS 20-10-1986).

3.º Yo no creo que hoy sea posible una condena a frutos o intereses (distintos del art. 921 LEC) cuando éstos no hayan sido incluidos en la acción de restitución de la cosa. En nuestro Derecho rige el principio dispositivo y la exigencia de la congruencia procesal, y aunque en alguna ocasión el Tribunal Supremo haya relajado esta exigencia, parece que todo lo más a lo que se llega es a permitir que, dados los hechos constitutivos de la pretensión por las partes, el juez prescinda de la equivocada calificación con la que han sido presentados para, ofreciendo una nueva calificación del supuesto, proceder a una condena que no entraba en el margen de previsibilidad de las pretensiones de las partes (185).

(184) Cfr. GUZMÁN, *De evictionibus*, XIII, 84 y ss.; COVARRUBIAS, *Var. Resoluciones*, I, III, 1.

(185) STS 13-XII-1985.

El Tribunal Constitucional ha elevado a «cuestión constitucional» el principio de congruencia procesal en el marco del artículo 24 CE cuando la violación de tal exigencia procesal conlleve una lesión del principio de contradicción; lesión que se dará cuando el fallo contenga puntos que por su novedad no hayan podido ser discutidos y combatidos por la parte perjudicada en el curso del proceso (186).

Desde luego, no es posible una condena procesal a la restitución de frutos al margen del principio dispositivo cuando la referida condena exija una serie de pronunciamientos o presupuestos previos, como pueda ser, de modo paradigmático, la declaración de mala fe, declaración necesaria cuya exigencia interpreta de modo riguroso el Tribunal Supremo. Más dudoso será cuando la condena no requiera tal tipo de pronunciamiento previo. Así, por ejemplo, la deuda de intereses del artículo 1.108 del Código civil que se produce con independencia de la fijación, cuantía e imputabilidad del daño (187). Otro tanto cuando los frutos se deban de pleno derecho como accesorio de la cosa, sin otro requisito adicional de imputación al actor. En este sentido, el Tribunal Supremo ha estimado en Sentencia de 7-7-1986 que no es incongruente la sentencia de instancia que condena a la entrega de frutos accesoria de la entrega del legado, aunque aquéllos no se hubieran particularmente pedido. Creo que de asentir esta doctrina, igualmente tendría cabida en casos como los de los artículos 1.095 y 1.468 del Código civil.

4.º Los frutos pendientes entran, sin duda alguna, en la *omnis causa* como parte de la cosa, sin necesidad de petición adicional. Es independiente de cuál sea la acción que se ejercite.

5.º El propietario que reclama los frutos no puede hacerlo sin pedir simultáneamente la restitución de la cosa o, acaso, la declaración de propiedad sobre la misma (188). Mas esto es así cuando se ejercite una acción real (reivindicación, petición de herencia), no necesariamente cuando la acción sea de otro tipo. Desde luego, no lo será cuando la acción y la restitución subsiguiente no estén fundadas en la previa propiedad sobre el bien, sino en una relación crediticia como puede ser la acción de nulidad o rescisión (arts. 1.303, 1.295) o la *actio depositi* en el artículo 1.770 del Código civil, etc. Tampoco el *solvens* debe probar aquel extremo en el artículo 1.896.

6.º Según Delgado —que, sin embargo, se opone de *lege condenna*—, la acción de petición de frutos se extingue sólo con la prescripción de la principal, de manera que una usucapión del fruto

(186) SST Const. 8-X-1985, 14-I-1987.

(187) Para LAURENT, XVI, 320, los intereses moratorios se entienden comprendidos en la petición del capital.

(188) DELGADO, *Adquisición*, 633.

por el artículo 1.955 o la prescripción de la acción real sobre muebles del artículo 1.962 no serían obstáculo a la petición posterior de los frutos (189). Esta conclusión, como el propio autor advierte, puede padecer de contradicción valorativa con la prescripción quincenal del artículo 1.966.

Ciertamente, ya se ha dicho, la acción de petición de frutos no tiende a la restitución de cuerpos ciertos. No sólo con la prescripción del artículo 1.955, sino incluso antes, en mi opinión, el poseedor de mala fe adquiere la propiedad de los frutos. Tanto más cuanto que de ordinario éstos se consumen o se transforman en dinero, si no constituían ya desde antes una cantidad de dinero. No hay sobre ellos acción real, y el restituyente es deudor de una cantidad, que, a falta de plazo particular, estaría sometida al juego de la prescripción quincenal del artículo 1.964 (190). Hay que rechazar la doctrina tradicional —tributaria de la concepción real de la restitución de frutos— que pensaba como factible una usucapión separada de los frutos, que, ordinariamente, se cifraban en un trienio (191).

Yo estimo, aunque reconociendo que no existe tampoco un fundamento definitivo para tal tesis, que la acción de restitución de frutos percibidos no prescribe con la acción principal, y no se extingue con la usucapión de la cosa principal. Creo, en definitiva, que la acción personal no está condicionada a la prescripción de la acción real (o personal) sobre la cosa ni a la usucapión del fruto como cosa cierta.

b) *En cuanto a los daños*

1.º Hoy en el Código civil no es preciso acudir a determinadas formas procesales específicas para conseguir un pronunciamiento jurisprudencial. El Tribunal Supremo afirma continuamente que el nombre de una acción sólo tiene relevancia en su caso para determinar la competencia jurisdiccional, ya que no es preciso el *nomen iuris* cuando de los propios términos pueda inferirse la naturaleza de la pretensión (192). En el Derecho romano, el Dig. 6,1,13 permitía deducir en el seno de la reivindicatoria la propia acción de daños sin necesidad de acudir procesalmente a la fórmula de la *Lex Aquilia*. Otro tanto, y mayormente, en el Código civil: en la reclamación de un bien pueden entrar todas las acciones y pretensiones concurrentes

(189) DELGADO, *Adquisición*, 633 y s.

(190) Así, LACRUZ, *Elementos*, III, 1.º (1979), 71; con más detalles, PEÑA, *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, 1981, 166.

(191) MOLINA, Disp. 718; LÓPEZ, glos. 8 a Part. 3,28,39. La tesis defendida en el texto se encuentra en VÁZQUEZ DE MENCHACA, *Controversiarum illustrium*, Cap. 38 *in fine*.

(192) Cfr. STS 5-X-1985.

a la restitución. De ahí que exista una cierta confusión en las declaraciones sentadas en la sentencia 8-4-1930 al decir que el corte de pinos de la finca, autorizado por la Administración, no puede entrar como pretensión accesoria de la acción real, teniendo que haberse instado la vía del artículo 1.902 del Código civil.

2.º La responsabilidad civil entra en el ámbito del principio de congruencia. En cuanto tal, como declara la sentencia última citada, la acción reivindicatoria no puede alcanzar otros extremos que el específico de la restitución. Esto no es sólo así para los daños en la cosa, sino para los mismos frutos *percipiendi*, que constituyen una partida del lucro cesante. Estos «frutos» no entran automáticamente en la reivindicatoria (193).

3.º Todo tipo de daño puede ser solicitado procesalmente sin necesidad de probar el dominio previo, puesto que no se fundamenta en ellos. Bastará probar la existencia de un interés patrimonial jurídicamente protegido, que, generalmente, será la propiedad sobre la cosa, pero podrá ser cualquier otro.

4.º Respecto a la prescripción de estos daños, creo en primer lugar que no están sometidos al plazo anual del artículo 1.968-2.º del Código civil. Su fuente se encuentra en los artículos 455 y 457, no en el 1.902. Regirá entonces el plazo general del artículo 1.964. No obstante ello, los daños en la cosa no podrán reclamarse (el autor carecería de interés patrimonial) cuando haya prescrito la acción sobre la cosa o ésta haya sido usucapiada. Otro tanto cabe decir de los frutos que el autor hubiera podido percibir *después* de que haya prescrito la acción sobre la cosa o ésta se haya usucapiado.

c) *Autonomía de las acciones de frutos*

No hay fundamento para pensar que la acción de restitución de frutos se transmite con la propiedad, ni tan siquiera, a falta de precepto expreso, parece que se pueda reclamar por el adquirente la cesión de la acción (194). Los frutos percibidos y podidos percibir antes de la enajenación se deben por el tercero al enajenante. Lo dudoso en este caso consiste en saber qué tiempo rige la prescripción. No veo otra solución que aplicar en este caso el artículo 1.964. Así lo hizo el Tribunal Supremo en sentencia de 27 de enero de 1975 sobre

(193) Según SAVIGNY, estos frutos cabían en la reivindicación, pero no en acción separada o *condictio* (*Sistema*, V, 81).

(194) Cfr. GURSKY, *Vorb.*, §§ 987-993, núm. 16; en contra, WOLFF-RAISER, I, 589; los anotadores españoles entienden igualmente que la acción de frutos y daños se transmite con la propiedad (592).

la restitución de frutos por el poseedor de mala fe que ya había entregado la cosa.

5. La conexión riesgo-provecho

En nuestro Derecho, la localización del riesgo cumple en determinados supuestos la función cardinal de determinar la correlativa atribución de provechos. Ciertamente que muchos casos no ocurren de esta manera. Baste pensar en el artículo 457 donde el poseedor de buena fe acumula los provechos y la exención de riesgo, y el de mala fe carga con el riesgo y con la restitución de frutos. O en el artículo 1.897, donde se entiende mayoritariamente —y nosotros también lo hemos sostenido— que el que de buena fe recibe el pago indebido, retiene el provecho y se exime del riesgo (195). El artículo 1.304 es otro ejemplo: el incapaz limita al enriquecimiento su restitución; pero si éste excede al valor de la prestación es claro que este exceso lo conserva en su poder. Y por último cabe citar al artículo 1.158-3 del Código civil: el deudor cuya obligación fue satisfecha por un tercero contra la voluntad de aquél desplaza al pagador el riesgo de que no le haya sido útil el pago, pero no está en el sentido del artículo que haya de restituirle en mayor medida del nominal de la deuda cuando su efectivo enriquecimiento excede a este nominal.

Fundamentalmente, la conexión riesgo-provecho se da en los negocios de los que surge la obligación de entregar la propiedad o la posesión en concepto de dueño. En toda obligación de entregar cosa determinada dentro de un género no puede el *tradens* ser obligado a la entrega de frutos, sino desde el momento en que la prestación sea determinada (arts. 884, 1.552-3.º C.c.), o retroactivamente, desde el momento en que se constituyó en mora. Mientras la prestación queda solamente determinada en el género, el riesgo permanece en su persona. Por esto decía Luis de Molina con la perspicacia que le caracterizaba, que era injusto, por usurero, que el comprador recibiera del vendedor un alquiler como fruto civil si la cosa estaba sólo determinada en el género, pues el comprador acumularía de modo desproporcionado el fruto y la exención del riesgo (196).

Evidentemente, el principio de libertad de estipulación constituye el criterio definitorio del Derecho privado. Pero ha pasado ya la época en que consideraban lícitas todas las formas de autorregulación de intereses. El control a través de la eficacia de las cláusulas generales, de la buena fe y el orden público (cuando no directamente por la misma ley, como en la regulación de los derechos de los consumi-

(195) Cfr. KOPPENSTEIMER, «NJW», 1971, p. 1769.

(196) *De Justitia*, Disp. 326.

dores) sitúan al intérprete en la situación que tan elegantemente describía De Castro (197) advirtiendo que las normas dispositivas tienen una pretensión de eficacia institucional que impiden sean derogadas convencionalmente sin una causa bastante en perjuicio de uno de los contratantes. Esto, creo, que debe ser aceptado en el campo que ahora nos ocupa; una desconexión convencional entre provecho y riesgo allí donde la ley lo establece como contenido natural de una obligación (arts. 1.095, 1.182, 1.452, 1.468, 883) no puede ser aceptada en perjuicio de la parte más débil sin un previo análisis de la suficiencia de la causa. A mí me parece, por ejemplo, que una desconexión convencional de los efectos recíprocos contenidos, respectivamente, en los artículos 1.720 y 1.728 del Código civil en perjuicio del mandatario no es de por sí una convención legítima, al menos manteniéndose en los límites de este tipo contractual. Igual creo de recibo en el artículo 1.689 del Código civil; los socios son libres para pactar la forma de distribución del beneficio social, pero un pacto del tipo en el que un socio participa en la ganancia excusándose de todo riesgo no podría ser llamado sociedad, sino préstamo (198). Quiero poner de nuevo dos ejemplos del admirado Luis de Molina, en los cuales la conexión riesgo-provecho es rota, respectivamente, en favor de cada una de las partes del contrato. Es injusto, decía el autor, un pacto por el que se vende un bien por pago anticipado del precio que probablemente la cosa tendrá en el futuro, reservándose por su parte el vendedor el derecho de gozar por su parte de este bien durante un tiempo sin correr con el riesgo. A la inversa, si se compran ovejas al precio actual de mercado con la condición de que el vendedor las guarde durante un tiempo corriendo con los riesgos y entregando los frutos al comprador, habría usura, y habría que restituir el valor de estimación del riesgo y la custodia (199).

Y el principio de correlación no está sólo referido al fruto. Volviendo a otro ejemplo de Molina (200): el vendedor que contrata en territorio sometido a la tasa de precio, pero el precio de venta se fija de acuerdo a otro territorio donde la mercancía no está sometida a tasa, para entregar precisamente en este último, sólo actuará lícitamente si el riesgo de la pérdida durante el transporte lo sufre él. Otro tanto podemos decir con las plusvalías reales del bien restituible; si éstas han de entrar en la restitución (art. 456 C.c.) es lógico que el legitimado soporte las minusvalías también reales sin cargarlas en la cuenta del restituyente. Otro tanto cabe decir de los normales deterioros de la cosa por su uso o por el tiempo cuando la posesión del bien restituible se apoya en un título. El artículo 481 del Código civil puede ser considerado en este caso como una norma general al

(197) *Las condiciones generales de los contratos*, «ADC», 1961, 295 y ss.

(198) Soto, VI, VI, 1.

(199) *Disp.*, 358, 362.

(200) *Disp.*, 364.

respecto, en el sentido de que el uso legítimo que causa minusvalías por deterioros del bien no es una fuente especial de restitución. Este principio de correlación entre plusvalía y minusvalía es especialmente relevante en los supuestos de pendencia de la condición a que se refiere el artículo 1.122, números 3.º y 5.º (201); o en la obligación de sanear la evicción en la compraventa (art. 1.478-1.º).

Sólo de esta conexión institucional entre riesgo y fruto puede obtenerse un argumento, no digo definitivo, pero sí de enjundia para interpretar el artículo 1.182 en el sentido clásico *res perit emptori* (202), pues de por sí el artículo 1.182 sólo resuelve la cuestión de la liberación del deudor, no pronunciándose sobre el desplazamiento del riesgo al acreedor y consecuente inaplicación del artículo 1.124 del Código civil. Otro tanto puede decirse de la venta de herencia a que se refiere el artículo 1.533; el vendedor no tendrá que responder de la pérdida fortuita antes de la venta, pues también desde antes de la venta pertenecen los frutos al comprador (203). Otro tanto en el contrato de opción, al pertenecer los frutos al vendedor hasta el ejercicio de la opción, le corresponde su riesgo (204). Igualmente con la reserva de dominio: con independencia de si el comprador es propietario sometido a condición resolutoria o está su adquisición sometida a la condición suspensiva del pago, lo cierto es que el riesgo es del comprador, pues de él son también los frutos; otra muestra más de que la regla *res perit domino* no constituye de por sí un principio «fuerte» en nuestro sistema (205). Y por último, en la obligación suspensivamente condicionada el riesgo de pérdida pertenece al vendedor, pero también porque retiene los frutos, no alcanzando ni a unos ni a otros el efecto retroactivo de la condición cumplida (206).

X. UNIDAD DE LOS REGIMENES DE RESTITUCION E INDEMNIZACION

1. General

En el Derecho anglosajón se sostiene que «Restitution and unjust enrichment identify exactly the same area of law» (207). *Unjust enrichment* constituiría el *causative event* del derecho de restitución, el

(201) ALONSO PÉREZ, *El riesgo en el contrato de compraventa*, 326 y s.

(202) ALONSO PÉREZ, 300.

(203) ALONSO PÉREZ, 339.

(204) ALONSO PÉREZ, 351.

(205) ALONSO PÉREZ, 372; R. BERCOVITZ, *La cláusula de reserva de dominio*, 1971, 103 y ss.

(206) ALONSO PÉREZ, 212 y ss.

(207) BIRKS, *Introduction*, 17, 26; GOFF-JONES, *The law of the restitution*, 3 y ss.

único suceso causante de esta consecuencia normativa, de la misma forma que el *tort* describe como *causative event* el área del derecho de daños. La reparación del daño no sería una función propia del derecho de restitución.

«La restitución es independiente de la injuria», y esto, según Soto (208), en un doble sentido:

a) Puede nacer sin ella; más aún, el derecho estricto de la restitución es aquel en que el poseedor «*tenetur ex sola re accepta*», no por razón del hecho injusto.

b) La restitución no queda afectada por el curso ulterior del aspecto satisfactivo: el perdón, la prescripción del delito, las razones que excusan la pena, el mismo no-deber de sujetarse voluntariamente a la pena, nada de esto excluye el derecho de restitución: «en el Purgatorio *no se restituye, se satisface la pena*». Tanto es así, que para el derecho de restitución —continúa el autor— es indiferente si te prestaron *cuatro* o robaste *cuatro*: en todo caso debes cuatro.

Pero la distinción pronto pierde el carácter de radicalidad con el que comienza afirmándose: los bienes personales de contenido no patrimonial que han sido lesionados por una injerencia ilícita —continúa el autor— sólo pueden restituirse mediante compensación del daño (209). El lucro cesante que se debe por la mora se restituye, siendo así que no se quitó, y hay que extremar la teoría diferencial del daño para conceptuar esta compensación como una restitución: lo que se podía haber tenido es como si se tuviera ya en el momento en que se produjo el daño por injerencia (210).

En nuestro Derecho, la restitución es, en gran medida, un aspecto más en la teoría de la reparación del daño, y desde luego no es indiferente el modo por el que se entró a poseer o del que surge la obligación de restituir. En el Derecho español no existe una especial teoría de la restitución, sino, a lo más, especiales cualificaciones de la obligación de reparar o excepciones a la misma. Y todo ello porque entre nosotros no existe un único suceso causante que describa completamente el área del derecho de restitución.

2. El provecho restituible como una especie de reparación del daño

a) *Fructus percipiendi*

La restitución de los frutos percipiendi no tiene en el Código civil ningún fundamento posesorio. No es un efecto del modo en que se llegó a poseer ni una restitución del disfrute indebido o del valor

(208) *De iustitia*, IV, VI, 1.

(209) *Ob. cit.*, núm. 3.

(210) *Ob. cit.*, núm. 5.

del provecho, sino la medida del daño causado al legítimo poseedor por la privación del goce de la cosa. El fruto percipiendi no puede ser reivindicado, y tampoco puede ser objeto de una pretensión de enriquecimiento, pues su fundamento está en el ilícito extracontractual. En cuanto no es restitución de frutos, el Código civil podía haber obviado la referencia al mismo, dada la aplicabilidad del artículo 1.106 vía 1.902.

El artículo 451 atribuye al poseedor de buena fe los frutos percibidos, eximiéndole de restitución. Pero por sí solo, este precepto no le eximiría de restituir la ganancia frustrada, pues, en principio, la buena fe no excluye la culpa leve que el artículo 1.104 eleva a fundamento de toda responsabilidad. Es el artículo 457 —al eximirle de responsabilidad— y no el artículo 451, al que hay que acudir para razonar la sustracción del poseedor de buena fe a la sujeción del artículo 1.103.

Todo ello explica por qué un autor como Domat, con su habitual claridad expositiva, llama a la deuda de frutos una *espèce de dédommagement*, una reparación por la pérdida de la *jouissance* que el autor sitúa expositivamente inmediatamente detrás del tratamiento sistemático del *dommage intérêt* (211).

b) *Intereses*

Siempre que se deba restituir un interés moratorio o los intereses correspectivos que no requieren mora y corren automáticamente por la sustracción, disposición o retención de una cantidad de dinero, estos intereses pueden caracterizarse de modo indistinto como el rendimiento del capital o como la cifra *forfataire* del daño sufrido por el acreedor: expresa la cuantía del lucro cesante y la del provecho obtenido. Otro tanto ocurre con el interés compensatorio de los frutos de la cosa vendida, de que habla el artículo 1.501-2.º del Código civil, donde equivale al lucro cesante y al provecho obtenido por la posesión de la cosa comprada. Y esta función de equivalencia conlleva el resultado práctico de que los referidos intereses se deben, aunque el acreedor no pruebe la consistencia de la ganancia frustrada, y aunque el deudor logre probar que no ha existido tal daño (212). A la inversa, aunque el deudor pruebe que no obtuvo provecho alguno de este capital o del precio de la venta aún no pagado, o que el fruto de la cosa comprada se ha perdido sin su culpa.

Hay, sin embargo, supuestos en que el titular de un derecho de disfrute sobre la cosa se ve privado de ella sin culpa del obligado

(211) *Lois civiles*, III, V, III.

(212) Así, por ejemplo, en sede del art. 1.682 C.c., LAURENT, XVII, 249.

a procurar la practicabilidad de ese derecho o incluso haciendo uso este tercero de un derecho reconocido. En estos casos, el interés que el Ordenamiento concede al titular como sustitutivo del disfrute es una cifra exclusiva del provecho, no la cuantía del daño indemnizable. Pero este provecho restituible es *ganancia frustrada*, que, sin embargo, el Derecho no considera daño imputable a un tercero. Véase por el usufructo, las hipótesis descritas en los artículos 494, 495 y 517 del Código civil.

c) *Momento de la entrega*

El Código civil no considera como un efecto de la mora en los artículos 1.096 y 1.101 la restitución del provecho obtenido, sino la indemnización de la ganancia frustrada. Cuando la restitución de la cosa ya lleve implícita la obligación de entregar el provecho (arts. 1.095, 1.468), no hay problema, pues éstos son debidos antes de la mora, y, por tanto, también después. Pero no ocurre lo propio cuando el obligado a restituir es un heredero fiduciario, o un reservista, o un usufructuario, o un arrendatario; el Código civil no establece cuándo se debe el provecho al sucesor en la posesión. Realmente puede estimarse que, a partir de la interpelación o reclamación extrajudicial, este poseedor se hace de mala fe a efectos de los frutos (213). Pero puede igualmente estimarse que no es así y que la mora no produce otros efectos que los del artículo 1.101. El resultado, sin embargo, sería equivalente, pues el provecho obtenido representa *tendencialmente* al daño sufrido por el legitimado por la privación de la cosa (214); sería equivalente restituirlo como provecho o como daño.

d) *El lucro como daño*

El lucro obtenido puede ser un baremo para el cálculo del daño, o, mejor, una partida que se integra como elemento de la indemnización del artículo 1.106. Pero puede, además, constituir el objeto mismo de la acción de responsabilidad. Esto es particularmente claro en el artículo 9 de la Ley de 1982 de protección al honor, la intimidad y la propia imagen, o en el artículo 63 de la Ley de Patentes, a las que, dada su importancia, nos referiremos en otro lugar más

(213) En jurisprudencia relativa a arrendatarios que continúan en la posesión después de cesar el tiempo fijado en el contrato, el TS suele estimar que la pérdida de buena fe a efectos de los frutos se produce antes del pleito (S. 24-1-1952: desde el requerimiento de desalojo). En jurisprudencia social, en cambio, se remite al momento de la sentencia (5-11-1955), confundiendo entre cesación de buena fe y cesación de los efectos de la buena fe.

(214) BARCELONA, *Frutti*, 226.

oportuno. En estas leyes, obsérvese que es la acción de responsabilidad civil el medio técnico de «destinar» el provecho obtenido al titular del bien lesionado.

3. La acción de restitución de provechos puede ser una acción de reparación del daño

En relación con lo dicho en el epígrafe anterior, hay casos donde el Derecho no regula otra forma de hacer efectiva la restitución si no es por el cauce de la acción de reparación. La acción de reparación actuará de acuerdo a criterios de restitución, orillando el contenido específico que le otorga el artículo 1.106.

a) Responsabilidad civil delictual

La responsabilidad civil derivada de delito está en primer lugar orientada a la restitución (sic) de la cosa que ha sido objeto del delito (arts. 101, 102 C.p.). Y esta restitución, como el artículo 101 señala, es forma y contenido de la acción de responsabilidad civil. La restitución «es el medio de hacer viable la responsabilidad civil derivada de delito; prescrito el delito, no cabe en vía penal una acción de restitución, que no tiene otro cauce procesal que la acción de responsabilidad» (STS 2.^a, 26-1-1955); la restitución, según Groizard, «es la fórmula práctica más natural y sencilla para conseguir el objeto de responsabilidad (215). Es una forma de reparación del daño exclusivamente centrada en los delitos contra los bienes, no cabiendo en los delitos contra las personas, donde la responsabilidad civil se articula por la indemnización de daños y perjuicios del 102-2.^a C.p. (STS, 2.^a, 16-10-1953). Por esta razón, no es la restitución una simple reintegración posesoria, sino un «resarcimiento» por reentrega de la posesión (216). Y también esto explica que no sean concurrentes la restitución y la indemnización cuando aquélla salda completamente la cuantía del daño (SSTS, 2.^a, 28-11-1983, 18-1-1984).

Al igual que la restitución civil, la restitución como contenido de la acción de responsabilidad penal alcanza *omni causa* (abono de deterioros y mejoras) (217), y de acuerdo al artículo 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Juez determinará todo lo preciso para la efectividad de la restitución (nulidad del título, gastos y frutos) (218).

(215) 'El Código penal de 1870 concordado y comentado, II, 1872, 527.

(216) CÓRDOBA, MOURULLO, TORO, CASABO, *Comentarios al Código penal*, II, 1976, 569.

(217) PACHECO, *El Código penal concordado y anotado*, I, 1867, 493.

(218) CÓRDOBA, MOURULLO, TORO y CASABO, 572, 574.

El «receptor civil» del artículo 108 del Código penal (quien por título lucrativo participa en los efectos de un delito o falta) está obligado al resarcimiento del daño hasta la cuantía de su lucro; esta indemnización sólo se extiende hasta la cuantía del lucro, que hay que restar de la indemnización que deban satisfacer los responsables criminales (STS, 2.ª, 12-12-1975). El Tribunal Supremo ha afirmado que idéntica cuantía de responsabilidad por el lucro corresponde al receptor del artículo 546 bis a) del Código Penal (20-1-1984), de forma que, al restituirse la cosa objeto de la receptación, queda cubierta su responsabilidad civil y no responderá ni solidaria ni subsidiariamente por la cuota de autores y cómplices (20-3-1984). Hasta la cuantía del provecho obtenido, la responsabilidad civil del receptor es solidaria con la de los autores (14-2-1983, 18-1-1984).

De acuerdo a la jurisprudencia arriba transcrita, tenemos que, el provecho es objeto de una acción de responsabilidad civil y que ante determinados sujetos, esta responsabilidad civil se extiende sólo hasta la cuantía del provecho, fuera de los criterios del artículo 1.106 del Código civil.

b) *Restitución de frutos al poseedor*

Frente a la usurpación o injerencia de un tercero, el poseedor de buena fe puede pretender de éste una restitución de provechos. En estos casos su legitimación no puede estar basada en la propiedad del fruto, tanto más cuanto que esta «propiedad» está condicionada a una *percepción* que él no realiza, bien porque la realice el tercero, bien porque se destruyen frutos pendientes.

Si se trata de un usurpador —incluso del propietario—, el artículo 460-4.º le concede acción interdictal durante el plazo de un año para recuperar la cosa con los frutos obtenidos por el usurpador (219).

Si no se produjo una privación de la posesión por la posesión contraria de un tercero, sino que, simplemente, la injerencia de éste produce un daño en los frutos o en la expectativa de los frutos, la STS 17-3-1983 concede al poseedor de buena fe acción del artículo 1.902 para ser indemnizado de la pérdida de frutos (plantaciones enterradas por corrimiento de mineral), incluso pendientes, que, sin ser propiedad del poseedor, constituyen un interés patrimonial legítimo a efectos del artículo 1.902. Un derecho subjetivo al fruto no es condición necesaria de aplicación del artículo 1.902 del Código civil (220).

(219) Cfr. DELGADO, *Adquisición*, 595; los frutos entran en la condena de la acción interdictal (art. 1.658 LEC).

(220) El Derecho de daños no protege derechos subjetivos. Cfr. CONSTANTINO, *Contributo alla teoria de la proprietà*, 1967, Cap. II; COMPORTI, *Diritti reali in generale*, Trat. CICU-MESSINEO, VIII, 1.º, 1980, 74 y ss.

4. La función de reparación limita la restitución de provechos

a) *Zuweisungsgehalt*

La segunda comisión redactora de BGB introdujo una modificación al precepto que posteriormente sería el parágrafo 812 del Código alemán. En lugar de exigir que el enriquecimiento restituible se hubiese producido *auf dessen Vermögen* del titular de la acción, se corrige la expresión y el texto aparece redactado con la expresión *auf dessen Kosten*. Con ello, la acción de enriquecimiento no estaría causalizada al montante de la privación efectiva sufrida por el titular del bien. En función de ello, el enriquecimiento restituible al titular que sufre una *Eingriff* no es el que éste hubiera obtenido o la cuantía de la privación efectiva. Objeto de la acción de enriquecimiento será lo que al titular del bien le estaba «destinado» (*zuweisend*) por el Ordenamiento al asignarle la titularidad de un determinado derecho, el contenido (*Gehalt*) de provechos que el Derecho reconoce como reservados a la titularidad de un bien o derecho absoluto (221).

Esta concepción ha hecho fortuna más allá de las fronteras alemanas (222), y se acepta como principio institucional en materia de enriquecimiento que la restitución no está delimitada por el daño del titular. Todavía se discute si ese *contenido de destinación* reservado al titular de un bien es *todo el lucro* derivado de la intervención o el *valor objetivo real* del bien ajeno del que se dispone, usa o consume (223).

b) *Derecho español*

La doctrina arriba transcrita ha sido rechazada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el cual en dos sentencias recientes asume y configura con carácter general la doctrina de que la acción de restitución del enriquecimiento no puede sobrepasar el límite del daño real si éste es menor que el provecho obtenido o procurado a un bien.

(221) CAEMMERER, *Bereicherung und unerlaubte Handlung, Gesamm. Schriften*, 1968, I, 234 y ss.; LARENZ, *Schuldrecht, Bes. Teil*, 1981, 537; ESSER-WEYERS, *Schuldrecht, Bes. Teil*, 1984, 400.

(222) SACCO, *L'arricchimento*, cit.; PEREIRA COELHO, *O enriquecimento e o dano*, 80 y ss.; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações en geral*, I, 1982, 432 y ss.

(223) Para SCHULTZ (*System*, 420 y ss.) es restituible todo el lucro de intervención en los bienes ajenos; de la misma forma, JAKOBS (*Eingriffserwerb*, 61 y ss.); si bien uno y otro entienden que debe tenerse en cuenta la relación de causalidad. Para CAEMMERER, *Bereicherung*, 254, el enriquecimiento restituible es el valor objetivo del uso, consumo o disposición de la cosa ajena.

La sentencia de 5 de octubre de 1985 (224) resuelve un caso de lo que en Derecho alemán se conoce como *Eingriffskondition*: los demandados han usurpado una parte de la finca ajena, presentándola como propia a la Administración a efectos de obtener la concesión de un volumen de edificabilidad, que de hecho obtienen. Cuando el demandante solicita licencia, se le deniega por haber agotado el demandado el volumen de edificabilidad. Ante la pretensión de que los demandados restituyan el enriquecimiento obtenido, el Tribunal Supremo concluye que la doctrina del doble límite impide conceder una indemnización que supere el daño cifrado en la pérdida de los metros cuadrados en cuestión. Ocorre, no obstante, que en esta sentencia tanto los planteamientos del recurrente como la propia doctrina del Tribunal pecan de bastante confusión. Realmente lo que el demandante solicita es el lucro cesante de los pisos que dejó de construir (era, en efecto, constructor de profesión), pero lo pide, al menos en casación, como *enriquecimiento* obtenido por los demandados. El propio Tribunal, al exponer la doctrina citada del doble límite, lo que hace en el caso concreto es negarle indemnización por el lucro cesante. Es evidente que si es éste el sentido que el Tribunal Supremo da a la doctrina del doble límite, la sentencia es completamente errónea, pues jamás se ha dicho que el daño emergente sea el límite cuantitativo de indemnización del lucro cesante.

La sentencia de 25 de noviembre de 1985 (225) resuelve un conflicto de los conocidos en el derecho de enriquecimiento como *Verwendungskondition*. El demandante reclama a su madre —que le ha desahuciado de la casa donde vivía— el mayor valor que la finca ha adquirido por efectos de las mejoras hechas en aquélla. Los tribunales de instancia sólo reconocen derecho al abono de gastos hechos. Recurrida en casación por pretendida violación del principio que veda el enriquecimiento injusto, el Tribunal Supremo recuerda la doctrina del doble límite para establecer que el recurrente no tiene derecho a solicitar más dinero que la cuantía de su propio detrimento patrimonial. Doctrina perfectamente congruente con lo dispuesto en el artículo 453 del Código civil.

La doctrina del doble límite no es, sin embargo, generalizable de modo absoluto. Y desde luego no lo es en la materia que constituye el centro de nuestro trabajo. El poseedor de mala fe no sólo restituye el daño (lucro cesante = *fructus percipiendi*), sino también el provecho obtenido por el disfrute del bien ajeno. Veremos que en otro conjunto de supuestos es también inaplicable. Y es preciso, además,

(224) *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*, núm. 9, coment. ALVAREZ CAPE-ROCHIPÍ, p. 2959.

(225) *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*, núm. 10, y mi comen. en página 3215.

advertir que en no pocas ocasiones el mayor provecho es restituible como representación de un *lucro cesante probable*: el lucro cesante que hubiera obtenido el dueño de no haber sido privado de la cosa, y que acaso alcanza la misma cifra que lo que el tercero obtiene sin derecho de este bien (los pisos que construye y vende la demandada los podría haber construido y vendido la empresa constructora propietaria del suelo en la sentencia citada de 5 de octubre de 1985), o el lucro cesante que supone la pérdida del «valor de cesión» que el propietario hubiera obtenido si el tercero hubiera acudido a él en circunstancias de mercado y hubiese pagado dicho valor de cesión. Pero esto será tratado en otro lugar.

(Continúa en el tomo XLI, fascículo I, pág. 5.)

La especificación en el Código civil

REGINA AYMERICH RENTERIA

Profesora titular de Derecho civil de la Universidad Complutense

SUMARIO: I. ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA ESPECIFICACION: DERECHO ROMANO. II. CONCEPTO Y DEFINICIÓN DE LA ESPECIFICACION. III. DERECHO COMPARADO. IV. NATURALEZA JURIDICA DE LA ESPECIFICACION. V. ANTECEDENTES DE LA ESPECIFICACION EN EL DERECHO HISTORICO CASTELLANO: LAS PARTIDAS. VI. LOS PROYECTOS DE CODIGO CIVIL ESPAÑOL DE 1851 y 1889. VII. REGIMEN JURIDICO DE LA ESPECIFICACION EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL: 1. Presupuestos doctrinales: las nociones de sustancia y forma en el Código civil. 2. El concepto legal de la especificación (definiciones). 3. Los elementos personales. 4. Requisitos de la especificación: a) que se trate de cosa mueble; b) la buena fe; c) elemento intencional. VIII. EFECTOS DE LA ESPECIFICACION. IX. EL DERECHO Y LA ACCION DE RESARCIMIENTO.

I. EL DERECHO ROMANO

1. El concepto de especificación

Por especificación se entiende la transformación, obtenida a través de la aplicación de la actividad humana, de un objeto en otro que tiene una estructura propia y distinta, y que se caracteriza por su diferente función económico-social. Casos de especificación considerados en las fuentes romanas son los siguientes: transformar la uva en mosto, las olivas en aceite, los metales y mármoles en estatuas, las tablas y los troncos en armarios, naves y similares, las hierbas en medicinas y colirios, la lana en vestidos, etc.

Este fenómeno del mundo económico conlleva de por sí el problema de la identidad del objeto especificado: la cuestión es la siguiente: si una vez transformado permanece el mismo o si ha de considerarse una cosa nueva, independiente del todo de la preexistente; se plantea desde este momento el problema de si el objeto de la especificación —o lo que podríamos llamar la materia prima— debe o no conside-

rarse extinguido. La solución de tal problema en el plano filosófico y económico, conlleva notables consecuencias sobre el plano jurídico: consecuencia de la extinción de un objeto es la extinción de cualquier derecho real sobre el mismo; mientras que el nacimiento de un objeto nuevo conlleva el problema del eventual —contemporáneo o sucesivo— nacimiento de un derecho en orden a este último.

Como ya se ha visto, el fenómeno de la especificación no fue ignorado por la jurisprudencia romana, la cual, sin embargo, no llega a la construcción en orden a la misma de un instituto jurídico unitario y abstractamente regulado, sino que se limita, por el contrario, a tomar en consideración un cierto número de casos con relación a eventuales consecuencias en orden a los Derechos reales (*in primis* al derecho de propiedad) existentes sobre el objeto de la especificación (1). En particular, ya que en la mayor parte de los casos la especificación, en cuanto que efectuada por el mismo propietario de la materia, o por un tercero que había recibido encargo de éste, en ausencia de un conflicto de intereses, no crea problemas jurídicos en orden al derecho de propiedad (2) (que en tales casos, resulta sin duda pertenecer al propietario de la materia prima), la jurisprudencia romana toma en consideración el problema de la especificación, como eventual modo de adquisición originario de la propiedad, principalmente en relación a aquellos supuestos de hecho en los cuales la transformación es efectuada por un tercero sin conocimiento o contra la voluntad del propietario de la materia prima. En tales casos, y de cara al conflicto de intereses que se viene lógicamente a crear en orden al resultado de la especificación, ha de decidirse si este último debe ser atribuido al propietario de la materia o al especificador.

Los textos clásicos para referirse a este modo de adquirir usaron la perífrasis: «*Speciem facere ex aliena materia*». El nombre de *specificatio* se encuentra por primera vez en aquel valioso y orgánico tratado medieval de la legislación justiniana, que es el *Brachilogus* (3).

(1) Aunque en relación a este supuesto de hecho se plantea el problema de la eventual extinción de derechos reales que recaen sobre la materia prima.

(2) Si se trata de especificación no se produce, como en el caso de la accesión, el fenómeno de una cosa que cede a la otra, en base a que la una es destruida, absorbida, y que la otra permanece en el todo. Aquí, por el contrario, la cosa resultante es una creación nueva, en la cual se destruye la precedente. Por eso la pintura, una vez atribuida la propiedad del cuadro al pintor, erróneamente y sólo por la fuerza de la tradición, se clasifica entre la figura de la accesión: en realidad, el cuadro es una cosa nueva resultante de la tabla y los colores, ni siquiera el motivo de la adquisición es la prevalencia de los colores sobre la tabla, el que se ha extinguido se podría sostener en base a la individualidad y al valor del resultado. Cabe decir lo mismo respecto de la escritura, en este caso tenemos el papel y la materia escritoria y solamente se puede discutir la prevalencia de la una o del otro: el propietario de uno o de otra adquiere el pergamino o la tabla en que se ha hecho el escrito, no la obra en la que permanece siempre una propiedad espiritual del autor en el Derecho romano y una verdadera patrimonial en el derecho moderno.

(3) BRACH: *Iur. Civ. II.5*. El título lleva precisamente la rúbrica *de specificatione*.

2. Materia y especie

Conforme a lo expuesto, los conceptos que manejamos en esta materia no son ya los de cosa principal y cosa accesoria, sino conceptos de *materia* o *substantia* y *species*. Para establecer cuándo hay verdadera especificación es necesario, ante todo, conocer qué es lo que se debe entender precisamente por estos términos. A cuyo propósito hay que señalar, ante todo, la falta de unanimidad de criterio existente en la doctrina en cuanto al significado de los citados términos, falta de unanimidad derivada de la innegable influencia —y, en opinión de Bonfante (3 bis), informal y maléfica— de la filosofía griega.

Perozzi (4) pone de manifiesto cómo estos dos términos «materia» y «species», empleados tan frecuentemente en las fuentes romanas, sobre todo en materia de especificación, no han sido objeto de un estudio que trata de determinar expresamente su alcance. Son, para este autor, dos sentidos que aparecían así, espontáneamente, y que fueron aceptados sin discusión.

Solamente Ferrini (5), en su estudio sobre la especificación, ha intentado determinar en base a las fuentes el sentido de estos dos términos. Para este autor ni un término ni otro significan aquello que generalmente acepta la doctrina, sosteniendo, por el contrario, que cuando las fuentes romanas emplean el término *species* éste no significa «forma», sino «individualidad de una cosa», y *materia*, no «materia prima», sino «la cosa originaria de la que deriva otra que carece de distinta y propia individualidad». En este sentido, señala Perozzi la novedad absoluta que otorga Ferrini al término *species*.

Por el contrario, el sentido que da Ferrini al término *materia* no es totalmente nuevo. Ya Fitting (6) afirmaba —sin alegar prueba alguna— que «materia» es la expresión técnica de los romanos para indicar la «cosa especificada». Posteriormente a Ferrini, se ocupó del alcance del término *species* Voigt (7), el cual distingue a su vez dentro del mismo dos sentidos correlativos: *speciès* que como nombre concreto significaba no «cosa» en general, sino «objeto de comercio», «el artículo comercial»; o en sentido abstracto que significaba «la específica cualidad económica del objeto de comercio». Se abre así una discusión única sobre el sentido de estos dos términos. Es ahora cuando Perozzi cree oportuno proceder al análisis de este argumento, prescin-

(3 bis) *Corso di Diritto Romano*, vol. II, Roma, 1928, p. 217.

(4) *Materia e Species. Scritti giuridice*, vol. I, Milano, 1948, p. 245.

(5) *Apuntes sulla dottrina della specificazione*, pp. 3 y ss. (opere IV, pp. 434 y ss.)

(6) *Spezifikation en Archiv f de c.*, vol. 48, p. 151.

(7) *Die Technische Production*, pp. 4 y ss.

diendo en todo caso de la cuestión de si los textos en los cuales los términos estudiados aparecen en las fuentes romanas están o no interpolados; así como de la cuestión relativa a si los juristas clásicos usaron el término *species* o, por el contrario, el término *materia*, lo que es raro. Por el contrario, lo que sí parece ser cierto es que no se hizo el uso ni el abuso con que aparecen en las fuentes. Para Perozzi (8), en contra de la opinión de Fitting y Ferrini, el término *materia* tiene el sentido acogido tradicionalmente de materia prima; y *species* tiene normalmente dos sentidos próximos, aunque no idénticos a aquellos afirmados por Voigt, si bien en la práctica esta voz asume distintos sentidos según el lugar y la ocasión en que se utilicen.

A) Respecto del término *materia*, de todo lo expuesto se deduce que un estudio sobre el alcance y significado de esta palabra debe necesaria y sustancialmente consistir en un examen de los argumentos aducidos por Ferrini. Estos argumentos, como es natural, los deduce del examen del siguiente texto:

a) D33.10.3/5: *nec interest, cuius materiae sunt res, quaesunt in suppellecteli.*

Entiende Ferrini que en este texto la expresión «*cuius materiae sunt*» significa «de qué materiales ha sido hecha», y que se traduce aquí igualmente bien *materia* por *sustancia*, sólo porque es la única o la más originaria cosa que concurría a formar la nueva, es en este caso una materia informe o bruta. No se puede admitir esta interpretación en cuanto que los utensilios hayan sido hechos en particular con materia bruta. Es una suposición de Ferrini que ninguna frase del texto confirma y que además es improbable porque los utensilios u objetos suelen hacerse a partir de materiales que tienen de por sí una elabora-

(8) *Op. cit.*, p. 217, dice textualmente este autor que «según el valor económico y el uso de las palabras en la lengua latina, en la cual prevalece el sentido concreto sobre el abstracto en los sustantivos, el término *materia* referido a la especificación podría significar lo que podríamos llamar técnicamente “materia prima” la *materia ex Libano monte accersita* para construir las naves: como dice Plinio, es la materia de la cual César hace el puente sobre el Reno, es la *materia navalis*, esto es, los materiales para la construcción de las naves (leños, hierro, etc.)». Siguiendo esta concepción es, como se comprende, por qué en las cosas reducibles a su antigua forma según la teoría eclética —objeto de estudio del apartado 4— como una estatua de bronce o una taza de plata, se dice en las fuentes que la *materia manet*: ésta no es destruida como materia prima y puede ser de nuevo reelaborada en otro objeto. Mejor aún se comprende por qué se dice que la *materia non manet* en el caso de las cosas irreducibles a su antigua forma, como un vestido de lana, una nave o un armario: la *sustancia* en el sentido naturalístico ciertamente no ha percibido; pero ha percibido económicamente la *materia prima* en cuanto que la *sustancia* ha quedado reducida a tal estado que no es ya posible volverla a trabajar. Es esta concepción la que elimina una vieja disputa existente entre los romanistas, de si hay especificación en el incendio o en la destrucción de la cosa, que la convierte en diversos residuos. La respuesta para BONFANTE (*op. cit.*, p. 118) es simple: hacer carbón con leña es especificación, encender casas o muebles no es especificación, porque ni muebles ni casas se consideran de ordinario como *materia prima* para hacer carbón o cenizas.

ción en particular, se hacen con tablas ya trabajadas, con varas de hierro, con ornamentaciones de plata, oro, etc. Lo mismo cabe decir de los muebles, cajas, camas, etc., que el Derecho romano enumera tras los utensilios de que trata. Después de esto, y lo que es más importante, hay que averiguar de qué materiales fue hecha una cosa, o lo que es lo mismo, se debe investigar con qué objetos preexistentes fue hecha la cosa: con qué montón de tablas o con qué masa de plata. Está claro que no es esta derivación natural de la cosa la que el jurista entiende que es indiferente. Lo que sí es indiferente es que la sustancia que forma la cosa sea de un género o de otro. Aun traduciendo la frase como quiere Ferrini, se entrevé, al parecer de Perozzi, la idea del escritor: se dice que es indiferente la procedencia o derivación de las cosas, cuando, por el contrario, lo que se quiere decir es que es indiferente su composición. La frase en discusión no puede traducirse de la manera como se ha venido haciendo: «Ni siquiera importa que la cosa esté hecha de esta o de aquella sustancia»; y menos elípticamente: «Es indiferente a qué género de sustancia pertenezca aquella que forma la cosa.» En el mismo título a que pertenece esta ley y del resto de los textos de la que resulta confirmada se impone esta interpretación. En la I.7/1, se dice que para decidir si una cosa es utensilio se debe «*speciem potius quam materiam intueri*». ¿Qué puede querer significar *materia* en este texto sino la sustancia de la cosa? ¿Cómo podríamos traducirlo si no es de esta manera? No cabe más traducción que la siguiente: ¿Se puede ante todo o mejor averiguar qué cosas y de qué sustancia está hecho? Es éste otro sentido que podemos dar a la palabra *materia* en I.9/551: *supellectilis mensas esse cuiuscumque, acilicet vel argentea del argento inclusas placet?* (9).

B) Por lo que se refiere al término *species*, podemos definirlo —dejando a un lado la opinión de Voigt y de Ferrini, y siguiendo a Bonfante (9)— como el «objeto de la individualidad, en el complejo de sus propios caracteres». En el mismo sentido, pero de forma más abstracta, el objeto en la idea, en el tipo que le corresponde.

3. La controversia entre las dos escuelas: Disconformidad de soluciones por parte de la escuela sabiniana y proculeyana

El efecto de la especificación no fue pacífico entre las dos escuelas (10). Los sabinianos, siguiendo las interpretaciones del criterio na-

(9) *Op. cit.*, p. 118. BONAFANTE considera que entendiendo por *Species* la forma visible de un objeto o la forma exterior, se supera la polémica entablada entre FERRINI y PEROZZI.

(10) El fundamento respectivo de ambas opiniones está netamente formulado para la teoría sabiniana en dos textos de Paulo D. 6,1, 23,3. *ad exh. (quia quod ex re*

turalístico, exaltaban el valor de la materia y negaban en sustancia a la especificación la eficacia de modo de adquirir. El propietario de la materia debía reservarse la propiedad de la cosa con ella creada, ya que sin ella no existiría; y probablemente, y en la pura concepción sabiniana, permanece siempre íntegra en la nueva cosa.

Los proculianos, por el contrario, atendiendo siempre a la función social atribuían todo el peso a la esencia individual de la cosa creada, esencia nueva, manifestada también por el nuevo nombre de la cosa; de ahí que sea la *species* la que tenga la prevalencia. Por tanto, la especificación extingue la antigua cosa y la antigua propiedad y es por ello por lo que la nueva cosa es considerada como *res nullius* recaída en propiedad del especificador, lo que no debe llevar a entender, según se había intentado, como una tentativa de incluir la especificación bajo la figura de la ocupación. No toda *res nullius* es atribuida o adquirida por ocupación. Así lo demuestra la adquisición de esas cosas por accesión y el tesoro, en el cual hay también la adquisición de una *res nullius*. Si adquirido como *res nullius* por accesión como ocurre en general con los incrementos fluviales o con el instituto del tesoro, vemos que es por eso adquisición de *res nullius*, y en el considerado principio creativo (*dominum esse qui fecerit*) no se debe percibir ninguna contradicción, ni deben presuponerse la existencia de interpolaciones en el texto de Gayo: que una cosa sea *res nullius*, no impide que pueda adquirirse por otro modo distinto al de la ocupación, sin que por ello haya que chocar frontalmente con los principios de ella.

4. Teoría ecléctica

En el Derecho justiniano encontramos recogida una solución intermedia entre las dos opuestas doctrinas que hemos analizado: la considerada teoría ecléctica, posiblemente interpolada en el texto de Gayo. En cualquier caso, no es invención de los compiladores. Aparece ya apuntada en el Derecho antejustiniano sobre la base de los conceptos sabinianos. Se distingue si la cosa es o no reducible a la antigua materia. En el primer caso se dice que la *materia manet*, que la *species* es *materia potentia victa*. En el segundo caso *materia non manet*; lo que equivale a decir que ha perecido (11).

La solución intermedia no es, evidentemente, nada feliz, y es preferible la pura teoría sabiniana; porque si bien el parecer o conser-

nostra fit nostrum esse verius est) y mejor todavía en *Sed necesse est materiae cedere quod sine illa esse non potest*. También en D.41.1.7.7 de Gayo, *quia sine materia nulla species effici possit*. Para la teoría proculyena en el mismo texto de Gayo: *dominum esse re qui fecerit, quia quod factum est, antea nullius fuerat*.

(11) PAULO, P.41,1,24. PAULO, D.41.1.26 y D.32.78.55.

vase la materia parece corresponder a un concepto económico, es más racional desde el punto de vista económico-social contemplar únicamente a la *species*, la cual puede ser tal vez más valiosa, y tener una individualidad propia y distinta, cuando la materia pueda reducirse a la antigua forma, y cuando no pueda reducirse ya.

Que esta solución sea obra de Justiniano, no lo creemos, aunque por otra motivo. El emperador pudo haber acogido una teoría conciliadora elaborada por los sabinianos, pero, no obstante, parece inclinarse más bien por el concepto de los preculeyanos, y así lo demuestra su solución en materia de pintura, en la que resalta vivamente el dato de la individualidad de la nueva *species* y de su precio (él considera realmente la hipótesis como un caso de accesión, lo que no es cierto): el creador adquiere en todo caso la propiedad de la cosa creada, sea o no ésta reducible a la antigua materia. Resumidamente expuesto el espíritu del Derecho justiniano creemos, como se ha dicho antes y a pesar del texto de Labeon, que la pintura produce realmente un cambio de propiedad.

De lo hasta ahora dicho podemos deducir que la discusión entre sabinianos y proculeyanos refleja los conceptos de la filosofía griega, respectivamente, de la escuela estoica y peripatética. No es menos cierto que el criterio peripatético, la consideración de la *species*, coincide con el criterio económico y social, y que, por otra parte, responde a la índole más positiva de aquella filosofía. Repetimos lo que ha sido tantas veces observado: la filosofía ha forjado la vestidura para la concepción social y la aplicación jurídica preexistente en Ila (12).

5. Crítica a la media sentencia de Justiniano

Nuestro Código civil se ha apartado de los precedentes del Derecho justiniano y de Las Partidas y no ha acogido la solución a los problemas de la especificación dados por la media sentencia de Justi-

(12) Toda producción es el resultado de combinar dos factores: la materia y el trabajo; si la media sententia se inspirase en esta idea y tendiese a hacer valer el «principio de equivalente», debería conducir a otros resultados. La cooperación de los mencionados factores se verifica en cualquier producción y debe conducir a distribuir el efecto jurídico para todo producto entre la materia y el trabajo, lo que debe tener por resultado una copropiedad ordenada según la aportación de valor de los dos factores, pero no debe tener nunca por resultado lo que conocemos por media sententia. Según ésta, en los diferentes casos de especificación —reducible e irreducible— uno sólo de los dos factores es decisivo para atribuir la propiedad; este hecho no puede concordar con la idea del equivalente. Según la media sententia, el equivalente no tiene ninguna importancia para la atribución de la propiedad; ya que el especificante debe pagar el valor de la materia especificada, y si es el propietario de ésta el que queda como dueño, debe pagar el trabajo, cuestión que entra esencialmente en el campo del Derecho de obligaciones.

niano. A juicio de los comentaristas más antiguos, Manresa (13) y Scaevola (14), se trata de un defecto de nuestro Código. Según Manresa, «en el derecho de Código civil, que no tiene para resolver los casos de especificación otra disposición que el artículo 383, no cabe en su aplicación la cuestión, en cierto modo previa, de saber si es posible o no que las cosas sobre que se ejerció el trabajo del artífice puede o no volver (tornar, que decía el rey sabio) a su primer estado. Quizás es esto un olvido del legislador, pues la exigencia del supuesto que el Código entraña, y en virtud del que se ha de verificar en todo caso la accesión, es una doctrina que acaso pueda conceptuarse en contradicción con la que el mismo Código mantiene en los artículos 378 y 381».

Scaevola afirma: «Muy de acuerdo con nuestro modo de pensar se halla lo declarado por Justiniano, porque éste viene a sostener dentro de la especificación lo que más de una vez hemos afirmado refiriéndonos a la doctrina general de la accesión; es decir, que ésta sólo procede aplicarla cuando no exista otro medio de justicia más factible. Por eso debemos lamentar que el artículo 383 no siga las huellas del Derecho romano y del de Partidas. Otros comentaristas del Código quizá puedan sostener, violentando el espíritu de dicho artículo y dando decisiva importancia al Derecho anteriormente en vigor, que en la especificación debe saberse si la materia puede volver a su primitivo estado o no, antes de aplicar las varias reglas del artículo 383. Nosotros no nos atrevemos a tanto y juzgamos que la verdad legal es la que sostenemos, aunque nos contrarie el decirlo.»

Se advierte que la tesis de estos comentaristas de que el régimen de la especificación en nuestro Derecho tiene el inconveniente de ser una excepción a los principios fundamentales de la accesión, contenidos en los artículos 378, párrafo 1, y 381, de que cuando las cosas unidas se pueden separar sin detrimento, los dueños pueden pedir la separación, se basa en considerar a la especificación como una subespecie de la accesión, cuando la doctrina más reciente entiende que la especificación, aunque incluida en sede de accesión, es un modo de adquirir independiente, con principios propios, uno de los cuales sería el que ahora estamos considerando. Además, resulta que la solución del Código es defendible también si se considera la especificación como un caso de accesión, porque al establecer que la *res nova* puede restituirse a su antigua materia, no supone la separabilidad de las dos cosas o elementos que se combinaron en su formación, la materia y el trabajo, pues al reconvertirla se destruye totalmente este último, con lo cual no ocurre el requisito reiterado en los artículos 378 y 381 de que las cosas puedan separarse sin detrimento.

(13) *Comentarios*, t. III, Madrid, 1952, pp. 398-399.

(14) *Código civil*, t. VI, Madrid, 1949, p. 677.

En la doctrina extranjera la media sentencia tuvo aceptación entre los autores antiguos. Así, Pothier (15), decía: «Cuando creando una nueva especie con materia que no eran mías —por ejemplo, un unguento que he compuesto con sustancias que os pertenecen— haya destruido la primitiva forma totalmente, de forma que no puedan recobrarla..., la nueva sustancia que he formado sólo puede pertenecer a mí, que le di existencia: vuestras materias, con las que la he compuesto, ha quedado enteramente destruidas y no existiendo en absoluto, sólo podéis pedirme su precio o la restitución de semejantes materias en igual cantidad y calidad. En cambio, cuando, haciendo una cosa con materia que no me pertenecía, no he destruido su forma que no pueda recobrarla —como cuando haya dado a una barra de plata vuestra la forma de taza, puesto que a ésta, echándola en el crisol puede hacersele recobrar su forma primitiva de barra de plata— la barra, si bien convertida en taza de plata, no ha cesado de existir y vos habéis conservado su dominio, que por derecho y accesión hace adquirir en ella la forma de taza de plata que le he dado, y que no debe en tal caso ser considerada más que como una forma accidental y accesoria de vuestra materia.» Con todo, Pothier, aun entendiendo que la solución de Justiniano «parecía efectivamente la más equitativa», reconoció que su aplicación no siempre podía compaginarse con la equidad, por lo que añadió que «se debía dejar al arbitrio del juez el poder alejarse de ella, según las diferentes circunstancias».

Ya autores antiguos como Hennequin (16), decía que la medida sentencia «era contradictoria en sus resultados, abandonaba el destino de la cosa creada a la casualidad de haber sido empleada una u otra materia; y constituía una grave diferencia de situaciones entre artistas, cuyos derechos, evidentemente, deben ser idénticos frente a la equidad».

Entre los autores modernos que critican la media sentencia, recogemos las opiniones de Wolf (17) y de Martino (18). El primero dice que «la solución aceptada por Justiniano ha sido criticada frecuentemente y con razón: si la *nova species* puede restituirse a la forma antigua, el propietario de la materia adquiere la cosa, en otro caso, el especificador. Así, pues, si Benevenuto Cellini hubiese cioncelado en plata ajena su celeberrimo salero, no habría podido adquirirlo se-

(15) *Traité de la propriété*, núm. 186; citado por BIANCHI en *Corso di Codice civile italiano*, vol. 9, parte 3.^a, Roma, 1900.

(16) *Traité de législation et de jurisprudence*, t. I, p. 313, citado por BIANCHI en *Corso di Codice civile italiano*, vol. 9, parte 3.^a, Roma, 1900.

(17) *Tratado de Derecho civil. Derecho de bienes*, t. III, vol. I, Barcelona, 1936, p. 423.

(18) *Comentario al Código civile*, dirigido por SCIALOJA-BRANCA, Roma, 1957, p. 402.

gún esta Ley. Los derechos particulares desecharon semejante distinción para la mayor parte de los casos, decidiéndolos a favor del especificador. En igual sentido el Código civil.

De Martino dice que la teoría de Justiniano «es la menos lógica ya del lado dogmático, como del económico. El criterio de la prevalencia del trabajo sobre la materia o viceversa sólo puede fundarse dogmáticamente en que haya o no una *nova res*; del lado económico en la mayor importancia de la materia o del precio del trabajo humano empleado».

Subrayaremos que la media sentencia tutela exclusivamente el interés del dueño de la materia, pues, al ser posible que la *nova res* recobre la forma primitiva, puede seguir prestando la utilidad que el propietario pensaba obtener de ella; mientras que, si no puede reducírsele a su anterior forma, no podrá prestar esa utilidad en modo alguno. Este razonamiento lo confirma el párrafo 3.º del artículo 383, que, para caso de mala fe por parte del especificador, concede al dueño de la materia la opción entre quedarse con la obra sin pagar nada al autor (en el supuesto de que juzgue que la cosa le puede ser útil) o pedir la indemnización de la materia y de los perjuicios (en la hipótesis contraria).

Una controversia práctica se ha plantado en orden a la espiga: concretamente la de si es especificación el obtener granos del trigo. Entiende Gayo que así es, y lo afirma en las Instituciones. Otro texto de Gayo en el Digesto lo niega por el motivo de que los granos de trigo están ya formados y por tanto aquel que desgrana la espiga no crea una nueva especie, pero descubre una nueva especie ya existente. El texto del Digesto está, a la fuerza, interpolado, si bien la interpolación es posible que se limite a la aprobación de Justiniano (*videntur tamten recte*), etc. No tiene nada de extraño que en las *Res Cottidianae* Gayo añadiese una especial controversia en relación a esta materia. En el Derecho justiniano la controversia se puede resolver en el sentido de la tesis que excluye la especificación representada por el texto del Digesto, lo cual se justifica racionalmente, si se tiene en cuenta que en él la adquisición por especificación no es un premio al trabajo, sino el reconocimiento de que el especificador ha producido verdaderamente una nueva *species*.

6. Requisitos en orden a la adquisición de la propiedad; medios dirigidos a obtener el resarcimiento del daño

Justiniano mezcló en el régimen de la especificación conceptos que turban la naturaleza de este modo de adquirir y su carácter de adqui-

sición originaria. Exige la buena fe (19). También exige que la materia prima no tenga procedencia furtiva. Ello resulta de los textos que reconocen al propietario de la materia, no sólo la *actio furti*, sino también la *condictio furtiva*, la cual compete sólo al propietario. En realidad, la *condictio furtiva* fue ya atribuida por los proculeyanos al dueño de la materia, pero precisamente para obtener la indemnización de la materia extinguida. La solución justiniana está realmente en contradicción con la adquisición de la propiedad por parte del especificador; la condición furtiva se atribuye en cualquier caso, sea o no la cosa nueva reducible a la antigua materia. Probablemente es el resultado de una interpolación, o en parte una sobrevivencia sabiniana, que produce el resultado de excluir en el Derecho nuevo la adquisición en caso de furtividad.

Un tanto oscura es la razón de la indemnización al antiguo propietario por la materia o al especificador por su trabajo en la especificación de cosas reducibles. Tanto uno como otro se puede sostener que tenían la *exceptio doli* frente a la reivindicación, siempre que se hallaren poseyendo la cosa. Si tal acción puede ser también concedida cuando no se poseen las cosas, no podemos deducirlo de los textos. Probablemente los romanos consideraban suficiente la acción de hurto, si era efectivamente hurto; y si no, la especificación producía su efecto como un fenómeno natural.

En el Derecho común fue posible aplicar la *condictio sine causa* que corresponde al concepto no romano de esta *condictio* convertida ya por la jurisprudencia medieval en una acción por enriquecimiento injusto o una *reivindicatio utilis* en base a D.24.1.30, No obstante, la *reivindicatio* tiene su apoyo en la prohibición de donaciones entre cónyuges, y está probablemente interpolada para reforzar la eficacia de aquella prohibición.

II. CONCEPTO Y DEFINICION DE LA ESPECIFICACION

Toda cosa es una cantidad de materia existente de por sí, que aparece con una determinada apariencia. Esta apariencia no es respecto a la materia alguna cosa independiente, pero dependiente de ella es la composición físico-química, la forma, etc. El trabajo huma-

(19) D.10.4.12.3. *Si quis ex uvis meis mustum fecerit ex olivis oleum vel ex lana vestimenta (cum sciret haec aliena esse), utriusque nomen ad exhibendum actione tenebitur, quia quod ex re nostra fit nostrum esse verius est.* No tenemos por qué entender interpolada la palabra *cum sciret haec aliena esse*, ya que los compiladores acogieron la tesis sabiniana, no atribuyendo la acción *ad exhibendum* nada más que cuando el especificador procede de mala fe.

no que se apodera de la cosa como de su objeto puede tener diversos caracteres.

Puede consistir en una mera elaboración de la cosa, respetando o manteniendo la actual apariencia: en este caso el objeto del trabajo permanece tal como es; el trabajo humano se dirige a rehacer la cosa dejándola tal como es, como ocurre, por ejemplo, cuando se restaura un cuadro, más útil, más disfrutable o más bella, etc.; o bien a dar ahora por primera vez la propiedad de la utilidad, de la fruibilidad, etc.

El trabajo realizado sobre la cosa puede tener como fin una transformación o, respectivamente, una reacción de la cosa. Es ahora cuando por obra del hombre la materia asume una apariencia distinta de la actual, así que la materia misma es, a causa de la nueva apariencia, una cosa nueva, que hasta ahora no existía. De esta forma se produce la destrucción de la *species* actual y si bien es consecuencia de este procedimiento, no es su fin. Este consiste, por el contrario, en la nueva creación, producción o formación de otra apariencia, la cual tiene por efecto necesario la consunción de la apariencia mantenida hasta entonces.

Cuando el trabajo humano reviste este último carácter, los autores modernos hablan de especificación, la cual de esta manera se presenta como la creación de una cosa a partir de otra, y derivada del trabajo humano. El trabajo aparece así para el pensamiento, como lo que produce o que se crea.

Surge aquí la cuestión: ¿Cuándo el cambio de apariencia es tal que como resultado del mismo surge una nueva cosa? A esta pregunta no se puede responder diciendo «que cuando la cosa producida cae bajo un concepto diverso de la antigua». Por el contrario, este cambio de concepto no es necesario ni suficiente, para afirmar la existencia de una nueva especie. Puede haber una cosa nueva sin que cambie el concepto como, por ejemplo, si alguien transforma un vaso de plata en otro vaso de la misma forma.

Por otro lado, a pesar del cambio de concepto, se puede tener una cosa nueva, como cuando se convierte un campo en un jardín o de un trozo de leño se hacen estacas. Este supuesto es discutible, pues de un trozo de leño puede hacerse una viga u otro utensilio con una finalidad y utilidad distinta de las astillas. Lo que basta para demostrar que se ha cambiado el punto de partida. Continuamos dando importancia al *concepto* para la teoría de la especificación (considerando el cambio de concepto como el mejor indicio para la existencia de una nueva *specie*) en tanto en cuanto este cambio de concepto y de nombre indica que es realmente una nueva *specie*. Pero se corre fácilmente el peligro de que el cambio de concepto no sea considerado ya como un mero indicio. Otro criterio para estimar la existencia de una nueva *specie*, que en otros términos se admita la existencia

de una nueva cosa cuando el resultado del trabajo cae bajo un nuevo concepto. Pero esto es erróneo, ya que puede ser que la nueva cosa no siga al nuevo concepto. Porque si es creada una cosa nueva que sirve a distintos fines a unas nuevas necesidades, se le aplica un concepto y un nombre nuevos. Por ello no podemos por menos que decidir la cuestión de si hay o no una nueva cosa atendiendo sólo a la apariencia resultante; creación de una cosa antes no existente, o un simple mejorar o embellecer la cosa ya existente. Naturalmente, no se puede siempre distinguir con precisión entre creación y transformación de un lado, y simple elaboración de otros; en este caso la opinión del pueblo o del comercio debe considerarse como la decisiva. En tales casos es el nuevo nombre el que sirve para apoyar la idea de si hay o no nueva cosa, pero en ningún caso puede ser decisivo (20).

Pero lo dicho hasta ahora no es obstáculo para que pueda afirmarse que el objeto de la especificación pueda ser una obra manufacturada y susceptible como tal de una utilización económica autónoma, suya y propia, que se la reconduce al estado de materia prima, lógicamente, cabría también dentro de este supuesto el de que a la materia se le hiciese adquirir una forma o función diversa. En este sentido podría afirmarse que la especificación no sólo existe al formarse el producto acabado, sino incluso con prepararlo. En la misma línea podemos afirmar que son supuestos de especificación los procesos químicos y farmacéuticos en virtud de los cuales se obtienen sustancias que con anterioridad no existían, pero en lo relativo a esta cuestión se profundizará más adelante.

Para perfilar este concepto de especificación se deben hacer algunas precisiones de índole terminológico:

En primer lugar hay que precisar el sentido que debe darse a la expresión «materia ajena» empleada al regular este fenómeno en los Códigos civiles español, italiano, francés y alemán. Lógicamente, se impone que no tiene el sentido económico de materia prima, sino un sentido mucho más amplio en el que cabría cualquier cosa susceptible de ser transformada.

La segunda de estas precisiones se refiere a la expresión «mano de obra» que emplean también los Códigos antes mencionados, ya que cabría argumentar que esta terminología no es acertada, parece como si la obra del especificador hubiese sido objeto de contrato. Por ello cabría apuntar hacia la necesidad de modificar la terminolo-

(20) Como señala WOLFF, lo que acusará en el tráfico con mayor seguridad la existencia de la especificación es el aspecto terminológico, si el resultado del trabajo tiene en el tráfico un nombre distinto. Así, propiedad intelectual, industrial, etc., ENNECCERUS-WOLFF: *Tratado de Derecho civil (Derecho de bienes)*, tomo III, vol. 1, Barcelona, 1936, p. 438.

gía, ya que los preceptos destinados a regular la especificación resuelven un conflicto de interés en aquellos casos en que el especificador es un artesano y no un obrero de empresa. A mayor abundamiento en favor de este argumento conviene decir que, como señala Alonso Pérez (21), «el conflicto entre el propietario de los materiales y el especificante se ve en una conformación histórica donde ambos operaban con autonomía. La producción en masa por parte del fabricante no se adapta a esa regulación anacrónica. Aparte problemas laborales y sociales, lo normal será que el especificador trabaje enmarcado en una empresa, la que no transforma la materia para él, sino para el empresario. En el mejor de los casos, él puede ser un minúsculo participante en los beneficios».

Concepto amplio de especificación

Desde el Derecho romano se viene considerando como supuestos de especificación la obtención de vinagre del vino por obedecer a un proceso natural, mientras que, por el contrario, la fermentación del mosto en vino no debe considerarse como producción de una cosa nueva, sino únicamente como la económicamente natural perfección del mosto. A estos casos se pueden añadir otros numerosos casos de producción como alfombras con pieles de animales, pan con harina, azúcar con remolacha, una estatua con mármol, trabajos de metal como recipientes y anillos, estatuas de oro y plata, la formación de medicinas con varias materias medicinales, ungüentos con hierbas, la obtención del uranio enriquecido a partir del uranio natural, la obtención de metales utilizables de residuos de escombreras, etc.

Por el contrario, no hay especificación si se rompe simplemente una cosa, si bien es cierto que el romper una cosa puede conducir a la especificación si es éste el medio para hacer una nueva cosa (así, por ejemplo, en el caso de creación de tablas segando un tronco de árbol). No se produce, sin embargo, en este caso una nueva cosa, simplemente se divide, se separa la materia en su actual apariencia en partes singulares o fragmentos. Normalmente, haciendo esto, la cosa queda destruida (como ocurre si se hace piezas una piedra), pero puede ocurrir que se haga esto para disminuir la cosa dejando subsistente ésta como, por ejemplo, cuando se recorta el papel de una carta o se recorta papel para sacar figuras. Así, la niña que recorta en un pliego de papel de recortables una muñeca y sus vestidos, o el niño que en un pliego análogo recorta soldaditos de papel no hacen especificación. Pero el simple romper no produce nunca una cosa nueva. Nueva puede ser sólo la separación, pero no el mero trozo. Par-

(21) *Comentarios del Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO (a cargo de M. Alonso Pérez), tomo V, vol. 1, Madrid, 1980, pp. 337-338.

tiendo de esta idea a veces se declara que la simple extracción del grano no es especificación; mientras que otras consideran este supuesto como de especificación. Desde luego, este supuesto es discutible. La doctrina alemana, basándose en las fuentes, considera que es especificación, pero una espiga puede tener un valor distinto, por ejemplo, ornamental.

Al ejemplo clásico de si es especificación obtener granos de una espiga de trigo, pueden añadirse como análogos el obtener o desgranar los granos de una granada, el maní de los cacahuets, o las habas contenidas en una vaina; ejemplos todos éstos que han de resolverse con el mismo criterio. Análogamente se plantea también la cuestión de si es o no especificación el quitarle las cáscaras o cubiertas a las almendras o avellanas. Desde luego que la terminología no es decisiva en estos casos, pues si en el supuesto de los manís y los cacahuets hay un cambio de denominación, las almendras y las avellanas conservan el mismo nombre, distinguiéndose con o sin cáscara. Distinto sería el caso de obtener aceite de los cacahuets o de las almendras, indudable caso de especificación.

Por esta misma razón debemos negar que sea especificación el descuartizar las reses en el matadero. Quien hace esto con un animal no produce una nueva cosa. Únicamente el cuerpo animado se convierte en inanimado, y aunque evidentemente se ha producido un cambio, éste no crea una cosa nueva. Por tanto, quien sostenga que es especificación el descuartizar un animal debe admitir que el cazador que mata una liebre produce así una cosa nueva. Procediendo por este camino debería admitirse que la adquisición de la caza sea una adquisición de la propiedad por especificación, mientras que es indudablemente una adquisición por ocupación y en las fuentes se ha tratado simplemente como tal. Ocupando los animales salvajes la muerte simplemente el acto de ocupación. Es por tanto erróneo decir que el cadáver no es idéntico al animal, el cadáver en realidad no es más que el mismo animal muerto, y no son nuevas cosas las materias obtenidas del animal muerto, como la carne, la piel, etc.

Todas estas cosas no son más que una descomposición del animal muerto y no la creación de una nueva cosa; de estos trabajos se puede decir que no producen una cosa nueva.

Finalmente, no producen especificación aquellos trabajos a través de los cuales se elabora simplemente una cosa, se la hace más útil, más bella, más duradera, etc. A esta especie de trabajos pertenece el teñido, que no puede considerarse como especificación, fundamentalmente por una buena razón; porque es una simple elaboración o preparación de una cosa y no una transformación en otra. Así tampoco puede considerarse especificación el bordar (22), el grabar, el

(22) La cuestión de si el bordar es o no es especificación es discutible, pues eviden-

cincelar, etc. Hay una simple elaboración y no un especificar en pulir piedras preciosas, poner frutos en conserva, salar arenques, secar frutas, etc. No se produce nada nuevo, sino que simplemente se hace más gozable aquello que ya existe. Por el contrario, el hacer embutidos es ya especificación.

Se excluye de la especificación el trabajo de recoger la fruta, de extraer minerales, ya que no se produce nada, sino que simplemente uno se apropia de lo que ya existe.

En este mismo sentido cabe señalar que el término «formar» se opone a la disolución de la cosa en sus partes integrantes, excepto cuando ésta, como es frecuente en los procesos químicos, no restablece un estado anterior, sino que sirve para obtener sustancias que antes no existían de ese modo y que, por lo tanto, son nuevas. Si bien hay que aclarar que siempre que un sujeto cambia la esencia de una cosa propia para transformarla en otra este acontecimiento no tendría en ningún caso eficacia adquisitiva de la propiedad, otra cosa es que tenga una eficacia jurídica de la misma índole, así generadora de un derecho de propiedad industrial, intelectual, etc.

El modo hasta ahora expuesto de tratar la especificación no es una derivación de una determinada teoría económica, sino la consecuencia lógica de que la propiedad se adhiere a la sustancia de la cosa y por eso perdura aunque la sustancia subsiste como cosa independiente. Sin duda, la lógica de este principio responde a la condición económica de la antigüedad. El principio de que el trabajo, o más exactamente, la producción, pueda proporcionar la propiedad de la cosa, no puede surgir en este tiempo, en cuanto que todo lo que era creado con el trabajo pertenecía ya por su naturaleza al productor. No había en este tiempo ningún motivo que explicase o pusiera de relieve el trabajo como fundamento de la adquisición de la propiedad. Que una persona especifique materia ajena es de por sí un caso raro y no era necesario que fuese particularmente considerado.

Pero cuando la fabricación deviene un ramo independiente de la industria —hasta ahora no se había hecho más que utensilios y productos artificiales de los cuales se tenía necesidad— se plantea el problema de la adquisición por el fabricante.

Sólo en este momento histórico se entiende cómo surge la cuestión de que la fabricación misma no sea de por sí un modo de adquisición de la propiedad, de modo que la nueva especie pertenezca, a causa de la producción, y no de la sustancia al fabricante, cuando éste había utilizado para crearla materia ajena. Esta cuestión fue resuelta

temente no es lo mismo un cañamazo liso o un tul que un bordado que se realiza encima del mismo; se trata de dos cosas distintas con aplicación y valor económico-social diferentes. Hay cierto parecido con la pintura.

con la atribución de la propiedad de la nueva especie al artífice. En base a esta nueva teoría el valor general sin excepción del principio sustancial, que hasta ahora había sido totalmente admitido. Podría estarse tentado, llevándose de la moderna terminología, a considerar la «teoría proculeyana» como una reacción contra el capitalismo, en cuanto que ésta da valor al trabajo en oposición al principio sustancial. Pero puede ser necesario considerar que aunque el trabajo, al cual los proculeyanos atribuían la fuerza de generar la propiedad, en las condiciones económicas del Imperio romano, era principalmente trabajo de esclavos, de manera que en esta cuestión se encuentra de frente capital contra capital, capital trabajado contra capital trabajante. No se plantea en realidad una lucha entre capital y trabajo, sino una lucha entre el principio capital y el principio de la creación (23). Sin embargo, algún sector de la doctrina alemana ha considerado que «todo esto está en consonancia con las concepciones habituales y adecuadas a la economía de división del trabajo en los estados no comunistas; derivarlo de una voluntad presumible o aún de una voluntad tácitamente declarada, es una ficción y falla del todo cuando uno de los contratos concluidos entre empresario y trabajador o entre comitente y maestro de obras es nulo por una u otra razón».

Hay que señalar finalmente que quien adquiere por especificación es el «dominus negotii», el programador o creador del trabajo, que en la práctica no suele ser el autor inmediato, en este sentido, y pienso que equivocadamente, señala Alonso Pérez (24) que «el uso del lenguaje corriente y del tráfico consideran como fabricante especificador no tanto a quienes aporten el trabajo manual o intelectual para engendrar la nueva cosa (*res nova*), cuanto al titular de la empresa de la que salió la obra. No especifica, jurídicamente hablando el operario, el artífice o inventor, ni aún los empleados que dirigen y cuya capacidad organizativa logra la formación de un trabajo normal y razonado —salvo cuando ellos llevan a efecto su obra como «dominus negotii», lejos de toda dependencia ajena—; el derecho considera especificador al propietario o titular de la empresa o taller que se dedica a la realización de la obra». Parece que siempre que la transformación de la materia se produce dentro de la esfera contractual en ningún caso se adquiere el dominio por especificación.

No se adquiere en ningún caso por especificación cuando la repetida transformación de la materia se realiza dentro del ámbito contractual. Pues, aun poniéndonos en la hipótesis de que el contrato laboral fuese nulo, valdría en todo caso como arrendamiento de servicios; además que los modernos autores del Derecho laboral distin-

(23) ENNECERUS-WOLFF, *op. cit.*, p. 437.

(24) *Comentarios del Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO (a cargo de M. Alonso Pérez), tomo V, vol. 1, Madrid, 1980, p. 339.

guen entre el contrato de trabajo y la relación de trabajo, pudiendo firmarse un contrato de trabajo nulo y existir, sin embargo, una relación laboral, una ocupación de empleado, y en caso de que el contrato no fuese válido por cualquier causa como tal, podría considerarse como un supuesto de gestión de negocios (25).

Pero no obstante lo expuesto hasta aquí, un autor francés, V. Châtelain, entendió que eran especificantes los obreros de la industria, y que, por lo tanto, era un error aplicar a sus relaciones con los patronos las reglas de los contratos, antes que las referentes a la especificación (sobre todo las reglas establecidas en los arts. 570-571 del Código civil francés), este sistema, evidentemente, llevaría a conceder al obrero —y según los casos— un derecho de propiedad sobre la cosa trabajada, y no, por tanto, un simple derecho de crédito por los salarios, y no una indemnización que se calcularía según un aumento de valor de la cosa transformada. Pero como pone de manifiesto Colin y Capitant (26), «basta una sola palabra para desvanecer esta teoría y es que las reglas de la accesión de muebles, sólo se aplican a falta de convención, en los casos no previstos como dice el artículo 565 del Código civil francés, y cuando la unión y la transformación de la cosa se ha realizado por accidente (sin que lo sepa el propietario, repiten hasta la saciedad los artículos 573, 576 y 577 del Código civil).

III. DERECHO COMPARADO

Tanto el Código civil italiano como el alemán, siguiendo básicamente la tesis proculeyana, se pronunciaron por la solución aristotélica, rechazando expresamente la *media sententia* de Justiniano y atribuyendo la propiedad de la nueva cosa al artífice.

Dispone el artículo 940 del vigente Código civil italiano que «si alguno ha utilizado una materia que no le pertenece para formar una nueva cosa, pueda o no la materia volver a tomar su primitiva forma, se adquiere la propiedad pagando al propietario el precio de la materia, salvo que el valor de la materia sobrepase notablemente el de la mano de obra. En este último caso la cosa pertenece al propietario de la materia, el cual debe pagar el precio de la mano de obra».

(25) En este orden de ideas señala ALONSO PÉREZ: «El contrato de ejecución de obra o empresa viene a destruir ininidad de veces en la práctica el régimen de la especificación. Porque ya no se contempla aislada la figura —relación dueño de la materia con especificante, sino absorbida por otra más compleja relación comitente con artífice— de índole contractual, *Comentarios del Código civil y Compilaciones forales*, p. 338.

(26) *Curso elemental de Derecho civil*, II, Madrid, 1942, p. 891.

El BGB sigue el mismo camino extremándolo: quien hace una nueva cosa, con material ajeno, adquiere su propiedad, incluso si actúa de mala fe.

En la solución adoptada por el legislador italiano y alemán no faltó un cierto *quid pro quo*, ya que el siglo XIX vio en general en la teoría de la especificación un reconocimiento y consagración del derecho del trabajo. Era quien incorporaba su esfuerzo a la obra quien adquiría la propiedad de la cosa. Tengamos en cuenta, además, la fecha en que se promulgó el nuevo Código civil italiano.

Pero ese pensamiento era completamente ajeno a los romanos. Para los proculianos, quien adquiría la cosa no era quien de hecho la trabajaba, sino el dueño del negocio. Además, era precisa la transformación, la nueva forma de la cosa, y la razón de esta adquisición de la propiedad nada tenía que ver con el trabajo prestado. Como ya se vio al estudiar el fenómeno de la especificación en el Derecho romano, se partió en él de que la cosa, al ser nueva, era de nadie, *nullius*. Tanto el Código civil italiano como el alemán hablan de que se forme una nueva especie. Por mucho trabajo que se haya prestado, si no ha aparecido una nueva cosa, no ha lugar a la especificación.

En el mismo sentido, la doctrina alemana pone de manifiesto que al promulgarse el BGB se subrayó que la solución dada al problema de la especificación en el 950 beneficiaba a la clase trabajadora. Pero puede también observarse que el resultado ha sido muy diferente, pues, en líneas generales, esta solución no se adoptó para favorecer a los trabajadores como clase social, sino al empresario, al «propietario especificante» de la fábrica, al capitalista, al programador o creador del trabajo, que en la práctica no suele ser el autor inmediato (27).

Hay que señalar por último que el ámbito de la especificación en el BGB es más amplio que en el Código civil español, francés e italiano, ya que incluye, dentro del mismo, la escitura, y en general el trabajo realizado en la superficie de ciertos cuerpos, mientras que en el Código civil español se contemplan como supuestos de incorporación (art. 377 del Código civil).

El Código civil francés, por el contrario, se pronunció por la solución estoica y atribuyó la propiedad de la cosa nueva al dueño de la materia empleada. Así se deduce de su artículo 570, que dispone que si un artista o una persona cualquiera ha empleado una materia que no le pertenece para formar una obra de nueva especie, pueda o no la materia volver a tomar su primitiva forma, el que fuera propietario tiene derecho a reclamar la cosa que ha sido formada, reem-

(27) El BGB otorga al Juez un poder discrecional para adjudicar la cosa al dueño de la materia en caso de mala fe del especificante. Pero si bien la fórmula de nuestro Código civil no es tan acertada (art. 383), en la práctica podría conducir a idénticos resultados.

bolsando el precio de la mano de obra, valorado en la fecha del reembolso (28).

En primer lugar, y por lo que el Derecho francés se refiere, hay que señalar la inútil alusión que su Código civil hace a la *media sententia* justiniana. Podría haber omitido sin más esta referencia, ya que son los mismos los resultados prácticos a que se llega, o lo que es lo mismo, tanto le habría dado al legislador francés decir que «si un artista o una persona cualquiera ha empleado materia que no le pertenece, para formar una cosa de nueva especie, el propietario tiene derecho a reclamar la cosa formada, reembolsando el precio de la mano de obra estimado en la fecha de la restitución (29).

Sin embargo, es el artículo 661 del Código civil holandés el que más se acerca a nuestro precepto regulador de la especificación, ya que parece referirse a los supuestos de que el especificante actúe de buena o mala fe al disponer que «el que ha empleado materia ajena en formar una cosa de nueva especie puede apropiársela pagando el precio de la materia y los gastos, daños e intereses si ha lugar a ello.

(28) Pero con independencia de cuál sea el fundamento histórico de esta divergencia de las tesis adoptadas por el Código civil francés y por el resto de los Códigos continentales, la principal consecuencia que ello conlleva es la de la carga de la prueba, ya que, mientras que del artículo 383 del Código civil español y 490 del Código civil italiano se desprende que quien corre con la carga de la prueba es el dueño o dueños de los materiales especificados. Para el Derecho francés, y como ya hemos dicho, por adoptar éste la tesis sabiniana se invierte la carga de la prueba, quedando, por tanto, a cargo del o de los especificantes. Pero en la práctica, lo más frecuente es que el trabajo o la industria valgan más que la materia, de donde podemos deducir que esta regla sólo produce el efecto práctico de cargar al dueño de la materia con la prueba de su mayor valor.

No obstante, esta inversión de la carga de la prueba estaría justificada, no ya por las diferentes tesis adoptadas en estos Códigos, hay que señalar también que a consecuencia de ello, el Código civil francés considera cosa principal a la materia y accesoria a las obras. Mientras que para los Códigos civil español, italiano y alemán es cosa principal la «nueva especie» y «accesoria» la materia.

Debemos señalar una última diferencia entre el Código civil francés y el resto de los Códigos continentales: en el caso en que el especificador hubiera procedido de mala fe, el Código civil francés otorga al dueño de la materia la facultad de optar entre la restitución de ésta en la misma especie, peso, medida y calidad, o su valor estimado en la fecha de la restitución.

Como ya hemos dicho, esta alternativa no la concede ni el Código civil español ni el BGB, ni el Código civil italiano; tal vez, esta alternativa podría hacerse depender de la naturaleza de la cosa especificada.

(29) No obstante, el Código civil francés toma en consideración subjetiva del especificante, pero no al regular el supuesto concreto de la especificación, sino como regla general al tratar del derecho de accesión relativo a las cosas muebles. Si bien hay que señalar que la expresión que emplea el Código francés «a leur insu» tiene un sentido más amplio que el concepto de mala fe. Pero en todo caso este comportamiento subjetivo del especificante no es tenido en cuenta a efectos de atribuir la propiedad, según el modo de proceder, al dueño de los materiales o al artífice, sino únicamente a efectos de indemnización de daños, perjuicios e intereses.

Este segundo supuesto parece referirse al caso de que el especificante hubiese procedido de mala fe.

IV. NATURALEZA JURIDICA DE LA ESPECIFICACION

¿Es la especificación una modalidad de la accesión? ¿Adquiere el especificante por ocupación o bien se trata de modo autónomo de adquirir la propiedad?

En este sentido algunos autores franceses niegan que la especificación sea un caso de accesión, ya que en pura teoría no hay unión de dos cosas. Hay una materia y un artista o un obrero (Aubry y Rau) (30), pero en el fondo de la cuestión, como ponen de manifiesto Colin y Capitant (31), nos encontramos en presencia de la unión, de la incorporación, de al menos dos valores, la materia y el trabajo. No obstante, la especificación aparece regulada en todos los Códigos europeos bajo la rúbrica «de la accesión de bienes muebles».

Aun con todo, los defensores de la tesis sabiniana entienden, en general, que el especificante adquiere la propiedad de la cosa especificada por accesión, como una manifestación más de la propiedad de absorción del dominio. Esto sería fundamentalmente el espíritu del Código civil francés, que sigue básicamente la tesis sabiniana. Por el contrario, y para los defensores de la tesis proculyana, el especificante adquiere el dominio por ocupación, por entender que una vez transformada la cosa se ha extinguido la materia (*res nullius*).

En apoyo de esta tesis, es decir, de la valoración del trabajo a favor de la tesis proculyana, podemos decir que del amplio concepto de ocupación que da Moreu (32), ya que para este autor el ocupar una cosa es llegar a ella en la forma precisa para adquirir la propiedad. Para Moreu, el acto decisivo para la ocupación es el jurídicamente significativo, categoría que generalmente se corresponde con lo difícil, en el hallazgo oculto es el descubrimiento; mientras el mero hecho de ver una cosa perdida o sin dueño, que podría ver o coger cualquiera que por allí pasase, no es bastante significativo. En la caza lo difícil es abatir al animal y no causarle la primera sangre...

A tres pueden reducirse las posibles construcciones de la naturaleza jurídica de la especificación: a) Es una clase o especie de la accesión; b) es un caso de ocupación, y c) es un modo independiente de adquisición fundado en el reconocimiento del valor del trabajo humano. Examinémoslas por separado.

(30) *Droit civil français*, IV, Sixieme edition, París, 1964, p. 210.

(31) COLIN y CAPITANT, *op. cit.*, pp. 892-893.

(32) MOREU BALLONGA, J. L.: *Ocupación, hallazgo y tesoro*, Zaragoza, 1980, p. 593.

La solución sub a) tiene en su apoyo la sistemática del Código civil, que incluye los artículos que regulan la especificación (377-2.º y 383) en la sección III del capítulo II, título II del libro II, que lleva por rúbrica «Del derecho de accesión respecto a los bienes muebles», considerándola, por tanto, como una subespecie de la accesión de mueble a mueble y es compartida por nuestra doctrina, pudiéndose citar, entre otros, a Scaevola (33), Manresa (34) y Alonso Pérez (35). Discrepa, en cambio, Traviesas (36), para quien «la especificación puede no ser un caso de accesión. La accesión supone la incorporación de una cosa a otra (art. 353), y la especificación aparece con la creación de una cosa nueva, en que puede no haber cosas que se integren. La especificación implica siempre actividad humana y, al menos, materia ajena. Con una cosa ajena puede hacerse una cosa nueva, y hay entonces especificación. En este último supuesto no puede hablarse de unión o incorporación de una cosa a otra, porque la actividad humana no es cosa, en sentido legal, como objeto de propiedad. el trabajo del hombre, dice Barassi, no es cosa: no tiene existencia autónoma o está íntimamente ligado al hombre.

Y es que en la especificación no hay la unión de dos entidades homogéneas, pues no lo son la cosa o material empleado y el trabajo que la elabora o transforma. Así lo entiende Bianchi (37) cuando observa que «existe una incongruencia al hablar de *accesión* cuando no hay dos cosas que tengan cada una existencia física distinta y reconocible, de las cuales la una se una y se incorpore a la otra, lo que constituye el hecho fundamental en todo caso de accesión. Es también ilógico considerar la materia y la industria como dos partes de la cosa, de las cuales una deba ceder a la otra, mientras que la industria está identificada con la cosa en la que ha operado la transformación».

Estos argumentos son aceptados por Brugi (38), pero, en cambio, rechaza la idea final de Bianchi en el sentido de que, no se debe considerar como parte de la cosa la industria, sino el producto de la industria misma, es decir, la transformación que ha hecho sufrir la materia convirtiéndola en una especie nueva. En contra, Brugi aduce que únicamente hay una sola cosa en la que idealmente se piensan separados dos aspectos, con lo que sólo con un gran esfuerzo y artificio se podría permanecer en la teoría de la accesión.

(33) SCAEVOLA, *op. cit.*, p. 676.

(34) MANRESA, *op. cit.*, p. 396.

(35) ALONSO PÉREZ, *op. cit.*, p. 336.

(36) TRAVIASAS: *Ocupación, accesión y especificación*, en «R.D.P.», octubre 1919, p. 302.

(37) BIANCHI: *Corso di Codice civile italiano*, vol. 9, parte 3.ª, Roma, 1900 pp. 633 y ss.

(38) BRUGI: *De la propriété*, vol. 2.º, Napoli, 1923, p. 374.

La consecuencia fundamental de considerar a la especificación como un supuesto de accesión es la necesidad de determinar de los dos elementos que en ella intervienen, la materia y el trabajo, cual es el principal, con el inevitable resultado de abriruir la propiedad de la *res nova* a quien la haya aportado; es decir, al dueño de la materia o al especificador. Para Pothier era máxima fundamental en este tema que «la forma debiese acceder a la materia», y por tanto, en la especificación en principios de la propiedad de la *res nova* correspondería al dueño de la materia.

Pero, ¿es ésta la tesis de nuestro Código civil? Según A. García Valdecasas (39), «nuestro Código (en la especificación) atribuye la propiedad, en definitiva, por razón del valor, y no por la forma ni por la materia. Lo sustantivo o sustancial en la cosa es lo que la cosa valga. La sustancia de la cosa, en este artículo del Código, aparece como sustancia de valor. Cuando hay dos posibles partícipes en una cosa, la adjudicación de la propiedad gravita hacia aquel que ostenta una participación más valiosa, y en ella se reconoce la sustancia de la cosa atribuida. Sólo en el caso puramente teórico de una exacta equivalencia entre las dos partes, se daría preferencia al especificante».

Insistiendo en esta idea diremos que nuestro Código civil resuelve el conflicto entre el propietario de la materia y el especificador a favor de éste siempre que con su actividad haya aumentado en algo el valor que tuviera la materia. Así se deduce, indirectamente, del artículo 377-2.º, que con una terminología propia de la accesión, presume *iuris et de iure* en la pintura y escultura, en los escritos, impresos, grabados y litografías el carácter accesorio de la tabla, el metal, la piedra, el lienzo, el papel o el pergamino, cuando es evidente que en algunos casos la actividad realizada sobre esos materiales, aunque les haya aumentado de valor, en sí considerada, puede ser de menor valor que aquéllos. Pero todavía es más claro en este sentido el párrafo 2.º del artículo 383 que, «a sensu contrario», atribuye la propiedad de la obra al especificador, siempre que en este artículo, al igual que en el 1.588, la palabra *obra* designa no al trabajo, sino al resultado de éste aplicado a la materia, y, por tanto, nuestro Código, como queda dicho, no exige para que el especificador adquiera la propiedad que su trabajo valga más que la materia, sino sólo que le haya aportado un incremento de valor, por mínimo que sea.

La solución sub b) está relacionada con la teoría proculyana de la especificación, que veía a través de ella una destrucción de la materia empleada y la creación de una cosa nueva, con la consecuencia de que en la especificación de cosa ajena había un modo originario de adquirir la propiedad por parte del especificador. Esta tesis es se-

(39) GARCÍA VALDECASAS: *La idea de sustancia en el Código civil*, «R.D.P.», 1951, p. 884.

guida, entre otros por Brugi (40), cuando dice: «... me parece que la cosa elaborada no sólo económicamente, sino también jurídicamente, es objeto de una nueva propiedad, y es éste, si no me equivoco, el concepto del Derecho romano».

Queda por ver la tesis sub c), que podemos denominar teoría del trabajo en la adquisición por especificación. En el siglo XIX estuvo muy en boga entre los filósofos el presentar el trabajo como el principal fundamento del derecho de propiedad. Por todos ellos vamos a reproducir las enfervorecidas palabras de Balmes (41): «Suponiendo que no haya todavía propiedad alguna, claro es que el título más justo para su adquisición es el trabajo empleado en la producción o formación de un objeto. Un árbol que está en la orilla del mar en un país de salvajes, no es propiedad de nadie; pero si uno de ellos lo derriba, le ahueca y hace de él una canoa para navegar, ¿cabe título más justo para que pertenezca al salvaje marino la propiedad de su tosca nave? Este derecho se funda en la misma naturaleza de las cosas. El árbol, antes de ser trabajado, no pertenecía a nadie, pero ahora no es el árbol propiamente dicho, sino un objeto nuevo; sobre la materia, que es la madera, está la forma de canoa; y el valor que tiene para las necesidades de la navegación es efecto del trabajo del artífice. Esta forma es la expresión del trabajo: representa las fatigas, las privaciones, el sudor del que lo ha construido; y así la propiedad de las facultades empleadas en la construcción. Luego, el trabajo es un título natural para la propiedad del fruto del mismo; y la legislación que no respete este principio es intrínsecamente injusta.»

Está claro que los ejemplos aducidos por Balmes para sustentar su tesis de que el trabajo es fundamento del derecho de propiedad son de especificación, si bien, para evitar dificultades, supone que la materia empleada no pertenecía a nadie, con lo cual mezcla el trabajo con la ocupación, a la que este autor, en el número siguiente, la reduce a una manifestación del mismo trabajo.

A esta orientación filosófica responde el artículo de Otero Valentín: «El trabajo, modo de adquirir la propiedad» (42), comienza así: «Una de las omisiones menos disculpables padecida en los Códigos civiles —como sucede en el nuestro (art. 609)— es la de no determinar o enumerar entre los modos de adquirir la propiedad, *a los productos del trabajo*, no obstante contener varios artículos dispersos con doctrina afirmativa de su reconocimiento y reglamentación, así como en varias leyes especiales a las que se refiere.»

(40) BRUGI, *op. cit.*, p. 375

(41) BALMES: *Filosofía elemental*, «Ética», núm. 186, Barcelona, s.f., tomo IV, p. 54.

(42) OTERO VALENTÍN: *El trabajo, modo de adquirir la propiedad*, «R.D.P.», noviembre 1919, pp. 321 y ss.

Distingue este autor, atendiendo a su naturaleza, tres clases de trabajo: a) el intelectual; b) el manual, y c) el exclusivamente personal o de servicio. El primero es el que corresponde al autor de una obra literaria, científica o artística, el cual tiene derecho a explotarla y disponer de ella a su voluntad, con arreglo a lo dispuesto en la Ley especial que regula esta materia.

Creemos que, además de con la propiedad industrial o intelectual, esta clase de trabajo puede estar relacionada con la especificación, principalmente con la escritura, cuando la obra artística, científica, literaria o técnica se haya escrito o impreso en papel ajeno.

El trabajo manual está garantizado en el Código civil a través de la especificación (art. 383, par. 1.º); del contrato de obra (art. 1.595) y del derecho de retención a favor del que ha ejecutado una obra en cosa mueble (art. 1.600).

El trabajo personal o de servicio a favor de otra persona se garantiza en los artículos 1.151, 1.582 y 1.583.

Añadiremos que este tipo de trabajo puede estar también relacionado con la especificación cuando el criado o asalariado en el ejercicio de sus tareas hace una *res nova* con materiales que no son suyos ni de su amo, si bien los efectos de la especificación se producirán para éste y no para el asalariado.

En la doctrina italiana, dentro de esta corriente de ver la especificación a través de la doctrina del trabajo como fundamento de la propiedad, Brugi (43), dice que: «La especificación aparece con especial importancia cuando se puede decir un reconocimiento del trabajo como modo de adquisición de la propiedad, aunque sea bajo el título legal de la accesión.» Subraya seguidamente que la adquisición por el especificador es un derecho que le otorga la Ley, por lo que le corresponde tanto si posee la cosa especificada como si está en poder del propietario de la materia.

La teoría del trabajo como modo de adquirir, sancionado por el legislador en el artículo 383, es relativamente reciente; arranca, como hemos dicho, del siglo XIX. Nada tiene que ver con la tesis proculeyana en materia de especificación, pues, como dice Traviesas (art. citado, pag. 301), siguiendo a Sokolowski, «no están en lo cierto modernos juristas que vieron en la teorías de sabinianos y proculeyanos sobre la especificación un modo de concebir la relación entre capital y trabajo. El trabajo apenas es digno de atención como fuerza adquisitiva en la teoría de la especificación del *Corpus iuris*. La teoría de los proculeyanos de Labeón y sus secuaces, atribuye la nueva especie a quien la ha hecho, pero es por reconocimiento de los principios

(43) BRUGI, *op. cit.*, pp. 387 y ss.

de la filosofía peripatética, para la cual la materia es el factor pasivo, que es determinado y limitado por la forma. Constituye la materia la posibilidad de todo ser, que por la forma es elevado a realidad. La materia no existe más que en la *nová species*; es agotada, consumida por ella».

Naturaleza o esencia de la especificación

En la pugna sobre si lo esencial en la especificación es la creación de una cosa nueva, que, por tanto, se adquiere por ocupación por el especificador, o es el trabajo desplegado en la realización de la obra que actúa como título de la nueva propiedad, creemos deber pronunciarnos diciendo que ninguna de las dos construcciones indicadas es suficiente y que sólo se llega a un resultado aceptable mediante la síntesis armónica de ambas.

Que no es suficiente la tesis de la ocupación de la cosa especificada por el especificador lo demuestra el siguiente ejemplo: se admite como supuesto de especificación el transformar la leña o madera en carbón; pues bien, supongamos que un montón de leña o, incluso, un bosque arden fortuitamente —v.gr., por una chispa desprendida de una locomotora que pasa contigua o por efecto de los rayos del sol veraniego— convirtiéndose en carbón. Hay un resultado semejante o parecido al que se obtiene cuando la reducción de la leña o madera ha sido hecha por un sujeto conscientemente, siguiendo las leyes del arte propias del caso (haciendo un boliche), y sin embargo, en el caso del carbón obtenido por el incendio fortuito de la madera, aquél no se hace propiedad del primero que lo ocupe, sino que sigue siendo propiedad del dueño de la antigua materia (del dueño de la leña o bosque ardidos).

Pero no cualquier transformación de la materia, producida a consecuencia de una acción humana da lugar a la especificación, sino sólo la realizada siguiendo con más o menos perfección la *lex artis*. Para comprobarlo continuemos con el ejemplo de la leña convertida en carbón; si suponemos que la transformación indicada no se ha hecho siguiendo aquellas reglas, sino que es consecuencia de que un pirómano ha incendiado la leña o el bosque, no sólo no hay especificación, sino que existe una damnificación y un delito, cuyo autor tendrá que indemnizar al propietario no a consecuencia de una expropiación (que, en el fondo, existe en la especificación), sino por responsabilidad civil *ex delicto* (44).

(44) Tipificado en el artículo 551-2.º del Código penal de 1944.

Del mismo modo, el trabajo, si no va acompañado de la creación de una *res nova*, no determina la especificación. Supongamos que un matarife toma una res que no le pertenece y, sin permiso de su dueño, la sacrifica, descuartiza, despieza y limpia, disponiéndola para su venta como carne y despojos. Es evidente que hay un trabajo realizado según la *le artis*, y sin embargo, no hay especificación, porque no ha dado lugar a una *res nova*, pues sólo hay el cuerpo de un animal, primero vivo y luego muerto. Por tanto, las carnes extraídas de la res pertenecen al antiguo propietario, a quien el matarife tendrá que indemnizar por los perjuicios que le haya ocasionado el sacrificio de la res sin su consentimiento. Únicamente si el dueño tenía decidido y dispuesta la res para sacrificarla, habría lugar a la *compensatio lucri cum damno*. Pero, avanzando más, hay que plantearse cuál es el papel que, respectivamente, juegan en la adquisición de la propiedad mobiliaria por especificación la ocupación de la *res nova* especificada y el trabajo desenvuelto por el especificador. Una primera construcción sería referirla a la teoría del título y el modo de adquirir los derechos reales diciendo que en la especificación la ocupación de la «res» especificada es el modo y el trabajo el título. Pero semejante razonamiento tropieza con dos dificultades, de las cuales una es insalvable. La primera es que el trabajo es una de las causas o título de la adquisición derivativa, una *iusta causa traditionis*, aunque constituya uno de los hechos que, entre las diversas teorías filosóficas sobre el fundamento del derecho de propiedad, se han aducido como legitimadores de ésta (seguida, entre otros, por Adam Smith, Stuart Mill, Bastiat, Thiers y Portalis). Pero esta dificultad podría salvarse diciendo que excepcionalmente el artículo 383 del Código civil recoge al trabajo como causa o título de la adquisición por especificación. La segunda dificultad es entonces insoluble, porque se trata de que la teoría del título y el modo, ya un tanto anticuada se planteó para los modos derivativos de adquirir el dominio, principalmente de la tradición (*iusta causa traditionis*), y si decimos que en la especificación el especificador adquiere por ocupación la cosa especificada, siendo aquélla un modo originario de adquirir, huelga hablar de título y de *iusta causa* de la misma. En ese caso, ¿qué papel juega el trabajo en la adquisición por especificación? Creo que el de causa o fundamento de la expropiación que sufre el dueño anterior de la materia. Hemos visto anteriormente que la mutación de aquélla es una *res nova* no es por sí sola suficiente para hacer perder la propiedad a su anterior titular, ya que si esa mutación o transformación se hubiera hecho por causas distintas al trabajo humano —por ejemplo, un tonel de vino que naturalmente fermenta, convirtiéndose en vinagre—, la nueva cosa pertenecería al anterior dueño de la materia. La expropiación que en la especificación sufre el anterior dueño se hace como premio al trabajo del especificador, y por ello, como en toda expropiación, hay lugar a una indemnización a favor del dueño expropiado, tanto si el especificador procedió de buena fe como si lo hizo

de mala fe (art. 383, proposiciones 1.^a y 3.^a), indemnización que no se explicaría si decimos que en la especificación sólo hay la ocupación de una cosa sin dueño, pues, en la ocupación de las cosas abandonadas (*rei derelictae*) no procede abonar nada al anterior dueño. Por otra parte, los párrafos 2.º y 3.º del artículo 383 confirman que la creación por especificación de la cosa nueva no extingue en todo caso y sin más el derecho de propiedad del anterior dueño, si la cosa es más preciosa o superior en valor que la obra en que se empleó el dueño puede optar por quedarse con ella, indemnizando el valor de la obra, si hubo buena fe en el especificador, y sin pagar nada, aunque el valor del trabajo fuera superior al de la materia, si procedió de mala fe. Si esto es así, podríamos investigar cuál es el modo de adquirir con el que la especificación tiene cierta analogía o parecido. Sin perjuicio de reconocer las disparidades existentes y las exageraciones a que puede llegar la tendencia que tenemos los juristas a explicar unas instituciones por otras, lo cual, por otra parte, no siempre es estéril, porque aguza el razonamiento y el discurso jurídico y lleva el mejor conocimiento y diferenciación de las dos instituciones que se comparan, nos atrevemos a sugerir el parecido que guarda la adquisición por especificación con la usucapión o prescripción adquisitiva ordinaria. En ambas juega el requisito de la buena fe, con sus efectos beneficiosos para el que ha procedido con ella, a la que se añaden otros requisitos, como el justo título en la usucapión que viene a reconducirse a una relación con el anterior titular de la propiedad fuera real y efectivo o sólo aparente; relación que en la especificación de momento no existe, pero que la crea *a posteriori* la ley, concediendo al antiguo propietario el derecho a ser indemnizado por el especificador; finalmente, el trabajo actúa en la especificación como requisito complementario de los otros dos, desempeñando un papel paralelo a lo que en la usucapión es el transcurso del tiempo.

Sea o no la especificación una modalidad de la accesión, o en su caso, un modo autónomo de adquisición del dominio, lo que no es en ningún caso la especificación es un acto jurídico entendiendo por tal aquel acto al que el Derecho atribuye unos efectos por sí mismos. Podemos afirmar simplemente que la especificación es un acto real, consecuencia de ello es que pueda adquirir por especificación un incapaz, sólo se requiere la aptitud física para realizar la actividad transformadora en cuestión.

Tampoco supone una declaración de voluntad negocial, y no cabe, por tanto, en ningún supuesto la representación; ello sería físicamente imposible. Pero cabe plantearse si en el contrato de arrendamiento de obra el *dominus operis* que incluso puede aportar por sí mismo los materiales —artículo 1.588 de nuestro Código civil— adquiere por especificación la propiedad de la *nova species* (por ejemplo, la pintura o la estatua encargada) cuando de buena fe haya utili-

zados los materiales de un tercero, es decir, ajenos. Aunque la construcción rigurosa es que adquiere por especificación al que realiza la obra de acuerdo con el contrato y que luego, a tenor del mismo, la cede al *dominus operis*, no hay inconveniente en decir que, de acuerdo con el contrato, éste adquiere la propiedad por especificación. De lo contrario, habría que decir, por ejemplo, que en la especificación consistente en hacer una estatua con materiales ajenos en la que el escultor utilizara los servicios de auxiliares subalternos, como es el caso de los desbastadores de la piedra, éstos también adquirirían copropiedad con el escultor el dominio de la estatua por especificación.

La primera cuestión que se plantea es la de si la propiedad de la nueva especie corresponde al propietario de la materia, es sólo una continuación de la antigua propiedad sobre la materia, o es una propiedad nueva que surge simplemente en base a la precedente propiedad ahora extinguida. Acogemos esta última opinión tal vez porque nueva especie equivale a una nueva cosa, y por ello, la propiedad debe ser necesariamente nueva.

Puede también sostenerse que sobre la nueva continúa la propiedad de la primera. Por ejemplo, quien repara una nave propia con leños ajenos continúa siendo propietario de la nave, ya que los leños ajenos son sólo accesorios de la propiedad, mientras que por otra parte, y en caso de que se hubiese rehecho totalmente la nave, tampoco se puede atribuir la propiedad al que construye la nave con materiales ajenos, aunque los términos sean distintos. En este último supuesto no se afirman claramente a quién pertenece la propiedad de la nave construida. No obstante, se ha dicho que la propiedad de la nave construida *ex novo* pertenece al propietario de los leños, pero este hecho no depende ya de la propiedad de los leños, sino de la propiedad de la carena como cosa principal. En conformidad con lo dicho será propietario de la nueva cosa aquel a quien pertenecían los leños con los que se hace el fondo del buque, sin importar que le pertenecieran o no los restantes leños utilizados para hacer la nave (45).

(45) La conclusión acerca de este punto depende de la relación que se establezca entre la especie y la materia. La especie frente a la materia no es una cosa independiente; ésta no puede existir sin la materia; la nueva especie no es más que el viejo objeto con una nueva apariencia. Lo que debe conducir a la consecuencia de que como permanece idéntico el objeto a pesar de cualquier cambio, así permanece idéntica la propiedad del propietario de la materia. La nueva especie tiene ya en base a la materia con la que ha sido hecha un propietario y no puede ser atribuida al productor, prescindiendo del caso del dolo, podría reivindicar la *nova species*, pero la reivindicará siempre en base a la vieja propiedad. El productor o especificador se encuentra en una situación meramente obligatoria, ya que sólo tiene frente al propietario el derecho a ser resarcido o la obligación de resarcir.

Se parte de la idea de que la cosa a que se refiere la propiedad no está caracterizada sólo por la materia, sino por la apariencia extensa. Por eso, si la vieja cosa se transforma en otra, el derecho de propiedad se extingue y surge un nuevo objeto del mismo derecho; en consecuencia, no se puede hablar de la vieja propiedad, sino de la nueva propiedad sobre el objeto; atribuyendo ésta al productor, ya que el propietario de la materia no puede pretenderla en base a la vieja propiedad extinguida. Para expresarlo más brevemente el punto de partida es éste: identificación del objeto y de la especie. Pero si se trata de especificación de materia propia o de eventual transformación de ésta, aunque distinguiendo bien entre especie y objeto, no puede admitirse que por el hecho de cambiarse la especie se cambie sin más el objeto. En este caso, a pesar de cambiarse la apariencia la cosa permanece la misma, porque existe la sustancia, como una cosa independiente, cualquiera que sea su especie. En base a este razonamiento nada impide que la propiedad del dueño de la materia, la nueva especie, sea tratada como un objeto, y como tal, atribuida al productor.

¿Cuál es el fundamento jurídico de la adquisición de la propiedad de este nuevo objeto? La adquisición del productor deriva de la ocupación del nuevo objeto sin dueño. En consecuencia, en la adquisición por especificación existen dos actos: primero, la especificación que simplemente destruye la propiedad, después la ocupación que funda la propiedad. En base al principio fundamental de la ocupación, la propiedad de la nueva especie no puede pertenecer al especificante como primer ocupante, aunque el especificante sea en la línea de hecho el más próximo a la ocupación, todavía no lo es en la línea de Derecho. El surgir de una nueva especie conlleva siempre el que ésta no tenga dueño, y admitiendo esta consecuencia, se verifique, aunque accidentalmente, que la cosa se transforme en una nueva especie.

Basta admitir esta consecuencia para entender que esta teoría es prácticamente inaplicable. Pues la adquisición por parte del especificante no es nunca reconducida al ámbito de la ocupación. Dos sujetos pretenden tener la propiedad: por una parte, el propietario de la materia; por otra parte, el fabricante o especificante. Este adquiere la propiedad no como ocupante, sino como creador, productor o generador de la cosa. En consecuencia, la especificación no destruye sólo la propiedad. Pero no es necesaria la concurrencia de dos actos jurídicos, sino que basta con uno, el cual, en base a la novación produce un doble efecto en cuanto que establece sobre la nueva especie la nueva propiedad del productor, lo que necesariamente destruye la propiedad del antiguo dueño de la materia. Producida la nueva especie pertenece, *ipso iure*, al especificante; hasta ese momento pertenece al propietario de la materia, por lo que no puede decirse que se encuentre en ningún momento sin dueño.

Pero a tenor del principio, ¿lo hecho ahora antes no era de nadie? *Quia quod factum est, antea nullius fuit* se afirma claramente que la nueva especie no tiene dueño, lo que conduce necesariamente a la teoría de la ocupación. Pero con esta frase no se quiere decir que la nueva especie por un solo momento carezca de dueño, sino que ésta, al nacer, pertenece al productor, sino que en un primer momento no tiene dueño y que por eso sin lesión del derecho de nadie puede ser atribuida al productor, de manera que esta frase sólo sirve para destruir cualquier impedimento que se opusiese a la adquisición de la propiedad por el productor: en esta frase no se contiene la razón positiva de la adquisición de la propiedad. La razón está simplemente en el hacer, en la creación o producción de la nueva especie, en el trabajo. Más exactamente: no en el esfuerzo empleado, sino en el resultado del trabajo como creación; porque el especificante ha creado una nueva especie sobre la cual el dueño de la materia no puede hacer valer ningún derecho; por eso le pertenece.

Esta propiedad creada con la producción es, sin duda, una nueva propiedad que pertenece al especificante, por la razón de que él ha creado la nueva especie, el nuevo objeto de propiedad. En consecuencia, la posesión del especificante de materia ajena es una posesión nueva. En cuanto a los derechos reales que gravaban la materia se extinguen el usufructo y el uso, y para los proculeyanos también el derecho de prenda, no ya porque la propiedad del especificante sea nueva, sino porque la nueva especie es tratada como un nuevo objeto. Partiendo de esta idea hay que aclarar si el derecho de prenda se refiere al resarcimiento que ha de darse al dueño de la materia. Sobre esta cuestión no tenemos ningún punto de apoyo para decidir. Pero en el Derecho actual puede mantenerse la posición afirmativa, es decir, que la prenda recae entonces sobre la indemnización que ha de darse al dueño de la materia en virtud del principio de la subrogación real *petium succedit in loco rei*.

Volviendo ahora a la nueva propiedad del especificante surge la cuestión de si éste la adquiere, siempre o sólo cuando ha especificado de buena fe. Al considerar la especificación como un caso de ocupación debe tener como irrelevante la buena o mala fe del especificante, ya que siempre la nueva especie debe pertenecer al ocupante. Sólo en el caso de hurto no adquiere la propiedad (aunque podría sostenerse la adquisición también en este supuesto. Pero si no se sitúa el fundamento adquisitivo de la propiedad en la ocupación, sino en la producción o creación de la nueva especie, esta necesidad de atribuir la propiedad al especificante de mala fe no existe. Se ha limitado de esta forma la fuerza creadora de la propiedad a la presunción de buena fe —admitiendo que no se excluye la adquisición por el ladrón—. En todo caso, la solución es ambigua. Por ejemplo, quien exprime la uva o la oliva robada, haciendo de tal modo una adquisi-

ción que debe ser declarada inmoral, pero esto no debe ser un argumento decisivo, pues, prescindiendo del instituto singular de la usucapión faltan otros casos en los que, a pesar de una innegable deshonestidad, tiene lugar la adquisición de la propiedad por parte del que procede deshonestamente o al menos se niega al propietario de la cosa del poder hacer valer su propiedad; basta con pensar en el que planta en su terreno plantas robadas, o en el que edifica con materiales de construcción robados. El hecho de que en estos casos el propietario pierda su derecho a favor del ladrón, hace que no aparezca demasiado extraño el que se atribuya la propiedad de la nueva especie al ladrón específicamente. Tanto más que, según esta escuela, no se trata ya del viejo objeto, sino de uno nuevo, al cual naturalmente la vieja propiedad no se refiere ya. Partiendo de esta idea, es posible que, a pesar de la improbidad del especificante, el propietario de la materia no tenga más que una acción personal, y que, por el contrario, la propiedad de la cosa sea atribuida a aquel que la ha producido, sea cual fuese la manera con que se hubiera procurado el material para hacerla.

Hay que poner de manifiesto una consideración más. Los proculyanos sostuvieron que la propiedad de la nueva especie era atribuida al fabricante no sólo por motivo de su producción, sino para proteger al tercero adquirente que había comprado el producto al fabricante. El adquirente se ve así dispensado de la necesidad de probar eventualmente que la propiedad de los materiales era del fabricante; porque en cualquier caso, el fabricante es el propietario del producto.

Pero ¿qué influencia tiene esta consideración al tercero? Sólo se puede afirmar que la adquisición por parte del especificante favorece los intereses del comercio, es práctico y de vastos efectos.

En ningún lugar se hace referencia a la buena fe del fabricante como requisito de la adquisición de la propiedad, es más, a efectos de intereses comerciales sólo así se produce la protección del adquirente. Si, por otro lado, la protección del fabricante hubiese sido el fin exclusivo de esta tesis, resultaría difícil de entender la relación entre la adquisición de la propiedad y el requisito de la buena fe; además, la adquisición es una consecuencia necesaria del hecho de que la nueva especie es un nuevo objeto, independientemente de la buena o mala fe, y, aunque en otros casos es necesario guardarse bien de confundir la nueva especie y el nuevo objeto, su identificación, tratándose de especificación de materiales ajenos, puede tener su fundamento sólo en el fin de atribuir la propiedad al fabricante como recompensa por su producción. Por el contrario, y desde este punto de vista subjetivo, merece solamente la propiedad que honestamente crea la nueva especie. Pero la buena fe debe ser considerada como algo principal y difícilmente silenciada.

Queda por considerar un argumento que se aduce para sostener que, efectivamente, la buena fe del especificante, es un requisito para la adquisición de la propiedad. Este argumento se deduce de la teoría de la *media sententia*, la cual, como se verá más adelante, admite que el especificante adquiere la propiedad sólo en el caso de que actúe de buena fe (esta teoría se presenta como una mera combinación de la opinión sabiniana y de la proculeyana, sostenidas ambas en Derecho romano); así, la *media sententia*, en el caso de especificación irreducible, hace depender la adquisición de la propiedad por parte del especificante de su buena fe y es en cierto modo próxima la conclusión de reconocer la producción como causa de adquisición de la propiedad sólo con esta condición. Pero la conclusión no es todavía segura. Por el contrario, y según la teoría de la *media sententia*, se ha limitado, sin duda, al caso de la no reconstituibilidad. Pero se plantea la duda de si se ha introducido alguna otra limitación consistente en hacer depender la adquisición de la propiedad de la buena fe. (En la *media sententia* prevalece, como se vio al estudiar el Derecho romano, al menos como principio fundamental, la teoría sabiniana, y sólo cuando ésta no es prácticamente aplicable se recurre a la tesis proculeyana.) Esta posición subordinada demuestra que los intereses del comercio y la protección al tercero adquirente no son un motivo determinante. En consecuencia, queda en primera línea y como único fin, la protección al fabricante; lo que podría ser naturalmente la ulterior consecuencia de que la adquisición de la propiedad sólo fuese admitida cuando es meritoria, cuando, en otros términos, la especificación se había realizado de buena fe.

El resultado de cuanto hemos dicho es que no puede probarse que la buena fe sea un requisito de la adquisición por especificación, aunque lo contrario no se puede probar no puede negarse que tiene varios argumentos a su favor. En cualquier caso, la propiedad del especificante es una nueva propiedad, ya que la especificación es un modo originario de adquirir. Por otra parte, en nuestro Derecho la protección al tercero de buena fe que adquiere la cosa especificada por un especificador doloso (es decir, que utiliza la materia ajena de mala fe) está complementada, sin necesidad de acudir al artículo 383, por otros preceptos, procedentes del Derecho germánico y que, por tanto, no fueron tenidos en cuenta en las soluciones romanas.

El primero es el artículo 464 del Código civil: «La posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título. Sin embargo, el que hubiese perdido una cosa mueble o hubiese sido privado de ella ilegalmente, podrá reivindicarla de quien la posea.» A tenor de este precepto, llegamos a la conclusión de que, cuando la especificación se realiza de mala fe por el usufructuario, acreedor pignoraticio, arrendatario, comodatario, depositario, o por el mediador posesorio de la misma, el tercero que de buena fe adquiera su pose-

sión queda amparado por el artículo 464 y estará a salvo tanto frente a la reivindicación del dueño de la materia como frente a sus pretensiones de indemnización *ex* artículo 383.

El otro precepto concede una tutela todavía más enérgica al comprador en almacenes o tiendas abiertas al público de cosas especificadas de mala fe. Es el artículo 85-1.º del Código civil: «La compra de mercaderías en almacenes o tiendas abiertas al público causará prescripción de derecho a favor del comprador respecto de las necesarias adquiridas, quedando a salvo en su caso los derechos del propietario de los objetos vendidos para ejercitar las acciones civiles o criminales que puedan corresponder contra el que los vendiere indebidamente.»

Con ello, la protección al tercero adquirente de buena fe de la cosa dolosamente especificada, que pudiera derivarse del artículo 383, quedaría limitada a los supuestos de que la utilización de la materia por el especificador pudiera incluirse en los conceptos de «pérdida o privación ilegal» y, además, siempre que no haya sido vendida la *res nova* en almacenes o tiendas abiertas al público.

V. ANTECEDENTES DE LA ESPECIFICACION EN EL DERECHO HISTORICO CASTELLANO.

1. Las partidas

La Doctrina de las Partidas sobre especificación está esencialmente contenida en las leyes 33, 36 y 37; limitándose casi exclusivamente a exponer una serie de ejemplos o supuestos —no muy felices, según Sánchez Román (46)—. Así, en el título 28, partida 3.^a, se dice que «si ome faze de uvas agenas vino, o de azeytunas olio cuyo deue ser el Señorío...», de esta afirmación podemos deducir que en la legislación de las Partidas se acoge básicamente la tesis proculeyana; enumerándose a continuación una serie de ejemplos de especificación: dice textualmente «fazen a las vegadas los omes para si mismos vino de uvas agenas, olio de azeytunas de otri, o sacan trigo, o ceuada de miesse agena, o fazen bacines, o picheles, o otras cosas de latón o de alambre, o de otro metal ageno auiedo buena fe, en faziendolo cuydando que aquello de que lo fazen es suyo».

Hace también la legislación de las Partidas una referencia al requisito de que el especificante proceda de buena fe (47), para que

(46) SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho civil*, t. III, Madrid, 1981, p. 108.

(47) «Ganan el señorío aquellos que fazen dellas alguna de las cosas sobredichas a buena fe.»

pueda hacer suya la nueva obra —aunque éste quede obligado a abonar el valor de la materia al dueño de ésta—. De manera que cuando interviene mala fe, siempre el derecho de accesión se otorga al dueño de la materia, perdiendo el especificante los gastos y trabajos de la especificación (48).

Se acoge también en las Partidas la tesis ecléctica de la *media sententia justiniana*, de manera que no siendo posible que la materia recobre su primitiva forma, y siempre que proceda de buena fe el especificante, éste hace suya la nueva especie, con obligación de abonar el valor de las materias al dueño de ella. Si por el contrario la materia puede recobrar la forma que tenía antes de la especificación, presupuesta también la mala fe del especificante, el dueño de la materia puede reivindicarla, abonando los gastos de cambio de forma al especificante (49).

Los supuestos de la pintura y escultura están, asimismo, particularmente contemplados en la Ley 37, título 28, partida 3.^a; dice así: «Si ome pinta en tabla agena alguna cosa cuyo deue ser el señorío. Pintando alguno ome en tabla o en viga agena alguna ymagen, u otra cosa qualquier si uou buena fe, en pintándola cuydando en que aquello en que la pintaua era suyo, e que lo podría facer con derecho, entonces el pintor gana el señorío de la tabla, o de la cosa en que lo pintó y es suya también como el señorío de la tabla, o de la cosa en que lo pintó y, es suya también como aquello que pinta. Pero tenudo es de dar aquel cuya era la tabla tanto quanto valía por ella. Mas si ouo mala fe, en pintándolo sabiendo que era agena aquella cosa en la que pintaua para si, estonce pierde la pintura, e deue ser de aquel cuya era la cosa en la que pinto. Ca semeja que

(48) «Empero el que ouiesse mala fe, en faziendo alguna cosa de las sobredichas, sabiendo que aquello de que lo faze que es ageno este atal pierde la obra que faze, e no deue cobrar las despensas que y fizo.»

(49) Se dice en el título 28 de la Ley 33 de la partida 3.^a: «e porque puede acaescer contendas entre los omes cuyo deue debe ser el señorío destas cosas atales si de aquellos cuyas eran las cosas, o de los otros que fazen dellas algunas cosas de las sobredichas, dezimos que aquellas cosas de las que fazen son de tal natura que no se pueden tornar al primero estado en que eran assi como las uvas que después se sacan el vino dellas non se pueden tornar al primero estado, o las azeytunas de que sacan el olio, o las espigas de que sacan la ciuera, en qualquier destas cosas sobredichas, e en las otras cosas semejantes dellas que se non pudiessen tornar las cosas en el primero estado que eran ganan el señorío aquellos que fazen dellas alguna de las cosas sobredichas a buena fe. Pero tenutos son de dar a los otros cuyas eran la estimación de lo que valían. Mas si las cosas fuessen de tal natura que se pudiessen tornar al primero estado, así como el vaos, e las otras cosas que fiziesen, de oro o plata, o de alguno de los otros metales que se pueden fundir en tales casos como estos, e en todos los otros semejantes dellos en saluo finca el señorío en sus cosas a cuyas eran e non lo pierden por fazer otri dellas alguna cosa de nuevo.»

...«Empero el que ouiesse mala fe, en faziendo alguna cosa de las sobredichas, sabiendo que aquello de que lo faze que es ageno esteatal pierde la obra que faze, e no deue cobrar las despensas que y fizo.»

pues el sabia que la tabla era agena que quería dar aquel cuyo era aquello que pintaua y. Esso mismo dezimos que seria si alguno debu-xasse o entallasse para si en piedra o en madero ageno. Ca si lo fiziese por mandado de aquel cuyo era la madera, el señorío de lo que assi fuesse pintando, o entallado, seria de aquel que lo mandara fazer. Pero deuele dar su precio por el trabajo que lleuo en pintarlo o entallarlo.» Para estos supuestos de pintura y escultura, al igual que para el supuesto de la escritura, se excluye del ámbito de la especificación, la hipótesis de que medie relación contractual entre el dueño de los materiales y artífice.

Observa Sánchez Román (50) que contra las reglas que determinan lo principal y lo accesorio, tanto las leyes romanas como las españolas, establecen una excepción en honor del sublime arte de Apelles, Rafael y Murillo, otorgando, en principio, la preferencia a la pintura sobre el lienzo o tabla en que se pinta. Como esta adjunción no puede verificarse sino en el caso de que se pinte en lienzo o tabla ajena, la ley se limita a distinguir si intervino buena o mala fe por parte del pintor. En el primer caso, gana el señorío de la tabla o lienzo, con la pintura, el que le pintó, y en el segundo, pierde el pintor la pintura en castigo de su mala fe, cediendo en beneficio del dueño del lienzo o tabla, porque supone la ley que quiso hacerle una donación (pues por el vicio del casuismo predominante en esta materia, hace mención en su parte final de un caso que no es de accesión, y sí de arrendamiento de obras. «Esta deducción de la ley —continúa diciendo Sánchez Román— es violenta y enorme por lo excesiva, la pena impuesta al pintor, así como extremado el lucro que se concede al dueño de la tabla o lienzo, comparando su insignificante valor con la crecida estimación que de ordinario tienen las obras de arte.»

«A iguales reglas —añade este autor— se somete la escultura realizada en madera o piedra ajenas.»

La Ley 36, título 28, partida 3.^a, regula expresamente el supuesto de la escritura, al disponer que «Quando un ome escriue libro en pergamino ageno cuyo deue ser el libro. Escriuendo algund ome en pergamino ageno algund libro de versos, o de otra cosa qualquier, este libro a tal deue ser de aquel cuyo era el pergamino, en que lo escriuere. Pero si aquel que lo escriuo, ouo buena fe, en escriuendolo, cuydando que era suyo el pergamino, o que auia derecho de lo fazer, si el libro quisiere auer aquel cuyto es el pergamino, deue pagar al otro por la escritura que y escriuo aquéllo que entendieren omes

(50) Advierte SÁNCHEZ ROMÁN (*loc. cit.*) que la doctrina de esta Ley de Partida no contradicen y sí dejan a salvo, en toda su plenitud, los derechos que el autor de cualquiera obra de la inteligencia reconoce la Ley de Propiedad Intelectual de 10 de enero de 1879.

sabidores que meresce por ende (51). Mas si ouiesse mala fe en escriuiendolo sabiendo que el pergamino era ageno estonce pierde el la escritura, e es tenuto de dar el libro a aquel cuyo era el pergamino; fueras ende si lo uiesse escrito por precio conocido. Ca entonce tanto le deve dar por el quanto le prometió.» (52) Ya se apunta aquí la idea de que si media una relación contractual entre el escritor y el dueño de la materia, el supuesto no se encuadra dentro del régimen jurídico de la especificación.

VI. LOS PROYECTOS DE CODIGO CIVIL ESPAÑOL DE 1851 Y 1889

El Proyecto de 1851 en su artículo 424 (53) regula, con redacción prácticamente idéntica a la del artículo 383 del Código civil, la problemática de la especificación.

Este artículo 424 —dice García Goyena (54)— prescinde de casos, y su disposición general es conforme a la máxima de que he hecho mérito en el artículo 416: la cosa debe ser de aquél a quien se seguirá mayor daño de que así no se hiciese: «Máxima en que descansa el párrafo 2 del artículo 418.» (55).

(51) Vemos que ya en la legislación de las Partidas se concibe la especificación como modo de adquirir el dominio basado en el trabajo útil, artística o socialmente valioso.

(52) Advierte también SÁNCHEZ ROMÁN que no se encuentra la razón de diferencia de esta especie de accesión con la que se realiza por la pintura; es —añade— que la Ley de Partida (36, tít. 28, part. III), que rige esta materia, copia la romana, e incurre en el propio defecto de extremar las reglas entre lo principal y lo accesorio, en daño de la justicia. No distingue otros supuestos que los de buena o mala fe en el que escribió en papel o pergamino ajeno, y en ambos casos adjudica lo escrito al dueño del papel o pergamino, sin otro derecho para el que escribió, cuando lo hizo de buena fe, que el poder reclamar de aquél el «valor por la escritura que y escribió, cuando lo fizo de buena fe, aquello que entendiesen omes sabidores que meresce por ende» sin que tenga ninguno, cuando obró de mala fe. También esto se entiende sin perjuicio de los derechos del autor por razón de la propiedad intelectual (*loc. cit.*).

(53) El que de buena fe empleó materia ajena en todo o en parte para formar una cosa de nueva especie, hará suya la obra, indemnizando su valor al dueño de la materia empleada.

Si ésta es más preciosa que la obra en que se empleó o superior en valor, el dueño de ella tendrá la elección de quedarse con la nueva especie, previa indemnización del valor de la obra, o de pedir indemnización de la materia.

Si la especificación se hizo con mala fe, el dueño de la materia empleada tiene derecho a quedarse con la obra sin pagar nada al que la hizo, o de exigir de éste que le indemnice del valor de la materia y de los perjuicios que se le hayan seguido.

(54) *Concordancias, motivos y comentarios*, reimpresión de la edición de Madrid, 1852, Zaragoza, 1974, p. 221.

(55) «En la pintura y escultura, en los escritos, impresos, grabados y litografiados se estima por accesorio la tabla, el metal, la piedra o lienzo, el papel o pergamino.»

Lo regular —continúa diciendo García Goyena (56)— es que el trabajo o industria valgan más que la materia; así, la nueva especie seguirá al trabajo; pero esta regla que parece general, dejará de serlo en todos los casos prácticos, y sólo surtirá el efecto de cargar al dueño de la materia con la prueba de su mayor valor.

Se separa del precedente del que, como dice García Goyena, dispone lo contrario, concordando con él los napolitanos, sardos y de Luisiana. Tal vez García Goyena se inspiró en el 661 holandés, perfeccionándolo, el artículo francés, los demás extranjeros respiran el mismo espíritu y parten del mismo principio, con la sola diferencia de establecer la presunción de mayor valor en la materia, cargando, por consiguiente, al hacedor de la nueva especie con la prueba de lo contrario.

Si la especificación se hizo con mala fe, etc., el que trabaja en materia que sabe ser ajena, debe ser considerado como si hubiera trabajado en nombre del dueño de ella y que quiso regalarle su trabajo. Ley 12, párrafo 3, libro 10 del Digesto, a semejanza de lo dispuesto en el artículo 405 (57) y párrafo segundo del artículo 423 (58).

O de exigir de éste, etc.: «Porque la nueva especie —dice García Goyena (59)— puede ser de poco o ningún provecho para el dueño de la materia.»

Proyecto del Código civil de 1882-1888

Este Proyecto, en su artículo 385, regulaba la problemática de la especificación, pasando con idéntica redacción el artículo 383 del Código civil.

VII. REGIMEN JURIDICO DE LA ESPECIFICACION EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL

1. Presupuestos doctrinales de la especificación. Las nociones de sustancia y forma en el Código civil

En la doctrina es la de *sustancia* una noción sobre la que hay mucha incertidumbre, tanto más cuando ciertos fenómenos jurídicos

(56) *op. cit.*, p. 221.

(57) «El que edifica o planta de mala fe en terreno ajeno, pierde lo edificado y plantado, sin que tenga derecho a reclamar al dueño del suelo ninguna indemnización.»

(58) «Si el que hizo la mezcla o confusión cobró de mala fe, pierde la cosa mezclada o confundida de su pertenencia, además de quedar obligado a la indemnización de los perjuicios causados al dueño de las cosas con que hizo la mezcla.»

(59) *Op. cit.*, p. 221.

contemporáneos han acentuado los problemas clásicos que se centran en ella. Por otra parte, esta noción de *sustancia* es un buen ejemplo de cuál puede ser la participación que tengan en el Derecho las nociones procedentes de otras esferas u otras disciplinas del saber humano.

Partimos de los conceptos de forma y de sustancia, pero no se trata de una simple duplicación ni tampoco de dos caras de un mismo concepto, como cuando el Código dice «daños y perjuicios», «culpa o negligencia». *Sustancia y forma* son dos referencias a dos conceptos con ámbito propio, aunque siempre funcionen correlativamente. Así, por ejemplo, dice el artículo 487 del Código civil que «el usufructuario podrá hacer mejoras (en la cosa)... con tal que no altere su forma o su sustancia». Esta reiteración del posesivo «su» demuestra que la ley ha querido subrayar la independencia de los dos conceptos.

También el artículo 489: «...pero no alterar su forma ni sustancia, ni hacer en ellos nada que perjudique al usufructuario». El anunciado tripartito confirma otra vez la independencia entre los conceptos de *forma y sustancia*. En otro caso habría dicho: «su forma o sustancia, ni...».

La sustancia, pues, no es la forma, aunque la forma importe tanto como ella. Pero *forma* se opone tradicionalmente *materia*. ¿Será la sustancia la materia? y ¿qué es la materia?

El precedente inmediato de nuestro Código en este punto parece ser el artículo 477 del derogado Código civil italiano, que habla de la «obligación de conservar la sustancia tanto en la materia como en la forma».

El Código italiano pretendió, con esta doble referencia, resolver una vieja polémica, y partió del concepto de *sustancia* consagrado por la filosofía tradicionalmente. Esa idea de sustancia, corresponda o no a una realidad, es la idea de que en cada cosa hay algo que realmente la constituye, algo que siempre es la cosa, algo que permanece bajo todas las variaciones que la cosa pueda sufrir, y que subsiste inmutable bajo la movediza lateración que en todas las cosas presenciemos. Si la sustancia cambia o desaparece, es la misma cosa la que desaparece o cambia. Pero entonces, la solución del viejo Código italiano era demasiada solución para serlo; era como dos soluciones. La cosa tendría dos sustancias; habría, pues, como dos cosas en cada cosa.

La discusión jurídica de si es la forma o la materia la que constituye la cosa, como ya hemos visto, al tratar del fenómeno de la especificación en Derecho romano, tiene su origen en la vieja oposición de escuelas en Roma, entre proculyanos y sabinianos. Alguien, con materiales ajenos, hacía una *nova species*, es decir, una cosa que aparecía como nueva, que se definía como otra «especie». Al haber una nueva especie, ¿hay realmente una cosa nueva, o queda la vieja cosa

con nuevo aspecto? En el primer caso, la cosa pertenecerá al factor de la especie; es la idea de los proculeyanos influidos por la filosofía de Aristóteles. En cambio, para los sabinianos, bajo la influencia estoica, no hay forma sustancial. la sustancia, cambie como cambie la forma, sigue siendo la misma. Quien era dueño de la materia sigue siendo dueño de la cosa. Vimos que Justiniano adoptó una media sentencia: si la cosa puede recobrar su antigua forma será del dueño de la materia.

Hay algo impresionante en la tenacidad con que se mantienen y perviven las fórmulas jurídicas. Esta vieja polémica entre la forma y la sustancia continúa a lo largo de los siglos y campea todavía en las codificaciones del mundo moderno.

El Código francés, artículo 570, y el Código italiano, artículo 468, se pronunciaron por la solución estoica. Rechazaron expresamente la media sentencia de Justiniano, y atribuyeron la propiedad de la cosa nueva al dueño de la materia empleada.

En cambio, el Código español aparece como peripatético: «el que de buena fe empleó materia ajena para formar una nueva especie, hará suya la obra...».

El Código civil alemán sigue el mismo camino, extremándolo. Según el parágrafo 950 del BGB, quien hace una cosa nueva, con material ajeno, adquiere su propiedad, incluso si actúa de mala fe.

En esta reacción aristotélica del siglo XIX no faltó un cierto *quid pro quo*. El siglo XIX vio en la doctrina de la especificación una especie de reconocimiento y consagración del derecho del trabajo. Era quien incorporaba su esfuerzo a la obra quien adquiriría la propiedad de la cosa.

Pero ese pensamiento era completamente ajeno a los romanos. Para los proculeyanos quien adquiriría la cosa no era quien de hecho la trabajaba, sino el dueño del negocio. Pero además era precisa la transformación, la nueva forma de la cosa. Y la razón de esta adquisición de propiedad no tenía que ver con el trabajo prestado. La razón era que la cosa, al ser nueva, era de nadie, *nullius*. Como dice aún nuestro Código, se trata de que se forme una nueva especie. Por mucho trabajo que se haya prestado, si no ha aparecido una cosa nueva, no ha lugar a la especificación.

Lo mismo el Código francés que el italiano y el alemán, opuestos en el criterio, coinciden en una excepción. Cuando la mano de obra, para el italiano, o cuando la materia, para el alemán, sean de tanto valor que manifiestamente sobrepase en mucho el valor del otro elemento, el criterio se invierte, y se da, en definitiva, la preferencia para atraer la propiedad al elemento que manifiesta y ampliamente supera en valor al otro. En estos Códigos, la excepción aparece así forzada

y algo inconsecuente, como paliativo a consecuencias extremas del criterio general.

La posición del Código español, aparentemente es análoga a los otros con muy escasa diferencia. Pero esta escasa diferencia es tan decisiva que se convierte en un criterio fundamentalmente distinto del de todos los otros Códigos.

Nuestro Código civil, a primera vista, da preferencia a la obra sobre la materia. Pero esta preferencia es sólo aparente. Pues a lo que el artículo 383 del Código civil da carácter definitivo es al valor relativo de las aportaciones que han venido a incorporarse en la cosa nueva. A que, de modo manifiesto, sea considerablemente mayor el valor de uno u otro elemento. Si la materia es más preciosa que la obra en que se empleó, o superior en valor, el dueño de ella podrá, a su elección, quedarse con la nueva especie previa indemnización del valor de la obra o pedir indemnización de la materia (que se le permita elegir se funda, sin duda, en que habiendo sido la transformación ajena a su voluntad parece justo dejarle esa opción).

Por tanto, nuestro Código atribuye la propiedad, en definitiva, por razón del valor. Cuando hay dos posibles partícipes en una cosa, la adjudicación de la propiedad gravita hacia aquel que ostenta una participación más valiosa, y en ella se reconoce la sustancia de la cosa atribuida. Sólo en el caso absolutamente teórico de una absoluta equivalencia entre las dos partes se otorgaría una preferencia al especificante. Lo cual no es una excepción, sino una confirmación del criterio establecido: la identidad del valor anula la posibilidad de elegir por razón de éste en el caso límite.

Este criterio parece lleno de sentido. A extrañas nociones metafísicas, a pretendidas razones filosóficas, ajenas por su significación propia a las necesidades del tráfico jurídico, el Código civil ha sustituido un criterio práctico de sentido patrimonial, adecuado a la naturaleza de las relaciones que regula. El Código civil hizo con ello una pequeña —que resultó ser una fecunda y grande— innovación.

Pero el hecho de que el Código civil considere como lo sustantivo al valor de la cosa, ¿es lícito derivar un concepto general? Ciertamente lo es si la regla en cuestión no refleja un *ius singulare*, sino que patentiza un criterio general.

El Derecho tiene sus conceptos propios. Pero además el Derecho maneja una serie de conceptos que conciernen a los objetos o a las relaciones del mundo exterior y que al entrar en su campo reciben una impronta jurídica, aunque conservando la huella de su significación prejurídica. Esos conceptos los toma el Derecho del lenguaje en uso. No se trata de que el Derecho desconfíe de la ciencia. Es que el Derecho, disciplina social, opera con las nociones sociales, esto es, incorporadas al acervo común, y estas nociones sociales no refle-

jan nunca la última palabra de la ciencia, sino, si se quiere, el viejo error consagrado por los tiempos.

Así, la noción de *sustancia* del Derecho no será la que tenga el metafísico, sino la que tenga la sociedad, el hombre cualquiera como miembro de ella. Y, por lo pronto, en nuestra ciencia y en la creencia vulgar, más que la idea de permanencia, vive la noción de que la sustancia es lo valioso de la cosa.

Entre las significaciones de la palabra *sustancia* que recoge el Diccionario de la Real Academia, la noción de que la sustancia es «lo que subsiste por sí», aparece recogida como una noción filosófica, esto es, de una terminología especial. Por delante de ella, como significaciones de curso general en el lenguaje ordinario aparecen dos que nos interesa subrayar: una, equipara sustancia a «hacienda, caudal, bienes»; otra, define la sustancia como «valor y estimación que tienen las cosas». Este es el sentido de la palabra *sustancia* en nuestro idioma.

La sustancia de la cosa es lo que importa en ella. Pero el Derecho toma en consideración las cosas por su valor: por lo que valen para los miembros de la comunidad jurídica. Eso es lo que significa el artículo 333 del Código civil: todas las cosas que son o que pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles. Que una cosa sea un bien significa que encierra un valor. Pero para el derecho de las cosas tienen que estar en una relación de cercanía con el hombre que hacen que puedan ser para él un bien.

Basta no perder de vista estas nociones tan elementales, para comprender que la sustancia sólo puede estar en el valor de la cosa. Hoy se considera *cosa* todo objeto al que socialmente se reconozca idóneo para satisfacer fines humanos; por tanto, con un valor socialmente apreciable. Es, así, la noción misma de *cosa* la que para el jurista aparece asociada a la noción de *valor*. La doctrina jurídica actual tiende a acentuar el carácter económico del valor que ha de tener la cosa. La cosa ha de ser un *bien* en sentido económico. Y se asocia y confunde la noción de valor económico con la de valor en dinero. El valor en dinero es la cuantificación en unidades de precio de lo que vale una cosa, o de lo que han significado unos daños o de lo que importa un enriquecimiento injusto.

A la vista de lo dicho hasta ahora, no podemos por menos que preguntarnos cómo es posible que los juristas romanos se dejasen llevar por estas construcciones, cuando lo característico en ellos era siempre su visión directa de la realidad del Derecho. Sokolowski (60) lo explica diciendo que: «La solución de un problema jurídico depende a menudo de la respuesta que se dé a cuestiones no jurídicas, y en

(60) SOKOLOWSKI: *Z. der S. S. rom.* Abt. XVIII, pp. 252 y ss. (citado por Perozzi).

este caso parece indicado acudir a las fuentes de conocimiento humano que resuelven estas cuestiones.»

La respuesta es que esas doctrinas filosóficas no iban a dar ninguna que fuese válida para explicar el nacimiento o extinción de una cosa en sentido jurídico, esto es, para fundamentar la regulación de las relaciones sociales que al Derecho importarían en ese respecto.

El influjo de las filosofías aristotélica y estoica en proculeyanos y sabinianos existe sin duda, aunque se ha exagerado notablemente su importancia. Hubo entre ellas en su origen rivalidad política. Los sabinianos eran más tradicionales: Capito, el fundador de los sabinianos, era un tradicionalista en materias de Derecho, y un sumiso adepto del régimen imperial. En cambio, Labeo era un innovador en el Derecho, y en el orden político un defensor de la antigua *libertas*. La adopción de principios filosóficos diversos por una y otra secta fue una manifestación más de la polarización política entre dos fuerzas rivales. Fue un arma más y un nuevo aliado en la polémica. Nada profundo para el Derecho.

Por eso, y es lo mejor del caso, cuando se trata de resolver conflictos reales, el jurista romano olvida los principios filosóficos y hace surgir un criterio que no es el de la materia ni el de la forma, sino el del valor.

Así, Paulo nos informa que Labeón y Sabino estiman que si se devuelve un vestido cortado en un trozo u otra cosa deshecha, como una tabla con la pintura raspada, puede decirse que falta la cosa, pues el precio de la cosa no está en la sustancia, sino en el arte (D.50, 16, 14).

¿Cómo determinar este valor de la cosa? El valor de las cosas está en constante fluctuación. Por otra parte, la idea filosófica tradicional de *sustancia* está hoy muy en crisis en la filosofía, que tiende a negar que nada sea inmutable. Pero aquí también el Derecho tiene su relativa independencia y podemos seguir hablando en él de *sustancia*, aunque la filosofía no tenga sitio para ella, podemos decir que la sustancia de la cosa es su valor, aun cuando no el valor que en cada momento se pueda realizar y que depende de múltiples factores externos, sino el que corresponde a la cosa según la creencia social vigente y según la relación de uso socialmente consagrada de la cosa. El valor «propio» de la cosa sería su sustancia. Y «propio» significa no *en sí*, sino valor en la relación social de uso. La vieja distinción entre valor social en uso y valor social en cambio ha sido reducida por los economistas a la unidad al no admitir más valor que el valor en cambio. Pero conviene guardar la noción de valor en uso para contribuir a entender la sustancia en sentido jurídico. Por tanto, la sustancia es la misma siempre que conserve su valor: valor que encierra la conservación tanto de su potencial permanente como de

su rendimiento normal; una merma de la productividad normal de la cosa es un ataque a la sustancia. Lo es también un aumento a costa de su potencial futuro.

La idea de forma en el Código civil

Podemos considerar que la forma es el destino económico propio de las cosas, esto es, el destino socialmente reconocido y estimado.

Este destino puede variar con independencia del valor, y el valor con independencia de él, pero al igual que el valor, es un elemento que el derecho ha de proteger, porque sobre él puede existir un interés legítimo. La transformación de un jardín en huerto, la transformación de una tierra calma en una plantación de olivos, puede no constituir menoscabo de la sustancia, la que seguramente resulta enriquecida con la plantación, pero es una alteración de la forma, del destino económico que la cosa tiene (61). En una palabra, no se puede alterar el destino económico que define la cosa, aunque esa alteración pudiese mejorarla sustancialmente, esto es, en su valor.

En el elemento objetivo de la especificación se barajan dos conceptos: el de materia o sustancia y el de forma o especie, que han venido implicados en los problemas de nuestro instituto desde el Derecho romano, en el que cada una de las escuelas de sabinianos y proculeyanos se inspiraron en las doctrinas filosóficas estoicas y peripatéticas y llega hasta nuestro Código civil, cuyo artículo 383 habla de «*materia ajena*» y de «*nueva especie*».

Ahora bien, ¿qué se ha de entender por esos términos? Ante todo hay que partir de la base de que esos vocablos pueden tener un significado filosófico y otro jurídico, que formado a partir de aquél no lo reproduzca exactamente, sino que lo adecúe a las necesidades de la vida a las que el Derecho está llamado a servir.

Veamos ahora el primero. La sustancia, como dice Balmes (61 bis), es un ser permanente en que se verifican las mudanzas que se nos ofrecen en los fenómenos sensibles. La palabra *sub-stancia*, indica algo que está bajo, *sub-stat*, que es el sujeto sobre el cual están otras cosas; así como su correlativa, accidente o modificación, expresa algo que sobreviene al sujeto, *accidit*; algo que le modifica, que está en él como una manera de ser, *modus*. Por sustancia entendemos también algo constante en medio de las variaciones; algo que, si bien

(61) Una finca rústica esquilada, es decir, explotada excesivamente, de manera que la tierra mengüe su fertilidad, o una cosa en la que no se hacen las reparaciones ordinarias, no cambian por ello su destino económico. No se altera su forma, pero merma su valor, merma la sustancia.

(61 bis) BALMES: *Filosofía fundamental*, 11.ª ed., Barcelona, s. f., t. IV, p. 77.

es sucesivamente de varias maneras, según la diversidad de modificaciones que lo afectan, se conserva constante e idéntico, bajo las diferencias transformaciones.

Esa idea de que en cada cosa hay algo que realmente la constituye —dice A. García Valdecasas (62)—, algo que siempre es la cosa, algo que permanece bajo todas las variaciones que la cosa pueda sufrir, y que subsiste a *sub* está, inmutable bajo la movediza alteración que en todas las cosas presenciamos. El supuesto de todo ello es que la sustancia de cada cosa es *una*, que mientras subsiste hace subsistir la cosa. Si la sustancia cambia o desaparece.

El Código civil no habla en el artículo 383 de sustancia, sino de materia; pero, en cambio, en los artículos 467, 487 y 489 utiliza repetidamente los conceptos de sustancia y forma, presentándolos como límites a las facultades de uso y disfrute que corresponden al usufructuario, el cual —como dice el artículo 467— tiene «derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su *forma y sustancia*».

La importancia que tanto en el usufructo como en la especificación tienen los conceptos de sustancia-materia y forma-especie ha suscitado, como es sabido, en nuestra doctrina dos valiosos trabajos de A. García Valdecasas y de F. de Villavicencio en los que con gran profundidad y sólida fundamentación bibliográfica precisan el sentido que cada uno de ellos tiene en el Código civil, llegando a conclusiones no del todo iguales. Para García Valdecasas la sustancia de la cosa es su valor (tanto en su potencial permanente como en su rendimiento normal), mientras que, según Villavicencio (63), la obligación del usufructuario de conservar la sustancia equivale a la prohibición de destruirla o consumirla parcial o totalmente.

Y ¿qué es la forma o especie? Ante todo hay que advertir que la palabra especie se toma en un sentido no coincidente en su totalidad con el que ahora nos ocupa, cuando en sede de Derecho de obligaciones (y también en la clasificación de las cosas) se habla de cosas específicamente o individualmente determinadas y de obligaciones específicas de dar y de cosas genéricamente determinadas y de obligaciones genéricas, según que se trate de cosas individualmente determinadas con caracteres y notas que las distinguen de los demás individuos pertenecientes al mismo género, o bien, en forma más o menos precisa y amplia, estén determinadas en base a ciertas notas o circunstancias peculiares comunes a un grupo más o menos amplio de cosas.

(62) GARCÍA VALDECASAS: *La idea de sustancia en el Código civil*, «R.D.P.», 1951, p. 882.

(63) VILLAVICENCIO: *Salva rerum substantia, en el usufructo propio*, «R.D.P.», 1951, p. 78.

Debiéndose advertir que en la actualidad la doctrina civilista y el mismo Código no plantean esta antítesis romana entre «species» y «genus», sino que involucrando estos conceptos hablan de cosas individualmente determinadas y cosas determinadas por la especie o el género. Esta antítesis juega solamente en materia de obligaciones, siendo extraña al campo de los derechos reales, pues es evidente que el derecho real, como poder directo e inmediato sobre una cosa, no es susceptible de recaer sobre un «genus», sino que precisa una cosa cierta sobre la que pueda ejercitarse.

En Derechos reales los términos forma-especie vuelven a plantearse en sede de usufructo y de especificación como antitéticos de sustancia y materia. En materia de usufructo García Valdecasas entiende que forma equivale al destino económico de la cosa, mientras que Villavicencio la relaciona con el poder o facultad que el artículo 457 concede al usufructuario de hacer mejoras. En tema de especificación, la palabra, o mejor, la expresión «nueva obra de especie», que emplea el artículo 383, según la atinada observación de Duranton (64) hubiera sido más exacta si se sustituyese «formada una especie nueva», tomando la palabra «especie» en su ordinario sentido jurídico de cosa individual, diversa por el nombre, forma principal y esencial, cualidad y destino de aquélla que existía antes de la especificación. Mientras que la dicción «formar una cosa de nueva especie» (a la que corresponde la de nuestro Código civil «obra de nueva especie») induciría a pensar que se exigiera la creación de un objeto de especie precedentemente ignorada, y que no tuviera semejante.

Ahora bien, de todos esos elementos que constituyen el cambio de forma (nombre, forma, cualidad, destino, etc.), ¿cuál o cuáles de ellos son necesarios que concurren en la transformación de la materia para que haya especificación? Estimamos muy acertadas al respecto las siguientes palabras de De Martino (65): «La *species* o *nova res* ha suscitado infinitas hipótesis y sutiles disquisiciones. Para algunos, *species* es la forma o semblanza de la cosa, no independiente de la materia, sino dependiente de ella, como su composición físico-química, su forma, etc. Para otros es el objeto de comercio en sentido concreto o abstractamente entendida la cualidad económica del objeto. Para otros indica la individualidad de la cosa. Manejando la distinción entre *species* en concreto y en abstracto, pero sólo en cuanto responde a la idea de una determinada cosa; en el segundo la correspondencia de la cosa a una idea. En realidad, en cada una de estas doctrinas hay una parte de verdad y son, en definitiva, conciliables entre sí.»

(64) DURANTON, citado por Bianchi, *op. cit.*, p. 645.

(65) DE MARTINO: *Della proprietà*, «Lib. III del Comentario al Código civil», dirigido por Scialoja y Branca, p. 402.

Cuál es la influencia que cada uno de esos factores indicadores del cambio y transformación de la materia especificada tiene para determinar que ha habido especificación, es una cosa que no puede resolverse con carácter general y predeterminado. En primer lugar, como observa Wolff (66): «Hay que examinar la terminología; el producto del trabajo, presentado con un nombre nuevo, se considera casi siempre como nuevo.» Diremos que hay excepciones, por ejemplo, la fabricación de papel nuevo utilizando papel usado o viejo, en la cual hay especificación, pese a que tantos antes como después de ella, la materia y la obra reciben el mismo nombre (papel), o la fabricación de algodón hidrófilo o de tabaco de picadura, elaborando, respectivamente, la florescencia del capullo de la planta de algodón o las hojas de la planta de tabaco, que reciben el mismo nombre que el respectivo producto (algodón o tabaco).

Sigue indicando Wolf (67): «No será siempre una alteración de forma, lo que se considera importante; así se producen, mediante compuestos químicos de líquidos, cosas nuevas, sin alteración de forma.» Podemos añadir qué ocurrirá cuando la forma nueva no sea sustancial, sino accidental y transitoria. Pongamos un ejemplo: el comprador de una fábrica de hielo no advierte que el contador del suministro de agua industrial que surte la fábrica permanece a nombre del anterior propietario, a quien la empresa suministradora del agua le factura y cobra ésta. ¿Adquirirá por especificación las barras o bloques de hielo, pese a que éste es una forma accidental de la materia agua? La solución puede tener importancia, porque si es afirmativa sólo tendrá que abonar al dueño del agua el valor de ésta, mientras que de lo contrario tendría que entregarle el precio de las barras. Creemos que en este caso hay especificación. No lo sería, en cambio, el transformar agua líquida en vapor de agua calentándola (vgr.: para su utilización en una máquina de vapor).

Otro dato a tener en cuenta es la utilidad del producto, que se pueda emplear en actividades o usos distintos al de la materia.

Finalmente son muy acertadas las palabras de Perozzi (68): «No hay especificación en un trabajo designado, no ya a destruir una cosa para obtener de ella un producto, sino para gozar una cosa, destruyéndola, aunque así se obtenga un producto de ella. De esta suerte, vgr., no especifica el que quema leña para calentarse, aunque con ello obtenga carbón, y, al revés, especifica el que la quema para producir carbón. Porque no hay producción, no especifica el que tiñe un vestido o el que cuece un pollo; se tiene siempre el mismo vestido (teñido) y el mismo pollo (cocido).»

(66) WOLFF: *En Enneccerus, op. cit.*, p. 423.

(67) *op. cit.*, p. 422.

(68) PEROZZI: *Insituz di Diritto romano*, I, Torino, 1939, p. 432.

2. El concepto legal de la especificación

Dispone el artículo 383 de nuestro Código civil que «el que de buena fe empleó materia ajena en todo o en parte para formar una obra de nueva especie, hará suya la obra indemnizando el valor de la materia al dueño de ésta.

Si ésta es más preciosa de la obra en que se empleó o superior en valor, el dueño de ella podrá a su elección quedarse con la nueva especie, previa indemnización del valor de la cosa, o pedir indemnización de la materia.

Si en la formación de la especie intervino mala fe, el dueño de la materia tiene derecho a quedarse con la obra sin pagar nada al autor, o de exigir de éste que le indemnice el valor de la materia y los perjuicios que se le hayan seguido».

No da nuestro Código civil una definición de la especificación, pero este concepto puede deducirse del transcrito precepto legal de manera que podemos decir que es la especificación el modo de adquirir la propiedad de una cosa mueble utilizando una materia prima y a veces la aleación de otros materiales al menos mediante un trabajo de transformación de esa materia en un objeto que social y económicamente es distinto y que tiene un nombre y una consideración diferente al de la materia empleada (69).

Concepto de la especificación

Se han dado multitud de definiciones de la especificación por parte de la doctrina, todas las cuales suelen poner de relieve los tres elementos o requisitos de la especificación: la transformación de una materia en una *res nova* como consecuencia del trabajo del especificador, la ajeneidad de la materia especificada, y la falta de un acuerdo entre el propietario de la materia y el especificador respecto a la transformación de aquélla.

La relación de definiciones sería interminable, por lo que presentaré algunas de ellas.

De Martino (70) dice que «la especificación es un modo de adquisición de la propiedad consistente en la transformación de una mate-

(69) El término especificación procede del latín, de la expresión *Species facio*, que significa transformar una cosa en otra que aún estando hecha con la misma materia en el contexto comercial tiene una denominación distinta.

Supuso para el Derecho romano la doctrina de la especificación un anticipo de las nociones de propiedad intelectual e industrial.

(70) DE MARTINO: en el *Comentario del Codice civile*, a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, III, p. 401.

ria en un objeto con individualidad propia económico-social, o, como generalmente se dice, en un objeto considerado como tal en el comercio». Tiene esta definición el acierto de subrayar las circunstancias que ha de reunir la transformación de la materia para que haya especificación; pero omite la referencia a que la materia sea ajena y a que no haya acuerdo con su dueño.

Andre Tabet (71) señala que «el término especificación indica un fenómeno prejurídico de naturaleza más amplia a aquel que es disciplinado por el artículo 940 del Código civil italiano, ya que expresa cualquier transformación de una materia prima por obra del hombre, de forma que resulte de ella un objeto que tenga una esencia propia y distinta, esto es, una propia función económico social diversa a la que de la cosa transformada. Este concepto amplio es útil para los otros institutos en que la transformación de una cosa produce consecuencias jurídicas, aparte del contemplado en la especificación y que son la ineficacia del legado a que se refiere el artículo 869 del Código civil [«El legado quedará sin efecto: 1.º) Si el testador transforma la cosa legada, de modo que no conserve ni la forma ni la denominación que tenía] y el contrato de arrendamiento de obra (art. 1.588: «Puede contratarse la ejecución de una obra conviniendo en que el que la ejecute ponga solamente su trabajo o su industria, o que también suministre el material.»).

Colin y Capitant (72) afirman que «la especificación es la creación de una cosa nueva con materia perteneciente a otra persona». Esta definición tiene el defecto de que no dice la especificación es el modo de adquirir... y sin que medie el consentimiento del dueño de la materia.

Wolf (73) da el concepto naturalista de la especificación diciendo que «es la formación de una cosa nueva en virtud de elaborar o transformar una o varias materias (parágrafo 950)».

Scaevola (74) la define como «la formación de una nueva especie con materia ajena».

Manresa (75) entiende que la especificación resulta siempre que el trabajo del artífice se ejerce sobre materia de otro, ocurriendo que la materia, por el efecto del trabajo mismo, sufre una transformación».

(71) TABET, A.: *Nov. Dig. it.*, vol. XVII, Torino, 1970, p. 1088, voz: «specificazione».

(72) COLIN y CAPITANT: *Derecho civil*, t. II-2.º, ed. española, Madrid, 1923, núm. 285.

(73) WOLFF: en el *Tratado de Enneccerus*, Barcelona, 1951, p. 422.

(74) SCAEVOLA: *Código civil*, t. VI, Madrid, 1949, p. 676.

(75) MANRESA: *Comentarios al Código civil español*, t. III, Madrid, 1952, p. 396.

Muy completa es la definición de la Enciclopedia Espasa (voz: «especificación»): «Es la producción de un objeto nuevo con materia ajena, realizada por cuenta propia y sin permiso del dueño.»

3. Elementos personales de la especificación

La especificación supone una relación entre dos sujetos o, mejor, entre dos partes que pueden estar integradas por una o varias personas y que son el dueño de la materia especificada y el especificador. Tanto uno como otro pueden serlo ya las personas naturales, ya las jurídicas. Que sea persona jurídica el dueño de la materia es algo que se comprende sin dificultad; en cambio, no está tan claro que una persona de esa clase pueda ser especificador, ya que siendo la base y elemento imprescindible de la especificación el trabajo y careciendo de una entidad física y corporal esos entes, no se ve cómo va a ser posible que realicen la especificación. La dificultad se resuelve diciendo que para ser especificador no es preciso realizar personalmente el trabajo de transformación, sino que basta con que lo realice otro por cuenta, encargo y dirección del que emplea la materia ajena. De este modo, y por poner algunos ejemplos, una sociedad mercantil dedicada a la fabricación de zapatos puede, por error, fabricar una partida de ellos utilizando cuero que no le pertenece; otra sociedad puede hacer sus balances, folletos de propaganda o un libro blanco, azul o del color que sea, explicando la situación de nuestro mercado en general o en la rama en que actúa y que, por diversas circunstancias se impriman utilizando papel ajeno, etc.

En cuanto a la capacidad exigida a los sujetos de la especificación, por lo que se refiere al dueño de la materia carece de sentido plantear la cuestión, porque su conducta es pasiva, de abstención y, por lo general, hasta su ignorancia del hecho. Distinto sería si nos preguntáramos qué capacidad habrá de tener el dueño de la materia para poder autorizar su transformación por el especificador. Da la impresión que esto sale fuera del tema, pues si el propietario da su consentimiento al especificador no hay especificación por faltar uno de sus requisitos que es la falta de autorización del dueño de la materia. Con todo interesa precisar la capacidad exigida para la autorización por parte del dueño de la materia, ya que si aquella es hecha por una persona sin la suficiente capacidad, sería nula, y por tanto, pese a la autorización del dueño de la cosa, habría lugar a la aplicación del artículo 383, siendo la tal autorización sólo un indicio del que se pueda deducir que el especificador en este caso ha procedido de buena fe. Parece que la autorización por el propietario de la materia para que otra persona la transforme con su trabajo y se quede con la nueva cosa, tanto si se hace con corresponsivo como si es a título gratuito, es un acto de disposición, requiriéndose la capacidad

de disponer y el poder de disposición, en la medida correspondiente al respectivo negocio (venta, donación, etc.).

Pasemos ahora a examinar la capacidad requerida en el especificador. Como en la especificación no se adquiere por negocio jurídico, sino por una actividad material y la ocupación, no hace falta que el especificador tenga la capacidad negocial y, al igual que ocurre con la adquisición de la posesión, basta con la simple capacidad de querer que se alcanza cuando el menor tiene el uso de razón. Sin embargo, como para la especificación, además de la ocupación, hace falta el trabajo, parece que éste no podrá ser realizado por sujetos de tan corta edad. Unos ejemplos disiparán la duda: un muchacho entra en un cañaveral ajeno y corta una caña a la que, practicándole las oportunas incisiones y agujeros, convierte en flauta; un joven hurta unas nueces y corta con una navaja la cáscara y añadiéndole un palo sujeto con unos hilos hace un juguete infantil; un aprendiz va sustrayendo a su principal cantidades, que incluso pueden ser importantes, de materiales, con los cuales en su casa fabrica objetos de artesanía iguales o parecidos a los que hace dirigido por el maestro, etc.

Y ¿qué ocurre cuando hay pluralidad de sujetos en cada una de las partes que intervienen en la especificación? Si hay varios propietarios de la materia, es decir, en caso de copropiedad, la especificación en principio no presenta otra especialidad que aquellos tendrán que repartirse las procedentes indemnizaciones en proporción a sus cuotas. No obstante, surgen dos cuestiones especiales. La primera es cómo se ejercitará en este caso el derecho de elección, que al propietario de la materia confiere el párrafo 2.º del artículo 383, entre quedarse con la nueva especie, previa indemnización del valor de la obra, o pedir indemnización de la materia. Si unos o alguno de los propietarios optan en un sentido y los demás en el otro, ¿qué ocurrirá? Una solución es aplicar por analogía el artículo 1.522 («El copropietario de una cosa común podrá usar del retracto en el caso de enajenación a un extraño la parte de todos los demás condueños o de algunos de ellos. Cuando dos o más copropietarios quieran usar del retracto, sólo podrán hacerlo a prorrata de la porción que tengan en la cosa común»), por lo que si unos copropietarios deciden quedarse con la cosa especificada y otros con la indemnización, los primeros harán suya la totalidad de aquélla, abonando a los segundos la parte que les correspondería en la indemnización. La otra solución es entender que como la especificación es un premio y acicate al trabajo y a la producción, si no hay acuerdo entre los copropietarios, podría concedérsele la propiedad de la *res nova* al especificador, indemnizando la materia; pero esto es algo más que dudoso, ya que en esta hipótesis el trabajo vale menos que la materia empleada o porque fue deficiente o porque ser aquélla muy preciosa. Estos razonamientos son

también aplicables *mutatis mutandis* al derecho de elección análogo que el párrafo 3.º del artículo 383 concede al propietario de la materia, cuando el especificador ha procedido de mala fe.

La segunda cuestión es qué efectos tendrá sobre la especificación el consentimiento o autorización otorgados por uno o algunos de los copropietarios o autorización otorgados por uno o algunos de los copropietarios de la materia para que el especificador la transforme por su cuenta y adquiera la propiedad de la *res nova* acompañado de la negativa, oposición o ignorancia de los otros. Parece que aquí es también posible la solución mediante la aplicación analógica de otro artículo del Código, dictado, esta vez, para las servidumbres voluntarias. Es el artículo 597, que dice así: «Para imponer una servidumbre sobre un fundo indiviso se necesita el consentimiento de todos los copropietarios. La concesión hecha solamente por algunos quedará en suspenso hasta que la otorgue el último de todos los partícipes o comuneros. Pero la concesión hecha por uno de los copropietarios separadamente de los otros obliga al concedente y a sus sucesores, aunque lo sean a título particular, a no impedir el ejercicio del derecho concedido.» Por consiguiente, en el supuesto indicado habrá especificación, pero los copropietarios que autorizaron la transformación de la materia no podrán, en su caso, ejercitar el derecho a quedarse con la nueva obra y, en cuanto a las indemnizaciones, tendrán que acomodarse a lo convenido con el especificador.

Veamos ahora la pluralidad de sujetos en la parte especificadora, es decir, que la especificación se haya hecho por varias personas. Si una o algunas de ellas han tenido papel principal y las otras sólo son colaboradores o auxiliares (así, el ejemplo de la estatua hecha en mármol o piedra ajenos por uno o más escultores, auxiliados por desbastadores), la primera o primeras adquieren la propiedad exclusiva o la copropiedad por cuotas proporcionales a su trabajo en la cosa especificada sin perjuicio de las relaciones que tengan con los auxiliares que se ajustarán a lo convenido entre ellos.

Por último, y para terminar la consideración de los elementos personales, me referiré a la situación que se plantea cuando el especificador es el usufructuario de la materia. Si éste, infringiendo su deber de *salva rerum substantia* especifica la cosa usufructuada, su situación por lo más desfavorable, habrá de ser igual a la de un extraño, teniendo, al menos, los mismos derechos que le corresponderían a éste, pues no hay razón para empeorar su situación. Lo mismo que el usufructuario «respecto de los tesoros que se hallaren en la finca será considerado como extraño» (art. 471 del Código civil) o, como dice el artículo 478: «La calidad de usufructuario no priva al que la tiene del derecho que a todos concede la Ley de Minas para denunciar y obtener la concesión de las que existan en los predios usufructuados, en la forma y condiciones que la misma ley establece», en

el caso de especificación realizada por el usufructuario tendrá los derechos que el Código concede a los extraños para tal supuesto. Pero, además, si el usufructuario, como consecuencia de la especificación tiene que indemnizar al nudo propietario el valor de la materia (art. 383, prop. 1.^a) esta indemnización no tendrá que abonarla hasta la fecha en que se extinguiría el usufructo; lo cual es aplicable también a la hipótesis de que el usufructuario especificador haya procedido de mala fe (art. 383, prop. 3.^a) en cuanto al valor de la materia, no así en lo que respecta a la indemnización de los perjuicios sufridos por el nudo propietario, que deberá resarcírseles de inmediato.

Añadir que puede existir buena fe en la especificación efectuada por el usufructuario, debido a error de hecho (por ejemplo, cree que la cosa usufructuada le pertenece por confundirla con otra igual o parecida sobre la que tiene la propiedad), o de derecho (es heredero aparente del nudo propietario y en tal concepto transforma la cosa; o el usufructuario es heredero del depositario de la cosa y la cree propiedad de él, transformándola). También puede haber mala fe en la especificación por parte de ambos (nudo propietario y usufructuario), compensándose la mala fe y rigiéndose por las normas pertinentes a cuando hay buena fe en las dos partes.

En el usufructo de cosas consumibles (usufructo impropio o cuasi usufructo) no es posible la especificación de la cosa por parte del usufructuario, ya que éste adquiere la propiedad de ellas con la obligación de devolver su valor en dinero u otras tantas del mismo género y calidad al extinguirse el usufructo.

Lo dicho para la especificación hecha por el usufructuario de la materia puede aplicarse *mutatis mutandis*, a la especificación realizada por el acreedor pignoraticio, según el artículo 1.859 del Código civil: «El acreedor no puede apropiarse de las cosas dadas en prenda, ni disponer de ellas.»

Establece el párrafo 1.º del artículo 383 que «el que de buena fe empleó materia ajena en todo o en parte para formar una obra de nueva especie, hará suya la obra, indemnizando el valor de la materia al dueño de ésta. Nuestro Código civil acogió fundamentalmente la tesis proculeyana (76), cosa que desde un punto de vista

(76) Acogiendo como excepción la tesis sabiniana en los párrafos 2.º y 3.º de este artículo, en el primer caso por una razón de pura lógica, ya que el mantener la tesis contraria implicaría un enriquecimiento sin causa del especificante y en el párrafo 3.º se acoge esta tesis como sanción a la mala fe o conducta dolosa del especificante. Pero no obstante, en el párrafo 2.º del repetido artículo 313 del Código civil, podría mantenerse la tesis de que en realidad no se acoge como excepción la tesis sabiniana, sino que en la hipótesis regulada en este segundo párrafo no existe verdadera especificación si entendemos por especificar el hecho de transformar la materia en una obra de superior valor, ya que la especificación como modo de adquisición del dominio se basa en el trabajo valioso y socialmente útil.

práctico supone una cierta ventaja, en relación a la tesis que atribuye preferentemente la propiedad de la cosa especificada al dueño de la materia, ya que, por regla general, la adquisición de la propiedad por especificación es más importante para los acreedores del especificante que para el especificante mismo. Así, si un escultor realiza una estatua para mi casa, ¿cómo podría defenderme de la reivindicación si se atribuye la propiedad de la cosa especificada al dueño de la materia?, de lo dicho podemos deducir que la atribución de la nueva especie al dueño de los materiales tiene más importancia para los acreedores del especificante que para este mismo.

En cuanto a la prueba del mayor valor de la materia o de la mano de obra, del párrafo II del artículo 383, se deduce que es el dueño de los materiales el que corre con esta carga, ya que, como tantas veces hemos repetido, nuestro Código civil considera cosa principal a la mano de obra y accesoria a la materia prima empleada y, desde luego, en la práctica lo normal es que el trabajo o la industria valgan más que la materia (77).

No hay que olvidar toda la problemática que plantea el valor subjetivo de la mano de obra, y menos todavía el momento en que debe hacerse la valoración tanto de la materia empleada como de la mano de obra, susceptible de variación en cortos plazos de tiempo. A este respecto nada dispone el Código civil, no dice nada más que el especificante de buena fe... «hará suya la obra, indemnizando el valor de la materia al dueño de ésta». No obstante, y por analogía con lo dispuesto en el Código civil italiano en su artículo 396, podría limitarse al plazo de seis meses, o bien seguir el modelo francés que desacertadamente dispone que esta valoración deberá hacerse en el momento del reembolso (78).

Pero además, y fuera de los casos en que se produzca un gran desequilibrio entre el valor de la materia y de la mano de obra, parece deducirse que el especificador adquirirá la propiedad de la cosa,

(77) En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1973 (Aranzadi núm. de repertorio 5295), redundante en apoyo de la tesis proculleyana al disponer que «en los objetos descritos en tan repetida partida 471 del arancel de aduanas, lo que destaca en ello sobre la materia empleada es la forma de los mismos, como ocurre con los cubiertos, e incluso el trabajo artístico empleado «orfebrería y demás objetos labrados». *Trabajo que muchas veces rebasa el valor intrínseco del material empleado*, circunstancia prevista por el propio legislador (art. 383 del Código civil) con la consiguiente repercusión en la forma de entender la regla «accessium sequitur principales».

(78) Dispone el artículo 396 del Código civil italiano que la reivindicación no se admitirá transcurridos seis meses desde el día en que el *proprietario* tuvo noticia de la incorporación.

Ello, no obstante, la problemática que podría plantear esta limitación de plazo, ya que tanto la materia como la mano de obra son susceptibles de variación en un corto período de tiempo.

cualquiera que sea su contribución de trabajo por el solo hecho de haberla transformado; además, este caso aparece recogido en el artículo 383 como una excepción.

Dice el párrafo 2.º del artículo 383 que «Si ésta (la materia) es más preciosa que la obra en que se empleó o superior en valor, el dueño de ella podrá, a su elección, quedarse con la nueva especie, previa indemnización del valor de la obra, o pedir indemnización de la materia». Como dice Alonso Pérez (79), «nuestro Código civil, influido básicamente por la doctrina proculeyana, hace al especificante propietario de la obra realizada por el hecho de la transformación valiosa y siempre que haya procedido de buena fe. Y congruente con esta doctrina, sigue realizada por el hecho de la transformación valiosa y siempre que haya procedido de buena fe. Y congruente con esta doctrina, sigue considerando que el especificante, por defectuosa que sea su obra, es el dueño de la misma hasta tanto el propietario de la materia le indemnice el valor de la nueva especie. Hay, por tanto, una constante preferencia en favor del especificante, a quien se pretende hacer propietario de la *res nova* o, si pierde el dominio de la misma, siempre con la garantía del valor de la obra previamente satisfecho».

Pero podemos preguntarnos, ¿es acertada y justa esta disposición? Desde luego, no cabe duda de su carácter avanzado y progresivo, pues protege al trabajador o especificador con una fuerza igual o mayor a la que vemos que el moderno Derecho del Trabajo dispensa al obrero, lo cual es tanto más que destacar si tenemos en cuenta que al tiempo de redactarse el Código civil no había aparecido todavía la justicia social, sino que imperaba el individualismo, por lo que la protección de los trabajadores en la sede propia de la materia (contra de arrendamiento de servicios, arts. 1.583 y ss.) brillaba por su ausencia. Sin embargo, ¿no será excesiva la tutela al especificador cuyo trabajo no ha aumentado en nada el valor de la materia, e incluso la ha desmerecido? Creemos que sí. Es admisible y hasta acertado que siempre que el trabajo desplegado en la especificación, aunque no sea valioso, es decir, superior al valor de la materia, sea socialmente útil, es decir, haya incrementado su precio o mérito, aunque sólo sea en una parte mínima tenga como recompensa la atribución de la propiedad al especificador sin perjuicio de la indemnización del valor de la materia. Pero cuando la actividad del especificador no ha tenido un resultado económico positivo, sino que incluso ha hecho desmerecer a la materia haciéndola menos preciosa o de menos valor, ¿cómo va a tener que indemnizar el dueño de la materia un trabajo que él no ha encargado y cuyo resultado ha sido desmerecer y reducir el valor de su materia? ¿No hay aquí más bien que una especificación, una damnificación de la que debería indemnizar el pre-

(79) ALONSO PÉREZ: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo, t. V, vol. I, Madrid, 1980, pp. 336-337.

tendido especificador al dueño de la materia? Así lo entiende, entre nosotros, Otero Valentín (80): «...Si la obra ejecutada —dice— no resultare artística, o expresara una torpeza manifiesta, entonces faltaría el motivo de respetarse los resultados del trabajo, y su autor respondería del valor de la materia y de la indemnización de perjuicios.» Y conste que, con razón, nuestro artículo 383 no exige que el trabajo empleado sea superior en valor a la materia utilizada, sino que aquél, aun siendo menos valioso que ésta, la haya aumentado, aunque sólo sea mínimamente en valor, o por lo menos, que no la haya hecho desmerecer. A ello no se opone, ni es una excepción, el párrafo 2.º del artículo 377 («En la pintura y escultura, en los escritos, impresos, grabados y litografías, se considera accesoria la tabla, el metal, la piedra, el lienzo, el papel o el pergamino») a tenor del cual, en todos esos ejemplos de especificación, se da por supuesto no sólo que el especificador ha hecho un trabajo útil, sino que incluso es de mayor valor que la materia empleada. ¿Será esto cierto en la realidad? Hay que entender en principio que sí. Ya que como enseñaron los romanos y recuerda Otero Valentín (*loc. cit.*) se consideró como especificación la pintura de un cuadro, pero no la operación vulgar de hacer aplicación de los colores sobre una superficie; así como la acción de escribir sobre pergaminos de otro, si esto no se refiere a una producción original. Estamos de acuerdo en que una pintura, aunque no sea muy perfecta, sobrepasa en valor al de los materiales empleados, y que una escritura de una obra literaria artística o científica es de valor incomparablemente mayor que el del papel en que aquélla se escribió. A veces, sin embargo, puede que no ocurra así. Cabe pensar en una novela, carente de todo valor literario, por lo que se niegan a adquirirla los editores, es decir, sin valor patrimonial alguno, que, por tanto, sería inferior en valor al de los cientos o miles de holandesas en que se escribió. Se debe considerar por otra parte si en la escritura, además del valor en cambio, se debe tener en cuenta el precio de afección. Lo mismo que, al exponer al objeto del derecho de propiedad, los autores observan no ser preciso que la cosa tenga un valor en cambio, sino que es suficiente un valor afectivo —vgr. una carta misiva de un pariente querido— en algunos tipos de especificación como el que nos ocupa, puede sostenerse que, para apreciar el valor de la cosa especificada, además del valor en cambio, hay que añadir el valor afectivo o precio de afección que tenga para el especificador. Una carta misiva, puede tener valor científico —pensamos en la correspondencia sobre temas hipotecarios mantenida entre Bienvenido Oliver y Jerónimo González, a la que alude éste en sus «Estudios de Derecho Hipotecario» (o histórico-biográfico), correspondencia de los hombres ilustres— y entonces pueden alcanzar

(80) OTERO VALENTÍN: *El trabajo, modo de adquirir la propiedad*, en «R.D.P.», noviembre 1919, p. 325.

un considerable valor en cambio; pero por lo general, sólo tiene valor afectivo —cartas entre prometidos, familiares o amigos—. También en estos últimos casos hay especificación, y el que hizo el escrito o su destinatario adquieren la propiedad del papel o pergamino utilizado. La cuestión de la especificación mediante la escritura se planteaba en Roma en unos términos prácticos distintos a los actuales, el valor de las tablillas enceradas y no digamos de los pergaminos era superior al del papel de hoy. Por otra parte, tanto unas como los otros se prestaban a borrar o raspar la escritura y volver a ser utilizados como si fueran nuevos, cosa que no sucede hoy con el papel. Cuando haya especificación de este en nuestros días, lo lógico es que el dueño del papel le interese que le den su valor o el *tantumdem eiusdem generis et qualitatis* y si pretende otra cosa es que trata de lucrarse a expensas del escritor, lo cual le impide, con acierto, los artículos 377-2.º, 383 y 7-2.º del Código civil.

Finalmente hay que plantear si el párrafo 2.º del artículo 383 presenta como alternativas que la cosa especificada sea de menos valor que la materia o que, aun siendo de igual o mayor, sea menos preciosa que ésta. Según el comentarista Scaevola («Código civil comentado», t. VI, Madrid, 1949, p. 679), «la calidad de menos preciosa que tenga la obra significa, no sólo la de que su mérito artístico sea inferior al de la materia, sino de la de que ésta represente un valor superior a la primera. Subrayaremos igualmente que el párrafo 2.º del artículo 383, no exige que el valor del trabajo sea superior al de la materia (como parecen dar a entender los Anotadores de Enneccerus —notas a Wolf, Barcelona, 1951, p. 426— cuando afirman «que la adquisición *ipso iure* por el especificante presupone el mayor valor del trabajo»), sino que le haya aportado un incremento por mínimo que sea y, apurando todavía más, que la haya transformado sin hacerla desmerecer.

En cuanto al momento en que se produce la adquisición de la propiedad de la nueva especie, es éste el de la transformación y no el del pago de la indemnización por el valor de los materiales empleados o de la mano de obra. Esta indemnización no supone más que un derecho de crédito a favor de aquel que de algún modo se hubiese injustamente enriquecido; no obstante, las expresiones del Código «quedarse con la nueva especie previa indemnización...» o «hará suya la obra», podría dar pie para que pudiera construirse con interpretación tal vez justificable, como un modo originario de adquirir el dominio ligado a un hecho y no al cumplimiento de una obligación.

El párrafo III del artículo 383 del Código civil se separa del criterio acogido en el Código civil italiano y en el BGB, acoge y exagera en base a un factor subjetivo —la conducta dolosa del especificante— la tesis sabiniana. Tal vez hubiese sido más lógico que esta conducta

subjetiva del especificante se tuviese sólo en cuenta a efectos de indemnización— por el valor de los materiales empleados y de los daños causados, como un además de la obligación de pagar el precio de la materia utilizada.

Por otra parte, la alternativa concedida por el párrafo III del artículo 383, el dueño de la materia tiene el derecho a quedarse con la obra sin pagar nada a su autor, o de exigir de éste que le indemnice el valor de la materia y los perjuicios que se le hayan seguido en el caso de que la nueva especie constituyese una obra de auténtico valor, abre una vía de enriquecimiento injusto, parece excesiva la sanción a la mala fe, hubiese sido más lógico reconducir las consecuencias de esta conducta subjetiva al ámbito de la indemnización, aunque sólo fuese por mantener una unidad de criterio con el resto del precepto y con la regulación establecida en los principales Códigos europeos (81).

Pero si el que procede de mala fe es el dueño de la materia —o lo que es lo mismo, la nueva especie se realiza a su vista, ciencia y paciencia— lógicamente debe perder ésta, es decir, podrá quedarse con ella el artifice sin que el dueño de los materiales especificados tenga derecho a ningún tipo de razón con el caso de que quien proceda de mala fe sea el especificante, sin necesidad de recurrir al argumento de la analogía con lo dispuesto en los artículos 364, 379 y 382. Si bien hay que añadir que por aplicación de las reglas generales la mala fe ha de interpretarse siempre con criterio restrictivo.

El párrafo II del artículo 383 del Código civil consagra su supuesto de obligación alternativa al otorgar al dueño de la materia —en el supuesto de que ésta sea más preciosa que la obra— la facultad de optar entre quedarse con la nueva especie o pedir indemnización de la materia, en esta hipótesis, y por tratarse de una *obligación alternativa legal* para el especificante, se aplicarán sus propias normas y solamente en su defecto las reglas generales por las que se rigen esas obligaciones. Por tanto, la elección en este supuesto —a tenor de las reglas generales— no deberá hacerla el deudor, ya que por ley se le confiere expresamente al acreedor, no siendo de aplicación en ningún caso, en cuanto a la doctrina de los riesgos, los párrafos 1.º y 3.º del artículo 1.136, ya que al recaer una de las alternativas sobre dinero, siempre cabrá entregar éste, ya que el género nunca perece. Lo mismo cabe decir con relación a lo dispuesto en el párrafo III del artículo 383.

¿Pero qué ocurriría antes de que el dueño haya hecho la elección?
¿A quién pertenece la nueva especie antes de que el propietario de

(81) Ello podría tener, tal vez, una justificación histórica, ya que desde el Derecho romano se ha venido atribuyendo al especificador de mala fe una condición furtiva.

los materiales empleados haya hecho uso de la facultad que le confiere el párrafo II del artículo 383? En este supuesto de que la materia sea más preciosa que la obra, el dueño no pierde la propiedad, así parece deducirse de la expresión «quedarse» (82), que emplea nuestro Código, lo que no tiene consecuencias prácticas al no perder en ningún momento su condición jurídica de dueño, si bien podría estar justificada esta excepción de la pérdida del dominio si se sigue la tesis de que en este supuesto de mayor valor de la materia no hay verdadera y propia especificación en cuanto que no se genera una cosa de mayor valor económico socialmente útil, etc., pues ya dijimos que el fundamento, desde un punto de vista teórico, de la adquisición del dominio por especificación se basa en el trabajo valioso y socialmente útil.

Es por ello por lo que hay que señalar lo desacertado de emplear esta expresión en el párrafo III de este artículo (especificación realizada de mala fe), ya que en esta hipótesis sí se produce una verdadera especificación, de manera que hubiese sido más propio hablar de hacer suya la obra.

El apartado 5.º del artículo 1.923 dispone que con relación a determinados bienes inmuebles y derechos reales del deudor gozan de preferencia: los refaccionarios no anotados ni inscritos sobre los inmuebles a que la refacción se refiera y sólo respecto a otros créditos distintos de los expresados en los cuatro números anterior.

La razón o motivo de tal preferencia, como señala Scaevola (83), es meridiana, ya que en definitiva crea un aumento de valor en el bien que beneficia a los acreedores todos, y muy singularmente a los especialmente privilegiados en relación con dicho bien.

Ya se ha señalado anteriormente que la especificación, como modo de adquirir el dominio, se basa en el trabajo valioso y socialmente útil, en tanto en cuanto sólo cuando la nueva especie es de mayor valor que los materiales ajenos empleados el artífice hace suya la obra, se ha dicho también anteriormente que en los demás supuestos regulados por el artículo 383 del Código civil no hay verdadera y propia especificación, se señaló también además que la solución consagrada por el artículo 383 del Código civil español tiene mayores consecuencias para los acreedores del especificante que para el especificante mismo y se puso el ejemplo de cómo podría yo defenderme de la acción reivindicatoria del dueño de los materiales empleados por un escultor que realiza con materia ajena una estatua para mi jardín.

(82) Téngase en cuenta que el párrafo 1.º del artículo 383 emplea la expresión «hará suya», que puede interpretarse en el sentido de adquirir la propiedad sobre la misma.

(83) SCAEVOLA: *Código civil*, t. XXI, Madrid, 1974, p. 802.

Podemos encontrar aquí un argumento analógico, una identidad de razón para sostener que la especificación es un modo de adquirir el dominio basado en una actividad generadora de una riqueza, en un trabajo, como ya hemos dicho y según la expresión de Alonso Pérez, «valioso y socialmente útil».

Pero, ¿qué ocurre si el especificante produce la nueva cosa en parte en materia propia y en parte ajena? Creemos que es decisiva para atribuir la propiedad la reducibilidad e irreducibilidad. Sólo en el caso de especificación irreducible el especificante devine propietario de la nueva cosa, mientras que en el caso de especificación reducible cada uno queda propietario de su cosa; si, por el contrario, es soluble, surge una copropiedad entre los diversos propietarios de la materia y precisamente en proporción a la cantidad de materia soportada y a su valor.

Podría también sostener que la producción de una nueva cosa con materiales en parte propios y en parte ajenos hace siempre al especificante propietario de la nueva especie sea o no reducible la especificación.

Surgiendo ahora la cuestión de cuál es la idea inspiradora de esta posición

Un punto de partida puede ser la disposición jurídica para la especificación de materia totalmente propia, vale para este caso el principio: *quod ex re nostra fit nostrum est*. Esta disposición debe ser adaptada para el caso de especificación de materia en parte propia en parte ajena. Esta disposición vendría a ser una especie de suplemento de la norma; según este suplemento, la materia ajena aparece sólo como una accesión de la nuestra y en base a esta accesión no queda excluida la continuación de la propiedad, que se verifica en base a la propiedad de la materia. Esta manera de ver las cosas presupone que la materia propia tenga mayor valor. Mientras que la disposición en cuestión no presupone esa relación entre las dos materias y debe ser aplicada aun cuando una mínima parte de la materia empleada la producción pertenece al fabricante.

El segundo punto de partida es el siguiente: el trabajo de producción se erige en fuerza creadora de la propiedad no sólo en el caso de especificación irreducible, sino cuando pertenece al especificante una pequeña parte de la materia. El momento creador de la propiedad es desde este punto de vista el trabajo, la producción, la creación de una nueva especie; lo que debe hacer excluir la reivindicación por parte del otro propietario de la materia (como en el caso de la irreducibilidad). Si A forma una nueva especie con la cosa de B y de C puede surgir una copropiedad entre B y C. Ambos pueden quedar como propietarios de la cosa, ya que están en parecida situación. Si por el contrario, A forma parte la nueva especie con una cosa

suya y con otra de B, estos propietarios no se encontrarán en iguales condiciones respecto a la nueva especie. A contribuye sin duda más que B, ya que aporta el trabajo y una parte de la materia. Por eso se otorga la propiedad a A, y a B se le otorga una pretensión de naturaleza simplemente obligatoria.

Desde este segundo punto de vista, según el cual debe devenir propietario de la nueva especie aquel «que la realiza». Con esto se ha dado un nuevo paso hacia el orden de las ideas que podríamos llamar «proculeyanas», ya que la producción se reconoce como modo de adquirir la propiedad no sólo en el caso de la especificación irreducible, sino que en estas circunstancias es posible aunque la especificación sea reducible.

Visto esto, parece evidente que aunque en esta extensión el principio «proculeyano» vale sólo con la limitación de que la especificación de materia en parte ajena no se haya hecho de mala fe, si el especificante operó con materiales que sabía que eran ajenos. En este caso no merece esta protección y debe tolerar que el propietario de la materia sea copropietario o propietario exclusivo de una parte de la cosa especificada.

¿De qué género es en este caso la propiedad del especificante sobre la nueva especie? ¿Es una continuación de la vieja propiedad sobre la materia o es una propiedad nueva? La razón jurídica de la adquisición de la propiedad de la nueva especie está en el trabajo. En cuanto que la especificación es reconocida como modo de adquisición de la propiedad procura siempre una propiedad nueva. No es aquí la especificación como en otros lugares un modo derivativo de adquirir la propiedad. Si A con su cosa x y con la cosa y de B hace una nueva zosa z; lo absorbe de manera que ahora sólo es propietario de X más y, sino que además deviene propietario del nuevo objeto z. La propiedad de la nueva cosa no se compone de la propiedad sobre sus singulares piezas, sino que el especificante queda propietario de esta nueva especie, y consecuentemente propietario de sus singulares piezas. Si reivindica una de éstas no tiene necesidad de demostrar que es propietario de ella, basta con que pruebe que es propietario de la cosa que ha sido hecha en parte con materia propia.

Especificación con materia en parte propia y en parte ajena

Cuando el especificador ha utilizado materiales en parte ajenos y en parte propios el Derecho justiniano atribuía la propiedad de la nueva especie al especificador, cualquiera que fuera la importancia de la materia propia empleada. Como observa Bianchi (84), esta solu-

(84) BIANCHI: *En el Código civile italiano*, vol. 9, parte 3.^a, Roma, 1900, p. 634.

ción era perfectamente lógica en una legislación que atribuía al autor de la especificación la propiedad de la nueva especie siempre que la materia ajena utilizada no pudiese ser reducida a su primitiva forma, como sucedía en el ejemplo propuesto, debiendo corresponder, con mayor razón, el mismo derecho, si en la obra además había empleado una parte de materia propia en la especificación. Los Códigos francés e italiano de 1865 dieron, por el contrario, prevalencia a la materia sobre la forma, estableciendo como regla que, cuando el artífice haya utilizado para la formación de la nueva especie una materia que no le pertenecía, pueda o no recobrar su primitiva forma, es el propietario de la materia quien tiene derecho a la propiedad de la cosa que se ha formado con ella, reembolsando al artífice o persona que haya realizado la especificación el de la mano de obra. Por tanto, no podían consecuentemente seguir la teoría romana en el caso de que el artífice hubiera utilizado materia en parte propia y en parte ajena, por lo que sustituyeron la propiedad exclusiva que Justiniano atribuía al autor de la especificación, por la copropiedad o propiedad común entre éste y el dueño de parte de la materia utilizada.

El artículo 383 de nuestro Código civil no da relevancia al hecho de que la materia sea en parte propiedad del especificador («El que de buena fe empleo materia ajena *en todo o en parte...*»), atribuyéndole como regla la propiedad al especificador si obró de buena fe. La solución es superior a la de los Códigos francés e italianos, ya que el atribuir un condominio al especificador y al dueño de los materiales en proporción a su parte en éstos y al valor del trabajo choca con el concepto que tiene el legislador de la copropiedad como una situación enojosa, desagradable y fuente interminable de litigios a la que conviene poner término cuanto antes. Al no ser posible la división de la cosa común especificada, por lo general la situación terminaría con la enajenación de la misma en subasta, perdiendo el especificador y no ganando nada el dueño de la obra parte de la materia, ya que a lo más recibirá una parte en el precio que difícilmente sería igual a la indemnización del valor de su materia que le concede el artículo 383-1.º.

Sólo añadir dos observaciones: la primera es que en la hipótesis a que nos referimos, a los efectos de la facultad que el párrafo 2.º del artículo 383 concede al propietario de la materia para quedarse con la nueva especie si la materia era más preciosa o de más valor, hay que entender que debe deducirse el valor de los materiales propios del especificante. La segunda es que la solución del párrafo 3.º del artículo citado para el supuesto de mala fe en el especificador, en el sentido de que el dueño de la materia puede quedarse con la obra sin pagar nada al autor, que, como observa nuestra doctrina, resulta injusta en la mayoría de los casos, lo es mucho más en el presente, en el que la parte de materia ajena empleada puede ser insignificante

o de mucho menos valor e importancia que la propia, en cuyo caso los Tribunales deberán conceder la propiedad al especificador, no sólo por el arbitrio judicial en apreciar la buena o mala fe, a que alude la doctrina indicada, sino por el recurso al abuso de derecho por parte del dueño parcial de la materia, que procede tener en cuenta en aplicación del actual artículo 7-2.º del Código civil.

Ya hemos vistos que la especificación tiene la eficacia de producir un cambio en los derechos reales. El propietario de la materia deja de ser tal en algunos casos. Pero este propietario que por el hecho de la especificación pierde su propiedad, ¿no tiene derecho a ser resarcido?

Recordemos que ya en el Derecho romano se concedía al propietario de la materia la acción de hurto y la *condictio furtiva*, otorgándose además una *actio utilis (la rei vindicatio utilis)* al dueño de la materia de forma que el propietario nunca estuvo desprovisto de un medio jurídico para ser resarcido. Por ejemplo, al propietario de una tabla se le atribuía siempre esta acción frente al pintor en base a la desproporción entre el valor de la tabla y de la pintura y aunque la cuestión de quién es propietario se resolvía a favor del pintor, se atribuía al dueño de la tabla el derecho al resarcimiento. El pintor se hace dueño en base a la desproporción mencionada, pero no debe lucrarse de la tabla y, por tanto, debe siempre resarcir al propietario de ésta.

¿Podría responder el especificante a título de enriquecimiento injusto?

Es decisivo contra tales hipótesis el hecho de que la concesión de esta posibilidad desconoce la esencia de la especificación según la teoría que venimos llamando proculeyana, que acoge básicamente nuestro Código civil. La especificación para esta teoría no es un modo de adquirir la propiedad meramente formal, sino que conlleva su causa material. Por lo que si el especificante ha creado la nueva especie es porque ésta es producto de su trabajo, por eso se le atribuye la propiedad frente al dueño de la materia. En esta creación está la justificación material de su adquisición; por lo que no puede ser considerada como una adquisición *sine causa*. Al igual que no es un enriquecimiento injusto la usucapción, tampoco lo es la especificación. Según la «teoría proculeyana», no es la propiedad de la materia lo que adquiere el especificante, sino una nueva propiedad sobre la nueva cosa, una propiedad que el especificante ha merecido por crearla. Su propiedad no aparece como una consecuencia de la propiedad de la materia y no es posible ver aquí un supuesto de enriquecimiento injusto y gravar pasivamente tal adquisición con una acción de injusto enriquecimiento. Esta es la razón por la cual en ningún sitio se encuentra unida a la adquisición de la propiedad por parte del especi-

ficante, como se encuentra, por ejemplo, en el caso del pintor una obligación de resarcir al propietario de la materia (sólo se hace mención cuando el modo especial de apropiación y de consunción de la materia lo justificá).

Por lo que al Derecho foral se refiere, hay que decir que muy poca importancia ofrece en materia de especificación. Únicamente hay que decir que esta institución tanto en Navarra como en Cataluña se rige por el Derecho romano, pero por lo que a la especificación concretamente se refiere, deberá tenerse en cuenta la regulación de la misma contenida en el párrafo XXV, título I, libro II, de las instituciones de Justiniano, conforme a la cual, «si la cosa puede restituirse al estado de primera materia, pertenecerá al dueño de ésta la nueva especie; mas, en caso contrario, debe darse preferencia al que la ha formado».

A este resultado llegamos teniendo en cuenta el actual orden de prelación de fuentes en Cataluña, pues, si con arreglo a la redacción de 1960 del artículo 1.º de la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña, el Código civil era Derecho supletorio inmediato, es decir, de primer grado en todo lo no regulado por ella, siendo el valor del antiguo Derecho catalán meramente interpretativo y, por tanto, a falta de disposiciones de la Compilación sobre la materia que estudiamos, habría que aplicar el artículo 383 del Código civil, la situación pudiera parecer cambiada por completo con el artículo 13-2.º del nuevo título preliminar del Código civil, a cuyo tenor éste es supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquellas provincias o territorios forales. De entenderlo así, habría que aplicar en tema de especificación el Derecho romano justiniano y, en su defecto, el Código civil.

No obstante, es muy autorizada la opinión del profesor Lacruz (85) en el sentido de que «en lo no tratado expresa o implícitamente por las Compilaciones, rige el Código civil, que habrá de aplicarse conforme al espíritu del ordenamiento que complementa». Por tanto, a falta de un precepto de la Compilación de Cataluña sobre especificación, regirá sin más el artículo 383 de la *res nova* a favor del especificador «hasta que el dueño le reintegre, afiance o consigne judicialmente el precio de los jornales de los operarios en la cuantía que declare quien pretenda la retención, sin perjuicio de comprobaciones posteriores» atribuible al especificador por aplicación analógica del artículo 278 de la Compilación, ya que el mismo derecho de retención se lo otorga el artículo 383 del Código civil cuando dice «*previa* indemnización del valor de la obra».

(85) Manual de Derecho civil precedido de una introducción al Derecho, Barcelona, 1984, p. 120.

4. Requisitos de la especificación

a) *Que se trate de cosa mueble*

Tanto para el Derecho romano como para el Derecho moderno los fundos no llegan a ser una nueva cosa por el trabajo realizado en ellos (86).

Si se cambia el bosque en un campo de cultivo o en un jardín, la cosa es la misma y una similar transformación no crea una cosa nueva. Cualquier trabajo realizado en un fundo tiene sólo el carácter de una elaboración y no de una transformación en otra cosa. A través de los más importantes cambios, fruto del trabajo de los hombres, el fundo sigue siempre siendo la misma cosa; cambiando su calidad y acaso el nombre, pero la cosa en base a este cambio no se convierte en otra, sino que permanece la misma. Como quiera que el trabajo no produce una nueva especie, para el Derecho romano es necesario excluir de la especificación las transformaciones de los fundos, como la transformación en viñedos, viveros o construcción de casas, que tienen concepto de mejoras (87), y los gastos en ellos realizados de impensas.

Pero donde una mayor dificultad puede surgir, por el contrario, es en aquellas situaciones de detentación en las cuales falta una disciplina de la actividad de la mejora. Esto puede ocurrir en aquellos casos en que el origen de la detentación tiene carácter negocial, pero que falta en su disciplina típica la previsión de la mejora, y *más frecuentemente* en la hipótesis en que la detentación no ha tenido origen negocial (por ejemplo, en el hallazgo de la cosa perdida) y cuando no resulte en absoluto posible la referencia a una disciplina típica de la cual deducir elementos para la calificación de la actividad de la mejora. La falta de previsión de la disciplina de la mejora en semejante hipótesis no debe dejar en ningún caso privado de tutela al sujeto, ya que siempre alguna norma dictada en materia de accesión y más en general la normativa en materia de enriquecimiento sin causa pueden servir de instrumento para reequilibrar el desequilibrio patrimonial.

(86) Para que haya especificación ha de tratarse de bienes muebles dado que nuestro Código civil regula la especificación dentro de la accesión de mueble a mueble, si bien en la práctica puede darse el caso de la pintura que se efectúa en la pared de un inmueble —frescos—, caso que podría considerarse como de especificación.

(87) Si entendemos por mejora un aumento de utilidad o de valor de una cosa como consecuencia de una actividad realizada sobre ésta. Esta actividad y el consecuente resultado de mejorar, según la concepción tradicional, es relevante sólo cuando la mejora ha sido realizada por un sujeto distinto del propietario del bien de que se trate. Sólo en el caso de que la mejora haya sido obra de un tercero, la apropiación del resultado de la mejora por parte de un sujeto distinto del mejorante, da lugar a relevantes consecuencias que afectan a la esfera de los dos patrimonios.

Aun con todo ello, la doctrina se ha ocupado de determinar con precisión la naturaleza jurídica de la mejora.

En un primer momento, la mayor parte de los autores incluyeron en este supuesto de hecho el ámbito del *enriquecimiento sin causa*, resaltando el hecho de que la obligación de mejorar presenta una posición análoga a *aquella del cobro de lo indebido o de la cosa adquirida sin causa* y por ello afirmó que «parece claro el hecho voluntario y lícito de la posesión que hace nacer una obligación para el propietario».

Pero la doctrina más reciente ha reconducido la naturaleza jurídica de la mejora más directamente al ámbito de la tripartición: negocio, acto y hecho.

El carácter voluntario del acto y la producción de los efectos por obra de la Ley, independientemente de la voluntad del sujeto han llevado a calificar al acto de mejorar como *acto jurídico* y más recientemente a construir toda la materia de la mejora de modo unitario y sistemático partiendo de su calificación como acto negocial.

Si buscamos qué elementos del acto se distinguen de la verdadera y propia mejora-naturaleza de acto jurídico, de la categoría de los meros actos o actos reales o naturales o efectuales y consecuentemente no negociales y un elemento posterior que deja sobre la cosa algo susceptible de evolución económica y que tiene sin duda la naturaleza jurídica de *acto patrimonial natural*.

En todos estos casos de producción de una nueva materia, la cual si bien estaba contenida en el material trabajado, pero que fue obtenida como materia independiente, existente por sí misma, sólo a través del trabajo, tal beneficio o ganancia de materia puede aparecer como extracción de la nueva materia de la vieja cosa (extraer el aceite de la oliva, el azúcar de la remolacha, etc.) o no sería de una comixión, sino propia especificación, la creación de nueva materia reuniendo más materiales (mezclas de gas carbónico, agua azucarada, esencia de café y aromas para hacer la Coca-Cola. Pero estos ejemplos más que de especificación parecen de comixión no se puede considerar como una nueva cosa a extraer una materia existente como cosa independiente de la mezcla de otros materiales (por ejemplo, la extracción de oxígeno de la atmósfera).

a) En muchos casos la forma es cosa totalmente secundaria; ésta es la regla general si se trata de materias primas, es indiferente que un montón de arcilla sea redondo, angular, etc., ya que siempre habrá la misma cantidad de arcilla; o una masa de plastilina que se le da la forma de animales u objetos se vuelve a su aspecto de masa, o la fabricación de barras de hielo con agua ajena. Por tanto, toda transformación que esté dentro de los antecedentes dichos y que no

se dirija a crear una cosa de arcilla no es especificación porque no crea una cosa nueva.

b) Por el contrario, en otros casos, la forma es precisamente lo que determina la esencia que la cosa sirva para este o para aquel uso, es una consecuencia de la forma, la cual la hace apta para un determinado uso.

Podemos extraer las siguientes consecuencias:

Si se da a una materia determinada forma por la cual ésta se convierte en una cosa determinada, produce con ello una cosa nueva. Cuando se convierte un montón de yeso en un recipiente o figura de adorno —vgr., un gato— se produce una nueva cosa. Pero se hace una nueva cosa de un objeto que de por sí es ya una cosa determinada, una forma la cual es característica de otra cosa. Naturalmente, no todo cambio de forma crea una cosa, ya que el cambio de forma puede presentarse como una simple elaboración de la cosa actual que continúa existiendo. Así, por ejemplo, quien convierte en alfombra de piel de un oso elabora la cosa existente, la cambia, pero sin producir una cosa nueva. Porque si dando una forma se crea una cosa nueva, es necesario que una vez creada la cosa nueva se destruya del todo la forma antigua. Cuando esto se produce, existe una cosa nueva tanto si la nueva forma es igual a la vieja como si es distinta. Quien funde un objeto y lo convierte en otro idéntico ha crado una cosa nueva.

Un problema que merece una particular consideración es el de si la fabricación de una cosa compleja, como la formación de un collar con perlas y piedras e hilo o si de una tabla se hace una nave, ¿es ésta una especificación reducible o irreducible? Si el trabajo consiste simplemente en formar una nave con tablas ya preparadas entienden las fuentes que no hay especificación.

Para aclarar un poco esta cuestión se deben distinguir dos casos:

El primer caso es aquel en el que el trabajo consiste en el montaje de piezas ya preparadas y que se adaptan las unas a las otras. En este caso no hay especificación, pues no se crea nada nuevo. No es éste el caso a que las fuentes se refieren.

El segundo caso es aquel en que el trabajo no consiste sólo en montar piezas. En estos casos, si hay verdaderamente una cosa nueva, es el caso a que se refieren las fuentes. El proceso de fabricación en este caso puede ser de varias maneras.

1.º Puede ocurrir que el productor realice toda o una parte de la labor de preparación dirigida a formar el material. Por ejemplo, si destruye una construcción.

2.º Que opere preparando materiales de otro. Por ejemplo, si corta la tabla de B.

En estos dos casos sí hay especificación. La diferencia es sólo que en el primer caso hay dos procesos de producción de los cuales el primero se dirige a crear los materiales que han de servir al segundo; y en el otro caso, hay un sólo proceso de producción. Parece que es especificación reducible.

Pero ¿es suficiente considerar la descomposición de una nave en sus diversas partes como un caso de reducibilidad por razón de que las tablas pueden ser nuevamente reunidas para formar la nave? ¿Pero esta descomposición constituye una destrucción y no una creación de cosa nueva?

Pero esta manera de ver las cosas que conduce a tan extraños resultados es del todo insostenible. El error estriba en dividir en dos el único proceso de producción; y de tratar este acto, que es parte de un proceso de producción, como una producción en sí. Concibiendo así las cosas, no cabe duda de que el segundo acto se puede considerar como una especificación reducible.

Es evidente que el acto de especificación en cuestión está compuesto de actos parciales que no puede ser espontáneamente interpretada de otra manera. De esta manera no podemos más que admitir que es especificación irreducible la construcción de una nave, por la sola razón lógica, y no en base a un derecho singular; se aplican a ésta los principios antes expuestos, principios que sólo en base a la prevalencia del fondo de la nave admite esta modificación en el sentido de que la propiedad de la misma determina la propiedad de la nave.

b) *El requisito de la buena fe*

El fin, al menos secundario de la teoría «proculeyana» es proteger del fabricante al tercero adquirente.

La verdad es que aunque se reconozca que el trabajo es título de adquisición de la propiedad, sólo el fabricante es digno de ésta por su buena fe. En consecuencia, el principio de que la «producción procura la propiedad» no sirve a los intereses del comercio, sino que mira simplemente a dar una recompensa al especificante siempre que ésta no pueda otorgar sin causar daño al propietario de los materiales. Que se adquiera la cosa por el fabricante si ésta es irreducible está siempre expuesto a la objeción de que se diga que la adquisición se hizo de mala fe, lo que no importa demasiado, ya que el tiempo de usucapión es de tres años, y de seis años según nuestro artículo 1.955. En relación al principio de la buena fe, objeto de discusión hasta ahora, debemos plantearnos las siguientes cuestiones:

1.º ¿Cuándo debe existir la buena fe? Ciertamente durante el proceso de la especificación. La buena fe es decisiva mientras la cosa es especificada, de manera que la buena fe que luego se convierte en mala —*mala fides superveniens non nocet*— no excluye la adquisición por parte del especificante. La cosa es así. La buena fe se presupone —*homo praesumitur bonus donec probitur malus*—. El especificante corre sólo con la carga de la prueba de que la cosa fue irreduciblemente especificada, corresponde al adversario probar que conocía la ajeneidad de la materia. Por tanto, la buena fe no es requisito positivo para la adquisición de la propiedad, sino que, por el contrario, la mala fe es motivo decisivo para excluir esta adquisición.

2.º ¿La legitimidad de la adquisición de la materia ajena es un requisito independiente de la adquisición por especificación? Partiendo del concepto económico de trabajo, una ilegítima no es especificación, porque económicamente no es trabajo. Para que haya especificación se ha de poseer la materia por un motivo lícito y por un título verdadero.

Pero debemos ante todo aclarar el significado del término «legítimo». Posesión legítima es la adquirida en base a un título verdadero. Pero este título verdadero no es un requisito para adquirir por especificación. Esto no quiere decir que el título no tenga ninguna importancia en este tipo de adquisición (88).

Uno de los requisitos que exige el artículo 383 del Código civil para que el especificante haga suya la nueva especie es que ésta proceda de buena fe. ¿Pero qué alcance debemos dar a esta expresión en materia de especificación? La cuestión se plantea ya que no parece suficiente que el especificante conozca o no que los materiales que transforma son suyos y, por tanto, si las diferencias reales de tratamiento dependen de que sea poseedor de buena fe a título de dueño y no *verus dominus* habría que incorporar al tratamiento de la especificación las reglas de la interrupción de la usucapión para el poseedor de buena fe. Para esta hipótesis cabría —según Pérez González y Alguer— considerar que esta buena fe consiste en la creencia de propiedad del transmitente y en la ausencia de vicio en el título, o modo de adquirir, o creencia en el propio derecho y hacen la salvedad de que ello no ha de exigirse en la adquisición originaria, como en el caso de la ocupación de cosa extraviada que de buena fe se reputa *nullius*, ya que aquí sólo basta la creencia en la adquisición.

También señala Scaevola (89) que esta definición legal es incompleta, al hacer caso omiso de la posesión adquirida de modo originario; y, tras citar varios supuestos prácticos, concluye afirmando que

(88) Podría también negarse que sea un requisito independiente de la buena fe.
 (89) Citado por SCAEVOLA: *Código civil*, XXXII, 2.ª ed., Madrid, 1965, p. 550.

en todos estos casos de adquisición originaria, la buena fe consista en creer que la cosa no era de nadie y que el poseedor la adquirió lícitamente, cumpliendo los requisitos legales necesarios al efecto. La buena fe puede igualmente estar basada en error de hecho, por ejemplo, porque el especificador confunde los materiales ajenos con otros propios a los que se les parecen o se encuentran en circunstancias de lugar, etc., análogas.

Por consiguiente, hemos de entender que a efectos de una buena fe será preciso estar a esa idea de creencia de que se ha recibido la cosa en un sentido de recepción amplia, no implicante de transmisión en ese estrecho sentido jurídico, sino bastante a amparar la simple toma o adquisición originaria con tal de que se ignore el vicio radicante en el modo adquisitivo, sea éste originario o derivativo, o la ineptitud legal de la cosa para ser tomada o aprehendida. Porque concepto permanente interno y subjetivo, a fin de cuentas, la buena y la mala fe, más importará el signo positivo o adverso de la creencia que el modo cómo las cosas vinieron a nuestras manos.

A la vista de todo ello, consistirá, en suma, la buena fe, como señala en un obrar conforme a derecho.

Por el contrario, y dado que el ámbito de la especificación se limita a los bienes muebles, podría interpretarse que la buena fe a que alude el artículo 383 del Código civil es la exigida por el artículo 464. Regla fundamental y característica de «la posesión de bienes muebles, adquirida de buena fe equivale al título».

Históricamente formulada, manifiesta con una u otra expresión en los ordenamientos actuales y de la que pretende deducirse que, dándose ciertos supuestos, la posesión de bienes muebles puede producir de manera inmediata, sin necesidad del tiempo que exige la usucapión, la adquisición del derecho real. Esta es la pretendida eficacia de la regla, que algunos autores quisieron expresar calificando este supuesto de adquisición del derecho real, a través de la posesión de muebles con buena fe, como de prescripción instantánea, la repercusión de este artículo en la materia que nos ocupa la hemos estudiado en otro lugar.

c) *Requisitos. Si se exige o no el elemento intencional*

En cuanto al elemento subjetivo o intencional de la especificación debemos poner de manifiesto el hecho de que lógicamente parece que no es necesario que el que realiza el trabajo quiera crear una cosa o especie —empleando este término para una mejor adecuación con la terminología del Código— con un fin o destino premeditado, cabe decir, por tanto, que es factible incluir dentro de la regulación del artículo 383 del Código civil todos aquellos supuestos que poda-

mos denominar de «especificación involuntaria» o no intencional, en los que no se da un especial ánimo creador o innovador (vgr., la persona que, sin darse cuenta, echa fermentos en el vino o lo transforma en vinagre).

VIII. EFECTOS DE LA ESPECIFICACION

La propiedad de la nueva especie en nuestro Derecho, sin distinguir entre que sea la especificación reducible o irreducible, es ciertamente una propiedad nueva adquirida de modo originario, porque en tal caso, la nueva especie se considera como un objeto nuevo. En base a la producción, el especificante adquiere la nueva propiedad. La adquisición se produce desde el momento en que se crea una nueva especie. Así, por ejemplo, si se quiere hacer con troncos ajenos una nave se deviene propietario de las tablas desde el momento en que se han aplicado los troncos a tal fin; mientras tanto, no se adquiere la propiedad; así, si se han quitado las ramas a los troncos no es necesario tener intención de adquirir la propiedad; el especificante devendrá siempre propietario de la cosa nueva por él producida, a menos que emplee su fuerza de trabajo al servicio de un tercero. Quien en base a un arrendamiento de obra especifica materias que no pertenecen al arrendador, no se convierte en propietario. Por el contrario, el escultor que toma un bloque ajeno para hacer una estatua —si es que actúa de buena fe— deviene propietario y tiene sólo obligación de dar la estatua a quien decide la comisión. En uno y otro caso, por la adquisición de la propiedad se adquiere la posesión sin que la adquisición de ésta sea un presupuesto o la adquisición de aquélla.

Si la especificación irreducible se realiza por varias personas, el resultado de este proceso de producción es la copropiedad de los especificantes. En cuanto a las cuotas, las fuentes nada dicen al respecto. Si entre los especificantes no se llega a un acuerdo sobre este punto, debemos sostener que devienen propietarios por partes iguales (90). Presupuesto de tal copropiedad es, naturalmente, que los especificantes hayan actuado de buena fe. Pero ¿qué ocurre si alguno de ellos actuó de mala fe? Para el que actuó de buena fe el trabajo no deja de tener la fuerza de proporcionar la propiedad; cesa sólo la ocurrencia del productor de mala fe. Si la especificación es irreducible la propiedad no recae del lado de la materia, sino del trabajo.

En Derecho romano, en el caso de especificación reducible, la propiedad de la nueva especie pertenece al dueño de la materia. Todavía

(90) Argumento arts. 392-2.º, 386 y 1.138 del Código civil.

esta propiedad no es nueva, es sólo la continuación de la vieja propiedad. En favor de la teoría sabiniana, si la especificación es reducible se tiene la media sentencia.

Efectos de la especificación

Es evidente que los derechos de uso y usufructo constituidos sobre una cosa se extinguen absolutamente cuando ésta cambia de especie. Ello es lógico dada la naturaleza de los mismos, son derechos reales de goce. Cabe decir lo mismo de las servidumbres personales.

En otras hipótesis cabría hablar de subrogación de los derechos que gravan la materia especificada sobre la nueva especie, así, por ejemplo, se duda qué ocurre respecto al derecho de prenda.

En el Derecho español, en el problema de la subsistencia o extinción del derecho real de prenda sobre la cosa especificada, una vez realizada la especificación, hay que tener en cuenta que la prenda da derecho al acreedor pignoraticio o prendario a realizar su valor, si, llegado el término, no le es pagado el crédito, vendiendo la cosa y cobrándose con su importe. Por tanto, es un derecho de realización de valor y recae, por tanto, sobre el valor de la cosa, y no como el usufructo y el uso, que tienen como objeto la cosa como especies, es decir, la sustancia en una determinada apariencia, presuponiendo una determinada utilidad económica, la cual depende de la especie y cesa al terminarse ésta. Por el contrario, la finalidad de realización del valor propia del derecho de prenda puede verificarse igual tanto sobre la cosa antes de ser especificada, como después de haber sido objeto de especificación, de ahí que deba mantenerse y subsistir dicho derecho no obstante los cambios experimentados por la cosa.

Aplicando esta doctrina a los diversos supuestos del artículo 383 del Código civil, resulta: a) En el supuesto de especificación de buena fe, el derecho de prenda recae sobre el importe de la indemnización pagada al dueño de la materia, convirtiéndose así la prenda en irregular sobre esa cantidad de dinero; b) Si la materia especificada era de más valor que la obra en la que se empleo, y el dueño de la materia opta por ser indemnizado, la prenda recae sobre el importe de la indemnización al igual que en el caso anterior; c) Si opta por quedarse con la nueva especie recaerá la prenda sobre la cosa especificada; d) En caso de mala fe, si el dueño de la materia se queda con la nueva especie sobre ella recae la prenda y si pide que se le indemnice los perjuicios y el valor de la materia, la prenda recaerá sobre el importe de la indemnización (91).

(91) Hay, además, en apoyo de esta solución, un argumento de analogía con la hipoteca deducido del artículo 110 de la Ley Hipotecaria, según el cual la hipoteca

Cuestión distinta es la de la responsabilidad en que puede incurrir el acreedor pignoraticio, si estando en posesión de la cosa dada en prenda, ésta es especificada debido a negligencia en su guarda o custodia. En cuyo caso, independientemente de los derechos que asisten al propietario como consecuencia de la especificación, el acreedor pignoraticio tendrá que indemnizarle los daños que experimente, con arreglo al artículo 1.867 del Código civil.

Hasta ahora siempre se ha presupuesto que la *nova species* ha sido producida sólo con materiales ajenos del mismo o de distinto propietario. Pero ¿qué ocurre si el especificante produce la nueva cosa en parte con materia propia y en parte ajena? En Derecho romano, según la opinión dominante, era decisiva para atribuir la propiedad la reducibilidad o irreducibilidad. Sólo en el caso de especificación irreducible el especificante deviene propietario de la nueva cosa, mientras que en el caso de especificación reducible cada uno queda propietario de su cosa; si por el contrario, es insoluble, surge una copropiedad entre los diversos propietarios de la materia y precisamente en proporción a la cantidad de materia aportada y a su valor. En nuestro Derecho, con arreglo al artículo 383 en las hipótesis de que el especificante haya empleado materiales en parte propios y en parte ajenos, hay que distinguir si lo hizo de buena o de mala fe. En el primer caso, adquiere la propiedad de la obra, indemnizando al dueño de los materiales ajenos el valor de éstos. Además, para precisar si la obra es superior en valor a la materia a los efectos del párrafo 2.º habrá que sumar al valor del trabajo el de los materiales propios que empleó el especificador. Si la especificación con materiales en parte ajenos se hizo de mala fe, en rigor del artículo 383-3.º habría que concluir en el sentido de que el dueño de los materiales ajenos tendría derecho a quedarse con la obra sin pagar nada al especificador o si lo prefiere, exigirle el valor de su parte de materiales empleados y la indemnización de perjuicios. Nada hay que reparar a esto último, pero en cuanto a que pueda quedarse con la cosa nueva sin pagar nada al autor, si esta solución es discutida en el caso normal de que los materiales sean totalmente ajenos, es todavía más inicua si en parte son propios del especificante, que pueda haber empleado materiales ajenos en proporción y valor muy secundario. Si estos materiales se pueden separar sin detrimento de la obra (por ejemplo, los botones ajenos, puestos por el sastre o modista en un traje o vestido) procede su separación y entrega al dueño con lo que resulta zanjada la cuestión. Si no lo son, como hemos indicado en otro lu-

se entiende en «las mejoras que consistan en nuevas plantaciones, obras de riego o desagüe, obra de reparación, seguridad, transformación, comodidad, adorno o elevación de los edificios y cualesquiera otras semejantes» y a «las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario de los inmuebles hipotecarios por razón de éstos, siempre que el siniestro o hecho que las motivaron haya tenido lugar después de la constitución de la hipoteca...».

gar, por aplicación del poder discrecional del juzgador para apreciar la mala fe del especificante y de la doctrina de condenación del abuso del derecho, se podría llegar a la solución de negarle al propietario de los materiales parcialmente utilizados en la obra el derecho a quedarse sin más con ésta, obligándole a indemnizar el precio de la obra, y los materiales propios del especificador o a que optara por la solución del Código en el sentido de que aquél le pague sus materiales y le indemnice los perjuicios que se le hayan seguido.

Resumiendo lo dicho hasta ahora, en Derecho romano la producción de una nueva cosa con materiales en parte propios y en parte ajenos hace siempre al especificante propietario de la nueva especie sea o no reducible la especificación.

Surge ahora la cuestión de cuál es la idea inspiradora de esta posición.

Un punto de partida puede ser la disposición jurídica para la especificación de materia totalmente propia; vale para este caso el principio: *quod ex re nostra fit nostrum est*. Esta disposición debe ser adaptada para el caso de especificación de materia en parte propia y en parte ajena. Esta disposición vendría a ser una especie de suplemento de la norma; según este suplemento, la materia ajena aparece sólo como una accesión de la nuestra, y en base a esta accesión no queda excluida la continuación de la propiedad, que se verifica en base a la propiedad de la materia. Esta manera de ver las cosas presupone que la materia propia tenga mayor valor. Mientras que la disposición en cuestión no presupone esa relación entre las dos materias y debe ser aplicada aun cuando una mínima parte de la materia empleada en la producción pertenece al fabricante.

El segundo punto de partida es el siguiente: el trabajo de producción no erige en fuerza creadora de la propiedad, no sólo en el caso de especificación irreducible, sino cuando pertenece al especificante una pequeña parte de la materia. El momento creador de la propiedad es desde este punto de vista el trabajo, la producción, la creación de una nueva especie; lo que debe hacer excluir la reivindicación por parte del otro propietario de la materia (como en el caso de la irreducibilidad). Si A forma una nueva especie con la cosa de B y de C, puede surgir una copropiedad entre B y C. Ambos pueden quedar como propietarios de la cosa, ya que están en parecida situación. Si por el contrario, A forma la nueva especie con una cosa suya y con otra de B, estos propietarios no se encontrarán en iguales condiciones respecto a la nueva especie. A contribuye, sin duda, más que B, ya que aporta el trabajo y una parte de la materia. Por eso se otorga la propiedad a A, y a B se le otorga una pretensión de naturaleza simplemente obligatoria.

Con esto se ha dado un nuevo paso hacia el orden de las ideas proculeyanas, ya que la producción se reconoce como modo de adquirir la propiedad, no sólo en el caso de la especificación irreducible, sino que en estas circunstancias es posible aunque la especificación sea reducible.

Visto esto, parece evidente que aunque en esta extensión el principio proculeyano vale sólo con la limitación de que la especificación de materia en parte ajena no se haya hecho de mala fe, si el especificante operó con materiales que sabía que eran ajenos. En este caso no merece esta protección y debe tolerar que el propietario de la materia sea copropietario o propietario exclusivo de una parte de la cosa especificada.

¿De qué género es en este caso la propiedad del especificante sobre la nueva especie? ¿Es una continuación de la vieja propiedad sobre la materia o es una propiedad nueva? La razón jurídica de la adquisición de la propiedad de la nueva especie está en el trabajo. En cuanto que la especificación es reconocida como modo de adquisición de la propiedad procura siempre una propiedad nueva. No es aquí la especificación como en otros lugares un modo derivativo de adquirir la propiedad. Si A con su cosa x y con la cosa y de B hace una nueva cosa z; lo absorbe de manera que ahora no sólo es propietario de x más y, sino que además deviene propietario del nuevo objeto z. La propiedad de la nueva cosa no se compone de la propiedad sobre sus singulares piezas, sino que el especificante queda propietario de esa nueva especie y, consecuentemente, propietario de sus singulares piezas. Si reivindica una de éstas no tiene necesidad de demostrar que es propietario de ella, basta con que pruebe que es propietario de la cosa que ha sido hecha en parte con materia propia.

Pero al estudiar esta institución de la especificación no podemos dejar de analizar el supuesto de la culpa extracontractual, en relación sobre todo con lo dispuesto en el párrafo II del artículo 383. Es decir, en el supuesto de que aun procediendo de buena fe el especificante, la materia empleada en la formación de la nueva especie, fuese, siguiendo la terminología del Código, más preciosa que la obra en que se empleo. Como ya hemos dicho anteriormente, esta hipótesis, prevista en el párrafo II del artículo 383, no es un supuesto de especificación, de manera que ese derecho a quedarse con la nueva especie de que goza el especificante o de pedir indemnización de la materia podría reconducirse al ámbito del artículo 1.902. Porque, en realidad en este caso, el pseudo-especificador, más que especificar, lo que ha hecho es dañar la materia.

Pero ¿qué ocurrirá si aquel que debe abonar la indemnización no lo hace? Del tenor literal del artículo 383 podemos deducir que solamente el especificante hará suya la nueva especie indemnizando el

valor de la materia, de donde podemos deducir que la titularidad de la nueva obra queda pendiente de que se proceda a hacer efectiva la indemnización, o que la adquiera bajo la condición resolutoria de hacer el referido pago.

Si la especificación, como producción de una cosa nueva, conlleva, como hemos visto, la destrucción de la cosa antigua, debemos llegar a la conclusión de que deben extinguirse todos los derechos reales existentes sobre la cosa vieja: propiedad, posesión, *iura in re aliena*. Esta es la opinión que parte de la idea de que la propiedad sobre la nueva *species* es siempre una propiedad nueva. Admitiendo que en similares casos el puesto del derecho de prenda extinguido no lo ocupa uno nuevo sobre la *nova species*.

Pero es una idea insostenible, ante todo porque es erróneo tratar la especificación como causa de adquisición de la propiedad sin distinguir si tiene por objeto materia propia o ajena. No se ha reconocido nunca la fabricación como causa de adquisición de la propiedad en esta gran extensión.

Esta causa de adquisición de la propiedad se ha limitado al caso de que sea ajena la materia de que la nueva especie se hace. Cuando se hace con la materia propia una nueva especie, el que lo hace es propietario de la nueva cosa, pero sólo en base a la propiedad sobre la materia y no en base a la especificación.

Esta idea es errónea, ya que parte de una idea incorrecta acerca del objeto del derecho real. Es decir, sostiene inevitablemente un cambio de propiedad la *species*, es decir, la materia en que está determinada la apariencia. Cuando la especificación, poniendo en lugar de la antigua *species* una nueva, produce siempre la destrucción del objeto hasta ahora existente y, por otro, la creación de un nuevo objeto, el derecho real no puede sobrevivir a su objeto, está claro que al desaparecer la antigua especie, esto es, el objeto actual, desaparecen los derechos reales que recaen sobre el mismo, en base a la propiedad sobre la materia pertenecen siempre al mismo objeto, aunque se trate de derechos nuevos.

Esta identificación de la especie y del objeto es la verdadera base de la teoría combatida. Pero es precisamente esta identificación la que es errónea. Sólo el usufructo y el uso recaen sobre la especie, o sea, sobre la materia en que está determinada la apariencia. Todos los demás derechos reales recaen sobre el «corpus», o sea, sobre la sustancia de la cosa, esto es, sobre la misma cantidad de materia físico-química. Sin duda, toda cantidad de materia tiene en un determinado momento una apariencia. Y en base a esta diversidad de apariencias se sirve a los distintos fines económicos. Pero el derecho real, perscindiendo de la servidumbre personal, es indiferente al cambio de esta apariencia; a pesar de semejante cambio continúa existien-

do. El derecho real sigue a todos los cambios que la materia experimenta en el curso del tiempo. El propietario del grano hoy, será dueño mañana de la harina y pasado mañana del pan hecho con la harina por la razón de que el grano, la harina y el pan son sólo diversas apariencias de la misma sustancia, la cual, a pesar de tales cambios, permanece siempre la misma. Ciertamente es que el propietario del pan no puede ya decir que es propietario de la harina con que se hace el pan; el propietario del pan sólo puede reivindicarla prescindiendo del caso del que con dolo malo deja de poseer, pero sólo porque el pan es una mera metamorfosis de la sustancia a la que se refiere su propiedad. Su propiedad sobre el pan no es una propiedad nueva, producida por la propiedad de la harina, sino simplemente una continuación de la propiedad antigua, que existía primero sobre esa cantidad de materia, la cual ayer se presentaba bajo una forma y hoy bajo otra. No cabe duda de que hay un cambio de objeto; éste sigue permaneciendo en su identidad, pero ha sufrido un cambio que no afecta a la existencia de la propiedad, porque a pesar de este cambio, el objeto, o sea, la sustancia, permanece la misma. Si en virtud de cada cambio debiera extinguirse la propiedad, no se sabría nunca verdaderamente cómo podría surgir la propiedad sobre la nueva especie, o sea, sobre este nuevo objeto. Cabría responder que en base al trabajo. Pero el trabajo no es, en general, una causa de adquisición del dominio, y sobre todo nunca ha sido reconocido como tal en la elaboración de materiales propios. Cualquier cambio puede tener lugar accidentalmente y sin ningún trabajo y el propietario de la materia mientras que ésta tiene la apariencia A, no es propietario hasta que asume la apariencia B. Pero para admitir esto se podría decir que esta propiedad sobre B producida por el trabajo, sino la propiedad sobre la materia en la apariencia A. Esto no es así, ya que la propiedad sobre la cosa A no puede pasar a propiedad sobre la cosa B más que si A y B son idénticas. Por el contrario, si A y B son diversas no se ve cómo de la propiedad sobre A puede surgir la propiedad sobre B. Es como si se declarase que todo cambio en la cosa es un fundamental de adquisición del dominio o se considerase al propietario de la materia como ocupante de la nueva especie, por él fabricada las dos cosas son absurdas.

Incidentalmente, un cambio de propiedad correspondiente a un cambio de la cosa, conducirá a una infinita filiación de la propiedad del mismo objeto. Esta continua renovación de la propiedad tendría su fundamento en su pretendido objeto, así debemos por lógica consecuencia extinguir los derechos reales de terceros existentes sobre la vieja especie. Pero privar al titular de un derecho de éste por razón de la transformación hecha por el propietario, se necesitaría atribuir otros derechos reales de la misma potencia generativa, que si se atribuye la propiedad sobre la materia, de modo que si la propiedad de

la cosa A genera la propiedad de la cosa B, el derecho de prenda sobre A debe generar al derecho de prenda sobre B. Todo esto es muy complicado y prácticamente no conduce a un resultado distinto de aquel al que se llega con el modo simple y natural de tratar el caso, es decir, con admitir que el derecho real existente sobre A continúa existiendo sobre B. Es siempre un efecto de la idea explicada que el derecho real sigue a la esencia y no a la sustancia. Sólo para hacer inocua las consecuencias prácticas peligrosas de este error se atribuye al derecho real sobre A idéntica potencia generativa. Pero nunca se ha llamado a la nueva especie fruto, ni se puede racionalmente hacerlo porque es imposible considerar la nueva cosa como producto de la cosa precedente.

Resumiendo cuanto hemos dicho. A pesar del cambio de la especie, el objeto permanece el mismo, así la nueva especie en otra relación jurídica, sino que continúa en la misma en que se encuentra la especie antigua. Como la nueva especie es sólo una continuación de la antigua, los derechos existentes sobre ésta continúan sobre aquélla; son una continuación de la primera. Ahora debemos desenvolver estos principios, para hacer éste, es oportuno distinguir entre especificación de una sola cosa y especificación de varias cosas.

Como la especificación de una única cosa hecha por el propietario no tiene como efecto de un lado la destrucción de derechos reales que caían sobre la cosa y de hacer surgir de otro derechos reales de igual contenido, así ocurre cuando el propietario especifica parejas de sus cosas haciendo una sola. Si alguien con su cosa A y B hace la cosa sólo este D sufre una cierta modificación que es distinta, según que A y B en base a la especificación estén en la situación de coordinación o de subordinación.

1.º Situación de subordinación. El propietario A con su quilla y con su madera, B hace la nave x. El propietario B con su lana A y su hilo de oro, B hace un vestido bordado en oro y. En todos estos casos el especificante es propietario de la nueva especie producida y su propiedad se determina según la propiedad de la cosa principal, precisamente porque era propietario de A y de b, es ahora dueño de la nueva cosa y, y su propiedad aparece solamente como la continuación de la propiedad de la cosa sobre A. La propiedad de la cosa accesoria sobre b es indiferente a efectos de atribuir la propiedad sobre la nueva especie. A es propietario de la nave en base a su propiedad sobre la quilla, tanto si empleó en la construcción materia propia como ajena. La propiedad precedente sobre la cosa accesoria tiene importancia a otro efecto, que es precisamente el siguiente:

a) Si la unión de la cosa accesoria b con la cosa a es separable, el propietario de A puede hacer valer su propiedad sobre la nueva especie, puede hacer valer su propiedad frente a cualquier tercero sim-

plemente probando que era propietario de A. Pero si un tercero tiene un derecho real sobre la cosa b, que pertenece al especificante. Por ejemplo, un derecho de prenda. A pesar de la formación de una nueva cosa, el tercero no pierde por esta causa su derecho sobre la cosa accesoria.

b) Si por el contrario, la unión obtenida con la especificación es insoluble, si un tercero tiene un derecho real sobre la cosa accesoria b, hay sólo una situación de hecho, la cual se presenta como acción de resarcimiento por el derecho perdido.

Pero es necesario tener siempre bien claro que esta extinción del derecho del tercero sobre la cosa b no es una consecuencia de la especificación, sino que depende del hecho de que la cosa independiente b se confunde con la cosa a y es absorbida por ésta.

2.º Situación de coordinación. El propietario A especifica la cosa a y b que le pertenece, haciendo una nueva cosa x. Por ejemplo, con varias cucharas de plata se hace un recipiente o un cucharón.

a) Si la unión de varias cosas es separable se entiende que la actual propiedad A sobre la cosa continúa, así como los derechos existentes sobre una y sobre otra de estas cosas, porque, sin duda, el objeto continúa subsistente.

b) Si la unión producida por especificación es insoluble, es cierto que ni la cosa a ni la cosa b son independientes, ninguna de las cosas ni se confunde ni es absorbida por la otra, sino que todas unidas forman una nueva especie; en consecuencia, no se puede hablar de una propiedad sobre a ni sobre b, sino sólo lo de una propiedad de a más b, x.

Por otra parte, no se extingue ni la propiedad de A ni la de B porque ni a fue absorbida por b, ni b por a, sino que las dos forman x. Cuando no se extingue la propiedad de a a favor de la propiedad sobre b ni a la inversa. No se puede admitir que la cosa a más b, x, sea una cosa sin dueño; tampoco existen dos derechos separados de propiedad; en este caso surge una situación de copropiedad. En este caso, no se puede hablar, naturalmente, de copropiedad, ya que la cosa a y b pertenecen a una misma persona. Esta fusión de varios derechos de propiedad en un único derecho pierde extrañeza si se tiene en cuenta el hecho contrapuesto a este de la multiplicación de los derechos de propiedad en base a la división del objeto. Si la cosa a que pertenece a A se rompe en doce partes, A en base a su propiedad sobre a tiene un derecho de propiedad sobre las doce piezas cada uno de los cuales aparece como una continuación de la propiedad sobre a. Como en este caso el único derecho de propiedad se cambia en múltiples derechos, así como en aquel en que la multiplicidad de derechos en el primer caso es una continuación del único; en éste el único es una continuación de los múltiples.

Esta idea de que los derechos a y b no se extinguen, sino que continúa en A más B, es importante para los derechos de terceros existentes sobre una u otra cosa precisamente:

a) Se extinguen el usufructo y el uso sobre a y b por el contrario.

b) No se puede hablar de extinción del derecho de prenda. Porque su objeto es aquella propiedad. Si la mutación del objeto no tiene como consecuencia la mutación de la propiedad, no hay motivo para hacer derivar de este cambio la extinción del derecho de prenda. Cuando a pesar del cambio de objeto, debemos admitir que continúa, por ejemplo, el derecho de prenda de z que recaía sobre b y ahora sobre a más b, comprende simplemente la cuota de la nueva cosa formada por B. En consecuencia, el hecho de que el objeto pinotado b sea sólo una parte de la cosa a más b, tiene por efecto que aunque el derecho de prenda se refiere ahora a la parte ideal de a más b correspondiente a b, continúa recayendo sobre esta parte ideal. Por el contrario, el derecho de prenda sobre b, ahora z tiene una cuota ideal del derecho de prenda sobre a más b. No es obstáculo que esta cuota esté dividida. No existe en este caso ninguna razón para admitir el derecho de prenda sobre una parte ideal, ya que no es un producto arbitrario, sino una consecuencia derivada del cambio de la cosa. A esta cuota no le falta determinación ni determinabilidad porque su grandeza resulta con toda certeza de la situación de cantidad de materia y de valor.

Resumiendo lo hasta ahora dicho, la especificación no produce nunca el efecto de provocar un cambio de los derechos. La propiedad y los derechos de terceros continúan existiendo en la nueva especie del modo expuesto, haciendo excepción de la servidumbre personal por motivos particulares, ya que no se encuentra razón alguna para tratarla igual que otros derechos. Se aplica sin excepción el principio sustancial según el cual la especificación, si bien produce una cierta modificación del objeto, no produce un cambio en el derecho de propiedad.

IX. EL DERECHO Y LA ACCION DEL RESARCIMIENTO

Se otorga un derecho al resarcimiento si la nueva *species* vale más que la cosa especificada, si, en otros términos, la materia ha aumentado de valor en base a la creación de la *novà species*. Si bien no existe una acción especial dirigida a obtener este resarcimiento. En particular, no se puede hablar de una acción derivada de la gestión de negocios ajenos ni de un enriquecimiento sin causa del productor. No de la primera, porque ha producido la cosa *suo nomine*, ni de la segunda, porque la cosa no ha entrado en base a la producción en el patrimonio del propietario de la materia. El derecho del

productor al resarcimiento podrá hacerse valer más que por vía de retención alegando el dolo cuando el propietario de la *nova species* puede oponerla a la *reivindicatio* del propietario. A este propósito es necesario hacer la siguiente distinción:

a) Si la especificación de la materia es un uso necesario de ésta, porque de otra manera ésta se destruye (así como, por ejemplo, en el caso de hacer mosto con la uva) el especificador puede pretender siempre, tanto si hay buena como mala fe, el resarcimiento, con el único límite del aumento de valor de la materia a causa de la especificación.

b) Si, por el contrario, la especificación no puede ser considerada como un gasto necesario hecho respecto de la materia y entra en la categoría de los gastos útiles, el especificador sólo puede pedir el resarcimiento si hay buena fe. Si el especificante procedió de mala fe, tiene solamente un *ius tollendi*. Si ha empleado algún material propio, por ejemplo, el sastre que ha confeccionado con tela ajena un traje y ha puesto los botones, puede descoserlos y quedarse con ellos. Para que proceda al *ius tollendi* se requiere que los materiales aportados por el especificante pueden retirarse sin menoscabo de la obra construida, según se desprende de la aplicación analógica del artículo 360 del Código civil.

El especificante está obligado a resarcir al propietario, como es natural, cuando haciendo la nueva especie disminuye el valor de la materia, cuando ésta pierde de valor a causa de la especificación. En este caso el propietario de la materia puede reivindicar la nueva especie, pero la reivindicación no basta para satisfacer su interés, ya que lo que le importa ante todo es ser indemnizado. Si se trata de una materia robada obtendrá la indemnización. En base a esta condición furtiva, en otros casos puede utilizar para tal fin los medios siguientes:

a) La acción reivindicatoria, pero este medio no puede usarse más que cuando la especificación entra en el concepto del que con dolo malo deja de poseer. El propietario obtiene el resarcimiento de su interés. Pero a pesar de ello conserva la acción reivindicatoria o respecto a la nueva especie. Si hubiese ejercitado primeramente ésta, podría utilizar la acción reivindicatoria de la cosa antigua a causa del daño no resarcido.

b) Si el especificador no procedió con dolo, el dueño de los materiales no podrá recurrir a estas acciones, pero a pesar de ello no queda desprovisto de defensa jurídica. Si la especificación determina una disminución del valor de la cosa aparece como daño culposo de una cosa ajena y se otorga una acción derivada del artículo 1.902 del Código civil o una acción similar a ésta. La culpa en este caso

no consiste en el trabajo mal hecho, sino sólo en haber especificado negligentemente materia ajena. Si falta culpa, no cabe ninguna acción.

Hasta ahora hemos siempre presupuesto que se transforma en una especie una cosa ajena, en cuyo caso el propietario de la materia queda propietario de la nueva cosa. Se llega sustancialmente al mismo resultado, cuando han sido especificadas muchas cosas ajenas del mismo propietario. Aunque continúa sobre la nueva especie su primitiva propiedad existente; lo que no excluye el hecho que según el género de especificación hay una fusión de varios derechos de propiedad en uno solo se produce una multiplicación del derecho de propiedad. Pero merece ser especialmente considerado el caso de que se transformen en una nueva especie cosas de diversos propietarios. Aunque en este caso mantengamos los sabinianos mantuvieron firme el principio *quod ex re nostra fit, nostrum est*. El desenvolvimiento de este principio conduce al siguiente resultado:

1.º Si la cosa especificada cae bajo la rúbrica de la accesión, el propietario de la cosa principal es el propietario de la nueva especie, y precisamente esta propiedad aparece como una continuación de su antigua propiedad existente sobre la cosa principal. El propietario de la consecuencia sólo tiene derecho al resarcimiento, pero si la unión es separable puede servirse de la acción reivindicatoria.

2.º Si la nueva cosa puede incluirse bajo la rúbrica de la coordinación, hay que distinguir si la unión obtenida en base a la especificación es separable o inseparable.

Si es separable, cada uno queda propietario de la parte hecha con su cosa y dispone de la acción reivindicatoria. El especificante sólo tiene derecho a ser resarcido, presupuesto siempre que la parte en cuestión después de la separación tenga un mayor valor para el propietario. Pero si es inseparable, a la nueva especie queda en copropiedad de los propietarios de la materia. Hay una copropiedad sobre la nueva especie y esta copropiedad no es una nueva propiedad, sino sólo una continuación de los viejos múltiples derechos de propiedad, pertenecen a varios sujetos como ya se expuso.

Finalmente, debemos tratar la cuestión del resarcimiento. Tenemos, ante todo, que distinguir dos casos: aquél en que la especificación hace adquirir la propiedad y el que no hace adquirirla.

En el primer caso (de especificación reducible y presupuesta la buena fe del especificante), tratándose de hurto, podemos hablar de la condición de robada de la cosa extinguida, y con esta condición se puede repetir la vieja cosa al ladrón. También podría pensarse simplemente que se ha enriquecido sin causa (aclarando que por otros poseedores entiendo que se trata nada más que del poseedor de buena fe que tenía título putativo y que ha hecho o ha obtenido una ganancia con la extinción de la cosa), o dicho de otra manera. Esta varian-

te se dirige a expresar el principio siguiente: que en todos los casos de especificación y de accesión, quien pierde en base a este hecho la propiedad en favor de otro puede pedir el resarcimiento.

Se plantea ahora la siguiente cuestión: ¿quiénes pueden ser otros poseedores? Que la acción de hurto puede ejercitarse contra todo poseedor es ciertamente un error, se debe tratar, sin duda de personas, que sin ser ladrones, responden por un motivo similar al hurto. Tal persona es el ladrón. No se sabe de quién más puede tratarse, si bien al ladrón se equipara, por disposición del artículo 512-2.º del Código penal de 1944, el que encontrándose una cosa perdida la especifica, en lugar de entregarla a la Autoridad para que la ponga a disposición de su propietario, como dispone el artículo 615 del Código civil.

No parece satisfactoria esta conclusión, de que generalmente el propietario de la materia no tenga más que esta protección; parece injusto; no sólo se debe conceder una acción en el caso de hurto y similares. En otros casos habría que atribuir una acción a título de enriquecimiento injusto, una acción para reclamar el precio de la materia especificada.

Respecto del segundo caso: especificación irreducible y reducible de mala fe el propietario de la materia queda propietario de la nueva especie. El resarcimiento se aplica según las reglas siguientes:

1.º Si el especificante está en posesión de la nueva especie, el propietario de la materia puede reivindicarla para él. El especificante, siempre que actúe de buena fe, puede alegar el dolo para ser resarcido. Si por el contrario el especificante es de mala fe, el propietario de la materia tiene la posibilidad de reivindicar la cosa nueva.

2.º Por el contrario, si el dueño de la materia es el poseedor de la nueva especie, el especificante no tiene contra él ninguna acción. A decir verdad se le podría otorgar la acción publiciana, en base al hecho de que el especificante adquirió legítimamente la materia. Si el poseedor-propietario de la materia se opone alegando su condición de dueño, el actor mediante una acción dirigida a obtener el precio del trabajo.

Si en base a la especificación hay una cosa principal y otra accesoría, la reivindicación contra el especificante puede corresponder sólo al propietario de la cosa principal, y el especificante puede siempre alegar el dolo. El propietario de la cosa accesoría, si ésta es separable, puede alegar esta situación de hecho. Si, por otro lado, el propietario de la cosa principal posee sólo la nueva especie, el especificante no tiene ninguna acción para ser resarcido por su trabajo.

Finalmente, si la cosa especificada cae en el ámbito de la coordinación, habrá una propiedad solitaria o una copropiedad según que la unión sea separable o no.

Si el especificante posee la nueva especie, puede hacer valer mediante la reivindicación su propiedad solitaria, y en el segundo caso su cuota de propiedad; el especificante podrá alegar el dolo.

Si por el contrario es el dueño de la materia el que posee, el especificante no tiene en este caso acción para ser resarcido por su trabajo.

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

Notas sobre la nueva Ley de Adopción 21/1987, de 11 de noviembre

FRANCISCO CASTRO LUCINI

Notario

LA FILIACION ADOPTIVA

I. CONCEPTO

La filiación adoptiva es la que se establece en virtud de un especial acto o negocio jurídico conocido con el nombre de adopción. Esta palabra deriva del latín «ad» (a, hacia, respecto de) y «opto, as, are» (desear, elegir), encerrando, por tanto, la idea de preferencia, que destaca todo lo que de íntimo, personal y afectivo debe haber en el acto de adoptar una persona a otra.

Inicialmente puede entenderse por adopción el acto mediante el cual se recibe leglamente como hijo a quien no lo es por naturaleza o la elección de una persona para que ocupe el lugar que correspondería al hijo según la sangre, concepto al que responden las expresiones romanas «adoptio imitatur naturae» y «adoptio est aemula naturae, seu naturae imago» (Inst. 1, 11.4). Precisamente la exigencia de una diferencia de edad entre adoptante y adoptado responde a esta idea.

Cuando se pretende establecer el concepto jurídico de la adopción surgen las dificultades, porque las definiciones de los autores no siempre convienen o armonizan con una determinada legislación. Este diverso tratamiento legislativo incide sobre la naturaleza «de lege data» de la adopción. Ejemplo de ello lo tenemos en nuestra legislación. Si antes de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, podía calificarse a la adopción de negocio jurídico de derecho de familia, a partir de dicha Ley no parece ello posible, ya que al manifestar que «la adopción *se constituye* por resolución judicial» y concederse amplio margen al Juez para valorar su conveniencia, a pesar de que pueda mediar el consentimiento de adoptante y adoptado, ello viene a demostrar que el eje de la adopción ha dejado de ser el consentimiento de las partes (esencial para que pueda hablarse de negocio jurídico), que se ha convertido en simple presupuesto, para pasar a serlo la decisión del Juez, que no queda vinculada por tal consentimiento.

Conforme a la actual regulación y empleando una fórmula descriptiva, podemos conceptuar la adopción como el acto judicial mediante el cual una persona mayor de 25 años o ambos cónyuges, uno al menos de los cuales ha cumplido dicha edad, acoge como hijo a un menor no emancipado o al que siéndolo o

teniendo 18 años haya convivido con él ininterrumpidamente desde los 14 años, no siendo una de las personas exceptuadas legalmente y existiendo una diferencia de edades de 14 años.

II. EVOLUCION HISTORICA

La adopción ha atravesado por tres grandes etapas: la primera, correspondiente a los derechos antiguos, caracterizada por el formalismo y la consideración cuasi pública de la institución, en la que se concibe a favor y en interés exclusivo del adoptante, bien para asegurarse un continuador del culto doméstico, bien con fines políticos (v. gr. adopción de Octavio por César y las de los sucesivos emperadores, y la antigua «transitio ad plebem»); una intermedia, en la que, al variar los presupuestos socio-políticos, pierde el favor de que anteriormente gozaba, regulándose como acto meramente privado de sentido paternalista o filantrópico, al que responden las codificaciones décimo-nónicas (y ello a pesar de que Napoleón fue un decidido partidario de la institución), y un período final o actual, en el que vuelve a ser valorada social y legislativamente, hasta el punto de considerarse como una función social, concibiéndose en interés del adoptado.

Limitándonos a nuestro moderno Derecho, diremos que el Proyecto de 1851 la introdujo un poco de matute y a manera de concesión particular, porque un vocal de la Comisión, natural de Andalucía, manifestó que en su tierra se daban algunos casos de ella. Concebidas con perfiles muy estrechos, su primitiva regulación fue objeto de sucesivas reformas (Leyes de 24 de abril de 1958; 7/1970, de 4 de julio; 11/1981, y 30/1984, de 13 de mayo y 7 de julio) tendentes a ampliar los derechos del adoptado y su asimilación al hijo por la sangre, sin lograrlo totalmente, pues, entre otros extremos, al lado de la adopción plena se mantiene la menos plena, luego llamada simple. Esta dualidad desaparece con la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, inspirada en los principios y con las novedades que veremos acto seguido.

III. PRINCIPIOS DE LA LEY 21/1987, DE 11 DE NOVIEMBRE Y PRINCIPALES NOVEDADES QUE INTRODUCE

1. Intenta poner remedio a las deficiencias del sistema anterior, estableciendo al efecto un control previo de las actuaciones que preceden a la adopción, mediante la normal intervención de una entidad pública, dirigida a evitar el odioso tráfico de niños, procurar la adecuada selección de los adoptantes y, en suma, lograr la verdadera finalidad de la adopción satisfaciendo plenamente la función social que debe cumplir consistente en la protección a los menores privados de una vida familiar normal.

2. Por eso la adopción permitida normalmente es la de los menores de edad no emancipados y sólo excepcionalmente se permite la de los emancipados o de los mayores de edad, desapareciendo la adopción simple.

3. Se inspira en dos principios fundamentales: su configuración como un instrumento de integración familiar y proteger el superior interés del adoptado, lo que se logra mediante la completa ruptura —salvo casos especiales— del víncu-

lo jurídico que el adoptado mantenía con su familia anterior y la creación «ope legis» de una relación de filiación a la que se aplican las normas generales, al propio tiempo que se exige el consentimiento del adoptado a partir de los doce años.

4. Se regula el acogimiento familiar, dando categoría civil a una relación hasta ahora regulada en dispersas normas administrativas, con un contenido esencialmente personal, que puede servir como fase preparatoria para la adopción y facilitar ésta.

5. Desaparece el carácter de negocio jurídico familiar, al desaparecer el otorgamiento de la escritura pública, y se configura como un acto judicial, en el que el consentimiento es simple presupuesto, pero no constituye la adopción, misión que cumple la resolución judicial.

6. Se fortalece el vínculo adoptivo al reducirse los casos de posible extinción por vía judicial.

7. Se establecen normas complementarias en orden a la tutela y guarda de los menores desamparados, la intervención de entidades privadas —pendientes de desarrollo reglamentario—, se da preferencia a la Ley personal del adoptado y se procura mantener el secreto de la adopción, rodeándola de las correspondientes garantías procesales y sin que sea preceptiva la intervención de Abogado.

IV. NATURALEZA JURIDICA

Las principales teorías, esquemáticamente expresadas, respecto a la naturaleza jurídica de la adopción son las que la conciben como contrato, como acto jurídico distinto del contrato, pero sin concederla calificación especial, como acto-procedimiento o acto complejo, como institución, como negocio jurídico familiar y como negocio procesal. Esta última calificación, que a primera vista pudiera parecer extraña, es la que parece convenir a la actual regulación en nuestro Derecho, dado que:

— Según el artículo 176, apartado 1, «la adopción *se constituye* por resolución judicial».

— No existe consentimiento que establezca vínculo contractual alguno, toda vez que el del adoptado sólo se exige cuando es mayor de 12 años (lo que, dada las directrices de la Ley, constituirá el caso menos frecuente) y el asentimiento de los padres (y menos aún el del cónyuge) del adoptando carece de la necesaria virtualidad para constituir el negocio, dándose además la circunstancia del secreto y su falta de necesidad en muchos casos (art. 177).

Se concede amplio margen al arbitrio judicial, con facultades casi discrecionales, teniendo en todo caso como norte el interés del adoptado (arts. 176, apartado 1; 173, apartado 2, del Código civil, y 1.826 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

— No se establece la posibilidad de pactos acerca del contenido de la adopción, como antes era permitido, por ejemplo, sobre el orden o la sustitución de apellidos, una vez que ya desapareció el pacto sucesorio, ni se dispone expresamente la necesidad de la inscripción registral.

CLASES

Como he dicho, desaparecida la adopción simple se reconoce sólo una clase de adopción, sin otro calificativo. En cambio, se regula la guarda y acogimiento de menores, conforme a las siguientes normas.

A) PERSONAS A QUIENES AFECTA

La guarda y el acogimiento de los menores afecta a los menores de edad (hay que entender no emancipados, aunque la Ley no lo especifica, lo que es un defecto) que se encuentren en situación de desamparo. Esta es una pura situación de hecho que se produce a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material (art. 172, apartado 1).

B) POR QUIENES SE EJERCE

La *guarda* se concibe por la Ley como una medida transitoria, como se desprende de los apartados 2 y 4 del artículo 172, al decir que la entidad pública la asumirá *sólo* durante el tiempo *necesario* y establecer que se procurará la reinserción del menor en la propia familia, que se ejercerá:

— Por la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores, la que, en todo caso, tiene por ministerio de la Ley la *tutela* de los menores desamparados y asumirá sólo la guarda durante el tiempo necesario, cuando quienes tienen potestad sobre el menor lo soliciten justificando no poder atenderlo por enfermedad u otras circunstancias graves, o cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda.

— Por el director de la casa o establecimiento en que el menor sea internado o por la persona o personas que lo reciban en acogimiento (art. 172, apartados 1 y 2).

En todo caso, se procurará que la guarda o el acogimiento de los hermanos se confíe a una misma institución o persona, siempre que redunde en interés del menor (art. 172, apartado 4).

El *acogimiento* está pensado como una situación más duradera y exige ciertos requisitos formales y de procedimiento, conforme a los artículos 173 del Código civil y 1.828 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que sistematizados son:

— Promoción del mismo por el Ministerio Fiscal o la entidad pública que tenga la guarda del menor, cuando sean conocidos los padres de éste que no estén privados de la patria potestad o el tutor y no consientan el acogimiento.

— Audiencia de las personas que señala la Ley de Enjuiciamiento Civil, consentimiento del posible acogido mayor de doce años y demás diligencias que el Juez estime oportunas (arts. 1.828 y 1.826 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

— Resolución judicial mediante auto (art. 1.828 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

· En los demás casos basta su formalización por escrito, con el consentimiento de la entidad pública, del menor que haya cumplido doce años, de los padres no privados de la patria potestad o del tutor, determinando si tiene carácter remunerado o no (aquí parece preverse un supuesto análogo al norteamericano, tan criticado desfavorablemente en las obras costumbristas).

C) VIGILANCIA

Incumbe al Fiscal la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores desamparados, conforme a lo que se establece en el artículo 174 del Código civil.

D) EXTINCION

El acogimiento del menor cesará:

- 1.º Por decisión judicial, indispensable cuando haya sido dispuesto por el Juez.
- 2.º Por decisión de las personas que lo tienen acogido, previa comunicación de éstas a la entidad pública.
- 3.º A petición del tutor o de los padres que tengan la patria potestad y reclamen su compañía (art. 173, apartado 3, del Código civil).

La iniciación del expediente de cesación judicial del acogimiento tendrá lugar de oficio o a petición del menor, de su representante legal, de la entidad pública, del Ministerio Fiscal o de las personas que lo tengan acogido, quienes, en principio, deberán ser oídos por el Juez. Contra el auto judicial de constitución o de cesación cabe recurso de apelación en un solo efecto (art. 1.828 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

· Todas las actuaciones de formalización y cesación del acogimiento se practican con la conveniente reserva.

REQUISITOS DE LA ADOPCION

Ha sido tradicional distinguir entre requisito de fondo y de forma o procedimiento. Con un intento sistemático podemos enumerarlos así.

A) REQUISITO DE FONDO

1.º Que al adoptante o uno de los adoptantes cuando adoptan ambos cónyuges tenga 25 años. A los cónyuges se equiparan la pareja de hombre y mujer unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal (disposición adicional 3.ª).

2.º Que el adoptante o adoptantes tengan por lo menos 14 años más que el adoptado.

Es discutible si los 25 años deberán estar cumplidos al instar la adopción o basta con que se hayan cumplido al dictarse la resolución judicial.

3.º Que el adoptado sea un menor no emancipado o excepcionalmente un emancipado o mayor de edad cuando inmediatamente antes de la emancipación hubiere existido una situación no interrumpida de acogimiento o convivencia, iniciada antes de que el adoptando hubiere cumplido los 14 años.

4.º No mediar prohibición legal, ya que no puede adoptarse: 1) a un descendiente; 2) a un pariente en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad; 3) a un pupilo por su tutor hasta que haya sido aprobada definitivamente la cuenta general justificada de la tutela (art. 175 del Código civil).

B) REQUISITOS DE FORMA O PROCEDIMIENTO

1.º *Propuesta de adopción*

Promoviendo el expediente por la entidad pública, salvo que el adoptando sea huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad, sea hijo del consorte del adoptante, lleve más de un año acogido legalmente por el adoptante o bajo su tutela, o sea mayor de edad o menor emancipado (art. 176, apartado 2, del Código civil).

En estos casos el expediente lo promoverá el adoptante.

En la propuesta de adopción formulada al Juez por la entidad pública se expresarán especialmente:

a) Las condiciones personales, familiares y sociales y medios de vida del adoptante o adoptantes seleccionados y sus relaciones con el adoptando, con detalle de las razones que justifiquen la exclusión de otros interesados.

b) En su caso, el último domicilio conocido del cónyuge del adoptante, cuando haya de prestar su consentimiento, y el de los padres o guardadores del adoptando.

c) Si unos y otros han formalizado su asentimiento ante la entidad pública o en documento auténtico. El asentimiento puede ser revocado si la revocación se notifica a la entidad antes de la presentación de la propuesta al Juzgado.

Cuando quien formule la solicitud sea el adoptante, expresará las indicaciones anteriores en cuanto fuesen aplicables y la alegación y pruebas conducentes a demostrar que en el adoptando concurren algunas de las circunstancias en el artículo 176 del Código civil.

Con la propuesta se presentarán los documentos a que se refieren los apartados anteriores, en su caso los informes de la entidad colaboradora y cuantos informes o documentos se juzguen oportunos (art. 1.829 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

2.º *Consentimiento, asentimiento o audiencia de ciertas personas*

Habrán de *consentir* la adopción, *en presencia del Juez*, el adoptante o adoptantes y el adoptando mayor de 14 años.

Este consentimiento estimo que no basta para calificar a la adopción de negocio jurídico familiar, toda vez que, a pesar de existir, el Juez puede denegar la adopción en interés del propio adoptando y, además, no determinan los efectos de la adopción, ni siquiera en una mínima parte.

Deberán *asentir* a la adopción, salvo que se encuentren imposibilitados para ello, bien antes de la propuesta ante la correspondiente entidad, bien en documento público, bien por comparecencia ante el Juez (en los dos primeros casos dentro del plazo máximo de los seis meses precedentes):

— El cónyuge del adoptante, salvo que medie separación legal por sentencia firme o separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente.

— Los padres del adoptando, siempre que tratándose de la madre hayan transcurrido 30 días desde el parto, a menos que estén privados legalmente de la patria potestad o se encuentren incurso en causa para su privación o que el hijo se hallare emancipado.

Es importante señalar que en las adopciones que exijan propuesta previa, en ningún momento se admitirá que el asentimiento de los padres se refiere a adoptantes determinados. Medida que tiende a garantizar el secreto de la adopción.

Deberán ser simplemente *oídos* por el Juez:

1.º Los padres que no hayan sido privados de la patria potestad, cuando su asentimiento no sea necesario para la adopción.

2.º El tutor y, en su caso, el o los guardadores.

3.º El adoptando menor de doce años, si tuviere suficiente juicio (arts. 177 del Código civil y 1.830 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

3.º *Diligencias a practicar por el Juez*

Si en la propuesta o la solicitud de adopción no constare el domicilio de los que deban ser citados, el Juez, en un plazo no superior a 30 días a contar desde el de la presentación del escrito, practicará las diligencias oportunas para la averiguación del domicilio.

En la citación a los padres se precisará la circunstancia por la cual basta su simple audiencia. Si los padres del adoptando o el cónyuge del adoptante no respondieran a la primera citación, se les volverá a citar de nuevo, una vez que hayan transcurrido 15 días naturales a contar desde la fecha en que deberían haberse presentado ante el Juzgado.

Cuando no haya podido conocerse el domicilio o paradero de alguno que deba ser citado o si citado no compareciere, se prescindirá del trámite y la adopción acordada será válida, a salvo, en su caso, el derecho que a los padres concede el artículo 180 del Código civil (art. 1.831 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Además, el Juez puede ordenar la práctica de cuantas diligencias estime oportunas para asegurarse que la adopción o su cesación resultarán beneficiosos para el menor, practicándose con la correspondiente reserva, evitando en particular que la familia de origen tenga conocimiento de cuál sea la adoptiva.

4.º *Posible oposición*

En caso de oposición de algún interesado no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 1.817, salvo en el supuesto de que los padres citados sólo para audiencia comparecieran alegando que es necesario su asentimiento, en cuyo caso se interrumpirá el expediente y la oposición se ventilará ante el mismo Juez por los trámites del juicio verbal (art. 1.827 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

5.º *Intervención del Ministerio Fiscal*

Es preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal y facultativa la dirección de letrado (art. 1.825 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

6.º *Resolución judicial*

Que tendrá siempre en cuenta el interés del adoptando, mediante la cual se constituye la adopción (art. 176, párrafo 1.º, del Código civil). Adopta la forma de auto y sólo es susceptible de apelación (art. 1.826 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

7.º *Competencia*

En las actuaciones judiciales sobre acogimiento familiar o adopción o en las relacionadas con las funciones de protección encomendadas a las correspondientes entidades públicas, será competente el Juez de Primera Instancia, o el que corresponda según la Ley Orgánica del Poder Judicial, del domicilio de la entidad y, en su defecto, el del domicilio del adoptante (art. 63.16 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Es de tener en cuenta que es posible una *adopción reiterada*, en caso de muerte del adoptante o cuanto éste quede excluido de sus funciones (art. 175, apartado 4, del Código civil) y una *adopción «post mortem»* cuando el adoptante haya fallecido después de haber prestado su consentimiento ante el Juez y concurra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 176, apartado 2-1.ª a 3.ª del Código civil (art. 176, apartado 3, del Código civil).

EFFECTOS

De acuerdo con la integración familiar del adoptando en su familia adoptiva se establece el principio general de que la adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptando y su familia anterior.

De donde resulta que el adoptado deja de tener derechos sucesorios como legionario o sucesor «ab intestato» respecto a su familia de origen y tampoco tiene derecho a ostentar los apellidos de sus padres por naturaleza, ni derecho a alimentos, etc. Es decir, se considera como si no hubiera formado parte de su familia por naturaleza salvo únicamente respecto a impedimentos matrimoniales.

Por excepción, subsistirán los vínculos jurídicos con la familia paterna o materna, según el caso:

1.º Cuando el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante, aunque el consorte hubiere fallecido.

2.º Cuando sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado y el adoptante sea persona de distinto sexo al de dicho progenitor, siempre que

tal efecto hubiere sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de 12 años y el padre o madre cuyo vínculo haya de persistir (art. 178 del Código civil).

Derivación del efecto principal al principio apuntado es:

— Cesa el derecho del padre o madre por naturaleza a relacionarse con su hijo adoptado menor de edad (art. 160 del Código civil).

— Se tiene en cuenta la Ley personal del adoptado para determinar el carácter y contenido de la filiación y relaciones paterno-filiales, si bien es de tener en cuenta que el extranjero menor de 18 años adoptado por español adquirirá la nacionalidad española (arts. 9.ª, apartados 4 y 18, del Código civil).

EXTINCION

El principio general es el de que la adopción es irrevocable (art. 180, apartado 1).

Sin embargo, el Juez acordará la extinción de la adopción a petición del padre o de la madre que, sin culpa suya, no hubieren intervenido en el expediente en los términos expresados en el artículo 177, siempre que la demanda se interponga dentro de los dos años siguientes a la adopción y la extinción no perjudique gravemente al menor (art. 180, apartado 2, del Código civil).

La extinción de la adopción no origina la pérdida de la nacionalidad ni de la vecindad civil adquiridas, n' alcanza a los efectos patrimoniales anteriormente producidos y la determinación de la filiación que por naturaleza corresponde al adoptado no afecta a la adopción (art. 180, apartados 3 y 4).

El adoptante, aunque no se extinga la adopción, puede quedar excluido por decisión judicial de las funciones tuitivas y los derechos que por Ley le corresponden respecto del adoptado y sus descendientes a petición del Ministerio Fiscal, del adoptado o de su representante legal, cuando incurra en causa de privación de la patria potestad, si bien, una vez alcanzada la plena capacidad, la exclusión sólo podrá ser pedida por el adoptado dentro de los dos años siguientes y dejarán de producir efecto estas restricciones por determinación del propio hijo una vez alcanzada la plena capacidad (art. 179 del Código civil).

El procedimiento, tanto para la extinción como para la exclusión es el juicio declarativo ordinario que corresponda. Durante el mismo, el Juez adoptará las medidas de protección oportunas sobre la persona y bienes del adoptado menor o incapaz (art. 1.832 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

INFORMACION LEGISLATIVA (*)

A cargo de
PEDRO DE ELIZALDE Y DE AYMERICH

I. DERECHO CIVIL

1. *Parte general*

1. ASOCIACIONES. Se regula la financiación de los partidos políticos. Ley Orgánica 3/1987, de 2 de julio («B.O.E.» del 3).

La presente Ley Orgánica determina los cauces a través de los cuales podrán obtener recursos económicos los partidos políticos. Aparte de los fondos públicos, constituidos por subvenciones, los partidos tienen limitada su percepción de financiación privada, con el fin de evitar su utilización con fines fraudulentos. Así se prohíben las aportaciones anónimas que superen un límite general, las unipersonales también excesivas, las de empresas públicas o contratistas de la Administración y las de organismos de Estados extranjeros.

También se trata de limitar el endeudamiento de los partidos, condicionando su compromiso al pago de anualidades excesivas.

El control contable de los partidos se realizará internamente y a través del Tribunal de Cuentas, siendo sancionable económicamente la vulneración de los límites que impone esta Ley.

2. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Convenio de La Haya, de 2 de octubre de 1973, sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones relativas a obligaciones alimenticias. Instrumento de ratificación de 28 de mayo de 1987 («B.O.E.» de 12 de agosto).

El presente Convenio se aplica a las resoluciones sobre alimentos dimanantes de relaciones familiares de todo tipo y dictadas por autoridades judiciales o administrativas de un Estado parte. Se aplicará incluso cuando una institución pública pretenda el reembolso de los alimentos satisfechos por cuenta del alimentante.

Las resoluciones dictadas serán reconocidas en los otros Estados partes si no son susceptibles de recurso interno y las autoridades del Estado de origen son competentes (atendiendo a la nacionalidad común o a la residencia habitual de

(*) Se refiere a las disposiciones publicadas en el «Boletín Oficial del Estado», durante el tercer trimestre de 1987.

alimentista o alimentante). Las autoridades del Estado requerido no entrarán en el fondo del asunto, pero podrán denegar el reconocimiento por causas tasadas (orden público, fraude, litis pendencia o existencia de resoluciones contradictorias).

El procedimiento a seguir para el reconocimiento se regula por el Derecho del Estado requerido en general.

3. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Convenio de Roma, de 14 de septiembre de 1961, sobre reconocimiento de hijos no matrimoniales. Instrumento de adhesión de 22 de junio de 1987 («B.O.E.» de 12 de agosto).

Este Convenio, desbordando el contenido que delimita su denominación oficial (sólo la competencia funcional en la materia), trata de facilitar el reconocimiento de hijos no matrimoniales en el extranjero, con la eficacia permitida por la Ley personal del declarante. Para ello, la declaración de reconocimiento, sea «con filiación» o sin establecimiento de tal vínculo, surtirá los efectos previstos por la Ley del declarante, aunque en el Estado donde se produzca no esté reconocida tal forma de reconocimiento.

Tales declaraciones se harán ante el encargado del Registro o funcionario competente y en la forma prevista por la Ley local.

4. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Convenio de La Haya, de 5 de octubre de 1961, sobre competencia y Ley aplicable en materia de protección de menores. Instrumento de ratificación de 29 de abril de 1987 («B.O.E.» de 20 de agosto).

En general se confiere a las autoridades, judiciales o administrativas, del Estado de residencia habitual de un menor la competencia para adoptar medidas encaminadas a su protección previstas en su Ley interna. No obstante, las autoridades del Estado de la nacionalidad del menor podrán adoptar, en su interés y notificándolo a las autoridades de la residencia, medidas protectoras previstas en su legislación.

Para los casos de cambio de la residencia habitual se prevé que las medidas adoptadas perduren hasta que en el Estado de la nueva residencia se suspendan o sustituyan por otras. En caso de urgencia las autoridades del Estado donde se encuentre el menor adoptarán las medidas de protección adecuadas.

Como puede observarse, esta regulación discrepa, en algún punto, de la contenida en el vigente artículo 9, párrafo 6, del Código civil español, debiendo, pues, entenderse que la excluye en relación con los Estados firmantes de este Convenio.

5. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Instrumento de ratificación de 28 de mayo de 1987 («B.O.E.» de 24 de agosto).

La sustracción internacional de menores supone una forma de vulnerar los derechos de custodia y de visita atribuidos por la Ley de la residencia habitual a personas distintas del sustractor. Para evitar esta modalidad, que frecuentemente pretende defenderse al amparo de la Ley del lugar, el Convenio arbitra las medidas necesarias para lograr la restitución inmediata de los menores.

En primer lugar, el Convenio hace prevalecer la regulación de la Ley de la residencia habitual del menor, imponiendo la determinación de una Autoridad central en cada Estado parte que adopte las medidas apropiadas.

Además, sólo en los casos previstos por el Convenio cabrá excluir la restitución inmediata; se trata de supuestos en que la custodia no se ejercía efectivamente o que la restitución entrañe grave riesgo para el menor.

También podrán utilizarse los mecanismos del Convenio para lograr la efectividad de los derechos de visita que correspondan al demandante.

6. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Convenio de Estrasburgo, de 6 de mayo de 1963, sobre reducción de los casos de pluralidad de nacionalidades. Instrumento de ratificación de 22 de junio de 1987 («B.O.E.» de 25 de agosto).

El presente Convenio tiene por objeto la regulación de dos tipos de problemas:

1. La pluralidad de nacionalidades que se trata de evitar imponiendo que la adquisición de una nacionalidad produzca necesariamente la pérdida de la nacionalidad anterior de la persona (con normas especiales para los menores de edad) y permitiendo a cualquier persona la renuncia a las nacionalidades múltiples que posea.

2. Las obligaciones militares de quienes poseen varias nacionalidades. En estos casos, dejando a salvo los posibles acuerdos particulares entre los Estados, es regla general que la persona en cuestión sólo estará obligada a cumplir sus deberes con uno de los Estados cuya nacionalidad ostenta.

A estos efectos podrá elegir entre los Estados contratantes el que prefiera, siendo aplicable subsidiariamente el criterio de la residencia habitual.

II. DERECHO REGISTRAL

7. REGISTRO MERCANTIL. Aprobación de un régimen especial de Libros para el de Madrid. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de julio de 1987 («B.O.E.» de 8 de septiembre).

Continuando el proceso de agilización en la llevanza de los Libros registrales, se permite ahora que el Registro Mercantil de Madrid aplique métodos informáticos en el Diario y en el Libro de Entrada. De arrojar resultados positivos esta experiencia, se prevé su extensión a los demás Registros Mercantiles.

8. REGISTRO DE LA PROPIEDAD. Se dictan normas para la llevanza de los Libros. Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 27 de agosto de 1987 («B.O.E.» de 9 de septiembre).

Esta resolución actualiza el régimen administrativo de los Libros registrales completando innovaciones producidas ya desde 1979. Así se establece la llevanza obligatoria de los Libros de Inscripciones mediante hojas móviles, se modifica parcialmente el modelo de estas hojas para los Libros Diarios, en que su empleo seguirá siendo voluntario, y se altera también el modelo del Libro de Entrada.

9. **REGISTRO DE LA PROPIEDAD.** Se regula su informatización. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de agosto de 1987 («B.O.E.» de 10 de septiembre).

En el proceso de modernización de los Registros de la Propiedad se inicia ahora, tímidamente, el empleo de medios informáticos que permita una llevanza más ágil y, al tiempo, le confiera mayor seguridad.

Se prevé la utilización de la informática en los índices de personas y de fincas, determinándose los datos que deben constar. Este sistema se aplicará inicialmente en cincuenta Registros.

Por otra parte, a título experimental, se incorpora al Registro una base gráfica, unificada a escala, de las fincas inscritas, como medio complementario de identificación.

Finalmente se prevé el estudio de la microfilmación de los libros diarios de operaciones y de inscripciones una vez completados.

10. **REGISTRO MERCANTIL.** Se regulan algunos extremos del Registro General de Sociedades. Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de septiembre de 1987 («B.O.E.» del 21).

La presente disposición trata de incorporar al régimen del Registro de Sociedades el contenido de varias Resoluciones dictadas en su materia, así como racionalizar su funcionamiento, dotando a sus actuaciones de mayor agilidad, seguridad y economía para los particulares.

Los aspectos a que se refiere la Instrucción son diversos:

1. Se establece tajantemente que las certificaciones no se referirán a anagramas, a no ser que formen parte de la denominación social.

2. Las certificaciones podrán ser extensas o concisas, cada una con el contenido que se determina. Las correspondientes solicitudes sólo podrán hacerse en el impreso oficial.

3. Las variaciones respecto denominaciones inscritas que no permitirán el registro de otra denominación podrán consistir en: alteraciones del orden de las mismas palabras, uniones de los mismos vocablos, uso de palabras con igual expresión fonética, agregación de términos de uso general, derivaciones o utilización plural, salvo cuando no induzca a confusión.

4. Las solicitudes de denominación que den lugar a certificación negativa darán lugar a una reserva de aquélla durante tres meses y diez días naturales en favor del solicitante.

Por ello, las certificaciones que deben acompañar a las escrituras de constitución o cambio de denominación de sociedades habrán de tener una antigüedad no superior a tres meses.

Los notarios autorizantes de escrituras referentes a sociedades deberán remitir al Registro un solo parte por escritura y sin agregar anagramas a la denominación social.

5. En las solicitudes de certificación podrán incluirse tres denominaciones sociales, que se entenderán ordenadas según la preferencia del solicitante.

Las certificaciones irán firmadas por el funcionario consultante de los ficheros.

III. DERECHO MERCANTIL

11. INVERSIONES EXTRANJERAS. Regulación de las cuentas extranjeras de pesetas convertibles. Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 26 de junio de 1987 («B.O.E.» de 24 de julio).

La presente Orden tiene por finalidad flexibilizar el régimen de las cuentas en pesetas convertibles relevando a sus titulares de la obligación de acreditar su no residencia en España cada año. A partir de ahora bastará justificar esta condición en el momento de la apertura de la cuenta y sólo las personas físicas habrán de reiterar cada dos años la continuidad de su condición.

Además, la Orden refunde el Régimen de estas cuentas, facilitando su conocimiento completo. Sigue vigente la suspensión del régimen de libertad de tipos de interés, en la forma dispuesta por la Orden de 27 de abril de 1987.

12. INVERSIONES EXTRANJERAS. Revocación de condiciones restrictivas impuestas de forma particular. Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 2 de julio de 1987 («B.O.E.» del 24).

El Consejo de Ministros, mediante Acuerdo de 26 de junio de 1987, decidió levantar las restricciones específicas impuestas a particulares inversiones extranjeras en España; la presente Orden dota de la debida publicidad a esta decisión.

La medida liberalizadora se refiere a las condiciones de varia naturaleza (limitaciones de actividad, prohibiciones de ciertos pagos, obligaciones de exportar..., etc.) impuestas como consecuencia de la autorización de inversiones que actualmente son libres y, obviamente, no afecta a las establecidas con ocasión de la concesión de ayudas públicas individuales.

13. INVERSIONES EXTRANJERAS. Liberaliza las realizadas en Deuda del Estado. Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 22 de julio de 1987 («B.O.E.» del 24).

Se declaran libres las operaciones de compraventa al contado simple de Deuda del Estado realizadas por no residentes, que resultan excluidas, incluso, de declaración al Registro de Inversiones Extranjeras. Por el contrario, no se permiten a los no residentes las operaciones a plazo o con pacto de recompra de Deuda del Estado.

14. TRANSPORTES TERRESTRES. Se promulga su nueva Ley de Ordenación. Ley 16/1987, de 30 de julio («B.O.E.» del 31).

Surge esta Ley con la pretensión de regular, de forma completa y sistemática, los transportes terrestres de todo tipo, incluyendo, pues, tanto los realizados por carretera como los que utilizan el ferrocarril; sólo los transportes por cable (teleféricos y similares) seguirán regidos por sus normas específicas, aunque se someten a las disposiciones generales de la nueva Ley.

Así se sustituyen principalmente las antiguas leyes de ordenación del transporte terrestre, de 1947, y ferroviario, de 1877, con un nuevo texto de gran extensión (188 artículos), cuyo objeto principal son los instrumentos administrativos utilizables en este ámbito material.

La Ley se encuentra estructurada en los siguientes apartados:

— *Título preliminar*: Establece los principios generales de ordenación y el ámbito de aplicación de la Ley.

— *Título I*: Disposiciones comunes a los diferentes modos de transporte terrestre. Destaca de su contenido la previsión de que se aprueben tarifas obligatorias o de referencia, el régimen de los servicios con carga completa o fraccionada, la posibilidad de que el Gobierno fije límites a la responsabilidad de los transportistas y la aprobación por la Administración de los contratos-tipo.

Las Juntas Arbitrales del Transporte se configuran como órganos llamados a resolver de forma obligatoria las controversias cuando su cuantía no exceda de 500.000 pesetas; en caso de superar tal cifra será potestativo para las partes acudir a esta vía. Este régimen, imponiendo la vía arbitral para reclamaciones menores, no parece acorde con los principios constitucionales, por lo que debería interpretarse que el acceso a estos procedimientos es siempre voluntario y cabe siempre acudir a los Tribunales de Justicia.

— *Título II*. Disposiciones de aplicación general a los transportes por carretera y a las actividades auxiliares y complementarias de los mismos.

Contiene las reglas básicas para el acceso a la actividad de transportista (requisitos, títulos administrativos y condiciones personales).

— *Título III*. De los servicios y actividades del Transporte por carretera.

Regula con detalle el régimen administrativo de las distintas clases de transporte (regulares, discrecionales, privados, internacionales, turísticos y urbanos).

Tiene interés la norma que excluye del embargo a las concesiones de servicios públicos regulares permanentes de transporte de viajeros y sus vehículos e instalaciones, sin perjuicio de la posible intervención de su explotación (art. 86).

— *Título IV*. Actividades auxiliares y complementarias del transporte por carretera.

Se dedica atención especial a las agencias de transporte como empresas mediadoras entre los usuarios y los transportistas que contratarán generalmente en nombre propio.

— *Título V*. Régimen sancionador y de control.

Realiza la Ley una tipificación de las infracciones a sus normas y de las sanciones aplicables; así como de los documentos que deben reflejar las actividades de transporte (declaración de porte).

— *Título VI*. El transporte ferroviario.

Contempla las modalidades de este transporte, dedicando especial regulación a la Red Nacional Integrada y a RENFE como entidad explotadora. Se remite

a ulteriores normas administrativas el desarrollo de la tradicional policía de ferrocarriles, trasladando a estas vías de transporte el mismo régimen de protección aplicable a las carreteras.

Finalmente, la Ley deroga el conjunto de normas de su rango que, con anterioridad, regían en la materia, estableciendo un régimen transitorio que permite la obtención de los nuevos títulos administrativos.

IV. DERECHO PROCESAL

15. JURISDICCION MILITAR. Se regula su competencia y organización. Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio («B.O.E.» del 18).

La Constitución de 1978 estableció los principios básicos de la Jurisdicción Militar (art. 117, párrafo 4), que, por la innovación que suponían, obligaba a organizar nuevamente su funcionamiento. La presente Ley viene a plasmar y desarrollar dichos principios llevando a cabo una reducción en el ámbito competencial de esta Jurisdicción y organizándola con arreglo a su naturaleza estrictamente judicial.

En relación con los límites de competencia la Ley se refiere separadamente al tiempo de paz y al de guerra, distinción que se refleja también en la regulación de las garantías y del procedimiento.

En cuanto a la organización, los cambios son también sustanciales, creándose una Sala de lo Militar (la quinta) en el Tribunal Supremo. Los restantes órganos jurisdiccionales serán: el Tribunal Militar Central, los Tribunales Militares Territoriales y los Juzgados Togados Militares.

Se lleva a cabo también una labor de profesionalización y juridificación de estos órganos, sin perjuicio de la participación de miembros no juristas.

Finalmente, la Fiscalía Jurídica Militar se integra en el Ministerio Fiscal, dependiendo del Fiscal General del Estado.

16. ORGANIZACION JUDICIAL. Régimen de los Jueces en provisión temporal, Magistrados suplentes y Jueces sustitutos. Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 15 de julio de 1987 («B.O.E.» del 22).

Ante el número de vacantes existentes en la Carrera Judicial, el Consejo General ya reguló en 1985 y 1986 la forma de proveer a su cobertura con personas no pertenecientes a dicha carrera y en la forma contemplada por la Ley Orgánica del Poder Judicial. Ahora se realiza una completa regulación de las situaciones distinguiendo los Jueces en régimen de provisión temporal, los Magistrados suplentes y los Jueces sustitutos.

17. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Convenio de La Haya, de 18 de marzo de 1970, sobre obtención de pruebas en el extranjero. Instrumento de ratificación de 4 de mayo de 1987 («B.O.E.» de 25 de agosto).

Para la realización de actuaciones judiciales u obtención de pruebas en el extranjero, en materias civiles o mercantiles, se prevé que las autoridades judiciales de un Estado-parte se dirijan, mediante comisión rogatoria, a la autoridad central designada por el Estado-parte requerido, la cual desarrollará las actuaciones precisas cerca de la autoridad competente para su práctica. Las comisiones rogatorias deberán ajustarse a los requisitos que el Convenio detalla.

En todo caso, las actividades que, en cumplimiento de la comisión, se realicen, se someterán a lo establecido por la Legislación del Estado requerido.

Paralelamente se contempla la posibilidad de obtención de pruebas, sin emplear medios compulsivos, por los funcionarios diplomáticos o consulares en el extranjero o por los Comisarios nombrados especialmente, previa autorización del Estado del territorio.

18. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Convenio de La Haya, de 15 de noviembre de 1965, sobre notificación o traslado en el extranjero de documentos. Instrumento de ratificación de 29 de abril de 1987 («B.O.E.» de 25 de agosto).

Con este Convenio se trata de establecer mecanismos que faciliten la remisión al extranjero de documentos judiciales o extrajudiciales sobre materias civiles o mercantiles. Cada Estado-parte deberá designar una autoridad central encargada de la relación con los demás Estados-parte que formulen peticiones de notificación o traslado de documentos; esta autoridad adoptará las medidas precisas para atender a la petición.

Aparte de este procedimiento de traslado, los Estados contratantes podrán utilizar sus vías de comunicación con sus agentes diplomáticos y consulares, salvo oposición del Estado del territorio.

Las peticiones de traslado de documentos sólo podrán rechazarse cuando supongan un atentado a la soberanía, siendo, en particular, inoponible a la petición que dicho Estado reivindique su competencia judicial en el caso o no admita la acción procesal ejercitada.

V. OTRAS DISPOSICIONES

19. COMUNIDAD ECONOMICA EUROPEA. Ratificación del Acta Unica Europea, firmada en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986. Instrumento de 9 de diciembre de 1986 («B.O.E.» de 3 de julio).

El Acta que ahora entra en vigor puede suponer un paso fundamental para el definitivo establecimiento del Mercado Común Europeo. Los representantes de los Estados comunitarios llevan a cabo una actualización del Tratado constitutivo que permitirá imponer con más facilidad las normas precisas para alcanzar un verdadero mercado interior y, al tiempo, coordinar la actuación exterior de sus Estados.

Así, el Acta establece con claridad su objetivo básico: «La Comunidad adoptará las medidas destinadas a establecer progresivamente el mercado interior en el transcurso de un periodo que terminará el 31 de diciembre de 1992.» Después

se refiere a aspectos concretos en que se materializará la cooperación de los Estados; tales son: las políticas económica y monetaria, las medidas de política social, la investigación y desarrollo tecnológico, la protección del medio ambiente y la política exterior. Obviamente, la implantación de medidas efectivas en varios de estos campos ofrecerá dificultades por afectar a la soberanía de los propios Estados.

La parte institucional del Acta es la que puede hacer posible alcanzar los objetivos marcados. Por un lado, se consolida formalmente el Consejo Europeo como órgano integrado por los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros y el Presidente de la Comisión. Por otra parte, la calidad de sus miembros justifica robustecer las competencias del Consejo permitiéndole adoptar por mayoría cualificada los acuerdos principales para el desarrollo del Mercado interior. Se pretende así salvar el escollo que la unanimidad supone en estos casos. Por su parte, la Comisión se configura como órgano ejecutivo normal de los acuerdos del Consejo y el Parlamento Europeo ve regulada su intervención, sólo superable por el acuerdo unánime del Consejo. La acumulación de asuntos ante el Tribunal de Justicia ha recomendado también prever la creación de un órgano de primera instancia para cuestiones de derecho, sin perjuicio del posible recurso ulterior.

En definitiva, el Acta Unica facilita el perfeccionamiento del Mercado Común y marca unas directrices claras en este sentido, aunque la complejidad de la tarea a realizar, por la existencia de intereses contrapuestos de los Estados, haga difícil cumplir los optimistas términos señalados.

20. **IMPUESTO SOBRE LA RENTA.** Modificación parcial de sus Reglamentos. Real Decreto 884/1987, de 3 de julio («B.O.E.» del 7).

Se modifican limitadamente los Reglamentos de los Impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas y sobre Sociedades, para introducir en ellos los nuevos regímenes de las obligaciones de los retenedores, de los pagos fraccionados a cuenta y de las autoliquidaciones del impuesto.

Además se fijan nuevos límites para la aplicación del procedimiento simplificado de Estimación Objetiva Singular en el primero de los impuestos citados.

21. **NOTARIADO.** Modificación del Reglamento Notarial en la parte relativa a las oposiciones de ingreso. Real Decreto 950/1987, de 24 de julio («B.O.E.» del 25).

Se modifican varios artículos del Reglamento relativos a las pruebas para obtener el título de Notario (convocatoria, aspirantes, Tribunales, ejercicios y oposiciones ante Notarios).

22. **SERVICIO TELEFONICO.** Régimen de tributación de la Compañía Telefónica Nacional de España. Ley 15/1987, de 30 de julio («B.O.E.» del 31).

La Compañía Telefónica gozaba de un régimen tributario especial, con orígenes en el Decreto-Ley de 25 de agosto de 1924, en cuya virtud se encontraba

exenta del pago de cualquier tributo, mientras que el Estado participaría en un porcentaje de sus ingresos. La pervivencia de este sistema atentaba, hoy en día, contra principios fundamentales del sistema fiscal, siendo precisa su eliminación. Por ello esta Ley dispone con carácter general la sujeción de la Compañía a los tributos estatales y a las Contribuciones Territoriales, dentro de los locales.

En cuanto a los restantes tributos locales se sustituye su exacción por una compensación anual.

La filiación a finales del siglo XX

(Reseña de un Congreso)

Desde el 28 de septiembre al 2 de octubre de 1987, y enmarcado en el II Congreso Mundial Vasco, se celebró en Vitoria-Gastéiz un *Congreso Internacional de Filiación*, organizado por el Departamento de Derecho civil de la Facultad de Derecho de San Sebastián. El objetivo de los organizadores era el de disponer un foro donde expertos juristas abordaran las múltiples cuestiones que *las nuevas técnicas de reproducción* plantean y, en definitiva, se diera un paso adelante en la tarea de configurar el estatuto jurídico civil de los protagonistas y afectados por tales técnicas, en cuanto sujetos privados y por relación a las estructuras familiares.

Los grandes bloques temáticos que configuraban la estructura del programa, y que a su vez coincidieron con cada una de las jornadas, fueron los siguientes: 1) *Las posibilidades médicas, los límites constitucionales y las recomendaciones del Consejo de Europa*; 2) *La capacidad de respuesta de algunos ordenamientos jurídicos*; 3) *Variaciones sobre clases, determinación y efectos de la filiación*; 4) *La presencia y la especificidad de elementos y categorías comunes a otras materias del Derecho privado*; 5) *Algunas cuestiones particulares* (*).

En la jornada inaugural, la primera ponencia versó sobre *La manipulación o mediación científica en la reproducción humana* y corrió a cargo del excelentísimo y magnífico señor don Emilio Barberá Guillem, catedrático de Histología y Embriología general y rector de la Universidad del País Vasco.

Al comienzo de su intervención, el ponente hizo hincapié en la dificultad existente para aproximar dos mundos que a menudo han recorrido caminos separados: el del conocimiento científico y el de las tradiciones morales. Mientras que, durante siglos, afirmó, la investigación biológica no ha incidido directamente sobre los humanos, sino que, muy al contrario, nuestros hábitos y moral han afectado a su desarrollo; hoy, de algún modo, este proceso de influencia se ha

(*) Las comunicaciones presentadas a cada una de las Secciones fueron: *Sección II*: «Reflexiones en torno al informe Palacios y al proyecto de ley sobre técnicas de reproducción asistida», A. González González (Universidad de Oviedo). «Hacia un estatuto jurídico del embrión humano», M. Carcaba Fernández (Universidad de Oviedo). *Sección III*: «El principio de verdad biológica y las relaciones de filiación derivadas de la inseminación artificial y la fecundación in vitro: el anonimato del dador», J. Carbajo González (Universidad de Oviedo). *Sección IV*: «La mujer sin pareja ante las técnicas de fecundación asistida. Intereses en juego», A. de León (Universidad de Oviedo). «Los consentimientos relevantes y las técnicas de reproducción asistida», A. Merino Gutiérrez (Universidad de Oviedo). *Sección V*: «Reflexión en torno a los derechos de la viuda para ser inseminada artificialmente» H. Campuzano Tomé (Universidad de Valladolid), «Reflexiones en torno a la gestación por cuenta ajena», C. Moreno-Luque Casariego (Universidad de Oviedo). «La atribución de la maternidad en la gestación contratada», C. Hernández Ibáñez (Universidad Complutense de Madrid).

invertido. Esto es así porque al poder utilizar los esquemas biológicos generales en la reproducción humana se plantea un camino de vuelta: interpretar biológicamente la procreación humana para definir la moral. La dificultad para realizar esta tarea, en opinión del profesor Barberá radica fundamentalmente en que los esquemas biológicos se han hecho bajo la moral y resultado, por ello, moralizados; de esta forma, la abstracción y el análisis tendentes a determinar la futura moral encontraría mezclados con los hechos biológicos puros una amplia gama de conceptos de conducta humana.

Precisamente, y tras estas reflexiones, la intervención continuó en la línea de describir hechos biológicos puros, extendiéndose en la explicación de conceptos como *herencia biológica*, *fenotipo*, *genotipo* y en el análisis de fenómenos como las mutaciones o la meiosis, para incidir, finalmente, en las etapas del desarrollo de los animales superiores. Al referirse, ya en concreto, a las denominadas nuevas técnicas de reproducción, señaló el rector que ninguna de ellas es propiamente artificial desde el punto de vista genético y biológico, puesto que no modifica la herencia biológica. Respecto a tales técnicas, reclamó para la Medicina una amplia posibilidad de actuación, incidiendo en que, al fin y al cabo, se trata de habilidades y de técnicas para procrear y evolucionar en la especie.

La segunda ponencia, sobre *La incidencia de la inseminación/fecundación artificiales en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, correspondió a la ilustrísima señora doña Encarna Roca i Trias, catedrática de Derecho civil y secretaria general de la Universidad de Barcelona.

La profesora Roca inició su exposición a partir del Derecho de familia vigente, recordando —con la doctrina italiana— que «si se exceptúan los casos de delitos sexuales, *el sistema parte del ser ya engendrado*», pues considera que *antes no era nada ni importa cómo ha llegado a ser*; este sistema, sin embargo, se ha roto en la actualidad con las posibilidades de influir en la concepción y en los nacimientos (control de natalidad, interrupción voluntaria del embarazo y procreación por medios artificiales).

Hoy, dijo, parece alcanzado el acuerdo sobre la necesidad de regulación de las denominadas «filiaciones asistidas»; pero en la mayoría de los supuestos el acuerdo sigue cimentado en una concepción tradicional de la sociedad y el resultado final de esa regulación sería o debería consistir en una serie de prohibiciones dirigidas a conservar la sociedad tal cual es ahora. Por el contrario, estima la ponente que el tema que nos ocupa puede ser la clave de bóveda a partir de la cual se destierre el tradicional conservadurismo de los juristas, especialmente de los civilistas españoles.

La ponente se inclinó decididamente por la necesidad de legislación, pues si el jurista (y el legislador) no se apresura a ofrecer una solución, lo que ahora es sólo un terreno por cultivar se convertirá en una jungla, en la que lo que verdaderamente prime sea el interés personal del investigador o el capricho de los padres. Tal legislación habría de dar solución a los problemas que se plantean ahora y a los del futuro inmediato —los avances son tan rápidos que la propuesta por el Grupo Socialista «seguramente está ya obsoleta»—; protegiendo de forma correcta los derechos fundamentales de las personas implicadas y creando un nuevo sistema de paternidad-maternidad *formales*.

Supuesto que la protección de la persona y de los derechos que le son inherentes es la finalidad esencial del ordenamiento constitucional español (arts. 10.1 y 9.1 C.E.), la profesora Roca i Trias pasó a examinar los derechos (e intereses)

que deben ser conjugados en todo proceso de reproducción asistida distinguiendo los tres grupos de sujetos implicados: *padres iniciales, hijos nacidos y terceros coadyuvantes*.

En relación a los *padres iniciales* (la pareja que inicia el proceso mediante su decisión de tener un hijo que les resulta inalcanzable por medios naturales), la alternativa planteada es la de fundamentar su pretensión en un *derecho a procrear* o en un *derecho a la salud*; alternativa con importantes consecuencias prácticas, por cuanto mientras el «derecho a procrear» debería atribuirse a la persona —en cuyo caso, aun sin constituir pareja, habría un derecho constitucional a procrear [también] «artificialmente»—, la esterilidad suele predicarse de la pareja (matrimonial o no). La primera opinión se halla bastante extendida en el mundo anglo-sajón, pero no en los países europeos que más suelen influir sobre nuestra cultura jurídica. A este respecto, la doctora Roca i Trías subrayó la perplejidad que suscita tanto el llamado «Informe Palacios» como la Proposición de Ley socialista, pues si por una parte aceptan como finalidad fundamental la actuación médica ante la esterilidad humana, por otra, admiten como usuarias de las técnicas a mujeres solas, con lo que derivan hacia un hipotético «derecho a procrear».

Refiriéndose a *los nacidos mediante Reproducción Asistida*, la ponente afirmó que «el núcleo principal de derechos fundamentales afectados por el uso de las técnicas de reproducción asistida se da en cabeza del producto de las mismas: el ser que puede o no llegar a nacer y, en consecuencia, llegar a ser persona»; por ello, y porque no tuvo ocasión de «intervenir», *debe ser protegido de forma prioritaria*. Desde esta óptica, tres son los derechos constitucionales que pudieran resultar afectados: el derecho a la vida, al nacimiento dentro de una familia y a conocer el propio origen.

En cuanto al primero de tales derechos observó la ponente que tanto a nivel internacional (sentencia del Tribunal de Derechos Humanos —1980— estimando que el término «todos» del artículo 2 de la Convención no incluye al no nacido, que no tiene derecho a la vida en los estadios iniciales del embarazo) como a nivel nacional (nuestro Tribunal Constitucional, a propósito de la despenalización del aborto —1985— no se pronunció directamente sobre la interpretación de la palabra «todos» del artículo 15 C.E., y no parece que ésta haya de ser una sentencia decisiva en el tema que ahora nos ocupa) existe un estado de opinión favorable a no considerar aún persona al feto y ello debe aplicarse, con mayor razón, a los embriones (particularmente, dentro de los catorce días después de la unión de los gametos). Es más, concluyó, *tampoco «existe un supuesto derecho del embrión a ser implantado y, mucho menos, un hipotético derecho a nacer»*.

En segundo término, entiende la catedrática catalana que el derecho (si existe) a nacer en el seno de una familia, puede excluir como usuaria a la persona sola, pero en ningún caso a la pareja [heterosexual] no casada; que el problema de la prueba de la «estabilidad» *no debe interferir el ejercicio de este derecho*, si se considera que la esterilidad es un problema relativo a la pareja y no del matrimonio, y que el derecho del nacido a tener una familia estable comporta que no deba verse sometido a acciones de reclamación de paternidad/maternidad por parte de los donantes de material genético.

Por lo que hace, en fin, al derecho a conocer el propio origen, considera que es compatible con el anonimato de las donaciones de material genético, por cuanto propugna que la investigación de la paternidad/maternidad «sea regulada como un medio para llegar a conocer el propio código genético», no para recla-

mar los derechos inherentes a aquélla —pues no existe, dijo, un derecho fundamental a que la paternidad/maternidad, constatadas con los sistemas que legalmente se establezcan, coincidan con la realidad biológica—.

Por relación a los *donantes* de material genético y ciñéndose al punto de vista constitucional, la ponente recordó que debe buscarse un sistema que le asegure «la protección de su derecho a la intimidad», aplicándose por analogía el anonimato impuesto por la Ley 30/1979 sobre trasplante de órganos, mientras no se consagre directamente la solución —tipo sueco— del «anonimato relativo» (que tendería a compaginar el derecho del nacido a conocer su origen genético, excluyendo la identidad del donante).

Para terminar, la profesora Roca i Trías se pronunció por el rechazo de las técnicas de maternidad de alquiler, respecto de las que la protección constitucional de la dignidad de la persona sólo permitiría este acto de disposición del cuerpo si se tratase de un acto gratuito.

A modo de conclusión, indicó que al legislador se le plantean una serie de opciones difíciles, como las que afectan a los posibles derechos de los no concebidos, confrontados con la autonomía y libertad de los padres. Pero en el momento actual existen ya datos suficientes para que elija la solución que considere más conveniente desde un punto de vista de política jurídica. Lo que no debe hacer en absoluto es «esconder la cabeza bajo el ala y dejar que sean los poderes fácticos quienes establezcan las reglas del juego, si se quiere proteger por encima de todo la dignidad humana», tarea que a todo jurista le atribuye nuestra Constitución.

Cerró la jornada inaugural la exposición del ilustrísimo señor don Fritz Hondius, director para Asuntos Jurídicos del Consejo de Europa, sobre *El Consejo de Europa ante la fecundación asistida*.

La ponencia, que F. Hondius rotula de nuevo *La contribución del Consejo de Europa para resolver los problemas provocados por la procreación humana artificial*, se abre con una serie de consideraciones introductorias, que van desde la propuesta de un título alternativo para el Congreso —«La filiación en el amanecer del tercer milenio»— hasta una reflexión general acerca de la actitud del legislador frente a este tipo de innovaciones que dan al traste con el concepto tradicional de familia. En particular, opina que el abstencionismo de aquél acabaría perjudicando a los niños nacidos mediante estas técnicas —caso Baby M.—, por lo que no hay otra actitud aceptable para quienes tienen responsabilidades de gobierno, que la de regular el fenómeno. Igualmente incidió en que, como no es propio que los debates sobre estos temas que afectan directamente al ser humano tengan lugar en cada país por separado, el Consejo de Europa, en estrecha cooperación con otros organismos del resto del mundo, ha devenido foro privilegiado para este tratamiento.

Sobre el tema que nos ocupa, recordó cómo los grandes debates comenzaron en la Asamblea Parlamentaria, que llegó a aprobar dos importantes textos: La Recomendación número 934 (1982), de 26 de enero de 1982 *sobre ingeniería genética*, y la número 1.046 (1986), de 24 de septiembre de 1986 *sobre el uso de embriones humanos y de fetos para el diagnóstico con finalidades terapéuticas, científicas, individuales y comerciales*. Por su parte, el Comité de Ministros, en la línea de la Recomendación 934 (1982), constituyó —en 1983— un «Comité de Expertos *ad hoc*, sobre problemas éticos y legales relacionados con la genética humana» (CAHGE). Respecto a la Resolución 1.046 (1986) sobre el uso de em-

briones humanos, observó F. Hondius que el Comité de Ministros inició en 1985 una acción de mayor envergadura, que alcanza, en general, a las técnicas de reproducción humana artificial. A tal efecto, fue sustituido el CAHGE por un nuevo grupo de expertos *ad hock*, CAHBI, integrado por biólogos, médicos, juristas y especialistas en ética y en derechos humanos. El CAHBI inició su trabajo en noviembre de 1985, y el 3 de abril de 1987 ha presentado al Comité de Ministros un *Proyecto de Recomendación* (instrumento más ágil y apropiado que un Convenio) *sobre Procreación Humana Artificial*, que contiene orientaciones básicas en la materia y deja al buen criterio de cada Estado la concreción de los detalles y las formas de aplicación. Normalmente, el Comité de Ministros observa una estricta confidencialidad sobre los trabajos hasta el momento de tomar una decisión final, pero en este caso —subrayó el ponente— ha adoptado la decisión —22 junio 1987— de permitir su uso por los Parlamentos nacionales de los Estados miembros y autorizar al Secretariado del Consejo de Europa para informar, en encuentros científicos, sobre los principales trazos de las propuestas del CAHBI.

Centrándose en las *directrices que propugna el CAHBI* y refiriéndose al citado Proyecto de Recomendación, especificó que consta de tres partes: Preámbulo, cláusula operacional y reglas sustantivas o principios.

En el Preámbulo se recuerdan los valores que comparten los Estados miembros y que constituyen la base de la cooperación y entendimiento: el respeto de la vida y la dignidad humana, libertad personal y respeto a la vida privada, unidad de la familia como fundamento del bienestar del niño, la personalidad del niño y la prevención de la explotación de la mujer, etc.; que se subraya que las técnicas de reproducción asistida no han de ser enfocadas según posturas de conveniencia o comodidad, sino como «última medida», y que, no obstante la diversidad de opiniones, el embrión debería ser tratado siempre con el respeto debido a la dignidad humana.

La cláusula operacional insta a los Gobiernos a que adopten leyes que incorporen los principios propuestos y, además, establezcan un minucioso desarrollo de los mismos; aun con la conciencia de que —atendido el ritmo de desarrollo de las ciencias médicas— esas reglamentaciones no resultarán definitivas.

La parte sustantiva del Proyecto de Recomendación se inicia con algunas definiciones sobre los términos (donante, embrión) y técnicas utilizadas (IA y FIV) para abordar luego cuestiones más específicas. Tales como:

El acceso a las técnicas.—Tras la consulta a los especialistas en derechos humanos y supuesto que individualmente nadie ostenta un pretendido «derecho al niño», el CAHBI aconseja restringir el uso —en concepto de tratamiento de la infertilidad— de las técnicas de reproducción asistida a *las parejas herosexuales* con condiciones que aseguren el bienestar del futuro ser —y anotó el ponente que no existe unanimidad entre los Estados miembros acerca de si debe tratarse de parejas casadas o no—. Por lo demás, se insiste en los requisitos que deberían reunir los doctores y centros especializados, sobre la conveniencia de consagrar una especie de «cláusula de conciencia» y sobre la necesidad de contar con el consentimiento libre e informado de todas las personas afectadas.

Almacenamiento de gametos y embriones.—No existe oposición total a este almacenamiento, siempre que sea por tiempo limitado y se especifiquen los usos autorizados. Así, la crioconservación no debería facilitar situaciones antinaturales, como la fecundación *post mortem*, ni la proliferación de embriones «sobran-

tes» —cuyo destino, en todo caso, ha de decidirse con el consentimiento de la pareja—.

Donación.—En cuanto a la disponibilidad del material genético, el referido Grupo de Trabajo del Consejo de Europa, si bien no la excluye, considera que deberá obedecer a una serie de limitaciones bien estrictas: gratuitas e incondicionadas; tope máximo de fecundaciones con material genético del mismo donante y excepcionalidad de la donación de embriones, con prohibición absoluta del traslado del útero de una mujer al de otra, y principio de secreto/anonimato sobre el uso de las técnicas/personas implicadas —con la excepción, si acaso, de que el propio hijo pueda conocer «su origen genético»—.

Filiación.—En cuanto a la paternidad, caso de IA o FIV, con donación de esperma, si se trata de mujer casada, el marido no puede impugnar la paternidad, mientras que el compañero —mujer no casada— sí puede, probando que el niño no nació como resultado del tratamiento.

Maternidad subrogada.—Sólo excepcionalmente debería permitirse —v. gr. cuando una mujer que inicia una FIV no puede luego soportar la reimplantación del embrión obtenido— y con, al menos, dos requisitos: absoluta gratuidad y derecho a «conservar» el hijo.

Por otro lado, y en lo que afecta a la *manipulación e investigación con embriones*, F. Hondius recordó que se trata de un tema sometido a debate en todos los foros, que la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa adoptó una primera —ni unánime ni, acaso, definitiva— Recomendación [R. 1.046 (1986)] y que el CAHBI ha vuelto sobre la cuestión, separando lo que puede con seguridad permitirse —actuación sobre embriones *in vitro* que no les causen daño— de lo que debería estar absolutamente prohibido —creación de embriones con fines exclusivos de investigación, clonación, hibridación, etc.—.

La segunda sección o jornada estuvo dedicada a analizar *La capacidad de respuesta de algunos ordenamientos jurídicos* y se inició con la intervención del ilustrísimo señor don Goran Ewerlof, Juez de Tribunal de Primera Instancia y Secretario de la Comisión sobre Inseminaciones de Suecia, que disertó acerca de *La legislación sueca sobre inseminación artificial*.

La ponencia se inicia con una introducción en la que refirió una serie de datos tendentes a poner de relieve que, siquiera la IA, no es una técnica absolutamente novedosa ni en general ni en su aplicación a la reproducción humana. En efecto, la IA sobre animales puede que se practicara desde la antigüedad clásica, si bien, como método científico fue descubierto y experimentado sobre perros en 1780 por el italiano Spallanzani. Respecto de su aplicación a seres humanos, la IAH (con semen del marido) puede datarse en 1834, y la IAD (con semen de donante), para Suecia al menos, en 1920. La primera concienciación, en los países nórdicos, sobre la conveniencia de regular la IAD —como mínimo en cuanto a quién tenía derecho a utilizarla y al estado legal del hijo— tuvo lugar aproximadamente hace cuarenta años; si bien entonces todos los proyectos fracasaron por causas múltiples: escaso número de inseminaciones (unas 95 en Suecia entre 1945-1948, con un resultado de sólo 7 embarazos), el posicionamiento de determinados grupos de presión (la Iglesia) y el exceso de niños suecos ofrecidos en adopción. Pero en la segunda mitad de este siglo, el interés por la IA como remedio a la esterilidad [involuntaria] se ha incrementado en todo el mundo y, seguramente, aumentará más (año 1982: en Suecia, 40 niños de IAH y 230 de IAD; por IAD cada año, en Europa, 2.000 niños, y en EE.UU, 10.000).

En 1970 fracasa un nuevo intento sueco de regular la IA, so pretexto de que había aún pocos niños —después se ha demostrado que unos cien por año— concebidos por IAD. Pero, a partir de entonces, se intensifica la preocupación hasta el punto de que el propio Consejo Nacional Sueco de Salud y Bienestar [en adelante, NBHW] llama la atención del Gobierno sobre la necesidad de una Ley al respecto. Este nombra una Comisión oficial o «Comité de Inseminación» a finales de 1981 que, dos años más tarde, presenta una serie de Recomendaciones e, inmediatamente, se reaviva el debate en los medios de comunicación. Siguiendo aquéllas, el Gobierno presentó el correspondiente Proyecto —diciembre de 1984— al Parlamento, y éste, por amplia mayoría, aprobó la nueva regulación de la IA, que entró en vigor el 1 de marzo de 1985.

Por lo que hace ya propiamente al régimen instaurado por esta nueva Ley de Inseminación Artificial, observa el ponente cómo dicha técnica se enfoca, en general, como tratamiento ginecológico destinado a remediar la esterilidad involuntaria de un matrimonio o pareja estable; y, en particular, quienes recurren a una IAD son considerados aproximadamente como unos padres adoptivos. Como es obvio, es la intervención de donante la que complica la IA y requiere mayores previsiones legales [para la IAH, basta con que el marido o compañero que ha dado el esperma esté con vida y consienta el tratamiento; el hijo será hijo «natural» de la pareja].

La nueva Ley, según el señor Ewerlof, incide básicamente en la *Inseminación Artificial con Donante (IAD)*. Antes, la situación jurídica del niño dependía del estado civil de la madre; si era casada, en principio sería considerado padre el marido —con posibilidad, sin embargo, de impugnar esa paternidad: en marzo de 1983, todavía el TS sueco estimó una impugnación—; mas, si la madre no estaba casada, sólo podía vincularse legalmente el hijo y el compañero de aquélla mediante la adopción —que, a la vez, privaba a la mujer de los derechos sobre su hijo—. En cambio, con la nueva legalidad se considera padre del niño siempre que previamente hubiera consentido la IAD de su pareja y sólo se le permite impugnar esa paternidad si la mujer —durante el tratamiento por IAD— tuvo relaciones sexuales con otro hombre. Esta medida de equiparación entre el matrimonio y la pareja estable estima el ponente que responde a una adecuación de la Ley a la realidad social sueca, en la que aproximadamente un tercio de los nacimientos tienen lugar de madre no casada, aunque, en la mayoría de los casos, cohabitando de forma estable; mientras que la interdicción de su uso por mujeres solas y parejas lesbianas responde al énfasis que psicólogos y psiquiatras han puesto en la importancia que para el desarrollo de un niño tiene la presencia de una madre y un padre.

En cuando a *los requisitos*, unos son de tipo *natural o médico* y otros *psico-sociales*, y pueden referirse a la mujer, al compañero/marido y al donante. Desde el primer punto de vista, en la mujer se requiere, aparte su fertilidad, un estado físico y mental sano y, a veces, no haber sobrepasado los 35 ó 40 años; en el marido/compañero, buena salud y ausencia de enfermedades que pudieran influenciar su vida ulterior; en el donante, inteligencia media, esperma de buena calidad y que no haya sufrido enfermedad hereditaria [en algunos casos, que sea menor de 40 años, esté casado y tenga ya hijos sanos]. En todo caso, la Ley sigue considerando que se está en presencia de un *tratamiento médico* y deja al profesional la decisión sobre la conveniencia de aplicarlo a una determinada pareja, si bien sólo puede ser realizada la IAD en *hospitales públicos*, previamente-

te autorizados por el NBHW. Por lo que hace a los denominados *requisitos psico-sociales*, en la IAD —a diferencia de lo que ocurre en la adopción— ninguna autoridad social lleva a cabo un estudio previo del *hogar*, pero la Ley declara que el tratamiento únicamente debe ser administrado cuando las circunstancias de los futuros padres permitan al niño crecer en condiciones favorables y requiere que la pareja se someta a un examen «psico-social» a tal efecto. Así, se valora la edad de la pareja —no menos de 25 años—, la madurez y estabilidad de su relación, e incluso si el marido/compañero ha asumido su esterilidad.

La Ley requiere el consentimiento del marido/compañero por escrito, no obstante lo cual, el ponente estima que en la IAH, puesto que el semen es del propio interesado y sólo se practica actualmente con espermatozoides frescos, el hecho de aportarlo ya implica el consentimiento requerido. Es en la IAD donde alcanza pleno sentido la exigencia de una declaración de voluntad no ambigua —por tanto, por escrito y con testigos—, ya que, entre otras razones, va a ser el presupuesto de su paternidad legal (que no biológica).

En cuanto al derecho del niño al conocimiento de sus orígenes, según el ponente, sólo tiene interés especial en los supuestos de IAD y conviene hacerlo en paralelo con los planteamientos vigentes en la hipótesis de adopción.

En el caso de adopción la actitud de la sociedad sueca, de los adoptantes y de la propia Ley, es favorable a que el hijo adoptado —en interés de su desarrollo equilibrado— tenga acceso, tan pronto como sea aconsejable, a la información sobre sus padres naturales; y puede llegar a ponerse en contacto personal con ellos, si lo estima conveniente el oficial del Servicio de Bienestar. En la práctica, pocos adoptados sienten la necesidad o el deseo de llegar hasta las últimas posibilidades. Por contra, para los tratamientos de IAD ni la sociedad en su conjunto ni los más directamente interesados parecen convencidos de la conveniencia de reconocer al niño el derecho a investigar sus orígenes. Antes de la nueva Ley, algunos centros sanitarios destruían todo tipo de anotaciones una vez que el embarazo por IAD se había conseguido. Sin embargo, una vez sopesados los pros y los contras de la permisión —argumentos de los que dio cuenta circunstanciada la ponencia—, la regulación vigente ha optado por primar el *interés del hijo*, reconociéndole el derecho de acceder a la información relativa a la identidad de su padre biológico, a la vez que impone a los centros la obligación de mantener aquella durante al menos setenta años.

El señor Ewerlof, tras señalar que las sanciones penales pueden alcanzar a las personas o instituciones que transgredan los límites autorizados, insistió también en que, a fin de alcanzar una mayor concreción y seguridad, el propio Comité de Inseminación recomendó que por parte del Consejo Nacional de Salud y Bienestar (NBHW) se elaboraran directivas sobre la IA. Las publicadas hasta ahora especifican determinadas cuestiones: el almacenamiento y congelación de espermatozoides donados —y la necesidad de nuevos análisis al donante para cerciorarse de que al momento de donar no era ya portador de SIDA—, el requisito de que el marido o compañero de la mujer que va a ser inseminada viva *al momento de la inseminación*, la prohibición de utilizar en un mismo tratamiento de IA espermatozoides mezclados de varios donantes —ya que dificultaría la identificación del padre biológico—; la manera de reclutar a los donantes y su posible «compensación económica» —no como contraprestación, sino como indemnización por los gastos—.

A modo de balance, el ponente señaló que la Ley ha incidido en la práctica de la IAD de forma sensible. Así, entre las propuestas del Comité de Insemina-

ciones —septiembre 1983— y la entrada en vigor de la Ley —marzo 1985—, decayó por completo la IAD —ni hubo donantes de esperma ni parejas que solicitaran el tratamiento—. Pero esa técnica ha empezado ya a recuperarse —alcanzando cotas próximas a las de 1982: unos 200 niños— y se practica sobre nuevos presupestos —el donante de entonces [jóvenes que realizaban el servicio militar o estudios de medicina básica] buscaba un dinero extra; el de ahora [frecuentemente casado y con hijos propios, que obtiene además el consentimiento de su mujer] ha aceptado el hecho de que el niño pueda pretender información y hasta contactos con él—; y todavía no puede ponderarse la incidencia efectiva que en la lentitud de la recuperación representa la nueva amenaza del SIDA. En todo caso —concluyó—, la nueva Ley parte del principio de que *el tener hijos no es un derecho incondicionado*, por lo que sólo ha de facilitarse cuando existan garantías de que el nacido va a desarrollarse en condiciones favorables. La finalidad es igualmente encomiable y esperanzadora: que los niños nacidos de IAD gocen de una consideración social y una posición jurídica comparables a las de los niños adoptados.

La segunda ponencia sobre *problemas de la fecundación asistida en la experiencia jurídica norteamericana* corrió a cargo del profesor Pedro Silva-Ruiz, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Puerto Rico.

El ponente, sobre la base de la inexistencia hasta el momento de un Derecho de familia uniforme para todos los estados y jurisdicciones que integran los Estados Unidos, ofreció una panorámica general de la regulación jurídica en este país de la IAH, la IAD, la FIV y la maternidad sustituta. Por ello, señaló, mientras algunos estados han legislado sobre la materia, otros aún no, pero independientemente de ello, parece ser opinión generalizada en la literatura jurídica norteamericana la aplicabilidad a la reproducción asistida de la jurisprudencia existente en materia de procreación y crianza de los hijos, en cuanto ejercicio de derechos individuales, vida privada e intimidad.

Por lo que se refiere en concreto a la IA, el doctor Silva comenzó por realizar una descripción de los supuestos existentes: la IAH (con semen del marido, de modo que los componentes genéticos son los del marido y la mujer) y la IAD (uno de los componentes genéticos —esperma fértil— pertenece al donante). En ambos supuestos, sin embargo, la fecundación se obtiene sin cópula. Al respecto, señaló, se ha propuesto una legislación uniforme en el «Uniform Parentage Act», según el cual, se considera padre natural del niño concebido por IAD al esposo de la mujer inseminada artificialmente con semen de otro hombre, siempre y cuando dicha inseminación se realice bajo supervisión de médico autorizado y con consentimiento del esposo —que se prestará por escrito, estando todos los documentos y expedientes relacionados con la inseminación sujetos a inspección sólo en caso de mediar una orden judicial por justa causa demostrada—. Dicha propuesta ha sido aprobada en 16 estados.

Refiriéndose después a la FIV (el ponente comenzó igualmente por describir los métodos existentes: la FIV de un óvulo de la mujer con semen del marido, con semen de un donante y con semen y óvulo de donantes) hizo mención de la Conclusión número 5 del «Ethics Advisory Board's Report and Conclusions: HEW Support of Research Involving Human In Vitro Fertilization and Embryo Transfer», donde se recomienda el estímulo del desarrollo de una legislación uniforme para aclarar el *status* legal de los nacidos como resultado de la FIV.

En relación al tercer supuesto examinado, en la ponencia, el relativo a la

madre sustituta, suplente o subrogada (se define el mismo como el contrato de una mujer con una pareja casada para inseminarse artificialmente con el semen del esposo de aquella otra mujer, concebir, gestar y dar a luz un niño a cuya custodia renuncia para que sea adoptado por la esposa de aquel con cuyo semen fue inseminada), incidió el profesor Silva en que la opinión más generalizada recomienda la aprobación de una legislación especial que resuelva los interrogantes que suscita este contrato. Así, frente a decisiones como la del Procurador general de Kentucky, que en enero de 1981 sostuvo la ilegalidad de dichos contratos y, por consiguiente, su inexigibilidad, en el conocido caso de *Baby M.*, el Tribunal resolvió que existió un contrato válido al que no resultaba aplicable la legislación sobre adopción y al que la suplente podría renunciar hasta antes del momento de la concepción —en cuyo caso habría de satisfacer los daños monetarios que se pudieran probar—.

Cerró la segunda jornada el profesor doctor don Francisco de Asís Sancho Rebullida, catedrático de Derecho civil de la Universidad de Navarra y jurista, convocado por la Comisión Parlamentaria Especial, disertando sobre *Los estudios previos y las líneas previsibles de la futura regulación española*.

Es de destacar que la ponencia del profesor Sancho Rebullida constituye el primer estudio crítico de conjunto no ya sólo respecto del Informe de la Comisión Parlamentaria Especial, sino también de las dos proposiciones de Ley presentadas por el Grupo Parlamentario Socialista.

Por lo que al Informe se refiere, recuerda el profesor Sancho cómo la Comisión Parlamentaria acordó requerir la presencia de expertos en las diversas áreas de conocimiento implicadas y que, entre éstos y entre los diputados, resultó difícil obtener un consenso sobre materia tan complicada, como se refleja en el documento final que habla de *coincidencias sustanciales* sobre muchos aspectos, junto a *discrepancias más concretas* (de hecho, recuerda el ponente, el documento sólo lo hizo suyo el Grupo Socialista).

Para el catedrático de la Universidad de Navarra, el Informe (aprobado por el Pleno del Congreso el 10 de abril de 1986), en su aspecto formal, resulta *excesivamente extenso y un tanto desorbitado* (184 folios, de «divulgación científica»; y 135 «recomendaciones» al Legislador), en su actitud metodológica, *pretende ser realista y pragmático, y en su referencias morales, adopta una postura relativista, aconfesional y evolutiva*. En suma, adopta la llamada «ética civil», inducida del «sentir de la mayoría» (lo que, «a mi juicio, no deja de constituir un comodín ideológico ambiguo y peligroso»), y se escora hacia «un permisivismo, siquiera sea controlado, intervenido y con limitaciones excepcionales».

El ponente puso de relieve que de las dos Proposiciones de Ley, la primera (sobre *Donación y utilización de embriones y fetos humanos...*), se presenta como prolongación de la Ley 30/1979, relativa a la extracción y trasplante de órganos, e incide parcialmente en el tema del Congreso por cuanto afecta a la manipulación y tráfico de embriones y además de los fetos, tejidos y órganos. Y la segunda (*de Reproducción Asistida*) constituye la versión articulada del Informe, pero, de un lado, formal y técnicamente resulta más correcta que éste y, de otro, trata de aproximarse a la Recomendación 1.046 del Consejo de Europa (24 de septiembre de 1986, posterior al Informe).

Respecto a las *manipulaciones con gametos y embriones humanos*, insistió el profesor Sancho en que es *clave y caballo de batalla el concepto mismo de preembrión*, que comprende los catorce primeros días a partir de la fecundación

y es equiparado a los gametos tanto en su protección jurídica como en las autorizaciones destructivas. Equiparación que, a juicio del ponente, es «biológica y jurídicamente recusable», por cuanto los gametos son «simples células» y los embriones «seres humanos desde el momento de la fecundación». A pesar de reconocer que se trata de una *solución transaccional* —adoptada por otros ordenamientos— entre quienes demandan manipulabilidad de los embriones y quienes reclaman «el más exquisito respeto a la vida», concluye que es una materia en la que no es admisible la transacción por cuanto las manipulaciones permitidas —y la propia técnica de la FIVTE, que «supone crear artificialmente vidas humanas destinadas en alta proporción a ser destruidas»— conculcan el artículo 15 de la Constitución a la luz de la Sentencia del TC de 11 de abril de 1985. El Derecho no puede prohibir, en cambio, la IA de mujer casada con semen emanado —por el procedimiento que sea: allá sus consecuencias [morales]— de su marido».

En cuanto a la *donación de gamentos y embriones*, el hecho de que los textos prelegislativos examinados admitan tal donación [imprescindible para la IAD y FIVTE] de forma «controlada y a título gratuito», al profesor Sancho le pareció jurídicamente recusable por contradictoria de la dignidad humana (art. 10.1 CE) y por ofensiva a la institución familiar (art. 39.1 CE), «en cuyo íntimo recinto irrumpen de forma, no por anónima y distante menos real, terceras y cuartas personas totalmente ajenas». Además, la prevista prohibición de investigar la paternidad genética en estos casos resulta contradictoria con los artículos 39.2 CE y 127 y concordantes del Código civil, que, si no están pensados para estas hipótesis, desde luego han consagrado el principio general de prevalencia de la verdad biológica. Y, si lo que se permite al hijo —como los referidos textos proponen— es conocer «las características de su progenitor, pero no su identidad», la situación pudiera ser más cruel para el hijo «atormentado con las conjeturas y sospechas» que nazcan del conocimiento de aquéllas y su concurrencia en algún amigo de la familia. Por todo ello —concluye—, supuesto el derecho del hijo a conocer *la identidad de sus progenitores*, acaso lo más indicado sea una suerte de «homologación con los supuestos de adopción con [posterior] determinación de la filiación por naturaleza».

Al abordar la cuestión de *los usuarios de las técnicas de Reproducción Asistida* [en este punto los Textos prelegislativos de referencia permiten la utilización de los métodos a regular por parte de los *matrimonios y parejas heterosexuales estables* y, en menor medida, por *mujer sola* —con cargo a la sanidad pública, si fuere estéril, y a su costa, en otro caso—], el profesor Sancho destacó la dificultad de probar la «estabilidad» de la pareja no casada, salvo que se entienda que haya una especie de *presunción iuris tantum* de matrimonio o emparejamiento estable en base a que la Proposición de Ley exige, precisamente a la aspirante no emparejada, prueba documental negativa de aquellos extremos.

Por último, la ponencia, en cuanto a la prohibición de alquiler de úteros o «gestación de sustitución» y a la atribución de la maternidad legal a la madre sustituta —si, pese a todo, la prohibición se transgrede—, subrayó la coherencia de esta opción en favor de la maternidad de gestación, pero expresó la duda de que la prohibición en términos absolutos pueda coonestarse «con la fundamentación de la admisibilidad de estas técnicas como remedio a la esterilidad»; y, que puede que, asimismo, falte coherencia interna a los textos en los pasajes que, permitiendo la utilización póstuma (fecundación *post mortem*) del material

genético —crioconservado— de uno de los miembros de la pareja, establecen que «en ningún caso el hijo deberá ser tomado en consideración a efectos de sucesión y herencia del fallecido».

La tercera jornada, dedicada a las *Variaciones sobre clases, determinación y efectos de la filiación*, se inició con la intervención del profesor doctor don Rodrigo Bercovitz y Rodríguez-Cano sobre *La filiación inducida y las clasificaciones legales*.

El ponente señaló como objeto de su intervención el estudio de la incidencia de las nuevas técnicas de reproducción en el sistema jurídico de filiación español —sistema establecido sin tener en cuenta tales técnicas—.

Como presupuestos o principios a tener en cuenta para realizar lo previsto, señaló los siguientes: 1. La inconveniencia de una regulación de la materia en el momento presente (por ser todavía necesario que se desarrolle el fenómeno social, se consoliden los avances y las técnicas y se asuma plenamente el nuevo sistema español de filiación, aún en rodaje). 2. La necesidad de estudiar las posibles soluciones de *lege data* (lo que obliga a realizar una interpretación de las normas de acuerdo al art. 3.1 del C.c. y revela, además, las insuficiencias del sistema, permitiendo su mejora). 3. En el sistema del Código civil para determinar la paternidad, lo esencial es la procedencia del semen, mientras que para la maternidad lo es el hecho del parto —y ello, independientemente de la posible distinta procedencia del óvulo o del embrión—. 4. La aplicación de las técnicas de fecundación asistida puede preconstituir una prueba directa de todos los implicados y de las voluntades concurrentes —de ahí la trascendencia de un expediente [sin embargo, de acuerdo a la legislación actual, dicha prueba no tendría ni el carácter de título de legitimación ni el de título de determinación legal de la filiación]—. 5. Existe base suficiente para defender —en cuanto al anonimato del donante— que el artículo 39 CE puede ser limitado sólo a la fecundación natural, pero habrán de ser los tribunales quienes decidan al respecto, y 6. Caso de que se recurriera al expediente de la adopción, no habría de descartarse, en base al artículo 29 del Código civil, permitir iniciar el expediente una vez implantado el embrión.

Tras estas consideraciones, el profesor Bercovitz pasó a examinar la cuestión atendiendo a las técnicas utilizadas, la procedencia del esperma —tal y como ha quedado indicado, el ponente consideró que el origen del óvulo y/o del embrión no tiene trascendencia alguna en el sistema español— y la existencia o no de vínculos matrimoniales.

En cuanto a *la IAH de la mujer casada* (al igual que la FIVTE con semen del marido), señaló que cuando inseminación y parto tengan lugar constante matrimonio —así como cuando la inseminación se verifique durante el matrimonio y el parto dentro de los trescientos días siguientes a la disolución o separación legal o de hecho—, la filiación quedará determinada por la inscripción del nacimiento junto con el matrimonio (arts. 115.1 C.c.; 48 LRC; 181 y 183 RRC). Filiación que incluso será más firme que la «normal», puesto que la presunción de paternidad queda respaldada por el historial médico.

Caso de que la inseminación se realice antes del matrimonio y el nacimiento tenga lugar dentro de los 180 días posteriores al matrimonio, la filiación quedará determinada por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres; en tal caso, opinó el doctor Bercovitz, el consentimiento para que se proceda a la inseminación, cualquiera que sea la forma en que haya sido pres-

tado, supone un reconocimiento de su paternidad, por lo que el marido no podría destruir la presunción de paternidad mediante una declaración auténtica en contrario (arts. 117 C.c. y 184 RRC). Si la inseminación ha tenido lugar estando separados los cónyuges y el parto se verifica transcurridos los 300 días siguientes a la separación, el hijo sería matrimonial y puede inscribirse como tal con el consentimiento de ambos cónyuges (art. 118 C.c.); a tal efecto, el ponente estimó que habría de ser suficiente con el consentimiento prestado para la inseminación artificial, preferentemente en escritura pública, pues ello permitiría acudir directamente a la inscripción sin necesidad de expediente gubernativo previo para acreditar la existencia del consentimiento.

Mayores dificultades existen, señaló la ponencia, si el nacimiento tiene lugar 300 días después de la disolución, porque la inseminación ha sido posterior a la misma; en tal caso, el criterio defendido fue el de la aplicación analógica del artículo 118 —que permitiría, como en el caso anterior y en las condiciones ya señaladas, la inscripción como hijo matrimonial—. Lo mismo ocurriría en caso de fecundación *post mortem*, pues el ponente se mostró partidario, caso de que la misma se admitiera, de la virtualidad del artículo 118.

Refiriéndose a la *IAH en caso de parejas no casadas*, se mantuvo que, quedando la filiación —en este caso no matrimonial— determinada a través de la inscripción en el Registro (arts. 120-1.º y 4.º; 47 LRC, y 181, 182, 186 RRC), el consentimiento otorgado para la inseminación que conste en documento público puede servir como reconocimiento —aunque, señaló el ponente, ya que la doctrina exige reconocimiento expreso y con tal finalidad, conviene que así quede reflejado—. Tal reconocimiento sería posible incluso respecto al *concepturus*.

En el supuesto de *IAD de mujer casada*, aun contando con el consentimiento del esposo, la filiación sería extramatrimonial. El doctor Bercovitz analizó la utilidad de la presunción de paternidad para determinar una filiación matrimonial —falsa—, señalando que en una serie de supuestos la presunción es automática (cuando el parto tiene lugar después de los 180 días de la celebración del matrimonio y antes de transcurridos los 300 de la disolución o separación), pues la filiación quedará determinada por la inscripción del nacimiento junto con el de matrimonio de los cónyuges y sólo podrá ser impugnada por las personas y en las condiciones previstas por la Ley —de ellas dio buena cuenta la ponencia—.

Abordó también el ponente la posibilidad de que los cónyuges recurran a la filiación adoptiva, examinando las dificultades que ello plantea y las posibles soluciones. Si el nacimiento tuviera lugar dentro de los 180 primeros días de matrimonio, la presunción de paternidad también existiría, aunque sería más débil, y en tal caso los cónyuges podrán igualmente ampararse en la presunción o recurrir a la adopción.

Cuando la *inseminada con semen de donante sea una mujer no casada*, recordó el profesor Bercovitz que la forma de establecer una relación de filiación —falsa— respecto al compañero sería el de la inscripción en el Registro del nacimiento junto con el reconocimiento de los dos. A continuación examinó los sujetos y las condiciones de la acción de impugnación, señalando que a quien conoció y consintió la inseminación no debería permitírsele —por ser contrario a la buena fe (art. 7 C.c.)— tal impugnación. Analizó también a la luz de la actual regulación de la adopción y del Proyecto de Ley existente las posibilidades de adopción por parte del compañero.

Por último, y respecto al *alquiler de madres*, sentó que, siendo en el actual

sistema madre quien pare, la única forma que tendría de asumir la maternidad la mujer comitente sería la de la adopción —ello con independencia del origen del óvulo y del semen—. En este sentido, realizó un examen exhaustivo de las posibilidades y; especialmente, de los obstáculos que han de sortearse cuando se recurre a esta vía.

La segunda intervención de la jornada estuvo a cargo del profesor doctor don Francisco Rivero Hernández, catedrático de Derecho civil de la Universidad de Barcelona, que disertó sobre *La investigación de la verdad biológica en la filiación derivada de fecundación artificial y su relación con los principios que informan la filiación por naturaleza*.

Constituye introducción y premisa de la ponencia —más propiamente, titulada por su autor: *La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial*— la aseveración según la cual, mientras el sistema de filiación y los conceptos de paternidad y maternidad que conocemos presuponian, en todo caso, la procreación a partir de una relación sexual, la nueva realidad suministra un dato inicial completamente diferente, *la procreación sin necesidad de relación sexual alguna*, y se complica desde el momento en que el hijo *puede no serlo, genéticamente hablando, del varón y/o la mujer que han querido que nazca*. ¿Qué hacer, entonces? ¿Adecuar los viejos esquemas o elaborar una nueva categoría jurídica (y social) completamente nueva? Y, en particular, ¿puede el hijo que así nazca ejercitar las acciones de filiación previstas en el Código civil?

El doctor Rivero estima imprescindible ajustar el último interrogante a través de dos postulaciones: 1.º El Código civil regula las acciones de filiación pensando —al igual que el postulado constitucional de investigación de la paternidad— en los conceptos clásicos/normales de paternidad/maternidad, y la hipótesis en estudio ofrece la concurrencia de dos cosas diferentes (un padre/madre —jurídico y social— y el transmisor de una herencia genética), y 2.º En las técnicas de referencia el elemento más relevante, causa eficiente e infungible, es «la voluntad o decisión de que ese ser naciera» (todos los demás elementos pueden ser sustituidos por otros), de modo que quienes fueron la causa devienen padres. Con ello, la cuestión se ciñe a lo siguiente: ¿Puede ese hijo ejercitar acciones judiciales dirigidas a conocer de quién procede su herencia biológica?

Y, planteada la pregunta en estos términos, el profesor Rivero no dudó en negar a tales acciones la aplicación tanto directa [estamos ante algo diferente] como analógica [padre/madre son quienes decidieron que naciera y no puede haberlos duplicados], de los artículos 127 y concordantes del Código civil, remitiendo a los principios generales del Derecho —convenientemente actualizados con algunos imperativos constitucionales: arts. 10.2 y 53 CE—.

En busca de una *solución posible bajo la normativa vigente*, es opinión del ponente que, aunque no sea la clásica relación de filiación, también el conocimiento de la meramente biológica tiene una enorme importancia para la persona. Puede considerarse un derecho fundamental, no individualizado ni tipificado expresamente, pero que tiene holgada cabida entre los protegidos por el artículo 10.1 de la Constitución.

Por tanto, añadió, el primer derecho del nacido por IAD o FIV es el de saber su origen, y que sus padres jurídicos (uno o los dos) no son propiamente biológicos. Hay, sí, una posible contradicción de este derecho con el interés de los propios padres y con el del donante de gameto, pero resulta bastante clara la superioridad del interés del nuevo ser. Interés que, a juicio del ponente, legiti-

ma no sólo la investigación de los meros datos biogenéticos —con finalidad eminentemente sanitaria—, sino también la de *la propia identidad de la persona del donante*, si bien —insistió, una vez más— éste debe quedar *desvinculado jurídicamente* del ser que nazca de él, a salvo la posible responsabilidad «por ocultación dolosa o culposa de datos sobre sus propia herencia biológica o taras transmisibles».

Contrariamente, ninguna acción compete al donante de cara a establecer la identidad del nacido, por cuanto para nada afecta a la personalidad de aquél ni a su futuro desarrollo físico o psíquico el conocimiento de esta relación biológica.

En sede de *consideraciones «de lege ferenda»*, tras recordar la urgencia de una regulación de nueva planta de toda esta materia que, de un lado, garantice los valores y derechos fundamentales y, de otro, atienda las demandas del estamento médico a la vez que facilita la labor del jurista, el ponente se fijó en la relación de interdependencia que suele establecerse entre derecho del hijo a la investigación e interés del donante en el anonimato (con diversa intensidad, según lo sea de semen, óvulo o embrión).

Varios son los argumentos —recuerda la ponencia— que suelen invocarse en defensa de ese *anonimato como regla básica*: Uno apela, más o menos veladamente, al interés de los padres jurídicos: no conviene que haya ninguna interferencia afectiva de otra persona. Otros aducen el derecho a la intimidad del donante y, en algún caso, también el de la pareja que consiente la IAD. Algunos, en fin, señalan el riesgo de disminución de donaciones de gametos si el donante queda expuesto a que algún día pueda conocerse su identidad.

Mas, de todos ellos, ninguno convence al profesor Rivero, sea porque —como el primero— antepone el interés de los «padres» al del propio hijo [que, si no es derecho fundamental, desde luego es más valioso y está más necesitado de protección], sea porque —en el segundo— no es seguro que lo que así se llama sea propiamente [en ningún momento se propugna que tales hechos sean de conocimiento público] el derecho a la intimidad en el sentido del artículo 18.1 CE y de la Ley de 5 de mayo de 1982 [amén de que ningún derecho es absoluto, y debe ceder ante otro más valioso], sea porque —como ocurre con el riesgo señalado— no es exactamente un argumento, sino un dato y un posible inconveniente, a remediar, si ha lugar, en otro terreno. Es, seguramente, «un razonamiento puramente pragmático que no puede hacer quebrar un principio que pretende amparar derechos reconocidos (o al menos, emparentados) a nivel constitucional y relacionados con la dignidad de la persona y su derecho al libre desarrollo de su personalidad».

La cuarta jornada del Congreso estuvo centrada en la cuestión de *La presencia y especificidad de elementos y categorías comunes a otras materias del Derecho privado*. En ella intervino en primer lugar el profesor doctor don Vicente Luis Montes Penadés, catedrático de Derecho civil de la Universidad de Valencia y jurista convocado por la Comisión Parlamentaria Especial, sobre *el consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana*.

Dentro de la extensa problemática originada por el desarrollo y las nuevas técnicas de reproducción humana, quedó centrada la ponencia en un tema delicado: el valor que se ha de atribuir en cada caso a la voluntad de las personas que intervienen en el proceso reproductor; señalándose que tal voluntad puede tener relevancia en cuatro planos distintos: para la disposición y utilización de gametos; para la utilización, transferencia y manipulación de embriones para la realización de las técnicas de fecundación asistida, y para la constitución de determinadas relaciones jurídicas entre los sujetos que intervienen.

Por lo que se refiere a la *disposición y utilización de gametos*, el ponente fijó el problema en la calificación de los gametos desde el punto de vista jurídico, pues ni son enteramente cosas ni tienen la condición exacta de órgano en el sentido de la Ley de 1979, sobre Donación y Trasplante de Organos. Con todo, se entiende que los principios recogidos en dicha Ley pueden, sin duda, servir para regular el tráfico jurídico de los gametos, que por aplicación de los mismos habrá de ser gratuito, controlado y realizado exclusivamente con fines terapéuticos y reproductores.

En cuanto a la *utilización, transferencia y manipulación de embriones*, la cuestión nuclear (que condiciona la posición sobre aspectos como la licitud de determinadas investigaciones y la posibilidad de recurrir a ciertas técnicas) radica en determinar en qué momento puede hablarse de vida humana protegible. La ponencia estimó que (de acuerdo a los preceptos constitucionales y a los arts. 29 y 30 C.c.) a pesar de que no es persona tampoco es exactamente una cosa en sentido técnico, por lo que no podrá ser tratado como algo susceptible de apropiación y libre circulación, debiendo su vida ser considerada como un bien jurídico sobre el que sólo caben ciertas facultades en orden a su posibilidad de desarrollo.

En relación al *consentimiento para la utilización de estas técnicas*, se distinguió un doble plano: su utilización como terapéutica de la infertilidad o como simple medio de reproducción alternativo. En el primer caso, según el ponente, su ámbito de aplicación debe quedar restringido a los matrimonios y quizás a las parejas estables no casadas, excluyendo a las mujeres solas y, por supuesto, a las parejas homosexuales.

Dicho ámbito se ampliaría si se consideran tales técnicas como medio de reproducción alternativo que pueda ser libremente utilizado por cualquier persona interesada, ya que ello conduce a plantear el problema de su aplicación a mujeres solas. A este respecto, dijo el doctor Montes que, aunque no participaba de la opinión de que la mujer sea titular de un derecho absoluto a ser madre, no encontraba razón para oponerse a que una mujer sola pueda llegar a tener un hijo por aplicación de alguna de las nuevas técnicas —ya que una mujer carente de pareja permanente y estable puede llegar a concebir por medios naturales y nuestro Ordenamiento jurídico protege a las madres independientemente de su estado civil—.

Por lo que hace al *consentimiento para la constitución de determinadas relaciones jurídicas*, se prestó atención prioritaria a la cuestión de la filiación. Al respecto, una de las primeras observaciones fue la de que, aun cuando se pensara —tras la reforma del año 1981— que la verdad biológica es «la clave de bóveda de la filiación», no parece que tal principio sea «ni absoluto ni de imposible limitación». Todo ello, porque la filiación es una relación fundamentalmente jurídica y no «necesariamente una situación derivada de un hecho biológico»; de modo que la utilización de las nuevas técnicas de reproducción humana asistida plantean conflictos [disociación entre el hecho biológico y el genético en la maternidad y diversidad entre paternidad biológica y matrimonio/convivencia con la madre] difícilmente resolubles de forma satisfactoria con la legislación actual.

Inciendo en *el valor del consentimiento y/o aceptación del hijo*, sienta la ponencia que «el mero consentimiento o la aceptación de una situación como las que se presentan derivadas de la inseminación artificial, no impedirían, por sí mismas, la reclamación o la impugnación de la filiación establecida sobre la base de la presunción o del reconocimiento».

En este sentido, el problema suscitado por la IAD sobre mujer casada sólo puede templarse a través de la declaración del marido —una especie de reconocimiento— y de la posesión de estado. El reconocimiento consistiría en una declaración de voluntad —libre, consciente y voluntaria— de aceptar como hijo al fruto de la inseminación, y vendría a limitar las posibilidades de impugnación. Acaso con ello, reflexionó el ponente, sería necesario dar un giro en la concepción de las acciones de filiación como acciones de estado y, por ello, fuera del ámbito de la autonomía privada. También la posesión de estado atemperaría el problema, pues restringe la legitimación en las acciones de impugnación.

El profesor Montes se pronunció a favor de que la generación por IAD con consentimiento del marido se calificara de matrimonial. Si entre la concepción y el nacimiento se ha producido la separación o el divorcio, intervendrían las mismas reglas que en la procreación natural y, especialmente, se habría de permitir la inscripción registral de la filiación como matrimonial con el consentimiento de los cónyuges.

Si la IAD se realiza en el seno de parejas no casadas, la filiación no matrimonial quedaría determinada por reconocimiento, que no tendría un mero valor declarativo, pues implicará la aceptación voluntaria del hijo; y como corolario de todo ello habría de limitarse la posibilidad de impugnación a los supuestos de deficiente formación de la voluntad.

En la *subrogación de útero*, el criterio mantenido fue el de que las cosas pueden seguir como están, por cuanto, de acuerdo a la legislación vigente, madre es la que pare y todo contrato en otro sentido sería contrario al orden público. Quedó, además, planteado como interrogante si la protección del niño no exigiría, cuando falle la de la madre gestante, la búsqueda de la verdad genética.

Todavía resultaron abordadas en la ponencia cuestiones como la implantación de embriones después del fallecimiento del padre o la fecundación *post mortem*, estimándose que, dentro de los plazos previstos y si concurriera el consentimiento del fallecido, deberían considerarse matrimoniales.

Tampoco faltaron referencias al *anonimato del donante*, defendido por el doctor Montes, ello sin perjuicio de que se conserven los datos genéticos en cuanto puedan interesar al mejor desarrollo del nacido, estimándose que ello no vulneraría el artículo 39.2 CE.

Por último, incidió el ponente en varios aspectos en relación con las figuras contractuales instrumentales de las prácticas en cuestión, y finalizó con unas propuestas generales de regulación.

Como segundo ponente de la sesión, el profesor doctor don Jesús Delgado Echevarría, catedrático de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, desarrolló el tema *Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida; en especial, el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde*.

El núcleo de esta ponencia fue el de si y, en su caso, cómo la *voluntad* de los particulares puede fundar relaciones de paternidad-filiación; extremo que tiene una especial relevancia en la fecundación artificial heteróloga —con semen distinto del marido—. Fueron analizados fundamentalmente los posibles contenidos y efectos de los consentimientos del dador de semen y del esposo de la inseminada, pero también se hizo referencia a otros consentimientos cuya consideración puede ser interesante jurídicamente.

Mientras que en las relaciones paterno-filiales que surgen tras el nacimiento

de una criatura concebida por métodos artificiales, lo determinante parece la voluntad de quien quiere tenerle como hijo (unido ello a una negación de la posibilidad de reconocer o reclamar su paternidad al donante del semen), en los casos de concepción natural es el principio de verdad biológica el que impera y, como consecuencia de ello, el de libre investigación de la paternidad (arts. 108-141 C.c.).

Por lo que se refiere al principio de verdad biológica, el ponente realizó un análisis de su verdadero alcance en el Código y concluyó que, de una parte, tal verdad biológica encuentra en muchas ocasiones cortapisas que pueden conducir a que no se traduzca en relación jurídica de filiación dando preferencia a la conveniencia o a la voluntad en contrario del hijo, y que, de otra, el comportamiento voluntario durante cierto tiempo bajo la forma de posesión de estado en las relaciones familiares, impide totalmente a los que mantuvieron el comportamiento y a terceros impugnar la filiación aunque no está basada en la verdad biológica (arts. 137, 140 y 141).

Lo que el Derecho vigente no permite, sin embargo, es que los progenitores biológicos puedan, por su sola voluntad, impedir al hijo que investigue tal paternidad o maternidad, o que quien aparece como hijo impugne la relación de filiación. Con todo, si el principio de verdad biológica está tan fuertemente matizado, se cuestionó el profesor Delgado si los propósitos que se persiguen con la inseminación artificial no pueden alcanzarse con las normas comunes previstas en el Código civil.

Entrando ya a analizar los distintos consentimientos, comenzó con el del dador de semen y entre las varias situaciones que el mismo puede presentar (dación anónima, extracción al marido para inseminar a su mujer, a un varón para inseminar a la mujer con la que convive, dación para inseminar a una madre portadora que entregue después la criatura al dador y a su cónyuge) dedicó especial atención al primero de los casos señalados, el de la *donación anónima*. En su opinión, la misma puede ser condicionada y no necesariamente gratuita.

En cuanto al punto más conflictivo, el de la exclusión por parte del dador de la paternidad, señaló que es jurídicamente irrelevante, pues las acciones de filiación son irrenunciables (aunque otra cosa es que en la práctica el problema se resuelva dejando al dador fuera de la relación de filiación por el juego conjunto del anonimato y de las reglas comunes sobre determinación de la filiación). Consideró, además, que una cosa es impedir al donante reconocer a sus descendientes genéticos (los argumentos para ello aportados por la doctrina también fueron contrastados) y otra impedir al hijo, máxime si no tiene otro padre, la investigación; veto que, a su juicio, sería inconstitucional.

Tras examinar la problemática planteada por los consentimientos, ya señalados, en los otros casos de dadores de semen y también del de la mujer inseminada artificialmente, dedicó nuevamente especial atención a otro aspecto, también conflictivo, en relación con la inseminación heteróloga: el consentimiento del marido para asumir la paternidad del hijo de su mujer, concebido mediante semen de tercero.

Para lograr el objetivo perseguido —tener como hijo a quien biológicamente no lo es— mantuvo el profesor Delgado que no es necesaria una regulación especial; pues con la legislación vigente el propósito de los cónyuges puede conseguirse de forma inatacable si mantienen un comportamiento coherente durante cierto tiempo. Con el juego conjunto de los artículos 115 y 116 del Código civil, la filiación quedará determinada como matrimonial.

Tal filiación podría, de acuerdo a la legalidad vigente, ser impugnada por el

padre durante el plazo de un año desde la inscripción, si bien dicha legitimación debiera serle negada en virtud de la doctrina de los propios actos cuando consintió con anterioridad; por la madre también durante un año, aunque le sería oponible la mala fe y el abuso de Derecho y sería, además, muy improbable que concurriera ese interés del hijo que exige el artículo 137 para que prospere la acción; por los herederos del marido, si éste no ha renunciado inequívocamente a la acción o no ha prohibido su ejercicio, y por el hijo, al amparo del propio artículo 137.

En cuanto a la forma en la que han de operar los consentimientos de la mujer y de su cónyuge [que básicamente son dos, o bien inscribir el nacimiento sin ninguna referencia a la peculiaridad biológica de la filiación —con lo cual se aplicarían las aludidas reglas del Código sobre impugnación y habría que aportar pruebas del consentimiento para oponerse a la acción impugnatoria por parte del marido—, o bien hacer constar tal peculiaridad y los consentimientos en el momento de la inscripción, lo cual impediría el secreto total] la opinión mantenida en la disertación, que es la de que, caso de que se dé una especial relevancia a los consentimientos de la madre y del esposo, que posteriormente les impida ejercitar acciones de impugnación, tales declaraciones han de tener de algún modo acceso al Registro Civil, habiendo de pensarse en la necesidad y alcance de una autorización judicial previa.

Aludiendo, por último, a la donación de gametos femeninos, se señaló que la determinación de la filiación no depende para nada del consentimiento de la dadora ni de la mujer que lo recibe. La maternidad queda determinada por el hecho del parto.

La tercera y última ponencia de esta sección fue encomendada al profesor doctor don Luis Humberto Clavería Gosálbez, catedrático de Derecho civil de la Universidad de Sevilla, en torno a *las categorías negociales y su adaptación en función de la reproducción humana*.

Entre las obligadas referencias previas, subrayó el ponente cómo el Derecho de filiación está preferentemente asentado en un sistema de presunciones de paternidad y maternidad, no contemplando más posibilidad en relación a la determinación de efectos que el reconocimiento de un hijo (acto, por lo demás, rígido, puro, formal e irrevocable; ajeno, en definitiva, al modelo negocial común). Así sucedía cuando el Derecho regulador de aquélla se hallaba informado por principios patriarcales, desigualitarios y represivos; pero sigue sucediendo una vez que dichos principios —1981— tienden a la igualdad, al desarrollo de la personalidad y a la búsqueda tenaz de la verdad biológica.

Si, además —continuó—, la normativa vigente no fue pensada ni concebida para las hipótesis que ahora se nos plantean —sino para otras «más comunes, cualitativamente diferentes y por ello diferenciables ante los ojos de un jurista»—, quiere decirse que *existe una laguna legal* y debe acudir a las fuentes supletorias; costumbre y principios generales.

Ahora bien, si de exponer principios se trata, de un lado, se comprende que en la exposición queden imbricadas las soluciones *de iure condito* y las propuestas *de iure condendo*, y, de otro, parece actitud metodológica correcta desbrozar primero la casuística que va a sujetarse a tales principios.

En este sentido, la ponencia distingue *tres grupos de casos*: inseminación artificial, fecundación *in vitro* y depósito de células germinales (semén, óvulos) y de embriones. Para el primer grupo, y centrado en la IAD, el consentimiento

del marido o compañero determinaría tanto la licitud de la intervención como la inimpugnabilidad de su paternidad, y resulta incomprensible por qué se tiende a prohibir que la mujer sea inseminada con esperma de cónyuge fallecido o de otra persona muerta cualquiera: no habiendo efectos sucesorios, concluyó, no surgen otros especiales problemas. En cuanto al segundo, se duda de que haya de admitirse la posibilidad que ofrece de escindir el hecho biológico de la maternidad en dos fases: la genética y la de gestación [en tales supuestos madre sería la pactada, prevaleciendo en caso de conflicto por ausencia o no aplicabilidad del pacto, la de gestación]. Respecto del tercero, puso en cuestión la admisibilidad del depósito de pre-embriones, condicionando el de células germinales a la gratuidad y descartando, en todo caso, el de embriones [a partir del decimocuarto día].

En otro orden de cosas, adelantó la obsección según la cual «el juego de la autonomía de la voluntad no puede ser bloqueado *ab initio* aduciendo que se trata de materia sustraída a dicho juego», desde el momento en que el propio Ordenamiento, en alguna medida, atiende a aquélla en la reglamentación de la adopción y figuras afines, las innovaciones sustanciales de la ciencia experimental pueden hacer que pierda sentido el carácter imperativo de ciertas normas y el hecho de que nos halláramos ante realidades *extra commercium* no elimina, sino que restringue y condiciona, el ejercicio de la autonomía negocial.

«El problema, pues —en opinión del ponente—, consiste exactamente en la determinación del contenido y del alcance de los principios que, en una deseable regulación de esta problemática, deberían limitar y modular el juego de la autonomía de la voluntad, que es, en sí misma, el primer principio». Además, pueden tenerse en cuenta otros tres. Desde luego, el de *gratuidad* como requisito de validez que pudiera inducirse de la vigente normativa atinente a los denominados «derechos de la personalidad» [trasplantes de órganos y transfusiones], y, con menos seguridad —en la medida en que pueda representar sujeción del Ordenamiento a criterios extraídos de morales religiosas concretas—, el de finalidad terapéutica o científica [problema diverso es el de si deben sufragarse con fondos públicos intervenciones de esta índole] y el de existencia de matrimonio o pareja heterosexual estable [pues no ha de identificarse necesariamente la falta de varón en el grupo familiar con la desprotección de los hijos, que acaso pudiera prevenirse mediante el requisito de un cierto control judicial].

Al igual que se dijo al principio, que las reglas sobre filiación no se corresponden con los nuevos supuestos, tampoco las reglas sobre donación, depósito, alquiler o legado pueden trasladarse a los negocios jurídicos —que lo son— que tienen por objeto gametos o embriones. Dicho de otro modo, no estamos ante esos negocios típicos, cuyos nombres se utilizan sólo metafóricamente, sino probablemente ante unos peculiares contratos dotados ya de «tipicidad social» y en vías de alcanzar la «jurídica».

Lo que respecto de tales negocios cabe puntualizar es una serie de trazos generales: perfección sólo por el consentimiento —sin necesidad de entrega alguna—, forma escrita *ad substantiam* que incorpore un contenido mínimo, plena capacidad de obrar de los sujetos y, en algunos supuestos, exigencia de aprobación judicial. En cuanto a su eficacia, el profesor Clavería duda de que los derechos y obligaciones derivados configuren aquí verdaderamente derechos subjetivos y, para el capítulo de ineficacia, enumera, asimismo, otras peculiaridades: revocabilidad tempestiva y responsable, posibilidad de repetir —caso de nulidad y si aún no se utilizó— lo entregado y responsabilidad civil, sea contractual o aquiliana.

En conclusión, y como respuesta a la pregunta implícita en el título de la ponencia, respondió el catedrático sevillano: «Sencillamente que dicha adaptabilidad, a mi juicio, no existe: se trata hoy de negocios atípicos que deben ser tipificados y enmarcados en el Derecho de filiación, dentro del Derecho de familia. Parece imprescindible una Ley específica dedicada al tema, dentro o fuera del Código civil: esa nueva Ley no deberá considerar la materia en cuestión desconectada de la del reconocimiento de hijos y de la de la adopción y figuras afines, pues todas ellas requieren una visión de conjunto por parte del legislador.»

En la sesión de clausura, correspondió la primera disertación al profesor doctor don A. Fernando Pantaleón Prieto, catedrático de Derecho civil en la Universidad de Cantabria, y versó sobre *La responsabilidad civil de los sujetos o instituciones intervinientes en un proceso de fecundación asistida*.

En sede de consideraciones previas o generales, recuerda el profesor de la Universidad cántabra los diversos factores que coadyuvan a que «la industria de la esterilidad» se esté convirtiendo en un magnífico negocio, que tiene la fortuna de contar con extensa publicidad gratuita, y que recluta un cada vez mayor número de médicos especialistas y la perentoria —ante la «amenaza» de la Proposición de Ley del Grupo Socialista— necesidad de reflexionar seria y detenidamente sobre los problemas jurídicos de las Técnicas de Reproducción Asistida. Una Proposición de Ley, presentada en el mes de mayo y que, a juicio del ponente, es «absolutamente rechazable», ya que, por un lado, algunos de los principios básicos que la inspiran *contradicen frontalmente normas constituciones* y, por otro, es *groseramente defectuosa* desde la perspectiva de técnica jurídica y legislativa —da la impresión de haber sido redactada por un médico, cosa tan absurda como que un jurista congelara pre-embriones o realizara fecundaciones *in vitro*—.

Con lo dicho ya puede intuirse que no son sólo —aunque sí principalmente— problemas de responsabilidad civil los que la ponencia trata. Antes de centrarse en ellos, hizo también una serie de «advertencias preliminares» que resultan del máximo interés.

Así, que aun en el supuesto —que se toma como premisa— de que la técnica se actúe sobre mujer con problemas de esterilidad, convenientemente informada y que ha prestado su consentimiento, el médico, sobre el que recae un deber de información extraordinariamente exigente, responderá civilmente tanto por los daños a la salud de la «paciente» como de otros más específicos (crisis matrimonial y daño moral del marido que no puede soportar psicológicamente la presencia de una criatura que le recuerda continuamente su esterilidad), si bien de éstos podrá exonerarse probando que hubieran consentido igualmente contando con la información completa. Que, en las donaciones de gametos, todo pacto de retribución habrá de considerarse nulo (por contrario al orden público y las buenas costumbres), pero ha de permitirse la revocación eficaz en cualquier momento previo a su utilización efectiva (la proyectada prohibición sería «una solemne barbaridad» e inconstitucional), sin perjuicio de que la revocación caprichosa —como la ruptura de esponsales— origine el deber de resarcimiento de los gastos ocasionados. Que, a la luz de los principios constitucionales, aunque el legislador seguramente pudiera prohibir todo, salvo la inseminación/fecundación *homólogas* a las parejas *casadas*, sería aconsejable que prohibiera muy poco, únicamente aquello que «no tiene más remedio que prohibir a fin de salvaguardar la dignidad como persona y los derechos fundamentales del futuro ser»: a) La fecundación

artificial *post mortem*, y b) cualquier procedimiento que tienda a garantizar, frente al futuro ser, el anonimato de su padre y/o madre genéticos.

Inciendo ya en los supuestos concretos de responsabilidad, señaló el profesor Pantaleón que aquellos en los que con mayor claridad se plantea la responsabilidad civil de los intervinientes en un proceso de reproducción asistida son los de *nacimientos con taras físicas o psíquicas*. En tal caso, traigan causa, las taras, de defectos del material genético o de los procesos de conservación/transferencia, la persona a quien resulte imputable el fallo —para simplificar, se hablará del médico— será responsable frente a los padres por los daños patrimoniales y morales que les causa el hijo tarado y frente al propio hijo —en lo no cubierto por la indemnización a los padres, por lo que a daños patrimoniales se refiere—, así como por los daños morales que para él se derivan de las taras con que nació [sin que sea obstáculo a las pretensiones de éste argumentos de tipo meramente conceptual, como que al realizar aquél la conducta negligente, éste aún no existía o que precisamente debe su existencia a la misma; ni las eventuales cláusulas de exoneración pactadas entre los usuarios y el médico]. Padres e hijo, en fin, podrán igualmente exigir responsabilidad por daños al dador de gametos que, conociendo o pudiendo razonablemente sospechar que podía transmitir al futuro ser una enfermedad infecciosa, genética o hereditaria, hubiese ocultado tal información.

Por lo que —concluye, en este particular— «una futura Ley que garantizase el anonimato del donante de gametos al punto de imposibilitar el ejercicio de la pretensión indemnizatoria del nacido tarado... sería frontalmente contraria a lo dispuesto en el artículo 24.1 (derecho a la tutela judicial efectiva), en relación con el artículo 15.1 (derecho a la integridad física y moral) de la Constitución. Igualmente responderá, en lugar del donante, el médico que, por incumplir sus deberes de documentación e información al respecto impida de hecho el ejercicio de dicha pretensión».

En opinión del doctor Pantaleón, el que las cosas hayan salido bien —en el sentido de que el nacido carece de taras— no significa que sea impertinente hablar de responsabilidad civil; bien es cierto que los pronunciamientos han de hacerse a partir de la licitud/ilicitud de cada una de las técnicas y en atención a las cuestiones de filiación del nuevo ser:

1. *IAH en parejas casadas*.— No hay duda sobre la licitud ni sobre la filiación, si media consentimiento eficaz. Pero si falta el del marido [vgr., utilización de su esperma crioconservado], aunque no pueda impugnar su paternidad, podrá exigir al médico responsabilidad por los daños y perjuicios patrimoniales y morales que deba estimarse le reporta el nacimiento de un hijo no deseado (sin que le fuera oponible un hipotético pacto de exoneración concluido por aquél con su esposa).

Y, aunque todo lo anterior es trasladable a la fecundación *in vitro* homóloga; consideró además el ponente que, en el período que va de la fecundación a la transferencia del embrión, es irrelevante ya la revocación del consentimiento del marido y determinante la negativa de la esposa.

2. *IAH en parejas no casadas*.— Tampoco aquí, en principio, surgen problemas de ilicitud, puesto que el nuevo ser no es titular de un derecho fundamental a nacer en el seno de una familia fundada en el matrimonio, que deba prevalecer sobre el principio de libre desarrollo de la personalidad de los miembros de la pareja usuaria de las técnicas de inseminación (o fecundación *in vitro*); pero,

en cuanto a la filiación y en ausencia de una presunción de paternidad del conviviente *more uxorio*, en la normativa actual, la paternidad de éste habrá de quedar determinada por vía voluntaria o judicial; y, para la legislación futura, debería exigirse que el consentimiento a la utilización de su semen constara en documento público y dar «a dicho documento valor de un reconocimiento de paternidad». En cuanto a las posibles pretensiones resarcitorias, puede, sin embargo, aplicarse todo lo dicho para los supuestos de matrimonio.

3. *IAH de la viuda*.— Considera el profesor Pantaleón que tal hipótesis resulta ilícita —aunque constara el consentimiento del difunto—, en base principalmente a estos dos argumentos: a) En el momento del fallecimiento cesa la posibilidad de revocación del consentimiento, por lo que éste pierde la «actualidad» necesaria para ser eficaz; y b) la inseminación *post mortem* contraría el artículo 39.3 CE, de modo que sería inconstitucional la norma legal que la autorizase [tal se prevé en la Proposición de Ley, tantas veces aludida].

Consiguientemente, quien inseminare a una mujer con esperma de su marido o compañero ya fallecido «será civilmente responsable frente al nacido» por los daños patrimoniales y morales que a éste le reporte el haber venido al mundo sin padre [el médico no tiene, desde luego, el deber de *impedir* que un niño nazca sin padre; pero, sí tiene el de *no provocar o no contribuir activamente a su concepción*] y, solidariamente, la madre que solicitó y/o consintió ser inseminada. Parece incluso viable, en nuestro sistema de responsabilidad, la pretensión resarcitoria de quienes se vieren afectados en sus expectativas sucesorias: v. gr., el hijo ya nacido de esa misma pareja.

4. *IAD de mujer casada*.— Supuesto lícito, contando con el consentimiento de todos los implicados, *si se garantiza, en favor del futuro ser, una fácil posibilidad de determinar la identidad del donante de semen, su padre biológico*. Una ley que —siguiendo la Proposición del Grupo Socialista— instituyera el anonimato del donante sería radicalmente inconstitucional (arts. 39.2, 10.1 y 15, frontalmente y con la mediación de los arts. 14 y 24.1 CE); y el médico que contribuyera al mantenimiento del anonimato, responderá civilmente frente al nacido, cuando menos, por el daño moral que le reporte la imposibilidad de conocer su origen genético; en su caso, por los daños patrimoniales derivados de la imposibilidad de reclamar la paternidad del donante de semen, o de ejercitar contra éste la oportuna pretensión indemnizatoria por las taras con las que aquél nació.

Contrariamente, la mujer casada con hombre estéril no tiene un supuesto derecho a ser inseminada con semen de donante y la práctica resultaría ilícita si se lleva a cabo sin el consentimiento de su marido. Este podrá impugnar la paternidad que —biológicamente— no le corresponde y, si impugna, reclamar indemnización por daño moral al médico, al donante, en su caso, y probablemente a su propia mujer. Impugnación que, dado el vacío legal al respecto, cuenta con buenos argumentos tanto en favor como en contra de su viabilidad, *aunque hubiera consentido la inseminación* con donante; de ahí que la futura Ley deba privar de acción al marido que consintió la inseminación/fecundación (excepto, acaso, cuando tal consentimiento lo hubiera prestado en el marco de un contrato de maternidad subrogada).

En los casos en que se admita y prospere la impugnación de la paternidad del marido, a juicio del ponente, «parece indudable que la paternidad del donante de semen/padre biológico podrá quedar legalmente determinada, con todas las consecuencias personales y patrimoniales que ello conlleva». Así es ahora y así

debe seguir siendo el tenor de la futura Ley —si no quiere rayar la inconstitucionalidad—. Negar que el donante de semen pueda ser considerado padre a efectos legales por el simple hecho de que no copuló con la madre, carece del más mínimo sentido; dar relevancia al hecho de que «no quería serlo», supone defender una injustificada discriminación entre estos niños y los concebidos de forma natural, y entre sus respectivos padres biológicos. Cuestiones distintas —pero también desgranadas en la ponencia— son tanto las relativas a las ulteriores reclamaciones del donante a quien se acaba imponiendo la paternidad (contra el banco, el médido o la misma madre) como las interpretaciones en torno a la legitimación sea para impugnar la paternidad del marido de la madre sea para reclamar la del donante.

5. *IAD de compañera more uxorio*.—Ausente el consentimiento del compañero, la conducta no deviene ilícita por cuanto faltan entre ellos propiamente «deberes conyugales»; y, aunque hubiere consentido la intervención, tampoco por ello, si no quiere, será considerado legalmente padre, si bien dicho consentimiento «ha de estimarse bastante para imponer a aquél las responsabilidades financieras propias de un padre». *De lege ferenda*, debería considerarse el consentimiento del compañero, *en documento público*, como un supuesto más de determinación legal de la paternidad y privar de acción para impugnarla a toda persona que no sea el propio hijo nacido de la inseminación (al que subsiguientemente habría que seguirle manteniendo la legitimación para reclamar la paternidad del donante de semen).

6. *IAD de mujer sola*.—Supuesto lícito, si se cuenta con el consentimiento del donante y se garantiza, en favor del futuro ser, una fácil posibilidad de conocer la identidad de aquél, cuya paternidad podrá quedar legalmente determinada por cualquiera de los medios previstos para la filiación extramatrimonial [sin perjuicio, desde luego, de las responsabilidades que, por su parte, pueda exigir al médico y a la madre cómplice].

7. *FIV o FIVTE con donante*.—Cuando se trata de fecundación *in vitro* con donación de semen, los problemas que se plantean son muy similares a los suscitados por la IAD. En cambio, la fecundación *in vitro* con donación de óvulos —técnica que al ponente le parece lícita, supuestos todos los consentimientos— surgen los difíciles problemas de atribución de la maternidad, sea a la *madre genética* sea a la *madre gestante*. En este particular, en vez de aceptar la solución más extendida de atribuir única y definitivamente la maternidad legal a la gestante, el profesor Pantaleón propone hacerla sólo beneficiaria de una presunción legal, y conservar, a su favor, la posibilidad de impugnar su maternidad siquiera en los casos de maternidad subrogada. También, por supuesto, conservar la legitimación del hijo, en todo caso y momento, tanto para impugnar esa maternidad presumida como para reclamar la de la donante del óvulo [con las mismas posibilidades de pretensión resarcitoria contra quien hubiere obstaculizado la viabilidad de esta acción].

La siguiente intervención fue desarrollada por el profesor doctor don Francisco Lledó Yagüe, catedrático de Derecho civil de la Universidad de Deusto y jurista convocado por la Comisión Parlamentaria Especial, a propósito de *el alquiler de úteros y el problema de las madres sustitutas o por encargo*.

La ponencia se inició con una serie de «planteamientos preliminares» que no, por generales, dejan de constituir premisa para los pronunciamientos específicos ulteriores. Así, bajo el rótulo *Bioética y Derecho* se refiere a la disociación de

los elementos generativo y unitivo de la procreación, a la real implantación de las técnicas en nuestro país —más de 2.000 niños nacidos ya con la cooperación [aparte médica] de tercero donante—, a la posibilidad de que, no obstante, existan otras necesidades de política social sanitaria más preeminentes —supuesto que a las analizadas se asigne, como así se hace, un marcado carácter terapéutico— y, asimismo, criticó la corriente «utilitarista» que concibe a los preembriones como «algo» y no como «alguien», por cuanto entiende que debe constituir un *prius* de toda fecundación inducida la vieja máxima *infans conceptus pro nato habetur*.

Como *principios axiomáticos o inspiradores* se refirió a los constitucionales, siendo medular el de protección a la vida humana, existente y merecedora de respeto y tuición —según el ponente— «desde la fusión de los gametos». En cuanto a los «destinatarios efectivos», restringió la utilización de estas técnicas a la *pareja casada*, descartando expresamente a la mujer u hombres solos —en aras fundamentalmente al interés del propio hijo— y observó que «no dispone el derecho de parámetros para juzgar con criterios legales la estabilidad de las uniones de hecho».

Desde un *punto de vista filosófico*, se declaró más próximo a la tesis cultural-progresista [que autoriza a incidir en el curso de la naturaleza] que a la iusnaturalista del Documento Vaticano, siempre que aquélla se limite y fundamente por relación a los referidos derechos fundamentales. Y, en fin, en cuanto a *disociación de los papeles de progenitor y padre*, concluyó que «se debe desnaturalizar la importancia de ser progenitor» y potenciar la verdad afectiva, vía posesión de estado; si bien en el supuesto de disyunción de los elementos genéticos y biológicos de la maternidad, entiende que deben primar éstos, por lo que «no hay más madre que la que ha parido, para hablar con propiedad...».

Por lo que respecta a la *maternidad subrogada*, el catedrático de Deusto describió el *supuesto de hecho* de la gestación por encargo como aquel en que «la mujer miembro de la pareja comitente no puede llevar a cabo el embarazo, de suerte que aquéllos convienen con una tercera persona un contrato de gestación en útero ajeno, para que se implante el embrión en la matriz de ésta y lo desarrolle hasta su nacimiento». Seguidamente, abordó por separado la calificación del contrato correspondiente, los grupos de casos imaginables y la atribución jurídica de la maternidad y/o paternidad.

En sede de *calificación*, parte del presupuesto según el cual el ordenamiento no puede aceptar la licitud y legitimidad de la maternidad subrogada «porque repugna a los principios de orden público familiares aplicables a las concretas relaciones personales, ya que el objeto de este contrato de incubación en útero ajeno es la persona misma» [«desde una perspectiva ético-moral, explicó luego, existe una disyunción o distorsión despersonalizante en el significado de la maternidad, en el que el derecho al hijo se antepone a cualquier otro valor prioritario, por ejemplo, el de aquél a no ser tratado como un medio que satisfaga el deseo frustrado de una insatisfecha maternidad y que nacerá sumido en una fuente de innumerables conflictos interpersonales y que sufrirá... un marcado proceso psicopatológico de inconcreción en su identidad»].

Mas, afirmada la nulidad del contrato por ilicitud de su objeto y descartado que pueda asimilarse a una *venta de cosa futura*, se planteó la alternativa de encasillarlo en el *arrendamiento de obra* o en el de *servicios*. Se inclinó por este último, habida cuenta de que la mujer gestante se obliga a desplegar una activi-

dad, y rechazó aquél, en consideración a que en el supuesto de maternidad subrogada «la mujer gestante no tiene pericia o profesionalidad técnica y sucede, por tanto, que en el arrendamiento de obra se trata de una actividad en la que el sujeto que la encarga no tiene pericia o competencia y por eso se le encarga a otro que por el contrario es poseedor de ella».

Como es obvio, también después de esta calificación el hipotético contrato debe considerarse nulo desde el momento en que los servicios comprometidos se reputan contrarios a las leyes, la moral o las buenas costumbres, lo que reviste de ilicitud tanto al objeto como a la causa. Todo ello sin contar con que, en el supuesto enjuiciado, «se rompen los principios que rigen como axiomas generales en la reproducción humana asistida como, por ejemplo, la regla de la ruptura del anonimato, ya que, por el contrario, en la gestión sustitutiva tanto la pareja comitente como la gestante se conocen recíprocamente».

Así pues, el contrato no origina obligación para las partes, sino los efectos indirectos o reflejos de la nulidad (arts. 1.305 y 1.306 C.c.); en particular, «que no se concedería acción para exigir su cumplimiento, y que en el caso de cumplir por el deudor dicha obligación no podría reclamar después la devolución de lo que pagó. Como fácilmente puede colegirse son las reglas por las que se rigen las obligaciones morales».

En segundo término y atendiendo a la titularidad y/o proveniencia del gameto fecundante, agrupó las variedades *posibles* en tres bloques: 1) Titulares de las células germinales son los mismos miembros de la pareja comitente, resultando ser el nacido consanguíneo de ésta. 2) Sólo uno de los miembros de la pareja comitente aporta su semilla reproductora y, por tanto, se recurre bien a la donación de semen bien a la donación de óvulos —pudiendo ser, a su vez, el donante conocido [uno de los miembros de la pareja gestante] o perfectamente anónimo—. 3) Ninguno de los miembros de la pareja comitente aporta material genético, sino que se obtiene un embrión donado.

Característica común a todos los supuestos es, para el ponente, «el trato deshumanizado e impersonal de los conceptos de paternidad, maternidad, de procreación, etc.; quedando, pues, instrumentalizado el hijo como un simple objeto o mercancía, fecundado con *animus lucrandi*; degradándose la institución familiar hasta sus más hondas raíces».

Por lo que respecta, en fin, a *la atribución de la paternidad y/o maternidad*, se perfilan asimismo tres posibilidades: Primera, suponer la licitud del contrato y realizar la atribución directamente siguiendo sus estipulaciones o con la complementariedad del negocio adoptional. Segunda, por la que se decide el profesor Lledó: «Atribuir la maternidad (jurídicamente hablando) a la madre gestante y la paternidad a su esposo y/o convivente», independientemente de la titularidad genética de los gametos fecundantes. Tercera, atribuir la, «en la línea del más puro reduccionismo genésico», a quien demostrase ser el titular de la célula germinal. Advirtió, no obstante, que la paternidad por la que se pronuncia queda restringida al caso de que el esposo/compañero de la gestante hubiese prestado su consentimiento y que, si no, «es lógico que no se le desencadene presunción de paternidad alguna en su contra (art. 116 C.c.). Resultará entonces que en el Registro sólo constaría la inscripción de la filiación materna no matrimonial de hijo de casada sin que se consignase en principio filiación paterna alguna».

Y concluyó este capítulo de la ponencia subrayando la necesidad de que el hijo sea «amparado en una situación familiar estable» —interés que sirve perfec-

tamente la opción elegida y que, en cambio, contraría la posibilidad de acciones extemporáneas—, lo cual no obsta a que la pareja gestante, «valoradas las circunstancias del caso concreto y si se ha dado causa para ello (art. 170 C.c.) pudiera resultar privada de la patria potestad» y, prescindiéndose de su asentimiento, adoptar al hijo «por parte de la pareja estéril que acudió a la contratación de los servicios de la gestante».

Bajo el epígrafe «jurisprudencia reciente», el ponente refirió y valoró con especial detenimiento la sentencia de 11 de marzo de 1987 de un Juzgado de Familia de Londres, respecto de la que subraya que propiamente no juzgó un supuesto de gestación por encargo, «ya que la concepción se produjo por cohabitación natural» y que el objeto de la *litis* se limitó a la posibilidad de adoptar por parte de la pareja «comitente», y, con idéntica minuciosidad, acaba examinando la historia procesal del conocido caso «Baby M.» (sentencia de 31 de marzo de 1987 de un Tribunal de Instancia de Nueva Jersey).

Cerró el capítulo de ponencias del Congreso el profesor doctor don Eduardo Serrano Alonso, catedrático de Derecho civil en la Universidad de Oviedo y Magistrado, con la titulada *El depósito de esperma o de embriones congelados y los problemas de la fecundación post mortem*.

Antes de entrar en las cuestiones concretas, como es lógico —y ocurrió en la mayoría de los casos—, el ponente sienta y manifiesta su propio posicionamiento frente a las Técnicas de Reproducción Asistida en general. A este respecto, el profesor Serrano, por contraste con la «Instrucción Ratzinger» —desesperanzadora para las parejas con problemas de infertilidad y excesivamente pesimista y apocalíptica en su visión del investigador—, entendió que el problema no es tanto el de la prohibición cuanto el de establecer los límites dentro de los cuales puedan ser utilizadas, y, por relación a nuestros materiales prelegislativos, aun partiendo de reconocer la «gran sensibilidad» que han mostrado las Cortes Generales, no dejó de manifestar que las concretas Proposiciones de Ley presentadas por el Grupo Socialista en su redacción y contenido actual parecen «insatisfactorias y sensiblemente inferiores a las Recomendaciones de la Comisión especial, muchas de las cuales no han sido ni siquiera recogidas y otras lo han sido en forma contraria a la propuesta por los expertos».

Ya en particular y refiriéndose a *depósitos de esperma o de embriones congelados*, aseveró que el almacenamiento y debida conservación de material genético constituye, sin duda, uno de los presupuestos necesarios para un correcto uso de las técnicas de referencia. Precísanse, por tanto, bancos o centros *ad hoc* que —aparte su faceta organizativa: cuestión de política sanitaria— han de tener resueltos legislativamente los principables problemas jurídico-privados que surjan de su relación con los usuarios.

Concretamente, en cuanto a las *condiciones personales del dador o donante*, se acepta la proyectada exigencia de edad que oscile entre los dieciocho/treinta y cinco años, con flexibilidad para el límite máximo —valorable por el centro receptor—, pero no en el mínimo —excluyendo de esta actuación al menor emancipado— y la de comprobación de su estado físico y psíquico, pero se discrepa tanto del requisito (para la validez) de consentimiento del cónyuge/compañero como de la limitación del número de nacimientos de un mismo donante de gametos. Por lo que hace al *contrato de donación con el centro*, el profesor Serrano acepta la expresión —aunque la insusceptibilidad de valoración económica del objeto le aleje del artículo 618 del Código civil y le conduzca a la atipicidad—

por cuanto sigue siendo «sumamente expresiva de la esencia de dicho acto» (gratuidad) y considera «excesivamente lacónica» la previsión legislativa (que se ciñe a la exigencia de la forma escrita).

Consideración especial dedicó la ponencia que nos ocupa a dos grupos de problemas —el principio de anonimato y las facultades que se reserva el donante—, sobre los que todavía no parece alcanzado un parecer mayoritario, y a otro —la relación de la usuaria de las técnicas con el banco y/o centro—, hasta ahora escasamente tratado.

Hizo notar el profesor Serrano cómo, tanto los partidarios del anonimato del dador y del receptor como quienes defienden la necesidad de conocerlos, utilizan similares argumentos e inciden especialmente en el principio constitucional (art. 39.2 CE) de protección de la familia. Seguidamente recordó que mientras el informe de la Comisión Especial se mostró claramente favorable a la tesis del anonimato, los autores de la Proposición de Ley, pese a la «obsesiva reiteración de la regla», no deben estar muy convencidos de su oportunidad y adoptan una posición ecléctica que se traduce en una duplicidad de criterios normativos, al final, contradictorios. Para el ponente, el principio de anonimato debería desaparecer, por eso y por otras razones: quedaría sin sanción clara su vulneración, lo exige la naturaleza misma de estas técnicas de reproducción y acabaría provocando discriminación (que la Constitución proscribiera) en razón al nacimiento.

Con relación a las facultades del dador sobre el objeto de la donación (semen, óvulo o embrión), la ponencia propugnó —frente a nuestros textos prelegislativos— la revocabilidad [atendido el carácter voluntario y gratuito del acto], así como la posibilidad de condicionar la donación al hecho de que beneficiaria final sea determinada persona o pareja y al de que la utilización efectiva del material donado tenga lugar dentro de un plazo especificado (siendo destruido una vez que transcurra).

El contrato, en fin, que une a la usuaria de las técnicas con el banco y/o centro es considerado en la ponencia como «arrendamiento de servicios» y, respecto de él, se abordan los consiguientes problemas de consentimiento y de responsabilidad. En particular, contra la opinión predominante y las previsiones legislativas, el ponente sostuvo que la mujer (casada convivente) no necesita el consentimiento de su compañero para someterse a esas técnicas —para la validez del contrato es suficiente el consentimiento de la mujer—, aunque sea operante en relación con los efectos de la filiación del nacido de ellas. Y puesto que el banco y/o centro compromete una actividad diligente, pero no un resultado determinado, la responsabilidad que pueda surgir frente a la usuaria habrá de fundamentarse en una «negligencia profesional» graduable por los Tribunales.

Para terminar, y en cuanto a la *fecundación post mortem*, entre los varios sentidos en que puede tomarse la expresión «fecundación *post mortem*» —fallecimiento del donante antes de la utilización del material genético por él donado, implantación en mujer viuda de un embrión ajeno a ella y a su difunto esposo, e *inseminación homóloga o implantación en la viuda de un embrión fecundado con semen de su marido fallecido*—, la ponencia consideró como propio sólo este último, criticando, consiguientemente, el artículo 9.1 de la Proposición de Ley que, en su generalidad, permite supuestos llanamente inadmisibles. Así, aparte la equiparación —tal vez excesiva, en este particular— de la convivente a la viuda, cabe la utilización por el varón del óvulo de la mujer fallecida o, por un tercero, del embrión formado a partir de los gametos de la pareja cuando

ambos hubieren muerto (hipótesis que, como es lógico, pasan por la maternidad de alquiler, prohibida en el mismo texto). Además, propugna el profesor Serrano que la norma debería completarse con el establecimiento de un plazo —preferiblemente breve— durante el cual se habilita a la viuda [siempre que conserve este estado] para hacer uso del material genético de su esposo.

Ciertamente, la admisión de esta posibilidad —no obstante las limitaciones propuestas — «altera los presupuestos reguladores de la filiación». Para incardinar convenientemente en el sistema a estos hijos «superpóstumos», el trabajo que referimos aboga, en aras del interés general, por someter a los nacidos como consecuencia de una «fecundación *post mortem*, al mismo trato que los hijos *póstumos*». Lo cual significa que, tras la adaptación oportuna de la presunción de paternidad marital, han de considerarse hijos «matrimoniales» y tener reconocidos «los mismos derechos sucesorios» [negados, injustificadamente, en las propuestas legislativas] que cualquier otro hijo de ese mismo progenitor, sin que sea obstáculo insuperable la nueva situación de pendencia que se origina [resoluble, por lo demás, mediante una reforma del Derecho de sucesiones que aceptase los principios ya vigentes en otras situaciones semejantes: v. gr., en el supuesto de declaración de fallecimiento].

Esa equiparación con los «hijos póstumos» ha de llevarse a sus últimas consecuencias, de modo que —concluyó el ponente— supondría asimismo tanto que sean tomados en cuenta a efectos de revocación de donaciones, por supervenencia de hijos (art. 644 C.c.), como que se les reconozcan iguales derechos en la esfera de las prestaciones públicas de orfandad y de asistencia sanitaria.

JACINTO GIL RODRÍGUEZ
CLARA I. ASÚA GONZÁLEZ
Del Comité Organizador

BIBLIOGRAFIA

Nota crítica

DILIGENCIA, CULPA, INCUMPLIMIENTO Y RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

**A propósito del libro de Francisco Jordano Fraga
«La responsabilidad contractual» (*)**

El estudioso español de Derecho civil que no se ocupa monográficamente del tema de la responsabilidad contractual descansa plácidamente sobre un esquema claro al que reputa —aunque no lo reconozca— inmovible y carente de puntos débiles: el deudor responde de su incumplimiento sólo si la causa de éste fue su culpa o su dolo, presumiéndose *iuris tantum* la culpa y, por ello, pudiendo exonerarse dicho deudor de toda responsabilidad si prueba la ausencia de la culpa mencionada (salvo que haya previamente pactado que también responde sin culpa). Esta monografía de Francisco Jordano Fraga, joven profesor titular de Derecho civil de la Universidad de Sevilla, se pregunta, desde la raíz, si lo dicho es exacto, hasta qué punto y cuándo, así como por qué se ha llegado a tal formulación, suscitando la cuestión de si la responsabilidad contractual surge —en muchos casos— sólo por el incumplimiento, desplazando así la culpa como fundamento de dicha responsabilidad. El tema fue ya abordado por el autor, respecto del Derecho italiano, en su tesis boloñesa, como advierte, en un preciso *Prólogo*, el prestigioso civilista Francesco Galgano, director de dicha tesis doctoral, continuando Jordano Fraga reflexionando sobre esta problemática, ya con relación al Derecho español, en cinco estudios monográficos posteriores, tres publicados en el «ADC», uno en la «RDM» y otro en la «RCDI», como refiere él mismo en una *Nota introductoria*, en la que anuncia muy sintéticamente el contenido y la finalidad del libro. El capítulo I se titula *Consideraciones preliminares para un estudio crítico de las reglas de responsabilidad contractual en el Código civil español* (págs. 25 a 84). En él, Jordano distingue, respecto del problema del fundamento de la responsabilidad por el incumplimiento contractual, las llamadas doctrinas subjetivistas y las objetivistas, consistiendo las primeras en el hecho de condicionar la relevancia del incumplimiento al presupuesto de la culpa, de modo que fundamento de la responsabilidad contractual es siempre la culpa (pág. 40), y las segundas —que sufren una evolución— en el de conectar la responsabilidad contractual al mero hecho del incumplimiento (págs. 41, 42 y 57). A su juicio, que se forma partiendo de abundantes aportaciones doctrinales, el criterio de la culpa como base de la responsabilidad contractual no es originario del Derecho romano clásico (pág. 44), siendo juristas posteriores (posclásicos y justinianeos), movidos por exigencias moralizadoras y sistemáticas (pág. 55), los que sientan las bases de la tesis de la culpa como fundamento de tal responsa-

(*) Civitas, Madrid, 1987.

bilidad, orientación que tiene entrada en el Derecho común (pág. 56) y, al menos, en la letra de los Códigos civiles decimonónicos y posteriores (págs. 63 y ss.); señala, no obstante, la creciente tendencia, ya en este siglo, al «objetivismo», fundamentando éste en necesidades colectivas: parte de que «... lo que subyace en el fondo de la cuestión es algo que está en la base de todo el Derecho privado moderno: la exigencia de tutela del crédito» (pág. 68), para concluir que dicho problema «... no se resuelve en un conflicto personal acreedor-deudor, ni tan siquiera en un conflicto de clases..., sino que es un problema que afecta a la totalidad del tráfico y que está, por ello, en la base del ordenamiento, en sus principios generales» (pág. 68), siendo una exigencia de orden público (pág. 69). Tras advertir que «... en este ámbito y bajo el ropaje de las fórmulas tradicionales se esconden a veces criterios de decisión nuevos» (pág. 70), y resaltar las incoherencias de la tesis subjetivistas (principalmente págs. 79 y 80), centra el problema en el prisma corrector de la carga de la prueba (págs. 74 y ss.), llegando a afirmar que es un hecho históricamente demostrable que «... nunca... la ausencia de culpa ha bastado para exonerar al deudor incumplidor (lo que) ... cuestiona el propio papel de la culpa como fundamento de la responsabilidad contractual» (pág. 81). Termina el capítulo anunciando su plan general para el resto del libro. Se titula el capítulo II *Las reglas generales de la responsabilidad contractual en el sistema del Código civil español*. Tras exponer los antecedentes históricos más significativos del esquema responsabilidad-exoneración comprendido en los artículos 1.101 y 1.105 del Código civil español (Código napoleónico, Código italiano de 1865 y Proyecto de García-Goyena) y comentar brevemente lo que el autor denomina el «primer objetivismo» representado por el artículo 1.218 del Código italiano de 1942, intenta Jordano formular con la mayor precisión posible el esquema del régimen general de nuestro Código civil sobre la relación responsabilidad-exoneración, contenido en los artículos 1.101, 1.105 y 1.182: el deudor —según el autor— responde porque incumple; para eludir tal responsabilidad necesita provocar el hecho exoneratorio, hecho que, simultáneamente, produce la no responsabilidad y la extinción de la obligación; en otros términos, si la imposibilidad (definitiva) no se debe a culpa (ni dolo) del deudor, la obligación se extingue; y, si se extingue, ya no hay que cumplir y, por ello, tampoco hay que responder; si se responde es (siempre) porque se incumple (*vid.* páginas 100 y ss., princ. págs. 104 y 105). (Que esto merezca el nombre de «objetivismo» o que sólo sea un modo parcialmente más preciso de formular el subjetivismo tradicional escamoteando el ingrediente subjetivo del hecho exoneratorio mediante la utilización jurídico-material del factor procesal de la carga de la prueba es tema que abordaré en el comentario posterior, en el que, asimismo, cuestionaré si es didácticamente útil afirmar que no existe incumplimiento si el deudor —no culpable o no responsable de la imposibilidad definitiva— no tiene ni que realizar la prestación debida ni que indemnizar.) Seguidamente intenta coordinar las normas generales de responsabilidad del Código civil con otras normas generales del Derecho de obligaciones, concretamente las de los artículos 1.104 (diligencia) y 7 (buena fe), planteando problemas tan importantes como el de la graduación de la culpa, el sentido de la figura del padre de familia o, sobre todo, el de la concepción amplia de la relación obligatoria, provocada por la innegable vigencia del citado principio de la buena fe, que provoca en el deudor múltiples obligaciones accesorias posibles, ampliándose de este modo el ámbito de la responsabilidad contractual, mereciendo especial mención las alusiones a las llamadas

Schutzpflichten (deberes de protección) que, añadiéndose a las *Leistungspflichten* (deberes de prestación), configuran la posición pasiva de la relación obligacional de manera diversa de la que se adopta en una primera observación (*vid.* páginas 139 a 145), lo que nos aporta datos útiles a la hora de enjuiciar el problema que la monografía aborda: no se olvide además que, en sentido inverso, «... la buena fe se convierte en un instrumento de moderación del (eventual) rigor de la responsabilidad contractual» (pág. 141, también en la 146). Pasa luego el autor a tratar el límite de la responsabilidad del deudor que denomina «imposibilidad liberatoria» (págs. 150 y ss.), distinguiendo diversos tipos o grados de imposibilidad (necesariamente sobrevenida) (pág. 151), relacionando a ésta con la diligencia y aludiendo a la distinción entre obligaciones de resultado y de medios, advirtiendo que en estas últimas la diligencia misma constituye el cumplimiento (pág. 176); por ello, el incumplimiento (en sentido material) consiste precisamente en la culpa, culpa (falta de diligencia) que, sin embargo, no basta para establecer definitivamente la responsabilidad del deudor, que sólo se da si subsiste el vínculo obligatorio, lo que no acaece si de dio imposibilidad liberatoria (pág. 180). Matizando más: el concepto de imposibilidad, modulado con la buena fe, llega a ensancharse, subsumiéndose dentro de él la inexigibilidad de la prestación según buena fe (incumplimiento necesitado) (págs. 181 y ss.), punto que estudia pormenorizadamente, debiendo destacarse las reflexiones que dedica a la distinción entre destrucción de la cosa y extravío de la misma (págs. 191 y ss.). Pero la imposibilidad liberatoria aludida sólo es uno de los elementos del hecho exoneratorio-extintivo complejo: el otro elemento es la no imputabilidad al deudor de la causa que origina tal imposibilidad (págs. 197 y ss.), llegando Jordano a la conclusión de que la imputabilidad no sólo se debe a la culpa, sino, a veces, también al riesgo creado, aun sin culpa (imputación objetiva): «... la imputabilidad... es un concepto legal o normativo, en el que coexisten criterios diversos, entre los cuales permanece, todavía, como el más importante (pero en continuo retroceso) el de la culpa» (pág. 212). A lo que añade importantes retoques al concepto de caso fortuito, tan relacionado con el deber de conservar la posibilidad de la prestación (págs. 212 y ss. y 221 y ss.) El capítulo termina con unas «Primeras conclusiones» (págs. 226 y ss.) y con una síntesis del «sistema de la responsabilidad contractual del Código civil a la luz de las tesis objetivas y subjetivas» (págs. 240-241), apartados en los que el autor reformula, remacha y puntualiza aún más su posición acerca del problema nuclear de su investigación: si el deudor incumple, responde; para eludir tal responsabilidad debe probar (de la carga de la prueba se habla luego) que ha acaecido el hecho exoneratorio-liberatorio, que es complejo, en cuanto que se compone de dos elementos: 1.º) Que ya no le es posible cumplir, esto es, que hay imposibilidad sobrevenida (si aún cabe cumplir, sigue el deudor obligado), y 2.º) Que dicha imposibilidad no le es imputable (esa imputabilidad se debe generalmente a culpa o dolo, pero cada vez más se debe también a otros factores: riesgo creado, etc.). Si concurren esos dos elementos del hecho liberatorio, el deudor no responde, sencillamente porque no incumple, pues el acaecimiento de tales hecho extinguió la obligación; de lo que se infiere que el fundamento de la responsabilidad contractual es el incumplimiento (en el que puede ir comprendida —y siempre va presunta— la culpa). El capítulo III se denomina *El problema de la responsabilidad contractual bajo el perfil de su efectividad y de la consideración global del Ordenamiento*. En él, Jordano, partiendo de una detenida reflexión sobre la carga de la prueba, perfila sus pro-

posiciones nucleares acerca de los fundamentos de la responsabilidad criminal. Frente a la actitud común de los que, *ex artículo 1.183 del Código civil*, creen que se presume la culpa del deudor cuando éste incumple, debiendo probar sólo el acreedor —reclamante de responsabilidad— la existencia de la obligación y, según algunos, bastándole sólo *alegar* el incumplimiento, el autor, apoyándose en una matizada interpretación del artículo 1.214 del aludido Cuerpo legal, sostiene que corresponde al acreedor, además de la prueba de la obligación, la del incumplimiento (material) del deudor, pudiendo éste eximirse de responder probando el carácter definitivo de su imposibilidad y la no imputabilidad de ésta a él, en principio consistente en su no culpabilidad respecto del motivo de la imposibilidad mencionada; pero el problema se agudiza en las llamadas «obligaciones de medios», en las que gran parte de la doctrina —señaladamente francesa— detecta un recorte al principio general de que el acreedor no tiene que demostrar el incumplimiento, pues en éstas sí debe hacerlo: Jordano Fraga reacciona diciendo que precisamente en las obligaciones de medios sucede como en todas: el acreedor debe probar el incumplimiento del deudor que, en estos casos, consiste en la negligencia; pero afirma que esta culpa (que debe probar el acreedor) no puede ser confundida con aquella cuya ausencia debe probar el deudor para, uniéndola a la prueba de la imposibilidad definitiva, exonerarse: esto es, se esfuerza en distinguir la «culpa-incumplimiento material, infracción contractual», de la «culpa-criterio de responsabilidad liberación» (pág. 271). De todo ello infiere que «... en la base de esta distribución de la carga de la prueba, como de la formulación misma del límite de la responsabilidad contractual (lo que conlleva un innegable «objetivismo» de hecho —resumo yo—) está la exigencia de la tutela del crédito...», de manera que «... al aumentar el porcentaje de obligaciones cumplidas..., se favorece el desarrollo del entero sistema económico» (pág. 274). Seguidamente suscita el autor la relación entre las responsabilidades contractual y extracontractual bajo el perfil de la carga de la prueba, recordando que suele afirmarse que la culpa se presume en la primera y debe probarse por el perjudicado en la segunda, tesis que rechaza, pues «... no es que los principios de la carga de la prueba se alteren según se trate de responsabilidad contractual o extracontractual, sino que tratándose de dos formas de responsabilidad estructuralmente diversas, la aplicación del mismo principio general de la carga de la prueba conduce a resultados diferentes» (pág. 281), si bien «... en el ámbito de la responsabilidad aquiliana se opera un constante retroceso de la responsabilidad basada sobre la culpa en favor de formas de responsabilidad objetiva que prescinden de ella, y que se reconducen genéricamente a la idea del riesgo» (pág. 283): esto último enlaza con la minuciosa descripción del paralelismo de la evolución desde el punto de vista del riesgo que se advierte tanto en la responsabilidad aquiliana como en la contractual (págs. 298 y ss.): en ésta, cada vez más, la imputabilidad de la imposibilidad al deudor se desconecta de su actitud subjetiva: «Es básicamente contradictorio —escribe Jordano en pág. 307— dar cabida... en el ámbito de la responsabilidad extracontractual a criterios de responsabilidad objetivos en atención a nuevas exigencias y realidades, y, simultáneamente, aferrarse en el ámbito contractual, donde están presentes esas mismas exigencias y realidades, a principios tradicionales que, por lo demás, no responden a la realidad normativa actual y que son, en buena medida, fruto de equívocos terminológicos perpetuados por la tradición.» El capítulo termina con una «Valoración global de los medios de tutela del crédito y de los límites del esfuerzo deudor» (págs. 307 y ss.),

en la que, entre otros extremos, se apunta que la operatividad de preceptos como el del artículo 1.124 del Código civil es ajena a la culpa del incumplidor frente al que la resolución actúa. El título del capítulo IV es *Modificaciones convencionales de las reglas de responsabilidad contractual*. Para el autor, si bien no cabe duda de que, *ex* artículo 1.255 del Código civil, es acorde a Derecho modificar convencionalmente, respecto de cada contrato concreto, las antes expuestas reglas de responsabilidad, «... el problema estriba en la determinación del límite de validez de dicha modificación...» (pág. 322), pues la responsabilidad contractual no debe disminuir tanto como para debilitar en gran medida la tutela del crédito, asunto en el que no sólo está en juego el equilibrio entre las partes, sino también el correcto funcionamiento del intercambio económico en general, presentando problemas específicos al respecto el fenómeno de la contratación en masa (págs. 326 y 327). (Obsérvese, aunque Jordano no lo explicita, cómo los fines del Ordenamiento se desplazan desde la búsqueda de la llamada «paz social» —para cuya consecución la Ley debe limitarse a dirimir conflictos interindividuales, absteniéndose de interferirse en renunciaciones y declaraciones abdicativas— a la actuación de un apreciable dirigismo económico.) Tras referirse brevemente a los tipos posibles de pactos de agravación de la responsabilidad, entra en el estudio —explicablemente más detenido— de los pactos de limitación de la responsabilidad, limitación que, a su vez, debe ser jurídicamente limitada: a propósito de ello aborda el tema del posible aseguramiento contra el riesgo de responsabilidad civil contractual, el de la limitación de la cuantía del resarcimiento o el del empleo fraudulento de la cláusula penal o de las arras para rebajar dicha responsabilidad contractual, para pasar seguidamente a la reflexión —muy inspirada en el Derecho italiano— sobre la técnica de limitación de responsabilidad a través de la vía indirecta de la delimitación del objeto del contrato, problema planteado especialmente en Italia en materia de contratos de alquiler de cajas de seguridad: respecto de todos estos supuestos, propone el autor la aplicación de los artículos 6.º, números 3 y 4, y 1.102 del Código civil, con la finalidad de proteger el crédito, si bien no se opone al aseguramiento de la responsabilidad contractual salvo para casos de dolo o culpa grave. Tras esto afronta el autor los límites de validez de las cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual, comenzando (pág. 360) por distinguir dos planos: el de la validez de las cláusulas limitativas contenidas en cualquier tipo de contrato y el de la validez de dichas cláusulas si se contienen en los módulos de contratación en masa. Respecto del primer plano, parte del artículo 1.255 del Código civil, refiriéndose, como ejemplo de ley (imperativa) que impide ciertos pactos de exclusión o disminución de responsabilidad, al artículo 1.102 del mismo Cuerpo legal, asimilando Jordano el dolo a la culpa grave, y citando, asimismo, otros aspectos (legislación de accidentes de trabajo y de transporte marítimo) que prohíben limitaciones de responsabilidad incluso más leves que las mencionadas; la moral y el orden público obligan, según el autor, a entender, asimismo, irrelevantes las cláusulas de exoneración de responsabilidad para casos de daños a la integridad física o moral o a los derechos fundamentales del acreedor (arg. *ex* arts. 10 de la Constitución y 1.255 del Código civil). Como *ratio* de estas limitaciones imperativamente impuestas por el Ordenamiento invoca Jordano —además de la contrariedad de los pactos limitativos para caso de dolo al propio concepto de vínculo obligatorio (arts. 1.102 y 1.256)—, la tutela del crédito, exigencia de orden público, ocasión aprovechada por el autor para remachar y desarrollar, en páginas 373 y 374, las ideas apuntadas en páginas 326 y

327. El interés de cada acreedor concreto es protegido en la medida en que se protege generalmente el crédito: a esto último no pueden renunciar el Ordenamiento (pág. 374); las referencias al orden público finalizan en este apartado con una distinción entre orden público genérico y orden público específico (*ibidem*). Respecto del segundo plano (límites específicos de validez de las cláusulas limitativas contenidas en formularios de contratos de condiciones generales), opta Jordano Fraga por dividir su extensa exposición en diversos apartados correspondientes a los controles que el Ordenamiento jurídico (español u otros) impone a la actividad —posiblemente abusiva con frecuencia— del predisponente: los controles —en los que se detienen el autor— se dividen en directo e indirecto; aquél, en formal y sustantivo; y, a su vez, el sustantivo puede ser relativo a la libertad del consentimiento y al contenido de las cláusulas negociables. Del control indirecto (utilización de instrumentos que en sí mismos no atañen al tema de las condiciones generales, pero que pueden ser empleados para atender a dicha problemática —vgr., arts. del Código civil atinentes a la interpretación—) dice sólo lo necesario para informar someramente al lector, concentrando su atención en el directo; tras unas breves consideraciones sobre el control formal —consideraciones que parten fundadamente del Derecho italiano y desembocan en las en adelante citadísimas Leyes españolas del Contrato de Seguro, de 8 de octubre de 1980, y, sobre todo, de Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 19 de julio de 1984—, pasa el autor al control sustantivo, acerca del que, tras unas breves alusiones al consentimiento (sujeción real del adherente, cognoscibilidad de las cláusulas, especialmente las «sorpresivas» o «inusuales»), se centra en el problema nuclear del contenido: parte el texto de que el hecho de que el Ordenamiento reprima determinados contenidos posibles de condiciones generales implica la aceptación del fenómeno mismo de la predisposición: las mismas leyes que controlan al contratante «poderoso» consagran este modo de contratación (pág. 386); tras aludir a los denominados controles judicial, administrativo y legislativo, se detiene en «... los criterios o cánones que se han manejado como susceptibles de determinar la medida de validez de las cláusulas onerosas predispuestas...» (págs. 391-392), estudiando, en tal sentido, a la Ley, a la buena fe y a la moral y al orden público (págs. 392 y ss.): en cuanto a la Ley, indica que las condiciones generales no pueden oponerse a las normas imperativas y, en determinadas hipótesis, a las normas dispositivas, tema este último que medita en profundidad sirviéndose de abundante doctrina y de Derecho comparado y español; en cuanto a la buena fe (*objetiva*, aclara), invocando los artículos 7 y 1.258 del Código civil y 57 del de comercio, escribe que «... opera como límite de la libre disposición particular, como instrumento de eliminación de las cláusulas inicuas o lesivas que contradigan su *contenido preceptivo*» (pág. 397), añadiendo que «... la reciente Ley de Defensa de los Consumidores ha colocado... la buena fe en el eje del control de licitud sobre el contenido de las condiciones generales» (pág. 400), invocando su artículo 10 en algunos de sus apartados (*ibidem*); y en cuanto a la moral y al orden público, tras suscitar (en notas a páginas 402 y 403) importantes cuestiones como su carácter independiente respecto de leyes que remitan explícitamente a estas fórmulas o la relación de éstas con los principios generales del Derecho, alude el autor al especial alcance que tiene el juego de moral y orden público (especialmente el económico) en sede de condiciones generales, y en concreto cuando éstas se refieran a cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual (págs. 404-405). El epígrafe destinado a la contra-

tación en masa finaliza con una «Recapitulación» (págs. 408-409), en la que, sintetizando lo antes expresado, señala que el control de las condiciones generales se enmarca en el campo más amplio de la protección de los consumidores consagrado en el artículo 51 de la Constitución. De todo ello se infiere que el Derecho impide coactivamente ciertas limitaciones a la responsabilidad contractual: y, si nos hallamos ante condiciones generales, dicha reacción coactiva es mucho más intensa y extensa, en favor del contratante débil. El capítulo termina con el breve tratamiento de varios temas de cierto interés: la limitación de la responsabilidad del deudor por sus auxiliares (responsabilidad cuya exoneración o disminución el autor reputa sometida a los mismos límites que se dan cuando actúa por sí solo), el carácter parcial de la nulidad de las cláusulas prohibidas, los ámbitos objetivo y subjetivo de los límites de validez y los pactos sobre inversión de la carga de la prueba o sobre alteración de plazos de prescripción o caducidad, así como los acuerdos por los que se establecen requisitos (probatórios o formales) para la reclamación de responsabilidad, remitiéndose fundamentalmente, respecto de todo ello, a los criterios informadores de la citada Ley de Protección de los Consumidores de 1984, de la que se infieren las soluciones a los problemas planteados. El capítulo V y último se llama *Las reglas particulares de la responsabilidad contractual*. En él, Jordano hace «... el examen de las reglas de responsabilidad en los supuestos particulares de relaciones obligatorias» (pág. 425): según explica, dichas reglas han sido reputadas por los defensores de la doctrina tradicional de la culpa como excepcionales, pero, a su juicio, tales pretendidas excepciones son aplicación normal de las reglas generales (*ibidem*). Para ejecutar dicho examen pasa revista Jordano a las obligaciones de dar, de hacer y de no hacer: respecto de las primeras, plantea problemas referentes a las obligaciones genéricas, a las pecuniarias y a las de custodia, demostrando que el régimen de la responsabilidad contractual de todas ellas se corresponde con el generalmente descrito; respecto de las segundas, hace exactamente lo mismo, viéndose obligado a regresar a un tema ya abordado en el capítulo II, el de las obligaciones de actividad; en éstas, según el profesor de Sevilla, el incumplimiento (material) consiste en la no diligencia, concebida como no actuación correcta desde un punto de vista objetivo, debiendo el deudor que pretenda exonerarse de responsabilidad probar la imposibilidad definitiva de su prestación y el hecho de que a él no le es imputable esa falta (objetiva) de diligencia (por ejemplo, porque no es —subjetivamente— culpable), lo que es acorde con su tesis nuclear general (obsérvese la objetivación de la diligencia y el reconocimiento, al menos implícito, de una culpa subjetiva diferente); trata también específicamente de las prestaciones profesionales; por último, respecto de las obligaciones de no hacer, rebatiendo una importante corriente doctrinal que defendía que no podían ser incumplidas inimputablemente, manifiesta que cabe exonerarse de ellas —aunque sea de hecho más difícil— demostrando la inimputabilidad, por ejemplo, probando que era física o jurídicamente obligado el acto que constituía infracción de la obligación, lo que coordina perfectamente con el *modus operandi* general de la responsabilidad contractual. Aborda seguidamente lo que él denomina «casos discutidos», subsumiendo en ellos diversos supuestos o grupos de supuestos. El primero que estudia es el del *receptum*: sobre la base de precedentes romanos, «... se ha sostenido —escribe Jordano en pag. 480— la existencia en el Derecho vigente de supuestos de responsabilidad contractual que tienen como nota común el originarse en la recepción de la cosa o cosas debidas por el deudor (responsabilidad

ex recepto), y el suponer un agravamiento respecto de las reglas generales... de la responsabilidad contractual...», pues, «... mientras en los supuestos ordinarios, con arreglo a la teoría de la culpa, basta con probar la ausencia de la misma en la producción del daño..., en los casos del *receptum* el deudor... habría de probar además... la específica causa extraña a su conducta, a él no imputable, en virtud de la cual el daño... se ha producido» (pág. 484); ante ello, el autor sostiene que lo que la doctrina habitual refiere específicamente sólo al *receptum* es lo que hay que aplicar a la generalidad de los casos, lo que implica la negación del carácter excepcional de la disciplina de aquél: «... la no imputabilidad al deudor del evento impeditivo no se mide en abstracto (de lo contrario, el deudor tendría que probar que ha sido diligente hasta el infinito, hasta agotar *todas las posibles causas* de la imposibilidad de prestar), sino con relación a la *específica causa* que lo ha originado. Lo cual exige... la identificación de tal causa, de modo que la prueba de la causa no imputable al deudor del evento que le impide cumplir... se descompone en la prueba de la causa específica de la imposibilidad y en la de la no referibilidad *de la misma* al deudor» (pág. 490); la causa ignota, pues, no exime al deudor de responsabilidad, ni en estas obligaciones ni en las demas (pref. págs. 488, 494 y 499). Opiniones éstas que se reafirman y matizan en los apartados siguientes, atinentes asimismo al *receptum*, el primero destinado a la responsabilidad por custodia en hoteles y establecimientos asimilados —apartado que se subdivide en dos, uno dedicado al Código civil español y otro al régimen europeo uniforme—, y el segundo, a la responsabilidad de los Bancos en el servicio de las cajas de seguridad. Especial interés presenta, en relación a la responsabilidad en la hostelería, la distinción entre cosas entregadas y cosas introducidas (custodia directa e indirecta), tan operativa a la hora de hacer jugar los artículos 1.783 y 1.784 del Código civil, así como, en el régimen europeo uniforme (nacido del Convenio de 17 de diciembre de 1962, que se plasmó en reformas de los Códigos civiles de los Estados firmantes), la distinción entre responsabilidad limitada e ilimitada. En materia de cajas de seguridad, como en sede de responsabilidad en la hostelería, el esquema de la responsabilidad contractual es el general: «... no basta al deudor no cumplidor probar que ha sido diligente, sino que ha de probar que la falta de resultado debido ha estado determinada por imposibilidad sobrevenida de la prestación derivante de una concreta causa (riesgo probatorio de las causas ignotas) a él no imputable» (pág. 535); el Banco responde en la esfera de su riesgo, por tanto, también en caso de robo (salvo circunstancias excepcionales: p. e., guerra, etc.), lo que implica un cierto objetivismo que arranca de una valoración técnica de la diligencia (pág. 536). Adviértase que, según Jordano Fraga, en todos estos casos funciona el esquema general conocido: responsabilidad del deudor salvo que demuestre la concurrencia de hechos liberatorios: «... el criterio legal general de imputación es el de la diligencia..., pero nada impide la existencia de otros criterios legales...» (pág. 514); repárese en el del riesgo profesional o empresarial (no totalmente antitético con el de la diligencia), aplicable también en sede de responsabilidad en el contrato de hostelería (pref. pág. 513). Otro de los «casos discutidos» es el transporte de personas, acerca del que Jordano hace un pormenorizado estudio del que se extrae la conclusión de que se le aplican las normas generales de responsabilidad contractual ya expuestas repetidamente en la obra (el transportista, para exonerarse, ha de identificar la *concreta* causa a él no imputable (pág. 554), apuntando, además, la tendencia al objetivismo (págs. 559-560). «Ca-

so discutido» es, asimismo, el de la responsabilidad del deudor por sus auxiliares: tras exponer detenidamente a qué se refiere al abordar el tema (se trata de indagar si se da en Derecho español la figura jurídico-positiva alemana e italiana de la responsabilidad contractual del deudor por hecho de sus auxiliares y sin culpa de dicho deudor), induce de determinados preceptos de nuestro Ordenamiento jurídico (que no reputa de Derecho excepcional) y de otros puntos de partida (argumentos de responsabilidad aquiliana y de esfera de riesgo) una solución afirmativa, matizando, por añadidura, que tal responsabilidad se mantiene aun sin culpa del auxiliar, en coherencia con el objetivismo preconizado. El último «caso discutido» es el del comodato y otros supuestos calificados como de garantía, dando a ciertos preceptos del Código civil que parecen contener un régimen de responsabilidad contractual diverso del general (especialmente arts. 1.744 y 1.745) una explicación fundada y autónoma respecto del mencionado régimen general, pero que resulta ser plenamente acorde con él. La obra termina con una *Recapitulación*, en la que, tras decirse que «... del análisis de las reglas particulares de responsabilidad se desprende una sustancial confirmación de las reglas generales» (pág. 597) y aludirse, por enésima vez, al incumplimiento de la obligación como único fundamento de la responsabilidad contractual (*ibidem*), se recuerda cómo en la imputabilidad juegan cada vez más, junto al criterio de la diligencia, otros, como el del riesgo (*ibidem*), finalizando la exposición advirtiéndose que «... la diligencia cumple en el sistema de la responsabilidad contractual una doble función: como criterio de cumplimiento en las obligaciones de actividad y como criterio de imputación en el seno del hecho liberatorio para todas las obligaciones» (pág. 598).

Me propongo ahora la breve crítica de la obra de Francisco Jordano Fraga. He de comenzar diciendo que tal vez el 50 por 100 de mi juicio crítico ya está comprendido —implícita o explícitamente— en la exposición compendiada pero pormenorizada del contenido del libro que acabo de hacer: para un lector atento e informado, en dicha exposición mía es muy fácil captar lo que de peculiar, de cuestionable y, sobre todo, de significativo en la literatura jurídica española tiene la monografía en cuestión. Por este motivo concentraré mi atención sólo en los aspectos que juzgo de mayor interés. Y nada tiene más interés que el núcleo de la aportación de Jordano: para este autor, el fundamento de la responsabilidad contractual no es la culpa (o el dolo) del deudor, sino exactamente su incumplimiento: siempre que tú, deudor, incumpas, respondes; y respondes porque incumples y en cuanto incumples; para eludir tal responsabilidad debes probar que ha acaecido el hecho exoneratorio-liberatorio, hecho complejo, compuesto de dos elementos: 1.º) Que ya no te es posible cumplir, esto es, que exista imposibilidad sobrevenida (si aún hay posibilidad, sigues obligado); y 2.º) que dicha imposibilidad no te es imputable (te será imputable si se debe a tu culpa o a tu dolo o, a veces, si el hecho que la provoca entra en la esfera de tu riesgo: deberás probar, pues, que en el acontecimiento liberatorio citado no concurren tales circunstancias, lo que requerirá identificar de qué hecho concreto causante de la imposibilidad se trata). Ahora bien, si se dan estos dos elementos del hecho exoneratorio-liberatorio, se da éste; y, si se da éste, no incumples, pues la obligación se extingue y, si no estás obligado, no tienes que cumplir. Luego, si respondes, es porque incumples, de lo que se infiere que el (único) fundamento de la responsabilidad —llamada contractual— es el incumplimiento, no la culpa. Este

aparente objetivismo se refuerza a través de varias vías, que el autor describe y defiende: es al deudor a quien compete la carga de la prueba de los hechos que integran lo que se denomina «hecho exoneratorio-liberatorio», lo que, en la práctica, desemboca en que en la mayoría de los casos, por no poder probar lo que él desearía probar, se mantendrá ligado al acreedor y, por ello, responderá ante éste; además, en muchos supuestos responderá aunque pruebe ausencia de culpabilidad, pues el Ordenamiento establece responsabilidad por riesgo; por último, el modo de demostrar que la imposibilidad sobrevenida no es imputable al deudor, consiste —como he dicho líneas antes— en demostrar la causa concreta de dicha imposibilidad: la causa desconocida, pues, no libera al deudor. Fundamento de todo ello es —explica el autor— la tutela del crédito, tutela de un interés de cada acreedor concreto que sirve para tutelar el satisfactorio funcionamiento del circuito económico: el interés colectivo, público, de la tutela del crédito viene satisfecho mediante la protección de cada crédito concreto: este principio normativo informa la disciplina jurídica de toda la problemática examinada: no caben ciertos pactos debilitadores de la posición del acreedor no porque la protección de éste sea la meta del Ordenamiento, sino porque la Ley pretende que todos los acreedores o la inmensa mayoría de ellos, de hecho, cobren. Este es el núcleo de la obra.

Ahora bien, como yo apuntaba casi al principio de esta *Nota*, la construcción de Jordano no merece llamarse «objetivista», al menos de modo tajante, si bien la tendencia al objetivismo es indudable: Jordano dice que se responde porque se incumple, no porque se haya incurrido en culpa o dolo; pero omite (en sus formulaciones generales, no en sus explicaciones) que el incumplimiento, en la mayoría de las hipótesis, comprende e implica culpa, además de imposibilidad sobrevenida; y que esta culpa —esto ya no se dice nunca por el autor— también fundamenta la responsabilidad en cuanto que, sin ella, no se da el incumplimiento, sino la extinción de la obligación: el autor escamotea, cual hábil prestigitador, el elemento subjetivo subsumido en el objetivo (el incumplimiento), pero ese elemento subjetivo es decisivo (que se trate de un elemento verdaderamente *subjetivo* me parece claro, pero de ello se hablará luego). Que la carga de la prueba corresponda al deudor provocará, sin duda, de hecho, que frecuentísimamente el deudor responda sin culpa, pero ello en nada obstruye el subjetivismo en el Derecho material; que la Ley imponga explícitamente en muchos tipos de casos la responsabilidad objetiva sólo nos impele a entender estrechado el ámbito del mencionado principio subjetivista, pero ello no nos faculta para reputarlo suprimido ni para negarle su condición de regla general. En síntesis, creo que, en principio, se responde porque y cuando no se realiza completamente la prestación debida a causa de incurrir o haber incurrido en culpa o dolo: lo que Jordano Fraga niega explícitamente pero reconoce implícita —y, sin embargo, pormenorizadamente— en una extraordinaria exposición.

Pero rodeemos aún más el núcleo de la tesis del autor: según éste, probando el deudor que su imposibilidad sobrevenida no le es imputable (generalmente, por no ser él culpable), no incumple, pues, antes de suscitarse el tema del cumplimiento o al suscitarse, la obligación se extingue *ex* artículos 1.182 y 1.184 del Código civil: y, si la obligación se extingue, ya no tiene que cumplir, no debiendo denominarse «incumplimiento» la inexecución de la prestación debida: esto me parece exacto, más exacto que decir, como se exponía y se expone habitualmente, que del incumplimiento no culpable no se responde: Jordano ve con claridad

la relación entre los artículos citados y el 1.105 y acierta en su formulación: le sigo, desde ahora, en que sólo es incumplimiento la inejecución imputable al deudor, y en que dicho incumplimiento fundamenta la responsabilidad; lo que no me impide señalar que en el automóvil del incumplimiento es la culpa quien lleva el volante en el 75 por 100 de los casos y, en ellos, sin la culpa, el automóvil se detiene: Jordano Fraga no acierta a adivinar la identidad de ese conductor disfrazado; si la adivina, guarda silencio, a no ser que llame «culpa» a un factor objetivo, exactamente a la falta de la diligencia jurídicamente exigida, concibiendo la diligencia como conjunto de actos o como comportamiento realizado al margen o independientemente de una intención o actitud psíquica (lo que no ocurre, como veremos): ahora penetramos en el punto álgido del problema: el mismo autor lo plantea, con ocasión del examen de las obligaciones de hacer, al aludir al caso del cirujano que realiza una intervención quirúrgica en estado de ebriedad, pero empleando todas las técnicas adecuadas, falleciendo o no restableciéndose el paciente (pág. 462): ¿Qué es la culpa? ¿Es el hecho de la frivolidad personal del médico, su actitud psíquica de despreocupación? ¿O es, por el contrario, la falta de la diligencia obligada, concebida esta diligencia de manera objetiva, la omisión de actos o de técnicas necesarios para el éxito de la operación? Recuérdese que el autor (la primera vez en la pág. 42) aborda magistralmente el tema, aunque lamentablemente no lo desarrolle con carácter general: respecto de las obligaciones de actividad (capítulos II y V, especialmente este último, páginas 456 y ss.), escribe que el tratamiento de la cuestión nuclear de su investigación es sustancialmente idéntico al de las demás obligaciones (las de resultado): frente a quienes, pretendiendo reforzar la tesis subjetivista o debilitar la objetivista, sostienen que en las obligaciones de actividad el incumplimiento consiste precisamente en la culpa del deudor, objeta Jordano que en ellas el incumplimiento (material) (esto es, la inejecución de la prestación) consiste en la falta de la diligencia jurídicamente exigida, esto es, en la inobservancia de una conducta (objetiva) debida; el deudor, acaccia esa ausencia de diligencia, podrá liberarse y exonerarse de responsabilidad probando que tal comportamiento suyo no le es imputable, por ejemplo, porque él no es culpable, esto es, porque no tuvo intención de ejecutarlo y no pudo evitarlo aunque quiso evitarlo; en otras palabras, porque su actitud psíquica no fue negligente: el cirujano que no emplea todos los aparatos reputados necesarios o útiles no ejecuta la prestación debida, no es diligente, respondiendo, por ello, si el paciente fallece o no sana (es decir, si hay daño); pero se liberará si demuestra que los llevó al quirófano y se le destruyeron al caer una bomba en la calle contigua al hospital cuando el enfermo se hallaba en la mesa de operaciones (el ejemplo es ahora mío). ¿Por qué Jordano no planteó, con carácter general, el problema de la culpa, su relación con la diligencia, los posibles significados de ésta, etc., al modo en que, también muy recientemente, Badosa (*La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia-Zaragoza, 1987, especialmente págs. 33 a 79) los ha planteado? Reconozco que ambas importantes obras, desgraciadamente coetáneas e incomunicadas entre sí, no tratan exactamente de lo mismo, no siendo objeto directo de la investigación de Jordano Fraga el tema nuclear del libro de Badosa Coll; pero no habría sobrado un mayor detenimiento del profesor andaluz en este punto, primorosa pero, a mi juicio, inexactamente tratado por el catalán: aunque esta *Nota crítica* va dirigida al libro de Jordano y no al de Badosa (que me parece, asimismo, formidable), permítaseme, por unos momentos, saltar a la abru-

madora monografía del profesor de Barcelona para clarificar lo que deseo decir respecto de la obra que estudio. Según Ferrán Badosa, «... la diligencia puede entenderse... en un doble sentido. Subjetivo, como predisposición psicológica, tensión de la voluntad, esfuerzo, atención, cuidado, etc., en orden a la conservación o promoción de los intereses ajenos del acreedor. O bien, en sentido objetivo, como conducta materialmente identificable» (*ob. cit.*, pág. 33). «... la configuración subjetiva de la diligencia... carece de autonomía respecto de la noción de culpa» (pág. 39), pero de su negación no surge la culpa, pues la falta de ese esfuerzo puede deberse a culpa o a dolo (pág. 49). Ahora bien, para Badosa, este concepto subjetivo de diligencia no se halla en el Código civil: «... el Código civil no admite la diligencia-esfuerzo...» (pág. 67). «... que haya habido o no esfuerzo y que éste haya sido mayor o menor es irrelevante» (pág. 68); por el contrario, «... la diligencia a integrar por el modelo (padre de familia u otro —art. 1.104 del C.c.—) (el texto entre paréntesis es mío) es una conducta o comportamiento humano cuyo autor es el deudor de la relación obligatoria..., tiene el sentido que... hemos calificados como objetivo» (pág. 61). La culpa, por el contrario, es fenómeno subjetivo, «... es el *fundamento de responsabilidad* (la expresión es de Badosa, pero la cursiva es mía, indicando ésta la importancia de lo afirmado y mi conformidad con ello) opuesto al dolo...» (pág. 69), lo que significa que culpa y diligencia «... no son recíprocamente opuestos» (pág. 70) (aquí coinciden Badosa y Jordano). Por esto, «... es perfectamente posible... que el esfuerzo o atención del sujeto se manifieste a través de una conducta no adecuada que, por tanto, no podrá calificarse de diligencia» (pág. 73), respondiendo, por tanto, si hay daño, el deudor. No obstante, no se puede decir que el esfuerzo del deudor que no se traduzca en diligencia sea totalmente irrelevante, siéndole de aplicación el inciso final del artículo 1.103 del Código civil (pág. 74). Hasta aquí, Badosa. Como se advierte, lo que, a propósito de las obligaciones de hacer (por ejemplo, en págs. 461-462), atisba correctamente Jordano, es analizado escrupulosamente por Badosa. Creo que el hecho de que ambos conozcan el tema infinitamente mejor que yo les impide —repito el tópico de que los árboles no dejan ver el bosque— captar algo elemental que nace del distanciamiento y de la actitud sintética, eufemismos que encubren una jovial ignorancia mía del problema, ignorancia quizá fecunda, si se concibe como réplica a una actitud analítica que puede entorpecer la captación de la realidad: analizar es dividir, descomponer, y dividir puede fácilmente destruir. Creo que la culpa, como el dolo, es un ingrediente subjetivo, y que la diligencia es lo contrario de la culpa, la ausencia de culpa o dolo: no hay concepto objetivo de diligencia; lo que sucede es que el Derecho, dado su carácter fenoménico, se halla compelido a inferir las actitudes subjetivas de comportamiento, de datos externos, de lo manifestado: los patrones o modelos de conducta contemplados en el artículo 1.104 del Código civil (o en otros artículos de ese Código o de otros) no son conjuntos de actos que integran conductas sino en la medida en que indican una actitud subjetiva del deudor o de quien se trate; acudiendo, de nuevo, al afortunado ejemplo del cirujano, si se produce daño al paciente, el médico responde tanto si no emplea todas las técnicas requeridas para la intervención con arreglo a los criterios técnico-científicos del momento, como si, empleando tales técnicas, opera ebrio o escuchando por la radio una retransmisión deportiva, pues de todas estas conductas se infiere una actitud subjetivamente negligente, una «falta de esfuerzo», en la expresión de Badosa: así no habría operado el perito modelo. Que

cualquiera de las irregularidades enunciadas puede acaecer también por dolo es indudable, pero eso debe ser probado por el acreedor. En el supuesto de obligación de actividad el incumplimiento no consiste en la culpa, sino en la omisión de ciertos actos o comportamientos que no tienen por qué integrar el concepto de diligencia, si bien de esa omisión puede inferirse culpa: probado por el deudor que ésta no concurrió (en la producción de la causa —ya identificada y localizada— de la imposibilidad sobrevenida, como muy bien dice Jordano), queda liberado. Creo que éste es el sentido del Código civil, perfectamente acorde con la indudable eticidad del Derecho: que, como pretende Badosa (pág. 68), se responda por la falta de diligencia (en el sentido objetivo por él defendido) probadamente inculpable (fuera de los casos de responsabilidad objetiva) carece de sentido en nuestro sistema, no bastando la suavización del inciso final del artículo 1.103: en eso acierta Jordano Fraga, pero no reputo necesario crear una diligencia objetiva —que él cree necesitar— para explicar la solución del problema. Reconozco que no fundamento suficientemente mi parecer, pero advierto que ello requeriría una obra *ad hoc*, siendo inadecuado el espacio de esta *Nota*: por ello sólo me limito a apuntar la cuestión con la finalidad de suscitar una reflexión más detenida; aclaro, además, que no estoy plenamente seguro de lo que sugiero o apunto: por ello sólo me atrevo aquí a sugerir o a apuntar, absteniéndome, por el momento, de «defender» o «sostener». El alud de referencias históricas de los autores citados y de otros me hace dudar mucho, aun cuando recuerdo al lector que nos hallamos ante un tema en cierta medida interpretativo (aunque no sólo interpretativo), y que el módulo histórico sólo es uno de los previstos en el artículo 3, número 1, del Código civil. De lo que sí estoy casi seguro es de que la cuestión del concepto de diligencia y de culpa no ha quedado definitivamente zanjada, lo que en nada empece la enorme calidad de las obras ahora aludidas: más bien la confirman, al abrir dichas obras importantes vetas a nuevas investigaciones.

Hecha esta larga consideración general, paso a referirme con extrema brevedad a diversos aspectos de la obra de Jordano Fraga. Comenzaré aludiendo a aquellos que reputo negativos o menos positivos, o sencillamente a los pasajes de la obra respecto de los que en alguna medida disiento. Dedicaré más espacio a dos de ellos y me limitaré casi a mencionar los demás.

El primero se refiere a la carga de la prueba del acreedor (págs. 249 y ss.). Jordano discrepa de un importante sector de la doctrina tradicional que, sobre la base del artículo 1.214 del Código civil, «...ha sostenido la no necesidad de la prueba del incumplimiento (en su materialidad) por parte del acreedor que pretenda el resarcimiento» (pág. 249), afirmando dicho sector que «... al acreedor le bastaría probar la existencia de la obligación y *alegar* (la cursiva es de Jordano) que no se ha cumplido, o no se ha hecho exactamente» (pág. 250). Discrepa también de los autores que, defendiendo ese principio general, piensan que el acreedor debe probar el incumplimiento si se trata de una obligación cuyo contenido consista en un *pati*, de una obligación de medios o en casos de cumplimiento inexacto (*ibidem*). Frente a todos ellos, defiende Jordano Fraga que «... cuando el acreedor demanda el resarcimiento de los daños no hace valer simplemente la obligación, sino la obligación en cuanto no cumplida o no exactamente cumplida; no basta, pues, la prueba de la obligación por su parte, sino que a ella debe añadirse la de su infracción» (pág. 252). Yo creo que el *modus operandi* del artículo 1.214 no impide una construcción más razonable y casuística, muy cercana a la tradicional y casi opuesta a la de Jordano Fraga: debe pesar sobre el deudor

la carga de la prueba del cumplimiento (y no sobre el acreedor la del incumplimiento) sencillamente porque, en la inmensa mayoría de los casos, es infinitamente más factible demostrar el acaecimiento de un hecho que su no acaecimiento: los ejemplos que el autor suscita en apoyo de su tesis (uno de Carnelutti —página 251, en nota— y otro de Albaladejo —defensor de la tesis tradicional, a quien Jordano atribuye, correctamente, una incoherencia, *vid.*, pág. 253, también en nota—) son demostraciones de que en algunos casos no comunes el acreedor debe probar el incumplimiento, pero no demostraciones de que ello deba reputarse norma general, sencillamente porque es posible demostrar por el empresario del teatro que el artista no cantó tal noche en dicho lugar (Carnelutti), o por el pasajero, que el taxista no le recogió en su casa (Albaladejo). Lo mismo —creo— cabe entender, con Lacruz y González Porras (pág. 250, en nota), en caso de obligaciones negativas y de medios. Pero en los demás casos (que son la mayoría), no: las citadas excepciones no son, como Jordano indica, «... aplicaciones concretas del principio general» (pág. 255), sino verdaderas excepciones. Otra cosa es que el Abogado del acreedor asegure su éxito no conformándose con alegar el incumplimiento. Propongo, pues, una solución casuística, pero, en general, coincido con Lacruz y González Porras. Ello implica que sigo discrepando del autor cuando, en páginas 266 y siguientes, al abordar específicamente el tema de las obligaciones de medios, dice que «... las obligaciones de medios no son excepción al reparto ordinario de la carga de la prueba en materia de responsabilidad contractual» (pág. 270): estoy de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia francesas que el autor invoca (págs. 266-267, en nota) y con Lacruz (pág. 268, en nota) en que, como antes dije, en las obligaciones de medios el acreedor tiene que probar el incumplimiento, pero no en que ello sirva como norma general o en que ello responda a una norma general o, menos aún —esto no es afirmado por Jordano—, en que de ello se induzca una norma general. En esta sede se vuelve al tema de los sentidos de la palabra «culpa», destacando el autor la confusión habitual en la doctrina entre culpa-incumplimiento material, infracción contractual, y culpa-criterio de responsabilidad-liberación (pág. 271): recuérdese lo que ya se dijo acerca de la necesidad de utilizar los términos adecuados: en las obligaciones de medios el acreedor debe probar no la culpa del deudor, que es un hecho subjetivo, sino su incumplimiento, que no consiste en su culpa, sino en la omisión de unos actos que responden a un modelo objetivo de conducta, actos que, según el parecer, a mi juicio no plenamente aceptable de Badosa, integran el concepto de diligencia. Y, claro está, al deudor corresponde probar su falta de culpa. Jordano intuye el problema y lo resuelve bien, pero, a mi juicio, no formula la solución con la máxima exactitud. Que él o que Badosa digan que el equivocado soy yo es perfectamente previsible. Que el público lector decida.

El segundo aspecto que critico un tanto pormenorizadamente se localiza en las páginas 415-416: habla Jordano Fraga del artículo 10, número 4, párrafo segundo, de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984: reconoce que la finalidad de protección de la parte débil a que responde la nulidad parcial parece ser contradicha por el citado precepto (pág. 415), pero no advierte el problema de fondo que el texto provoca, pensando superficialmente que «... el interés de la parte débil como el del propio ordenamiento (todo el contrato es ilegítimamente perjudicial) esté en la ineficacia total de la relación» (pág. 416); sólo ve Jordano la posibilidad de que la parte subsistente produzca daño al adherente. Pero, como dije en mis conferencias so-

bre condiciones generales, pronunciadas en Córdoba y Sevilla a principios de 1987 (pendientes de publicación), los redactores de la mencionada Ley de 1984 no calcularon las graves consecuencias que tal precepto puede producir: repárese en que los asesores jurídicos del empresario predisponente pueden, de hecho, disponer el clausulado contractual en el formulario de modo tal que, suprimidas las cláusulas abusivas *ex artículo 10, número 1*, las que queden subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes contra dicho predisponente, provocándose la aplicabilidad de este peligroso párrafo segundo del número 4 del artículo 10: el predisponente entonces provocará, si quiere, la situación-tipo que la Ley de 1984 pretendía hacer imposible: el adherente se verá obligado a escoger entre soportar las cláusulas lesivas omitiendo su impugnación o su invocación, o bien soportar la ineficacia del contrato, lo que implica la pérdida del bien o servicio que necesitaba. Jordano no advierte este riesgo ni estaba obligado a advertirlo (su libro no es una monografía sobre condiciones generales), pero de un autor como éste se espera todo y se echa de menos, por eso, la filigrana que pudo hacer y no hizo. Filigrana más asequible —dejando, por tanto, de serlo— para quien se dedicó a estudiar específicamente la mencionada Ley.

Cabe alguna que otra «censura» más: no participo de la identificación que hace el autor entre caso fortuito y fuerza mayor (págs. 216 y 482); debería haber fundamentado más el carácter objetivo de la responsabilidad aquiliana basándolo en el riesgo, huyendo de la analogía con la responsabilidad contractual, menos influida por el verdadero objetivismo (págs. 283-285); no debería (aunque casi toda la doctrina y la jurisprudencia españolas lo hacen) llamar «falta (sobrevenida) de causa» a la hipótesis que contempla en la nota de la página 315: «causa» es un requisito que sólo tiene que concurrir al nacer el contrato: la expresión de De Castro «continuadora influencia de la causa» es peligrosa, sucumbiendo Jordano en el peligro; no queda claro el importantísimo texto de la nota de las páginas 324 y 325 relativo a los límites constitucionales, ya operativos en Derecho privado, a la autonomía privada; en nota a página 370-371 debió omitir la referencia que hace a la *UCTA (Unfair Contract Terms Act)*, pues no está hablando aún de la responsabilidad contractual en condiciones generales; yo no estoy tan seguro de que los principios de orden público tengan un ámbito más amplio que los principios generales del Derecho; más bien puede suceder al revés: que haya principios generales del Derecho que no sean de orden público (*vid.*, pág. 403, en nota). Asimismo, en una obra ultradocumentada como ésta se detectan algunas omisiones bibliográficas que no debieron darse (aunque sobre la bibliografía que debe usarse hay mucho de discutible): por ejemplo, el autor debió aludir, en sede de responsabilidad extracontractual y riesgo (especialmente págs. 303 y ss.), a la corriente doctrinal denominada *Law and Economics*, muy conocida (aunque no bien conocida) en España; en página 418, al referirse a la responsabilidad del fabricante, debió citar el libro de Rojo, *La responsabilidad civil del fabricante*, Bolonia-Zaragoza, 1974; y en página 580, al relacionar —acertadamente— el artículo 1.903 con el 1.904 del Código civil, no debió omitir la cita de la obra que más pormenorizadamente planteó el tema: la de Rogel, *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español*, Madrid, 1976, especialmente páginas 160 y siguientes.

Todo lo dicho equivale a la anécdota de quien, pretendiendo disminuir la extrema belleza de un cuadro, alegaba que su autor no pintaba bien las patas de

los caballos: las últimas líneas han descrito con microscopio dichas patas. Del resto del lienzo ya tiene el lector la reproducción casi completa: mirémoslo por última vez, dirigiendo nuestra vista a algunos aspectos singularmente brillantes en los que se advierte más nítidamente la soberbia calidad de la monografía.

Trasfondo de la obra es el principio informador e inspirador de su contenido: la tutela del crédito, como se ha examinado ya: la protección del interés de cada acreedor es un medio para obtener la protección del sistema: el derecho subjetivo no es sólo una técnica para conseguir la paz social dirimiendo posibles conflictos, sino que también actúa como instrumento del intervencionismo económico del poder político, lo que conlleva una determinada actitud ideológica que Jordano Fraga no manifiesta claramente defender, pero que sí declara acorde con el espíritu de los Ordenamientos europeos (occidentales, matizo yo): la satisfacción de los intereses particulares es el mejor modo de satisfacer —y el mejor medio para satisfacer— el interés general: *vid.*, págs. 68, 274, 326, 373 y 374, entre otras. No es éste, por motivos obvios, el lugar adecuado para profundizar en el tema; pero sí lo es para ensalzar la precisión y claridad con que el autor aborda la cuestión.

Perfecta la exposición y perfecta la crítica de la tesis de Osti —en quien tanto se inspira Jordano— sobre el deber de conservación, y perfecto el análisis del tema del contenido complejo de la relación obligatoria: la buena fe, en efecto, hace que, junto al deber de prestación propiamente dicho, haya otros deberes (págs. 221 y ss.), presentando especial interés el tema del deber preparatorio del cumplimiento (pág. 223), así como los clarificadores textos de las páginas 224 y 225.

Debo destacar, asimismo, las páginas (191 y ss.) destinadas a describir las discusiones doctrinales sobre la equiparación o la diferenciación entre la destrucción de la cosa y el extravío (*interitus rei* y *amissio rei*, respectivamente); el correcto planteamiento del *casus propter moram* (pág. 219, en nota); la perfecta distinción entre las responsabilidades contractual y extracontractual en relación con la doctrina del riesgo (págs. 276 y ss., especialmente 282-283 y 298 y ss.), tratamiento ya comentado y, en parte, criticado, pero, en conjunto, desenvuelto de una manera deslumbrante, comunicando ambos campos y separándolos donde se da una diferencia estructural insalvable; la impecable formulación de sus tesis sobre la carga de la prueba, especialmente en páginas 293-294; el modo de abordar el verdadero alcance del artículo 1.102 del Código civil (dolo, culpa grave), con particular referencia a la necesaria represión de técnicas fraudulentas o semifraudulentas para eludir la coactividad inducida de ese precepto (limitación de responsabilidad a través de cláusula penal, arras, etc.) (págs. 338 y ss.); la acertada calificación del principio de protección de los consumidores *también* como principio general del Derecho, siguiendo a A. Bercovitz y a mí (pág. 408) (sigo de acuerdo conmigo mismo en este punto); la también acertada opinión del autor (opinión minoritaria, que comparto) sobre las obligaciones negativas (págs. 472 y ss.): magnífica la exposición de cómo y por qué surge la tesis que él combate; la excepcional reflexión sobre el *receptum* (págs. 479 y ss., especialmente pág. 490, una de las cúspides de la obra); o la adecuada referencia a la responsabilidad contractual de determinados empresarios, asimilables a los hosteleros, en lo tocante al deber de adopción de medidas de seguridad en favor de sus clientes (especialmente págs. 520-521); sin olvidar el documentado tratamiento de un curioso problema atinente al comodato, contenido, en nota, en pági-

nas 594-595, o la divertida alusión a un espectacular error cometido por unos enmendantes (págs. 387-388, en nota), o a una espeluznante (*sic*) traducción (págs. 498, en nota): que un libro tan serio y tan preciso, tan sin concesiones a la engañosa facilidad, tenga un hueco para el humor se agradece.

Por último, unas observaciones generales, de carácter preferentemente metodológico: porque es en el campo metodológico donde quizá la obra me parezca más encomiable: Jordano Fraga formula unas tesis que fundamenta hasta el final, exhaustivamente, con un extraordinario escrúpulo en el manejo de textos doctrinales, jurisprudenciales y de Derecho español y comparado, tanto civil como mercantil, navegando con igual facilidad ante preceptos de carácter general como ante otros atinentes a figuras concretas a veces muy alejadas del campo ordinario de observación de un civilista. Parece que hay innecesarias repeticiones, pero, con frecuencia, tales aparentes repeticiones, impuestas, además, por una férrea y perfecta sistemática, se deben al deseo del autor de mostrar al lector la misma realidad desde diversas perspectivas; no se trata, tampoco, de introducir miméticamente en España corrientes extranjeras, sino de, conociendo éstas a fondo, comprobar si y hasta qué punto reflejan el espíritu del Derecho español, siendo Jordano un magistral intérprete de éste, tanto a través de su historia como de las necesidades económico-sociales de su presente. Algún texto (por ejemplo, el de la pág. 425, al principio del último capítulo) parece indicar que la obra incurre en conceptualismo; nada más lejos de la realidad: el autor no extrae, mediante deducción, soluciones a problemas suscitados en sede de hospedaje, depósito, comodato, etc., de los principios generales antes expuestos, sino que, estudiando las soluciones defendibles para tales casos, comprueba que se corresponden con la acorde con aquellos principios generales, lo que refuerza éstos: lo que, a mi juicio, a veces no se da con la claridad que el autor dice percibir (por ejemplo, pág. 482, en nota).

¿Se extrañará, pues, a la vista de lo dicho en esta *Nota crítica*, el lector si digo que nos hallamos ante una de las monografías españolas más importantes de los últimos años? Francisco Jordano Fraga, con una madurez sorprendente para su edad, ha aprovechado admirablemente las enseñanzas de sus maestros los Profesores Galgano y López López, así como las de su padre, el Profesor Jordano Barea, que ha encontrado en Francisco un formidable sucesor.

LUIS-HUMBERTO CLAVERÍA GOSÁLBEZ

Libros

DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis: «La doctrina del enriquecimiento injustificado»; «Contestación», de **DE LA CAMARA ALVAREZ, Manuel;** Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1987, 212 páginas.

Este importante volumen, tras la referencia a la Real Academia y al citado título del estudio, contiene, en su portada, el texto siguiente: «Discurso leído el día 14 de diciembre de 1987, en el acto de su recepción como Académico de número, por el excelentísimo señor don Luis Díez-Picazo y Ponce de León. Y contestación del excelentísimo señor don Manuel de la Cámara Alvarez. Madrid, 1987». Se trata, pues, de un importante acontecimiento para el nuevo Académico y para la Academia, pues otra vez más ésta recoge dentro de sí a quien hace honor con sus merecimientos a tal distinción. El volumen se compone de trabajos de dos de nuestros más brillantes juristas, que reflexionan con su habitual maestría acerca de un arduo y desconcertante tema, el del enriquecimiento injustificado, lo que hace inecesaria cualquier alusión al interés de estas páginas. Las modestas líneas que siguen pretenden sólo presentar la obra —*rectius* las dos obras—, mediante una somerísima descripción de su contenido y unos breves apuntes acerca de los cruciales problemas que se suscitan.

El estudio del profesor Díez-Picazo, titulado, como dije, *La doctrina del enriquecimiento injustificado*, viene precedido de un *Preliminar* (páginas 9 a 16 del volumen), en el que, tras mostrar su gratitud a la Real Academia y evocar extensa y emocionadamente la figura de su antecesor en ella don Federico de Castro —de quien hace una escueta pero ilustrativa nota biográfica—, anuncia el tema de su disertación, alegando su interés por desentrañar el sentido de máximas o aforismos que de modo confuso se invocan en la teoría y en la práctica jurídicas.

Su trabajo contiene tres partes, completadas con un texto final. En la primera, titulada *El problema*, compuesta de un solo capítulo llamado «Introducción», tras aludir al texto del Digesto 50, 17, 206, atribuido a Pomponio, según el cual, «... *ex iure naturae aequum est nemine cum alterius detrimento aut iniuria fieri locupletiolem*,» y a que «... La consideración de las *regulae iuris* como principios cardinales o fundamentales del Derecho resulta... contradicha por la mejor doctrina historicista» (página 17), no tratándose de principios de Derecho, sino de «condensación de unos saberes jurídicos», de unos *loci* (página 18), indica que la máxima conoce luego una fortuna extraordinaria, sobre todo al ingresar en Las Partidas (7, 34, 17), ya que «... enlaza (con ellas)... la tradición de los juristas prácticos y de la curia que da lugar a una antigua jurisprudencia del Tribunal Supremo, ampliamente desarrollada en la segunda mitad del siglo XIX» (*ibidem*). Sigue, por ello, una pormenorizada exposición de sentencias (páginas 18 y si-

güentes) que sirven de ejemplo partiendo del año 1867 y llegando hasta 1966, existiendo en esta evolución dos fases: la segunda fase parte de la influencia que, tras la guerra civil y por obra de don José Castán Tobeñas, tiene la publicación, en 1934, de la monografía de don Rafael Núñez Lagos titulada *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*. Tras el mencionado *excursus* jurisprudencial, hallamos otro doctrinal (páginas 26 y siguientes), siendo recordadas las aportaciones del citado Núñez Lagos, de Roca Sastres y Puig-Bruteau, de Puig-Bruteau en solitario, de Alvarez Caperochipi, de Hernández Gil, de Albaladejo, de Lacruz y del mismo Díez-Picazo en colaboración con Gullón.

La segunda parte se titula *Las construcciones doctrinales*, versando su primer capítulo sobre «La caracterización del enriquecimiento sin causa como un principio general del Derecho»: sintetizando al máximo las ideas del autor, podemos decir que en esas páginas (37 y siguientes), éste apunta: 1.º Que debe hablarse en todo caso de «enriquecimiento sin causa» y no de «enriquecimiento injusto»; 2.º que no parece que se trate de un verdadero principio general del Derecho, sino de un «principio jurídico», un *locus* (página 46); 3.º «que es posible en el Derecho español sostener que existe una institución legislativamente activa y jurisprudencialmente diseñada» (*ibidem*), esto es, que la figura está regulada en nuestro Derecho, debiendo, pues, estudiar su ámbito y su *modus operandi* antes de entrar en analogías y principios: *vid.*, artículo 10, número 9, del Código civil (redacción del Decreto 1.836/1974, de 31 de mayo), Ley 508 de la Compilación del Derecho civil Foral de Navarra, aprobada por Ley 1/1973, de 1 de marzo, y artículo 65 de la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque. El segundo capítulo, llamado «La consideración del enriquecimiento sin causa como una fuente de las obligaciones» (páginas 50 y siguientes), aborda las relaciones de la figura en cuestión con los contratos, los cuasicontratos y el Derecho de daños, debiendo destacarse la proximidad entre este campo del Ordenamiento y el del enriquecimiento sin causa, aunque pueden distinguirse, pues cabe enriquecimiento injustificado sin daño y viceversa. El tercer capítulo, denominado «La tesis del enriquecimiento sin causa y el control causal-funcional de los desplazamientos del valor y la teoría de la causa» (páginas 60 y siguientes), al referirse a la paulatina sustitución de la expresión «enriquecimiento injusto» por la de «enriquecimiento sin causa», suscita, a la luz de la comparación entre la tradición jurídica francesa y la solución del párrafo 812 del B.G.B., el arduo problema del concepto de causa de la atribución patrimonial, mostrando Díez-Picazo su perplejidad ante dicho concepto, «dando la razón a quienes sacan la conclusión de que es imposible una fórmula única» (página 65) y advirtiendo las profundas diferencias existentes entre el Ordenamiento alemán y el nuestro en esta materia: desaparecida en Alemania —al contrario que en Francia— la causa del contrato y acogido el negocio abstracto, se requiere una regulación minuciosa de las *conditiones* para controlar la «justicia» de los desplazamientos patrimoniales, lo que carece de sentido en Francia y aquí (páginas 66-67). Esta segunda parte finaliza con un pequeño capítulo titulado «La aparición de un “Derecho de restituciones” y su significado» (el cuarto), en el que se trata de la figura en el ámbito del *Common Law*. De todo lo dicho hasta el momento se infiere que el autor no da como seguro que exista, en Derecho español, un principio general de prohibición de enriquecimiento sin causa: si el desplazamiento se produjo por contrato y éste se anula o rescinde, la restitución viene contemplada expresamente por la Ley (arts. 1.295 y siguientes, y 1.303 y siguientes del Código civil); pero si

el desplazamiento se produjo por otra vía, parece que la norma general es precisamente la opuesta, esto es, el mantenimiento de la situación, valiendo sólo la restitución en los casos acotados expresamente en la Ley: artículos 1.887 y siguientes del citado Código, y hoy, artículo 65 de la antes aludida Ley Cambiaria: como se verá, será precisamente a partir de estos casos desde donde Luis Díez-Picazo construirá sólida y fundadamente su *corpus* de soluciones ensanchando notablemente el ámbito de operatividad de este *locus*.

La tercera parte se llama *La reconstrucción del problema*, titulándose su primer capítulo «La necesaria revisión de la categoría y la historia de la formación de los dogmas»: en él se expone minuciosamente la evolución histórica del pretendido principio objeto de nuestra atención partiendo del texto de Pomponio y deteniéndose principalmente en el examen de los textos justinianos más frecuentemente utilizados por los glosadores, en el que los juristas humanistas y en el de los representantes del Derecho natural racionalista, lo que le hace desembocar en los primeros Códigos, en Savigny y en los Pandectistas, abriendo una vía hasta el Código civil alemán (seguido en esta materia por el suizo, el italiano de 1942 y el portugués de 1966) y otra hasta el Código civil francés, cuyos antecedentes históricos son observados con detenimiento con la finalidad de explicar una determinada orientación jurisprudencial que, a causa de una apreciación que el autor reputa superficial, se consideró de origen alemán: «... podemos... aventurar la hipótesis —escribe el autor en página 93— de que la aparición en la jurisprudencia francesa de la máxima prohibitiva del enriquecimiento a costa de otro se ha debido fundamentalmente a una difusa herencia del Derecho común anterior a la codificación y a su subsistencia en la práctica forense. Sin embargo, cuando la máxima se generaliza y recibe una notoria dinamización... se detecta ya una influencia germánica que es significativa en orden a la definitiva concreción de la regla». El capítulo segundo, «La necesidad de formación de tipos y el análisis de supuestos particulares», partiendo de la crítica a la excesiva abstracción de las llamadas «cláusulas generales» como la del párrafo 812 del BGB —crítica apoyada en la opinión de diversos autores alemanes—, alude a la necesidad de una dosis de concreción, pues «... todo lo que sea moverse en el plano de la abstracción no permite nunca salir de la abstracción» (página 96): «... sólo construyendo una tipología es posible comprender el instituto que nos ocupa» (*ibidem*); la tipología escogida por el autor es la preconizada en la doctrina alemana, según la cual cabe hablar de dos tipos de *condiciones*: la *condictio* por prestación (*durch Leistung*) y la *condictio* por intromisión (página 98). En el capítulo tercero, llamado precisamente «La «*condictio*» de prestación y el campo jurídico obligatorio», se plantea Díez-Picazo, mediante un pormenorizado análisis de las doctrinas francesa y española, si no cabría extender el ámbito del artículo 1.895 de nuestro Código civil (literalmente referido a la *condictio indebiti* en sentido estricto, pues habla de lo que se cobró indebidamente por error) a las otras *condiciones* de prestación: *ob causam finitam, ob rem, etc.*, pregunta a la que «con algún esfuerzo» (página 112), contesta afirmativamente, amparándose en argumentos históricos y literales: «... la idea del *indebitum* alude primeramente a la falta de obligación..., pero puede entenderse referida a todo aquello que es contra derecho, sin título o sin razón. Ello permitiría encuadrar en el cobro de lo indebido los casos de *condictio* de prestación más allá de la estricta *condictio indebiti*» (páginas 112-113). Similar operación advertimos en el capítulo cuarto, atinente a la «*condictio*» por intromisión y el ejercicio de los derechos

reales»: tras la pertinente introducción explicativa, se pregunta el autor: «¿Cuáles son los casos generales de aplicación de la llamada *condictio* por intromisión? Creo —contesta— que *grosso modo* es posible reconocer dos: la utilización de bienes ajenos y el ejercicio eficaz del *ius disponendi* sobre un bien ajeno» (página 117): respecto de la utilización de bienes ajenos, se detiene el ilustre Magistrado en preceptos del Código civil atinentes a la accesión y a la posesión y en otros pertenecientes a la legislación de la propiedad intelectual y de la propiedad industrial (patentes, en concreto), de lo que infiere que «... es factible construir en el Derecho español la figura de la *condictio* por intromisión, en los casos de uso y disfrute de bienes ajenos, que carezca de justificación suficiente, respetando siempre... la casuística de los textos legales y viabilizando una interpretación extensiva de los mismos, o su aplicación analógica» (páginas 122-123); respecto de ejercicio indebido del *ius disponendi*, alude el autor a los artículos 464 y 1.164 del Código civil y 34 de la Ley Hipotecaria: la protección de la apariencia no debe impedir que el empobrecimiento inmotivado sea corregido (páginas 123-124). Por último, el capítulo quinto («La “*condictio*” por inversión o por desembolso») se refiere a los casos «... en que la transferencia no debe calificarse como prestación, pues, si así fuera, nos encontraríamos de lleno en el caso de la «*condictio* de prestación». No debe... existir actividad del transferente enderezada a cumplir una finalidad comercial en relación con el beneficiario» (página 124). «En la doctrina se suelen colocar en este apartado dos hipótesis distintas: el derecho del tercero que paga una deuda ajena... y el caso de quien realiza gastos en una cosa o en un bien ajeno» (página 125). Para el autor, el primer caso (*condictio* de regreso) posee un régimen legal específico (arts. 1.158 y 1.210 del Código civil), quedando, por esto, fuera del tratamiento general del enriquecimiento sin causa (página 126); el segundo (*condictio* por expensas) sí cabe, al menos, en cierta medida (página 128).

El estudio termina con una parte cuarta titulada *Final*, en la que el nuevo Académico expresa su convicción de que su examen del enriquecimiento injustificado no ha sido exhaustivo, aludiendo, para demostrarlo, a puntos importantes que ha dejado sin abordar; el sentido de su investigación ha sido esencialmente «... intentar una tipificación o formación de tipos que permitan una concreción de la regla, con el doble efecto de hacerla más fácilmente inteligible y más fácilmente aplicable, o lo que es lo mismo, inaplicable» (página 131).

Paso ahora a resumir el escrito de *Contestación* de Manuel de la Cámara, escrito precedido, asimismo, de otro Preliminar (aunque no lleva nombre), en el que se mencionan sucintamente los datos biográficos de Luis Díez-Picazo y se alude a sus obvios merecimientos para obtener la condición de miembro de la Real Academia.

Comienza el prestigioso Notario de Madrid recordando que el tema del enriquecimiento injusto es muy discutido y que ha sido frecuentísimamente invocado por el Tribunal Supremo, aludiendo después al confuso origen histórico de la *condictio*, a su obvia relación con el enriquecimiento sin causa y a su evolución a través del tiempo. No obstante, yendo rápidamente al núcleo de su aportación, escribe: «... e problema que centra hoy la atención de los estudiosos del enriquecimiento injusto o sin causa es el de acotar lo más exactamente posible su campo de aplicación» (página 148), de modo que se requiere «... una concreción más o menos elástica de los casos en que puede ejercitarse con éxito la acción correspondiente...» (*ibidem*). «Esta preocupación por la concreción —escribe más ade-

lante, en página 152— constituye, a mi parecer, el *leiv motiv* que inspira el discurso y que yo, en buena parte, comparto, sobre todo porque... el Tribunal Supremo se ha valido del principio prohibitivo del enriquecimiento injusto con fluidez quizás excesiva, tal vez porque no ha trazado exactamente la separación entre enriquecimiento injusto de un lado y enriquecimiento sin causa por otro.» Tras aludir a que dicho alto Tribunal ha proclamado que nos encontramos ante un principio general del Derecho (lo que De la Cámara no rechaza), inquiera en qué consisten los principios generales: respondida la pregunta, afirma que «... la interdicción del enriquecimiento injustificado puede elevarse al rango de principio general del Derecho» (página 154), si bien tal afirmación, mero punto de partida, debe ser matizada y atemperada con el principio de seguridad jurídica, lo que provoca que sólo deba entenderse prohibido el enriquecimiento sin causa, no el injusto con causa, lo que ya viene apuntado en la exposición de Díez-Picazo (página 156). Se ocupa seguidamente de esta distinción aludiendo a varias sentencias del Tribunal Supremo caracterizadas, según él, por eludirla y desemboca así en el concepto de causa, sobre el que se extiende en interesantes reflexiones, que le impelen a concluir que «... hay enriquecimiento sin causa justamente cuando la causa falta, y causa es... la causa eficiente» (página 172), afirmaciones a las que seguidamente añade algunas puntualizaciones: 1.ª) «... en los sistemas causalistas como el español la acción de enriquecimiento no procede si el desplazamiento patrimonial tiene su origen en un contrato, aunque éste sea nulo, anulable, rescindible, revocable o resoluble» (*ibídem*); 2.ª) «... al margen de los negocios jurídicos puede ser causa justa cualquier hecho que el ordenamiento jurídico considere fundamento suficiente del enriquecimiento» (página 175), entre otros, los contemplados en el artículo 1.901 del Código civil, y 3.ª) dicho Código a veces sanciona como definitivo un enriquecimiento pero permite una compensación para el empobrecido. De ahí llega el ilustre Académico a sus conclusiones nucleares: «... todo lo expuesto pone de relieve —escribe en página 187—... que es menester aceptar la existencia de una acción de enriquecimiento sin causa de carácter general que cubriría los supuestos no contemplados especialmente por la Ley. Esta acción, a falta de un precepto expreso que sancione la llamada cláusula general, tiene que encontrarse en la interpretación de alguna norma positiva o remontándose a los principios. Yo me inclino por esta solución porque los intentos de fundar una *condictio sine causa generalis* en el artículo 1.901... parecen condenados al fracaso»: el autor se refiere a Núñez Lagos y a Lacruz, frente a quienes alega que el artículo 1.901 no sirve para inducir una *condictio sine causa generalis* porque no es cierto que no exija error y porque lo más que podría inferirse de él sería lo que Díez-Picazo llama «*condictio* por prestación», no las otras *condiciones*, y menos un principio general. Más adelante (especialmente en páginas 190-191), Manuel de la Cámara remacha su parecer insistiendo en que él no se opone a la vigencia del principio general en cuestión, siempre que, en aras de la seguridad jurídica, queden separados enriquecimiento sin causa y enriquecimiento injusto, siempre que se fijen claramente los requisitos de la acción y siempre que se reconozca el carácter subsidiario de ésta: precisamente el tema de la subsidiariedad viene tratado en las últimas páginas, aludiéndose a los Ordenamientos francés, italiano y español y deteniéndose especialmente en aspectos importantes del enigmático artículo 65 de la nueva Ley Cambiaria española. De la Cámara finaliza su exposición afirmando, ya con carácter general, que «... si bien pueda haber divergencias entre Díez-Picazo y yo en algunos puntos, los

dos, cada uno transitando por un camino distinto, coincidimos en lo fundamental. Ni la acción de enriquecimiento puede quedar constreñida a las disposiciones aisladas y dispersas que la recogen más o menos claramente ni es admisible tampoco erigirla en una especie de panacea apta para corregir cualquier entuerto jurídico» (página 208).

Lo más ilustrativo que puede decirse del Dicurso es que su calidad y, sobre todo, la actitud con la que está elaborado y que se adoptó al elaborarlo, se corresponde con lo que podía esperarse de un autor cuya significación en la historia de la literatura jurídica española no tengo que comentar: insisto sobre la actitud: Luis Díez-Picazo se comporta ante el problema —que detecta nitidamente— con el genuino talante del investigador, con la prudencia escéptica de quien tanea sin seguridad: oye, lee, incluso escribe, desde hace años, que existe un principio general del Derecho que prohíbe el enriquecimiento injusto; pero ahora se decide a indagar si ello es cierto y hasta qué punto, pues un recorrido riguroso y crítico a través del Ordenamiento le sugiere que con frecuencia los desplazamientos patrimoniales no claramente causalizados son consolidados por la Ley, que impide la restitución; y que otras veces dicha restitución viene dada mediante otras técnicas o a través de otros moldes: devolución de lo entregado como efecto de la nulidad, anulación, rescisión, resolución o revocación; regreso o *actio de in rem verso* en el supuesto del llamado pago por tercero, etc. El método escogido me parece el único posible: digámoslo con sus palabras, ya en parte transcritas antes, de la página 131: «... revisar la historia del dogma para delimitar con claridad el precipitado que la misma nos proporciona reduciendo así su campo de aplicaciones; e intentar una tipificación o formación de tipos que permitan una concreción de la regla...». El autor indaga en qué casos permite la Ley la restitución, explicando el origen histórico de cada precepto sin olvidar el marco del Derecho comparado y la evolución jurisprudencial; seguidamente separa del ámbito del hipotético principio los casos que, como dije líneas antes, reciben tratamiento diferenciado (por ejemplo, arts. 1.295 ó 1.303 del Código civil); delimitados los casos en los que sí cabe restitución y en los que, aun dándose desplazamiento injustificado, no cabe, plantea el problema crucial del ámbito de la regla, el de si cabe extender la *condictio* (permítaseme emplear esta expresión para el Derecho español) a supuestos similares a los expresamente contemplados en la Ley: debo destacar, por su interés y claridad, la operación inductora, fundada en parte en argumentos literalistas e históricos, que Díez-Picazo lleva a cabo, en páginas 112 y 113, partiendo del artículo 1.895 del Código: frente a textos de Proyectos que le anteceden y que hablan de «pago de lo indebido», el artículo 1.895 habla de «cobro», lo que faculta al autor a extender la regla de la repetición desde el pago de lo indebido por error hasta todas las *condiciones* de prestación: «... cobrar —escribe— significa ciertamente percibir el acreedor la cantidad adeudada, pero significa también *adquirir*... algo...; la idea del *indebitum* alude primeramente a la falta de obligación..., pero puede entenderse referida a todo aquello que es contra derecho, sin título o sin razón» (página 112). Dígase lo mismo de la escrupulosidad con la que critica la posición de quienes (Núñez Lagos, Lacruz Berdejo) se amparan en el artículo 1.901 para inducir una *condictio sine causa generalis* (páginas 33-34), lo que luego hará De la Cámara con igual maestría (páginas 187 y siguientes). Espléndido, asimismo, el tratamiento de la «*condictio* por intromisión» (páginas 113 y siguientes), especialmente en su juego en materia de propiedad intelectual e industrial (aún no estaba vigente, al redactarse

estas líneas, la nueva Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual). Más confusa, no obstante, me parece la figura (importada: es la llamada *Aufwendungskondition*) de la «*condictio* por inversión o por desembolso» (páginas 124 y siguientes): me parece que los supuestos planteados por el profesor Díez-Picazo en este apartado, o encajan en la *condictio* de prestación, o en la *condictio* por intromisión, no siendo, en mi opinión, necesaria ni conveniente esta tercera casilla.

Magistral su análisis histórico de los textos desde página 71 en adelante, especialmente los romanos, y magistrales, asimismo, sus exposiciones jurídico-comparadas expresando las diferencias técnicas utilizadas para atender similares problemas: repárese, por ejemplo, en el tratamiento de la comparación entre el Derecho alemán y el francés: caracterizado el primero por la abstracción en la transmisión derivativa de los derechos reales, se impone una minuciosa regulación de las *conditiones*, siendo insuficiente la cláusula general del parágrafo 812 del BGB; lo que no se plantea en el segundo. Interesante el tema que se apunta en página 105: me refiero al «... problema de los pagos indebidos sin error, cuando no hay título de liberalidad ni justa causa que determine la adquisición de la propiedad por el *accipiens*».

En síntesis, el lector tiene la fortuna de reconocer en estas páginas a la misma pluma de otras veces. Sin más comentarios.

Similares afirmaciones cabe hacer del Discurso de Contestación de Manuel de la Cámara: impecable y riguroso hasta el extremo, el texto del ilustre Notario y Académico llega, como él dice al final, a conclusiones similares a las de Díez-Picazo: magnífica su interpretación de los textos que suelen infundadamente ser invocados para inferir el principio general: me pregunto, no obstante, cómo remontarnos a tal principio —que De la Cámara no niega— sin inducirlo de tales textos positivos (cosa posible, pero habría que decir cómo). Magistral, asimismo, su distinción, en línea con lo propuesto por el Catedrático de Madrid y nuevo Académico, entre enriquecimiento injusto y sin causa (especialmente página 156), defendiendo que el principio sólo comprende la prohibición de éste, no la del enriquecimiento injusto pero con causa. No consigo, sin embargo, a pesar de la precisión y claridad del autor, comprender bien todas las argumentaciones en sede de interpretación del artículo 65 de la nueva Ley Cambiaria (páginas 200 y siguientes).

Un par de observaciones finales: 1.^a) Ninguno de los dos autores, ni Díez-Picazo ni De la Cámara, fundamentan, a mi juicio, la existencia de un verdadero principio general: el primero, ni lo defiende explícitamente, pues habla sólo de diferentes ámbitos en los que actúan principios opuestos, el de la repetición y el del mantenimiento de la atribución; el segundo se limita a no negarlo y a decir que de los preceptos positivos no se puede inferir. 2.^a) Los dos autores siguen —como casi toda la doctrina— desconcertados acerca del concepto de causa del negocio jurídico: Díez-Picazo (páginas 64 y siguientes) y De la Cámara (páginas 169 y siguientes) muestran su perplejidad, que aumenta al distinguir la causa «latina» del *Grund* del BGB: ¿No advierten que tal vez (la causa) del contrato (*sic.*) es un *Grund* más? Pero esto requeriría cincuenta páginas más, que debo eludir.

A Luis Díez-Picazo y a Manuel de la Cámara, sincera gratitud por concedernos la oportunidad de aprender lo que este volumen contiene.

GONZALEZ PEREZ, Jesús (con la colaboración de Pedro GONZALEZ SALINAS): «Comentarios a la Ley del Suelo», 5.^a edición, editorial Civitas, S. A., Madrid, 1988, tres tomos, 2624 páginas.

Los «Comentarios a la Ley del Suelo» de Jesús González Pérez son, sin duda, el más clásico de los libros españoles sobre el urbanismo. Su primera edición hizo comprender a muchos estudiosos del tema la Ley de 1956, por tantos conceptos difícil, y cuya profunda modificación por la de 2 de mayo de 1975 recreó la inicial dificultad, que de nuevo pudo ser removida gracias a las ediciones 2.^a y 3.^a de tales «Comentarios» (1976 y 1977), referidas al Texto Refundido de ambas Leyes, aprobado por Decreto de 9 de abril de 1976, y la 4.^a (1981), en dos tomos y con la colaboración de Pedro González Salinas, facilitó también la comprensión de los nuevos Reglamentos que, en 1978, pretendieron completar el ordenamiento urbanístico español (que, en principio, era un ordenamiento estatal de aplicación general, aunque respetara los regímenes especiales de Alava y Navarra y contuviera disposiciones especiales para las áreas metropolitanas de Barcelona, Bilbao, Madrid y Valencia, a la par que anticipaba que dicho ordenamiento estaba abocado a un inminente proceso de profunda transformación, en virtud de los principios de organización territorial del Estado, políticos y sociales, que inspiraba (arts. 1.2, 45 al 47 y 137 a 149, principalmente) la Constitución. Y ello se cumplió.

Ya el Real Decreto-Ley 3/86, de 16 de enero, había iniciado la reforma (culminada, por ahora, con la Ley 7/85, de 2 de abril, el Texto Refundido aprobado por el Decreto Legislativo 781/86, de 18 de abril, y los Reglamentos de bienes y de organización, funcionamiento y régimen jurídico y de población y demarcación territorial) del ordenamiento de las Corporaciones Locales, con repercusión en el urbanístico: éste fue objeto directo de modificaciones puntuales, pero sustantivas, en virtud del Real Decreto-Ley de 16 de octubre de 1981 (convalidado por el Congreso el 4 de noviembre), y más tarde, la Ley 16/1985, de 25 de junio, sobre el Patrimonio histórico-artístico español, incidió también en dicho ordenamiento, como ocurrió, desde el punto de vista orgánico, con la reorganización del M.O.P.U. (Ley 50/84, de 30 de noviembre, y Decretos 1.654/1985, de 3 de julio, y 89/1977, de 23 de enero); todo lo cual implicaba la modificación, en mayor o menor grado, de lo previsto en los artículos 5, 18, 19, 25 al 30, 32, 33, 35, 36, 39 al 43, 47 al 51, 70, 75, 145, 149, 170, 180, 192, 194, 196 al 203, 207, 210 al 212, 224, 228 y 230, disposición final 4.^a y disposiciones transitorias 1.^a y 2.^a del Texto Refundido.

Pero, parcialmente, el ordenamiento urbanístico español se veía afectado mucho más profundamente que por las disposiciones hasta ahora aludidas, por las dictadas por las Comunidades Autónomas, que desde 1979 a 1983 se habían ido constituyendo, y asumieron en sus Estatutos la competencia exclusiva (tanto ejecutiva como legislativa) en materia de «ordenación del territorio, urbanismo y vivienda» (arts. 148 y 1.3 de la Constitución). Desde 1980 hasta 1987 tales Comunidades han dictado, por ejemplo, las siguientes leyes: la Generalitat de Catalunya la 4/1980, de 16 de diciembre, creando el Instituto Catalán del Suelo; 9/81, de 18 de noviembre, de protección de la legalidad urbanística; 23/83, de 20 de noviembre, sobre política territorial; 3/84, de 9 de enero, de medidas de adecuación del ordenamiento urbanístico, y 7/87, de 4 de abril, por las que se establecen y regulan actuaciones públicas especiales en la «conurbación» de Barcelona y en

las comarcas comprendidas dentro de su zona de influencia directa; la Comunidad de Madrid, las Leyes 4/84, de 10 de febrero, sobre medidas de disciplina urbanística; 10/84, de 30 de mayo, de ordenación territorial, y 9/85, para el tratamiento de actuaciones urbanísticas ilegales; la de Galicia, la Ley 11/85, de 22 de agosto, de adaptación a Galicia a la Ley del Suelo; la de Murcia, la Ley 12/86, de 11 de noviembre, de medidas para la protección urbanística; la Diputación Foral de Navarra, las Leyes Forales 12/86, de 11 de noviembre, de ordenación del territorio, y 6/87, de 10 de abril, de normas urbanísticas regionales para protección y uso del territorio; el Principado de Asturias, las Leyes 1/87, de 30 de marzo, de Coordinación y Ordenación territorial, y 3/87, de 8 de abril, reguladora de la disciplina urbanística; la Comunidad de las Islas Canarias, las Leyes 1/87, de 13 de marzo, reguladora de los Planes Insulares de Ordenación, 5/87, de 7 de abril, sobre la ordenación urbanística del suelo rústico de la comunidad, y 6/87, de 7 de abril, sobre sistema de actuación de urbanización diferida; la de las Baleares, la Ley 1/87, de 1 de abril, de ordenación territorial de las Islas, y la de Castilla y León, la Ley 5/87, de 10 de mayo, de creación de las Sociedades de Gestión Urbanística como empresas públicas correspondientes a los ámbitos territoriales de la Comunidad (provincias de Valladolid y Zamora), disposiciones seguidas de otras que, en cada Comunidad, han reordenado las competencias ejecutivas que el Texto Refundido atribuía a los órganos de la Administración del Estado o, en su caso, a las de las Áreas Metropolitanas. En definitiva, lo que en 1980 aparecía como un ordenamiento único, estatal y de aplicación general (con escasas especialidades) se ha convertido en una multiplicidad de ordenamientos, que serán tantos como Comunidades Autónomas, en cuanto todas ellas ejerciten su competencia legislativa, lo que, probablemente, ha de ocurrir muy pronto.

Sin prejuzgar aquí los efectos que, en un plazo prudencial, hayan de producir tal multiplicidad de ordenamientos, lo cierto es que las disposiciones a que hemos aludido introducen en el Derecho urbanístico vigente antes de dictarse aquéllas (aún no suficientemente asimilado por los operadores jurídicos) una extraordinaria complejidad adicional, que, en estos momentos, pueden aparecer. Como un laberinto en el que sólo el mítico hilo de Ariadna puede facilitar la orientación. Después de haberse dictado dichas disposiciones, era necesaria, y urgente, una nueva obra sobre el Derecho urbanístico que, recogiendo, y previa su correcta asimilación, ofreciera las claves indispensables para comprender su concreto alcance y los criterios que las fundamentan y, lo que es aún más importante, los que, probablemente, han de inspirar las nuevas disposiciones que, sin duda alguna, habrán de seguirse dictando en el futuro. Tal cosa no era posible en 1981, pero hoy, a la vista de las dictadas desde entonces, lo es ya para González Pérez y González Salinas. Y así lo prueba la obra que comentamos, que, pese a su título, no se limita a comentar la Ley del Suelo. Lo hace, por supuesto, y lo hace exhaustiva y magistralmente: artículo por artículo; en su texto y en su actual contexto. Pero nos ofrece, también, en el momento y lugar oportunos, el texto de las disposiciones de las Comunidades Autónomas relacionadas con el tema a que cada artículo de la Ley del Suelo se refiere, y su glosa, también exhaustiva y magistral, que nos proporciona las claves necesarias para comprender, no sólo el presente de nuestro complejo ordenamiento urbanístico, sino también su seguro —e inminente— futuro.

En tal sentido destacan, sobre todo, los comentarios a los artículos 1 al 6,

8 y 9 (competencias y planeamiento en general), 18 y 19 (conservación y valoración del patrimonio histórico y artístico de la Nación y bellezas naturales y protección del paisaje), 22 y 23 (planes especiales para la reforma del medio urbano o rural, de los suburbios de las ciudades y de reforma interior), 39 al 44 (procedimiento para la aprobación del planeamiento), 52 al 54 (iniciativa y colaboración particular en el planeamiento), 55 (publicidad del mismo), 60 y 61 (edificios e instalaciones fuera de ordenación), 63 (cédula urbanística), 75 a 79 (normas de ordenación complementarias y subsidiarias del planeamiento), 78 a 86 (clasificación del suelo), 89 a 93 (Patrimonio Municipal del suelo), 94 a 98 (parcelaciones), 114 a 118 (disposiciones generales sobre la ejecución de los planes), 120 a 134 (sistemas de actuación), 154 a 156 (plazos de edificación forzosa y registro de solares), 159 (renta forzosa de solares, sin edificar), 164 (cesación del régimen de edificación forzosa), 165 a 166 (cesión de terrenos del Patrimonio Municipal del suelo), 178 a 181 (licencias), 184 a 189 (intervención en la edificación y uso del suelo e inspección), 206 y 207 (órganos directivos y gestores en general), 213 (Comisiones Provinciales), 215 a 218 (órganos de la Administración Local), 221 (Registro de la Propiedad), 225 a 231 (infracciones urbanísticas) y 233 (recurso de alzada), disposiciones finales 3.^a a 5.^a y 7.^a.

Es, pues, plenamente justificada la afirmación de que el libro objeto de recensión es (pese a su título) una nueva obra que, como todas las de sus autores, agota las exposiciones doctrinales y jurisprudenciales (en el caso presente, las del Tribunal Constitucional y las del Tribunal Supremo, hasta bien avanzado 1987) sobre las materias a que se refiere, hasta alcanzar respecto de muchas de ellas el planeamiento, los sistemas de ejecución del mismo, las licencias o el régimen jurídico, la categoría de verdaderas monografías, de tanto contenido doctrinal como utilidad práctica, y sin ahorrar, en ninguna de ellas, las opiniones propias de los autores, tanto en el análisis crítico de los textos que comentan y de la jurisprudencia que los ha interpretado como en las sugerencias de «lege ferenda», y todo ello con la claridad expositiva y sistemática a que nos tienen acostumbrados.

No es, pues, raro que esta obra sugiera al lector reflexiones múltiples. Dejar constancia de todas las que han nacido en quien esta recensión escribe la haría extremadamente larga. Pero entre las referidas al Derecho autonómico y al nuevo Derecho de las Corporaciones Locales, que los autores estudian, hay algunas que parece imposible silenciar. La primera, que ya el libro explicita y reitera, y con la que comulgamos, se refiere concretamente a la paradoja (ni imprevisible ni prevista, desde luego) de que los ordenamientos de las Comunidades Autónomas no sólo no hayan reforzado la autonomía de las Corporaciones Locales en la actuación urbanística (ni en la actuación de dichas Corporaciones en cualquier materia), sino que, por el contrario, se hayan conservado (cuando no aumentado) los supuestos de control, intervención y subrogación antes establecidos en beneficio de la Administración estatal (y ahora, en el de las Comunidades Autónomas) y aún hayan desaparecido, prácticamente (también en beneficio de tales Comunidades) competencias que antes estaban atribuidas a Entes Locales, como las provincias y las áreas metropolitanas. La segunda, en algún aspecto (aunque no en su totalidad) marginal (y acaso por ello no totalmente explicitada en el libro objeto de recensión) se refiere al sistema fiscal local. En espera de tantas veces retrasadas como anunciada Ley de financiación de las Corporaciones Locales, las recientes reforma y refundición de las disposiciones vigentes sobre el régimen local han significado, de momento, la práctica reiteración de lo que tales disposiciones

prevían; en gran medida, de lo que dispuso el Real Decreto 3.250/76, de 30 de diciembre, cuya naturaleza reglamentaria es indudable, como ha declarado el Tribunal Supremo en reiteradas sentencias, y ha suscitado, sobre la legalidad de algunos de los preceptos del citado Real Decreto, muchas dudas, que dicho Tribunal ha declarado alguna vez fundadas, y otra (con criterio no siempre indiscutible) infundadas. La circunstancia de que muchos de tales preceptos hayan sido reiterados en un simple texto refundido permite que la legalidad siga siendo discutible, y que su ilegalidad sea declarada, si el Tribunal Supremo (no sujeto a los precedentes, sino exclusivamente a la Constitución y a las leyes y aceleradamente renovado en su composición a partir de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985) enjuicia tales preceptos con un criterio más riguroso que el que en alguna ocasión anterior empleó. No olvidamos el carácter «provisional» del Texto Refundido; pero no puede olvidarse tampoco que el mismo carácter tenía el Real Decreto 3.250/76, y que con el carácter de «Ley provisional» se dictaron, en 1870, la Ley de Registro Civil (que rigió hasta más de mediado nuestro siglo) y la Ley Orgánica del Poder Judicial (que ha regido hasta mediado el año 1985), y por ello no hubiera citado de más que la Ley 7/85 hubiera contenido los preceptos indispensables para otorgar segura y suficiente cobertura legal a los que el texto refundido de 1976 dedica a la materia fiscal, sin perjuicio de que, después, se hubiera dictado esa nueva Ley que —Dios lo quiera— logre garantizar la suficiencia de las Haciendas Locales a que se refiere el artículo 142 de la Constitución, a través de un sistema tributario que cumpla, asimismo, lo ordenado en el artículo 31.1 de la misma Constitución.

Para terminar ya digamos —porque es justo— que la impresión y encuadernación de la obra son inmejorables, y que su utilidad y fácil manejo son realizadas por dos detalladísimos índices que figuran al fin del libro: uno general, que ocupa 69 páginas, y otro analítico, de 24, que ofrece, por orden alfabético, las voces que permiten localizar fácilmente cualquier tema puntual que interese, con precisión y rapidez extremas.

Por todas las razones expuestas, el libro resulta indispensable para cualquier persona interesada en el Derecho urbanístico.

SALVADOR ORTOLA NAVARRO

LASARTE, Carlos: «Curso de Derecho civil patrimonial. Manual para economistas», Madrid, 1987, Editorial Tecnos, un volumen de 595 páginas.

El profesor Lasarte nos ofrece un compendio del Derecho civil patrimonial sintético y claro, con alta calidad expositiva y bien ordenado. Se publica con finalidad docente, pues está destinado a los alumnos de Ciencias Económicas y Empresariales.

A pesar de la presentación modesta del autor, al decir en el prólogo que su propósito es proporcionar a los estudiantes los conocimientos básicos indispensable en materia de Derecho civil patrimonial, lo cierto es que el contenido del

volumen rebasa con creces tales metas. En efecto, se trata de un libro de texto bien elaborado, que adapta perfectamente las nociones jurídico-civiles a las necesidades de los economistas, uniendo a su virtualidad didáctica en el medio universitario, la cualidad de servir al mismo tiempo como libro de consulta para profesionales del Derecho y la Economía.

La obra, accesible y fluida, presenta un evidente carácter práctico, sin prescindir por ello de las explicaciones teóricas y doctrinales allí donde son necesarias o convenientes para una mejor comprensión. Se incluyen, a lo largo de ella, las referencias históricas pertinentes, así como diversos esquemas, cuadrados sinópticos y gráficos, que coadyuvan grandemente a facilitar el entendimiento de determinadas figuras que presentan especial complejidad. A dicha finalidad responde además, y con indiscutible fortuna, la inserción de numerosos ejemplos, generalmente relacionados con supuestos de índole económica, y que pueden calificarse no sólo de clarificadores en grado sumo, sino también de amenos. Es igualmente digna de mención la técnica de remisión interna utilizada, pues permite relacionar unas partes del libro con otras sin dificultad alguna.

El texto aparece dividido en siete partes. La primera de ellas, «Introducción», consta de un solo capítulo, titulado «Relaciones económicas y sectores jurídicos». Es de destacar aquí el método expositivo de aquellas ramas o sectores del Ordenamiento jurídico, cuyo estudio considera el autor de mayor interés para los economistas, con mención de los factores sociales que hicieron necesarias las respectivas regulaciones, así como el contenido de éstas.

La segunda parte, «El Ordenamiento jurídico y los derechos subjetivos», comprende siete capítulos, dedicados, respectivamente, a la norma jurídica en general, la Constitución, fuentes del Derecho, el ordenamiento jurídico comunitario, aplicación y eficacia de las normas jurídicas, los derechos subjetivos y la tutela judicial de los derechos.

A lo largo de los seis capítulos siguientes, integrantes de la parte tercera («Los sujetos de la actividad económica privada y su contemplación jurídica») se analiza la normativa referente tanto a la persona física como a la jurídica y a la figura de la representación. Junto a todo ello, se incluyen las regulaciones propias del régimen económico matrimonial y de la herencia.

«Las bases del sistema económico; la propiedad privada», es el título de la cuarta parte de esta obra, dividida, a su vez, en cinco secciones (capítulos 15 al 27). La primera de estas secciones trata de las bases constitucionales del sistema económico español. La segunda está dedicada a la propiedad privada, entendida como pilar básico del sistema económico que diseña nuestra Constitución, y abarca la propiedad ordinaria, las propiedades especiales, la comunidad de bienes y la propiedad horizontal. La posesión y los derechos reales en general se contemplan en la sección tercera, mientras que la quinta se ocupa de los diferentes tipos de derechos reales. El Derecho hipotecario es objeto de examen en la sección cuarta.

«El intercambio de bienes y servicios: el contrato» es la denominación de la quinta parte, la cual contiene, asimismo, tres secciones, que estudian, a lo largo de once capítulos, la materia relativa al contrato en general, las figuras contractuales típicas y la teoría general del contrato. De la responsabilidad extracontractual se ocupa la sexta parte del libro (capítulo 39).

La séptima y última parte, «La relación jurídico-obligatoria», se halla compuesta por los capítulos 40 al 50, agrupados en cuatro secciones, que se refieren

a la obligación en general, sus efectos, así como su extinción y modificación, para finalizar abordando la cuestión atinente a las garantías y protección del derecho de crédito.

El libro contiene una visión completa y concisa de los temas estudiados, enfocando los problemas desde la perspectiva de la realidad económica, contemplando más la vertiente práctica del Derecho que sus aspectos dogmáticos, lo que la convierte en un instrumento de evidente utilidad.

No es posible aquí hacer referencia al tratamiento de cada una de las cuestiones contenidas en este manual, si bien no podemos dejar de señalar algunos aspectos importantes del mismo.

Ante todo, nos enfrentamos a un libro rigurosamente actualizado, tanto en lo que se refiere a la legislación como a la jurisprudencia (así, el capítulo destinado al examen del Ordenamiento jurídico de las Comunidades Europeas; o el epígrafe dedicado a la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios).

Por otro lado, y debido al propósito del profesor Lasarte de ceñir el ámbito de la obra a aquellas parcelas del Derecho más conectadas con el mundo económico, son los regímenes económicos matrimoniales y la herencia las únicas instituciones del Derecho de familia y sucesiones que se tratan en ella. Su ubicación en la tercera parte del texto (dedicada a los sujetos de la actividad económica privada), es consecuencia del criterio inicial de distinción entre la regulación jurídica de la actividad económica privada y la actividad económica de los entes públicos.

Y es, precisamente, la alta interrelación existente entre las esferas económicas y la disciplina jurídica relativa a las obligaciones y contratos, el factor sin duda determinante de que se haya dedicado casi la mitad de las páginas que integran el libro a la explicación de la citada materia.

Las citas de doctrina y jurisprudencia se limitan a lo imprescindible, seguramente para no empecer al logro de aquello que fundamentalmente interesa al autor: enseñar lo esencial del Derecho civil patrimonial. A tales efectos, además, las notas no se insertan a pie de página, sino al hilo del texto. En cuanto a la jurisprudencia, se abandona mucha ganga y se menciona exclusivamente la doctrina más reciente de nuestro Tribunal Supremo.

En definitiva, estamos ante un trabajo de singular interés que constituye una valiosa aportación, sobre todo por tratarse de un libro eminentemente claro, tanto por su estilo como por su sistemática. En él se trata y se logra ampliamente una finalidad inapreciable: simplificar lo complejo.

ISABEL ARANA

LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL (y normas complementarias): edición anotada. Ponentes: J. M. Rifá Soler, L. Saura Lluviá, J. F. Valls Gombau, Barcelona, 1987, Editorial Bosch, un volumen.

En la distribución de esta edición de la Ley de Enjuiciamiento Civil se advierten fácilmente tres partes. Una primera de antecedentes. La segunda inserta el texto de la Ley. La tercera, algunas normas complementarias.

Los antecedentes recogen la Ley de 21 de junio de 1880, de Bases para la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y el Real Decreto de 3 de febrero de 1881, de Promulgación de la Ley.

Como normas complementarias de la Ley de Enjuiciamiento Civil se insertan las siguientes: Ley de Suspensión de Pagos; Decreto sobre Procedimiento verbal y de cognición; Ley de Arbitrajes Privados; Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona; Ley Orgánica de Protección civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la propia Imagen (y sus modificaciones); Ley Orgánica reguladora del derecho de rectificación; las disposiciones adicionales de la Ley 30/1981, de 7 de julio, en las que se regulan los procedimientos a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

Esta edición comprende también un índice analítico (páginas 561-612) y otro de los artículos modificados en las sucesivas reformas de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

RAGEL SANCHEZ, Luis F.: «Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge», prólogo de Luis H. Clavería Gosálbez, Madrid, 1987, Editorial Tecnos, un volumen de 262 páginas.

Este libro, que fue en su día tesis doctoral de Luis Felipe Ragel, realizada bajo la dirección del profesor Clavería, tiene esa característica de los buenos trabajos de juventud, en los que el autor se entrega con calor a la investigación de un tema, desgranándolo paso a paso, sin dar por sabido todo aquello que conviene replantear para un mejor conocimiento del mismo; y no incide, en cambio, en el peligro que puede emenazar a este tipo de obras; peligro de excesivo nivel de teorización, de distanciamiento de los problemas, o de abuso de construcciones teóricas alejadas de la realidad del Derecho. Es, pues, su principal mérito, mantener un justo equilibrio entre el tratamiento de las importantes cuestiones prácticas que presenta la ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge, cuestiones, muchas de ellas, procesales o registrales, y la reflexión teórica en torno al régimen económico matrimonial de la sociedad de gananciales. Creo, por ello, que estamos ante una obra capaz de despertar tanto el interés de los teóricos como el de los prácticos del Derecho.

La parte más importante del trabajo del profesor Ragel y, al mismo tiempo, la que de un modo más directo da respuesta al tema central de su estudio, se desarrolla a lo largo de sus cien últimas páginas (págs 153 a 247). Se

agrupa bajo dos grandes epígrafes que llevan por título, «La ejecución sobre bienes gananciales» y «Consecuencias de la ejecución sobre bienes gananciales por la vía del artículo 1.373 del Código civil». Con anterioridad se han dedicado dos grandes apartados a tratar de las deudas consorciales y de las propias de cada cónyuge, haciendo especial referencia, en otro, a las deudas contraídas en el ejercicio del comercio y en la adquisición de bienes gananciales por precio aplazado. Quizá, rigurosamente acotado el tema, no hubiera sido imprescindible el estudio de estas cuestiones previas. Pero el autor ha preferido introducir al lector de ese modo, ofreciéndole una cuidada información sobre la materia.

Como el lector habrá podido ya advertir, la investigación que se nos ofrece gira en torno al desenvolvimiento y aplicación del actual artículo 1.473, tanto en su aspecto sustantivo como en el procesal y registral. Este precepto es, sin duda, un punto de confluencia de intereses contrapuestos: el del acreedor privativo, el del cónyuge del deudor y cotitular de los gananciales, el de los acreedores consorciales, y el del propio deudor (pág. 164). En opinión del profesor Ragel, «la opción del cónyuge del deudor —que contempla el precepto— es una opción novedosa del legislador español, fruto de la imaginación de nuestros parlamentarios, que merece ser destacada»; pero tiene, también, importantes defectos: 1.º «Protege insuficientemente al cónyuge del deudor» (se le da a elegir entre dos males: disolver la comunidad o permitir el embargo de los bienes gananciales, por una actuación ajena a los intereses comunes). 2.º «Genera un mecanismo complejo que no tiene desarrollo ni apoyo en las legislaciones procesal y registral actualmente vigentes». 3.º «No protege a los acreedores consorciales» (al no haberse pronunciado, de modo directo, el legislador sobre la precedencia de sus créditos). 4.º «No protege al propio deudor, que debe someterse en todo caso a la decisión de su consorte» sobre la subsistencia de la sociedad de gananciales. Esta apreciación crítica parte, en cierta medida, de una jerarquización de los intereses en juego, jerarquización en la que, según parece, se llevan la peor parte los acreedores privativos de cada cónyuge. Semejante toma de postura, en la medida en que influye en el tratamiento posterior de los problemas, adquiere enorme relevancia y, por ello, sugiere alguna reflexión.

Es evidente que si nos limitamos a la consideración de cada uno de los intereses en conflicto, podemos pensar que la solución que ofrece el artículo 1.473 del Código no es la solución ideal. Sin embargo, el problema es, fundamentalmente, un problema de equilibrio, que debe resolverse a través de una solución de compromiso. Y en esa solución de compromiso es razonable que los acreedores de un cónyuge (quizá sin más bienes que la participación en el patrimonio ganancial) puedan cobrar su crédito sobre un activo patrimonial que, como el ganancial, pertenece, en cierta medida, a su deudor. Esto favorece, sin duda, a estos acreedores, pero también facilita el desenvolvimiento del ámbito de poder de actuación propio de cada cónyuge; poder de actuación —y responsabilidad inherente al mismo— que, como persona, debe conservar incluso dentro del matrimonio. ¿Por qué posponer esa protección? ¿No podría, incluso, operando en sentido inverso, llegar a cuestionarse la completa justificación del privilegio que, en relación con los gananciales, se ofrece a los acreedores consorciales sobre los de cada cónyuge, por vía indirecta, como consecuencia de la separación del patrimonio ganancial? La condición de acreedor consorcial permite extender la base patrimonial de responsabilidad al conjunto de los gananciales. Esto supone ya una inicial ventaja para los acreedores consorciales. ¿Por qué reforzar su posi-

ción aún más, dándoles preferencia en el cobro de sus créditos sobre el conjunto del patrimonio ganancial? ¿Impone, realmente, esa solución nuestro Código civil?

Estas breves reflexiones pueden servir, al menos, para poner de manifiesto el enorme interés de los problemas con los que se enfrenta el profesor Ragel en esta obra, y es forzoso, en todo caso, reconocer la coherencia, el cuidado y las elevadas dosis de creatividad con que los trata. En su estudio resaltan, por su interés, las numerosas y difíciles cuestiones procedimentales que presenta el embargo de bienes gananciales por la vía del artículo 1.373. Se trata de cuestiones descuidadas por el legislador y que hasta los últimos tiempos no han empezado a ser objeto de estudio por la doctrina. En este punto la aportación de este libro es de enorme interés.

Para proteger al cónyuge no deudor, para evitarle tener que optar por la disolución de la sociedad de gananciales, con los serios inconvenientes que ella implica, intenta Ragel establecer una limitación a la ejecución, por deudas privativas, sobre el patrimonio ganancial no disuelto. Su idea es que la ejecución no deberá sobrepasar el valor de la mitad de los gananciales. Tal límite es, sin duda, razonable, aunque no se ajuste —y así se reconoce— al tenor literal del párrafo primero del artículo 1.373, o pueda plantear dificultades su aplicación (cauce procesal para su ejercicio, complejidad de la ejecución). El autor, sin embargo, a pesar de tratarse de un derecho discutible y de difícil ejercicio, intenta darle cauce. Para ello reconoce al cónyuge no deudor la facultad de pedir la reducción del embargo, compareciendo en el procedimiento de ejecución y aportando la valoración del activo consorcial.

Ragel también se cuestiona, más adelante, el alcance exacto de la opción que ofrece al cónyuge el artículo 1.373, entre soportar el embargo de bienes gananciales o la disolución de la sociedad, y pone en tela de juicio su automatismo, porque, a su entender, «distorsiona toda la dinámica del régimen de gananciales» (p. 195). En su opinión, es facultad del Juez que entiende del proceso de ejecución concederla o denegarla, «mediante resolución motivada».

Otro aspecto importante de su estudio es el de la determinación de los procedimientos. Considera que «es más idóneo el procedimiento de previo y especial pronunciamiento cuando se trata de solicitar la reducción del embargo a la mitad del valor del activo ganancial», reducción que, como sabemos, admite. Opta por «la tercería de dominio... cuando el cónyuge no deudor pretenda librar del embargo bienes privativos que, por error, han sido embargados por estimarse que eran gananciales». Por fin, considera que basta una simple comparecencia para solicitar el alzamiento o reducción del embargo de bienes gananciales, por existir bienes privativos del deudor susceptibles de embargo.

Cuando se produce la disolución del régimen, por voluntad del cónyuge no deudor, la cuestión que fundamentalmente se plantea es la de la práctica de la liquidación del patrimonio ganancial. De ella se ocupa Ragel combinando, con cuidado, la visión de los numerosos problemas que esta liquidación plantea desde el ángulo sustantivo y procesal.

Estas referencias al contenido de la obra ponen de manifiesto sus méritos. Pero creo que uno de los más destacables está, precisamente, en haberse adentrado con rigor y creatividad en el estudio de esas zonas limítrofes entre

el Derecho Civil y el Procesal, que suelen ser propensas al olvido. El libro del profesor Ragel combina con acierto su aportación científica con su utilidad práctica; contribuye a esclarecer los aspectos más oscuros de la reforma de 1981 y cubre un hueco importante en nuestra literatura jurídica sobre el tema.

A. M. MORALES MORENO

Revistas

REVISTAS ESPAÑOLAS

A cargo de Emilio BLANCO MARTINEZ

Fernando OLEO BANET

José Miguel RODRIGUEZ TAPIA

SUMARIO.—I. DERECHO CIVIL.—1. Introducción (núms. 1 al 4).—2. Derecho de la persona (núm. 5).—3. Persona jurídica (núm. 6).—4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil (núms. 7 al 34).—5. Derechos reales. Hipotecario. Registral (núms. 35 al 45).—6. Familia (núms. 46 al 60).—7. Sucesiones (núms. 61 al 65).—8. Varia (núms. 66 al 68).—II. DERECHO MERCANTIL.—1. Parte general. Empresa (núms. 69 y 70).—2. Sociedades (núms. 71 al 75).—3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico (núms. 76 y 77).—4. Contratos mercantiles (núms. 78 al 80).—5. Derecho cambiario (núms. 81 al 84).—6. Concursal (núm. 85).—III. DERECHO PROCESAL (núms. 86 al 91).—IV. DERECHO NOTARIAL (núms. 92 al 94).—V. DERECHO URBANISTICO (núms. 95 al 103).

I. DERECHO CIVIL

1. INTRODUCCION

1. AGUILAR BENITEZ DE LUGO, Mariano: El carácter pluridimensional de la Ley del Foro en el Derecho Internacional Privado Español, «La Ley», 11 de diciembre de 1987.

Colocándose en la perspectiva del Derecho Internacional Privado Español, del Derecho Internacional Privado, que nuestro legislador establece y nuestros jueces aplican, el autor profundiza en el conocimiento de nuestro sistema, indagando en las razones de una apuesta nacionalista, analizando los argumentos «del foro en favor del foro», es decir, de los Tribunales nacionales en favor de sus propias leyes. (E.B.M.)

2. FUEYO LANERI, Fernando: Definición del Derecho, «R.G.L.J.», enero 1987, pp. 3 y ss.

El autor ensaya y precisa la siguiente definición del Derecho: «Es una Ciencia social y Arte a la vez, que persigue entre sus fines más generales la convivencia pacífica de los hombres, nacional y supranacionalmente, con miras al desarrollo

económico, social y cultural, tanto individual como colectivo. Genera y protege principios y normas de conducta que se imponen moralmente por su propia fuerza interna o, subsidiariamente, por su coercibilidad prevista. Ante conflictos de orden temporal, desechando por esencia la alternativa de usar la violencia como solución, intenta el equilibrio razonable del poder y los intereses, sean del individuo, de los grupos o del Estado, produciendo en último término, con alguna medida de seguridad consustancial, soluciones de justicia con especial énfasis en el bien común». (E.B.M.)

3. **PIBERNAT DOMENECH, Xavier:** Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad. Algunas consideraciones a propósito de la STC 60/1986, de 20 de mayo, «R.J.C.», 1987 (4), pp. 971 y ss. (E.B.M.)

4. **SOLS LUCIA, Alberto:** El fraude a la Ley en la reciente jurisprudencia, «R.J.C.», 1987 (4), pp. 1023 y ss.

Estudio de la figura jurídica del fraude a la Ley, a través de la exposición y el comentario de las sentencias dictadas por la Sala 1.^a del Tribunal Supremo en el año 1984, relacionadas con casos de «fraus legis». (E.B.M.)

2. DERECHO DE LA PERSONA

5. **DE ANGEL YAGUEZ, Ricardo:** Transexualidad y cambio de sexo. Comentario a la STS (Sala 1.^a) de 2 de julio de 1987, «La Ley», 14 de octubre de 1987.

3. PERSONA JURIDICA

6. **DEL CASTILLO, Luis:** Al hilo de una interesante sentencia en materia de fundaciones. Comentario a la STS (Sala 3.^a) de 4 de junio de 1987, «La Ley», 9 de diciembre de 1987.

4. OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

7. **BERCOVITZ Y RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo:** Responsabilidad extracontractual: jurisdicción competente; solidaridad entre causantes del daño; culpa «in vigilando». Comentario a la STS de 2 de febrero de 1987, «C.C.J.C.» núm. 13, enero-marzo, 1987, pp. 4351 y ss.

8. **BLANCO MORALES LIMONES, Pilar:** La libre prestación de servicios en materia de seguro. Algunas reflexiones sobre la STJCE de 4 de diciembre de 1986, «La Ley», 30 de noviembre de 1987.

9. **BLANQUER UBEROS, Roberto:** XVIII Congreso Internacional del Notariado Latino. Síntesis de las ponencias nacionales al Tema III «La influencia del Derecho público sobre el Derecho de la contratación», «R.D.N.» núms. 133 y 134, julio-diciembre 1986, pp. 325 y ss.

10. BONET CORREA, José: La fecha de conversión en las deudas de moneda extranjera. Comentario a la STS de 13 de abril de 1987, «La Ley», 30 de diciembre de 1987.

11. CANO MARTINEZ DE VELASCO, José Ignacio: El mecanismo resolutorio de la venta de bienes inmuebles por impago de los intereses, «R.D.N.» núms. 133 y 134, julio-diciembre 1986, pp. 69 y ss.

El autor divide la exposición del problema en tres partes: Primera, impago de precio como causa de resolución de la venta de inmuebles; se trata de determinar si el mecanismo resolutorio para el caso de impago de precio es idéntico, análogo o diferente del existente para el supuesto de impago de intereses, si es que se considera que, satisfecho el precio e impagados los intereses, procede la resolución de la venta. Segunda, el impago de intereses, una vez satisfecho el precio, ¿provocará la resolución de la venta a instancia del vendedor? Tercera y última, recapitulación y conclusiones, tanto respecto del impago de precio como del relativo a los intereses.

12. CAPILLA RONCERO, Francisco: Sociedad colectiva irregular. Comunidad incidental. Calificación: existencia o no de sociedad, elementos esenciales (patrimonio común, fin común, «affectio societatis»). Prohibición de concurrencia de los socios colectivos. Agencia de Transportes: naturaleza de sus actividades. Comentario a la STS de 18 de noviembre de 1986, «C.C.J.C.» núm. 13, enero-marzo 1987, pp. 4261 y ss.

13. CASAS VALLES, Ramón: Resolución de arrendamiento. Calificación del contrato y determinación de la legislación aplicable. ¿Arrendamiento de industria o de local de negocio con instalaciones? ¿Arrendamiento de local de negocio o arrendamiento complejo «ad meliorandum»? Pertenencias. Enriquecimiento injusto. Comentario a la STS de 29 de diciembre de 1986, «C.C.J.C.» núm. 13, enero-marzo 1987, pp. 4309 y ss.

14. CASTRO JOVER, Adoración: Dolo negocial y reserva mental. Comentario a la STS de 26 de noviembre de 1985, «Poder Judicial» núm. 7, septiembre 1987, pp. 135 y ss.

15. CLAVERIA GOSALBEZ, Luis Humberto: Simulación relativa. Donación remuneratoria. Invalidez de contrato por causa ilícita. Actos propios. Ambito de la confirmación. Comentario a la STS de 11 de diciembre de 1986, «C.C.J.C.» núm. 13, enero-marzo 1987, pp. 4281 y ss.

16. DIAZ-ALABART, Silvia: La gravedad del dolo, «Actualidad Civil» núm. 43, 1987 (838), pp. 2637 y ss.

Defiende la autora la idea de que realmente «hay dolo cuando...(existan las)... palabras o maquinaciones insidiosas...». Con eso, añade, ya hay dolo. Y, además, si por ellas se «es inducido... a celebrar un contrato que, sin ellas, no (se) hubiera hecho», entonces el contrato es impugnabile por dolo (art. 1.269 «in fine»), si éste es grave (art. 1.270-1.º). De modo que para poder impugnar ciertamente tiene que haber dolo. Pero no basta que lo haya habido, sino que es preci-

so que reúna dos requisitos: uno, haber sido *grave* (art. 1.270-1.º), y otro, haber sido *determinante* de la celebración del contrato (art. 1.269, «in fine»). En el trabajo analiza lo razonable de pedir que el dolo sea grave, el criterio de los modelos del Código, la procedencia y antecedentes del término utilizado por nuestro legislador, y las diversas explicaciones de los autores respecto de la *gravedad* del dolo. Concluye con una referencia al juego, en el tema, de la inocencia del engañado y de su negligencia.

17. FELIU I LLANSA, **Ponc**: La responsabilidad civil directa afectante al consorcio de compensación de seguros en supuestos de disolución forzosa, quiebra o suspensión de pagos en entidades aseguradoras, «La Ley», 9 de octubre de 1987.

Uno de los problemas más acuciantes recientemente aparecido en el Derecho de la Circulación, señala el autor, es el derivado de la insolvencia económica en que se han visto inmersas numerosas entidades aseguradoras. La falta de cobertura real de la responsabilidad civil dimanante de tal fenómeno ha generado angustiosas vivencias, tanto para el perjudicado como para el propio autor del daño, al desaparecer, en la práctica, la garantía que representaba para ambos el patrimonio de la aseguradora, responsable, en régimen de solidaridad, con el referido agente dañoso. Para la solución de este problema, añade, quizá no se ha otorgado el protagonismo a que se ha hecho acreedor el Consorcio de Compensación de Seguros en méritos de la actual normativa.

18. FERNANDEZ DE BUJAN, **Federico**: «Regulae Iuris» a propósito del «mandatum» en las fuentes romanas (I), «R.G.L.J.», enero 1987, pp. 13 y ss.

Estudio sobre el régimen jurídico del contrato de mandato en las fuentes romanas. Expone sistemáticamente las reglas, máximas y principios generales con sus correspondientes derogaciones parciales o excepciones, que la jurisprudencia romana ha ido formulando como consecuencia de su misión de dar respuesta jurídica a los diversos y variados supuestos de hecho que se sometían a su actividad dictaminadora. (E.B.M.)

19. FUENTES LOJO, **Juan V.**: La subrogación en el arrendamiento de viviendas de los unidos extramatrimoniales. Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de junio de 1986, «La Ley», 16 de diciembre de 1987.

20. GARCIA CANTERO, **Gabriel**: El contrato de arrendamiento urbano y la Ley del consumidor, «Actualidad Civil» núm. 40, 1987 (773), pp. 2431 y ss.

El trabajo versa, en su primera parte, sobre las directrices fundamentales que, sobre todo, en los últimos años, ha seguido la política intervencionista del legislador en materia arrendaticia urbana. A continuación analiza en qué medida las normas de la L.P.C.U. pueden contemplar y ser aplicables, si no en su letra, al menos en su espíritu, a los derechos y obligaciones derivados del contrato arrendaticio urbano. Al final el autor extrae algunas conclusiones que pueden ser de utilidad si se proyecta dicha Ley en una perspectiva de futuro, que tenga en cuenta previsibles cambios en el sustrato socio-económico de este contrato.

21. GARZON REAL, Baltasar: Responsabilidad civil, negligencia profesional e imprudencia médico-sanitaria, «La Ley», 2 de octubre de 1987.

Estudio sobre la responsabilidad civil y penal en la actividad médico-sanitaria que analiza los siguientes temas: los sujetos (activo y pasivo), la acción, el resultado, la causalidad y el aspecto subjetivo; el problema de la distinción entre culpa civil y culpa penal; la responsabilidad penal del médico, tanto en los supuestos de imprudencia ordinaria como de imprudencia o negligencia profesional; cirugía estética y responsabilidad médica; relevancia del consentimiento del paciente para el tratamiento terapéutico e intervenciones médicas; el consentimiento en la Ley General de Sanidad; por último, la responsabilidad civil del médico.

22. GORDILLO CAÑAS, Antonio: Mandato aparente. Ratificación tácita. Litisconsorcio pasivo necesario. Citación por edictos. Venta de parcela por representante de la comunidad de propietarios. Comentario a la STS de 26 de noviembre de 1986, «C.C.J.C.» núm. 13, enero-marzo 1987, pp. 4273 y ss.

23. HERNANDO COLLAZOS, Isabel: Arrendamientos urbanos de local de negocio. Pacto de revisión de renta: validez de la cláusula de estabilización. Prescripción de la acción de revisión. Comentario a la STS de 13 de diciembre de 1986, «C.C.J.C.» núm. 13, enero-marzo 1987, pp. 4289 y ss.

24. JORDANO FRAGA, Francisco: Imposibilidad temporal liberatoria de la obligación en un contrato sinalagmático. Plazo de cumplimiento de la obligación recíproca parcialmente no cumplida. Cláusula «rebus sic stantibus». Enriquecimiento sin causa. Comentario a la STS de 13 de marzo de 1987, «C.C.J.C.» núm. 13, enero-marzo 1987, pp. 4423 y ss.

25. MIRALLES GONZALEZ, Isabel: Nulidad de contrato. Simulación. Legitimación de los herederos para impugnar los contratos simulados. Comentario a la STS de 14 de noviembre de 1986, «C.C.J.C.» núm. 13, enero-marzo 1987, pp. 4239 y ss.

26. REGLERO CAMPOS, Fernando: Responsabilidad civil extracontractual: Seguro voluntario de automóviles. Contrato en favor de tercero. Acción directa contra el asegurador. Prescripción de la acción. Cosa juzgada por previo proceso penal. Legitimación pasiva de la Compañía Aseguradora. Comentario a la STS de 15 de noviembre de 1986, «C.C.J.C.» núm. 13, enero-marzo 1987, pp. 4249 y ss.

27. REGLERO CAMPOS, L. Fernando: El nexo de causalidad y la socialización del riesgo. Comentario a la sentencia de la Audiencia Territorial de Pamplona de 4 de marzo de 1987, «Poder Judicial» núm. 7, septiembre de 1987, pp. 139 y ss.

28. RODES, Juan E.: Derecho de tanteo y retracto del inquilino en disolución social. Comentario a la sentencia de la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de febrero de 1987, «R.J.C.», 1987 (4), pp. 1087 y ss.

29. RODRIGUEZ MORATA, Federico A.: La ventaja en la gestión como límite de la autorización implícita en el contrato de mandato: artículo 1.715 del Código civil, «Actualidad Civil» núm. 37, 1987 (712), pp. 2199 y ss; núm. 38, 1987 (732), pp. 2279 y ss.

Estudio del artículo 1.715 del Código civil. Entiende su autor que este precepto debe interpretarse, más que como una excepción o como una aclaración de la regla sentada por el artículo 1.714, como consecuencia de las reglas contenidas en el párrafo 1.º del artículo 1.718 y del artículo 1.727. En otras palabras, que la exégesis del artículo 1.715 debe centrarse más en el contenido de la obligación asumida por el mandatario que en la contemplación de un supuesto de cumplimiento extralimitado o no por el mandatario; sin perjuicio, claro está, de constituir esto último una de las facetas del contenido específico de la norma objeto de análisis.

30. ROJO AJURIA, Luis: Arrendamiento de local de negocio; cláusula de estabilización: salario mínimo interprofesional; petición de nulidad: interpretación, Real Decreto-Ley de 30 de abril de 1985. Comentario a la STS de 9 de marzo de 1987, «C.C.J.C.» núm. 13, enero-marzo 1987, pp. 4413 y ss.

31. SOTO BISQUERT, Antonio: La sociedad unipersonal, «R.D.N.» núms. 133 y 134, julio-diciembre 1986, pp. 261 y ss.

El mero enunciado del tema objeto de este estudio, señala el autor, nos indica la existencia de dos presupuestos: la sociedad y el socio único. Centrado este trabajo, fundamentalmente, en la sociedad mercantil —cuyo objeto es el desarrollo de una actividad o empresa de esta naturaleza—, se hace necesario una referencia previa a cada uno de los dos conceptos expresados: la sociedad en general y la sociedad mercantil en particular, primero, y la unipersonalidad en la misma y su posible conexión con la noción de empresario individual, después.

32. STORCH DE GRACIA Y ASENSIO, José Gabriel: Construcción jurídica de la asunción de deuda en el Derecho español, «La Ley», 18 de diciembre de 1987.

Tras una breve introducción metodológica, el autor fija, en primer lugar, el concepto técnico de relación obligatoria en orden a su posible transmisibilidad. Seguidamente pone de relieve el fenómeno sucesorio en la relación obligatoria y, a continuación, a modo de esquema o cuadro general, la situación en la vida de la obligación de los particulares fenómenos sucesorios, tanto en su aspecto activo —créditos— como en el pasivo —deudas—, para situar estos últimos como objeto final del estudio. Por último, aborda con detalle el fenómeno concreto de la asunción de deuda en el Derecho español, abarcando tanto sus antecedentes históricos, el Derecho comparado y la cuestión de su admisibilidad en España, como la de sus requisitos y efectos, a partir del estado presente de nuestra doctrina, legislación y jurisprudencia. (E.B.M.)

33. VEGA RUIZ, José Augusto: La protección jurídica del consumidor y la Administración de Justicia. Procedimientos judiciales, «La Ley», 24 de noviembre de 1987.

Tras unas breves consideraciones introductorias, el trabajo analiza el estado de la cuestión en España y en los países de nuestro entorno para, a continuación, centrarse en el estudio del procedimiento ante el Tribunal de Defensa de la Competencia y en el previsto en la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Concluye con una panorámica de futuro.

34. VILA RIBAS, M.^a del Carmen: Responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual: concurrencia. Contrato de inquilinato: incumplimiento de la obligación de hacer las reparaciones necesarias; ámbito del procedimiento especial y del procedimiento común; relación jurídico-procesal establecida por las partes: respeto por el Tribunal. Comentario a la STS de 16 de diciembre de 1986, «C.C.J.C.» núm. 13, enero-marzo 1987, pp. 4297 y ss.

5. DERECHOS REALES. HIPOTECARIO. REGISTRAL

35. ALVAREZ CAPEROCHIPI, José A.: Procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria, tercería de dominio, reivindicación mobiliaria. Comentario a la STS de 4 de febrero de 1987, «C.C.J.C.» núm. 13, enero-marzo 1987, pp. 4381 y ss.

36. CARRASCO PEREIRA, Angel: Usufructo de disposición en caso de necesidad exenta de justificación. Comentario a la STS de 4 de mayo de 1987, «Poder Judicial», núm. 7, septiembre 1987, pp. 127 y ss.

37. COCA PAYERAS, Miguel: Propiedad horizontal: Comunidad de propietarios. Falta de personalidad jurídica de la misma; condena contra ella: modos de hacerla efectiva. Necesidad de acuerdo previo en Junta, distribuyendo la deuda entre los condóminos para poder ejecutar bienes exclusivos de éstos. Anotación preventiva de embargo por deudas de la Comunidad, sobre bienes exclusivos de un condómino: denegación. Comentario a la RDGRN de 7 de julio de 1986, «C.C.J.C.» núm. 13, enero-marzo 1987, pp. 4195 y ss.

38. ESPIAU ESPIAU, Santiago: Copropiedad. Cesión posesoria de finca urbana a cambio de prestación de servicios de asistencia y cuidado: calificación como contrato atípico y no como arrendamiento. Comentario a la STS de 26 de enero de 1987, «C.C.J.C.» núm. 13, enero-marzo 1987, pp. 4345 y ss.

39. GARCIA GARCIA, José Manuel: Un problema de hipoteca: unas cláusulas de vencimiento anticipado y de interés variable no inscribibles, «R.C.D.I.» núm. 582, septiembre-octubre 1987, pp. 1463 y ss.

Una de las facetas de la función calificadora de los Registradores de la Propiedad, señala el autor, consiste en seleccionar dentro del bosque que constituyen hoy día las escrituras de hipoteca, aquellos pactos que tienen relación con la institución de la hipoteca, para darles acceso al Registro, excluyendo de la inscripción toda una serie de estipulaciones impropias e innecesarias a efectos de la hipoteca.

40. GARCIA Y GARCIA, Inmaculada: El principio registral de especialidad en relación con un garaje formado por locales subterráneos de varias fincas colindantes. A propósito de la RDGRN de 27 de mayo de 1983, «La Ley», 4 de diciembre de 1987.

41. GIMENEZ ROIG, Eusebio: Cesión de la acción reivindicatoria, escritura e inscripción, «R.C.D.I.» núm. 582, septiembre-octubre 1987, pp. 1311 y ss.

El autor sostiene, entre otras conclusiones, que el contrato de venta o cesión de la acción reivindicatoria del propietario desposeído transmite su derecho de propiedad, incorporal (proque un tercero tiene la posesión) y controvertido (porque el tercero poseedor se atribuye el derecho), al comprador, según el Código civil y la jurisprudencia (art. 1.526 y S. de 21 de diciembre de 1905, que interpreta el art. 1.462-2), incluso cuando el comprador desconoce la desposesión del vendedor, si bien al conocerla más tarde puede desistir del contrato (art. 1.460-2 y S. de 20 de enero de 1912).

42. MASSAGUER FUENTES, José, y PEREZ FRIAS, J. Manuel: La protección de los productos semiconductores (chips): un nuevo derecho para una nueva tecnología, «La Ley», 20 de octubre de 1987.

La problemática de la protección jurídica de los «chips», señalan los autores, es tan específica que ha motivado la elaboración de normas particulares, dando lugar al nacimiento de una nueva modalidad de derecho sobre bienes inmateriales o, en un sentido anglosajón, un nuevo derecho de propiedad intelectual, expresiones que comprenden derecho de autor y derechos de propiedad industrial. Esta nueva modalidad ha visto la luz en USA, de la mano de la «Semiconductor Chip Protection Act», de 1984, y ha sido regulada en Japón, en Suecia, y en breve lo será por los Estados miembros de las Comunidades Europeas. El artículo examina los aspectos básicos de este nuevo derecho sobre bienes inmateriales: su base tecnológica; las razones de su nacimiento en USA y su propagación a nivel internacional; el estado de la cuestión en España y, por último, el contenido esencial de su régimen jurídico.

43. MUÑOZ DE DIOS, Gerardo: La multipropiedad urbana en nuestro Derecho, «La Ley», 20 de octubre de 1987.

Reflexiones sobre la configuración jurídica de una modalidad comunitaria que está adquiriendo gran predicamento últimamente: la denominada multipropiedad. Se trata, como señala el autor siguiendo a G. Terzaco, de un fenómeno jurídico-sociológico consistente en el uso, por varias personas, del mismo inmueble en forma periódica y sucesiva.

44. TORRES GARCIA, Teodora F.: Foro: Redención por Ente local interpuesto entre forista y quijoneros de bien comunal. Infracción de Ley. Comentario a la STS de 11 de noviembre de 1986, «C.C.J.C.» núm. 13, enero-marzo 1987, pp. 4229 y ss.

45. RAGEL SANCHEZ, Felipe: Tercería de dominio interpuesta por la esposa. Póliza de afianzamiento suscrita únicamente por el marido, con anteriori-

dad a la escritura de capitulaciones matrimoniales y liquidación de la sociedad de gananciales. Comentario a la STS de 20 de febrero de 1987, «C.C.J.C.» núm. 13, enero-marzo 1987, pp. 4389 y ss.

6. DERECHO DE FAMILIA

46. CARCABA FERNANDEZ, María: La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1.320 del Código civil, «R.C.D.I.» núm. 582, septiembre-octubre 1987, pp. 1431 y ss.

Para la autora el artículo 1.320 del Código civil es expresión de la protección que se quiere conceder a la familia, haciéndola inmune frente a las posibles arbitrariedades del titular del derecho sobre la vivienda y muebles de uso ordinario de la familia. También es expresión del carácter social y no individualista que hoy día se da a la propiedad particular; sin embargo, no debe olvidarse que la aplicación del artículo 1.320 del Código civil incluye, además del derecho dominical, a otros derechos que, siendo ajenos al de propiedad, ponen a disposición de la familia la vivienda y mobiliario familiares. En el trabajo se analiza el fundamento jurídico del artículo 1.320 y se examina detalladamente el alcance de los dos párrafos que lo componen.

47. CARRION, Salvador: El artículo 73.4 del Código civil. Notas para su estudio. «R.D.P.» (I), julio-agosto 1987, pp. 646 y ss.; (II), septiembre 1987, pp. 789 y ss.; (III), octubre 1987, pp. 862 y ss.

Estudio sobre el artículo 73.4 del Código civil, precepto de nueva factura que se introdujo, en sede de nulidad del matrimonio, por Ley de 7 de julio de 1981. Aborda, en primer lugar, el problema de la especificidad del error en el matrimonio; en segundo lugar, el debate parlamentario de la mencionada norma; en tercer lugar, los supuestos de error obstativo en el negocio jurídico matrimonial; en cuarto lugar, por último, el error sobre las cualidades personales.

48. CASTRO FERNANDEZ, Jaime M.: Ganancialidad y tercería de dominio, «R.J.C.», 1987 (4), pp. 1011 y ss.

Una Resolución, relativamente próxima, de la DGRN, ha tenido la oportunidad de estudiar el problema de la anotación de embargo sobre finca ganancial, ordenado en procedimiento ejecutivo seguido únicamente contra el marido, si bien con notificación a la mujer de la interposición de la demanda. Por su parte, el Tribunal Supremo, en dos sentencias muy recientes (ambas datadas en el mes de septiembre de 1986) analiza la cuestión de la tercería de dominio promovida por la esposa en sendos juicios ejecutivos entablados por determinadas entidades bancarias contra el marido, basándose en letras de cambio o en póliza de afianzamiento mercantil; postulando aquella la indemnización de los bienes gananciales y el alzamiento de su traba, por tratarse —según alegó— de deudas no realizables sobre dicha masa patrimonial, ya que no fueron contraídas en beneficio del consorcio. El comentario versa sobre estos puntos, íntimamente relacionados, con referencia a los aspectos de la situación antes y después de la vigencia de la Ley 11/1981. (E.B.M.)

49. DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: Sociedad de conquistas (Derecho navarro). Responsabilidad por fianza otorgada por uno sólo de los cónyuges. Comentario a la STS de 19 de enero de 1987, «C.C.J.C.» núm. 13, enero-marzo 1987, pp. 4325 y ss.

50. DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: Sociedad de conquistas (Derecho navarro). Responsabilidad por fianza otorgada por uno solo de los cónyuges. Marido comerciante. «Bases de las obligaciones contractuales». «Derecho Común» supletorio del Código de Comercio. Comentario a la STS de 16 de febrero de 1987, «C.C.J.C.» núm. 13, enero-marzo 1987, pp. 4327 y ss.

51. DURAN RIVACOBA, Ramón: «Formas de matrimonio» y «Matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico», «R.G.L.J.», febrero 1987, pp. 147 y ss.

Estudio sobre un aspecto concreto dentro del conjunto de temas aglutinados en torno al régimen matrimonial: el relativo al grado de autonomía y existencia de que goza el matrimonio canónico en el ordenamiento jurídico español. El autor realiza un análisis sistemático de la Constitución (1978), los acuerdos jurídicos entre la Santa Sede y el Estado español (1979), y la reforma del Código civil en la Ley de 7 de julio de 1981, por cuanto definen escalonadamente —no sólo en un plano cronológico, sino jerárquico y de interdependencia— el destino del matrimonio canónico en el Derecho español. Igualmente se ocupa de las discusiones parlamentarias de los textos, a fin de contar con el mayor acopio de datos para su exégesis. (E.B.M.)

52. ECHEVERRÍA ECHEVERRÍA, Santiago: Sobre el embargo ganancial, «R.D.N.» núms. 133 y 134, julio-diciembre 1986, pp. 91 y ss.

A propósito del caso resuelto por la RDGRN de 25 de abril de 1986, en el trabajo se aborda el problema de la responsabilidad ganancial, antes y después de la última reforma, y se estudia asimismo el mecanismo de liquidación, también antes y después de 1981. Seguidamente se contempla la repercusión registral de todo ello, y los posibles efectos de la anotación de embargo sobre los asientos posteriores a la misma, aunque los efectos sustantivos, civiles o extrarregistrales se hayan producido con anterioridad a la anotación de embargo ganancial.

53. FOSAR BENLLOCH, Enrique: Derecho de Familia y política familiar europea en los años 1986 y 1987. Las perspectivas de la familia y del Derecho de Familia en la Europa del año 2.000, «Actualidad Civil» núm. 47, 1987 (938), pp. 2917 y ss.

La familia, señala el autor, es objeto de cuidadosa atención por parte de las instancias europeas: ya no sólo del Consejo de Europa, sino también de la CEE. En el estudio (limitado a los años 1986 y 1987), se resumen las últimas tendencias sociales y perspectivas jurídicas de esta institución.

54. GAVIDIA SANCHEZ, Julio V.: Prueba de la privatividad de bienes adquiridos a título oneroso por uno de los cónyuges durante la vigencia de sociedad de gananciales: presunción de gananciales y admisión de hechos en la contesta-

ción a la demanda. Comentario a la STS de 10 de noviembre de 1986, «C.C.J.C.» núm. 13, enero-marzo 1987, pp. 4219 y ss.

55. GONZALEZ GONZALEZ, Aurora: Consideraciones respecto al Informe de la Comisión especial de estudio de la fecundación «in vitro» y de la inseminación artificial humanas, «Actualidad Civil» núm. 41, 1987 (792), pp. 2487 y ss.

A modo de conclusiones sostiene la autora que se debe mantener el no anonimato de las donaciones de gametos y de embriones; que no se debe admitir la responsabilidad derivada de estas donaciones no anónimas, pues conforme al artículo 108 del Código civil, en relación con los artículos 14 y 39.2 de la Constitución, se equipararía a los niños nacidos conforme a la fecundación asistida con los niños adoptados; que se va a necesitar, por parte de la Comisión, un esclarecimiento de quienes a qué institución será la encargada de evaluar la admisibilidad o no de la aplicación de estas técnicas de fecundación asistida a las mujeres en soledad; por último, que parecería acertado que la Comisión estableciera plazos para acceder a la fecundación asistida «post mortem», cuando medie el consentimiento por escrito del hombre. Y que, en este caso, los niños así nacidos tengan, conforme al artículo 14 de la Constitución, derechos sucesorios.

56. LACRUZ BERDEJO, José Luis: Las cláusulas «muebles por sitios» y «sitios por muebles» en el Derecho civil de Aragón, «R.G.L.J.», marzo 1987, pp. 367 y ss.

El artículo 29 de la vigente Compilación de Aragón señala que serán válidos aquellos pactos y declaraciones consignados en escritura pública, aun fuera de capítulos, por los cuales, a efectos de extender o restringir la comunidad, ambos cónyuges atribuyan a bienes muebles la condición de sitios, o a éstos la de muebles. En el trabajo se analizan la historia de estas cláusulas, la formación del citado precepto y las cuestiones generales que el mismo suscita. A continuación se estudian, detallada y separadamente, tanto la cláusula «muebles por sitios» como la cláusula «sitios por muebles». (E.B.M.)

57. LACRUZ BERDEJO, José Luis: La Constitución y los hijos artificiales, «Actualidad Civil» núm. 34, 1987 (660), pp. 2031-2040.

Como dice el propio autor en la introducción de su trabajo, éste gira en torno al problema de la compatibilidad del anonimato de los gametos masculinos con la Constitución de 1978. La fecundación «in vitro», avance innegable de la tecnología biomolecular, plantea, no obstante, problemas éticos y jurídicos que no encuentran pacífica solución. Entre otros, aparece como guía o recurso argumental, para su legitimación, contrastar si la familia generada por fecundación artificial coincide con la familia protegida por la Constitución, en atención fundamentalmente al derecho indiscutible para algunos a tener un padre determinable y responsable. (J.M.R.I.)

58. QUESADA GONZALEZ, Corona: Acumulación de las acciones de reclamación y de impugnación de paternidad, «R.J.C.» 1987 (4), pp. 927 y ss.

Estudio de las cuestiones de mayor complejidad jurídica que se puedan plantear a la hora de reclamar una paternidad no matrimonial impugnando al propio

tiempo otra matrimonial legalmente determinada. Y ello tanto cuando es aplicable el Código civil como cuando lo es la Compilación catalana (modificada por la Ley Foral 13/1984, de 20 de marzo), sin perjuicio de concretas alusiones a la Compilación navarra (recientemente reformada por Ley Foral 5/1987, de 1 de abril), con el fin de contrastar su novísima regulación con la de la Compilación catalana y la del Código. (E.B.M.)

59. RIVERO HERNANDEZ, Francisco: La fecundación artificial «post mortem», «R.J.C.», 1987 (4), pp. 871 y ss.

Entre los muchos problemas que plantean la inseminación artificial y la fecundación «in vitro», en diferentes ámbitos, aparecen, con particulares connotaciones, los producidos por estas técnicas de reproducción asistida cuando tienen lugar después del fallecimiento de alguno de sus protagonistas: es la llamada, en terminología ya acuñada, la fecundación artificial «post mortem», referida fundamentalmente al caso del fallecimiento de uno de los componentes (sobre todo el varón) de la pareja (casada o no) que ha tomado la decisión de que nazca un hijo, por ese procedimiento precisamente. En el trabajo se hace referencia básicamente a tres tipos de cuestiones: permisibilidad o no de la inseminación artificial y de la fecundación «in vitro» «post mortem»; requisitos exigibles para poder hablar de un derecho a la misma, y filiación del nacido por fecundación «post mortem». (E.B.M.)

60. VENDRELL FERRER, Eudald: La vivienda familiar y su protección. Comentario a la STC de 31 de octubre de 1986, «R.J.C.», 1987 (4), pp. 985 y ss. (E.B.M.)

7. SUCESIONES

61. ARECHEDERRA ARANZADI, Luis Ignacio: Testar a la navarra. Derecho consuetudinario guipuzcoano o descodificación. Aportación con ocasión de la STS de 12 de julio de 1984, «R.D.N.» núms. 133 y 134, julio-diciembre 1986, pp. 7 y ss.

62. CARRETERO SANCHEZ, Adolfo: Las legítimas forales y la Constitución, «Actualidad Civil» núm. 45, 1987 (881), pp. 2773 y ss.

Después de destacar los principios constitucionales básicos que afectan de una manera directa al tema objeto del estudio y de analizar las normas del Código civil y de la Ley de 13 de mayo de 1981 relacionadas con el mismo, el autor realiza un examen conjunto de la situación de las legítimas forales tras la Constitución, para, a continuación, estudiar una por una las distintas Compilaciones de acuerdo con el siguiente esquema: a) quienes son legitimarios; b) cuantía de la legítima, y c) especialidades vigentes en materia de legítima.

63. CASASUS HOMET, Emilio: La partición hereditaria, con heredero sujeto a tutela, representado por defensor judicial, ¿necesita aprobación judicial? Comentario a la Circular de la Fiscalía General del Estado de 25 de abril de 1985, «R.D.N.» núms. 133 y 134, julio-diciembre 1986, pp. 315 y ss.

64. EGEA FERNANDEZ, Joan: Heredamiento simple o de herencia en Cataluña. Simulación y fraude de heredamiento. Prescripción extintiva y adquisitiva. Actos propios. Comentario a la STS de 20 de febrero de 1987, «C.C.J.C.» núm. 13, enero-marzo 1987, pp. 4401 y ss.

65. LLEDO YAGUE, Francisco: Donación de una casería con su pertenecidos a un hijo, apartando a los demás con la legítima foral. Comentario a la STS de 7 de abril de 1987, «C.C.J.C.» núm. 13, enero-marzo 1987, pp. 4453 y ss.

8. VARIA

66. DE LA CUESTA, José M.^a: Nuevos elementos patrimoniales en la explotación agraria. La cuota remolachera en particular, «R.D.P.», octubre 1987, pp. 851 y ss.

En los mercados organizados y especialmente en los mercados intervenidos mediante la técnica de las cuotas, implantada hace ya tiempo en el mercado azucarero y extendida más recientemente al mercado de la leche, se originan con toda seguridad valores patrimoniales fijos cuyo encaje en las categorías tradicionales del Derecho privado, y aun en las más específicas y recientes categorías del Derecho agrario, constituyen un reto que ha de ser afrontado necesariamente por el jurista, no sólo en razón de los beneficios que a la práctica jurídica puede aportar un mejor conocimiento de estos problemas, sino también en razón del interés teórico que reviste el sometimiento de nuestro actual bagaje conceptual a un «banco de pruebas» tan novedoso como el que supone este ámbito del Derecho patrimonial.

67. DE LOS MOZOS, José Luis: Metodología o epistemología jurídicas: reflexiones en la encrucijada, «R.D.P.», noviembre 1987, pp. 965 y ss.

Para el autor toda científica requiere una constante revisión metodológica, dada la fiabilidad del intelecto humano, como enseña la historia de la ciencia. Pero si esto parece evidente en cualquier tipo de estudio o de conocimiento, resulta verdaderamente imprescindible en el mundo del Derecho. En éste, además, no sólo parece necesaria desde el punto de vista teórico o especulativo una permanente revisión metodológica, como exigencia de la aptitud para desarrollar un sistema, sino que también lo es para la actuación práctica o profesional, en cada momento, del operar jurídico.

68. DE LOS MOZOS Y TOUYA, Javier: Retórica y Derecho en la antigua Roma, «R.D.P.», julio-agosto 1987, pp. 635 y ss.

La retórica y el Derecho, señala el autor, fueron en la antigua Roma dos aspectos de la cultura que se relacionaron con un mismo objeto: el mundo civil. Por eso resulta interesante considerar las diferencias de planteamiento entre ambos. En el trabajo se analizan la aparición y desarrollo de la retórica en la antigüedad y su aplicación al Derecho, y se realizan, en este último punto, algunas observaciones a T. Viehweg.

II. DERECHO MERCANTIL

1. PARTE GENERAL. EMPRESA

69. GOMEZ SEGADE, José Antonio: Panorámica de la nueva Ley de Patentes Española, «R.J.C.», 1987 (4), pp. 839 y ss.

El conjunto de nuevas normas sobre patentes, señala el autor, permite afirmar con rigor que se ha producido la transformación radical del sistema de patentes español. No hay sólo una nueva Ley de Patentes, sino un «sistema de patentes nuevo y moderno». El trabajo está dedicado al análisis de los rasgos más sobresalientes de la pieza básica y nuclear del sistema, que es la Ley de Patentes de 20 de marzo de 1986. (E.B.M.)

70. HERAS LORENZO, Tomás: Nombre comercial de un extranjero unionista, protección sin necesidad de uso ni de registro en España, nulidad de marcas registradas confundibles. Primacía del Derecho unionista sobre la Ley interna. Comentario a la STS de 3 de febrero de 1987, «C.C.J.C.» núm. 13, enero-marzo 1987, pp. 4373 y ss.

2. DERECHO DE SOCIEDADES

71. ANDRINO HERNANDEZ, Manuel: Lógica contractual e institucional en la sociedad anónima. Especial referencia al nombramiento de los primeros administradores y a las Juntas universales, «R.G.L.J.», marzo 1987, pp. 391 y ss.

En materia de sociedades, señala el autor siguiendo a Bocchini, funciona una doble lógica: la lógica o pauta contractual, vinculada al orden jurídico-obligacional general y regida por sus principios básicos de autonomía, unanimidad y libertad formal, y la lógica institucional, donde prevalece el factor corporativo, imponiendo criterios supraindividuales de los que son manifestación el principio de mayoría y la sujeción obligada a los procedimientos normativamente preestablecidos, así como la exigencia de requisitos formales específicos. Sobre la existencia de estas dos esferas parece haber poca duda. La cuestión delicada consiste en delimitarlas entre sí. (E.B.M.)

72. APARICIO GONZALEZ, M.^a Luisa: El nuevo Derecho de sociedades portugués, «R.D.M.» núms. 182 y 182, julio-diciembre de 1986, págs. 495 a 503.

Se trata de un trabajo panorámico sobre los cambios más destacados introducidos en el Derecho de sociedades portugués con la promulgación del *Código das Sociedades Comerciais* mediante el Decreto-Ley 262/86, de 2 de septiembre. En él se hace repaso a las modificaciones e innovaciones concretas que la nueva Ley realiza en el régimen jurídico precedente de cada uno de los tipos de sociedades mercantiles. (F.O.B.)

73. LORENZO JIMENEZ, José Vicente: Los órganos de la sociedad anónima en liquidación, «R.D.P.», diciembre 1987, pp. 1028 y ss.

Después de analizar el problema de la personalidad jurídica de la sociedad anónima y sus órganos, el estudio se ocupa de los órganos sociales durante la liquidación. En esta fase, observa el autor, en primer lugar aparecen órganos nuevos: los liquidadores (que vienen a sustituir a los administradores) y los interventores (que sustituyen a los censores de cuentas); en segundo lugar, otros órganos permanecen, como la Junta General; en tercer lugar, por último, las funciones de todos estos órganos han de adecuarse a los fines de la sociedad en esta fase de su vida.

74. MAMBRILLA RIBERA, Vicente: La caracterización jurídica de los convenios de voto entre accionistas, «R.D.M.» núms. 181 y 182, julio-diciembre de 1986, págs. 301 a 365.

El trabajo se centra en el estudio y configuración de la naturaleza jurídica de los pactos y convenios de voto en la sociedad anónima. El análisis de este tipo de pactos se aborda en dos planos diferenciados. Por un lado, en su carácter estrictamente contractual, y, por otro, en su dimensión de alcance societario. Partiendo de esa doble consideración, el autor plantea el estudio de la naturaleza y validez del pacto no sólo en una vertiente contractualista, sino también en función de las normas y principios de naturaleza corporativa que configuran el fundamento de la sociedad anónima; aspecto éste en el que pueden revelarse tensiones con el modelo legal de sociedad.

Después de revisar los distintos criterios utilizados por la doctrina española y comparada en la conformación de la naturaleza de dichos convenios, el trabajo concluye afirmando la naturaleza societaria de los pactos de sindicación del voto, encuadrados dentro de un «concepto amplio» de sociedad, respecto de los cuales han de aplicarse las disposiciones de la sociedad civil en ausencia de estipulación contractual. (F.O.B.)

75. VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio: Sociedad Anónima con infraestructura similar a las cooperativas. Diferencias en las bonificaciones percibidas por los socios en su cualidad de clientes de la sociedad. Imposición a los socios de la obligación de suscribir nuevas acciones. Márgenes comerciales impuestos a los productos farmacéuticos. Comentario a la STS de 3 de noviembre de 1986, «C.C.J.C.» núm. 13, enero-marzo 1987, pp. 4207 y ss.

3. INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DE TRAFICO

76. CACHON BLANCO, José Enrique: Información general sobre las bolsas en España, «Actualidad Civil» núm. 44, 1987 (861), pp. 2701 y ss.

En el trabajo se contienen breves referencias a los siguientes temas: evolución histórica de las bolsas españolas; modelos y legislación; importancia económica de la Bolsa de Madrid; los agentes de cambio y bolsa; las sociedades instrumentales de agentes de cambio y bolsa; canalización de órdenes en el mercado bursátil; notas sobre la estructura actual de los despachos de agentes de cambio y bolsa; admisión de empresas a cotización oficial; el segundo mercado para las medianas empresas; sistemas de contratación utilizados en la Bolsa de Madrid; el mercado

continuo; la liquidación de títulos y efectivos; operatoria a crédito (Orden de 10 de abril de 1987); comentarios sobre la tributación de valores mobiliarios; resumen sobre la legislación de inversiones extranjeras en España y de inversiones españolas en el exterior; el acceso del público al salón de contratación; el proceso de reforma del mercado de valores en España, y, por último, como anexo, los artículos 61 a 66 del Tratado de Adhesión a la CEE, relativos a los movimientos de capitales.

77. MONSO GOICOLEA, Emilio: Situación jurídica en España de los Agentes Comerciales, «R.D.P.», septiembre 1987, pp. 755 y ss.

La figura del personal de venta, señala el autor, ha sido difícilmente clasificable en una u otra rama del Derecho, por ser institución que originariamente ha tenido otras características diferentes a las que posee en la actualidad, o bien porque la rama del Derecho a aplicar ha surgido con autonomía en fecha posterior a la modificación de la actividad. Este es el caso —añade— de los agentes comerciales que, según su polivalente actuación profesional, son llamados también representantes de comercio, mediadores, placistas, viajantes o vendedores a comisión. El trabajo analiza su situación jurídica a la luz de las normas que la regulan.

4. CONTRATOS MERCANTILES

78. ALBORS MENDEZ, Eduardo, y GÓMEZ-ACEBO, Manuel: La cláusula «identity of carrier» en el transporte marítimo. Comentario a la STS de 30 de junio de 1987, «La Ley», 21 de octubre de 1987.

79. CAMADA MINGO, Luis María: Préstamos bancarios: certificación de la deuda líquida a efectos de su reclamación ejecutiva. Comentario a los autos de la Audiencia Territorial de La Coruña de 30 de julio de 1987, «La Ley», 22 de diciembre de 1987.

80. XIMENEZ NORES, Fernando: «Insider Trading», «Actualidad Civil» núm. 46, 1987 (910), pp. 2837 y ss.

Estudio sobre el «Insider Trading» que básicamente, según la terminología anglosajona, se podría traducir, según señala el autor, como «la operatoria en Bolsa que pretende un lucro basado en una información privilegiada».

5. DERECHO CAMBIARIO

81. ALVAREZ ABUNDANCIA, Ricardo: El nuevo aval cambiario y sus antecedentes, «R.D.P.», noviembre 1987, pp. 939 y ss.

A la deficiente normativa que en la realidad de la vista jurídica significaron los artículos 486 y 487 del Código de Comercio de 1885, han sucedido los artículos 35, 36 y 37 de la vigente Ley cambiaria, que con sus imperfecciones técnicas, como obra humana que son, representan, sin embargo, un innegable avance —en

sustancial concordancia con la Ley Uniforme, que ha servido de modelo al legislador español— en la regulación de esta garantía cambiaria, sustituyendo la obligación accesorio que caracterizaba el aval en aquel Código por la obligación autónoma que lo singulariza en su nueva ordenación legal. Esta es una de las conclusiones críticas a que llega el autor después de haber analizado la antigua controversia sobre la forma del aval y la historia, naturaleza jurídica, forma y efectos del nuevo aval cambiario.

82. FORASTER SIERRA, Miguel: La nueva figura de la «letra del tesoro», «La Ley», 27 de octubre de 1987.

La «letra del tesoro», señala el autor, es una «nueva figura» con sustantividad jurídica propia, que se rige por las normas que se han promulgado expresamente para regularla. Conceptualmente, añade, puede definirse como Deuda Pública emitida a corto plazo por medio subasta, materializada en anotaciones a cuenta, y cuyo rendimiento se obtiene por la diferencia existente entre el precio de la suscripción y el de reembolso. En el trabajo se analizan el fundamento normativo y la finalidad de las letras del tesoro, su naturaleza jurídica, el mecanismo de suscripción, el régimen fiscal y la incidencia de su implantación en el régimen de los Pagarés del Tesoro.

83. GARCIA-CRUCES, GONZALEZ, José Antonio: Letra de cambio. Cosa juzgada. Descuento cambiario. Perjuicio de la letra por defectos en la notificación del protesto. Consecuencias para el Banco tenedor. Comentario a la STS de 18 de marzo de 1987, «C.C.J.C.» núm. 13, enero-marzo 1987, pp. 4437 y ss.

84. VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio: La adquisición *a non domino* de la letra de cambio, «R.D.M.» núms. 181 y 182, julio-diciembre 1986, págs. 423 a 463.

El trabajo tiene por objeto el estudio de la adquisición *a non domino* de la letra de cambio como uno de los aspectos que integra el singular modelo de distribución de riesgos que configura el sistema de circulación del crédito cambiario, frente a los mecanismos de circulación de los derechos y créditos en la regulación civil. En tanto que núcleo de las adquisiciones cambiarias de un no dueño, el trabajo aborda los principales problemas interpretativos que suscita el artículo 19.2 de la Ley Cambiaria. Este estudio se concreta en la determinación del ámbito de aplicación de la norma; sus presupuestos de aplicación, y el contenido de la tutela otorgada al adquirente *a non domino*. (F.O.B.)

6. DERECHO CONCURSAL

85. GARCIA MARTINEZ, Roberto: La naturaleza jurídica de la quiebra, «R.D.P.», diciembre, 1987, pp. 1058 y ss.

El trabajo se ocupa de la naturaleza jurídica de la quiebra y de las consecuencias de su ubicación como derecho sustancial, con especial referencia a la legislación vigente en la República Argentina y al Anteproyecto español de Ley concur-

sal. Además analiza algunas de las aplicaciones prácticas de ese encuadramiento para, en palabras del autor, demostrar que no estamos ante un simple ejercicio académico.

III. DERECHO PROCESAL

86. BURGOS LADRON DE GUEVARA, Juan: El título en las demandas de tercería, «La Ley», 17 de noviembre de 1987.

Estudio sobre la presentación del título como presupuesto para dar curso a las demandas de tercería. Parte de lo dispuesto en el artículo 1.537 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: «Con la demanda de tercería deberá presentarse el título en que se funde, sin cuyo requisito no se le dará curso». (E.B.M.)

87. CREMADES, Bernardo M.: Nuevo Código ético para los árbitros internacionales, «La Ley», 6 de octubre de 1987.

Traducción privada al castellano del Código ético para los árbitros internacionales, aprobado por el Consejo directivo de la «International Bar Association» el pasado día 23 de mayo de 1987 en Kobe (Japón).

87 bis. DE ANGEL YAGUEZ, Ricardo: La práctica del requerimiento notarial abre la formación judicial del compromiso y, por tanto, determina el momento en que puede oponerse la excepción de incompetencia de jurisdicción. Reflexiones. Reflexiones sobre la STS de 15 de septiembre de 1986, «La Ley», 6 de noviembre de 1987.

88. MANGAS MARTIN, Araceli: El procedimiento prejudicial en el Derecho de la Comunidad Europea: una aproximación general, «Actualidad Civil» núm. 48, 1987 (961), pp. 2997 y ss.

Según los artículos 177 del Tratado CEE y 150 del Tratado Euratom, cuando una cuestión surge ante una jurisdicción nacional de un Estado miembro en torno a la interpretación de los Tratados y a la validez e interpretación de los actos de las Instituciones, esa jurisdicción puede, si estima que una decisión sobre ese punto es necesaria para dictar su resolución pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre esa cuestión. Por el contrario, no será una facultad, sino una «obligación» en el caso de que esa cuestión se plantee ante una jurisdicción nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de recurso interno. En el trabajo se analizan algunos de los problemas jurídicos que plantea este mecanismo de reenvío o cuestión prejudicial.

89. MUÑOZ SABATE, LI.: El valor probático del telex, «R.J.C.», 1987 (4), pp. 1039 y ss.

90. ORTIZ NAVACERRADA, Santiago: El acuerdo de las partes en la comparecencia in cial del juicio de menor cuantía, «Actualidad Civil» núm. 39, 1987 (751), pp. 2351 y ss.

El estudio se ocupa de un aspecto concreto de la comparecencia: el relativo al acuerdo de las partes. Y ello, según señala el autor, con el propósito principal

de desarrollar el texto legal, examinando las formalidades a que el planteamiento y logro del acuerdo de las partes debe ajustarse, el contenido de éste y sus efectos en el orden procesal, y con el designio complementario de valorar sus resultados efectivos respecto de la deseada reducción de la litigiosidad, verificando la aptitud de las nuevas disposiciones legales para posibilitar el acuerdo y la medida en que éste es efectivamente alcanzado en la práctica; dos años largos de aplicación de la reforma ofrecen ya una perspectiva suficiente a tal respecto.

91. RODRIGUEZ RAMOS, Luis: Necesidad de motivación de las sentencias. Comentario a la STC 55/1987, de 13 de mayo, «La Ley», 8 de diciembre de 1987.

IV. DERECHO NOTARIAL

92. CAMARA ALVAREZ, Manuel de la: La formación permanente del Notario, «R.D.N.» núms. 133 y 134, julio-diciembre 1986, pp. 51 y ss.

Texto refundido de las conferencias pronunciadas en las II y III jornadas de San Lorenzo de El Escorial para nuevos Notarios (1985, 1986 octubre).

93. GARCIA SANCHEZ, Justo: Un supuesto de crédito hipotecario. Escritura notarial fechada en Oviedo a 26 de septiembre de 1584, «R.D.N.» núms. 133 y 134, julio-diciembre 1986, pp. 181 y ss.

94. MOLLEDA FERNANDEZ-LLAMAZARES, José Antonio: Sobre la ética profesional del Notario, «R.D.N.» núms. 133 y 134, julio-diciembre 1986, pp. 209 y ss.

Texto revisado, para su publicación, de la conferencia pronunciada el 18 de octubre de 1985 en las II Jornadas para los nuevos Notarios celebradas en San Lorenzo de El Escorial.

V. DERECHO URBANISTICO

95. BASSOLS COMA, Martín: La gestión pública urbanística en el Derecho comparado: experiencias europeas, «R.D.U.» núm. 105, octubre-noviembre-diciembre 1987, pp. 889 y ss.

El estudio ofrece una visión panorámica de las experiencias europeas contemporáneas, una exposición de síntesis destinada a destacar los aspectos más relevantes de la legislación más reciente en el marco de la situación económico-social de la Europa occidental y de las tendencias que en la misma experimenta la organización territorial de los poderes públicos. La selección de los países objeto de estudio se ha verificado atendiendo a dos criterios básicos: El primero, en función de la tradición jurídico-urbanística y de las características de los modelos de desarrollo urbanístico en cuanto puedan tener su paralelismo en nuestro país. El segundo, combinando la anterior perspectiva con la forma de organización territorial del Estado, de tal suerte que cada uno de ellos responda y sea representativo de un modelo singular.

96. CARRETERO PEREZ, Adolfo: La construcción de puertos deportivos y las licencias urbanísticas. Comentario a las SSTs de 4 de febrero y 19 de junio de 1987, «La Ley», 2 de diciembre de 1987.

97. FERNANDEZ PIRLA, Santiago: Las valoraciones fiscales de los bienes inmuebles urbanos en la imposición del Estado y de la Administración, «R.D.U.» núm. 105, octubre-noviembre-diciembre 1987, pp. 919 y ss.

98. GARCIA BELLIDO, Javier: Conservación y «fuera de ordenación»: hacia una más graduada coexistencia de ambos criterios en las intervenciones en el suelo urbano, «R.D.U.» núm. 105, octubre-noviembre-diciembre 1987, pp. 933 y ss.

En el trabajo se abordan dos problemas típicos de la práctica urbanística en las intervenciones en el suelo urbano del mayor interés general: la condición de «fuera de ordenación» de un edificio como antagónica e irreconciliable con su conservación, proponiéndose la categoría intermedia de su «sustitución diferida».

99. GONZALEZ PALMA, Francisco: El artículo 87.3 de la Ley del Suelo: las vinculaciones o limitaciones singulares, «R.D.U.» núm. 104, julio-agosto-septiembre 1987, pp. 699 y ss.

El apartado 1.º del artículo 87 de la Ley del Suelo consagra la no indemnizabilidad por la ordenación del uso de los terrenos y construcciones, ya que entiendo dicha ordenación como meras limitaciones y deberes que vienen a definir el contenido normal de la propiedad. Los apartados 2 y 3 del mencionado precepto son excepciones al principio general de la no indemnizabilidad. El trabajo está dedicado a analizar la segunda de dichas excepciones.

100. PAREJO ALFONSO, Luciano: La organización administrativa de la ordenación del territorio, «R.D.U.» núm. 105, octubre-noviembre-diciembre 1987, pp. 852 y ss.

El planteamiento usual de la cuestión de la organización administrativa de la organización del territorio, señala el autor, aborda ésta desde la perspectiva estricta de la organización, es decir, como un problema básicamente de coordinación e integración, orgánicas y funcionales, de las estructuras y aparatos administrativos con competencias relevantes territorialmente. No parece, añade, que éste sea un enfoque adecuado. R. Breuer ha llamado la atención sobre el hecho de que la estructura de la Constitución inspira y condiciona los esquemas organizativos y de acción legítimos en materia de ordenación del territorio. Hablar de organización administrativa y analizar críticamente ésta exige, en efecto, conocer, saber a qué atenerse sobre la tarea pública, la función que la misma debe servir en calidad de instrumento y de instrumento adecuado, lo que lleva inevitablemente al orden constitucional.

101. PERALES MADUEÑO, Francisco, y ARREGUI LUCEA, Luis Felipe: Algunas reflexiones sobre el planeamiento y la gestión urbanística en la situación actual, «R.D.U.» núm. 104, julio-agosto-septiembre 1987, pp. 647 y ss.

En el trabajo se analizan, en primer lugar, los planes de urbanismo a la luz del Derecho: las fuentes del Derecho urbanístico; principios jurídicos básicos y su aplicación al planeamiento; naturaleza de los planes de urbanismo, contenido y límites. En segundo lugar, los aspectos jurídicos de las figuras de planeamiento y su gestión: la gestión en el proceso urbanizador; el planeamiento como precedente y condicionante de la gestión; la iniciativa en la gestión; cobertura legal de las entidades urbanísticas colaboradoras; por último, el principio de legalidad.

102. ROMERO HERNANDEZ, Federico: Compromisos y garantías en el planeamiento de iniciativa particular, «R.D.U.» núm. 104, julio-agosto-septiembre 1987, pp. 669 y ss.

Cuando se repite con insistencia que el urbanismo es una función pública se da por entendido que es referible a todas las fases lógicas que dicha actividad comporta, desde la idea al acto, olvidando, consciente o inconscientemente, que su etimología latina «funtionis» significa sobre todo cumplimiento y ejecución y que, curiosamente, es esa fase cronológica del proceso urbanístico la que, con más frecuencia, se confía a la colaboración del particular a través de los sistemas de actuación.

103. ZORRILLA TORRAS, Rafael: El desarrollo de la normativa urbanística y el Plan General de Madrid, «R.D.U.» núm. 104, julio-agosto-septiembre 1987, pp. 689 y ss.

De los nuevos ejemplos de desarrollo de la normativa urbanística que la actualidad local ofrece se escogen algunos vinculados al nuevo Plan General de Madrid: los convenios urbanísticos, figura desarrollada en todo el período de revisión del plan y la reparcelación económica.

ABREVIATURAS UTILIZADAS

- R.G.L.J. = Revista General de Legislación y Jurisprudencia
- R.J.C. = Revista Jurídica de Cataluña
- C.C.J.C. = Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
- R.D.N. = Revista de Derecho Notarial
- R.C.D.I. = Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
- R.D.P. = Revista de Derecho Privado
- R.D.M. = Revista de Derecho Mercantil
- R.D.U. = Revista de Derecho Urbanístico

ESTUDIO JURISPRUDENCIAL

La mora del acreedor

ANTONIO CABANILLAS SANCHEZ

Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Alicante

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO QUE CONTEMPLAN LA MORA DEL ACREEDOR.—III. AUTONOMIA CONCEPTUAL DE LA MORA DEL ACREEDOR.—IV. PRESUPUESTOS DE LA MORA DEL ACREEDOR: 1. Realización por el deudor de todo lo necesario para la ejecución de la prestación.—2. Falta de la necesaria cooperación del acreedor.—3. La mora del acreedor no presupone la culpa.—4. No es precisa una especial interpelación.—V. EFECTOS DE LA MORA DEL ACREEDOR: 1. La mora del acreedor impide que el deudor incurra en mora y, en su caso, excluye la *mora solvendí* ya comenzada.—2. El acreedor moroso soporta todas las consecuencias de la imposibilidad sobrevenida de la prestación, siempre que ésta no sea imputable al deudor.—3. El acreedor moroso ha de abonar al deudor los gastos derivados de la conservación y custodia de la cosa debida.—4. El deudor puede liberarse de la obligación mediante la consignación de la cosa debida cumpliendo los requisitos legalmente establecidos.

I. INTRODUCCION

Se denomina mora del acreedor a aquella situación en la que se produce un retraso en la producción del resultado de la prestación como consecuencia de un comportamiento debido a una causa que es exclusivamente imputable al acreedor.

Nuestro Código civil, a diferencia de otros Códigos civiles, como el alemán, el italiano o el portugués, no ha establecido una disciplina unitaria de la mora del acreedor, aunque realiza aplicaciones de los principios en que se inspira esta figura (artículos 1.176, 1.185, 1.452, último párrafo, 1.505, 1.589 y 1.590). También aparecen aplicaciones concretas en el Código de Comercio (artículos 332 y 369) y en la Ley Cambiaria y del Cheque (artículo 48).

La situación legal apuntada hace que sea especialmente importante la doctrina del Tribunal Supremo, en su actividad de complementación del ordenamiento jurídico (artículo 1,6 del título preliminar del Código civil), para configurar el régimen jurídico de la mora del acree-

dor. En una serie de importantes sentencias, el Tribunal Supremo ha reconocido la autonomía conceptual de la mora del acreedor en relación con el ofrecimiento de pago y la consignación y configurado su régimen jurídico, es decir, sus presupuestos y efectos.

En este estudio partimos del dato indiscutible de que el conocimiento de las sentencias del Tribunal Supremo es imprescindible para advertir el *significado real* del ordenamiento jurídico y, en nuestro caso, de la mora del acreedor (1). La reflexión sobre los presupuestos y efectos enumerados en las numerosas sentencias que contemplan la mora del acreedor, teniendo en cuenta los principios que la informan en nuestro Derecho y los precedentes históricos y legislativos en que se apoya, es el objetivo que perseguimos.

II. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO QUE CONTEMPLAN LA MORA DEL ACREEDOR

Nuestra jurisprudencia, fundamentalmente a partir de la sentencia de 9 de julio de 1941, proclama la autonomía conceptual de la mora del acreedor. Hay que tener en cuenta también, según señala la sentencia de 31 de octubre de 1968, a la sentencia de 27 de diciembre de 1892, dentro de la amplia jurisprudencia interpretativa que ha suplido el relativo vacío que se nota a los efectos del ofrecimiento sin consignación en relación con el cumplimiento de las obligaciones.

La sentencia de 27 de diciembre de 1892 (2) considera que no incurre en *mora solvendi* el arrendatario obligado al pago de determinada cantidad por indemnización que ha de abonar al desocupar el local, si al mismo tiempo que las llaves de la casa puso aquella suma y siguió teniéndola a disposición del dueño, que no quiso recibirla (sin consignarla judicialmente).

En el pleito que decidió la sentencia de 13 de marzo de 1930 (3) se trataba de un arrendamiento con opción de compra de casa barata. El arrendatario comprador no había pagado las cuotas, pero se denegó la resolución del contrato, porque se estimó probado que la otra parte se había negado a recibirlas para imponer determinadas modificaciones en el contrato. Concretamente afirma el Tribunal Supremo que la acción resolutoria implícita en las obligaciones recíprocas que ejercitó el recurrente, amparándose en el artículo 1.124 del Código civil, necesita para que prospere, según jurisprudencia de esta Sala,

(1) Sobre este planteamiento *vid.* DÍEZ-PICAZO, *Reflexiones sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en «RDP», 1964, pp. 925 y ss., y *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, vol. I, Madrid, 1973, pp. 10 y ss.

(2) C.L. núm. 185.

(3) R.A. núm. 763.

la justificación de que el incumplimiento de las obligaciones del deudor se debe a causas imputables al mismo, y como en el caso actual, el Tribunal sentenciador atribuye al actor la causa de que los demandados no continuaran satisfaciendo las cuotas mensuales convenidas, cuotas que ellos quisieron pagar y que aquél rechazó a partir de cierta fecha para imponer con ello la modificación que trataba de introducir en el contrato primitivo y los plazos fijados anteriormente, es incuestionable que al no ser deudor el culpable del no pago de las cuotas, sino el acreedor, el supuesto de hecho resulta contrario y opuesto a lo que exige la jurisprudencia citada para que pueda aplicarse al repetido artículo 1.124, que no ha sido infringido.

En el caso de autos de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1941 (4), el demandante tenía concertado un seguro contra incendios con la sociedad demandada. En 1937 el frente de guerra le impidió hacer el pago de sus cuotas anuales y estando en descubierto sobrevino el siniestro. La sentencia recurrida por el actor había estimado que la sociedad de seguros mutuos podía resolver el contrato en vista de que el ofrecimiento de pago no produjo efectos liberatorios en razón de que no fue inmediatamente seguido de la consignación. Sin embargo, el Tribunal Supremo estimó errónea la decisión y declaró que olvidó las fundamentales diferencias que existen entre la llamada oferta real, base inexcusable del pago liberatorio, que, por serlo, está regulado en nuestra Ley sustantiva, en el capítulo que en ella se consagra al estudio de la extinción de las obligaciones, y la oferta no seguida de consignación, cuyo efecto más interesante es, según la doctrina más autorizada, el de constituir el acreedor en mora, *mora accipiendi*, que si no permite que el deudor quede liberado, ni tiene trascendencia en orden al pago de intereses, ni en la transferencia del riesgo de la cosa ofrecida, impide, en cambio, a aquél dar al deudor trato de moroso y obsta a la declaración autorizada por el artículo 1.124 cuando, como en el caso de autos, se acredita que el retraso, sólo temporal, obedeció a una causa cuya evidencia y legitimidad no es preciso encarecer.

En la sentencia de 6 de diciembre de 1943 (5), relativa a un caso de desahucio por falta de pago, el Tribunal Supremo, confirmando la sentencia de la Audiencia Territorial, se refiere a la *mora accipiendi* como figura diferenciable de la consignación, señalando que el supuesto contemplado en el artículo 1.176 del Código civil no se da en el caso del presente litigio, pues afirmado en la sentencia —sin que la afirmación se impugne en legal forma— que el día 1 de enero de 1942 la arrendadora requirió al arrendatario para que abonase el importe de la renta que se hallaba debiendo y que el requerimiento

(4) R.A. núm. 905.

(5) C.L. núm. 74; R.A. núm. 1301.

no fue atendido, es visto que el posterior ofrecimiento de pago realizado por el deudor mediante un acto de conciliación no desvirtúa aquella reclamación por la acreedora, demostrativa de que por parte de ésta no existía negativa o resistencia al cobro, excluyente, por tanto, de la *mora accipiendi* a que el citado precepto se refiere.

De notable interés es también la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1944 (6). Según el actor, habiendo infringido el contrato de promesa de venta de una casa el demandado en el particular de pago de intereses, el deudor ha dado motivo con su culpa exclusiva a la resolución del contrato. El demandado se opuso a la resolución, alegando que el actor se negó a aceptar el pago de todos los intereses debidos, a fin de basarse en ello para pedir la resolución de contrato. El Juez de Primera Instancia dictó sentencia por la que, dando lugar a la demanda, declaró la resolución del contrato de promesa de venta de la casa. La Audiencia Territorial revocó la sentencia, declarando no haber lugar a la rescisión del contrato. No prosperó el recurso de casación, considerando el Tribunal Supremo que el artículo 1.176 del Código civil, preceptivo de que el ofrecimiento de pago seguido de consignación libera al deudor de la responsabilidad procedente de la obligación cuando el acreedor se niega sin razón a admitir el pago que se le ofrece, no autoriza a deducir que en estas condiciones el ofrecimiento no seguido de depósito carece de eficacia jurídica, ya que tiene la de excluir las consecuencias de la *mora solvendi*, o sea, el impedir que pueda considerarse al deudor incurso en caducidades ni resoluciones, pues, como concretamente dice la sentencia de esta Sala de 9 de julio de 1941, obsta a la declaración autorizada por el tan repetido artículo 1.124. Y de esto es consecuencia que debe entenderse improcedente el tercer motivo del recurso, que, con desconocimiento de la expresada doctrina, acusa la infracción de este precepto y del artículo 1.504 del mismo Código.

El caso de la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 1947 (7) tiene que ver con la celebración de un contrato de compraventa de una finca con determinadas condiciones. La compradora pretendió cumplir sus obligaciones dentro del plazo convenido y, al efecto, requirió a los vendedores para que aceptasen el pago de la cantidad debida, poniendo a su disposición el precio y los intereses de que era deudora, tanto en razón del mismo como por el importe del préstamo hipotecario. Ante la negativa a entregar la finca y recibir el precio ofrecido, la compradora solicitó la resolución de la compraventa, que fue estimada por el Juzgado y la Audiencia Territorial. En el recurso de casación, los vendedores señalaron que el Tribunal de Instancia al decretar la resolución vulnera el artículo 1.124 del Có-

(6) C.L. núm. 10; R.A. núm. 941.

(7) C.L. núm. 165; R.A. núm. 778.

digo civil, porque, no habiéndose realizado la consignación de todas las cantidades debidas, era ineficaz el ofrecimiento de pago realizado.

El Tribunal Supremo rechaza los argumentos alegados por los recurrentes porque, de una parte, la recurrida puso a disposición de los mismos, dentro del término fijado, el importe íntegro de las cantidades de que por todos los conceptos era deudora y porque, de otra parte, los indicados argumentos se apoyan en la tesis de que el ofrecimiento de pago no seguido de la consignación de lo debido carece de toda eficacia, tesis errónea, pues, como han declarado las sentencias de esta Sala de 9 de julio de 1941 y 5 de junio de 1944 —cuya doctrina aplica acertadamente el Tribunal de Instancia—, si bien la oferta de pago no seguida de consignación no libera de su obligación al deudor, produce el efecto de constituir en mora al acreedor.

La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1950 (8) se ocupa, igualmente, de la cuestión que examinamos. En el recurso de casación la entidad arrendataria alegó que la Sala sentenciadora no ha tenido presente la diferencia que existe entre el ofrecimiento de pago y la consignación, que define la sentencia de 9 de julio de 1941, de aplicación porque no niega que el pago haya sido ofrecido. Que son instituciones diferenciables la oferta real de pago y la oferta no seguida de consignación; la primera es base inexcusable del pago liberatorio; la segunda tiene por efecto fundamental el de constituir al acreedor en mora, que en todo caso sería lo que podría ocurrir en este caso.

Frente al razonamiento expuesto, el Tribunal Supremo tiene en cuenta la *mora accipiendi* de que tratan las sentencias de 9 de julio de 1941 y 21 de junio de 1947, pero considera que no puede darse valor jurídico de notificación a la consignación, ni siquiera a los efectos de la *mora accipiendi* de que tratan las sentencias citadas, el que dijera de palabra el Secretario del Juzgado al actor (el acreedor) que habían dejado para él en el Ayuntamiento unos dineros sin liquidación alguna, que reconoce la sentencia recurrida como cuestión de hecho.

La sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1953 (9) se refiere a la mora del acreedor en las obligaciones mercantiles. Esta sentencia contempla un supuesto de compraventa de azúcar, quedando la mercancía a disposición del comprador en los almacenes de las fábricas productoras. Entre las facturas expresivas de tal operación figuraban las dirigidas por la Unión Agrícola Azucarera al comprador en 2 de mayo de 1936, referentes a la venta de determinadas cantidades de azúcar de diversas clases, envasadas en sacos de 60 ki-

(8) C.L. núm. 383; R.A. núm. 1833.

(9) C.L. núm. 102; R.A. núm. 3152.

los cada uno, con indicación del número de sacos, precio del kilo y haciendo constar en cada factura la fábrica en cuyos almacenes quedaba la mercancía a disposición del comprador, y que el pago y la retirada total de la misma había de verificarse al final de cada uno de los meses de mayo y junio. Al iniciarse la guerra civil, las fábricas expresadas quedaron situadas en la zona roja, siendo incautado todo el azúcar que existía en ellas por elementos marxistas y, por lo tanto, las cantidades que no había retirado el comprador.

El Tribunal Supremo, revocando la sentencia de la Audiencia Territorial, consideró que, finalizado el plazo señalado al comprador (acreedor) para retirar la mercancía comprada, comenzaron para él los efectos de la mora, conforme a lo establecido en el número 1.º del artículo 63 del Código de comercio, que, en materia de obligaciones mercantiles, sustituye el principio de interpelación judicial, adoptado como norma específica para la regulación de la mora en el Derecho civil, por el principio del vencimiento de la obligación, cuando éste aparece determinado por la Ley o por la voluntad de los contratantes.

Siguiendo la línea descrita, nos encontramos con la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1962 (10), relativa a un supuesto de venta de diversas fincas, reservándose la vendedora para sí y sus herederos el derecho de retraer las fincas vendidas durante un plazo de cuatro años, con derecho a prorrogar a su elección hasta el máximo de diez años, contados desde la fecha de la escritura. Durante el referido plazo de cuatro años o su prórroga, en su caso, llevaría la vendedora o sus herederos las fincas en arrendamiento. La falta de pago de cuatro anualidades del arriendo sería causa bastante para consumir de derecho la adquisición, perdiendo la vendedora o sus herederos el derecho a prorrogar el plazo establecido. Era condición necesaria para el ejercicio del derecho de retracto que la arrendataria estuviera al corriente de pago de todas las anualidades o parte de ellas vencidas del arriendo pactado. Una heredera de la vendedora transmitió el derecho de retracto a un tercero, que se subrogó en la posición de la vendedora. Poco tiempo después de la adquisición ejercitó el derecho de retracto, requiriendo al comprador para que otorgase escritura de retroventa de las fincas citadas, aceptando el pago ofrecido. El comprador se opuso a ello, por lo que el titular del derecho de retracto consignó la cantidad ofrecida, consignación a la que se opuso el comprador. Estimando la demanda interpuesta por el titular del derecho de retracto, el Juez de Primera Instancia declaró que el comprador está obligado a formalizar en favor de aquél la retroventa de las fincas compradas. La Audiencia Territorial confirmó este fallo. No prosperó el recurso de casación.

(10) C.L. núm. 840; R.A. núm. 4294.

Según el Tribunal Supremo, la conducta recalcitrante del demandado (el comprador) recurrente opuesta a aceptar todo ofrecimiento de pago y consignación, obstaculizando los expedientes que a dicho efecto se hicieron, le constituye en *mora accipiendi*, que, si bien no permite al deudor quedar liberado de la obligación de pago, sí impide que pueda dársele trato de moroso y enervar con ello el ejercicio del derecho de retracto que asiste al actor.

Algunos años después de la última sentencia expuesta se publica la de 31 de octubre de 1948 (11). Encargada la construcción de un motor Arana de 80 HP, con variador de velocidad, tiene lugar la mora del comprador a partir de la carta de 16 de noviembre de 1964, en la que manifiesta que no se hace cargo del motor, a cuya confección no se pone tacha, y que fue puesto a su disposición en los almacenes del fabricante, de donde había de retirarlo, dado que los plazos para poder exigir el pago habían de contarse a partir de dicho acto: *mora accipiendi*, invocada en el segundo motivo del recurso, por falta de cooperación del comprador al cumplimiento del contrato; pero al no haber hecho la consignación judicial de la cosa debida, no obstante los reiterados ofrecimientos que de ella se hicieron al que había de recibirla y el haberla tenido en todo momento a su disposición, lo que no ha sido puesto en duda por el demandado, se ha de determinar, y es la tesis jurídica que se plantea en el recurso de casación, si esta mora ha de considerarse como incumplimiento por parte del demandado (comitente) o si, para que ése se dé, es necesaria la consignación judicial, siendo absolutamente ineficaz, para el efecto perseguido, cualquier otro medio de puesta a su disposición.

En el segundo considerando de la sentencia se afirma, reproduciendo la doctrina jurisprudencial, lo siguiente: Que una amplia jurisprudencia interpretativa ha suplido el relativo vacío que se nota en los artículos 1.176 y 1.124 del Código civil en cuanto a los efectos del ofrecimiento sin consignación, en relación con el cumplimiento de los contratos, entre las cuales destacan: la de 27 de diciembre de 1892, que absuelve al deudor de la *mora solvendi* cuando al tiempo de entregar las llaves de la casa (en un contrato de inquilinato) puso la suma debida y la siguió teniendo a disposición del dueño, que no ha querido recibirla (sin consignarla oficialmente); y la de 9 de julio de 1941, que se refiere al ofrecimiento, no aceptado por la aseguradora, del pago de una prima de un seguro, y cuando el asegurador pide la resolución, alegando el incumplimiento del contrato por el asegurado, la sentencia afirma que aquel ofrecimiento, aun no seguido de consignación, obsta a la declaración autorizada por el artículo 1.124 del Código civil, o sea, a la de incumplimiento por parte del deudor; y la de 5 de julio de 1944, que dice: el artículo 1.176 del Código

(11) C.L. núm. 669; R.A. núm. 4960.

civil, preceptivo de que el ofrecimiento de pago, seguido de la consignación, libera al deudor de la responsabilidad procedente de la obligación, cuando el acreedor se niega, sin razón, a admitir el pago que se le ofrece, no autoriza a deducir que, en estas condiciones, el ofrecimiento no seguido de depósito, carece de eficacia jurídica, ya que tiene la de excluir la *mora solvendi*, o sea, la de impedir que pueda considerarse al deudor incurso en caducidades ni reclamaciones, orientación digna de ser seguida y que puede quedar condensada en los siguientes términos: la consignación libera al deudor de la obligación del pago, porque se da por realizado; el ofrecimiento real sin consignación libera al deudor de la posible tacha de incumplimiento; y si aplicamos la doctrina de las sentencias citadas, todas referentes a entregas de dinero, de tan fácil consignación al caso debatido (maquinaria pesada, fácil de identificar y difícil de transportar), procede estimar el segundo motivo de este recurso, suscribir el criterio de la sentencia de primera instancia que condena al pago y a la entrega simultánea de la cosa de la que no ha sido liberado el vendedor por el ofrecimiento real no seguido de consignación, y rechazar el de la Audiencia que conduce a que la falta de consignación, aun mediando el ofrecimiento real, no sólo priva al oferente de la acción que le concede en este caso el artículo 1.599 del Código civil para reclamar el pago, sino aquella que dicen infinidad de sentencias, entre otras, las de 12 de diciembre de 1914 y 11 de abril de 1924: que el incumplimiento no produce la resolución *ipso facto*, sino a petición del perjudicado, que si en este caso hubiera sido el demandado, como supone la instancia al liberarlo del pago, hubiera tenido que alegarlo en la contestación a la demanda, y en ella para nada se refirió dicha parte al incumplimiento del contrato por el actor.

Semejante a la anterior sentencia es la de 12 de junio de 1969 (12). Al no cumplir el comprador el contrato mediante el cual compró el piso que disfrutaba en arrendamiento por temporada, pues con diversas excusas no entregó el precio, los vendedores solicitaron que se dictase sentencia declarando resuelto el contrato de compraventa. El Juez de Primera Instancia dictó sentencia estimando sustancialmente la demanda. La Audiencia Territorial la confirmó. En el recurso de casación el comprador alegó, entre otras cosas, la infracción, por violación, del párrafo 1.º del artículo 1.124 del Código civil, señalando como determinante de la violación el hecho de que, habiéndose pactado en el contrato que el resto del precio aplazado se pagase mediante letras de cambio, suscritas al efecto, la parte actora no se cuidó de su emisión y puesta en circulación.

Según el Tribunal Supremo, aun dando por acreditada la realidad del hecho, pese a la desestimación del motivo primero, en que se

(12) C.L. núm. 398; R.A. núm. 3425.

trata de ponerlo de relieve, basta para guardar la fuerza del motivo con tener en cuenta: A) Que dentro de nuestro Derecho (y suponiendo que exista en el caso de autos), la *mora accipiendi* no libera al deudor, ni aun permite que éste incurra, a su vez, en retraso en el cumplimiento de sus obligaciones, sino que para cancelar su débito, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.180 del Código civil, ha de efectuar la consignación del importe de aquél, conforme al párrafo 1.º del artículo 1.176 y concordantes del expresado Código. B) Que el requisito de la buena fe que ha de presidir el cumplimiento de los contratos... obliga —so pena de incidir en la causa resolutoria prevista en el artículo 1.124— cuando un contrato aparece, por entero, consumado por una de las partes y no así por la contraria, que queda en situación privilegiada e injusta de gozar de los derechos nacidos del contrato sin cumplir las obligaciones recíprocas, a procurar que se solventen éstas, sin acudir a subterfugios, disculpas o pretextos para prolongar su incumplimiento, en perjuicio de la contraparte.

También hemos de referirnos a la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1978 (13). El Tribunal Supremo acoge el recurso de casación, porque la sanción resolutoria pretendida por la entidad vendedora no puede entenderse suplida por una situación que la entidad compradora hace deducir de tener patentizada una ausencia de conducta deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo pactado, y que esencialmente trata de amparar en el hecho de que en 15 de junio de 1972 hubiese ofrecido por conducto notarial a dicha entidad vendedora la suma de 1.068.808 pesetas, no seguido de consignación judicial, correspondiente al último plazo vencido del precio asignado a la compraventa de que se trata, en tendencia a enervar la expresada sanción resolutoria contractual instada de contrario, con base en el criterio jurisprudencial sancionado, entre otras, en sentencias de este Tribunal de 5 de febrero de 1944, 18 de mayo de 1957, 28 de marzo de 1961 y 31 de octubre de 1968, dado que, según señala el Tribunal Supremo en la sentencia que exponemos, bajo el aspecto de la cuestión, si ciertamente la oferta no seguida de la consignación puede llegar a producir el efecto apreciado en las sentencias de este Tribunal de 7 de julio de 1941, 5 de junio de 1944 y 21 de junio de 1947, citadas en el segundo de los considerandos de la sentencia recurrida, de constituir al acreedor en *mora accipiendi*, que si no permite que el deudor quede liberado, impide, en cambio, dar a éste por el acreedor carácter de moroso, es sobre la base de que el comportamiento posterior de dicho deudor no ponga en evidencia que esa su aparente voluntad de cumplimiento no era real, cual sucede en el supuesto ahora contemplado, olvidando y desconociendo (la entidad compradora) que el ofrecer cuando el destinatario reclama no es pagar, de-

(13) C.L. núm. 257; R.A. núm. 2452.

jando transcurrir el tiempo desde entonces sin tampoco abonar tal descubierto, ni tan siquiera con posterioridad a haber sido efectuado el requerimiento tantas veces aludido de 14 de septiembre de 1973.

Muy importante es la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1986 (14).

Los hechos de esta sentencia son los siguientes: El 31 de octubre de 1977, el actor compró a la demandada una oficina de farmacia en documento privado por precio que deberá ser satisfecho antes del 25 de diciembre del mismo año. Una vez efectuada la venta, la vendedora pretendió abrir una nueva farmacia en otra localidad, por lo que instó reiteradamente al comprador a que llevase a cabo las actuaciones pertinentes para que pudiera hacerse cargo oficialmente de la farmacia comprada; el comprador reconoció la urgencia de la contraparte, motivada por el hecho de la apertura de su nueva farmacia, y acordó con la vendedora un plazo que vencía en agosto de 1978. Para entonces, el comprador se había posesionado de la farmacia (despidiendo a un mancebo que trabajaba en ella y haciendo suyas las ganancias obtenidas de la venta de medicinas) y había comparecido ante Notario con la vendedora el 14 de abril de 1978, al objeto de formalizar en escritura pública un contrato de cesión de la referida farmacia, si bien a nombre de tercera persona a quien representaba el comprador. No obstante lo indicado, y ante la pasividad del comprador, la vendedora, el 28 de agosto de 1978, cursó instancia al Colegio Oficial de Farmacéuticos en solicitud de baja colegial y el consecuente cierre de la oficina a su nombre, lo que le fue concedido. El comprador formuló demanda en súplica de que se dictara sentencia resolviendo la venta y con la consiguiente indemnización de daños y perjuicios. La sentencia fue desestimatoria de la demanda, al igual que la dictada en apelación por la Audiencia Territorial. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación en el que se denunció que el recurrente (comprador de la farmacia) había cumplido sus obligaciones sin que contrariamente mediase un parigual cumplimiento por parte de la vendedora recurrida, por lo que era procedente la resolución de contrato de compraventa de la farmacia.

Según el Tribunal Supremo, el motivo expuesto debe ser rechazado en atención a diversas razones. Primera, que, por lo que afecta a la vendedora recurrida, y como ya se ha hecho constar en el anterior fundamento, por parte de la misma se produjo una conducta integradora de un verdadero y propio cumplimiento de sus deberes contractuales, toda vez que entregó la farmacia vendida en las condiciones estipuladas y fue con posterioridad a tal entrega, y cuando después de advertir al comprador de su urgencia en que por éste se

(14) R.A. núm. 2835. Esta sentencia ha sido comentada por RUBIO TORRANO, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1986, núm. 11, pp. 3697-3705.

hiciera el cambio de titularidad, advertencias que fueron aceptadas por el citado comprador, quien, sin embargo, no operó el cambio de titularidad, cuando aquélla, obligada por tales circunstancias, se dio de baja en el Colegio de Farmacéuticos de Murcia, por lo que no cabe atribuirle las consecuencias que, en orden a la cosa vendida, se pudieran producir por tal hecho de la citada baja colegial. Segunda, que por lo que se refiere al comprador, y si bien es cierto que cumplió su obligación del pago del precio, también lo es que, como acertadamente razona la resolución recurrida, incurrió en la figura jurídica que la doctrina científica y jurisprudencial conoce por el nombre de mora del acreedor o «mora accipiendi», toda vez que se cumplen los requisitos que para su ocurrencia viene exigiendo la aludida doctrina, como son una obligación vencida para cuyo cumplimiento haga falta el concurso del acreedor, la realización por el deudor de todo lo que conduce a la ejecución de la prestación y, finalmente, la falta de cooperación por parte del acreedor sin justificación legal alguna al cumplimiento de la obligación, determinando con ello su incumplimiento, figura ésta de la «mora accipiendi», cuyos efectos principales, son no sólo la exclusión de la mora del deudor, sino también la atribución al acreedor del riesgo de la pérdida de la cosa, por lo que en modo alguno puede en el caso que nos ocupa atribuirse a la vendedora la pérdida de la farmacia vendida, cuando consta no sólo su conducta de cumplimiento contractual, sino también la concurrencia de una mora por parte del comprador que hace recaer sobre el mismo el riesgo; razones todas ellas por las que procede la expresa desestimación de este segundo motivo.

Es evidente que el comprador de la farmacia no observó la carga de darse de alta en el Colegio de Farmacéuticos, a pesar de que la vendedora hubiese cumplido todas las obligaciones, habiendo tenido lugar la entrega de la farmacia y su toma de posesión por el comprador. El Tribunal Supremo destaca con claridad en la sentencia que la vendedora recurrida «entregó la farmacia vendida en las condiciones estipuladas».

No cabe duda de que el alta en el Colegio de Farmacéuticos es una carga del comprador para no perder la titularidad de la farmacia adquirida en virtud de la compraventa; pero con la entrega de la farmacia y la posesión de la misma por el comprador, dándose de baja la vendedora, se produjo la total liberación de ésta.

A nuestro juicio, una vez liberada la vendedora, es lógico que el comprador, que es propietario *civilmente* de la farmacia, aunque no se diera de alta en el Colegio de Farmacéuticos, habiéndose dado de baja la vendedora, sea el único que deba soportar el riesgo de la pérdida de la farmacia, al derivar exclusivamente de su conducta negligente.

Por último, hay que mencionar la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1987, en la que se parte de que la vendedora puso a disposición de la compradora un equipo técnico para su instalación inmediata, de cuya programación estaba confeccionado a la fecha de la comunicación el 90 por 100, pero la oferta de entrega fue rechazada por carta de la compradora resolviendo el contrato, lo que impidió la entrega de todo ello, provocándose el incumplimiento contractual al incurrir en *mora accipiendi* la compradora. Para la implementación de lo programado urgía necesariamente la colaboración de la compradora, cuyos datos comerciales y contables tenían que ser objeto de análisis previo, ya que lo requería dicha labor informática, a lo que no se prestó la compradora.

La Audiencia Territorial, revocando en parte el fallo del Juez de Primera Instancia, condenó a la demandada a cumplir el contrato suscrito con la actora para la adquisición del equipo técnico, con abono íntegro del precio correspondiente, devengando intereses legales desde el 18 de diciembre de 1981 solamente la cantidad de 931.950 pesetas, y el resto del precio a partir del 28 de febrero de 1982. Además, a pagar la cantidad de 216.694 pesetas, importe de los gastos de hospedaje del empleado de la demandada, y a pagar la cantidad que resulte de deducir de 532.532 pesetas el importe de los gastos de programación por albaranes y facturas llevados a cabo por el empleado de la demanda y que se determinaran en ejecución de sentencia.

El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por la demandada.

Según el Alto Tribunal, ante la situación fáctica declarada en la sentencia recurrida y no desvirtuada, no cabe deducir la infracción del ordenamiento jurídico que se invoca por la recurrente, tanto más cuanto que la consignación de la cosa, que en el motivo se califica como paradigmático en el justo cumplimiento de la obligación de entregar, cuando hay oposición a tal entrega, aparte de que no es viable enteramente cuando se trata de objetos de unas características como las de la implementación de programas, cuya ejecución precisa rigurosamente la actividad de quien los ha de recibir, es lo cierto que la consignación con todos sus requisitos legales lo que comporta es una liberación total del pago, pero la oferta real también tiene efecto positivo, aunque de menor alcance jurídico, cual es el de la constitución al acreedor en mora, que imposibilita la atribución del incumplimiento a quien ha de entregarla y no puede hacerlo por la negativa de quien ha de recibirla (sentencias de 9-7-41 y 5-6-44).

III. AUTONOMIA CONCEPTUAL DE LA MORA DEL ACREEDOR

Las sentencias expuestas parten de una base importante: la oferta no seguida de la consignación constituye al acreedor en mora, tal como afirma la importante sentencia de 9 de julio de 1941 y las sentencias que siguen su doctrina, cumpliéndose determinados requisitos.

De esta manera, nuestra jurisprudencia proclama, con carácter general, la autonomía conceptual de la mora del acreedor; lo cual es sumamente importante en nuestro Derecho al no existir en él una normativa que discipline en su conjunto la mora del acreedor. Precisamente, en la sentencia de 9 de julio de 1941 se cuestionó la autonomía conceptual de la mora del acreedor al referirse los artículos 1.176 y siguientes del Código civil al ofrecimiento de pago y la consignación, sin aludirse expresamente a aquélla.

Para determinar la importancia de la doctrina del Tribunal Supremo es oportuno reflejar el debate surgido en este punto, partiendo fundamentalmente de la teoría de Saleilles y de su comentario crítico.

Numerosos autores franceses han puesto en cuestión la propia existencia de la mora del acreedor en el Derecho francés, porque los artículos 1.257 y siguientes del Código civil francés se refieren exclusivamente a la oferta de pago y la consignación, que producen como efectos principales la liberación del deudor y la transmisión de los riesgos al acreedor (15).

La falta de normas en el Código civil francés que, con carácter general, se refieran al fenómeno de la colaboración del acreedor en el cumplimiento y la mora del acreedor es lo que ha hecho pensar de esta manera. Con notable claridad, Saleilles (16) afirma que en la legislación francesa no existe una teoría sobre la mora del acreedor, ya que en el caso de falta de aceptación del acreedor sólo se conoce la oferta real y la consignación. La oferta no es más que condición previa de la consignación y no produce efectos por sí misma. Este sistema contrasta con el alemán, que admite la mora del acreedor. Además, en virtud de lo dispuesto en los artículos 1.382 y siguientes del Código civil francés y los principios generales en materia de obligaciones, no parece posible construir una teoría de la mora del acreedor en el Derecho francés.

(15) SALEILLES: *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'empire allemand*, París, 1901, p. 32. PLANIOL: *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, París, 1921, pp. 150 y ss. ESMEIN: *Obligations*, 2.^a parte, t. VIII, «Traité pratique de droit civil français», dirigido por PLANIOL y RIPERT, París, 1954, pp. 613 y ss.

(16) SALEILLES: *Etude sur la théorie générale de l'obligation*, cit. p. 32.

Ante el panorama descrito, la doctrina francesa (17) más moderna destaca que el procedimiento especial configurado para resolver el problema que surge cuando el acreedor no acepta la prestación regularmente ofrecida por el deudor, a través del ofrecimiento real del pago y de la consignación del objeto debido, es demasiado complicado, si se compara con el configurado por otros ordenamientos extranjeros, como el alemán, que lo solucionan a través de la mora del acreedor, que es el contrapunto de la mora del deudor, ya que desde el momento en que el acreedor cae en mora, los riesgos son a su cargo y la deuda deja de producir intereses.

No parece irrefutable la argumentación de Saleilles y de los autores que sustancialmente piensan como él, acudiendo a lo dispuesto en el artículo 1.382 y las normas que regulan la oferta real y la consignación. El propio Laurent (18) ya señala que el Código no habla de mora del acreedor (*demeure du créancier*), al menos no lo hace con términos formales. Sin embargo, no puede admitirse que la obligación no pueda ser cumplida por la culpa del acreedor; en este caso se dice que el acreedor está en mora.

Comentando la opinión de Laurent, Crome (19) precisa que no da razón alguna para justificar que la *mora accipiendi* implica la culpa del acreedor.

Para Pothier (20), la consignación es válida y equivalente al pago cuando el acreedor ha sido puesto en mora (*être mis en demeure de recevoir*) por oferta válida.

Precisamente, Domat (21) sólo se refiere a la consignación como medio de liberación del deudor, si bien implícitamente se está refiriendo, de igual manera que Pothier, a la mora del acreedor cuando dice que sólo está permitido al deudor consignar si el acreedor ha rehusado recibir el pago.

Parece, por tanto, evidente que, si bien Pothier y Domat no desarrollaron una teoría de la mora del acreedor, estos autores parten de ella. Esto se advierte con claridad en los trabajos preparatorios del Código de Napoleón, donde se tiene presente el pensamiento de

(17) WEILL y TERRÉ: *Les obligations*, en «Droit civil», París, 1980, p. 1035. H. L. y J. MAZEAUD: *Obligations. Théorie générale*, 6.^a edición, por CHABAS, en «Leçons de droit civil», París, 1978, p. 913.

(18) LAURENT: *Principes de droit civil français*, t. VI, París-Bruselas, 1875, p. 312. Ver también TOULLIER: *Droit civil français suivant l'ordre du Code*, Bruselas, 1829-1834, t. IV núm. 221, p. 103.

(19) CROME: *Teorie fondamentali delle obbligazioni del diritto francese*, traducción con notas de ASCOLI y CAMMEO, Milán, 1908, p. 190, nota 16.

(20) POTHIER: *Traité des obligations*, en «Oeuvres de POTHIER contenant les Traités de droit français», vol. I, nueva edición de DUPIN, París, 1835, p. 339.

(21) DOMAT: *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, París, 1767, p. 284.

Domat y Pothier (22). Precisamente Mouricault (23) señala que el deudor debe cumplir todas las formalidades para que el acreedor sea advertido, para que sea puesto en mora..., y es a la observancia escrupulosa de estas formalidades que la validez de las ofertas y de la consignación están vinculadas, ya se trate de pagar una suma, ya se trate de entregar una cosa.

Es sorprendente que la doctrina francesa no haya tenido en cuenta la importante aportación de Crome (24), que examina la mora del acreedor en el Derecho francés, contrastando con la actitud de la doctrina italiana, claramente influida por el pensamiento de este autor alemán, cuya obra ha sido traducida al italiano por Ascoli y Cammeo. Crome acepta básicamente los postulados de Kohler, que en lo esencial no están en contra de la normativa del Código civil francés.

Señala Crome (25) que la teoría de la *mora accipiendi* es pobremente tratada en la literatura francesa. Casi todos los autores la abordan con dos palabras, por el motivo de que el Código civil francés no la trata de modo especial, no produciendo otro efecto que el de atribuir al deudor el derecho a depositar la cosa debida. Cuando aparece en el Código alguna referencia a la mora del acreedor, consideran la norma como disposición especial o como excepción. De esta manera se olvida, según Crome, que la Ley no es un tratado y que ha de considerarse como un mérito de ésta la limitación a las disposiciones estrictamente necesarias. El Código civil francés parte del concepto conocido en su tiempo de que la mora del acreedor y la mora del deudor no son dos institutos paralelos, sino que se fundan en bases esencialmente diversas. La falta de una definición de la *mora accipiendi* en el Código civil no puede conducir a engaño. Los requisitos de la misma derivan del concepto de la obligación y de varios puntos de apoyo en la Ley. Una cosa deriva ante todo del concepto. La obligación constituye para el acreedor un derecho a la prestación, no un deber: el deudor es el obligado, no el acreedor; el deudor debe llevar a cabo la prestación, el acreedor no está obligado a recibirla. Si el mismo estuviese obligado no sería acreedor. Por este razonamiento es ilógico el hacer depender la *mora accipiendi* de la culpa del acreedor. La *mora accipiendi* y la *mora debendi* tienen fundamentos tan diversos como el del derecho y el del deber.

Tampoco el Código civil italiano de 1865 disciplinó con carácter general la mora del acreedor, estableciendo sus requisitos y efectos.

(22) FENET: *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIII, reimpresión de la edición de 1827, Osnabrück, 1968, pp. 313 y 414.

(23) FENET: *Recueil complet*, t. XIII, *cit.*, p. 433.

(24) CROME: *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese*, *cit.*, pp. 185 y ss.

(25) CROME: *Loc. cit. ant.*

Sólo se ocupó el legislador italiano de 1865 de disciplinar la oferta real y el depósito liberatorio. Sin embargo, Chironi (26) y Scuto (27) no aceptan el razonamiento de Saleilles, de tal manera que en el caso de falta de cooperación, es decir, de aceptación tempestiva de la prestación, sólo se conoce la oferta real y del depósito liberatorio. Según Scuto (28), la mora del acreedor aparece contemplada en varios artículos (artículos 1.635 y 1.637), estando implícitamente aceptada en la normativa sobre la oferta real y el depósito liberatorio.

Nuestro Código civil no ha establecido una disciplina general sobre la mora del acreedor. En los artículos 1.176 y siguientes se habla exclusivamente del ofrecimiento de pago y de la consignación, siguiéndose así el ejemplo del Código civil francés (artículos 1.257 y ss.). En el artículo 1.776 se alude igualmente tan sólo a la consignación. Precisamente, García Goyena (29), al comentar los artículos 1.107 y siguientes del Proyecto de 1851, pone en conexión estos preceptos con el Código civil francés y también con las Partidas (Ley 8, título 14, Partida 5.^a). En esta línea no falta autores (30) que, al examinar la normativa del Código civil sobre el ofrecimiento de pago y la consignación, no se refieren a la mora del acreedor. Sin embargo, esto no implica que nuestro Código civil la desconozca, de tal forma que, como señaló Saleilles en relación con el Derecho francés, no sea posible configurar su régimen jurídico en nuestro Derecho. El artículo 1.176 del Código civil presupone la mora del acreedor, pues la negativa sin razón a admitir el pago regularmente ofrecido constituye al acreedor en mora. Refiriéndose a la consignación como modo de extinguir las obligaciones en todos los contratos, ya decía Heineccio (31) que procede siempre que el acreedor es moroso en recibir, o que no quiere o no puede recibir el dinero que se le ofrece, con lo cual, lógicamente, Heineccio, de igual manera que nuestro Código civil, conecta la mora del acreedor a la oferta de pago y la consignación. Esta idea aparece nítidamente descrita por la doctrina del Derecho común, por los comentaristas de las Partidas, por Pothier y en los trabajos preparatorios del Código de Napoleón, y por nuestra doctrina del

(26) CHIRONI: *La culpa en el Derecho civil moderno* (trad. esp. por POSADA), Madrid, 1907, p. 811.

(27) SCUTO: *La mora del creditore*, Catania, 1905, pp. 9 y 10.

(28) SCUTO: *Loc. cit. ant.*

(29) GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español* (reimpresión de la edición de Madrid de 1852), Zaragoza, 1974, p. 593.

(30) SCAEVOLA (*Código civil*, t. XIX, 2.^a edición redactada por MARÍN PÉREZ, Madrid, 1957, pp. 577-578), considera que la negativa del acreedor a recibir la prestación no tiene nada en común con la definición y los efectos de la mora. No se ha inventado la palabra morosidad, sino para señalar un accidente del cumplimiento de las obligaciones.

(31) HEINECCIO: *Recitaciones del Derecho civil romano* (traducidas al castellano, anotadas y adicionadas considerablemente por COLLANTES y BUSTAMANTE), Valencia, 1888, p. 140.

siglo XIX, tal como vamos a exponer al evidenciar que la culpa del acreedor no es en nuestro Derecho un presupuesto necesario de la mora del acreedor, y, en definitiva, que no se basa en el incumplimiento culpable de una obligación de cooperación del acreedor.

El reconocimiento legal de la mora del acreedor en nuestro Derecho se deduce, a nuestro juicio, con claridad meridiana del artículo 332 del Código de comercio, que pone en conexión expresamente la mora del comprador, por no hacerse cargo de las mercancías, y el depósito judicial, es decir, la consignación a que se refieren los artículos 1.176 y siguientes del Código civil. En realidad, lo que nuestro legislador ha hecho es regular el más importante efecto de la mora del acreedor, o sea, la posibilidad de la liberación del deudor mediante la consignación de la cosa debida.

Para comprender todo lo afirmado hay que tener en cuenta también que en diversos preceptos se aplica el instituto de la mora del acreedor. Los artículos 1.185, 1.452 (último párrafo), 1.505, 1.589 y 1.590 del Código civil, 332 y 369 del Código de comercio y el reciente artículo 48 de la Ley Cambiaria y del Cheque constituyen aplicaciones concretas de la mora del acreedor.

Los artículos 1.505 del Código civil y 332 del Código de comercio hablan expresamente de la constitución en mora. El artículo 1.505 del Código civil permite la resolución de la venta de bienes muebles cuando el comprador no se presente a recibirlos o, lo que es igual, cuando incurre en mora. A su vez, los artículos 1.589 y 1.590 del Código civil se refieren a la morosidad en recibir la obra construida. Finalmente, el artículo 48 de la Ley Cambiaria y del Cheque parte de la morosidad en la presentación de la letra de cambio al pago.

Parece, por consiguiente, fuera de toda duda el reconocimiento de la figura de la mora del acreedor en nuestro Derecho (32), resi-

(32) En este sentido, OYUELOS: *Digesto*, t. V, Madrid, 1928, p. 164. EYRE: *Notas referentes al pago de las obligaciones por consignación judicial*, en «RJC», 1946, página 26. PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER: *Notas al Derecho de obligaciones de Enneccerus y Lehmann*, vol. 1.º, 2.ª edición al cuidado de PUIG BRUTAU, Barcelona, 1954, pp. 295 y ss. SANTOS BRIZ: *Derecho civil. Teoría y práctica*, t. III, Madrid, 1974, pp. 543 y ss. ESPÍN: *Manual de Derecho civil español*, t. III, Madrid, 1978, pp. 210 y 211. ALBALADEJO: *Derecho civil*, t. II, «Derechos y obligaciones», vol. 1.º, Barcelona, 1983, pp. 152 y ss. Díez-PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. I, cit., pp. 152 y ss. DE DIEGO: *Instituciones de Derecho civil español*, t. II, Madrid, 1959, p. 53. BELTRÁN de HEREDIA: *El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1956, p. 476. NART: *Pago por consignación*, en «RDP», 1951, p. 208. CANO MATA: *La consignación*, en «ADC», 1969, página 755. BERCOVITZ, RODRIGO: *Comentario al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, t. XVI, vol. 1.º, Madrid, 1980, p. 239. DE DIEGO LORA: *La consignación judicial*, Barcelona, 1952, p. 44. NÚÑEZ BOLUDA: *Notas para un estudio sobre la consignación*, en «RGLJ», 1982, p. 179. MANRESA: *Comentarios al Código civil español*, t. X, Madrid, 1905, pp. 696 y 697. LACRUZ: *Elementos de Derecho civil*, t. II, «Derecho de obligaciones», vol. 1.º, Barcelona, 1977, pp. 112 y si-

diendo los problemas, no tanto en esta cuestión como sobre todo en perfilar su régimen jurídico, ya que existen solamente en nuestro Derecho aplicaciones concretas.

IV. PRESUPUESTOS DE LA MORA DEL ACREEDOR

El problema que representa la ausencia de una normativa que regule unitariamente la mora del acreedor ha sido solucionado en buena medida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y, lógicamente, por la doctrina científica, que inspirándose en los principios que informan la figura ha precisado sus presupuestos.

Para que la mora del acreedor surja se requiere la concurrencia de varios presupuestos, que vamos a analizar a la luz de la jurisprudencia.

1. Realización por el deudor de todo lo necesario para la ejecución de la prestación

Todas las sentencias que declaran la mora del acreedor parten de la base de que el deudor ha realizado todo cuanto dependía de él para que tenga lugar el pago o cumplimiento del deber de prestación. Así, ha llevado a cabo un ofrecimiento de pago que se ajusta perfectamente a los requisitos subjetivos y objetivos que son exigidos por la Ley para el pago o cumplimiento. Con carácter general, la sentencia de 30 de mayo de 1986 menciona como requisito necesario de la mora del acreedor el referente a la realización por el deudor de todo lo que conduce a la ejecución de la prestación.

No cabe duda de que el artículo 1.177, párrafo segundo, del Código civil evidencia este presupuesto de la mora del acreedor, ya que la consignación presupone la misma. La carga del acreedor de cooperar en el cumplimiento facilitando la liberación del deudor está en relación directa con la existencia de un ofrecimiento de pago que sea exacto y regular.

guintes. CAÑO MARTÍNEZ DE VELASCO: *La mora*, Madrid, 1978, pp. 85 y ss. CRISTÓBAL MONTES: *El pago o cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1986, p. 198. PASCUAL ESTEVILL: *El pago*, Barcelona, 1986, pp. 366 y ss. RUIZ SERRAMALERA: *Derecho civil. Derecho de obligaciones*, Madrid, 1981, p. 230. TORRALBA: *Lecciones de Derecho civil*, vol. 1, Barcelona, 1984, p. 494. OSSORIO MORALES: *Lecciones de Derecho civil. Obligaciones y contratos. Parte general*, 2.ª edición revisada y puesta al día por Ossorio Serrano, Granada, 1986, p. 123. CASTÁN-GARCÍA CANTERO: *Derecho civil español, común y foral*, t. III, «Derecho de obligaciones», Madrid, 1983, p. 217. PUIG BRUTAU: *La mora*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica», t. XVI, Barcelona, 1978, p. 648. MALUQUER DE MONTES: *Ofrecimiento de pago*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica», t. XVIII, Barcelona, 1986, p. 430.

Nuestro Tribunal Supremo, en numerosas sentencias, determina que para que el ofrecimiento de pago produzca los efectos previstos en los artículos 1.176 y siguientes del Código civil (los derivados de la *mora creditoris* y la consignación) es preciso que responda fielmente a todos los requisitos del pago y, en concreto, a los siguientes:

1.º) *Tiene que ser incondicional.*— Según la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1906 (33), es razón bastante para rechazar el ofrecimiento y consignación si aquél se hace de forma condicional. En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1958 (34): Que disponiendo el artículo 1.177 del Código civil que toda consignación para ser eficaz ha de ajustarse de modo estricto a las disposiciones que regulan el pago, y el 1.157, que no se aprovechase éste sino cuando se entregue completamente, *sin condiciones ni reserva alguna*, siendo tal forma la única que libera y extingue la obligación que presupone, al no haber sido éste así efectuado a los arrendadores, respecto a la renta adecuada, y ser la consignación verificada con la salvedad de que, al ser ofrecida la cantidad, fuesen los demandados requeridos para otorgar en escritura pública el contrato de arrendamiento a que responde la indicada suma, ingresándose, de no acceder, la suma entrega en la caja de depósito, es visto que tanto el ofrecimiento como la consignación no han estado ajustados a las reglas establecidas en los artículos 1.176 a 1.178 del Código civil.

Como es lógico, el requisito del carácter incondicional no se elude, tal como se infiere de la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de enero de 1977 (35), cuando en las obligaciones recíprocas la oferta de una de las partes se condiciona a la de la otra.

2.º) *Tiene que ser hecho al acreedor o a su apoderado.*— Según la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1946 (36), el pago, como modo extintivo de la obligación con su efecto liberatorio del obligado, y lo mismo su oferta al acreedor que voluntariamente no lo acepta, exigen para que puedan reputarse bien hechos y producir aquel efecto, entre otros requisitos, además del que se entreguen totalmente la cosa prestada o el dinero en la misma cuantía y especie que la cantidad debida, el que se hagan a persona a quien la prestación se debe o a otra autorizada para recibirla en su nombre, según se preceptúa en los artículos 1.157, 1.162 y 1.170 del Código civil; y de ello se sigue que acertadamente procedió la Sala de lo civil de Valencia al no estimar bien hecho y liberatorio un pago que, prescindiendo de la circunstancia de haberse intentado en moneda que

(33) C.L. núm 145.

(34) C.L. núm 34; R.A. núm. 545.

(35) C.L. núm. 7.

(36) C.L. núm. 835; R.A. núm. 141.

como la puesta en circulación en tiempo y zona de dominio rojo, ya al final de éste, se hallaba notoriamente depreciada, caso previsto en el contrato de préstamo, se ofreció a quien no era entonces representante, con facultad para recibirlo, del acreedor.

En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1943 (37) considera que la Ley exige, como trámite primero, el ofrecimiento de pago a la persona a cuyo favor estaba constituida la obligación, extremo que no aparece acreditado en autos se llevase a cabo, como indirectamente exige el artículo 1.178 del Código civil.

3.º) *Tiene que hacerse en momento oportuno y en el lugar del pago.*— Siguiendo el camino emprendido por la sentencia de 3 de marzo de 1928 (38) y proseguido por las sentencias de 24 de noviembre de 1943 (39), 27 de abril de 1945 (40) y 18 de junio de 1948 (41), nuestro Tribunal Supremo considera en la importante sentencia de 26 de noviembre de 1948 (42) que el ingreso en cuenta bancaria cumple el requisito exigido por el artículo 1.162 del Código civil como pago hecho a quien está autorizado para recibirlo y constituye una de las múltiples formas de eficaz extinción de las obligaciones, salvo que el acreedor rehúse justificadamente el ingreso por no ser ajustado a las normas que en razón del objeto, lugar y tiempo de la prestación regulan el pago, según los artículos 1.166, 1.169, 1.170 y 1.171 del referido texto legal, debiendo entenderse que el silencio del acreedor, tal como se precisan sus efectos en la sentencia de 24 de noviembre de 1943, puede significar tácita aceptación del ingreso como forma eficaz de pago.

En sentido semejante se pronuncia el Tribunal Supremo en la sentencia de 25 de noviembre de 1950 (43).

Muchos de los casos de pago en cuenta corriente se producen mediante transferencia bancaria. La sentencia de 3 de marzo de 1928 (44) acepta sin más un pago realizado mediante transferencia bancaria. En cambio, la sentencia de 29 de mayo de 1978 (45) no declara válido el pago por transferencia porque la Caja de Ahorros carecía de autorización para cobrar.

(37) C.L. núm. 94; R.A. núm. 100.

(38) C.L. núm. 34.

(39) C.L. núm. 62; R.A. núm. 1292.

(40) C.L. núm. 129; R.A. núm. 685.

(41) C.L. núm. 257; R.A. núm. 960.

(42) C.L. núm. 257; R.A. núm. 1273. Comentada por Díez-PICAZO, en *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, vol. 1.º, Madrid, 1979, pp. 495-496.

(43) C.L. núm. 381; R.A. núm. 1551.

(44) C.L. núm. 34.

(45) C.L. núm. 200; R.A. núm. 1925.

Según la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1896 (46), es motivo para rechazar la consignación ofrecerse después de haber vencido el plazo de la obligación.

La sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 1917 (47) rechaza la eficacia de una consignación por haber transcurrido con exceso el plazo convenido para el pago del precio estipulado respecto a la casa a que el recurso se contrae, negándose, con razón, a admitirla el vendedor, y no se infringe, por tanto, el artículo 1.176 del Código civil.

También tiene un gran interés la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1924 (48) al decir que la sentencia recurrida declara probado hasta por las propias manifestaciones de la parte demandada que ésta no ha hecho entrega a la demandante de parte del precio de las mismas a que se refiere el presente pleito, que quedó aplazado hasta que aquéllas fueran inscritas a nombre del comprador; y que el hecho de haber depositado la expresada cantidad en el *Crédit Lyonnais*, primeramente, y después en el Banco de Bilbao, sin que conste que el depósito estuviera a disposición de la vendedora, no puede estimarse como pago que extingue la obligación, de donde resulta que no existe el error de hecho que se alega ni infracción del artículo 1.176, toda vez que el Tribunal de instancia ha interpretado acertadamente el citado artículo y las demás disposiciones legales y doctrina citada en el mismo motivo al negar eficacia a la obligación contraída.

En un caso de desahucio de finca urbana por falta de pago del alquiler, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 enero 1930 (49) afirma que comprobada la morosidad en el cumplimiento de la obligación de pago no puede quedar enervada en los efectos que la Ley atribuye a dicha infracción contractual, ni por la consignación, ni por la posterior entrega de lo consignado a los dueños del inmueble; porque la consignación liberatoria de la obligación de pago debe ser previamente anunciada a las personas interesadas en el cumplimiento de la obligación y ajustarse a los términos en que el pago se hubiese estipulado si se negase a recibirlo al acreedor para que pudiera producir los efectos que previene el Código civil en los artículos 1.176 y 1.177 y para que sirviese a los arrendatarios de arma procesal con que impedir el desahucio y conseguir la próroga voluntaria del arrendatario.

Según la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1941 (50), la consignación, como medio de extinguir las obligaciones,

(46) C.L. núm. 39.

(47) C.L. núm. 4.

(48) C.L. núm. 2.

(49) C.L. núm. 21; R.A. núm. 543.

(50) R.A. núm. 323.

requiere para ser eficaz que se ajuste estrictamente a las disposiciones que regulan el pago, entre ellas las de los artículos 1.169 y 1.555, número 1.º, del Código civil, que exigen el pago «total» y en la «fecha» convenida, y si además del efecto meramente liberatorio de deuda ha de servir para evitar el desahucio de finca rústica, ya intentado, es preciso que se realice dentro de los ocho días siguientes al de la citación para el juicio, quince días señalaba la Ley de 2 de junio de 1936, y que sea extensiva a la renta en descubierto, e intereses de demora y costas, según dispone el artículo 29, párrafo segundo, de la Ley de 15 de marzo de 1935; por lo que es visto que la consignación hecha por el demandado el 30 de septiembre de 1938, cuando había transcurrido más de cuatro meses desde que había sido citado, y limitada al importe de las rentas vencidas, carece de eficacia para impedir el desahucio por extemporánea e insuficiente.

La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 1970 (51) accede a la resolución de una compraventa, a pesar de la consignación del precio pendiente, por no haberse hecho a tiempo. Concretamente se afirma lo siguiente: Si los demandados requirieron primero y llegaron a consignar judicialmente después la cantidad que como precio de los locales había sido fijada lo fue con posterioridad al plazo concedido en el requerimiento del que antes se hizo mérito, el contrato estaba incurso en causa de resolución bastante para justificar la negativa de los actores a recibir dicha suma, puesto que no podía purgar tan extemporánea consignación el señalado vicio.

No sólo importa que no se haga demasiado tarde, sino también, como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1971 (52), que no se realice antes de tiempo.

4.º) *La prestación ofrecida ha de ser íntegra e idéntica a la que constituye el objeto de la obligación, incluidos los accesorios.*— En diversas sentencias nuestro Tribunal Supremo no concede eficacia a la consignación realizada en moneda fuertemente devaluada. Las sentencias de 29 de abril de 1946 (53), 23 de noviembre de 1946 (54), 12 de marzo de 1946 (55), 22 de marzo de 1947 (56), 4 de junio de 1944 (57), 9 de enero de 1950 (58), 25 de junio de 1948 (59), 11 de mayo de 1951 (60) y 3 de octubre de 1955 (61) son muy significativas

(51) C.L. núm. 510; R.A. núm. 4751.

(52) C.L. núm. 614; R.A. núm. 5233.

(53) C.L. núm. 102; R.A. núm. 691.

(54) C.L. núm. 225; R.A. núm. 127 (año 1947).

(55) C.L. núm. 65; R.A. núm. 267.

(56) C.L. núm. 82; R.A. núm. 447.

(57) R.A. núm. 949.

(58) C.L. núm. 12; R.A. núm. 19.

(59) C.L. núm. 192; R.A. núm. 965.

(60) C.L. núm. 154; R.A. núm. 1321.

(61) C.L. núm. 361; R.A. núm. 2733.

sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 1982 (69), ya que los artículos 1.166 y 1.176 del Código civil se contraen a la entrega de cosa distinta de la debida, es decir, a la específica obligada a entregar, pero no a una cantidad superior a la de hacer efectiva, dado que esto simplemente significa entregar más de lo obligado, que como de tal índole es eficiente a efectos de ofrecimiento de pago y consignación, en aplicación del principio esencial en Derecho de que lo más cuantitativo evidentemente comprende lo menos.

Las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1946 (70), 9 de enero de 1950 (71), 9 de febrero de 1950 (72) y 11 de mayo de 1951 (73) rechazan la validez de las consignaciones realizadas por no comprender los intereses de las cantidades adeudadas.

El requisito que estamos examinando impide que la oferta y consiguiente consignación se puedan hacer cuando la obligación sea indeterminada o no sea líquida.

Según la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1916 (74), no procede tener por bien hecha ni por eficaz la consignación, a fin de librar de responsabilidades a un deudor, cuando al hacerla se desconoce si lo consignado es lo debido en una o en varias obligaciones que nacieron sin convenio y las partes interesadas no están de acuerdo, ni los Tribunales competentes hicieron declaración previa sobre la existencia de la deuda, su cuantía y límites de lo que deba entregarse en pago al acreedor, porque, en tal supuesto, y así ocurre en el caso de autos, falta el elemento indispensable para que puedan declararse extinguidas aquellas obligaciones tan indeterminadas.

La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1950 (75) afirma que no reúnen las condiciones de los artículos 1.176 y siguientes del Código civil la entrega en el Juzgado de Paz de cantidades de dinero sin expresar concretamente a qué períodos de arrendamiento se referían, y sin previo aviso al acreedor, ni menos puede darse valor jurídico de notificación de la consignación, ni siquiera a los efectos de la *mora accipiendi* que tratan las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1941 y 21 de junio de 1947, al que dijera de palabra el Secretario del Juzgado al actor que habían dejado para él en el Ayuntamiento unos dineros sin liquidación alguna.

Este requisito presupone, como se desprende de lo expuesto, que la obligación es objetivamente cumplible y que el deudor

(69) C.L. núm. 77; R.A. núm. 1278.

(70) C.L. núm. 65; R.A. núm. 267.

(71) C.L. núm. 12; R.A. núm. 19.

(72) C.L. núm. 67; R.A. núm. 343.

(73) C.L. núm. 154; R.A. núm. 1321.

(74) C.L. núm. 80.

(75) C.L. núm. 383; R.A. núm. 1833.

en este sentido, refiriéndose todas ellas a la consignación hecha en moneda republicana. Así, la sentencia de 25 de junio de 1948 afirma que de la indiscutida desvalorización del signo monetario marxista, casi total en el mes de enero de 1939, ha de seguirse necesariamente que la consignación discutida quedó desprovista del efecto extintivo de una deuda que, conforme al artículo 1.157 del Código civil, no se puede entender pagada al no haberse consignado completamente su importe.

En otro caso, la sentencia de 23 de noviembre de 1946 precisa que pactada la devolución del préstamo en moneda corriente y legítima de oro o plata gruesa, la consignación hecha en moneda roja no produce, por evidente depreciación de la misma, los efectos liberatorios que el artículo 1.177 del Código civil atribuye al pago.

Es ineficaz el ofrecimiento de pago y la consignación de una suma de dinero que es inferior a la debida, como ha puesto de relieve la jurisprudencia.

Las sentencias de 18 de junio de 1902 (62) y 15 de febrero de 1905 (63) afirman que no libra de responsabilidad al deudor ni carece de razón el acreedor que rechaza la consignación de cantidad menor a la adeudada.

La sentencia de 3 de noviembre de 1943 (64) señala que afirmado por la sentencia recurrida como hecho cierto que no era la cantidad debida, sino otra mayor que no fue ofrecida ni consignada, es evidente que tal consignación no puede producir la liberación total del deudor, toda vez que, según el artículo 1.177 del Código civil, la consignación es ineficaz si no se ajusta estrictamente a las disposiciones que regulan el pago, y entre éstas se encuentra el artículo 1.557 del mismo Código, que establece que no se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiera entregado la cosa o hecho la prestación en que consistía.

En análogo sentido, las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1955 (65), 8 de junio de 1952 (66), 8 de febrero de 1957 (67) y 25 de septiembre de 1986 (68).

Lógicamente, el ofrecimiento de pago de mayor cantidad de la debida es eficaz a los efectos de la consignación. Así lo afirma la

(62) C.L. núm. 176.

(63) C.L. núm. 60.

(64) C.L. núm. 41; R.A. núm. 1166.

(65) C.L. núm. 361; R.A. núm. 2733.

(66) C.L. núm. 270; R.A. núm. 1554.

(67) C.L. núm. 102; R.A. núm. 390.

(68) R.A. núm. 4789.

actitud de activa cooperación en interés ajeno (76). La buena fe se dirige no sólo al deudor, sino también al acreedor, señalando que éste ha de actuar según las normas de la lealtad y la confianza. Por ello, el concurso del titular del derecho de crédito a la liberación entra de lleno en el clima de la buena fe negocial (77), ya que la buena fe es una «standard» jurídico, o sea, una conducta socialmente considerada como arquetipo o, si se quiere, una conducta social que es exigible conforme a un imperativo ético (78). Ha de ser entendida como un criterio de valoración de determinadas conductas, que tiene en cuenta no sólo la honradez subjetiva de la persona, sino especialmente las reglas objetivas de honradez en el tráfico jurídico. Como precisa Larenz (79), uno de los sectores de orientación para la concreción del principio de la buena fe son los usos del tráfico. Tienen importancia, porque, en general, se puede suponer que cuando no aparece ningún otro criterio, el otro contratante se comportará como es normal en el tráfico. Wieacker habla por esto de «reglas elementales en la práctica» que han encontrado su precipitación en la totalidad de las decisiones conocidas, *rationes decidendi*, máximas, reglas y directrices que en una jurisprudencia dada se han ido convirtiendo en convenciones de validez general (80).

La doctrina italiana ha subrayado con precisión la conexión que existe entre la buena fe y la cooperación del acreedor cuando tiene lugar el ofrecimiento de pago.

Con anterioridad a la entrada en vigor del Código civil italiano de 1942, Bellini (81) ya puso de relieve que la cooperación del acreedor en el cumplimiento deriva de una ley moral que impone actuar

(76) BETTI: *Teoría general de las obligaciones* (trad. esp. por De los Mozos), Madrid, 1969, pp. 81 y ss.

(77) BETTI: *Loc. cit. ant.* DIEZ-PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. I, *cit.*, p. 363, y *La doctrina de los propios actos*, Barcelona, 1963, pp. 157 y 158. LARENZ *Lehrbuch des Schuldrechts*, t. I, Munich, 1982, pp. 128 y 129. BRECCIA: *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milán, 1968, pp. 55 y ss. ALPA: *Pretese del creditore e normativa di correttezza*, en «Revista di Diritto Commerciale», 1971, pp. 287 y ss. VISINTINI: *La responsabilità contrattuale*, Nápoles, 1979, pp. 81 y ss. ALONSO PÉREZ: *El riesgo en el contrato de compraventa*, Madrid, 1972, pp. 46 y ss.

(78) DIEZ-PICAZO: *La doctrina de los propios actos*, *cit.*, pp. 137 y 138. MONTES: *Comentario al artículo 7-1 del Título Preliminar*, en «Comentarios a las reformas del Código civil», t. I, Madrid, 1976, pp. 361 y ss. COSSÍO: *El dolo en el Derecho civil*, Madrid, 1955, pp. 33, 34, 244 y 245. LASARTE: *Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación*, en «RDP», 1980, pp. 75 a 78. JORDANO FRAGA: *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987, p. 138. ESPERT: *La frustración del fin del contrato*, Madrid, 1968, p. 127.

(79) LARENZ: *Derecho justo* (trad. esp. por Díez-Picazo), Madrid, 1985, pp. 97 y 98.

(80) *Vid.* también MONTES, *Loc. cit. ant.*

(81) BELLINI: *Sull'obbligo del creditore di prestarsi per l'adempimento dell'obbligazione*, en «Revista di Diritto Civile», 1921, pp. 50 y ss.

es capaz de cumplirla. Ha de existir una obligación exigible y vencida, como dice la mencionada sentencia de 30 de mayo de 1986, y el deudor ha de haber realizado ya cuanto estaba en su mano para que el resultado de prestación pudiera ser alcanzado por el acreedor.

Es fácil comprender, por tanto, que no surge la mora del acreedor si, antes del término fijado para el cumplimiento, se ha producido la imposibilidad sobrevenida de la prestación, aunque sea por causa imputable al acreedor. En tal caso se aplicarán los artículos 1.182 y 1.184 del Código civil, de forma que el deudor quedará liberado. En esta hipótesis no se puede hablar de mora, porque ésta sólo puede surgir cuando la prestación es posible y la obligación continúa subsistiendo.

2. Falta de la necesaria cooperación del acreedor

Como antes decíamos, el deudor ha ejecutado cuanto estaba en su mano para que el acreedor alcance su satisfacción, por lo que ésta ya solamente depende del mismo. Por ello, la causa de la mora del acreedor se encuentra en que no coopera en el cumplimiento como es necesario, negándose sin justa causa a recibir el pago ofrecido.

Nuestra jurisprudencia se refiere a este presupuesto de la mora del acreedor al decir la sentencia de 30 de mayo de 1986 que la mora del acreedor requiere la falta de cooperación por parte del acreedor.

La sentencia de 15 de junio de 1987 destaca la importancia de la colaboración del acreedor en el cumplimiento, máxime cuando la implementación de lo programado urgía necesariamente la colaboración de la compradora, cuyos datos comerciales y contables tenían que ser objeto de análisis previo, ya que lo requería dicha labor informática, a lo que no se prestó la compradora, que incurrió en *mora creditoris*.

Hay que tener en cuenta que la implementación de programas precisa necesariamente la actividad de quien los ha de recibir.

La necesidad de dicho concurso se desprende del artículo 1.176 del Código civil, ya que el acreedor no puede negarse a admitir el pago ofrecido si no existe una razón que lo justifique.

El concurso del acreedor está en clara conexión con el principio de la buena fe, de tan gran importancia en el marco de la relación obligatoria. Se señala que la buena fe contractual es esencialmente fidelidad y compromiso de cooperación. En el sentido impositivo que asume en el ámbito de las relaciones obligatorias, consiste en una

correctamente, lo cual determinada un grado de exigencia que varía según las diversas relaciones y circunstancias.

Miccio (82), al referirse a la tesis que configura la cooperación del acreedor como una carga, dice que en muchos aspectos ésta es análoga a los deberes de protección, que se fundamentan en el deber general de corrección que las partes han de observar en la relación obligatoria.

En parecida dirección, Visintini (83) sitúa la mora del acreedor en el ámbito de la cooperación del acreedor en la ejecución de la relación obligatoria en virtud del principio de la buena fe, como especificación de la corrección (*correttezza*) (artículos 1.175 y 1.375 del Código civil italiano).

Nos parece muy acertada la idea señalada por Perlingieri (84), teniendo en cuenta tanto nuestra Constitución como nuestro Código civil, de que el comportamiento diligente del acreedor (o el deudor), el comportamiento de buena fe o conforme a las normas de corrección del acreedor (o del deudor), es un parámetro que ha de entenderse según los valores fundamentales del ordenamiento, entre los que figuran en primer lugar los valores constitucionales. Así, los valores de tutela de la persona humana y los derechos fundamentales del individuo (art. 10, párrafo 1.º de la Constitución) penetran a través de las cláusulas generales, incluso en los sectores más técnicos del Derecho civil, como es el Derecho de obligaciones.

Desde esta perspectiva, la propia Constitución justificaría la carga de cooperación del acreedor en el cumplimiento. Se puede concluir, según Perlingieri, que en las relaciones entre acreedor y deudor la norma constitucional tiene una presencia y funciona como criterio de valoración de los comportamientos. Ella expresa los valores fundamentales de tipo jurídico a los que el intérprete debe referirse para decidir si la conducta es diligente o no, si es buena fe o no, si es vejatoria o no, porque este es el deseo del constituyente y es esto lo que se deduce de los principios de la teoría de la interpretación.

Apreciamos que nuestra jurisprudencia no califica jurídicamente la cooperación del acreedor en el cumplimiento, limitándose a decir que uno de los requisitos de la mora del acreedor es el de la falta de cooperación del acreedor (sentencia 30 de mayo de 1986).

Es importante señalar, sin embargo, que ninguna sentencia afirma que el acreedor está obligado a recibir la prestación oportunamente

(82) MICCIO: *I Diritti di credito*, vol. I; *Lineamenti generali*, Turín, 1971, p. 253.

(83) VISINTINI: *Obbligazioni e contratti*, en «Trattato di diritto privato», dirigido por Rescigno, t. IX, vol. 1.º, Turín, 1980, pp. 133 y ss.

(84) PERLINGIERI: *Por un Derecho civil constitucional español*, en «ADC», 1983, pp. 10 y 14. También *Aspectos problemáticos del Derecho de obligaciones*, en «RDP», 1983, p. 58.

ofrecida por el deudor o a prestar la necesaria cooperación en el cumplimiento.

La jurisprudencia italiana, en cambio, se ha pronunciado sobre el problema de la configuración jurídica del concurso del acreedor en el cumplimiento, adhiriéndose a la tesis de la carga de cooperación, negando que exista una obligación del acreedor (85). La Corte de Casación en la sentencia de 5 de junio de 1954 afirma que el acreedor no está obligado a recibir la prestación, y en la sentencia de 14 de enero de 1959 entiende que, salvo el supuesto de pacto específico, no existe en nuestro sistema un derecho del deudor a obtener que el acreedor reciba la prestación o preste la necesaria colaboración para que el deudor pueda cumplir su prestación. La colaboración del acreedor constituye una carga y no una obligación a su cargo.

En el plano doctrinal, la mayor parte de los autores no encuentran el fundamento de la mora del acreedor en el cumplimiento de una obligación del mismo, sino en la inobservancia de una carga de cooperación, dirigida a facilitar la liberación del deudor.

La doctrina alemana (86) considera que los párrafos 293 a 304 del BGB, que disciplinan la mora del acreedor, no justifican ningún tipo de obligación (*Verbindlichkeit*), sino una pura carga (*Obliegenheit*) del acreedor. La falta de aceptación de la prestación (oportuna-mente ofrecida) no representa el incumplimiento de una obligación. El paralelismo entre la mora del acreedor y la mora del deudor es sólo externo y aparente.

En la doctrina italiana es Cattaneo el autor que, a nuestro juicio, ha solucionado de forma más convincente el problema de la configuración jurídica de la cooperación del acreedor en el cumplimiento, demostrando con múltiples argumentos que constituye una carga (*onere di cooperare*), ya que está superada la tesis que estimaba incompatible con el derecho a la prestación la existencia de una carga de cooperación para recibirla o hacerla posible.

Cattaneo profundiza en el problema teniendo en cuenta los principios fundamentales del Derecho de obligaciones la función del instituto de la mora del acreedor y la normativa que la disciplina. Según

(85) *Vid.* TONDO: *Delle obbligazioni in generale, adempimento a mora del creditore*, en «Comentario teórico-práctico al Codice civile», dirigido por De Martino, Turín, 1970, p. 462. DISTASO: *Della mora del creditore. Rassegna di giurisprudenza*, en «Banca, Borsa e Titoli di Credito», 1970, pp. 442 y ss.

(86) REIMER SCHMIDT: *Die Obliegenheiten*, Karlsruhe, 1953, pp. 146 y ss. FIKENTSCHER: *Schuldrecht*, Berlín, Nueva York, 1976, p. 223. WOLFF: *Lehrbuch des Schuldrechts*, t. I; *Allgemeiner Teil*, Köln, 1978, pág. 518. KRAMER: *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, en «Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch», t. II, Munich, 1985, p. 28. BRÜCK y MÖLLER: *Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz*, t. I, 8.ª edición, por Möller, Berlín, 1961, p. 185.

este autor, si el concurso o la cooperación del acreedor constituyese el contenido de una obligación análoga a la del deudor, caería necesariamente la base y la justificación práctica de la *mora accipiendi* como fenómeno distinto de la *mora solvendi*. Se llegaría a la absurda conclusión de atribuir al deudor una acción de condena frente al sujeto activo, lo cual está en contradicción con el propio Derecho positivo, que prevé unos remedios diferentes para la tutela del deudor (87).

Las normas que regulan la *mora accipiendi*, si bien se enmarcan en el ámbito de la disciplina de las relaciones obligatorias, confirman esta tesis: su función no es la de asegurar al deudor una prestación (o el resultado de una prestación) del sujeto activo, sino solamente la de regular la incidencia de los gastos y de los riesgos derivados de un cierto tipo de impedimentos que puedan obstaculizar la prestación debida por el deudor. Naturalmente, dado que por hipótesis estos impedimentos se conectan en este caso con una conducta omisiva del sujeto activo, los gastos y los riesgos son puestos enteramente a cargo de este último. Por consiguiente, precisa Cattaneo (88), el concurso del acreedor no ha de ser considerado como un acto debido dirigido a satisfacer un interés de otro, sino tan sólo como un acto cuya falta impide la prestación del sujeto activo.

A la función descrita se vinculan todos los efectos de la *mora accipiendi*. La norma del párrafo primero del artículo 1.207, por cuya virtud si el acreedor está en mora es a su cargo la imposibilidad de la prestación por causa no imputable al deudor, no puede hacer pensar en una obligación de cooperar. Se establece simplemente uno de los criterios que sirven para distribuir entre los contratantes los riesgos relativos a la ejecución de los contratos con prestaciones recíprocas. La cooperación no es debida, sino que, como puntualiza Cattaneo (89), su falta es asumida como criterio para imputar al acreedor un riesgo inherente a la ejecución del contrato. El acreedor, desde esta perspectiva, sólo puede ser gravado con una carga de cooperación.

Según Cattaneo (90), el posible resarcimiento del daño por el acreedor y la liberación coactiva del deudor no están en contra de esta tesis. Con la liberación coactiva se trata de que el deudor pueda provocar la extinción del vínculo cuando se produce una demora debida a la falta de cooperación del acreedor en el cumplimiento. La libera-

(87) CATTANEO: *Della mora del creditore*, en «Comentario del Codice civile», bajo la dirección de Scioloja y Branca, Bolonia-Roma, 1973, p. 46; *La cooperazione del creditore all'adempimento*, Milán, 1964, p. 47.

(88) CATTANEO: *Della mora del creditore*, cit., pp. 47 y 48.

(89) CATTANEO: *La cooperazione del creditore all'adempimento*, cit., p. 49; *Della mora del creditore*, cit., p. 52.

(90) CATTANEO: *La cooperazione del creditore all'adempimento*, cit., p. 50.

ción coactiva del deudor en modo alguno puede ser considerada como una especie de ejecución forzosa, puesto que las normas relativas a aquélla no tienden a procurar una ulterior prestación al deudor. Queda por explicar la función del resarcimiento del daño, a que alude el artículo 1.207. A primera vista, señala Cattaneo (91), tratándose de una relación entre sujetos predeterminados, la responsabilidad del acreedor puede parecer típicamente «contractual», o sea, fundada en el incumplimiento de una obligación. Pero si se inserta la norma en el sistema del Código civil, hay que llegar a la conclusión de que esta responsabilidad tiene otro fundamento. La prolongación de la duración de la obligación puede tener para el deudor un costo, representado por ulteriores gastos y también por la eventual pérdida de otras ocasiones de ganancia. Cuando la Ley establece que el acreedor reembolsará los gastos y resarcirá los daños ocasionados por su mora, no hace otra cosa que imponer al propio acreedor el costo de lo señalado. El daño resarcible, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.207, no puede ser, por tanto, asimilado al que el acreedor, en caso de incumplimiento del deudor, puede reclamar, ni la responsabilidad del acreedor por *mora accipiendi* puede ser calificada como «contractual» (92).

En conclusión, los efectos de la *mora creditoris* o *accipiendi* no se configuran en la Ley como sanción de un deber o una obligación del acreedor. La protección que deriva a favor del deudor no tiene la función de asegurarle una prestación (o el resultado de una prestación) del sujeto activo, sino que el deudor no soporte un sacrificio superior al justo.

En clara conexión con la tesis expuesta, Cattaneo (93) entiende que no es preciso el requisito de la culpa del acreedor para la *mora accipiendi*. Hay que tener presente que el acreedor no soporta una obligación en sentido estricto, sino una carga de hacer cuanto sea necesario para que el deudor pueda cumplir. Es evidente que se tienen en cuenta los argumentos esgrimidos por Kohler para justificar la teoría de la *mora inculpada*. Desde el momento en que el depósito liberatorio es admitido en ausencia de toda culpa del acreedor, hay que concluir que en tal caso también puede verificarse la *mora creditoris* o *accipiendi*. Si se admite la liberación *invito creditore*, ello es porque el deudor no puede ser obligado a quedar vinculado por un tiempo indeterminado: el vínculo obligatorio constituye siempre un límite a su libertad, independientemente del carácter culposo o no de la conducta de la otra parte. Si la Ley concede, en ausencia de culpa del

(91) CATTANEO: *Della mora del creditore, cit.*, pp. 52 y 53.

(92) CATTANEO: *Della mora del creditore, cit.*, pp. 61 y ss.

(93) CATTANEO: *Della mora del creditore, cit.*, p. 62.

acreedor, el remedio más drástico consiste en el depósito del bien debido, debe también, por coherencia, admitirse que sea consentida la simple constitución en mora. Si bien los dos actos son diversos y producen efectos diferentes, es decisivo el hecho de que tienen análoga función. Hay que convenir que los efectos de la mora son un *minus* respecto del depósito, ya que éste produce por añadidura la extinción del vínculo.

El deudor, a causa de la *mora accipiendi*, no ha de prestar más de lo que debe: más exactamente, no ha de obligársele a soportar un sacrificio suplementario porque el acreedor no haya prestado la cooperación requerida, con independencia de la causa determinante de que no la haya prestado.

La expresión «sin motivo legítimo» de que habla el artículo 1.206, siendo susceptible de diversas interpretaciones, implica un reenvío a los principios de la corrección y la buena fe objetiva (artículos 1.175 y 1.375), siendo cuando menos dudoso que estos preceptos impongan en todo caso al deudor el tener que soportar los gastos y los riesgos derivados de una omisión no culpable de la otra parte (94). Además, no puede ser sostenida la existencia de un principio general procedente de normas diversas de las relativas a la *mora creditoris* para justificar —por regla general— la afirmación de que la responsabilidad del acreedor está siempre basada en la culpa (95).

La mayor parte de los autores afirman, de igual forma que Cattaneo, que el concurso del acreedor en el cumplimiento no es objeto de un deber o una obligación, sino de una carga, cuya inobservancia determina las consecuencias perjudiciales para el acreedor que el Código civil establece en las normas sobre la *mora creditoris* (arts. 1.206 y ss.), sin que la culpa del acreedor sea un requisito necesario para surja aquella (96).

Para justificar los efectos de los artículos 1.206 y 1.207 del Código civil, relativos a la mora del acreedor, Betti (97) entiende que, más que una obligación del acreedor, existe una carga: porque es evidente que concurre su interés a recibir la prestación puntualmente

(94) CATTANEO: *Della mora del creditore, cit.*, p. 62.

(95) CATTANEO: *Della mora del creditore, cit.*, p. 63.

(96) GHEZZI: *Mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Milán, 1965, pp. 51 y ss. MESSINEO: *Manuale di diritto civile e commerciale*, t. III, Milán, 1954, p. 353. BETTI: *Teoría general de las obligaciones*, t. I, *cit.*, pp. 65-66. D'ONOFRIO: *Offerta reale*, en «Novissimo Digesto Italiano», t. XI, Turín, 1965, p. 767. TRIMARCHI: *Istituzioni di diritto privato*, Milán, 1983, pp. 359-360. BIANCA: *Il contratto*, en «Diritto civile», t. III, Milán, 1984, p. 479, nota 26. BIANCA: *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, en «Comentario al Codice civile», bajo la dirección de Scialoja y Branca, Bolonia-Roma, 1979, pp. 136 y ss. DISTASO: *Della mora del creditore. Rassegna di giurisprudenza, cit.*, pp. 441 y ss.

(97) BETTI: *Teoría general de las obligaciones*, t. I, *cit.*, pp. 66-67.

con el interés que se identifica con la propia prestación. Si éste es íntegramente satisfecho por la prestación que se le ofrece, tiene la carga de aceptarla, y si no cumple voluntariamente esta carga, él sufrirá las consecuencias y los efectos perjudiciales previstos para tal supuesto por el artículo 1.207. No se puede negar —precisa Betti (98)— que el acreedor se encuentra en una posición de sujeción, que se expresa, no tanto en el deber de buena fe de colaborar a la prestación como en la carga misma de este concurso, que se produce en su propio interés: carga cuya inobservancia se resuelve en su perjuicio.

En esta línea, Bianca (99) precisa que un balance riguroso de los intereses de las partes aconseja adoptar la tesis que pone a cargo del acreedor una posición de carga excluyendo que el deudor deba soportar el riesgo de una falta de cooperación por causa no imputable. La mora del acreedor, señala también este autor, está desvinculada de la noción de culpa, pues la falta de aceptación no debe perjudicar al deudor, cualquiera que sea la razón que ha impedido al acreedor llevar a cabo tal acto.

La mayor parte de los autores niegan que estemos ante una obligación del acreedor.

Influídos por la doctrina alemana, Pérez González y Alguer (100) consideran que la aceptación o la cooperación del acreedor no es normalmente una obligación del mismo (en el sentido señalado deben interpretarse los artículos 1.161, 1.166 y 1.169 cuando hablan de compeler u «obligar» al acreedor a recibir la prestación, pues, aunque todos estos preceptos hablan de compeler u obligar en oración negativa, parecería que *a sensu contrario* el deudor puede compeler u obligar al acreedor a recibir la prestación cuando ésta se ajusta al contenido de la obligación), pero no por eso puede dejar de tener trascendencia la negativa del acreedor a recibir la prestación. En la mayoría de los casos, esa negativa, por la misma naturaleza de los hechos, tendrá por consecuencia en derecho la exclusión o la atenuación de la culpa del deudor. La mora del acreedor, dicen Pérez González y Alguer (101), se produce no sólo por la negativa sin razón a recibir el pago (cfr. art. 1.176, ap. 1), sino por otras faltas de cooperación indispensable para el cumplimiento, por ejemplo, no presentarse oportunamente a recibir la prestación.

(98) BETTI: *Loc. cit. ant.*

(99) BLANCA: *Il contratto, cit.*, p. 479, nota 26.

(100) PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER: *Notas al Derecho de obligaciones de Enneccerus y Lehmann*, vol. 1.º, *cit.*, p. 295.

(101) PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER: *Notas al Derecho de obligaciones de Enneccerus y Lehmann*, vol. 1.º, *cit.*, p. 296.

Díez-Picazo (102) no se limita a negar la existencia de una obligación o un deber del acreedor, ya que el deber supone una correlativa facultad de exigir el acto y, por tanto, en nuestro terreno una deuda y un deudor, sino que señala la existencia de una carga del acreedor de facilitación de la liberación del deudor. El acreedor ha de realizar todo aquello que en su mano esté a fin de que el deudor pueda no sólo cumplir, sino también liberarse de la deuda. En esta idea tiene su más profunda raíz el fenómeno de la mora del acreedor. Esta entraña una falta de cooperación o de concurso al resultado de la prestación.

Lacruz y Delgado (103) señalan también que el acreedor no tiene estricta obligación de prestar el concurso para el cumplimiento, pero su falta no puede impedir la liberación del deudor, pues aquél no es (salvo pacto) dueño de la relación obligatoria hasta el punto de situar sus efectos en el momento en que quiere. El Código, cuando el acreedor retarda indebidamente su cooperación, habla igualmente de mora, expresión que sirve para entendernos.

Ambos autores (104) apuntan que las consecuencias de la mora del acreedor se resuelven en la extinción o disminución del crédito, pero nunca en una obligación suya independiente de indemnizar, pues no nacen de una deuda suya, y sí simplemente de la carga de no impedir la liberación, coincidiendo, como se ve, claramente con lo afirmado precedentemente por Díez-Picazo.

Cristóbal-Montes (105) puntualiza que la tesis de Lacruz es cercana a la realidad de las cosas. Para este autor no hay una obligación del acreedor de aceptar la prestación; si existiese la negativa injustificada por su parte a recibir la prestación debida (a lo que se refiere el artículo 1.176 del Código civil), no debería dar lugar a la actuación autónoma y diferenciada que es la consignación, sino que tan sólo dejaría abierta la puerta a la posibilidad de que pudiera reclamar judicialmente la ejecución coactiva de la referida obligación.

A nuestro juicio, nada indica que exista en nuestro Derecho una obligación (o un deber accesorio o de protección) del acreedor de aceptar el pago ofrecido por el deudor, aunque objetivamente sea regular. Si ello fuera así, el acreedor habría de ser considerado como un deudor (de *debitor racione accipiendi*, habla Falzea), dando lugar

(102) DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. I, *cit.*, pp. 364 y ss. y 724.

(103) LACRUZ: *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. 1.º, *cit.*, p. 112. DELGADO, en Lacruz: *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. 1.º, 2.ª edición, Barcelona, 1985, pp. 252 y 253.

(104) LACRUZ: *Loc. cit. ant.* DELGADO: *Loc., cit. ant.*

(105) CRISTÓBAL-MONTES: *El pago: El papel de la voluntad del acreedor y del deudor*, en «ADC», 1986, p. 552, nota 22.

la no aceptación de la prestación a las consecuencias de la *mora debitoris*. Pero si examinamos el funcionamiento de la mora del acreedor comprobaremos que, aparte de faltar lo más típico de la obligación, es decir, la correlativa facultad de exigir el acto debido, el deudor, una vez que ha ofrecido el pago, puede liberarse de su deber de prestación con un instrumento que prescinde de cualquier tipo de coacción frente al acreedor moroso, la consignación. Si la falta de cooperación del acreedor en el cumplimiento determina la mora del acreedor, salvo que se pretenda la unidad conceptual de la mora del deudor y de la mora del acreedor, no cabe duda de que difícilmente puede concebirse dicha falta de cooperación como una obligación. Hay que tener en cuenta, como señala acertadamente Cattaneo, según vimos, que la función de la mora del acreedor no es la de asegurar al deudor una prestación (o el resultado de una prestación) por parte del acreedor, sino fundamentalmente la de regular la incidencia de los gastos y riesgos, que son puestos enteramente a cargo del acreedor moroso. A esta función se vinculan los efectos de la mora del acreedor y la posibilidad de su liberación coactiva a través de la consignación. La tutela que el ordenamiento jurídico dispensa al deudor cuando existe mora del acreedor se traduce en el principio fundamental de que el deudor no soporta, por una conducta imputable al acreedor, un sacrificio superior al justo, como bien dice Kohler. De aquí que no le sea imputable la imposibilidad sobrevenida de la prestación, que quede excluida la mora del deudor y que éste pueda liberarse mediante la consignación, que son consecuencias básicas de la mora del acreedor, como veremos con la necesaria amplitud.

Si bien es evidente que no existe una obligación (o un deber accesorio o de protección) del acreedor de prestar el necesario concurso en el cumplimiento, con lo cual no puede encontrarse en ella el fundamento de la mora del acreedor, partiendo de las profundas diferencias que existen entre la mora del acreedor y la mora del deudor, es evidente que no podemos limitarnos a decir que cuando el acreedor no acepta la prestación ofrecida lo único que hace es ejercitar un derecho. Parece indudable que las consecuencias desfavorables que surgen en contra del acreedor cuando tiene lugar la mora del acreedor han de tener alguna explicación razonable. Todo indica que tienen razón los autores (Diez-Picazo, Lacruz, Delgado, Cattaneo, Betti, Bianca, Reimer Schmidt, Esser y Schmidt, Fikentscher, entre otros) que consideran que exista una carga (*Obliegenheit* u *onere*) del acreedor de prestar la cooperación necesaria a fin de que el deudor pueda liberarse de la deuda. Tiene escaso sentido la tesis que considera incompatible con el derecho del acreedor a la prestación la existencia de una carga. Cuando el acreedor se niega sin razón a admitir el pago omite una conducta necesaria para que el deudor pueda liberarse de acuerdo con lo establecido en el programa de prestación. Esta conducta necesaria constituye una auténtica carga legal (art. 1.176 C.c.),

en cuanto que sólo si el acreedor facilita la liberación del deudor podrá hacer efectiva la responsabilidad en que ha incurrido éste por mora. Sólo aceptando el pago regular ofrecido por el deudor, el acreedor evitará las consecuencias desfavorables que para él derivan de la *mora accipiendi*.

El configurar la conducta del acreedor encaminada a facilitar la liberación del deudor como una carga no significa en modo alguno que no se tenga en cuenta el interés del deudor, sino todo lo contrario, pues la inobservancia de la carga genera una serie de consecuencias perjudiciales para el acreedor, vinculadas a la mora del mismo, que, a su vez, son beneficiosas para el deudor (106).

3. La mora del acreedor no presupone la culpa

Si exceptuamos la sentencia de 13 de marzo de 1930, nuestra jurisprudencia no afirma el requisito de la culpa del acreedor, ya que se alude a la negativa o resistencia al cobro (sentencia de 6 de diciembre de 1943), a la negativa sin razón a admitir el pago que se le ofrece (sentencia de 5 de junio de 1944), a la conducta recalcitrante a aceptar todo ofrecimiento de pago (sentencia de 22 de diciembre

(106) La carga es un concepto jurídico perfectamente perfilado en el ámbito del Derecho de obligaciones. El camino acertado para precisar con rigor el concepto de la carga ha sido señalado por la doctrina alemana, al decir que la carga no constituye un *sollen*, sino un *müssen*, es decir, un «tener que» para «poder hacer». Esta idea es la esencial para diferenciar la carga de la obligación y de otros conceptos afines (deber accesorio o deber de protección), ya que la carga implica una conducta que el sujeto (en nuestro caso, el acreedor) ha de observar en su propio interés para ejercitar una facultad. La inobservancia de la carga determina una imposibilidad para ejercitar el poder de actuación en que consiste la facultad.

Es lógico, pues, que si el acreedor no observa la carga de cooperación encaminada a facilitar la liberación del deudor, prestando el necesario concurso cuando tiene lugar el ofrecimiento de pago, surgirá una serie de consecuencias perjudiciales para el acreedor, derivadas de la *mora creditoris*, no estando facultado el acreedor para hacer responsable al deudor de la demora en el cumplimiento.

Desde la óptica de la distribución del riesgo, si el acreedor no acepta la prestación que le ha sido regularmente ofrecida por el deudor, soportará el riesgo en lo sucesivo. Como destacan ESSER y SCHMIDT (*Schuldrecht*, t. I, Heidelberg, 1984, pp. 95, 320 y 324), la mora del acreedor, derivada de la falta de cooperación del mismo, da lugar a que el deudor quede descargado del riesgo de la prestación (*Leistungsgefahr*).

El acreedor que no observa la carga, más que perjudicar un interés ajeno (el del deudor o el de un tercero), se perjudica a sí mismo, a su propio interés. La vinculación jurídica del acreedor consiste únicamente en tener que soportar el efecto jurídico desfavorable por omitir la conducta en que consiste la carga, sin que exista el incumplimiento de una obligación (o de un deber accesorio o de protección) que sea sancionado con la ejecución forzosa o con la indemnización de daños y perjuicios. Tal vez por ello, VON THUR, *Tratado de las obligaciones*, t. I (trad. esp. por Rocés), Madrid, 1934, pp. 4 y 5, duda que la incumbencia (lo que denominamos carga) constituya un auténtico deber jurídico, en el sentido estricto del término, pues su omisión no determina las consecuencias que son usuales en toda transgresión de deberes.

de 1962), a la falta de cooperación del acreedor sin justificación legal alguna al cumplimiento de la obligación (sentencia de 30 de mayo de 1986) y a la negativa de quien ha de recibir la entrega (sentencia de 15 de junio de 1987).

El problema, sin embargo, ha preocupado extraordinariamente a la doctrina de los diversos países, dominando hoy en día la tesis contraria a la necesidad de la culpa para que surja la mora del acreedor, como vamos a mostrar con la necesaria amplitud.

a) Derecho alemán

En el siglo pasado, pensando que la doctrina del Derecho común había configurado la mora como un concepto unitario (107), algunos autores no dudaron en establecer análogos presupuestos para la *mora creditoris* y la *mora debitoris*, de tal manera que se afirmaba que la *mora creditoris* derivaba de la violación de un deber de recibir (*eine Pflicht des Gläubigers*) y, en general, de cooperar por parte del acreedor, considerándose necesaria la culpa (*Verschulden*) de éste. La mora del acreedor es un espejo (*Spiegelbild*) de la mora del deudor. Por ello se consideró como un efecto fundamental de la *mora creditoris* la obligación del acreedor de indemnizar de daños y perjuicios (*Schadensersatzpflicht*). En esta dirección se pronunciaron, entre otros,

(107) Como opiniones más significativas se citan las siguientes: *Quid est mora? Injusta dilatio solvendi, vel accipiendi quod debetur* (CUJACIO: *Opera Omnia*, t. V, Mutinae, 1777, p. 403); *Hoc ad vim huius verbi explicandam satis est intelligi moran esse deilationem eius, quod debeas, et utrumque in mora esse tum videri, cum ille quod praestare debeat, differt: vel hic, quod offertur, recusat, accipere* (DONELLO: *Opera omnia*, t. X, vol. 1.º; *Commentarium in selectos quosdam titulos Digestorum*, Florencia, 1847, p. 1469); *Mora est delictum culpabile commissum in differendo debito solvendo vel credito recipiendo* (SALICETO: *Secundum Digesti veteris Partem. 1, quod te, Dig. de rebus creditis*, Venetiis, 1574); *Mora est dilatio, que culpa sua debitor tardius solvens, aut creditor tardius recipiens admittit* (FORCATULUS: *De mora et eius effectibus ac purgatione tripartita Tractatio*, en «*Tractatus illustrium in utraque tum pontificii tum caesari iuris facultate Jurisconsultorum*», t. VI, parts. 1.ª, n. 1, Venetiis, 1584); *Mora, quantenus ad hoc institutum pertinet, definiri potest dilatio frustratoria solutionis faciendae, vel accipiendae* (RICHERI: *Universa civilis et criminalis Jurisprudentia*, t. IX, Laudae Pompeja, 1827, p. 282); *Moram vocamus injustam restitutionis solutionisve aut accipiendae cessationem* (MUHLENBRUCK: *Doctrina Plandectarum*, Bruselas, 1838, p. 357); *Mora non recipiendae debiti, est culpa creditoris non recipiendis solutionem, quae a debitore idonee oblata est, unde aliquid incommodi ad debitorem pervenit* (KAHL: *Magnum Lexicon juridicum*, t. II, voz «mora», Coloniae Allobrogum, 1759, p. 71); *Mora est ea species doli aut culpa, quae in injusta alicuius ad certitudinem redigenti aut solvendi, i.e. dandi, faciendi, dilatione consistit* (WEHRN: *Doctrina iuris explicatrix principiorum et causarum damni, habita doli mali, culpa, morae eiusque quod interest ratione praestandi*, Lipsae, 1795, pp. 291 y ss).

Madai (108), Wolff (109), Schey (110), Dernburg (111) y Windscheid (112), si bien con argumentos no totalmente coincidentes.

Madai (113) trae a colación un texto de Africano D.17.1.37) para justificar esta tesis: *...nisi forte aut per promissorem steterit, quo minus sua die solveret, aut per creditorem, quo minus acciperet: etenim neutri eorum frustratio sua prodesse debet* (114). En ambos casos (*mora solvendi* y *mora credendi*) se expresa un *stare per debitorem* o *per creditorem*, y los dos configurados simétricamente como una *frustratio*.

En el planteamiento de Dernburg tal vez existe una cierta contradicción. Después de admitir la tesis de Kohler, en el sentido de que la aceptación de la prestación ofrecida es un derecho y no un deber del acreedor (115), precisa, sin embargo, que si se hace depender la mora del deudor de la culpa, también habrá de existir tal culpa en la mora del acreedor. De igual forma que Madai y Schey, fundamenta esta opinión en el texto transcrito de Africano, señalando que si *frustratio* en la *mora debitoris* significa retraso culposo, esta palabra en la *mora creditoris* no puede tener un significado diferente. También confirma esta tesis un texto de Marcelo: *Qui decem debet, si ea optulerit creditori et ille sine iusta causa ea accipere recusavit* (D. 46.3.72) (116). La importancia del fragmento se encuentra en que vincula las consecuencias de la mora a la no aceptación del pago *sine iusta causa*. La falta de aceptación del pago, sin que ninguna reprobación pueda hacerse al acreedor, tiene evidentemente un justo fundamento (117).

Windscheid (118), en cambio, afirma que las fuentes no ofrecen un resultado libre de dudas. Las fuentes hablan, en general, de un *accipere nolle* (D. 24.3.26) y también de un *stare per creditorem quo minus accipiat* o de una *frustratio* (D. 17.1.37); pero ninguna de estas expresiones indica necesariamente el elemento culpa. Si en el Digesto la mora del acreedor se vincula a que él mismo *sine iusta causa*...

(108) MADAI: *Die Lehre von der Mora*, Halle, 1837, p. 227.

(109) WOLFF: *Zur Lehre von der Mora*, Göttingen, 1841, pp. 405 y ss.

(110) SCHEY: *Begriff und Wesen der Mora creditoris in österreichischen und im gemeinen Recht*, Mainz, Wien, 1884, pp. 80 y ss.

(111) DERNBURG: *Diritto delle obbligazioni*, en «Pandette», vol. 2.º, traducción al italiano de la 6.ª edición alemana por Cicala, con la colaboración de Biermann, Turin, 1903, p. 168.

(112) WINDSCHEID: *Diritto delle Pandette*, t. II, parte 1.ª, traducción al italiano de la 1.ª edición alemana por Fadda y Bensa, Turin, 1904, pp. 336-337.

(113) MADAI: *Die Lehre von Mora*, cit., p. 228.

(114) Edición utilizada: *Corpus iuris civilis*, de Krueger, 22.ª ed. 1973, volumen *primum*.

(115) DERNBURG: *Diritto delle obbligazioni*, cit., p. 168.

(116) Utilizamos la misma edición del *Corpus iuris civilis*, tanto en este texto como en todos los que exponemos a lo largo de este estudio.

(117) DERNBURG: *Diritto delle obbligazioni*, cit., p. 171.

(118) WINDSCHEID: *Diritto delle Pandette*, cit., p. 336, nota 9.

accipere recusavit (D. 46.3.72), parece siempre posible sustentar que se ha querido decir que el acreedor puede rechazar una prestación irregular. No obstante, Windscheid piensa que debe considerarse decisivo que la mora produce consecuencias perjudiciales para el acreedor, y los perjuicios, cuando una disposición legal no disponga lo contrario, no pueden imponerse a quien no es culpable. No es justo que el acreedor tenga que sufrir perjuicios cuando no ha incurrido en culpa.

Algunos pandectistas se limitaron a decir que si el deudor está dispuesto a cumplir, basta para que se produzca la *mora creditoris* que el acreedor sin justo motivo no reciba la prestación ofrecida de la forma debida (119). Sin embargo, precisa Arndts (120), que si se hubiese fijado el tiempo y el lugar de la prestación, basta que el deudor esté dispuesto y el acreedor ausente para que surja la *mora creditoris*.

A partir de los importantes trabajos de Mommsen (121) y Kohler (122), la mayor parte de los autores van a rechazar la teoría expuesta (123), lo cual se acentuará con la entrada en vigor del BGB, claramente contrario a la teoría de la culpa (*Culpa-Theorie*).

Mommsen (124) niega la pretendida obligación del acreedor de aceptar la prestación u otra colaboración en el cumplimiento del deudor. En virtud de la relación obligatoria corresponde al acreedor un poder (*ein Herrschaft*) (125) que es libre de ejercerlo o no ejercerlo. Sin embargo, Mommsen no excluye del todo el elemento subjetivo. La no aceptación sólo es el fundamento de la mora si la misma tiene su causa en la voluntad del acreedor. El «casus» excluye la mora del acreedor. Mommsen define la mora del acreedor como arbitrario retraso (*willkürliche Verzögerung*) del cumplimiento por parte del acreedor (126).

(119) GLÜCK: *Commentario alle Pandette*, t. II, traducción al italiano por De Marinis, con notas de Ferrini y Serafini, Milán, s.f., p. 794. ARNDTS: *Trattato delle Pandette*, primera versión italiana de la 8.ª edición alemana con notas de Serafini, t. II, Bologna, 1875, p. 129.

(120) ARNDTS: *Loc. cit. ant.*

(121) MOMMSEN: *Lehre von der Mora nebst Beiträgen zur Lehre von der Culpa*, en «Beiträge zum Obligationenrecht», Braunsweig, 1855, pp. 33 y ss. y 133 y ss.

(122) KOHLER: *Annahme und Annahmeverzug. Eine civilistische Abhandlung*, en «Jherings Jahrbücher», 17, 1879, pp. 261 y ss.; *Der Gläubigerverzug*, en «Archiv für Bürgerliches Recht», 13, 1897, pp. 149 y ss.

(123) SCHOMANN, PUCHTA, SINTENIS, HOLZSCHUHER, SEUFFERT y ARNDTS (citados por Serafini, en notas al *Tratado delle Pandette*, de ARNDTS, t. II, *cit.*, p. 132, nota 7).

(124) MOMMSEN: *Lehre von der Mora*, *cit.*, pp. 133 y ss.

(125) MOMMSEN: *Lehre von der Mora*, *cit.*, pp. 161 y ss.

(126) MOMMSEN: *Lehre von der Mora*, *cit.*, p. 135.

Brinz (127) tiene en cuenta la argumentación de Mommsen, y llega a la conclusión de que en el supuesto de la mora del acreedor no existe el incumplimiento de una obligación (*Verbindlichkeit*) por parte del mismo, sino que tiene lugar una reducción de su derecho (*eine Schmälerung seines Rechtes*). Así se explican los perjuicios que derivan de la mora del acreedor.

Será Kohler quien de forma más clara y convincente evidencie que no es necesario recurrir a la idea de la culpa para que surja la *mora creditoris*, sin que el acreedor, en contra de lo que piensa Mommsen, pueda disculparse invocando el caso fortuito (128). Para Kohler (129) la pretendida obligación de cooperación del acreedor (*Mitwirkungspflicht des Gläubigers*) constituye uno de los más importantes errores de la doctrina del Derecho de las obligaciones. El acreedor no está obligado a aceptar la prestación, ya que la aceptación es un derecho y solamente un derecho, en modo alguno un deber, situándose su ejercicio en el mismo grado que el de cualquier poder. Esta conclusión determina que Kohler rechaza la existencia de una obligación de indemnización de daños y perjuicios del acreedor como consecuencia derivada de la *mora creditoris*. Se producen otras consecuencias que motivan un alivio de la responsabilidad del deudor (*Haftunserleichterung für den Schuldner*) o la traslación del riesgo al acreedor.

Invocando razones superiores de justicia, Kohler considera que no es correcto hacer recaer sobre el deudor las consecuencias de un retraso causado por un hecho del acreedor, ya que ello procuraría a éste una injustificada ventaja y al deudor un injustificado perjuicio. El deudor no ha de soportar el riesgo más allá del momento fijado para la prestación. El deudor no debe ser dejado *a merci* del acreedor (130).

La argumentación de Kohler será tenida en cuenta en el momento de la elaboración del BGB. Así se infiere de la exposición de motivos del Proyecto de Código civil. En relación con la prestación del deudor el acreedor no está obligado a la aceptación de la prestación ni a la ejecución de la conducta de cooperación. De la *mora creditoris*, en cuanto tal, no deriva una obligación del acreedor de indemnización de daños y perjuicios frente al deudor (131).

El articulado del BGB sobre la mora del acreedor (parágrafos 293 y ss.) refleja esta concepción, pues el acreedor incurre en mora

(127) BRINZ: *Lehrbuch der Pandekten*, t. II, Erlangen, 1879, pp. 308-309.

(128) KOHLER: *Annahme und Annahmeverzug*, cit., p. 267.

(129) KOHLER: *Annahme und Annahmeverzug*, cit., pp. 261 y ss.

(130) KOHLER: *Annahme und Annahmeverzug*, cit., p. 282.

(131) *Motive zum Entwurfe eines BGB für das Deutsche Reich*, Berlín-Leipzig, 1898, pp. 68 y ss. Vid. HÜFFER: *Leistungsstörungen durch Gläubigerhandeln*, Berlín, 1976, pp. 14-16. ROSENBERG: *Der Verzug des Gläubigers*, en «Jherings Jahrbücher», 43, 1901, p. 145, nota 8.

si no acepta la prestación que le es ofrecida (párrafo 293). Es lógico que los autores que comentan estos párrafos, comenzando por Rosenberg (132), los interpreten de conformidad con la teoría expuesta. Con claridad precisa Rosenberg, teniendo en cuenta la argumentación de Kohler, que no es acertado concebir la mora del acreedor como motivada por la vulneración de una obligación de aceptación (*Annahmepflicht*), puesto que el acreedor sólo deja de ejercitar un derecho. Para Rosenberg la mora del acreedor deriva de la omisión de la necesaria cooperación del acreedor para la realización de la prestación, sin que sea precisa la culpa del mismo.

De forma unánime los autores alemanes entienden hoy en día que la culpa del acreedor no es un presupuesto necesario para la mora del acreedor, porque no existe una obligación de aceptación o de cooperación que pese sobre el acreedor (133). Esto explica, según señalan Larenz (134) y Emmerich (135), que de la mora del acreedor no resulte *per se* una obligación de resarcimiento de daños y perjuicios.

Los párrafos 293 a 304 del BGB, que disciplinan el instituto, no justifican ningún tipo de obligación (*Verbindlichkeit*), sino una pura carga (*Obliegenheit*) del acreedor. La falta de aceptación de la prestación (oportunamente ofrecida) no representa el incumplimiento de una obligación. El paralelismo entre la mora del acreedor y la mora del deudor es sólo externo y aparente. Las consecuencias de la mora del acreedor no derivan del incumplimiento culpable de una obligación, sino sólo de la inobservancia de una carga (*Obliegenheit*) (136).

(132) ROSENBERG: *Der Verzug des Gläubigers*, cit., pp. 143-145.

(133) LARENZ: *Lehrbuch des Schuldrechts*, t. I, cit., pp. 358 y ss. ESSER y SCHMIDT: *Schuldrecht*, t. I, cit., pp. 320 y ss. EMMERICH: *Das Recht der Leistungsstörungen*, München, 1978, pp. 178 y ss. REIMER SCHMIDT: *Die Obliegenheiten*, cit., páginas 146 y ss. REIMER SCHMIDT: *Schuldrecht*, t. I, en «Soergel y Siebert, Bürgerliches Gesetzbuch», Stuttgart, Berlín, Mainz, 1967, p. 327. FIKENTSCHER: *Schuldrecht*, cit., pp. 223 y ss. WALCHSHOFER: *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, en «Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Recht», t. II, München, 1985, p. 685. MEDICUS: *Schuldrecht*, tomo I, *Allgemeiner Teil*, München, 1984, pp. 685 y ss. LÖWISCH: *Recht der Schuldverhältnisse. Allgemeiner Teil*, t. II, vol. 1.º, en «Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch», Berlín, 1979, p. 188. BATTES, en «Erman», *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. I, Münster, 1981, p. 706. HEINRICH: *Bürgerliches Gesetzbuch*, «Palandt», München, 1980, p. 317.

(134) LARENZ: *Lehrbuch des Schuldrechts*, t. I, cit., p. 358.

(135) EMMERICH: *Das Recht der Leistungsstörungen*, cit., pp. 178 y 195.

(136) REIMER SCHMIDT: *Die Obliegenheiten*, cit., pp. 146 y ss. ESSER y SCHMIDT: *Schuldrecht*, t. I, cit., pp. 320 y 324. FIKENTSCHER: *Schuldrecht*, cit., p. 223. WOLFF: *Lehrbuch des Schuldrechts*, t. I, *Allgemeiner Teil*, Köln, 1978, p. 518. KRAMER: *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, en «Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch», tomo II, cit., p. 26. BRÜCK y MÖLLER: *Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz*, t. I, cit., p. 185.

b) *Derecho suizo*

Las tesis de Mommsen y Kohler van a ser tenidas en cuenta por la doctrina suiza, apoyándose en el artículo 91 del Código de las Obligaciones, a cuyo tenor «el acreedor incurre en mora cuando rehúsa sin motivo legítimo aceptar la prestación que le es regularmente ofrecida, o cumplir los actos preparatorios que le incumben y sin los cuales el deudor no puede cumplir su obligación» (137).

Becker (138) señala las profundas diferencias jurídicas que existen entre la mora del deudor y la mora del acreedor: en la mora del deudor es necesaria la lesión de un derecho, es decir, el incumplimiento de un deber jurídico; en la mora del acreedor no existe, en cambio, la lesión de un derecho, sino la falta de ejercicio o de alegación de un derecho (Mommsen y Kohler).

Teniendo en cuenta la nueva teoría del Derecho común (Kohler) y la normativa del Código civil alemán (parágrafo 292), así como el texto del artículo 91 del Código de las Obligaciones, Von Thur (139) señala que la negativa a recibir la prestación se estima injustificada cuando el acreedor no puede invocar una razón objetiva en abono de su conducta. Que en la mora del acreedor no interviene para nada la culpa, la cual es, en cambio, factor fundamental en la mora del deudor, lo demuestra el que la primera no supone una transgresión de deberes.

Entre los autores más modernos, Engel (140) precisa que la mora del acreedor es independiente de la noción de culpa, ya que es suficiente el hecho objetivo del retraso. No existe una obligación (en sentido técnico) del acreedor, sino una *démarche*, una *formalité* (*Obliegenheit*) para alcanzar el buen fin del derecho del acreedor.

En opinión de Guhl, Merz y Kummer (141), la mora del acreedor no deriva de la vulneración de un deber contractualmente asumido (*Pflicht*), pues el acreedor, en cuanto tal, no está obligado; sin embargo, los derechos han de ejercitarse de acuerdo con la buena fe (*Treu und Glauben*). Los efectos de la mora del acreedor se distinguen esencialmente de los de la mora del deudor.

(137) BECKER: *Obligationenrecht*, vol. I, *Allgemeine Bestimmungen*, en «Berner Kommentar», t. VI, Bern, 1941, p. 431. VON THUR: *Tratado de las obligaciones*, t. II, *cit.*, pp. 63 y 64.

(138) BECKER: *Loc., cit. ant.*

(139) VON THUR: *Tratado de las obligaciones*, t. II, *cit.*, pp. 63 y 64.

(140) ENGEL: *Traité des obligations en droit suisse*, Neuchatel, 1973, p. 446.

(141) GUHL, MERZ y KUMMER: *Das schweizerische Obligationenrecht*, Zürich, 1972, página 232.

Según Gausch, Schuluep y Tercier (142) para que exista mora del acreedor, a tenor del artículo 91 del Código de las Obligaciones, basta que el acreedor no preste su concurso «sin motivo legítimo», con o sin culpa por su parte.

c) *Derecho austríaco*

También la doctrina austríaca va a tener en cuenta las tesis defendidas por Mommsen y Kohler, abandonándose la teoría de la culpa seguida en el pasado siglo por Schey, para quien el deudor tiene un interés en la extinción de la obligación y si el acreedor no coopera viola el principio del *neminem laedere*. En relación con el parágrafo 1.419 del Código civil austríaco se afirma que la culpa del acreedor no es un presupuesto de la *mora creditoris*, porque el acreedor no está obligado a recibir la prestación ofrecida (143). Este precepto se limita a disponer que «si el acreedor se demora en aceptar el pago, él sufre las consecuencias perjudiciales que deriven de ello» (144). Koziol y Welser (145) consideran la mora del acreedor como la inobservancia de una carga (*Obliegenheit*). No existe una obligación del acreedor a la aceptación de la prestación, ya que sobre ella sólo tiene un derecho. No obstante, si bien el acreedor no está obligado a la aceptación, el mismo vulnera una carga (*Obliegenheit*). De esta manera, Koziol y Welser siguen fielmente la tesis defendida por Reimer Schmidt en el Derecho alemán, al que citan.

d) *Derecho italiano*

Los trabajos de Mommsen y Kohler son tenidos en cuenta por numerosos autores. A pesar de que el Código civil de 1865 sólo disciplina con carácter general el ofrecimiento de pago y la consignación, de conformidad con el Código de Napoleón y la doctrina de Pothier, se afirma que el acreedor tiene derecho a la prestación y no está obligado a recibirla ni a facilitarla. Para que la mora del acreedor pueda surgir, entiende Scuto (146) que es necesaria la falta de coope-

(142) GAUSCH, SCHLUEP y TERCIER: *La partie générale du droit des obligations (sans la responsabilité civile)*, Zürich, 1982, p. 52.

(143) HASENOHRL: *Das österreichische Obligationenrecht*, t. II, Wien, 1899, pp. 359 y ss. KRASNOPOLSKI y KAFKA: *Osterreichisches Obligationenrecht*, Wien, 1910, páginas 123 y ss. GSCHNITZER: *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, t. I, p. 58 (citados por KOZIOL y WELSER, *Grundriss der Bürgerlichen Rechts*, t. I, Wien, 1983, p. 196).

(144) *Vid.* KAPPER: *Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch*, Wien, 1972, pp. 1474 y ss.

(145) KOZIOL y WELSER: *Grundriss der Bürgerlichen Rechts*, t. I, *cit.*, p. 196.

(146) SCUTO: *La mora del creditore*, *cit.*, pp. 87 y 88.

ración oportuna del acreedor. Tal cooperación ha de ser prestada de forma que el deudor pueda cumplir la obligación; no ha de ser insuficiente ni tardía. El acreedor ha de llevar a cabo cuanto es preciso para que el deudor pueda cumplir adecuadamente. Según Scuto (147) tiene razón Kohler cuando observa que, en la generalidad de los casos, la aceptación de la prestación es un derecho del acreedor, jamás una obligación, que puede ejercitar con libertad. El acreedor que no coopera en el cumplimiento no viola un deber, sino que no ejercita un derecho. El acreedor puede por ello facilitar el cumplimiento, pero no puede ser obligado a hacerlo. De acuerdo con los argumentos de Kohler, es insostenible la teoría de la culpa.

También Barassi (148) y Chironi (149) siguen esta orientación, rechazando la teoría de la culpa.

Tras la entrada en vigor del Código civil de 1942, la mayor parte de los autores italianos rechazan la teoría de la culpa con argumentos semejantes a los esgrimidos por Scuto, Chironi y Barassi en relación con el Código civil de 1865.

Barassi (150), de acuerdo con la tesis que sostuvo en el año 1899, sigue manteniendo, en contra de Falzea (151), que no existe una obligación del acreedor de cooperar en el cumplimiento, y que la culpa no es un requisito necesario de la mora del acreedor, ya que con ello se gravaría injustamente al deudor. No hay que dar al motivo legítimo de que habla el artículo 1.206 una excesiva amplitud, seducidos por la tendencia al paralelismo con la *mora solvendi*.

Es Cattaneo, como hemos visto, el autor italiano que de forma más amplia y convincente configura el concurso del acreedor en el cumplimiento como una carga de cooperación, desvinculando de esta manera la mora del acreedor de la teoría de la culpa (152).

Cattaneo (153) considera superada la tesis que estimaba incompatible con el derecho a la prestación la existencia de una carga de cooperación para recibirla o hacerla posible. Como observa Betti, esta incompatibilidad subsiste en relación con una obligación de cooperación, pero no respecto a un carga, ya que ésta afecta a un derecho «en

(147) SCUTO: *La mora del creditore*, cit., pp. 93 y 94.

(148) BARASSI: *Sulla responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, en «Archivio Giuridico», 1899, pp. 36 y ss.

(149) CHIRONI: *La culpa en el Derecho civil moderno* (trad. esp. por Posada), Madrid, 1907, p. 811.

(150) BARASSI: *La teoría generale delle obbligazioni*, t. III, Milán, 1948, pp. 90 y ss.

(151) FALZEA: *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milán, 1947, pp. 178 y ss.

(152) Ver nota 93.

(153) CATTANEO: *Della mora del creditore*, cit., pp. 65 y ss.

cuanto se quiera obtener de su ejecución las consecuencias favorables que el mismo comporta».

Esta conclusión de Cattaneo se explica como hemos expuesto anteriormente con amplitud, porque el acreedor no soporta una obligación o un deber en sentido estricto, sino sólo la carga de hacer lo necesario para que el deudor pueda cumplir.

f) *Derecho español*

En clara conexión con las explicaciones expuestas se afirma en nuestro Derecho la autonomía conceptual de la mora del acreedor respecto a la mora del deudor, y se piensa que la culpa del acreedor no es un requisito necesario de la mora del acreedor, siendo una tesis admitida por la mayor parte de los autores.

Pérez González y Alguer (154) puntualizan, en virtud de lo dispuesto en los artículos 1.176 y 1.185 del Código civil, que no es la culpa lo que constituye en mora al acreedor, sino su negativa «sin razón». Se puede hablar de incumplimiento imputable al acreedor (cfr. sentencia de 24 de abril de 1918), pero esta imputabilidad no significa culpa ni infracción de un deber propiamente tal.

Una argumentación semejante es expuesta por Albaladejo (155), Delgado (156), Díez-Picazo (157), Castán-García Cantero (158) y Puig Brutau (159), en el sentido de que el carácter fortuito del impedimento que puede haber obstaculizado la recepción no es suficiente para excluir la mora del acreedor. El deudor no tiene por qué soportar el caso fortuito que le impide liberarse en tiempo oportuno por imposibilidad del acreedor cuando puede ejecutar la prestación. No es justo que resulte perjudicado el deudor en tal caso.

También se afirma que las consecuencias de la mora del acreedor no se resuelven nunca en una obligación independiente de indemnizar, pues no nacen de una deuda suya y sí simplemente de la carga de no impedir la liberación.

(154) PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER: *Notas al Derecho de obligaciones de Enneccerus y Lehmann*, vol. 1.º, *cit.*, p. 297.

(155) ALBALADEJO: *Derecho civil*, t. II, vol. 1.º, *cit.*, p. 153.

(156) DELGADO, en «Lacruz»: *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. 1.º, *cit.* p. 253.

(157) Díez-PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. I., *cit.*, p. 724.

(158) CASTÁN-GARCÍA CANTERO: *Derecho civil español, común y foral*, t. III, *cit.*, p. 217.

(159) PUIG BRUTAU: *Mora*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica», t. XVI, *cit.* p. 648.

g) *Opinión personal*

Hemos visto cómo algunos pandectistas no deslindaron con claridad suficiente la mora del acreedor y la mora del deudor, concibiéndolas de forma unitaria y, en base a ello, llegaron a decir que ambas derivan del incumplimiento culpable de una obligación por parte del deudor o del acreedor (160). Para justificar esta conclusión se trae a colación el Derecho romano y el Derecho común, donde, se dice, existe un concepto unitario de la mora. Sin embargo, esta conclusión no deja de ser sorprendente si se tienen en cuenta numerosos textos del Digesto que ponen en evidencia las profundas diferencias existentes entre la mora del deudor y la mora del acreedor, y lo discutible que es afirmar que ésta se basa necesariamente en la culpa del acreedor. Ciertamente se aprecia en el Derecho romano que es un presupuesto común de la mora del acreedor y de la mora del deudor la existencia de una obligación vencida y la posibilidad del cumplimiento; sin embargo, es totalmente diversa la posición del deudor en la *mora debitoris* y la del acreedor en la *mora creditoris*, pues ésta presupone, sobre todo, que el deudor está dispuesto a cumplir: *si parato me solvere tu ex aliqua causa accipere nolles* (D. 46.3.39).

Según algunos autores, sería preciso que la demora del acreedor tuviese carácter culposo, con lo cual tratan de evidenciar que la mora del acreedor se basa en el incumplimiento de una obligación por él mismo, de igual manera que sucede en la mora del deudor.

A nuestro juicio, el examen de las fuentes muestra la inexactitud de esta tesis, fundada en un pretendido paralelismo entre ambos tipos de mora. Las expresiones con las que suele designarse en los textos del Digesto a la mora del acreedor [*per actorem steterit, quo minus ad diem vinum tolleret; per eum (locatorem) steterit, quo minus opus adprobetur vel admetiatur*] (D. 18.6.5; D. 19.2.36) no pueden referirse más que a la no aceptación objetiva de la prestación. Constituye una prueba evidente que en D.13.5.18 la frase *per actorem stetit* se refiera también al caso en que *valetudine impeditus aut vi aut tempestate petitor non venit*.

Tampoco el texto de Pomponio en que alude a la mora del acreedor (el comprador) constituye un argumento convincente en favor de la

(160) Es evidente que la mora del deudor tiene su causa en un retraso culpable en el cumplimiento del deber de prestación. Así lo afirma de forma unánime la doctrina (DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, t. I., cit., p. 247. DELGADO: en «LACRUZ», *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. 1.º, cit., p. 247. ALBALADEJO: *Derecho civil*, t. II, vol. 1.º, cit., p. 182) y la jurisprudencia (sentencia de 26-2-1970, en C.L. núm. 95, y 14-10-1975, en C.L. núm. 524), lo cual es acorde con una constante tradición histórica (cfr., BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, 1987, pp. 928 a 930 y 13 y 14, que muestra las opiniones de BARBOSA, BARTOLO, SALICETO y otros autores del Derecho común que así lo afirman), reflejada en el comentario de GARCÍA GOYENA al artículo 1011 del Proyecto de 1851 (*Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, cit., p. 542).

tesis que estamos analizando críticamente: *Mora autem videtur esse, si nulla difficultas venditorem impediatur, quo minus traderet, praesertim si omni tempore paratus fuit tradere* (D. 19.1.3).

Es evidente que Pomponio ha querido determinar la esencia de la *mora creditoris* considerando fundamental el requisito de la disposición del deudor a cumplir, sin referirse a la culpa y a otras condiciones especiales del acreedor.

Dernburg, según dijimos, se apoya básicamente en un texto de Africano para afirmar el paralelismo entre la mora del deudor y la mora del acreedor al no aceptar el pago. Dice así este texto: *Nisi forte aut per promissorem steterit, quo minus sua die solveret, aut per creditorem, quo minus acciperet: etenim neutri eorum frustratio sua prodesse debet* (D. 17.1.37).

Observa Dernburg, como vimos, que si *frustratio* en la mora del deudor significa retraso culpable, esta palabra, en la mora del acreedor, no puede tener otro significado.

Frente a esta argumentación tiene razón Scuto (161) al decir que es totalmente errónea. Lo que Africano afirma es que nadie puede ser beneficiado por su propio retraso. La palabra *frustratio* es equivalente a mora, sin que pueda entenderse diversamente del *quo minus solveret aut acciperet*. Recuerda Scuto que Gotofredo, al glosar este fragmento, afirma que *frustratio mora est: qui frustratur moratur*. Con plena corrección, D'Ors, Hernández-Tejero, Fuenteseca, García Garrido y Burillo (162) traducen este fragmento del Digesto de la siguiente manera: «...salvo que dependiese del promitente el no haber pagado dentro del plazo, o del acreedor el no recibirlo, pues no debe aprovechar a ninguno de ellos su propia *mora*» (163).

Como dijimos, Dernburg tiene también en cuenta otro importante texto de Marcelo que aparece en el Digesto: *Qui decem debet, si es obtulerit creditori et ille sine iusta causa accipere recusavit* (D. 46.3.72). Sin embargo, la *iusta causa* se refiere a un motivo objetivo, es decir, hace pensar en el caso en que la cosa que se pretende entregar no es conforme a la obligación, o que el cumplimiento no se produce en el tiempo o lugar oportuno.

Aparte de lo dicho, no se comprende bien la argumentación de Dernburg, ya que acepta la tesis de Kohler, diciendo, como vimos,

(161) SCUTO: *La mora del creditore, cit.*, p. 96, nota, 17.

(162) *El Digesto de Justiano*, t. I, versión castellana por D'ORS, HERNÁNDEZ-TEJERO, FUENTESECA, GARCÍA-GARRIDO y BURILLO, Pamplona, 1968, p. 633.

(163) DE ROBERTIS: *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione*, vol. I, Bari, 1983, pp. 26 y 31, precisa que la mora (*debitoris* y *creditoris*) es presentada en las fuentes bajo la noción de *frustratio* (D. 17.1.37). La noción técnica de *frustratio* se refiere de manera comprensiva a ambos tipos de mora (D. 17.1.37).

que la aceptación de la prestación ofrecida es un derecho y no un deber del acreedor, lo cual, según evidencia el propio Kohler, determina las profundas diferencias entre la mora del acreedor y la mora del deudor, y hace difícil admitir que la culpa sea un requisito necesario para que el acreedor incurra en mora.

Por todas las razones expuestas, coincidimos plenamente con el juicio de Kaser (164) y Bove (165) en el sentido de que la *mora creditoris* en el Derecho romano no implica como la *mora debitoris* la violación de una obligación. El acreedor no está obligado a la aceptación y, por tanto, no responde frente al deudor cuando no acepta la prestación. No obstante, se protege al deudor que hizo cuanto pudo para cumplir su obligación, siendo indiferente que el acreedor sea o no culpable al rehusar su cooperación (166).

Tampoco es claro que en el Derecho común se señalase unánimemente que la culpa es un presupuesto de la *mora creditoris*, justificándose así que tanto la mora del acreedor como la del deudor derivan del incumplimiento culpable. Los intérpretes y comentaristas del *Corpus Iuris civilis* no establecieron una teoría rigurosa, comúnmente aceptada, sobre la *mora creditoris*. Al examinar los textos del Digesto que se refieren a la misma mantuvieron las tesis más dispares, tanto en relación con los presupuestos que habían de concurrir como a la hora de precisar sus consecuencias (167), si bien es cierto que no suelen hacer una invocación expresa a la culpa del acreedor (168).

• (164) KASER: *Romisches Privatrecht*, München, 1979, p. 155; *Römisches Privatrecht*, t. I; *Das Altrömische, das Vorklassische und das Klassische Recht*, München, 1971, p. 517.

(165) BOVE: *Offerta reale*, en «Enciclopedia del Diritto», t. XXIX, Milán, 1979, página 773.

(166) Sin embargo, en contra de lo que hemos afirmado y puesto de relieve, DE ROBERTIS (*La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione*, tomo I, cit., p. 32) llega a la conclusión de que la noción originaria de mora-incumplimiento comprende unitariamente tanto la mora del deudor como la mora del acreedor.

Según DE ROBERTIS (*op. cit.*, p. 31, nota 95), la noción técnica de *frustratio* se refiere comprensivamente a uno y otro tipo de mora (D. 17,1,37) e implica un tratamiento unitario, no sólo sistemático, sino también conceptual, de los dos tipos de mora.

Más todavía que en el concepto de incumplimiento, en el concepto más amplio de impedimento se encuentra el punto de convergencia originaria entre los dos géneros de mora. El sentido fundamental de la mora se encuentra en el paralelismo estructural entre los dos momentos moratorios contrapuestos del deudor y del acreedor, respectivamente.

(167) Se aprecia en este sentido un notable contraste con lo que acontece en la *mora debitoris*, donde de forma unánime los comentaristas del Derecho común mencionan la culpa del deudor, ya que la *mora debitoris*, como fuente de responsabilidad, requiere la culpa (BARTOLO, DECIUS, SALICETO, BARBOSA, DONELLO y otros muchos) (cfr., BARBOSA, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, cit., pp. 928-930, nota 100).

(168) DONELLO: *Comm. ad. tit. Dig. de usuris et mora*, cap. V, en *Opera Omnia*, t. X, cit., pp. 1494-1496. VOET: *Commentarius ad Pandectas*, cit., t. IV, libr.

Para evidenciar lo que acabamos de decir, nada mejor que exponer las opiniones de autores como Cujacio, Donello, Vinnio y Richeri.

Cujacio (169) distingue entre justa demora e injusta demora del acreedor en aceptar la cosa ofrecida por el deudor. La mora del acreedor surge cuando existe una *injusta dilatio accipiendi quod debetur*, lo cual no tiene lugar, según Cujacio, cuando el acreedor rechaza un ofrecimiento de pago que ha tenido lugar antes del día señalado.

Hay que destacar, sin embargo, que Cujacio define también a la *mora solvendi* como *injusta dilatio solvendi*.

Según Donello (170), *creditor moram facere in accipiendo intelligitur is, solum, qui, quod oportuno loco, et tempore offertur, recusat accipere. Quod autem secus offertur, eius recusandi honesta ratio est. L. si soluturus, de solut. L. qui Romae, in prin. verb. oblig.*

Al definir la mora del acreedor, afirma lo siguiente: *quod offertur, recusat accipere*.

Muy interesante es la afirmación de Vinnio (171) en el sentido de que el acreedor no está obligado a recibir la deuda; ni aun cuando se la ofreciese el mismo deudor se le obligaría a ello. Pero lo que el mismo deudor puede hacer en este caso puede hacerlo el extraño (tercero que ofrece el pago al acreedor), a saber: consignar y depositar el dinero ofrecido, cuya consignación hace las veces de solución, *l. 9, C. de solut.*

También es elocuente la exposición de Richeri (172), que define la mora del acreedor como *dilatio frustratoria solutionis accipiendae*.

Desarrollando la definición expuesta, afirma Richeri lo siguiente: *postremo innuimus, tum debitorem, qui congruo tempore non solverit, et loco solutionem, qui oblatam convenienti tempore, et loco solutionem accipere recusaverit, in mora constitutum judicari*.

Las opiniones de Domat (174) y Pothier (175), así como los trabajos preparatorios del Código civil francés (176), no dan base alguna

XLVI, título III, XXVIII, p. 391, y t. II, libr. XXII, I, XVII, p. 505. CUJACIO: *Opera Omnia*, t. V, cit., pp. 401 y ss. RICHERI: *Universa civilis et criminalis Jurisprudentia t. IX, cit.*, pp. 282, y ss. VINNIO: *Comentario académico y forense a los cuatro libros de las Instituciones imperiales de Justiniano*, anotado por Heineccio y seguido de las cuestiones selectas del mismo autor (traducción al español de J. L. Y V. S.), tomo II, Barcelona 1867, p. 41.

(169) CUJACIO: *Opera Omnia*, t. v, cit., p. 404.

(170) DONELLO: *Opera Omnia*, t. X, cit., p. 1495.

(171) VINNIO: *Comentario académico y forense...*, t. II., cit., p. 41.

(172) RICHERI: *Universa civilis et criminalis Jurisprudentia*, t. IX, cit., p. 282.

(173) RICHERI: *Loc. cit. ant.*

(174) DOMAT: *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, cit., p. 284.

(175) POTHIER: *Traité des obligations*, vol. I, cit., p. 339.

(176) FENET: *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIII, cit., pp. 313 y ss.

para justificar la tesis que comentamos críticamente, ya que, en especial Pothier, establece un tratamiento específico de la mora del acreedor, claramente diferenciable del de la mora del deudor, examinándose su consecuencia fundamental: la liberación del deudor por medio de la consignación de la cosa debida.

Con claridad, Domat (177) señala que el deudor no puede consignar la cosa debida si existe alguna justa causa para rechazar el pago (*quelque juste cause de le refuser*), con lo cual no exige la conducta culpable del acreedor.

Pothier (178) se limita a destacar que la consignación procede cuando el acreedor rehúsa recibir la cosa o la suma a él ofrecida, siendo puesto en mora de recibir por las ofertas válidas que se le han hecho.

Nuestro Código civil, de igual forma que el Código civil francés (artículo 1.257), en el que claramente se inspira, no establece el requisito de la culpa del acreedor. El artículo 1.176 dispone que «si el acreedor a quien se hiciese el ofrecimiento de pago se negase sin razón a admitirlo, el deudor quedará libre de responsabilidad mediante la consignación de la cosa debida». Esta negativa sin razón a admitir el pago, que, como hemos apuntado, va a determinar la mora del acreedor, no implica necesariamente la culpa del acreedor. Cabe perfectamente pensar en una negativa sin razón que no implique una conducta culpable del acreedor, y si ello es posible, no parece lógico, a la vista del artículo 1.176, rechazar la posibilidad de la mora del acreedor. Buena prueba del acierto de esta tesis se encuentra en los casos excepcionales del párrafo 2.º del artículo 1.176, en donde, frente a circunstancias objetivas, que impiden hablar no sólo de culpa del acreedor, sino incluso de conducta del mismo, se prescinde del ofrecimiento como trámite previo a la consignación.

El comentario de García Goyena (179) a los artículos 1.107 y 1.108 del Código civil es bastante elocuente en el sentido apuntado. El artículo 1.107 dispone que «si el acreedor rehusase admitir la cosa o cantidad debida, puede el deudor extinguir su obligación por medio del ofrecimiento y de la consignación que deberá hacerse en la forma que se prescribe en los artículos siguientes». No aparece la expresión «sin razón» que figura en el artículo 1.176 del Código civil. Tal vez porque el artículo 1.257 del Código civil francés se limita a decir «cuando el acreedor rehúsa recibir el pago». Sin embargo, García Goyena, al explicar el significado de la expresión «si el acreedor rehusase», afirma: sin justa causa y concurriendo todos los requisitos del artículo siguiente. Si por faltar alguno de éstos se resistiese el acree-

(177) DOMAT: *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, cit., p. 284.

(178) POTHIER: *Traité des obligations*, vol. I, cit., p. 339.

(179) GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, cit., p. 593.

dor, y el Juez estimase justa su oposición, el ofrecimiento y consignación se tendrán por hechos (180).

El artículo 1.108 del Proyecto de 1951, de tenor muy similar al artículo 1.158 del Código civil francés, establece: «Para que el ofrecimiento produzca efecto es necesario: 1.º Que se haga por persona legítima para hacer el pago, y a quien tenga derecho para recibirlo. 2.º Que comprenda la totalidad de la deuda líquida y exigible, con sus intereses o réditos vencidos si los hubiese. 3.º Que esté cumplida la condición si la obligación fuere condicional, o vencido el plazo si se estipuló en favor del acreedor. 4.º Que el ofrecimiento sea de cumplir la obligación en la forma que se prescribe en los párrafos 1.º y 2.º de esta sección. 5.º Que el ofrecimiento se haga por ante escribano público y dos testigos».

Todo indica que el acreedor incurre en mora cuando no admite el pago ofrecido que cumple todos los requisitos de regularidad. Cuando esto sucede, existe una negativa sin razón del acreedor a admitirlo, con independencia de que haya actuado de manera culpable o no culpable. Basta la regularidad del ofrecimiento de pago para que, en caso de negativa del acreedor a aceptarlo, incurra en mora. La negativa sin razón a que alude el citado artículo 1.176 del Código civil está en clara relación con el texto de Marcelo (D. 46.3.72), tenido en cuenta por García Goyena, donde aparece la expresión *sine iusta causa ea accipere recusavit*. Ya hemos visto cómo no se identifica esta expresión con la culpa del acreedor. De esta manera nuestro Código civil y también el Código de Comercio se apartan del criterio expresamente acogido en las Partidas. La Ley 8.^a, título XIV de la Partida 5.^a (P. 5.14.8), al regular la oferta de pago y la consignación, dispone lo siguiente: *Otrosí dezimos que si el debdor quisiese pagar el debdo al que lo deuiesse recibir, o el otro non gelo quisiesse tomar, deue fazer afrenta, ante omes buenos en logar e en tiempo guisado, mostrando los maravedis de como quiere fazer la paga. E deue poner aquellos maravedis señalados en fieldad de algun ome bueno, o en la sacristania de alguna eglesia. E dende adelante es quito del debdo e non ha el otro demanda ninguna contra el. E aun dezimos que si los maravedis se perdiessen sin culpa del debdor, despues que fuessen puestos en fieldad, asi como sobre dicho es que el daño pertenece al señor del debdo tan solamente porque fue en culpa que lo no quiso recibir quando gelo quiso pagar.*

Al comentar este texto, Sala (181) se refiere expresamente a la culpa del acreedor en no recibir el dinero que se pierde sin culpa del deudor.

(180) GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español, cit.*, p. 593.

(181) SALA: *Ilustración del Derecho real de España*, t. II, Madrid, 1832, p. 27.

Gutiérrez (182) destaca que el efecto más natural de la consignación consiste en hacer correr a cargo del acreedor el peligro de la cosa consignada, porque fue en culpa que no la quiso recibir.

Gómez de la Serna y Montalbán (183) indican que la justicia quiere que el acreedor, por una negativa arbitraria e injusta, no pueda hacer de peor condición al deudor, y autoriza a éste para consignar lo que debe cuando el primero no consiente en recibirlo.

Escrache (184), sin embargo, teniendo en cuenta el mencionado texto de las Partidas, no menciona expresamente el requisito de la culpa, ya que se refiere a la negativa del acreedor a recibir la cantidad debida, diciendo que sucede a veces por motivos particulares se resiste el acreedor a recibir el pago de la cosa o cantidad que se le debe, y entonces el deudor tiene el arbitrio de ofrecerle el dinero delante de hombres buenos, o ante el Juez, como se acostumbra, y depositando en seguida con aprobación de éste.

En un sentido análogo se pronuncian Elías (185) y Navarro Amandi (186).

En relación con otro texto de las Partidas (P. 5.1.8), Gregorio López y Hermosilla no se refieren a la culpa del acreedor, sino a una negativa a recibir la cosa ofrecida por el deudor.

Gregorio López (187) da a entender que la mora del acreedor surgirá *si debitor obtulit congruo loco et tempore et creditor nolluit recipere* (glosa por aventura).

Hermosilla (188), al anotar la glosa de Gregorio López al mencionado texto, puntualiza, en análogo sentido, que la *mora creditoris* se produce si *debitor vini, grani et alterius quantitatis offert creditori suum debitum in tempore debito... et ipse renuit accipere*.

Nuestro Código civil, en el artículo 1.176, siguiendo el criterio del Proyecto de 1851, y, por ende, el del Código civil francés y la doctrina de Domat y Pothier, no parece exigir la culpa del acreedor para que quepa la consignación y, por lógica, la *mora creditoris*. En

(182) GUTIERREZ: *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, t. IV, *Tratado de las obligaciones*, Madrid, 1884, pp. 140-141.

(183) GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN: *Elementos de Derecho civil y penal de España*, t. II, Madrid, 1877, p. 200.

(184) ESCRACHE: *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, t. II, Madrid, 1874, p. 515.

(185) ELÍAS: *Derecho civil general y foral de España*, t. III, Madrid-Barcelona, 1877, p. 515.

(186) NAVARRO AMANDI: *Código civil de España*, t. II, Madrid, 1880, pp. 56-57.

(187) GREGORIO LÓPEZ: *Las siete Partidas glosadas por el licenciado Gregorio López*, Salamanca, 1555, p. 4.

(188) HERMOSILLA: *Additiones, notae et resolutiones ad 7 Partit. glos. et cogita doct. Gregori Lopetti (in Quintam Partitam)*, Matriti, 1634, p. 70.

análogo sentido, el artículo 1.776 del Código civil, en clara conexión con el artículo 1.176, al disponer que «el depositario que tenga justos motivos para no conservar el depósito, podrá, aun antes del término designado, restituirlo al depositante, y si éste lo resiste, podrá obtener el Juez la consignación». Además de los citados preceptos, los artículos donde aparecen concretas aplicaciones de la mora del acreedor no exigen en ningún momento la culpa del acreedor (artículos 1.185, 1.452, último párrafo, 1.505, 1.589 y 1.590 del Código civil; artículos 332 y 369 del Código de Comercio; artículo 48 de la Ley Cambiaria y del Cheque). Es muy significativo que el artículo 332 del Código de Comercio se refiera al caso en que el comprador rechaza sin justa causa el recibo de los efectos comprados, utilizándose la expresión que García Goyena emplea al comentar el artículo 1.107 del Proyecto de 1851. El artículo 369 del Código de Comercio ni siquiera alude al rehúse sin justa causa o sin razón, sino que menciona el rehúse en recibir los efectos. La culpa del acreedor no es exigida en modo alguno.

Para fundamentar esta tesis es digno de tenerse en cuenta el argumento formulado por Kohler y que ha sido reproducido por los autores que rechazan que la mora del acreedor tenga su causa en el incumplimiento culpable de una obligación. Ciertamente, es lógico pensar que no es justo hacer recaer sobre el deudor las consecuencias derivadas de un retraso causado por un hecho imputable al acreedor, con independencia de que actúe de forma culpable o no culpable, ya que ello procuraría a éste una ventaja injustificada.

4. No es precisa una especial interpelación

Ninguna de las sentencias del Tribunal Supremo que contemplan la mora del acreedor exige una especial interpelación del deudor al acreedor para que surja aquélla, semejante a la que establece el artículo 1.110 del Código civil a propósito de la mora del deudor.

La razón de que no parezca precisa una especial interpelación al acreedor se encuentra, sin duda, en las profundas diferencias existentes entre la mora del deudor y la mora del acreedor, tanto en su función como en sus presupuestos, como ya hemos expuesto. No puede admitirse la unidad conceptual de ambos tipos de mora, estableciéndose idénticos requisitos y consecuencias para una y otra. La mora del acreedor no es, tal como hemos apuntado en relación con el problema de la culpa, un espejo (*Spiegelbild*) de la mora del deudor. Por ello, el hecho de que el artículo 1.100 del Código civil exija la interpelación del acreedor para que surja la mora del deudor, no constituye un argumento decisivo para justificar la necesidad de una especial interpelación al acreedor, porque no creemos que exista identidad de razón (artículo 4-1.º del Título Preliminar del Código civil) debido

a las profundas diferencias que existen entre la mora del deudor y la mora del acreedor y, además, porque ninguno de los preceptos que constituyen aplicaciones concretas del instituto de la mora del acreedor en nuestro Derecho (189) condiciona la existencia de la misma a una especial intimación o interpelación (190).

V. EFECTOS DE LA MORA DEL ACREEDOR

Uno de los problemas fundamentales que plantea en nuestro Derecho la mora del acreedor es el relativo a la determinación de sus efectos jurídicos, debido a la situación legal descrita. La solución del problema ha de acometerse desde una doble perspectiva: la subsistencia del vínculo obligatorio, a pesar de la mora del acreedor, y que no resulte agravada la posición del deudor por un hecho imputable al acreedor. Tales circunstancias están presentes en las sentencias que contemplan supuestos relativos a la mora del acreedor.

Conviene remarcar de nuevo que nuestro Tribunal Supremo rechaza en las sentencias de 9 de julio de 1941, 5 de junio de 1944, 21 de junio de 1947 e implícitamente en todas las reseñadas, los argumentos esgrimidos para apoyar la tesis de que el ofrecimiento de pago no seguido de la consignación de lo debido carece de toda eficacia.

1. La mora del acreedor impide que el deudor incurra en mora y, en su caso, excluye la «mora solvendi» ya comenzada

Este efecto no es señalado de forma expresa y categórica por el Código civil o el Código de Comercio; sin embargo, hay que afirmarlo por la sencilla razón de que la mora del deudor exige, a diferencia de la mora del acreedor, la culpa del deudor (191), que falta cuando surge la mora del acreedor, ya que, a partir de ésta, el retraso en el cumplimiento deja de ser imputable a la conducta del deudor. El retraso en el cumplimiento, a partir de la mora del acreedor, en modo alguno es imputable al deudor, sino a la conducta del acreedor, por lo que aquél no será responsable por ello de los daños y perjuicios que la demora en el cumplimiento ocasione al acreedor. Naturalmente, esta consecuencia hay que afirmarla a partir del momento en

(189) Vid. DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. I, cit., p. 725.

(190) CROME (*Teoría fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese*, cit., p. 194, nota 31) alegó un argumento semejante en base a los artículos 1.757 y 1.794 del Código civil francés y 1.641 del Código civil italiano de 1865.

(191) Vid. nota 160.

que surge la mora del acreedor, es decir, persisten los efectos producidos mientras existió la mora del deudor. Esta cesa con efectos *ex nunc*, subsistiendo la anterior responsabilidad en que el deudor hubiera incurrido (192).

El efecto señalado presupone que el deudor ha ofrecido regularmente el pago y que el acreedor se niega sin razón a recibirlo.

La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1978, anteriormente señalada, afirma que en el caso de autos no existe mora del acreedor, pues para que el acreedor resulte moroso es sobre la base de que el comportamiento del deudor no ponga en evidencia que su aparente voluntad de cumplimiento no era real.

También tiene interés la citada sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1943, rechazando la existencia de *mora accipiendi*, ya que por la parte acreedora no existía negativa o resistencia al cobro.

Igualmente es clara al respecto la mencionada sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1950, al afirmar que en el caso de autos no se daban las condiciones precisas para que tuviese lugar la *mora accipiendi*. El que dijera de palabra el Secretario del Juzgado de Paz que el actor (acreedor) que habían dejado para él unos dineros sin liquidación alguna, no tiene valor jurídico para la consignación, ni siquiera a los efectos de la *mora accipiendi*.

El efecto jurídico señalado es afirmado de manera constante por la jurisprudencia, seguida por la doctrina (193) de manera unánime, siendo especialmente evidente en este sentido las referidas sentencias del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1982, 9 de julio de 1941, 5 de junio de 1944, 22 de noviembre de 1962, 31 de octubre de 1968, 12 de junio de 1969 y 30 de mayo de 1986.

La *mora creditotis* va a impedir, al haberse producido la exclusión o la

(192) Así se infiere de los artículos 1.101 y 1.108 del Código civil.

(193) ALBALADEJO: *Derecho civil*, t. II, vol. 1.º, cit., p. 154. CASTÁN-GARCÍA-CANTERO, *Derecho civil español, común y foral*, t. III, cit., p. 217. DíEZ-PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. I, cit., p. 725. DíEZ-PICAZO Y GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, Madrid, 1983, p. 281. ESPÍN: *Manual de Derecho civil español*, t. III, cit., p. 211. SANTOS BRIZ: *Derecho civil. Teoría y práctica*, t. III, cit., p. 544. DE DIEGO LORA: *La consignación judicial*, cit., pp. 43 y 44. PASCUAL ESTEVILL: *El pago*, cit., p. 370. RUIZ SERRAMALERA: *Derecho civil. Derecho de obligaciones*, cit., p. 232. PUIG BRUTAU: *La mora*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica, t. XVI, cit., p. 649. MALUQUER DE MONTES: *Ofrecimiento de pago*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica, t. XVIII, vol. 1.º, p. 430. EYRE: *Notas referentes al pago de las obligaciones por consignación judicial*, cit., p. 26. BERCOVITZ, RODRIGO: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, t. XVI, vol. 1.º, cit., p. 239. BELTRAN DE HEREDIA: *El cumplimiento de las obligaciones*, cit., p. 476.

compensación de la mora del deudor, que se produzcan las consecuencias derivadas del incumplimiento. Con suma claridad, las mencionadas sentencias del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1968 y 15 de junio de 1987 precisan que el ofrecimiento real sin consignación libera al deudor de la posible tacha de incumplimiento, es decir, a quien ha de entregar la cosa y no puede hacerlo por la negativa de quien ha de recibirla. De aquí se siguen importantes consecuencias jurídicas que conviene mostrar con rigor y amplitud. Lógicamente, el acreedor no podrá ejercitar con éxito la acción para resolver el contrato por incumplimiento al encontrarse en situación de mora. Nuestra jurisprudencia, en numerosas sentencias, y la generalidad de los autores, entienden que sólo está legitimado para resolver el contrato bilateral el acreedor que ha cumplido aquello que le incumbía, o que estaba dispuesto a cumplirlo, y que sufre el incumplimiento de la obligación de la parte contraria (194).

La inviabilidad de la resolución del contrato por el acreedor moroso aparece nítida en el caso del mutualista que contempló la sentencia de 9 de julio de 1941, anteriormente examinada, al decir que la *mora accipiendi* obsta a la declaración autorizada por el artículo 1.124 del Código civil. Esta doctrina se ha repetido en un buen número de ocasiones. Incluso con anterioridad a esta sentencia, en la mencionada de 13 de marzo de 1930 se denegó la resolución del contrato porque se estimó probado que el acreedor se había negado a recibir las cuotas mensuales para imponer determinadas modificaciones en el contrato, no siendo el deudor culpable del impago, sino el acreedor. Muy parecido es el caso de la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1944, ya examinada, donde el demandado no había pagado el precio estipulado en una promesa de venta por haberse negado el promitente a recibirlo.

En esta línea hay que citar también a la referida sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1968, que reproduce la doctrina de las anteriormente citadas.

Refiriéndonos a sentencias del Tribunal Supremo más recientes, la de 8 de febrero de 1975 (195) considera que el vendedor que se

(194) Concretamente afirma la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1985 (C.L. núm. 189; R.A. núm. 1196) que la resolución sólo puede lícitamente exigirla quien por su parte ha cumplido sus obligaciones, habida cuenta del carácter sinalagmático e interdependiente de las recíprocas así pactadas (sentencias de 1 de febrero de 1966, 28 de septiembre de 1965, 19 de febrero de 1969, 3 de junio de 1970 y 5 de junio de 1981).

A nivel doctrinal: ALBALADEJO: *Derecho civil*, t. II, vol. 1.º, *cit.*, p. 102. DELGADO, en LACRUZ: *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. 1.º, *cit.*, p. 273. Díez-PICAZO: *El retardo, mora y resolución en los contratos sinalagmáticos*, en «ACD», 1969, p. 397.

(195) C.L. núm. 49; R.A. núm. 147.

ha negado al cobro de lo que justamente se le ofrecía, creando voluntariamente la situación de impago, no puede ejercitar la acción resolutoria del contrato de compraventa de un piso con precio aplazado (artículos 1.124 y 1.504 del Código civil). En definitiva, que el acreedor moroso no puede ejercitar en tal caso la acción resolutoria, ya que, como se afirma en esta sentencia, de acuerdo con una constante y reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, se requiere no sólo el hecho en sí del incumplimiento, sino la concurrencia de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, lo que en este caso no existió. Tampoco existe una conducta del deudor que de forma continua, y sin razón que lo justifique, deje de cumplir lo pactado, que según la reciente doctrina del Tribunal Supremo justifica la resolución del contrato (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1985) (196).

Para la citada sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1985 sólo puede resolverse el contrato cuando existe una voluntad manifiesta de incumplir, no justificada; lo cual implica, sin duda, que si el deudor no cumple la obligación por la conducta morosa del acreedor, éste no puede resolver el contrato, ya que existe una causa que justifica que el deudor no cumpla el día señalado en el contrato: la falta de colaboración del acreedor.

Con toda razón en la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1984 (197) no se considera procedente la resolución de la compraventa porque ambas partes habían incumplido sus obligaciones, descartándose lógicamente la existencia de *mora accipiendi*.

La circunstancia de que no pueda imputarse el incumplimiento al deudor, al haber incurrido en mora el acreedor, determina que no pueda éste enervar el ejercicio del derecho de retracto por el deudor, como claramente afirma la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1962, anteriormente examinada.

En el marco de las relaciones sinalgmáticas, de las sentencias de 9 de febrero y 22 de marzo de 1985 (198) se desprende que el deudor que ofrece cumplir, aun sin proceder a la consignación judicial de lo debido, está legitimado para exigir a la otra parte el cumplimiento de sus obligaciones, de tal suerte que ésta no puede justificar el incumplimiento de las mismas basándose en que el ofrecimiento de pago no fue seguido de la consignación judicial.

(196) C.L. núm. 733; R.A. núm. 6202.

(197) C.L. núm. 385; R.A. núm. 3240.

(198) C.L. núm. 87 y R.A. núm. 541; C.L. núm. 189 y R.A. núm. 1196.

En el caso de la sentencia de 22 de marzo de 1985 las partes suscribieron un compromiso de compraventa de una finca urbana, en el que estipularon los pagos parciales abonables hasta efectuar el pago total del precio en el momento del otorgamiento de la escritura pública. Ante la demanda de cumplimiento de la compradora, que ya había entregado un millón quinientas diecisiete mil ochocientas cuarenta y dos pesetas a cuenta, las Salas de instancia estimaron tal petición y condenaron al demandado a que otorgase la escritura, por entender que dicha compradora había requerido suficientemente al vendedor con el ofrecimiento del resto del precio, y que las objeciones de éste carecían de eficacia, y que por ello la resolución que dicho vendedor solicitó era ineficaz, siendo él, contrariamente, el que, ante las reiteradas reclamaciones para otorgar la escritura, había incumplido el contrato. No prosperó el recurso de casación interpuesto por el vendedor, en el que alegó que la compradora había incumplido el contrato, ya que el ofrecimiento del precio que restaba por pagar no fue seguido de la consignación judicial.

El Tribunal Supremo justifica convincentemente la desestimación del motivo alegado por el vendedor en el recurso, porque el comprador que ofrece cumplir, según la previsión contractual, mediante la entrega del precio a la firma de la escritura, no está obligado a consignar judicialmente frente a la actitud de la otra parte que se resiste a cumplir, pues la entrega material del dinero no habrá de hacerse, sino hasta aquel momento, y, como ya se dijo en la sentencia de esta Sala de 9 de febrero de 1985, ni del contenido del contrato ni de las normas generales del contrato de compraventa de inmuebles puede desprenderse que le sea exigible al comprador aumentar sus deberes de contratante cumplidor con un «plus» de garantía para el vendedor que se resiste al cumplimiento de modo injustificado, tal como imponerle la consignación judicial del precio, tema que tiene su propia dialéctica y normativa (1.500, 1.504 y 1.124 del Código civil) y garantía de los derechos del vendedor.

Al producirse la compensación o la exclusión de la mora del deudor por la mora del acreedor, es lógico que, siendo la relación que vincula a las partes sinalagmáticas, el deudor, que ha llevado a cabo infructuosamente el ofrecimiento de pago, pueda instar la resolución del contrato por incumplimiento imputable a la otra parte, que no ha prestado la necesaria cooperación y que lógicamente *no ejecuta la contraprestación*. Una clara aplicación de este efecto aparece en los artículos 1.505 del Código civil y 332 del Código de Comercio.

A tenor del artículo 1.505 del Código civil, «respecto de los bienes muebles, la resolución de la venta tendrá lugar de pleno derecho, en interés del vendedor, cuando el comprador, antes de vencer el término fijado para la entrega de la cosa, no se haya presentado a recibir-

la, o, presentándose, no haya ofrecido al mismo tiempo el precio, salvo que para el pago de éste se hubiese pactado mayor dilación».

El fundamento de este precepto, en clara conexión con la teoría que defendemos en este estudio, es señalado por García Cantero (199) al decir que inserto en el capítulo dedicado a las obligaciones del comprador el artículo 1.505 regula el ejercicio de la facultad resolutoria otorgada al vendedor en el caso de que aquél incumpla el *onus* de colaborar a la obligación de entrega de este último, y asimismo en el supuesto de no cumplimiento puntual de su fundamental obligación de pago en la compraventa mobiliaria.

No hay una obligación en sentido técnico de recibir la cosa comprada. Sólo hay un *onus* de colaborar con el vendedor para el cumplimiento de la principal obligación de éste; pero este *onus* está fuertemente protegido por el legislador, sancionándose su no realización con la resolución automática en el artículo 1.505.

Un presupuesto básico para la aplicación del artículo 1.505 es la mora del comprador. El artículo lo expresa así: Cuando el comprador, antes de vencer el término fijado para la entrega de la cosa, no se haya presentado a recibirla, o presentándose, no se haya ofrecido al mismo tiempo el precio. Se trata de dos posibles actitudes, cada una de las cuales, por separado, da origen a la resolución automática del contrato; o bien el comprador no colabora con el vendedor en la entrega, incurriendo en *mora accipiendi*, o bien no paga, incurriendo en *mora solvendi*.

Aunque el precepto citado dice que el comprador ha de presentarse a recibir la cosa *antes* de vencer el término para la entrega de la cosa, ha de entenderse en el sentido de que deberá hacerlo antes de que dicho plazo haya transcurrido. No se alude a la causa de esta falta de presentación del comprador, predominando en la doctrina la opinión, consecuente con la que defendemos en este estudio sobre la no necesidad de la culpa del acreedor para que surja la mora del acreedor, de que resulta indiferente que se deba a culpa del mismo o a causas objetivas, con tal que no proceda del hecho propio del vendedor (200).

A tenor del artículo 332 del Código de Comercio, «si el comprador rehusase sin justa causa el recibo de los efectos comprados, podrá el vendedor pedir el cumplimiento o rescisión del contrato, depositando judicialmente en el primer caso las mercaderías».

(199) GARCÍA CANTERO: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, t. XIX, Madrid, 1980, p. 439.

(200) GARCÍA CANTERO: *op. cit. ant.*, p. 441.

La rescisión del contrato, de que habla dicho precepto, constituye una auténtica resolución de la compraventa mercantil a instancia del vendedor fundamentada en la *mora accipiendi* del comprador.

Es evidente que el acreedor no podrá hacer efectiva una cláusula penal, de conformidad con un criterio que ya aparece en el Derecho romano (D. 45.1.122; D. 4.8.23.24) (201). En atención a lo dispuesto en el artículo 1.152 del Código civil, la pena convencional no parece exigible cuando no cumpla el deudor por una causa imputable al acreedor.

Parece también evidente que, a partir de la *compensatio morae*, dejarán de correr los intereses moratorios a los que se refiere el artículo 1.108 del Código civil en relación con las obligaciones pecuniarias.

Es lógico que, basándose en el carácter accesorio de la fianza, Brinz (202) apunte que la excusa, la compensación y la liberación del deudor principal deben producirse también respecto al fiador.

La *compensatio morae*, sin embargo, no determina que el pago de lo debido haya de computarse de acuerdo con el valor que tengan las cosas cuando ya existe mora del acreedor, sino que hay que atender el valor que tenían al producirse el ofrecimiento infructuoso del pago al acreedor. Sin perjuicio de que, como veremos, el acreedor moroso haya de abonar al deudor los gastos derivados de la conservación y custodia de la cosa debida.

Esta fue la solución que adoptaron Gregorio López (203) y Hermosilla (204) al glosar el texto que aparece en la Ley 8, título 1 de la Partida 5.^a (P.5.1.8), atendiendo el valor de las cosas al tiempo del ofrecimiento del pago. Así, en el ejemplo que pone Hermosilla, si el modio de trigo valía a razón de un escudo cuando tuvo lugar el ofrecimiento de pago, y después de la mora del acreedor el valor del modio aumenta a dos escudos, la estimación (*aestimatio*) ha de hacerse a razón de un escudo.

Afirma concretamente Gregorio López (glosa *según valiera*), *si debitor obtulit congruo loco et tempore, et creditor noluit recipere, an*

(201) GLÜCK: *Comentario alle Pandette*, libro II, *cit.*, p. 802. MONTEL: *Mora. Diritto romano*, en «Novissimo Digesto italiano», t. X, Turín, 1980, p. 900.

(202) BRINZ: *Lerhbuch der Pandekten*, t. II, *cit.*, p. 310, nota 14.

En el Derecho romano, la *mora accipiendi* hacía perder al acreedor las garantías reales y personales que tuviera mediante la concesión de una *exceptio* (D'ORS: *Derecho privado romano*, Pamplona, 1983, p. 452).

(203) GREGORIO LÓPEZ: *Las siete Partidas glosadas por el Licenciado Gregorio López*, *cit.*, p. 4.

(204) HERMOSILLA: *Additiones, notae et resolutiones ad 7. Part. gloss. et cogita doct. Gregorii Lopetti (in Quintam Partitam)*, *cit.*, p. 70.

in solutione regulatur secundum valorem rei tempore oblationis, et morae creditoris, vi. Jaso, in d. l. vionum co 4.

Según Hermosilla, *nota tertio ex Glox. in verif. et id quid contra, quod si debitor vini, et grani et alterius quantitatis offert creditori suum debitum in tempore debito, quo modius tritici valebat ad ratione unius scuti, et ipse renuit accipere, et post moram creditoris, aestimatio crescat ad rationem duorum scutorum, quod deinde debitor no tenebitur absolutionem praedictarum rerum, nisi in ea aestimatio- ne quae secundim tempus oblationis, et morae a creditore factae com- muniter habetur, et reliquum pretium, quod creiuit, iuste sibi retine- bit ex Jassone, ad quem Greg. Lop. hic se remittit, in l. vinum, sub numer. 8 ss si cert. petat; et ante eos haec fuit opinio Cyni, in l. in minorem, quaestion 9.C. de in integr. rest.*

Puntualiza también Hermosilla que *aestimatio post mora debet fieri secundum valorem quem res habebat in loco, quo tradi debuit.*

La exclusión o la compensación de la mora es, además, una con- secuencia afirmada por una constante tradición jurídica que se re- monta al Derecho romano.

De *emendatio morae* habla Paulo: *Sequitur videre eo, quod vete- res constituerunt, quotidiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obli- gationem, quemadmodum intellegendum sit, et quidem si effecerit pro- missor, quo minus solvere possit, expeditum intellectum habet constitutio: si vero moratus sit tantum, haesitur an, si postea in mora non fuerit extingatur superior mora, et Celsus adulecens scribit eum, qui moram fecit in solvendo Sticho quem promiserat, posee emendare eam moram postea offerendo (D. 45.1.91.3).*

La confirmación de este efecto aparece con claridad expresada en otro texto de Labeon: *Si et per emptorem, et per venditorem mora fuisset, quo minus vinum praeberetur et traderetur, perinde esse ait quasi si per emptorem solum stetisset: non enim potest videri mora per venditorem eptori facta esse impso moram faciente emptore (D. 19.1.51).*

La conclusión a que aparece llegar Labeon es que no procede la mora del deudor si el retraso es igualmente causado por el acreedor. Ello viene además confirmado en otro texto de Pomponio, que des- pués de exponer un caso de Labeon, añade: *Sed videndum est, ne posterior mora damnosa ei (venditori) sit (D. 18.6.18).*

Según Volterra (205), en el Derecho clásico la *purgatio morae*, en los negocios de buena fe, se llevaba a efecto judicialmente a través

(205) VOLTERRA: *Instituciones de Derecho privado romano* (trad. esp. por DA- ZA), Madrid, 1986, p. 619.

de la sentencia del Juez que absolvía al deudor moroso demandado, si había hecho la oferta; en los negocios *stricti iuris*, en cambio, tenía lugar en tanto que el pretor concedía al deudor demandado una *exceptio doli* con la que paralizaba la acción del acreedor. En el Derecho justinianeo, la oferta del deudor moroso operaba *ipso iure*, librándolo tanto de la obligación como de los efectos de la mora. Esto parece responder al principio introducido por los bizantinos de que el deudor puede, en el momento del juicio, llevar a efecto la prestación, extinguiendo así la obligación (206).

En el Derecho común se establece con claridad esta doctrina, justificándose las restantes consecuencias anudadas a la mora del acreedor en este efecto fundamental (Cujacio, Donello, Voet, Richeri) (207).

Cujacio (208) afirma que *posterior mora actoris sive creditoris extinguit priorem moram debitoris*, interpretando un texto de Paulo que contempla la *mora creditoris*, al no existir una justa causa para que el acreedor no acepte el pago: *Sed etsi alia die offerat nec actor accipere voluit nec ulla causa iusta fuit non accipiendi, aequum est succurri reo aut exceptione aut justa interpretatione, ut factum actoris usque ad tempus iudicii ipsi noceat: ut illa verba «neque fecisset», hoc significant, ut neque in diem in quem constituit fecerit neque postea* (D.13.5.17).

El fundamento de esta tesis puede advertirse en la siguiente afirmación de Richeri (209): *Diximus, non imputari debitori moram, quae ex facto creditoris profiscatur*.

También se refieren a la *compensatio morae* nuestros clásicos. Para justificar que el dolo del vendedor se compensa con el del comprador, en el supuesto de venta de una cosa quemada o destruida en parte, sabiéndolo ambos, al que se refiere Gregorio López afirmando que *non daretur actio ex empto quia inter dolosos contractus bone fidei non proficit*, Hermosilla (210) recuerda las opiniones de los que también afirman la compensación de la culpa con la culpa, de la pena con la pena y de la mora con la mora (*moram cum mora compensari*).

(206) En este sentido, también GUARNERI-CITATI: *Contributi alla dottrina della mora nel diritto romano*, en «Annali del Seminario Giuridico della R. Università di Palermo», 11, 1923, pp. 222 y ss.

(207) CUJACIO: *Opera omnia*, t. V, *cit.*, pp. 401 y ss. DONELLO: *Opera omnia*, t. X, *cit.*, pp. 1494-1496. VOET: *Commentarius ad Pandectas*, t. II y IV, *cit.*, pp. 39 y 505, respectivamente. RICHERI: *Universa civilis et criminalis Jurisprudencia*, t. IX, *cit.*, p. 285.

(208) CUJACIO: *Loc. cit. ant.*

(209) RICHERI: *Loc. cit. ant.*

(210) HERMOSILLA: *Additiones, notae et resolutiones*, *cit.*, additio glossae VIII, Ad. An et Res. Gl. VIII, L XIII, t. V, P. 5.

Un criterio semejante es adoptado por los pandectistas alemanes al examinar los textos del Digesto relativos a la *mora accipiendi* (Windscheid, Glück, Dernburg, Brinz) (211).

En rigor, como dice Kaser (212), la exclusión o la compensación de la mora (la *emendatio morae*, de que habla Paulo en D.45.1.91.3) es lo que justifica los restantes efectos de la mora del acreedor.

2. El acreedor moroso soporta todas las consecuencias de la imposibilidad sobrevenida de la prestación, siempre que ésta no sea imputable al deudor

La sentencia de 30 de mayo de 1986 afirma con claridad que uno de los efectos principales de la mora del acreedor es la atribución al mismo del riesgo de la pérdida fortuita de la cosa, rectificando así nuestro Tribunal Supremo el criterio adoptado en la sentencia de 9 de julio de 1941, que consideró que la *mora accipiendi*, determinada por la oferta real y no seguida de consignación, no tiene trascendencia en orden a la transferencia del riesgo de la cosa ofrecida.

Hay que destacar que las sentencias posteriores a la de 9 de julio de 1941 no hacen semejante afirmación, ni siquiera a nivel incidental, a pesar de tener en cuenta la doctrina dicha sentencia.

La sentencia de 30 de mayo de 1986 es plenamente acertada en este punto por múltiples razones que vamos a exponer.

Con anterioridad a la entrada en vigor del Código civil era opinión dominante que el riesgo recaía sobre el acreedor a partir del momento en que se producía la consignación de la cosa debida. García Goyena (213) analiza con detenimiento la cuestión, diciendo lo siguiente al comentar el artículo 1.107 del Proyecto de 1.851: A pesar de esta contradicción sostienen algunos intérpretes que por la *simple oferta real* queda la cosa o cantidad a riesgo del acreedor según la citada Ley 72 (D.46.3.72), que cesaba en el pacto anticrético por la Ley 11, título 32, libro 4 del Código, y la cláusula penal según la 23, párrafos 3, 4 y 43, título 8, libro 4 del Digesto, y las usuras o intereses, cuando procedían de la simple mora personal; mas si procedían de pacto o de mora *in rem*, no cesaban sino por la consignación de depósito: las citadas leyes 9 y 19 del Código y 1, párrafos 3, 7, título 1, libro 22 del Digesto.

(211) WINDSCHEID: *Diritto delle Pandette*, t. II, parte 1.^a, *cit.*, pp. 338 y ss. GLÜCK: *Commentario alle Pandette*, libro II, *cit.*, p. 802. DERNBURG: *Diritto delle obbligazioni*, *cit.*, p. 171, nota 11. BRINZ: *Lehrbuch der Pandekten*, t. II, *cit.*, p. 309.

(212) KASER: *Römisches Privatrecht*, *cit.*, p. 155.

(213) GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, *cit.*, p. 593.

Según la Ley 8, título 14, Partida 5, no basta el ofrecimiento, y es necesaria la consignación, depósito o fieltad para que el peligro de la cosa sea de cuenta del acreedor; en nuestro artículo 1.109 se ha adoptado esta disposición, que aleja dudas y pleitos, y corta la cuestión agitada por los intérpretes del Derecho romano.

En evidente relación con el artículo 1.257 del Código civil francés y la doctrina de Domat y Pothier (214) y lo expuesto por García Goyena, el artículo 1.109 del Proyecto de 1851 va a disponer que «el ofrecimiento seguido de la consignación pone la cosa a riesgo del acreedor y surte los demás efectos del verdadero pago».

También García Goyena cita como antecedente de este criterio la Ley 8, título 14, de la Partida 5.1, que establece: *E aun dezimos que si los maravedis se perdiessen sin culpa del debdor, despues que fuesen puestos en fieltad, assi como sobre dicho es, que el daño pertenece al señor del debdo tan solamente, porque fue en culpa, que non lo quiso recibir quando gelo quiso pagar.*

Como es lógico, ante la claridad del texto, Gregorio López (215) afirma (glosa *deue poner*): *Ista oblatio, depositio, et consignatio requiritur ad hoc... et ut periculum pecuniae deinde spectet ad creditorem.*

Gutiérrez (216) apunta que el efecto más natural consiste en hacer correr a cargo del acreedor el peligro de la cosa consignada, *porque fue en culpa, que non lo quiso recibir*: doctrina de antiguo establecida en el derecho: *Qui decem debet si ea obtulerit creditori et ille justa causa ea accipere recusavit, deinde debitor es sine culpa sua perdiderit, doli mali exceptione potest se tuerit, quanquam alicuando interpellatus non solverit: etenim non est aequum teneri pecunia amissa, quia non teneretur, si creditor accipere voluisset, quare pro soluto id, in quo creditor accipiendo moram fecit, oportet esese* (Ley 72, tít. III, lib. XLVI, Dig.).

En análogo sentido se pronuncian Esreiche, Gómez de la Serna y Montalbán y, en general, los autores que comentan las Partidas (217).

(214) DOMAT: *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, cit., p. 284. POTHIER: *Traité des obligations*, vol. I, cit., p. 284.

(215) GREGORIO LÓPEZ: *Las siete Partidas glosadas por el licenciado Gregorio López*, cit., p. 100.

(216) GUTIÉRREZ: *Códigos o estudios fundamentales sobre Derecho civil español*, t. IV, cit., p. 140.

(217) ESCRICHE: *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, t. II, cit., p. 515. GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALBÁN: *Elementos de Derecho civil y penal de España*, t. II, cit., p. 200. SALA: *Ilustración del Derecho real de España*, t. II, cit., p. 27. ELÍAS: *Derecho civil general y foral de España*, cit., p. 51.

Es llamativo, sin embargo, que en el Febrero, por García Goyena, Aguirre y Montalbán (218) se afirme que la pérdida o menoscabo que sobrevenga de la cosa después de la mora o retardo en su entrega, es de cuenta del deudor, como también si acontece antes por culpa suya; faltando una y otra, es de cuenta del acreedor: leyes 18, 19 y 35, tít. 11; 23 y 27, tít. 5, Part. 5, y la 41, tít. 3, Part. 6. Sin embargo, queriendo el deudor moroso entregar la cosa, y rehusando el acreedor recibirla, es de cuenta del segundo la pérdida o menoscabo posterior de aquélla: Ley 17, tít. 5, Part. 5.

También es curioso que en el comentario de los artículos 1.530 y 1.531 del Proyecto de 1.851, de tenor similar al de los artículos 1.589 y 1.590 del Código civil y 1.788 y 1.789 del Código civil francés, García Goyena (219) afirme que uno de los efectos de la mora es pasar el peligro de la cosa al moroso.

Es significativo que Navarro Amandi (220), después de señalar que es disposición muy justa que corra el riesgo a cargo del acreedor durante el tiempo que esté consignada la cosa, pone de relieve que ello se fundamenta en que no quiso recibir lo que de derecho le correspondía; nadie más que él debe sufrir las consecuencias, mucho más habiendo quedado libre el deudor de la obligación, una vez consignado el pago a que por la misma estaba sujeto.

Igualmente llama la atención que Gómez de la Serna y Montalbán (221) afirmen que la obligación de entregar una cosa determinada hace que ésta corra a riesgo del acreedor desde que debía ser propietario de ella, a no intervenir culpa o tardanza en la entrega por parte del deudor.

Debemos señalar que en el Derecho romano y en el Derecho común existe un importante apoyo para sostener que el acreedor moroso soporta las consecuencias de la imposibilidad sobrevenida fortuita de la prestación. A fin de evitar cualquier equívoco, no parece muy acertada la invocación del texto de Marcelo contenido en Digesto 46.3.72 para justificar que la imputación del riesgo se transfiera al acreedor en el momento de la consignación de la cosa debida, ya que se alude en el mismo al ofrecimiento de pago que el acreedor rechaza sin justa causa; lo cual pone de manifiesto que, a diferencia

(218) GARCÍA GOYENA y AGUIRRE: *Febrero o librería de jueces, abogados y escribanos*, t. II, 4.ª edición corregida y aumentada por AGUIRRE y MONTALBÁN, reformada y considerablemente aumentada por VICENTE y CARAVANTES, Madrid, 1852, p. 213.

(219) GARCÍA-GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil*, cit., pp. 801-802.

(220) NAVARRO AMANDI: *Código civil de España*, t. II, cit., p. 57.

(221) GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN: *Elementos de Derecho civil y penal de España*, t. II, cit., p. 206.

de las Partidas, la traslación del *periculum* al acreedor tiene lugar en el Derecho romano cuando éste incurre en mora. Kaser (222) y Jörs, Kunkel y Wenger (223) lo ponen de relieve teniendo en cuenta el texto anteriormente mencionado de Marcelo (224). De la mora en la aceptación no deriva que el deudor quede libre, aunque sí un alivio en la situación de éste: a) Si el deudor antes se hallaba sujeto a estricta responsabilidad, responderá ahora sólo por *dolus* y quedará, por consiguiente, libre cuando la prestación de una cosa específica se imposibilite sin dolo por su parte (POMP. D. 18.6.18; Marcelo, D. 46.3.72). b) En las deudas genéricas o de dinero es protegido por la *exceptio doli* cuando la cosa ofrecida parece sin *dolus* del deudor (Marcelo, P. c., *supra* al comienzo); excepcionalmente, el pretor le libera aun sin que ocurra el perecimiento de la cosa (ULP. D. 46.3.30) (225).

En el Derecho común no faltan autores que afirman que el acreedor moroso soporta el riesgo del perecimiento fortuito de la cosa debida. En dos importantes pasajes lo pone de relieve Richeri (226):

§ 1.104. *Postremus, atque gravissimi momenti effectus morae in eo consistit, quod obligatio perpetua fiat, etiamsi res debita perierit, dummodo aequae peritura non fuisset penes creditorem: atque actiones temporales redduntur perpetuae, saltem si mora judicialis facta sit; cum per litis contestationem actionis omnes perpetuentur. Idem fere obtinet in creditore, videlicet ei mora in accipiendo ita nocet, ut in ipsum transferat periculum rei debitaе: atque etiam soluit antichresim, si quae in pignore constituta sit.*

§ 1.107. *Praetera excusandus est debitor, qui propter casum rei debitaе contingentem, quem avertere non potuerit, dilationem solvendi faciat: puta si servus promissus in hostium potestatem venerit; aequus debitus a latronibus subreptus sit, nec statim, aut facile redimi possit: multo magis, si creditoris ipsius factum morae causam dedit: ne alioquin in potestate creditoris est, deteriorem debitoris conditionem facere, quod non sinit aequitas.*

De esta forma bastante clara Cujacio (227) imputa el *periculum* al acreedor moroso: *Et ait periculum ad creditorem pertinere, debitorem liberari: quia verum est creditorem moram fecisse in accipiendo.*

(222) KASER: *Römisches Privatrecht*, cit., pp. 155-156.

(223) JÖRS, KUNKEL y WENGER: *Römisches Recht*, Berlín, Heidelberg, Nueva York, 1978, p. 186.

(224) También BOVE: *Offerta reale. Storia*, cit., p. 733. VOLTERRA: *Instituciones de Derecho privado romano*, cit., p. 619. OURLIAC y MALAFOSSE: *Histoire du droit privé*, vol. 1.º, *Les obligations*, París, 1969, pp. 181-182. IGLESIAS: *Derecho romano. Instituciones de Derecho privado*, Barcelona, 1979, p. 501. D'ORS: *Derecho privado romano*, cit., p. 452.

(225) KASER: *Loc. cit. ant.*

(226) RICHERI: *Universa civilis et criminalis Jurisprudencia*, t. IX, cit., pp. 283-284.

(227) CUJACIO: *Opera omnia*, t. V, cit., p. 404.

En relación con la cuestión planteada se tiene en cuenta el aforismo *genus nunquam perit* (228) para justificar y explicar el diverso tratamiento que surge cuando la obligación es genérica y cuando es específica: cuando se produce la pérdida fortuita de las cosas ofrecidas *post moram creditoris* la liberación del deudor tiene lugar *ope exceptionis e ipso iure*, respectivamente.

Este distinto tratamiento aparece claramente formulado por los glosadores, según ha evidenciado Caffarena (229) en su documentado estudio sobre el citado aforismo, transcribiendo las opiniones de Azon, Accursio, Odofredo y Cino.

Azon, que parece que fue quien por primera vez utilizó la fórmula que luego se convertiría en la conocida máxima *genus nunquam perit*, según apunta Caffarena (230), afirma: *Item et debitorum, et principalis obligationis praestant liberationem ipso iure si tamen debitum oblatum et sine causa sit recusatum, et sine culpa debitoris debitum perierit, et hoc si debitum in specie sit. Nam si in genere, contigit non ipso iure, sed per exceptionem liberatio.*

Una explicación semejante es expuesta, respectivamente, por Odofredo, Accursio y Cino, tal como evidencia Caffarena (231).

La doctrina posterior seguirá la orientación marcada, siendo muy interesantes las opiniones de Donello y Voet.

Según Donello (232): *Itaque non solum si rem oblatam creditor accipere noluerit, eaque postea perierit, debitor liberatur, ut modo diximus: L. si servum, sequitur, de verb. obligat, sed etiam in nummis, si debitor decem quae debet, obtulerit creditori, et ille sine justa causa accipere recusaverit, deinde debitor ea sine culpa esse perdidit: doli mali exceptione poterit se tueri, quanquam aliquando interpellatus non solverit. Quamvis enim verum sit, quae decem perierunt, non ea fuisse, quae debebantur, vulgoque dici soleat genus et pecuniam debitam, perire non potest: L. incendium, C. si cert. pet. tamen rectissime Marcellus: Non est, inquit, aequum teneri, pecunia amissa eum, qui non teneretur, si creditor accipere voluisset. L. qui decem, de solut.*

Voet (233) precisa lo siguiente: *Circa obligationem et depositionem rei debitae observandum, si ea tantum realiter oblata sit, non item consignata atque deposita, liberi demum sine culpa debitoris pe-*

(228) Sobre el aforismo: CAFFARENA: *Genus nunquam perit*, en «ADC», 1982 pp. 305 y ss.

(229) CAFFARENA: *Genus nunquam perit*, cit., pp. 303 y ss.

(230) CAFFARENA: *Genus nunquam perit*, cit., p. 301.

(231) CAFFARENA: *Genus nunquam perit*, cit., pp. 304 y ss.

(232) DONELLO: *Opera omnia*, t. X, cit., p. 1493.

(233) VOET, *Commentarius ad Pandectas*, t. IV, cit., p. 1493.

rierit, sive corpus certum sit debitum, sive quantitas vel res in genere; qui non est aequum, pecunia amissa teneri eum, qui non teneretur, si creditor accipere voluisset...; sic ut et ipse fur, qui semper in mora esse dicitur, liberatur a conductione furtiva, si postquam domino rem furtivam obtulit, ea desierit in rebus humanis esse.

Se afirma igualmente el principio de la imputación del riesgo al acreedor moroso en el *Droit coutumier* francés.

Beaumanoir (*Coutumes*, XXXIV, 54): *Autre coze seroit, se j'avoie vendu ou convencié aucune coze et je l'offroie à tans et à hore à delivrer, et il estoit en defaute de l'acceteur ou de celi, à qui je l'avoie convencié, de penre loi, et puis l'offre fete suofisamment le coze vendue ou convencié perissoit ou empiroit par mort ou'en autre maniere par le dalai de l'aceteur ou de celi, à qui ele devoit estre baillié par le convenence, et sans mes coupes; en tel cas doit courre li damaces sor celi, qui de mi le doit recevoir; car je ne li doi baillier le coze fors tele comme ele est, et il me doit paier ce qui me fu enconvenencié par le coze. Et se les deurées qu'il dut avoir par le convenence sont perdues ou empiriés, puis qu'eles li furent ofertes à livrer, sans mes coupes, il ne se doit penre de son damace fors à sa negligence.*

Bouteiller (*Somme Rural*, tit. 67, pp. 396 y 397): *Sçachez que puisque vente est faicte d'aucune chose dont la demeure de livrer n'est au vendeur, mais est à l'acheteur, sçachez que le dommage qui s'en peut ensuyvir appartient à celui qui (est) en demeure d'accomplir le marché, soit par le vendeur ou par l'acheteur, selon la loy qui dit: «Mora sua cuilibet est nociva».*

Si la chose vendue estoit perdue par le feu ou par outre meschef, sçachez que le dommage en demeureroit à celui sur qui la demeure seroit, justa illud: «Mora sua cuilibet est nociva» (233 bis).

También los pandectistas alemanes señalan este efecto de la *mora creditoris*, siempre que la pérdida del objeto de la prestación sobrevenga sin dolo o culpa lata del deudor (234). Aunque en el Digesto se habla exclusivamente de dolo, señala Glück (235) que el *dolus malus* comprende también la culpa lata. Se citan como textos fundamentales para justificar esta consecuencia los ya mencionados de Pomponio (D.18.6.18) y Marcelo (D.36.3.72).

Al igual que los comentaristas del Derecho común se afirma que el citado efecto tiene lugar también en el caso de la obligación genérica. Brinz (236) apoya esta tesis en el tan citado texto de Marcelo

(233 bis) SCUTO, *La mora del creditore*, cit., p. 127.

(234) WINDSCHEID: *Diritto delle Pandette*, t. II, parte 1.^a, cit., p. 338. GLÜCK: *Commentario alle Pandette*, libro II, cit., p. 805. DERNBURG: *Diritto delle obbligazioni*, cit., p. 171. BRINZ: *Lehrbuch des Pandekten*, t. II, cit., p. 309. ARNDTS: *Trattato delle Pandette*, libro II, cit., pp. 128-129.

(235) GLÜCK: *Commentario alle Pandette*, libro II, cit., p. 805.

(D. 46.3.72): *Etenim non est aequum teneri pecunia amissa, qui non teneretur si creditor accipere voluisset.*

Los antecedentes expuestos, con cierta controversia en torno al momento de la traslación del riesgo al acreedor moroso, seguramente han sido determinantes de que en la normativa del Código civil sobre el ofrecimiento de pago y la consignación se guarde un elocuente silencio sobre tan importante efecto, que hace, en principio, pensar que no se precisa la consignación para que el acreedor moroso soporte el riesgo del perecimiento fortuito de la cosa debida. Esta tesis es reforzada por diversos preceptos del Código civil que de forma parecida a como sucedía en el Derecho romano imputan al acreedor moroso el riesgo por la pérdida fortuita de la cosa debida. No se formula una regla general, a diferencia del BGB, del Código civil italiano o del Código civil portugués, pero la misma se desprende de las aplicaciones concretas que aparecen en los artículos 1.185, 1.452, último párrafo, 1.589 y 1.590 del Código civil.

A tenor del artículo 1.185, «cuando la deuda de cosa cierta y determinada procediese de delito o falta, no se eximirá el deudor del pago de su precio, cualquiera que hubiera sido el motivo de la pérdida, a menos que, ofrecida por él la cosa al que debía recibirla, éste se hubiera sin razón negado a aceptarla».

Según el artículo 1.452, último párrafo, «si las cosas fungibles se vendieren por un precio fijado con relación al peso, número o medida, no se imputará el riesgo al comprador hasta que se hayan pesado, contado o medido, a no ser que éste se haya constituido en mora».

En los artículos 1.589 y 1.590 la morosidad en recibir del dueño de la obra preserva el derecho del contratista a la contraprestación, no obstante la pérdida fortuita de la obra o de los materiales suministrados por el contratista.

De todos estos preceptos cabe sostener la aplicación general de la regla en ellos latente, que no es otra que la imputación del riesgo al acreedor moroso; lo que concuerda con la tesis generalmente admitida por la doctrina (237).

(236) BRINZ: *Lehrbuch des Pandekten*, t. II, cit., p. 309, nota 10.

(237) ALBALADEJO: *Derecho civil*, t. II, vol. 1.º, cit., p. 153. DíEZ-PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. I, cit., p. 725. DíEZ PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, t. II, cit., p. 281. MANRESA: *Comentarios al Código civil español*, t. X, cit., pp. 696 y 697. SCAEVOLA *Código civil*, t. XXIV, Madrid, 1951. p. 83. EYRE: *Notas referentes al pago de las obligaciones por consignación judicial*, cit., pp. 26 y 28. LACRUZ: *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. 1.º, cit., p. 112. BERCOVITZ, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, t. XVI, vol. 1.º, cit., p. 239. NART: *Pago por consignación*, cit., p. 208. ESPÍN: *Manual de Derecho civil español*, t. III, cit., p. 211. PASCUAL ESTEVILL: *El pago*, cit., p. 370. RUIZ SERRAMALERA: *Derecho civil. Derecho de obligaciones*, cit., p. 232. PUIG BRUTAU: *Mora*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica», t. XVI, cit., p. 648.

Todo lo afirmado parte de la base de que la imposibilidad sobrevenida de la prestación tenga su origen en el caso fortuito o la fuerza mayor, y no en un hecho imputable al propio deudor. Nótese que, a tenor del artículo 1.182 del Código civil, «quedará extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se perdiere o destruyese sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora», por lo que si la imposibilidad se debe a la conducta culpable del deudor, a pesar de existir mora del acreedor no se producirá la liberación del deudor. Lo mismo acontecerá si la obligación es de hacer (art. 1.184 C.c.). Para que la imposibilidad sobrevenida de la prestación sea soportada por el acreedor moroso y se produzca la liberación del deudor, tienen que concurrir todos los presupuestos que se deducen de estos preceptos.

3. El acreedor moroso ha de abonar los gastos derivados de la conservación y custodia de la cosa debida

Esta consecuencia no es afirmada de forma expresa por las sentencias que contemplan la mora del acreedor. Tampoco esta consecuencia aparece determinada en la normativa del Código civil, pues el artículo 1.179 sólo se refiere a los gastos de la consignación, que serán de cuenta del acreedor. El artículo 332 del Código de Comercio establece una concreta aplicación del artículo 1.179 al disponer que «los gastos que origine el depósito serán de cuenta de quien hubiera dado motivo para constituirlo». Sin embargo, dicha consecuencia es admitida de acuerdo con una tradición que se remonta al Derecho romano (238). Encontramos en el Digesto (D. 33.6.8) un importante texto de Pomponio sobre el resarcimiento del *damnum propter moram*: *Si heres damnatus sit dare vinum, quod in doliis esset, et per legatarium stetit, quo minus accipiat, periculose heredem facturum, si id vinum effundet: sed legatarium petendem vinum ad herede doli mali exceptione placuit summoveri, si id non praestet id, quod propter moram eius damnum passus sit heres.*

También es importante otro texto de Celso (D. 19.1.38): *Si venditor hominis dixit peculium eum habere decem nec quemquam adempturum, et si plus habet, totum praestet, nisi hoc actum est, ut dumtaxat decem et talem servum esse, ut tantum peculii habeat. Si per emptorem steterit, quo minus et mancipium traderetur, pro cibariis per arbitrium indemnitate posse servari Sextus Aelius, Druxus dixerunt, quorum et mihi iustissima videtur esse sententia.*

(238) KASER: *Römisches Privatrecht*, cit., p. 156. VOLTERRA: *Instituciones de Derecho privado romano*, cit., p. 619. OURLIAC y MALAFOSSE: *Histoire du droit privé*, vol. 1.º, París, 1969., p. 181. IGLESIAS: *Derecho romano. Instituciones de Derecho privado*, Barcelona, 1979, p. 501.

El *damnum* consistirá fundamentalmente en los gastos derivados de la custodia y conservación de los objetos debidos, según señalan los pandectistas alemanes (239). Kaser (240) precisa que el resarcimiento podía conseguirlo el deudor reteniendo la prestación hasta que le fuesen reembolsados los gastos (gastos por la prolongada custodia). Este derecho de retención se hace efectivo mediante la *exceptio doli* (D. 33.6.8; D. 19.1.38; D.1.6.1). Los pandectistas se refieren a este derecho: Dernburg (241) y Brinz (242) destacan con claridad que existe un derecho de retención (*Retentionsrecht*) del deudor en el supuesto apuntado, apoyándose en los citados textos del Digesto.

A diferencia del artículo 1.179 del Código civil, el precedente inmediato del mismo, el artículo 1.113 del Proyecto de 1851, establece que «los gastos que ocasione el ofrecimiento de pago y su consignación son de cargo del acreedor, siempre que se hubiesen llenado los requisitos que se han expresado».

En el comentario de este precepto, García Goyena (243) precisa que el acreedor provoca estos gastos por su injusta resistencia: debe, pues, sufrirlos; en el caso contrario, es decir, cuando el Juez declara que la resistencia u oposición es justa, los gastos deberán ser de cuenta del deudor, porque la culpa es suya; ve los artículos 1.092 y 1.388.

Concuerda este precepto con el artículo 1.260 del Código civil francés, 1.443 del hilandés, 946 del de Vaud, 1.350 del Sardo y 1.214 del napolitano. El artículo 1.260 del Código civil francés es de un tenor casi idéntico al del artículo 1.113 del Proyecto de 1851: Los gastos de las ofertas reales y de la consignación son a cargo del acreedor, si son válidas.

Es evidente que el artículo 1.113 del Proyecto de 1851 y el artículo 1.260 del Código civil francés, antecedente del mismo, dan a entender que todos los gastos que surjan a partir de la demora del acreedor en recibir el pago regularmente ofrecido por el deudor (*mora creditoris*) son a cargo del acreedor por la razón afirmada por García Goyena.

Nuestro Código civil sólo se refiere en el artículo 1.179 a los gastos de la consignación, pero los precedentes expuestos y la argumen-

(239) MOMMSEN: *Die Lehre von Mora*, cit., p. 297. HIRSCH: *Zur Revision der Lehre von Gläubigersverzug*, Leipzig, 1895, p. 142. WINDSCHEID: *Diritto delle Pandette*, t. II, parte 1.^a, cit., p. 339.

(240) KASER: *Römisches Privatrech*, cit., p. 156. También VOLTERRA: *Instituciones de Derecho privado romano*, cit., p. 619.

(241) DERNBURG: *Diritto delle obbligazioni*, cit., p. 173.

(242) BRINZ: *Lehrbuch des Pandekten*, t. II, cit., p. 309.

(243) GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, cit., p. 595.

tación de García Goyena hace que no parezca dudoso afirmar que el acreedor moroso soporta los gastos de conservación y custodia de las cosas debidas, es decir, el aumento del costo de la prestación (244). No tendría sentido que el acreedor sólo soportase los gastos derivados de la consignación y no, en cambio, los que han surgido a partir de la *mora creditoris*, ya que militan razones semejantes, tal como se infiere de la argumentación de García Goyena, en uno y otro caso. Sin embargo, Pérez González y Alguer (245) precisan que no se encuentra en el Código civil español una norma cabalmente correlativa al parágrafo 304 del Código civil alemán. Antes bien, parece que en principio y puesto que el deudor sin distinción debe conservar la cosa debida (artículo 1.094) han de ser de su cargo los gastos que ocasione. Por lo demás, el deudor tiene expedito el camino para liberarse esos gastos mediante la consignación de la cosa, gastos que serán entonces de cuenta del acreedor (artículo 1.179). Pero, con toda razón, Lacruz (246) y Delgado (247) afirman en el sentido que hemos propuesto que por equidad y por analogía con el artículo 1.179 son de cargo del acreedor moroso los mayores gastos para la liberación del deudor.

A nivel legislativo ha sido el BGB alemán el que con mayor rigor ha establecido esta solución, que arranca, como hemos visto, del Derecho romano. Según el parágrafo 304, «el deudor puede exigir el resarcimiento de los mayores gastos (*Mehraufwendungen*) que el mismo ha debido hacer por el ofrecimiento infructuoso, como también por la custodia y conservación del objeto debido». El parágrafo 381 pone a cargo del acreedor también los gastos del depósito liberatorio.

La doctrina alemana (248) justifica estas normas partiendo de que la *mora creditoris* no requiere como presupuesto la culpa del acreedor y no existe, en tal caso, una obligación de indemnización de daños y perjuicios semejante a la del deudor en caso de incumplimiento. Esta argumentación fue sostenida incluso con anterioridad a la entrada en vigor del BGB, diciendo, por ejemplo, Hirsch (249) lo siguiente: como condición de esta pretensión (la de resarcimiento de gastos) no es precisa la culpa del acreedor moroso.

(244) CATTANEO (*Della mora del creditore, cit.*, p. 128) precisa de esta manera el significado de los daños derivados de la *mora creditoris* que ha de resarcir el acreedor.

(245) PÉREZ GONZÁLEZ y ALGER: *Notas al Derecho de obligaciones de Enneccerus y Lehmann*, vol. 1.º, *cit.*, p. 301.

(246) LACRUZ: *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. 2.º, *cit.*, p. 112.

(247) DELGADO, en LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. 1.º, *cit.*, p. 252.

(248) EMMERICH: *Das Recht der Leistungsstörungen, cit.*, pp. 201 y ss. LARENZ: *Lehrbuch des Schuldrechts*, t. I, *cit.*, pp. 368-369. EESSER y SCHMIDT: *Schuldrecht*, t. I, *cit.*, p. 323. WALCHSHOFER: *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, en «Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, *cit.*, p. 808. MEDICUS: *Schuldrecht*, t. I, *cit.*, p. 185.

(249) HIRSCH: *Zur Revision der Lehre vom Gläubigerverzug, cit.*, pp. 142 y ss.

Para explicar el significado del párrafo 304 del BGB, Larenz (250) afirma que a los efectos de la aplicación de este precepto son de tener en cuenta los gastos de almacenaje, primas de seguro, gastos de asistencia y alimentación de ganados; pero no las ganancias dejadas de obtener por el deudor —como, por ejemplo, el arrendamiento de uso que en otro caso hubiese podido concertar de los locales que necesitó para la conservación de las cosas—, ya que éstas son «daños (*Schaden*), pero no «gastos» (*Aufwendung*).

El Código civil portugués establece una solución similar a la del BGB, al disponer el artículo 816 que «*o credor em mora indemnizara o devedor das maiores dispensas que este seja obrigado a fazer com o ofrecimiento infrutifero da prestação e a guarda e conservação do respectivo objecto*» (251).

A nivel doctrinal se trata de buscar una explicación del efecto apuntado. Para algunos autores, el resarcimiento de los gastos de la conservación y custodia se explican porque el deudor es un *negotiorum gestor* (252). Otros autores, en cambio, recurren a la tesis del enriquecimiento sin causa, ya que el acreedor moroso recibe una ventaja por los gastos que ha tenido que soportar el deudor (253).

A nuestro juicio, sin tener que recurrir a recursos puramente dogmáticos, la apuntada argumentación realista de García Goyena basta para explicar y justificar que el acreedor moroso tenga que resarcir los gastos derivados de la conservación y custodia de la cosa debida. El resarcimiento se justifica porque los gastos se deben a una conducta imputable al acreedor que no ha llevado a cabo la carga de facilitación de la liberación del deudor, como hemos visto. Por razones de equidad tales gastos han de ser soportados por el acreedor moroso y no por el deudor, al que la mora del acreedor libera de la posible tacha de incumplimiento (sentencias de 31 de octubre de 1968 y 15 de junio de 1987). Contribuye a reafirmar esta tesis, en el terreno del Derecho positivo, la aplicación analógica del artículo 1.179 del Código civil, a cuyo tenor «el depositante está obligado a reembolsar al depositario los gastos que haya hecho para la conservación de la cosa depositada».

Si el acreedor moroso tiene que abonar al deudor el importe de los gastos que ha tenido que hacer para la conservación y custodia

(250) LARENZ: *Lehrbuch des Schuldrechts*, t. I, *cit.*, pp. 368-369.

(251) FERNANDES RODRIGUES BASTOS: *Código civil português, anotado e actualizado*, 6.ª edición, Coimbra, 1982, p. 284. ALMEIDA COSTA: *Direito das obrigações*, Coimbra, 1979, pp. 781-782.

(252) BELLINI: *Sull'obbligo del creditore di prestarsi per l'adempimento dell'obbligazione*, *cit.*, p. 48. VON THUR: *Tratado de las obligaciones*, t. II, *cit.*, p. 66.

(253) Como bien dicen ESSER y SCHMIDT (*Schuldrecht*, t. I, *cit.*, p. 323), el deudor no actúa como *negotiorum gestor*, sino que es un típico supuesto de resarcimiento de gastos suplementarios (*Zustaufwendungen*).

de la cosa debida, es lógico que los frutos e intereses de la cosa debida, producidos durante la situación de *mora creditoris*, pertenezcan al acreedor moroso y deban, por tanto, ser reintegrados a éste (254), lo cual, a nuestro juicio, parece congruente con lo dispuesto en el artículo 1.095 del Código civil, a cuyo tenor «el acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla», pues hasta que no tiene lugar la consignación, en el supuesto de que el acreedor se niegue a recibir la cosa debida, no tiene lugar la extinción de la obligación de dar, operando aquélla como un subrogado en el cumplimiento (255). Von Thur (256) justifica esta solución diciendo que los intereses que no se deban a la mora del deudor siguen corriendo, a pesar de la *mora creditoris*, por ser un equivalente del uso que sigue haciendo del dinero del deudor. Este no puede eximirse del compromiso de seguir pagando los intereses más que mediante la consignación del dinero.

A nuestro juicio, en tal situación el aumento o la disminución de las cosas debe ser en beneficio o en perjuicio del acreedor (257) con tal de que no haya intervenido dolo o negligencia del deudor. Conviene destacar, a fin de evitar cualquier equívoco, que si las cosas en poder del deudor se perjudican por su conducta dolosa o negligente, ello es imputable al deudor, que, en tanto no se produzca su liberación, sigue estando obligado a conservarlas con la diligencia de un buen padre de familia (artículo 1.094 del Código civil). Esto implica que la responsabilidad relacionada con el deber de conservación y custodia del deudor en caso de mora del acreedor se extienda tanto a la conducta dolosa como a la simplemente culposa o negligente. Dicho con otras palabras, el deudor responde no sólo por dolo sino también por culpa, dados los términos del artículo 1.094 del Código civil. En este punto, nuestro Código civil se aparta de una tradición jurídica que se remonta al Derecho romano, donde el deudor sólo quedaba obligado por dolo o por culpa grave, de tal suerte que el deudor, cuando el acreedor moroso reclamaba daños fundados en otra causa que no fuera el dolo o la culpa grave del obligado, podía defenderse con éxito oponiendo una *exceptio* (Pomponio, D. 16.6.18; Pomponio, D. 24.3.9; Paulo, D. D18.6.5) (258). A falta de una específica previsión legal, como la del Código civil alemán o la del Código civil

(254) En este sentido, EYRE: *Notas referentes al pago de las obligaciones por consignación judicial*, cit., pp. 27-28. BELLINI: *Sull'obbligo del creditore di prestarsi per l'adempimento dell'obbligazione*, cit., p. 49. VON THUR: *Tratado de las obligaciones*, t. II, cit., p. 66.

(255) DíEZ-PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. I, cit., pp. 637 y ss. ESSER y SCHMIDT: *Schuldrecht*, t. I, cit., pp. 262 y ss.

(256) VON THUR: *Tratado de las obligaciones*, t. II, cit., p. 66.

(257) Así lo señala el propio POTHIER: *Traité des obligations*, vol. I, cit., p. 341.

(258) Cfr. KASER: *Römisches Privatrecht*, cit., p. 155. BOVE: *Offerta reale*. *Storia*, cit., p. 773.

portugués, cuyos artículos 300, de un lado, y 814 y 815, de otro, disponen que a partir de la mora del acreedor el deudor responde por el objeto de la prestación solamente en caso de dolo y culpa grave, difícilmente puede admitirse en nuestro Derecho semejante solución, pues, en tanto no se produzca la entrega de la cosa debida, se aplica el artículo 1.094 del Código civil, que no excluye la culpa o la negligencia del deudor, sino que, al contrario, el contenido de la prestación de custodia se mide con arreglo a la diligencia del buen padre de familia, que aparece como criterio limitador de la libertad de actuación del deudor, como criterio de determinación de lo debido. Lógicamente, si el acreedor se niega sin razón a admitir el ofrecimiento de pago, el deudor habrá de consignar la cosa debida para poder liberarse, y hasta ese momento tiene el deber de conservarla con la diligencia de un buen padre de familia (259).

Nuestro Código civil concuerda con el Código civil francés y el Código civil italiano. Señala Crome (260) que es plenamente lógica la abolición en el Derecho francés del principio romano de que la responsabilidad del deudor por la *mora accipiendi* está limitada al dolo o a la culpa lata. El medio concedido al deudor para obtener su liberación es el depósito. El deudor puede utilizar libremente este medio: si no lo hace queda obligado según el contenido de la deuda (arts. 1.136 y 1.137 C.c. francés).

En el Derecho italiano, Cattaneo (261) señala que la *mora creditoris* no atenúa o limita la responsabilidad del deudor por cualquier incumplimiento sucesivo a la constitución en mora del acreedor. En este punto, nuestra Ley —dice— diverge de la tradición del Derecho común, que, sobre la base de las fuentes romanas, limitaba la responsabilidad del deudor a los casos de dolo o culpa grave.

(259) Del artículo 1.094 del Código civil se desprende que existe un deber accesorio de conservación del deudor, que aparece conexo a la obligación principal consistente en dar cosa cierta y determinada. Esta conexión entre la obligación de entrega y el deber de conservación aparece muy claramente formulada en el artículo 1.005 del Proyecto de 1851, antecedente inmediato del artículo 1.094 del Código civil: «El obligado a dar alguna cosa lo está a conservarla con la diligencia propia de un buen padre de familia, y a entregarla bajo la responsabilidad establecida en la sección 3 de este capítulo».

OSTI (*Impossibilità sopravveniente*, en «Novissimo Digesto italiano», t. VIII, Turín, 1957, p. 293) explica la relevancia de la custodia, concibiéndola como objeto de una prestación autónoma respecto de la entrega, pero accesoria de la misma. Se trata de una prestación de medios o de actividad consistente en el desarrollo de una conducta para la consecución de un fin: la conservación de la cosa.

Nuestra doctrina afirma unánimemente la conexión o dependencia existente entre la obligación de entrega y el deber de conservación (cfr. BADOSA: *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, cit., pp. 372 y 491. JORDANO FRAGA: *La responsabilidad contractual*, cit., pp. 443 y ss.).

(260) CROME: *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese*, cit., pp. 201-202.

(261) CATTANEO: *Della mora del creditore*, cit., pp. 104-105.

Este planteamiento implica la posibilidad de un agravamiento notable de la posición del deudor, que está obligado a custodiar la cosa debida después del ofrecimiento de pago con una diligencia media. Pero evidentemente no ha de considerarse que el remedio más oportuno consista en la exoneración del deudor de la responsabilidad por culpa leve, porque de esta manera sería perjudicado, en una medida excesiva, el interés del sujeto activo. La tutela del obligado está asegurada por el medio del reembolso de gastos, del resarcimiento de daños y de la liberación coactiva.

Hemos visto cómo históricamente el deudor podía retener en su poder la cosa hasta que fuese reembolsado por el acreedor de los gastos de custodia y conservación, afirmando algunos pandectistas la existencia de un derecho de retención. No obstante, tal derecho de retención no aparece en ninguno de los preceptos del Código civil o del Código de Comercio que contemplan la mora del acreedor, ni aparece en el Proyecto de 1.851 y en los comentarios de García Goyena, así como tampoco en la doctrina de Pothier y en el Código de Napoleón.

Un problema semejante aparece en el Derecho italiano, ya que el Código civil italiano no dice, de igual manera que el nuestro, si el deudor es titular de un derecho de retención para obtener el reembolso de los gastos derivados de la mora del acreedor, subordinándose el propio cumplimiento, aunque tardío, a dicho reembolso. Debido al silencio de la Ley, la mayor parte de los autores (262) se pronuncian en contra de semejante derecho de retención, partiendo del carácter excepcional que tienen las normas que prevén una retención. En cambio, a pesar de esta convincente argumentación, Cattaneo (263) entiende que la retención parece necesaria para evitar que el deudor quede constreñido a consignar la cosa debida sin obtener el resarcimiento o el reembolso del acreedor (o al menos una garantía), con lo cual termina por prestar más de lo que debe: estas son las razones que han inducido al legislador a adoptar esta solución en el párrafo primero del artículo 1.320. Por este motivo puede sostenerse que la pretensión del acreedor, por cuya virtud exige la prestación sin ofrecer el resarcimiento de los daños derivados de su mora, ha de considerarse como regla contraria a la buena fe (arts. 1.175 y 1.375).

A nuestro juicio, es bastante problemático admitir con carácter general la tesis de Cattaneo, tanto en el Derecho italiano como en el nuestro. Las normas que consagran el derecho de retención en nuestro Derecho (arts. 453, 502, 522, 1.600, 1.730, 1.780 y 1.866 C.c.) son marcadamente excepcionales y, por consiguiente, deben interpre-

(262) BARASSI: *Sulla responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, cit., pp. 62 y ss. SCUTO: *La mora del creditore*, cit., p. 157. FALZEA: *Offerta reale*, cit., p. 285.
(263) CATTANEO: *Della mora del creditore*, cit., p. 124.

tarse restrictivamente, pues, en definitiva, se trata de una excepción a la regla general del cumplimiento inmediato del deber restitutorio. Tiene razón Díez-Picazo (264) al decir que la extensión analógica del derecho de retención no parece admisible (265). Cabe únicamente aplicarlo a aquellos negocios atípicos que pueden por su naturaleza ser absorbidos en alguno de los tipos legales. En nuestro Derecho la protección del deudor se estructura mediante la posibilidad de la consignación de la cosa debida, que puede producirse inmediatamente después de que el acreedor se niegue sin razón a admitir el pago (art. 1.176 C.c.). Si el deudor goza, además, de una acción para reclamar al acreedor, el reembolso de todos los gastos que haya tenido que hacer a consecuencia de la mora y de la consignación, creemos que cae por su base la argumentación de Cattaneo. Es sumamente significativo que García Goyena, tal como vimos, al comentar el artículo 1.113 del Proyecto de 1851, que pone a cargo del acreedor los gastos derivados del ofrecimiento de pago y de la consignación, no aluda para nada al citado derecho de retención.

4. El deudor puede liberarse de la obligación mediante la consignación de la cosa debida cumpliendo los requisitos legalmente establecidos

Una vez hecho el ofrecimiento de pago efectivo y regular, e incluso prescindiendo del ofrecimiento previo en los supuestos legalmente previstos (art. 1.176, párrafo 2.º C.c.; arts. 128 y 136 LAR, de 31 de diciembre de 1980, y arts. 147 y 148 LAU, texto refundido aprobado por Decreto de 24 de diciembre de 1964 y en la jurisprudencia (en especial por la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1955) (266), el deudor puede liberarse, aun sin contar con el concurso del acreedor, mediante la consignación de la cosa debida (266 bis), previamente anunciada a las personas interesadas en el cumplimiento de la obligación (art. 1.177 C.c.). Esto significa que mientras no se haya consignado la cosa debida, aunque se haya ofrecido el pago y el acreedor se negase sin razón a admitirlo, el deudor no quedará liberado, si bien existirá mora del acreedor con los efectos señalados. Esta conclusión se desprende del artículo 1.176 del Código civil, a cuyo tenor

(264) DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. I, *cit.*, p. 582.

(265) En contra, sin embargo, BELTRÁN DE HEREDIA y ONÍS (*El derecho de retención en el Código civil español*, Salamanca, 1955, pp. 45 y ss.), que, tras analizar los argumentos en contra, admite la posibilidad de extender el derecho de retención a los casos no previstos.

(266) C.L. núm. 211; R.A. núm. 1709.

(266 bis) Aunque la cosa debida sea un inmueble, ya que el artículo 1.176 del Código civil habla de la consignación de la cosa debida y el artículo 1.786 establece que el secuestro puede tener por objeto los inmuebles (es un depósito judicial).

«si el acreedor a quien se hiciese el ofrecimiento de pago se negase sin razón a admitirlo, el deudor quedará libre de responsabilidad mediante la consignación de la cosa debida».

También ha de afirmarse la conclusión señalada cuando se trate de un crédito «incorporado» a la letra de cambio. Según el mencionado artículo 48 de la Ley Cambiaria y del Cheque, «a falta de presentación al pago de la letra de cambio en el plazo fijado por el artículo 43, todo deudor tendrá la facultad de consignar su importe en depósito a disposición del tenedor y por su cuenta y riesgo, judicialmente o en una entidad de crédito, Notario o agente mediador colegiado».

Nuestra jurisprudencia ha afirmado este efecto jurídico, que, como precisa Scuto (267) deriva de la morosidad del acreedor.

Según la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1890 (268), la consignación ofrecida, aceptada y verificada de la deuda y réditos reclamados, produce los mismos efectos que el pago.

Con precisión, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1929 (269) afirma que el artículo 1.176 del Código civil tiene por objeto dar medios al deudor para que no se prolongue indefinidamente la obligación.

La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1943 (270) puntualiza que la consignación constituye un remedio legal para que el deudor se libere del compromiso adquirido.

La sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1968 (271) afirma que la consignación libera al deudor de la obligación del pago, porque se da por realizado; el ofrecimiento real sin consignación libera al deudor de la posible tacha de incumplimiento.

La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1969 (272) precisa que dentro de nuestro Derecho la *mora accipiendi* no libera al deudor ni aun permite que éste incurra, a su vez, en retraso en el cumplimiento de sus obligaciones, sino que, para cancelar su débito, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.180 del Código civil, ha de efectuar la consignación del importe de aquél, conforme al párrafo 1.º del artículo 1.176 y concordantes del expresado Código.

También la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1960 (273) dice que el hecho de la consignación es de gran importan-

(267) SCUTO: *La mora del creditore*, cit., p. 160.

(268) C.L. núm. 691.

(269) C.L. núm. 117.

(270) C.L. núm. 94; R.A. núm. 100 (año 1944).

(271) C.L. núm. 669; R.A. núm. 4960.

(272) C.L. núm. 398; R.A. núm. 3425.

(273) C.L. núm. 264; R.A. núm. 1675.

cia, porque es lo que patentiza más ostensiblemente en el simple ofrecimiento de pago el propósito del deudor de hacerlo efectivo y es lo que libera al deudor.

Por último, la citada sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1987 declara que la consignación con todos los requisitos legales lo que comporta es una liberación total del pago.

Una vez que el acreedor acepta la consignación o la autoridad judicial declara que está bien hecha, para lo cual hace falta que la consignación se haya ajustado estrictamente a las disposiciones que regulan el pago (art. 1.172, párrafo 2.º C.c.), como han puesto de relieve numerosas sentencias del Tribunal Supremo, según vimos, la deuda se extingue y el deudor queda totalmente liberado (arts. 1.176 y 1.180 C.c.), así como los codeudores y garantes. Esta eficacia liberatoria de la consignación no parece que pueda extenderse más allá del momento en que tuvo lugar la práctica del depósito, sin que a tenor de los artículos 1.176 y 1.177 del Código civil exista base para retrotraer su eficacia al momento del ofrecimiento de pago.

La aceptación del acreedor o la declaración judicial de que la consignación está bien hecha, es una exigencia legal muy lógica, puesto que la extinción de la obligación y la consecuente liberación del deudor se producen sin tomar en cuenta la voluntad del acreedor al respecto, porque en otro caso podrían generarse graves peligros para los legítimos intereses del acreedor en cuanto titular de un derecho de crédito, por más que injustificadamente no haya recibido el pago ofrecido.

Es evidente que mientras no tenga lugar la aceptación del acreedor o la declaración judicial de que la consignación es adecuada, estamos ante un mero depósito al que se aplicará la normativa general y, en concreto, el artículo 1.766 del Código civil, a cuyo tenor «el depositario está obligado a restituir la cosa depositada cuando le sea pedida».

Una vez que ha sido hecha debidamente la consignación, el deudor podrá pedir al Juez que mande cancelar la obligación (art. 1.180, párrafo 1.º, C.c.), es decir, que expida el oportuno documento que acredite la extinción de la deuda.

Al efecto fundamental de la consignación (la liberación del deudor) se conectan otros posibles efectos, que podemos denominar secundarios. Cabe pedir la cancelación de la hipoteca, según se infiere del artículo 180 del Reglamento Hipotecario, habiendo de tener en cuenta la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 1943 (274). Otro efecto secundario de la consignación es el reconocimiento de la deuda en cuestión que necesariamente implica y la caducidad de

(274) C.L. núm. 9; R.A. núm. 17.

las acciones, pues como afirma la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1975 (275) la consignación implica el reconocimiento de la legitimidad de dicha suma, es decir, la aceptación de la renta reclamada en concepto de merced arrendaticia, y origina el que por la propia voluntad del consignante quedarán sin efecto las consecuencias derivadas de la iniciación del plazo de caducidad, respecto de las dos acciones que la regla indicada (art. 101 LAU) brinda al propietario del inmueble.

La consignación puede producir otros muchos efectos en relaciones jurídicas concretas: acceso a la propiedad del propietario del predio colindante que ejerce el derecho de retracto, produciéndose la consignación del precio antes de terminar el plazo de ejercicio del mismo (sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1953) (276); evitar el desahucio en el arrendamiento, ya que la consignación sirve a los arrendatarios de arma procesal con que impedir el desahucio y conseguir la prórroga voluntaria del arrendamiento que autoriza el Real Decreto de 21 de diciembre de 1924 (sentencia del Tribunal Supremo de 9 de enero de 1930 (277); poder apelar en arrendamientos urbanos [sentencias del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1963 (280) y 30 de noviembre de 1985 (279)]. Hay que destacar, sin embargo, que, como ha sido afirmado reiteradamente por la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, el cumplimiento de la obligación de consignar el importe de las rentas para recurrir no tiene nada que ver con el llamado ofrecimiento de pago y la consignación judicial, ya que si ésta puede implicar un mero hecho que realiza el deudor *animo solvendi* para extinguir la deuda, aquella otra consignación no significa sino el cumplimiento de un requisito procesal (art. 1.566 LEC), necesario para que el órgano *ad quem* pueda examinar el fondo del recurso que se deduce contra la resolución del Tribunal *a quo* (sentencia de 3 de junio de 1978 y, en idéntico sentido, las de 16 de marzo de 1962, 30 de noviembre de 1955 y otras (280).

Es evidente que, una vez que tiene lugar la consignación y se produce la extinción de la obligación, los posibles acreedores no podrán embargar las cosas consignadas; lo cual podía tener lugar mientras que el expediente de consignación se hallaba en trámite. Esta solución está claramente apoyada por los artículos 1.180 y 1.181 del Código civil.

(275) C.L. núm. 169; R.A. núm. 1727.

(276) C.L. núm. 69; R.A. núm. 576.

(277) C.L. núm. 21; R.A. núm. 543.

(278) C.L. núm. 297; R.A. núm. 1851.

(279) C.L. núm. 721; R.A. núm. 5919.

(280) Vid. PEDRAZ: *Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1985*, en «Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil», 1986, núm. 10, p. 3249.

El fiador que consigna la cantidad debida tiene derecho a ser resarcido por el deudor, de conformidad con una solución que aparece en el Derecho romano (D. 17.1.61.1 y D. 46.1.64) (281) y se desprende del artículo 1.838 del Código civil.

Los gastos de la consignación, cuando fuese procedente, serán de cuenta del acreedor (art. 1.179 C.c.). Esta es una norma sumamente lógica, pues ha sido por una causa imputable al acreedor por la que el deudor ha tenido que acudir a la consignación, que implica un procedimiento sometido a las reglas de la jurisdicción voluntaria, según afirma la jurisprudencia (sentencias del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1902, 20 de noviembre de 1916 y 20 de diciembre de 1916) (282) y la doctrina dominante (283), debiendo acreditarse el ofrecimiento de pago y la negativa sin razón del acreedor a admitirlo, más la propia consignación, en tanto el acreedor a quien se le haya notificado (art. 1.177 C.c.) no se oponga a ella, pues entonces se transformaría en contencioso a tenor del artículo 1.817 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues si a la solicitud promovida (en acto de jurisdicción voluntaria) se hiciere oposición por alguno que tenga interés en el asunto, se hará contencioso el expediente, sin alterar la situación que tuvieren, al tiempo de ser incoado, los intereses y los que fuera objeto de él, y se sujetará a los trámites establecidos en el juicio correspondiente según su cuantía. Por eso la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1916, antes citada, dijo que el problema de la eficacia de la consignación no podía ventilarse en acto de jurisdicción voluntaria, cuando se requiera una declaración previa de los Tribunales acerca de la existencia de la deuda, de su cuantía y de los límites de lo que debe entregarse en pago al acreedor.

En esta línea declara la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1946 (284) que el auto declarando bien hecha una consignación en expediente de jurisdicción voluntaria es, en principio, revisable en vía contenciosa por serlo las resoluciones dictadas en dicha

(281) D'ORS: *Derecho privado romano*, cit., p. 452.

(282) C.L. núm. 158; C.L. núm. 80; C.L. núm. 146.

(283) ALBALADEJO: *Derecho civil*, t. II, vol. 1.º, cit., p. 161. MANRESA: *Comentarios al Código civil español*, t. VIII, vol. 1.º, 6.ª edición revisada por MORENO MÓCHOLI, Madrid, 1967, p. 721. CANO MATA: *La consignación judicial*, cit., pp. 766 y ss. BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento de las obligaciones*, cit., p. 514. DIEZ-PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. I, cit., p. 248. REINO CAAMAÑO: *De la consignación*, en «RGLJ», 1926, p. 318. ARAGONESES: *Consignación (Derecho procesal)*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica», t. V, Barcelona, 1953, p. 193. PASCUAL ESTEVILL: *El pago*, cit., p. 399. CRISTÓBAL MONTES: *El pago o cumplimiento de las obligaciones*, cit., p. 211. BERCOVITZ, R.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, t. XVI, vol. 1.º, cit., p. 240. PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, t. I, «Derecho general de las obligaciones», vol. 2.º, Barcelona, 1976, p. 336.

(284) C.L. núm. 102; R.A. núm. 691.

jurisdicción según se afirmó por esta Sala en su sentencia de 5 de julio de 1986.

La sentencia del Tribunal Supremo de 28 de julio de 1943 (285) había afirmado con anterioridad que las resoluciones aprobatorias de los expedientes de consignación no tienen el carácter de sentencias firmes en juicio contradictorio, ni, por lo tanto, puede atribuírseles la autoridad de cosa juzgada aneja a las decisiones de los Tribunales que ponen fin a un litigio, siendo evidente la inadmisibilidad de la tesis que atribuye el carácter de inatacable a la consignación realizada.

No parece posible aplicar la consignación a las obligaciones de hacer y de no hacer, por la propia naturaleza de las mismas (286), salvo cuando las de hacer se resuelvan a la entrega de una cosa construida o reparada para el acreedor. No se puede consignar una conducta y, por ello, los artículos 1.176 y siguientes del Código civil contemplan exclusivamente la consignación de las cosas debidas, y las sentencias del Tribunal Supremo que contemplan la *mora creditoris* y la consignación, anteriormente mencionadas, tal vez por ello descansan sobre la premisa de una obligación de dar a la que está constreñido el deudor y cuya realización se ha visto dificultada por la conducta del acreedor, si bien el deudor ha podido probar el ofrecimiento de pago. En igual sentido, la jurisprudencia francesa, que señala que el procedimiento de las ofertas reales no cabe en las obligaciones de hacer y no hacer (287). Sin embargo, no es admisible que el deudor no pueda liberarse de una obligación que está dispuesto a cumplir. Lo contrario, como apunta Albaladejo (288), sería contrario al principio del *favor debitoris* e implicaría dejar el cumplimiento de la obligación al arbitrio de una de las partes (art. 1.256 C.c.). Además, no repugna a los principios generales de nuestro Derecho sancionar de tal modo la negativa del acreedor. Pero para que ello sea posible tendrá que producirse una imposibilidad de la prestación (art. 1.184 C.c.). No creemos, sin embargo, que el procedimiento de liberación del deudor se agote en la fase de ofrecimiento de realizar la prestación, como precisa Beltrán de Heredia (289).

(285) C.L. núm. 75; R.A. núm. 842.

(286) DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. I, cit., p. 638. LACRUZ: *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. 1.º, cit., p. 225. DE DIEGO LORA: *La consignación judicial*, cit., p. 74. BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento de las obligaciones*, cit., pp. 508 y ss. BERCOVITZ, R.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, t. XVI, vol. 1.º, cit., p. 241. PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, t. I, vol. 2.º, cit., p. 333. NÚÑEZ BOLUDA: *Notas para un estudio sobre la consignación*, cit., p. 187.

(287) Cfr. WEILL y TERRÉ: *Les obligations*, cit., p. 1036, nota 1.

(288) ALBALADEJO: *Derecho civil*, t. II, vol. 1.º, cit., p. 162. También se pronuncian en este sentido MORENO QUESADA: *Problemática de las obligaciones de hacer*, en «RDP», 1976, p. 485. PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, t. I, vol. 2.º, cit., pp. 333-334.

(289) BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento de las obligaciones*, cit., p. 508.

Ciertamente, esta solución resulta discutible, en cuanto que lo que aparece justificado para la mora del acreedor no lo estará sin más para la liberación del deudor, como se infiere de los principios que informan la normativa del Código civil sobre el ofrecimiento y la consignación (arts. 1.176 y ss.), basados en los antecedentes históricos expuestos, y la jurisprudencia, que arranca fundamentalmente de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1941, como dijimos. Para liberarse el deudor tendrá que alegar en juicio declarativo ordinario, ante la imposibilidad de aplicar la normativa específica sobre la consignación judicial, que se refiere al depósito de las cosas debidas, el hecho de que no puede ejecutar la prestación porque el acreedor niega la colaboración necesaria sin justa causa, habiendo surgido una imposibilidad de cumplimiento que, de conformidad con la buena fe, tiene carácter liberatorio (art. 1.184 C.c.). Además, en el marco de las relaciones sinalagmáticas si el acreedor moroso no ejecuta la contraprestación, el deudor, que está dispuesto a cumplir, podrá resolver el contrato sinalagmático, alegando el incumplimiento por la otra parte. Una aplicación concreta de esta hipótesis, como ya expusimos, aparece en los artículos 1.505 del Código civil y 332 del Código de Comercio. Además de ello, es significativo el artículo 95 del Código suizo de las Obligaciones, que contempla específicamente el problema planteado, al disponer que «cuando el objeto de la obligación no consista en la entrega de una cosa, el deudor puede, si el acreedor está en mora, resolver el contrato de conformidad con las disposiciones que regulan la mora del deudor» (290).

(290) BECKER: *Obligationenrecht*, 1, en «Berner Kommentar», t. VI, cit., pp 449 y ss. SCYBOZ y GILLIERON: *Code civil suisse et Code des obligations annotés*, Lausanne, 1977, p. 48.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

I. Sentencias comentadas

LA ESTABILIZACION DE LA RENTA EN FUNCION DEL INDICE DEL COSTO DE VIDA DE LA FECHA INICIAL DEL CONTRATO

(Comentario a la STS de 27 de enero de 1987)

JOSE BONET CORREA

SUMARIO: 1. El supuesto de hecho y las decisiones de los Tribunales.—2. La modalidad de revisión de la renta estipulada según las variaciones del índice del costo de vida.

1. EL SUPUESTO DE HECHO Y LAS DECISIONES DE LOS TRIBUNALES

Las partes habían concluido un contrato de arrendamiento de local de negocio y, en su apartado «otras cláusulas» del contrato establecían que «la renta estipulada en el mismo se acomodará cada dos años a las variaciones del costo de vida de acuerdo con los índices que fija la Dirección General de Estadística, tomando como base el existente en la fecha de este contrato».

Pasado el bienio correspondiente a los años 1978-1980, el arrendador exige al arrendatario los incrementos de la renta relativos al arrendamiento; ante la negativa del arrendatario a pagarlos es demandado por el arrendador y el Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. Ante ello, el demandado interpone recurso de apelación ante la Audiencia Territorial que lo acoge, aunque sólo en parte, y declara legítimo el aumento de la renta del local de negocio arrendado correspondiente al bienio 1978-1980. Ante tal resultado, el demandado ejercita un recurso de casación por infracción de Ley ante el Tribunal Supremo, quien desestima por claudicación de los motivos del recurso.

El Tribunal Supremo en la actual sentencia aborda dos puntos concretos: a) el valor probatorio de un documento privado (unos impresos de notificación), y b) el de la revisión de la renta cada dos años, si bien, entendiéndose en relación con el índice del costo de vida en la fecha inicial del contrato, pero no en base a la renta convenida en tal momento.

Mientras que la primera cuestión interpretativa cuenta con una doctrina legal consolidada (Sentencias de 17 de mayo, 14 de junio de 1956, 14 de mayo de 1962 y 2 de junio de 1966) respecto al artículo 1.225 del Código civil, no así por lo que se refiere a cómo se ha de interpretar el modo de llevar a cabo la actualización de la renta. Véamos, pues, cuáles han sido las posturas interpretativas hasta ahora expuestas.

2. LA MODALIDAD DE REVISIÓN DE LA RENTA ESTIPULADA SEGUN LAS VARIACIONES DEL ÍNDICE DEL COSTO DE LA VIDA

La modalidad de revisión de la renta estipulada contractualmente por las partes, de acuerdo con las variaciones que vaya experimentando el índice del costo de vida, o el de consumo, según se determina anualmente por el Instituto Nacional de Estadística, en principio, depende de la manera concreta como ellas lo hayan estipulado: si ha de hacerse siempre, en cada plazo revisorio, sobre la renta inicial, o si ha de computarse sobre la renta acumulada o consolidada. Un ejemplo de claridad y rotundidad fue el caso que presentó la sentencia de 11 de marzo de 1985, en el cual las partes pactaban que la renta se revisaría «sobre la renta consolidada, no sobre la renta base»; por tanto, no cabía cualquier otra postura dubitativa respecto al modo de llevar a cabo dicha revisión (1).

Sin embargo, en otros casos no se va a pactar por las partes con tanta precisión la modalidad por la cual había de hacerse la actualización de la renta en los períodos sucesivos, sin concretar si el cálculo de revisión debía realizarse, después de la primera vez, sobre la renta inicialmente pactada o sobre la resultante de la precedente revisión.

Según los casos antecedentes hasta ahora resueltos, tenemos varias posiciones en las sentencias. En la sentencia de 30 de enero de 1981 se interpretó que, al pactar las partes que «la cantidad mensual de 47.000 pesetas fijada como renta, será objeto de revisión cada dos años, a partir de la fecha de este contrato», había que entender que «el designio de las partes, al convenir la referida cláusula estabilizadora, fue el que la única cantidad que había de ser objeto de revisión cada dos años era la de 47.000 pesetas, es decir, la correspondiente al importe de la renta mensual contractualmente pactada, sin que dicha revisión, operante tanto si las variaciones habidas en este lapso de tiempo lo eran en sentido positivo o negativo, pudieran realizarse acumulativamente, es decir, aplicando el porcentaje de variación del índice ponderado del coste de la vida sobre la cantidad resultante a adicionar a la referida renta contractual». Respecto a tal criterio ya entonces (2) entendí que por el contexto total de la cláusula pactada había que tomar en cuenta que las partes querían «la nueva renta», por lo que no podía dar lugar a una interpretación tan particular como el alto Tribunal consideraba de ver tan sólo en que fuese siempre la cantidad fijada como renta inicial la que sería objeto de revisión.

La sentencia de 22 de junio de 1984, al estimar el pacto establecido por las partes, según el cual «al paso de cada año sucesivo, la renta se adecuará al índice general del coste de la vida, de forma que a toda variación que experimente el mismo, corresponda otra variación proporcional de la renta», entiende que

(1) Ver mi comentario: *Cláusula de revisión arrendaticia sobre la renta consolidada y no sobre la renta base* (Comentario a la STS de 11 de marzo de 1985), en «A.D.C.», XXXIX-1 (1986), pp. 261 y ss.

(2) Cfr. BONET CORREA, J.: *El pacto de actualización de la renta de un local de negocio: su aumento no acumulativo* (Comentario a la STS de 30 de enero de 1981), en «A.D.C.», XXXV-1 (1982), pp. 224 y ss. También TRUÁN DE PINEDA, R.: *Las cláusulas de estabilización de los contratos de arrendamiento de fincas urbanas*, en «Boletín Informativo de la Cámara Oficial de la Propiedad Urbana de Valencia», 351 (abril 1982), p. 6.

«a todas luces lo pretendido no es otra cosa que mantener la equivalencia entre la renta pactada y las incidencias del coste de la vida, durante toda la duración del contrato» y, por tanto, «la consiguiente obligación de ajustar la renta a las variaciones resultantes de la aplicación de tal cláusula, aplicable en cada ocasión sobre la renta obtenida de la aplicación de las variaciones precedentes» (3). Tal criterio fue el que ya se había demostrado como correcto por la Audiencia Territorial de Barcelona en su sentencia de 26 de septiembre de 1983 (4).

Con la sentencia de 13 de mayo de 1986 no sólo se confirma el mismo razonamiento que en la anterior de 22 de junio de 1984 de que «para cada incremento ha de tomarse en cuenta como básico el resultado de la variación precedente y no la inicialmente pactada», sino que además se añade que «precisamente la novación pactada eventualmente para las posibles incidencias del coste de la vida o de los precios de consumo, de no aplicarse partiendo de la precedente renta actualizada —fruto de convención— supondría un desfase con fractura grave de la equivalencia de las prestaciones». Ambas sentencias, pues, vienen a sentar doctrina legal en cuanto al criterio interpretativo de que la estabilización de la renta tiene por objeto mantener la equivalencia de las prestaciones iniciales a lo largo de la duración del contrato de tracto sucesivo, para lo que habrá que atender a las incidencias del coste de la vida como consecuencia de las alteraciones monetarias. Como ya tengo analizado (5), la renta inicial, después de revisada, es la renta acumulada, o vigente y con la que se calcula para hacer frente al nuevo desfase de las alteraciones del poder adquisitivo de la moneda. También, como ya se observó para la sentencia de 1984 (6) la renta pactada no es sólo la renta inicialmente fijada en el contrato, sino también la renta ya revisada.

En el caso de autos, al pactarse que la renta estipulada se acomodará cada dos años al índice del costo de la vida «tomando como base el existente en la fecha de este contrato», el Tribunal Supremo va a interpretar correctamente frente al criterio del arrendatario, que no se trata de contabilizar la revisión en base a la renta convenida o inicial, sino a la relación entre el índice del coste de vida en la fecha inicial del propio contrato con el que proceda en la fecha de revisión, ya que, entonces, no se cumpliría el designio de desbloquear, cada dos años, el precio del arriendo, mediante la acomodación de renta prevista por las partes, de modo que el valor original convenido en concepto de renta permanezca a cubierto del insistente y progresivo movimiento que sufre el poder adquisitivo del dinero.

Hay que advertir que cuando las partes no han pactado de una manera precisa y concreta que la revisión de la renta sólo se operará sobre el importe de la

(3) Cfr. HUALDE SÁNCHEZ, J. J.: *Arrendamientos urbanos de local de negocio. Interpretación del pacto de revisión de renta: cláusula de estabilización. Aumento acumulativo de la renta* (Comentario a la STC de 22 de junio de 1984), en «Colección Civitas de Jurisprudencia Civil», 6 (1984), p. 1893.

(4) Cfr. FUENTES LASTRES, J. J.: *Actualización de rentas*, en «Administración Rústica y Urbana», 52 (abril-junio 1984), p. 28.

(5) Ver *La novación modificativa del objeto o renta en la contratación arrendaticia y las cláusulas de estabilización* (en torno a la STS de 13 de mayo de 1986), en «R.G.D.», 1987.

(6) Cfr. MANZANARES SÉCADES, A.: *Algunas cuestiones sobre las cláusulas de revisión de renta en los arrendamientos urbanos* (Comentario a la STS de 13 de mayo de 1986), en «A.D.C.», XL-1 (1987), p. 473.

renta inicial, lo que si pretenden es la actualización total y no parcial de dicha renta en función del índice económico elegido, el cual no hace más que ser consecuente con el cambio del poder adquisitivo del signo monetario en que está expresada cuantitativamente la renta. Al cambiar dicho poder adquisitivo, en más o menos, el pacto de las partes lo que ha realizado de cara al futuro es la conversión de una «deuda pecuniaria» en una «deuda de valor», es decir, que llegado el momento de cada pago, el objeto de la prestación resulte determinado, porque habiéndolo sido tan sólo para la renta inicial, se hace determinable convencionalmente para las demás que ocurran en su tracto sucesivo.

Se trata, pues, de una defensa por los particulares en sus relaciones jurídicas patrimoniales frente a las alteraciones monetarias nacida de la fuerza de la autonomía de su voluntad y que por no ser contraria a las leyes, a la moral ni al orden público (art. 1.255 del Código civil) tiene, asimismo, fuerza de Ley entre las partes contratantes (art. 1.091 del Código civil).

Al no existir en el ordenamiento económico español un precepto que mantenga el carácter imperativo del principio nominalista de nuestra moneda, la peseta, las partes pueden prever su parcial derogación en cuanto principio general potestativo de toda deuda de suma o cantidad, dado que si dicho nominalismo asegura y garantiza la permanencia exacta e igual de su aspecto cuantitativo, no así la de su mismo valor o poder adquisitivo. Por tanto, cuando las partes contraen una obligación pecuniaria, si no expresan otra cosa, es que asumen el riesgo de los posibles cambios de valor y poder adquisitivo de la cuantía pactada, ya que el deudor sólo se compromete a devolver dicha cuantía o suma comprometida («otro tanto», art. 1.753 del Código civil, «una cantidad igual», artículos 1.754 y 312 del Código civil), porque el principio nominalista de entender que dicha unidad monetaria permanece sobre una base de igualdad («peseta igual a peseta»), aunque sólo se cumpla siempre en su aspecto cuantitativo, pues, aunque implique la igualdad de su aspecto valorativo («curso legal», art. 1.170 del Código civil, o «valor legal», art. 312 del Código civil), se sabe que con el paso del tiempo se quiebra dicho valor, al producirse un movimiento inflacionista, una depresión y, en general, cualquier alteración del dinero (7). Por eso, para aquellas relaciones jurídicas aplazadas o de tracto sucesivo, cuando las partes pretenden evitar el riesgo de un daño patrimonial en la equivalencia de sus prestaciones monetarias, deberán prever y asegurarse una actualización de aquellas prestaciones pagaderas con una concreta suma o cuantía mediante la previsión de que su precio inicial determinado sea posteriormente determinable con arreglo a los índices económicos que impliquen las alteraciones del poder adquisitivo del dinero. Tal es la operatividad novatoria que por pacto realizan las partes en el objeto de su prestación de la relación obligatoria contraída, dado que no sólo se produce un cambio de la suma o cuantía a pagar, sino también de la propia naturaleza de la deuda, que de pecuniaria se convierte en deuda de valor.

(7) Ver más ampliamente en mi obra *Las deudas de dinero*, Madrid, 1981.

