

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XLI
FASCICULO I



ENERO-MARZO
MCMLXXXVIII

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Fundador
FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO (†)

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

Consejo de Redacción

AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPIN
Catedrático de Derecho civil

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

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

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

RAFAEL NUÑEZ LAGOS
Notario de Madrid

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

Secretario

ANTONIO MANUEL MORALES MORENO

SUMARIO

	<u>Páginas</u>
Estudios monográficos	
ANGEL CARRASCO PERERA, <i>Restitución de provechos</i> (II)	5
MARIA JOSE REYES LOPEZ, <i>Algunas consideraciones sobre los artículos 1.838 y 1.839 del Código civil</i>	153
Estudios de Derecho extranjero	
DR. HANS LEO WEYERS Y DETLEF KOCH, <i>Apuntes sobre la evolución del Derecho de la República Federal de Alemania en 1986</i>	223
Estudios legislativos	
JOSE MIGUEL RODRIGUEZ TAPIA, <i>Siete Derechos en busca de autor: La nueva Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987 («B.O.E.» 17 noviembre)</i>	233

Información legislativa

A cargo de PEDRO DE ELIZALDE Y DE AYMERICH	327
--	-----

Bibliografía

LIBROS

ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, José Antonio: <i>Curso de Derecho de familia. I. Matrimonio y régimen económico</i> , por José Bonet Correa.—DE OTTO, Ignacio: <i>Derecho constitucional. Sistema de fuentes</i> , por Silvia Díaz Alabart.—DOMINGO, Rafael: <i>Teoría de la «autoritas»</i> , por José Bonet Correa.—EMBED IRUJO, José Miguel: <i>Grupos de sociedades y accionistas minoritarios. La tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y de grupos</i> .—VALLET DE GOYTISOLO, Juan B.: <i>Estudios de Derecho sucesorio. I. El fenómeno sucesorio. Principios, Instituciones controvertidas</i> , por José Bonet Correa	339
--	-----

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

I. SENTENCIAS COMENTADAS

<i>El plazo para el incremento de la renta urbana cuando se pacta una cláusula de estabilización</i> , por José Bonet Correa	347
<i>Sobre nulidad de adopción plena</i> , por Francisco Lledó Yagüe	351

II. SENTENCIAS	361
----------------------	-----

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.

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 XLI
FASCICULO I



ENERO-MARZO
MCMLXXXVIII

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.

Restitución de provechos (y II) *

ANGEL CARRASCO PERERA

XI. EL «ID QUOD INTEREST» EN LA RESTITUCION

1. General

Todas las cuestiones conectadas con la reparación del daño, esté o no vinculado con el problema de la restitución, adquieren en nuestro Derecho la impronta característica que suele definir a una cuestión de hecho. En efecto, todo tratamiento sustantivo del daño queda mediatizado en el Derecho español por una particular contextura procesal del problema. En primer lugar, la existencia de una restrictiva jurisprudencia a la hora de valorar la existencia y alcance de los lucros cesantes. En segundo lugar, la marcada tendencia de nuestro Tribunal Supremo a considerar como *quaestio facti* la existencia y cuantía de los daños sufridos por el actor. Esto determina una completa inseguridad en el intérprete a la hora de ofrecer criterios que no tienen después constancia expresa o medios de verificación en las Sentencias de la Sala de Casación. Tomemos un ejemplo reciente. En la sentencia de 25 de diciembre de 1986 se discute como cuestión de fondo los posibles derechos indemnizatorios del arrendatario con derecho de retorno que ve retrasada la entrega del nuevo local. En la primera instancia se establece que el módulo indemnizatorio se fijará atendiendo a:

1) el importe de la renta mensual de un alquiler de vivienda similar a la desocupada, desde el día en que debió realizarse el retorno.

2) La resultante de multiplicar 25.000 pesetas por los meses que median entre la fecha exigida para el retorno y el día de la ocupación efectiva. La Audiencia Territorial, en cambio, cifra la indemnización tomando como módulo el criterio del artículo 84 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, referido al incremento de la renta exigible a los arrendatarios que ejerciten el derecho de retorno. Recurrída la senten-

* La primera parte de este estudio se ha publicado en el tomo XL, fascículo IV, página 1055, de este Anuario.

cia, el Tribunal deniega el recurso por entender que la Sala de Instancia es libre para aplicar el módulo valorativo que estime conveniente.

El problema del *id quod interest* es fundamentalmente una cuestión relativa al alcance del lucro cesante. Todavía no se ha intentado —que yo sepa— en este punto elegir una vía media entre la admisión de la pretensión del daño y su denegación —con palabras del Tribunal Supremo— «por no haberse conseguido demostrar la seguridad de la ganancia que se dice frustrada». Vía media que se puede trazar en la admisión de la pretensión al lucro cesante, pero deduciendo del montante el precio del riesgo de que la ganancia no tuviera lugar por la concurrencia de otras concausas. Cuanto más lejana fuera la expectativa, mayor sería la deducción por precio del riesgo. Es una solución que alguna vez he visto propuesta por autores antiguos y que merece la pena ser explotada (226).

2. *Id quod interest*

a) *General*

Bajo esta expresión se recoge en el Derecho romano la definición de una magnitud diferencial: lo que media (*inter est*) entre dos estados de cosas, antes y después de producido un suceso que causa una variación patrimonial. Cuando la diferencia en menos puede ser imputada a un tercero, el *interest* es la cifra del daño resarcible. En la *Lex Aquilia* aparece como la definición misma del daño indemnizable (Dig. 9.2.21.2; 9.2.22.1; 9.2.23.1; 9.2.23.4; etc.) El *id quod interest*, dirán los clásicos, no es sólo que nos falta o lo que no hemos obtenido, sino lo que nos falta de lo que tuvimos y lo que no hemos conseguido y pudimos conseguir (227). Por su propia definición, y por su diferencia con la simple *aestimatio rei* —que no es más que una partida del *interest* (228)—, la noción de *interest* es la variable *subjetiva* del daño, la cuantía del mismo, tomadas en consideración todas las circunstancias patrimoniales particulares del sujeto dañado (229).

La sustracción de un bien en cuanto tal no es un daño que sufra el titular del bien, puesto que al seguir disponiendo de la reivindicación no se puede decir que el dueño tenga ahora menos de lo que antes tenía. Tampoco, por tanto, lo es la disposición no eficaz de

(226) Así, los ejemplos de la destrucción de la cosecha antes de su maduración, o la muerte del animal antes del crecimiento en que pueda prestar todo su servicio: Cfr. SOTO, IV, VI, 5.

(227) DONELLO, *Commentarium*, XV, IV, I.

(228) La bibliografía fundamental entre nosotros la constituyen sendos trabajos de PANTALEON (tomo II, *tesis, cit.*), y BADOSA, *La negligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, 1987, 2 y ss.; 864 y ss.; 984 y ss.; remitimos a estas páginas lo atinente al concepto de *interest*.

(229) LARENZ, *Schuldrecht*, I (1982), 445.

bienes ajenos (230). Sólo una disposición que es eficaz para el dueño es de por sí un daño patrimonial. La circunstancia de que un tercero haya usado o disfrutado de la cosa restituible no es de por sí tampoco un daño. Por sí mismos, los provechos obtenidos por el uso o disfrute de la cosa ajena no son una partida del *interest*, si no se tienen en cuenta las circunstancias subjetivas del legitimado; y de hecho, cuando estas ventajas son restituidas no lo son en nuestro Derecho (art. 455) en función del daño, puesto que la restitución se hace con indiferencia de que el dueño o legitimado hubiera podido o no por su parte obtener el provecho que ahora se le restituye.

«Interest» es el resultado de proceder sobre la cosa de modo que resulte un daño patrimonial en el objeto restituible. Daño es también la privación del goce cuando al dueño le *interesaba* no haber sido privado de ese goce. Entran, por tanto, en el daño resarcible en la restitución los deterioros o pérdidas de la cosa y los frutos que el legítimo poseedor pudiera haber obtenido de la posesión del bien (231). Los provechos obtenidos, por su parte, entrarán en la cifra del *interest* cuando equivalgan al valor de la privación del goce de la cosa, mas no cuando la excedan; puede afirmarse en general que los provechos obtenidos de la cosa restituible equivalen tendencialmente al daño resultante de la privación del disfrute, y de ahí, los *fructus percepti* tienden a equivaler a los *percipiendi* por el legítimo poseedor. De todo ello puede deducirse una regla: siempre que en la restitución (recuérdese que nos referimos a la restitución de cosas) deba computarse el daño en la cifra del *interest* resarcible (arts. 1.124, 1.896, 455), los frutos que el obligado a la entrega haya percibido de la cosa deberán considerarse «razonablemente» como la cuantificación del daño realmente sufrido por el actor. Constituye la razón de probabilidad más fuerte para dar por probada la existencia de una ganancia frustrada. Repito, ello es importante en aquellos preceptos donde la ley estatuya una reparación de daños y no una restitución de provechos, como el artículo 1.124; en estos casos, la prueba del provecho obtenido por la indebida posesión debe bastar para dar por probada la existencia y cuantía del lucro cesante.

b) *Interest y aestimatio rei*

Sabido es que en el Código civil la noción de *interest* (indemnización de daños y perjuicios en la expresión más común) engloba todas las partidas económicas que deben prestarse por la pérdida o deterio-

(230) TUHR, *Tratado de las obligaciones*, I, 1934, 59. También sería daño indemnizable la disposición no eficaz que por cualquier razón de hecho o de derecho dificulte o encarece la recuperación: Cfr. Dig. 4,7,1.

(231) POTHIER, *Propriété*, núm. 336.

ro de la cosa debida. No sólo el daño en el sentido estricto o consecuencias negativas del incumplimiento, sino la misma estimación objetiva del bien sujeto a restitución (*aestimatio rei, gemeinen Wert*), que en el Código civil suele aparecer como partida del daño emergente, unas veces nombrado como *valor* y otras como *precio* de la cosa. Así lo demuestran, por ejemplo, los artículos 1.135-2.º, 1.136, 1.147, 1.150, 1.185, 1.896, 1.295-3.º, etc.) (232). Esto ha sido en gran parte posible porque el Código civil adopta —según la doctrina mayoritaria— el principio de que el caso fortuito liberatorio es igual a no-culpa en 1.105 y 1.182. Si así no fuera, el deudor de «buena fe» (expresión del art. 1.107) o el simple poseedor de *buena fe* obligado a restituir y que no lo hace, pero que, sin embargo, la pérdida no puede considerarse como fortuita, debería la *aestimatio rei*, y sólo quedaría excusado de prestar el daño «diferencial» del artículo 1.106 (233). Pero dada aquella identificación, el deudor no culposo ni prestaría la estimación objetiva ni estaría sujeto a la indemnización por el daño adicional sufrido por el acreedor. De esta forma se puede apreciar, por ejemplo, que en sede de resolución del artículo 1.124 no es extraño que el acreedor solicite la resolución y los daños contractuales (que debería ser el interés negativo), y el Juez acceda a esta pretensión incluyendo en la cifra del daño la estimación positiva del objeto del contrato (234). Esta identificación, o mejor, relación *consuntiva* en el concepto de interés, hace que el poseedor de buena fe que pierde sin culpa (es decir, que ignora excusablemente lo indebido de su posesión) no indemniza al dueño, según el artículo 457-1.º, ni la cuantía del daño del artículo 1.106 ni la estimación objetiva de la cosa poseída (235).

c) *Concepto patrimonial de interés*

El *interés* del legitimado para la restitución no tiene como límite máximo el valor de la cosa perdida, deteriorada o enajenada, ni tampoco su valor objetivo de uso o disfrute; ni tan siquiera allí donde se diga que, en caso de pérdida, el *valor* constituye el objeto de la restitución (arts. 650, 1.307, etc.). Ningún precepto del Código civil limita en este punto al artículo 1.106. El daño a resarcir, como fruto

(232) Acaso sea el art. 1.147-2.º C.c. donde más claramente se muestre la diferencia entre indemnización y precio de la cosa perdida: BADOSA, 986.

(233) Cfr. LACRUZ, II, 1.º (1986), 280; JORDANO FRAGA, «ADC», 1984, 109; «ADC», 1985, 276. Cfr. BADOSA, *passim*. Cfr., en este sentido, la responsabilidad por el valor de la cosa de que habla el art. 1.784 C.c. Igualmente, el art. 1.135-2.º del Código civil sobre la indemnización por pérdida culposa de las prestaciones alternativas.

(234) STS 3-X-1985 y comentario de DELGADO ECHEVERRÍA, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 9 (núm. 236). STS 17-VI-1986 (Comentario de DELGADO ECHEVERRÍA en «CCJC», núm. 11).

(235) Según BADOSA, el art. 457 C.c. no sería una norma de *perpetuatio*, sino de prestación del interés indemnizatorio, *ob. cit.*, 848.

percipiendi por privación del disfrute de la cosa, puede ser mayor que este mismo valor de disfrute. Así, por ejemplo, porque el propietario hubiera obtenido los frutos con menos coste del que se ve obligado a reembolsar por el artículo 356. Estos costes (*impensae in fructus*) son debidos al poseedor de mala fe, pero necesariamente habrá que deducir de ellos el ahorro de gastos que se ha frustrado al propietario que obtiene la posesión (236). El daño por pérdida o deterioro que ha de prestar el poseedor de mala fe por el artículo 457, puede ser superior al valor objetivo de la pérdida del deterioro, extendiéndose a otros intereses patrimoniales del actor (237); así, por ejemplo, el daño emergente en otros objetos que formaban una unidad con el bien restituible (*Vermögensfolgeschaden*) (238).

En la mayoría de los casos, este *plus* sobre el valor objetivo, medido ya en el momento de la recepción de la cosa (art. 650) o en el de la pérdida (art. 1.307), se traduce en la indemnización del *mayor valor* que la cosa tuvo a lo largo del tiempo en que debía ser restituida. Esto es algo que acepta todo el Derecho común, basándose en la concepción *diferencial* de la teoría del *interest*: si teniendo derecho a la restitución en un momento anterior a la pérdida (pérdida no liberatoria), le *interesaba* al legitimado que se le hubiera restituido en este momento, por ejemplo, porque en él podía vender más caro el bien (239). Esto es particularmente intenso cuando la obligación de restituir no nace a partir del momento en que se ejercita la acción (esto es, generalmente, cuando se sitúa en mora al obligado), sino que el demandado está desde siempre obligado a la restitución, cuales son los poseedores del artículo 455 o el *accipiens indebiti* del artículo 1.896. Así, el mismo García Goyena (240) expresamente sustentaba esta opinión para el *accipiens* de mala fe: el valor de la cosa perdida restituible sería el *mayor valor* que ésta hubiera alcanzado a lo largo del tiempo de indebida posesión. Aunque esto es más dudoso en el resto de las acciones personales, la mora del artículo 1.101 debe producir esa consecuencia: el moroso (por ejemplo, a los efectos de los artículos 645 ó 650, pero también artículo 1.307) responde del caso fortuito, en el que, sin duda, entra este mayor valor del que se priva al legitimado por no haberse producido la restitución en el tiempo óptimo (241).

(236) MOLINA, Disp. 725.

(237) Dig. 43,16,6: *saepe actori pluris interesse hominem restituere quam quanti is est*; Cfr. FISCHER, *Los daños civiles y su reparación*, 1928, 31.

(238) LARENZ, I, 452.

(239) MOLINA, Disp. 725; COVARRUBIAS, *Opera*, I, 620.

(240) *Conc.*, 967.

(241) Y todo ello a pesar de que la donación del artículo 645 no sea revocable extrajudicialmente (STS 8-III-1972; RDGRN 13-II-1922). A pesar de que a tenor del artículo 651 los frutos se deban desde el día de la demanda, no se excluye que con ella se produzcan los efectos normales de la mora. En el art. 1.307 la duda puede surgir porque los intereses automáticos del valor parecen agotar la indemnización.

Y este mayor valor no es sólo el de la cosa. La doctrina del *id quod interest* exigía que se computase también en esta cifra el valor de las mejoras que el *dominus* hubiera probablemente hecho, deducidos los gastos ahorrados por su no realización (242). Entrarían también las mejoras hechas por el ilegítimo detentador del bien si al dueño le *interesaba* que no se hubieran hecho; por ejemplo, porque tenían destinado el bien a un fin distinto, que se frustra con la impensa posesoria. Todo ello, por supuesto, es una cuestión de hecho, sometida al laberinto procesal de la prueba de un lucro cesante o de un daño emergente lateral al objeto mismo de la restitución.

d) *Interés y disposición de cosa ajena*

Por la misma razón, siempre que la disposición del bien ajeno sea eficaz frente al dueño, y a salvo siempre de las particularidades que imponen las normas que obligan a restituir el enriquecimiento (arts. 197, 1.778, 1.897), el legitimado para la restitución no tiene acción contra el disponente para pretender el precio de venta superior al valor objetivo de la cosa, cifra auténtica del daño, a menos que este precio de venta aparezca integrado —de nuevo, cuestión de hecho— en el concepto de *interest*; y no formará parte de esta cuantía indemnizatoria cuando el mismo dueño no pudiera haber conseguido dicho precio o cuando «él mismo no lo hubiera vendido en el momento que más valía» (243). El artículo 1.295-3 del Código civil es expresivo en este sentido: *indemnización de perjuicios* al legitimado para la rescisión cuando la cosa se halla en manos de un tercero de buena fe.

e) «*Interest*» del sujeto a restituir. *Vicios ocultos*

El comprador que opta por la rescisión de la venta de cosa cuyos vicios la hacen inapropiada para el fin por que se adquiere (ar. 1.486), no responde por este solo hecho del daño que el vendedor sufra por la privación del disfrute de la cosa. Responderá, sí, del daño ocasionado por su culpa a este bien, daño que a tenor del artículo 1.498 (por analogía) no se imputa a riesgo del vendedor (244).

El problema radica en saber si el vendedor responde además por los daños sufridos por el comprador restituyente. El artículo 1.486 parece hacer depender esta consecuencia del hecho de que el vendedor

(242) COVARRUBIAS, *ob. cit.*, p. 621, núm. 4.

(243) MOLINA, Disp. 725.

(244) Cfr. GARCÍA GOYENA, 751.

conociera los vicios, lo que, en principio, puede considerarse como una exclusión en este ámbito de los defectos indemnizatorios del artículo 1.106 y 1.124 (245). En el Derecho alemán el BGB sólo reconoce expresamente un derecho de indemnización suplementaria cuando la cosa no responda a las *cualidades aseguradas* por el vendedor (§463). Pero no queda resuelto si las normas de la venta excluyen los principios generales de la responsabilidad. Para la doctrina alemana en general, sólo hay exclusividad cuando se trata del *vicio de la cosa*. Pero no por otros *Nebenpflichten*, y la Jurisprudencia distingue en este punto entre los *Mangelschaden* y los *Mangelfolgensschaden* (246). En el Derecho español la Jurisprudencia estima que el artículo 1.486 no es excluyente del 1.124, ni en cuanto al plazo de resolución ni en cuanto a la indemnización de daños de que hablan este artículo y el 1.101 (247). Otros autores estiman que esta compatibilidad se da sólo con la acción de dolo (248). De cierto, para la Jurisprudencia, el comprador dispone del auxilio de una triple concurrencia: la redhibitoria, la resolución por incumplimiento y la indemnizatoria por los daños medidos según el criterio general del artículo 1.106; acaso incluso la propia acción de cumplimiento específico (249) o de restauración *in natura* del daño redhibitorio (249 bis).

En efecto, el artículo 1.486 *in fine* parece referirse exclusivamente a los daños de que responde el deudor *doloso* del 1.107-2, pero no excluye la aplicación del artículo 1.107-1. Estos daños a resarcir por el vendedor no doloso serían los que la doctrina antigua consideraba *propter rem impsam* (250) y que en el Código civil constituye una limitación de la que sólo puede privilegiarse el «deudor de buena fe». El daño resarcible, en este caso, sería en principio el interés negativo (que en el Código civil no queda excluido sea superior al interés positivo), daño negativo consistente en lo que al acreedor interesaba que la venta no se hubiera realizado o que se hubiera producido a un precio menor, mas no lo que le interesaba en que el bien vendido

(245) A menos que la impericia del vendedor se equipare al conocimiento; Cfr. MORALES, *El alcance protector de las acciones edilicias*, «ADC», 1980, 617; POTHIER, *Vente*, núm. 214.

(246) ESSER-WEYERS, II, 44, 62 y ss. Sobre la admisión de la responsabilidad extracontractual en la jurisprudencia alemana, WEYERS, «ADC», 1986, 857 y ss. Sobre la admisión de la responsabilidad agravada por culpa del vendedor en Francia y Suiza, MORALES, *El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor...*, «ADC», 1982, 614 y ss.

(247) Cfr. en BERCOVITZ, *Cuadernos Civitas de Jur. Civ.*, núm. 1 (núm. 12) y núm. 2 (p. 638). Cfr. SSTS 6-V-1911, 19-IV-1928, 25-V-1973. MORALES, *El dolo como criterio...*, 672, recoge igualmente jurisprudencia.

(248) MORALES, *El alcance...*, 681; BADOSA, *La negligencia*, 227.

(249) DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I, 691.

(249 bis) MORALES, *El dolo*, 679.

(250) Cfr. POTHIER, *Obligations*, núm. 167.

no hubiese resultado defectuoso (251). Y ciertamente todo el interés negativo, aunque el artículo 1.486 no se refiera ni a los sacrificios afrontados por el comprador para contratar ni al daño resultante de una no utilización alternativa de su dinero. Desde luego, en la acción *quantum minoris* no es un interés positivo lo que se indemniza: no se paga la diferencia de valor que media entre el que tiene la cosa dañosa y el valor que tendría de no sufrir defectos, sino la simple diferencia entre lo que se pagó y lo que objetivamente valía (252). Otro tipo de interés distinto del intrínseco de la cosa vendida se indemnizaría de acuerdo a los artículos 1.101 y 1.107, igualmente, aunque se hubiere vendido de «buena fe» (vgr. daño en otras cosas del comprador, en el proceso productivo, en las personas); si se conocía el vicio, se indemnizarán también los daños incluíbles en el interés positivo del artículo 1.468-2.

f) *El «interés» del sujeto a restitución: evicción*

La evicción y su consecuente obligación de sanearla por parte del vendedor plantea probablemente uno de los conflictos más interesantes que tienen cabida en la doctrina del *interés* en el marco de la restitución. Aquí, como en el saneamiento por vicios ocultos, el estado patrimonial que se quiere dejar ileso es precisamente de aquél que está sujeto a restituir. Con la particularidad de que aquí la restitución se produce a favor de un tercero que no está vinculado contractualmente con el comprador.

El comprador que restituye como consecuencia de la evicción deberá, según los casos, indemnizar el *interés* del reivindicante en la forma dicha arriba y que después desarrollaremos: se trata de un simple poseedor, sujeto, por tanto, en su caso, a los artículos 455 y 457. Pero esta indemnización es recuperable en cuanto *interés* propio de este poseedor, que podrá reclamar de su comprador la cuantía de su daño, y reclamarlo con la propia acción de compra (art. 1.478).

Tradicionalmente, el *id quod interés* del comprador se cifra en aquello que le importaba no haber sufrido la evicción. El primero en entender que la responsabilidad del saneamiento no alcanzaba el valor actual de la cosa comprada y perdida, sino al precio pagado, fue Dumoulin (253), a quien siguieron Pothier (254) y el Code fran-

(251) Sobre el *interés* prestable en la resolución, ESPINAR LAFUENTE, *Resolución e indemnización en las obligaciones recíprocas*, «Estudios Castán», II, 1969, 151; LACRUZ, II, 1.º, 277 y s.

(252) RUBINO, *Compravendita*, 1962, 643.

(253) *Traité de eo quod interés*, núms. 68 y ss.

(254) *Vente*, núm. 116.

cés, justificándose esta solución, según el último autor citado, en que el sinalagma contractual impone aquí el juego de la *condictio sine causa*: y lo que efectivamente el vendedor obtuvo del comprador es el precio pagado. García Goyena, con muy buen criterio, justificó el apartamiento que en este punto el proyecto 1.851 supuso frente a su modelo francés; de acuerdo con las normas romanas (Dig. 21.2.66.3; 21.2.70), la restitución tiene que darse en la medida del *id quod interest* positivo del comprador, para bien o para mal de éste; ésta es precisamente la medida indemnizatoria del daño sufrido. Es injusto, argumenta Goyena, hacer responder del precio recibido, aunque la cosa se haya deteriorado por el comprador (1.631 Code), y hacer responder a su vez al vendedor del mayor valor adquirido después de la venta, aunque no fuera por obra del comprador (1.633 Code). Para Goyena, la solución española, que es, en definitiva, la del artículo 1.478-1 del Código civil, atribuye al comprador, de acuerdo a la noción diferencial de *interest*, los riesgos y los beneficios (255).

El reivindicante se aprovecha de las plusvalías reales de la cosa restituible (art. 456 C.c.). Las recupera *tamquam pars rei*. Pero el comprador recupera a su vez esta plusvalía frente a su vendedor en cuanto interés contractual positivo. «*In quantum emptori interest evictionem factam non fuisse*», aunque el comprador no pruebe que de hecho hubiera vendido la cosa ahora que más vale (256). Este interés positivo alcanza incluso al beneficio neto obtenido de la explotación de la cosa. En efecto, si el comprador restituyó frutos, el reivindicante obtendrá de éste mediante deducción el coste de producción de los frutos (ex art. 356 C.c.). Pero el beneficio líquido restituido se recupera del vendedor en cuanto interés contractual positivo (1.478-2.º C.c.). Esto es particularmente claro en el saneamiento por evicción que según el artículo 1.553 debe prestar el arrendador: si el arrendatario que paga diez de renta subarrenda por veinte, su interés contractual es veinte, no diez (257). Como decíamos, el propietario recupera esta plusvalía con independencia de la buena o de la mala fe del comprador-poseedor, y éste, a su vez, la recupera con independencia de la buena fe de su vendedor. En cuanto interés contractual positivo, el artículo 1.478-1 alcanza aún la misma *plusvalía excepcional* de la cosa, contra lo que pensaba Pothier, el cual negaba esta consecuencia incluso para el incumplidor de mala fe (258). Y lo aquí dicho es justo porque este comprador corre también con el riesgo de una pérdida fortuita que, de producirse, y por la misma noción de *interest*, no puede repercutir en su vendedor. Y a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre en el artículo 1.632 Code, en el Código

(255) *Conc.*, 746.

(256) DONELLO, XIII, II, XVIII; POTHIER, *Vente*, núm. 133.

(257) POTHIER, *Louage*, núm. 94.

(258) *Obligations*, núm. 161; *Vente*, núm. 133.

civil el comprador no tendrá que descontar ni tan siquiera el enriquecimiento que obtiene por la pérdida o deterioro del bien, pues —en su momento veremos— este enriquecimiento se lo tiene que entregar al reivindicante, y, por tanto, recuperarlo en la acción de regreso. Queda excluida igualmente una acción de enriquecimiento frente al vendedor, si la cosa se deteriora fortuitamente, por la parte del precio que éste retiene «sine causa», y todo ello porque el comprador recupera su *interest*, no el posible lucro del vendedor, ni tan siquiera cuando éste es de mala fe (art. 1.478-5).

El vendedor de mala fe ha de abonar por el artículo 1.478-5, en cuanto daño del comprador, el valor de las mejoras suntuarias que no pudo cobrar del reivindicante, es decir, el comprador no sufre el riesgo de su propia actividad o conducta dispendiosa.

¿Qué ocurre con las mejoras de la cosa comprada si el comprador, por ser de mala fe, no se las pudo reembolsar del reivindicante? ¿Sólo se repercutirán al vendedor si éste era a su vez de mala fe, o siguen, por el contrario, el régimen de los artículos 1.478-1 y 2, con independencia de que el vendedor a su vez fuese de buena o mala fe? García Goyena (259) parece sostener que el artículo 1478-1 no alcanza las impensas, y que este tema se liquida exclusivamente entre comprador y propietario. Pero lo cierto es que de la norma no se desprende tal criterio; el número 1 del artículo 1.478 es independiente de la buena o mala fe de cada una de las partes del contrato, y el número 2 presupone de hecho que el comprador es de mala fe, o que ha cesado el efecto de su buena fe, pues sólo así habrá tenido que restituir los frutos al dueño. En mi opinión, los gastos y mejoras que el comprador de mala fe no haya podido reembolsarse del dueño le serán reembolsados por su vendedor en todo caso como «valor que tiene la cosa al tiempo de la evicción»; el vendedor está obligado a procurar la posesión pacífica, aunque su propio adquirente conozca la ajenidad del bien que se le vende, pues ni la venta de cosa ajena es nula ni, conocida la ajenidad por ambas partes, existe en todo caso y necesariamente por ello la causa ilícita de que habla el artículo 1.306. Imaginemos que el vendedor se compromete a adquirirlas en un momento posterior a la venta, o que el propio comprador, sabiendo que se vende cosa ajena, cree que posteriormente se llegará a un acuerdo con el dueño, credulidad ésta que de por sí no basta para hacerle frente a éste de buena fe a los efectos de los artículos 451 y 453. Yo creo que este valor no recuperable del reivindicante es, frente al vendedor, un estricto daño *propter rem ipsam non habitam*.

Si el reivindicante pagó al comprador las mejoras, pero, dada la opción del artículo 453, sólo abonó el gasto, el comprador recuperará

del vendedor el plusvalor de la cosa, que no pudo obtener del dueño. Y si, por ser menor, el dueño pagó el plusvalor, el comprador sólo podrá recuperar el gasto por el cauce del artículo 1.478-5.º, si el vendedor era de mala fe; en efecto, no se trata de un daño *propter rem ipsam*.

No entran en el *interest* del comprador los daños que éste haya tenido que resarcir al dueño. Si por su parte el dueño no ha podido exigir del poseedor la indemnización de los daños en la cosa por ser éste de buena fe y no responder, dado el artículo 457, el propio reivindicante no tendrá que sufrir este riesgo, pues en su caso podrá pedirle extracontractualmente al vendedor de mala fe el precio de estos daños, en cuanto una de estas «consecuencias necesarias» que el artículo 1.107 pone a cargo del deudor doloso (que puede ser extracontractual).

Según el artículo 1.478-2.º el comprador reclamará al vendedor los frutos que haya tenido que restituir al dueño. Es decir, se parte del supuesto de un comprador que posee es de mala fe. Estos frutos se restituyen no en cuanto provechos, sino dentro de lo que *emptori interest rem non evicta fuisse*. Y no es preciso ceñir este supuesto al solo caso del comprador con *mala fides superveniens* o al comprador de buena fe desde la demanda (260). El vendedor ha de procurar en todo caso al comprador la pacífica posesión; de la misma forma el vendedor de cosa ajena no habrá «incumplido» frente al comprador en el sentido del artículo 1.101 hasta que la evicción no tenga lugar.

g) La excepción «*etsi restituta*»

De acuerdo al propio concepto de *interest*, parece debe ser resuelto el espinoso problema de la pérdida casual cuando ésta hubiera igualmente ocurrido estando la cosa en poder de su legítimo poseedor (*etsi restituta esset actori*). El proyecto 1.851 admitía esta excepción para la pérdida *post moram* de la cosa debida, pero no si ésta había ocurrido en manos de un *accipiens indebiti* de mala fe; criterio radicalmente distinto del recogido en el Código civil (arts. 1.182, 1.896), lo que demuestra que en esta materia no se ha operado con principios claros. Lo dispuesto en el párrafo 1.851 parecía más correcto con la tradición del Derecho común, ya que el *accipiens* es tratado en todo caso como un *fur* (Dig. 13.1.18), y el ladrón no se excusaba jamás. Que no hay principio claro lo demuestra actualmente el artículo 1.185, para el caso de que la deuda de cosa cierta proceda de delito o falta. La génesis de este precepto demuestra que la norma

(260) Como parece aceptar GARCÍA GOYENA, 747.

es una excepción a lo dispuesto en el artículo 1.182 (261). La cosa perdida después de que el deudor se constituya en mora no se reputaba a riesgo del deudor si el caso hubiera ocurrido igual de haber sido entregada al acreedor a su debido tiempo. El artículo 1.185 sería la excepción; de ahí la expresión «no se eximirá el deudor del pago de su precio, cualquiera que hubiese sido el motivo de la pérdida». Pero además el artículo 1.185 es contradictorio con el artículo 1.896, puesto que aquí el *fur* se libera. Respecto a la relación del 1.896 con el 1.182 la contradicción es mayor; no se puede decir que el ladrón puede beneficiarse de esa excepción, y no el deudor moroso, puesto que el fundamento de la responsabilidad por caso del *fur* es que *semper in mora*; parece por lo demás absurdo que se admitiese la liberación por hecho ilícito y no en otro caso (262). La restitución en el supuesto contemplado en el artículo 1.896 era conseguida procesalmente con la misma técnica que la restitución del valor del artículo 1.185, la *condictio furtiva*, que perpetuaba la obligación. Tampoco el artículo 457 está libre de esta contradicción. El Código ha prescindido aquí de que el poseedor de mala fe tuviese o no título, lo que debería haber llevado a admitir la excepción *etsi restituta* en el primer caso y no en el segundo (cfr. All. Landrecht I, VII, 241-242). Mas este criterio tampoco es seguro, pues un poseedor de mala fe con título como es en el artículo 1.298 del Código civil el que adquiere las cosas enajenadas en fraude de acreedores, prestará los daños y perjuicios «siempre que por cualquier causa le fuera imposible devolverla». Por fin, el artículo 1.744 del Código civil (destino de la cosa comodada a uso distinto del permitido) responde de la pérdida por caso de acuerdo también al principio romano de que quien *versat in re illicita* se asimila al *fur* (Dig. 13.1.16); mas tampoco aquí consta la excepción del 1.896-2.

Para negar la relevancia de la excepción *etsi restituta* no basta con decir que el crédito nace en cabeza de la persona en el momento en que surge su acción (en este caso por la estimación de la cosa), sin que tengan influencia los acontecimientos posteriores (263). Porque aquí se ha mantenido que el mayor valor que tuvo la cosa antes de su pérdida entra en restitución. Es decir, de acuerdo al concepto de *interest*, se atiende a todo el ciclo, incluso hipotético, de la cosa.

Si acudimos al Derecho común, la opinión mayoritaria es que no hay acción, ya que *nihil minus habeat quam fuisset habiturus* (264).

(261) POTHIER, *Obligations*, núm. 664.

(262) El trabajo fundamental en esta materia: WACKE, *Gefährerhöhung als Besitzverschulden*, Fest. Hübner, 1984, 672.

(263) Aunque referida a la *compensatio lucri cum danno*, Cfr. el argumento en THIELE, *Gedanken zur Vorteillaussgleichung*, «AcP» (167, 193 y ss, 204).

(264) MOLINA, Disp. 725; COVARRUBIAS, *Opera*, I, p. 620, núm. 1; POTHIER, *Obligations*, núm. 664; SAVIGNY, *Sistema*, V, 129; GARCÍA GOYENA, 616.

Esto es así en el Código civil si la *aestimatio rei* es un daño, es decir, entra en el concepto de *interest*, por lo que no podría buscarse una solución transaccional mediante la cual la excepción *etsi restituta* eximiera del abono de los daños mas no de la estimación objetiva del bien (265). Para negar la relevancia de la excepción del caso fortuito en estos supuestos habría que acudir al principio también clásico de que *contra spoliatorem omnia praesumuntur* (266), criterio que, dado el artículo 1.896, no parece que pueda ser aprovechable.

La conclusión no puede ser otra que la de aplicar el artículo 1.896-2.º en todos aquellos casos en que milite igual o superior razón (267).

h) *Interés y responsabilidad civil derivada de delito*

Tenemos que hacer referencia aquí a las consecuencias restitutorias de la responsabilidad civil derivada de delito tal como aparece en el artículo 104 del Código penal. Según este precepto, la indemnización de perjuicios alcanza también a los que se hayan producido a un *tercero*. A su vez, el artículo 102-2.º del Código penal establece que la restitución se hará aunque la cosa se halle en poder de un tercero «salvo su repetición contra quien corresponda». La Jurisprudencia penal admite que es un *tercero* de los referidos en el artículo 104 el tercer adquirente del bien, admitiéndose que en el propio juicio penal en el que se decreta la restitución pueda decidirse la indemnización debida a estos terceros de buena fe, obligados a restituir al dueño la cosa sustraída (SS. 6-6-1949, 9-2-1954, 13-3-1951, 6-6-1969, etc.). Realmente este criterio ya había sido propuesto por Groizard al comentar el Código penal de 1870 (268). Y ha sido criticado por la doctrina a partir de Gómez Orbaneja, entendiendo que no es tercero del artículo 104 el titular de una acción de repetición puesto que su perjuicio no es directo ni actual, y nace de la condena, no del delito (269); sólo fuera de la pieza de responsabilidad civil derivada del delito podría discutirse su derecho de repetición.

Lo cierto es que la Jurisprudencia aquí reseñada supone que la restitución frente a un tercero distinto del usurpador se consigue por

(265) Cfr. BADOSA, 872, 926.

(266) Cfr. para la pérdida tras la mora en WACKE, *ob. cit.*, 683.

(267) BADOSA, 850, 885, lo entiende aplicable al art. 457 y al 1.744. Igualmente, PANTALEON, respecto al art. 1.182 C.c., aunque considera que esta excepción no es una relevancia en nuestro Derecho de la eficacia liberatoria de las causas de reserva, sino un problema de relación de causalidad: la norma se referiría al mismo caso fortuito que produjo la pérdida en poder del deudor (*Tesis, cit.*, 638 y ss.).

(268) *El Código penal de 1870, concordado y comentado*, II (1872), 531.

(269) GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Lecrim.* (1951), II, 386; CÓRDOBA, MOURULLO, TORO, CASABO, *Comentarios al C.P.*, II, 587.

una acción de responsabilidad civil y no a través de la reivindicación, y que ello se sustancia además en la misma pieza de responsabilidad. En principio esto no supone una dificultad insalvable, por más que conlleve la necesidad de que hayan de ventilarse en la causa criminal todos los puntos civiles que deberían ser resueltos en un juicio civil de reivindicación. El problema comienza cuando se repara en la obligación de saneamiento.

Según Antonio Gómez, el segundo comprador no puede dirigirse contra el primer vendedor si su contratante no le cede la acción (270). El Código civil no se refiere a esta cuestión, y deja sin resolver la pregunta de si el poseedor actual puede llamar en cadena a todos los vendedores anteriores o si incluso está en condiciones de elegir cuál de ellos ha de prestarle el saneamiento (271). Lo cierto es que aquí en una pieza se sustancia, junto a la propia restitución, un problema de saneamiento. El ladrón tendrá que cubrir al tercer adquirente, no ya como dice el Código penal la *indemnización de perjuicios*, sino todo aquello que de acuerdo al artículo 1.478 corresponda al *id quod interest* de la responsabilidad por saneamiento. Entiendo también que el dueño podrá reclamar como daños y perjuicios del sustractor los frutos que no pueda recuperar del tercero de buena fe. Lo que ya es más dudoso es que el ladrón responda del todo el *interés* del poseedor restituyente cuando no tendría que hacerlo por evicción si su inmediato adquirente era, por ejemplo, un donatario. Ejemplo, el que se apropia indebidamente de cosa mueble ajena se la dona a «X» y éste se la vende a «Y». «Y» será parte en la pieza de responsabilidad civil derivada de delito, y, en cuanto tercero, cobrarse del delincuente el precio que pagó por la adquisición del bien indebidamente apropiado. Mas resulta que el propio delincuente no estaría obligado a sanear a «X», pues le transmitió a título gratuito. ¿Deberá el delincuente correr con el riesgo de un saneamiento que de acuerdo a la Ley civil no tendría por qué prestar?

El problema ya no existe, al menos en esta medida, cuando los adquirentes intermedios hubieran tenido también en su caso derecho al saneamiento frente al delincuente. El poseedor actual obligado a restituir quedaría automáticamente subrogado en todas las acciones que cada uno de estos intermedios tuviesen hasta llegar al origen del desplazamiento de la cosa apropiada. Es decir, de acuerdo a esta Jurisprudencia aquí reseñada, el comprador —poseedor actual— tiene en la misma pieza de responsabilidad civil en la que se actúa la restitución derecho al saneamiento contra el vendedor de su vendedor.

(270) *Variae Resolutiones*, II, II, 46.

(271) Cfr. RUBINO, *Compravendita*, 730.

3. Fundamentos de la responsabilidad en la restitución

a) Regla general

Todos quienes estén sujetos a restituir y no se encuentren amparados por alguna regla especial están sometidos a la responsabilidad por culpa leve de los artículos 1.103-1.104, con la facultad moderadora judicial que permite el propio artículo 1.103 y las consecuencias que se recogen en los artículos 1.106 y 1.107 del Código civil, cuyo examen particular no corresponde a este trabajo (272).

En este punto no hay que hacer excepción alguna ni tan siquiera cuando la restitución tenga una causa distinta de la «obligación» a que se refiere el artículo 1.104. Que la responsabilidad por culpa leve se extiende al usufructo lo dice el artículo 497 del Código civil, y esta norma será de natural aplicación a toda posesión que de una manera u otra pueda llamarse por aproximación «usufructuaria» (reservas sucesorias, fideicomisos, etc.). En este sentido, el artículo 1.122-2.º del Código civil, referido a la situación de pendencia de la obligación condicional, es altamente expresivo.

Fuera de la responsabilidad por culpa quedan aquellos casos en que el obligado no está sujeto, por pérdida o deterioro, a otra regla que a la de restituir su positivo enriquecimiento (arts. 197, 1.304, 1.778, 1.897) o que se trate del tipo de responsabilidad del poseedor, enunciada en el artículo 457 del Código civil. En este artículo, así como en los anteriormente citados, la exención de responsabilidad por culpa deriva del solo hecho de que el obligado a restituir desconoce su propia condición de obligado (273), y puede proceder sobre la cosa sin sujetarse a la obligación de custodia que impone el artículo 1.094 del Código civil. Es dudoso de si al margen de estos supuestos citados existe alguna otra hipótesis donde el Derecho exima al obligado a restituir de la responsabilidad general por culpa. Podría pensarse, por ejemplo, que a efectos de los deterioros el donatario del artículo 645 no tiene por qué contar con la eventualidad de una supervivencia de hijos, y que puede, por tanto, proceder sobre la cosa con la libertad que podría hacerlo un auténtico dueño (274). En todo caso, creo aquí preferible aplicar la regla general, dada la posibilidad de flexibilización que esta propia regla ofrece en el artículo 1.103; es

(272) El art. 1.107 C.c. tiene variaciones importantes sobre su modelo, el artículo 1.151 Code, pues, en éste, incluso la responsabilidad del deudor doloso se restringe, de acuerdo con DUMOULIN (*De eo quod interest*, núm. 179) y POTHIER (*Obligations*, núm. 167) a los daños que sean una consecuencia directa, y no una *suite tres éloigné* del incumplimiento. Sobre la relación entre ambos Códigos, Cfr. PANTALEON, 707 y ss., not. 74.

(273) BADOSA, 698 y ss.

(274) LACRUZ, II, 3.º, 146.

preferible hacer responder por culpa al donatario en este caso, pero con la facultad de moderación a que se refiere el precepto, que incluirlo en el ámbito de una regla que de modo fijo determina la exención de responsabilidad por culpa.

Cuando el Código civil imponga que en determinados supuestos de pérdida del bien restituible, la restitución alcanza al valor del mismo, con independencia de la culpa o diligencia (cfr. artículos 645, 1.307, etc.), habrá que estar a esta norma; y la diligencia del deudor se hace irrelevante. La cuestión es más dudosa cuando se trata de deterioros. ¿Responderá por culpa el adquirente de buena fe cuyo título se anula por la existencia de un defecto de consentimiento de su cocontratante? Obsérvese que este contratante de buena fe no tiene por qué ser consciente de su calidad de deudor al desconocer el vicio que produce la nulidad. Sin embargo, parece que tendrá que responder por ellos y aun si los deterioros fueron ocasionados por caso, ya que a su vez el cocontratante que ejercita la nulidad tendrá que devolverle a él todo el precio recibido. De hecho, este último tendrá que deducir del precio a restituir el valor del deterioro (274 bis).

b) *La responsabilidad del poseedor de buena fe*

El *bonae fidei possessor* constituye un modelo excepcional de responsabilidad, en virtud del cual, dado que el poseedor está *domini loco*, puede proceder con libertad sobre la cosa sin responder de la

(274 bis) La doctrina suele considerar que la restitución del valor en el art. 645 del Código civil *in fine* sólo tiene lugar cuando el donatario es responsable de la pérdida por su culpa o dolo (LACRUZ, *Sucesiones*, 1981, 513, con referencia a los arts. 1.182 y 1.897; DÍAZ ALABART, *Comentarios al C.c. y Compilaciones forales*, VIII, 2.º, 340 y ss., con referencia al art. 457 C.c.; VALLET, *Estudios sobre donaciones*, 1978, 548). Yo estimo lo contrario, con ROCA SASTRE (*Notas a KIPP-COING*, I, 162). Yo creo que los términos del art. no dejan lugar a dudas de que aquí, como en el art. 1.307, no se ha querido excluir caso alguno, a diferencia, por ejemplo, del art. 1.122. En caso contrario, la norma sobraría. La razón de lo aquí dicho radica en lo siguiente: el donatario no puede responder como un deudor ex arts. 1.105, 1.182, porque no es deudor mientras no se hace valer la revocación. No puede existir culpa mientras no surja una obligación que exija un modo de negligencia o, mejor, de diligencia debida. Es claro que el donatario no está en este sentido constreñido por el art. 1.094. El donatario, ni es culpable de la causa revocatoria (los hijos del donante) ni del modo de actuar sobre la cosa. Igualmente, el art. 1.045-2.º le imputa el riesgo de la pérdida fortuita, y no importa aquí que este precepto no sea una norma de restitución, sino de imputación, puesto que el efecto, el detrimento patrimonial del donatario, es uno y el mismo. El donatario corre con la ventaja de que el donante no tenga hijos o que, teniéndolo, no revoque la donación, pero corre igualmente con el riesgo de la supervivencia de hijos. En este sentido, estimo que ni el art. 645 ni el art. 1.307 son normas de responsabilidad, sino de atribución de riesgos, de la misma forma que comúnmente se entiende que el acreedor ha de soportar el riesgo cuando el deudor pierde fortuitamente la cosa debida.

pérdida o deterioro culposo de la misma. Es dudoso que este modelo proceda enteramente del Derecho romano. Las normas del Dig. 6.1 no dejan en claro si antes de la *litis contestatio* el poseedor de buena fe quedaba eximido de responsabilidad. En Dig. 9.2.38 (referido a la Ley Aquilia) el poseedor de buena fe responde normalmente por culpa. En D. 6.1.45, sólo responde por dolo (275). En el All. Landrecht prusiano el poseedor de buena fe respondía por culpa lata (I, VII, 219).

Lo cierto es que en el Código civil el poseedor de buena fe no restituye lo que dejó de poseer por hecho propio (venta, donación), ni de los deterioros causados en la cosa. No responde por los frutos ni aunque los haya obtenido prematuramente. No restituye el ahorro de gastos que se procure con la cosa ajena ni tiene el dueño contra él una pretensión para que conserve la cosa en su poder (276). No responde por no haber hecho en la cosa las impensas necesarias. Y todo ello con independencia de que hubiera adquirido onerosa o gratuitamente la posesión (277).

Antes de que «se interrumpa legalmente la posesión», el poseedor de buena fe sólo responde por dolo (art. 457 C.c.). No ha sido pacífico el entendimiento que merezca esta remisión al dolo en el artículo 457, tanto más, se dice, cuanto que por definición la buena fe excluye el dolo (278). También era dudoso en el Derecho común qué podía significar el dolo del poseedor de buena fe. Para Savigny, por ejemplo, significaba que si el poseedor manumite al esclavo no responde por ello, pero sí si oculta en juicio este extremo (279). Se dudaba si se refería a quien empezó a saber que la cosa poseída era ajena o a quien, aun creyéndola propia, no la restituye y la destruye con el fin de que el otro no la recupere (280). Puede ser referido al dolo como una responsabilidad procesalmente determinada, de manera que se referiría al poseedor demandado que voluntariamente frustra el eventual éxito de la acción real (281). Puede en fin referirse no tanto a la relación con el demandante, sino a un determinado modo de actuar sobre la cosa: un dolo objetivo consistente en actuar sobre el bien poseído de una manera abusiva o simplemente antisocial.

En rigor no parece fácil decidirse por ninguna de estas posibles explicaciones, y yo, por mi parte, no creo que deba renunciarse a

(275) Cfr. SAVIGNY, *Sistema*, V, 112.

(276) IHERING, *Ist der ehemalige Besitzer...?* Ih. Jah. (16), 285.

(277) Sobre este último punto, DELGADO, *Adquisición y restitución*, 558.

(278) Cfr. RODRÍGUEZ ADRADOS, *El dolo del poseedor de buena fe*, «Estudios Homenaje a De Castro», II (1976), 549 y ss.

(279) *Sistema*, V, 112.

(280) Cfr. BADOSA, 700, not. 39. Para GLUCK (*Pandette*, VI, p. 1983), sólo responde de dolo cuando restituye antes de iniciado el proceso (*post conventionem*); una vez entablada la litis, respondería aún por culpa.

(281) Así, BADOSA, 700.

priori a ninguna de ellas. Admito que pueda ser un dolo objetivo debido al incorrecto uso de la cosa (vg., quema por capricho el coche poseído); puede ser el dolo procesal de quien es demandado y duda del éxito de su defensa (aunque aquí se responde también por culpa), o el dolo de quien antes de la demanda conoce que su posesión es indebida. De todas formas, parece esta referencia más bien un límite que el propio legislador renuncia a precisar, pero que entiende de razón como una frontera necesaria al desplazamiento del riesgo al dueño. En el P. 1.851 nada se decía, y tampoco conozco pronunciamiento jurisprudencial que ayude en la comprensión del precepto. Desde luego, como veremos a continuación, hay situaciones en que la responsabilidad por dolo no puede significar una exención de la responsabilidad por culpa. La *mala fides superveniens* hace responder por culpa, así como la circunstancia de haber interrumpido legalmente la posesión por el ejercicio de una acción real.

En el Derecho alemán el § 993 I *in fine* del BGB excluye al poseedor de buena fe de cualquier pretensión por enriquecimiento y por daños. Pero se duda si esta exclusión se refiere sólo al mero hecho de poseer y en el marco de la relación de reivindicación o si cierra en general cualquier pretensión de acuerdo a las normas generales. Hoy la doctrina suele entender, sin embargo, que aquella norma constituye una norma de cierre para cualquier otra pretensión al margen de la propia acción de reivindicación (282).

De modo distinto ocurre en el *common law*. Se denomina «conversion» a un *tort* cometido por un *dealing* ilícito sobre los bienes muebles de otra persona (chattels), de tal forma que constituya un injustificado *denial* de su derecho sobre la cosa, o se pretenda un derecho incompatible con el derecho de un tercero. Puede darse *conversion* por el mero *taking possession*, por la disposición del bien ajeno, por su deterioro o destrucción. Comete *conversion* el tercer poseedor de buena fe e incluso, ante la regla «innocent mistake is no defence», no puede ser alegada ni la culpa concurrente del dueño («contributory negligence»); si bien en ciertos casos los Tribunales suelen excluir de esta regla a quienes con fundada razón creen que quien les atribuye el bien es el titular. El *converter* pagará el *full value* como consecuencia de una venta forzosa impuesta por el actor. Un simple «being in possession», sin ninguna otra manifestación, no constituye *conversion*. En los supuestos de disposición de bien ajeno incurrir en este *tort* tanto el disponente como el destinatario (283). Como decía Warren (284), el adquirente sufre el riesgo de comprar

(282) KOBL, *Das Eigentümer*, cit., 159 y ss.

(283) WINDFIELD-JOLLOWITZ, *On torts*, 11 Edit. (ROGERS), 1979, 449 y ss.; FLEMING, *The law of torts*, 1983, 55 y ss.

(284) *Trover and conversion*, 1936, 86, cit. en FLEMING.

de la persona legitimada, no eximiéndole del mismo las buenas razones que tenga para comprar de un sujeto que no está legitimado para disponer.

Según la tradición del Derecho común, el poseedor de buena fe demandado responde por culpa y no por caso fortuito; únicamente cuando se oponga temerariamente a la demanda o cuando la *litis contestatio* coincida de hecho con la pérdida de la buena fe (285) (286). La demanda por una acción real no hace nacer la mora ni se equipara a la mala fe en cuanto a sus efectos (287). El que este poseedor no quede en mora después de la demanda deriva del solo hecho de que, al desconocer su carácter de obligado, no tiene por qué responder del desconocimiento al que se debe su falsa creencia (288, y porque no existe principio alguno que le obligue a restituir en el momento de la reclamación (289), sino, muy al contrario, deberá litigar y llamar en causa a su vendedor si quiere que éste responda frente a él del saneamiento por evicción. Esto es lo que diferencia radicalmente al poseedor en sentido estricto, por ejemplo, del heredero aparente del artículo 197 o del donatario sujeto a revocación por el artículo 645; desde el momento de la demanda (por haber aparecido el ausente o por el hecho del nacimiento del hijo) ya no puedan dudar de que si retienen la posesión lo hacen indebidamente; están ya desde este momento constituidos en mora. Como lo está, en mi opinión, el simple *accipiens indebiti* de buena fe desde que ha sido judicialmente interpelado. Esto es lo que distingue aún con mayor razón a un estricto poseedor de buena fe (es decir, un poseedor civil con título de dueño) de todos los otros poseedores con o sin título de dueño, debidos o indebidos, que derivan sus derechos de quien precisamente ahora les reclama. Por mucho que en la jurisprudencia y doctrina abunden los apelativos de poseedor de buena fe aplicado al comprador con pacto de retracto, al representante del ausente, a quien compró un bien por un contrato nulo sin haber provocado él la causa de nulidad, al arrendatario o indebido arrendatario, al precarista o al comunero, ninguno de ellos son auténticos poseedores de buena fe a efectos de la irresponsabilidad privilegiada que define el artículo 457 del Código civil.

(285) DONELLO, *Commentarium*, XX, V, XI; GREGORIO LÓPEZ, glo. a «buena fe». Part. 6,14,6.

(286) En el Derecho romano, las fuentes no son claras. En Dig. 5,3,40 no se presta el caso fortuito; en 6,1,15,3, el esclavo muerto es indemnizable al dueño si éste lo hubiera vendido; Cfr. otros casos en Dig. 6,1,16; 6,1,36. Un análisis de estas fuentes, en SCHIPANI, *La responsabilità del convenuto per la cosa oggetto di azione reale*, 1971, 43 y ss.

(287) SAVIGNY, V, 57 y ss.; WINDSCHEID, I, núm. 193.

(288) WOLFF-RAISER, I, 582; GURSKY, *Staudinger Komm.*, § 990, núm. 50.

(289) WACKE, *Gefährerhöhung*, 674.

El poseedor de buena fe no responde del caso fortuito una vez demandado porque no está en mora y porque, de acuerdo a una razonable concepción del Derecho romano, el poseedor demandado no queda impedido de usar la cosa conforme a su destino sin responder de los casos fortuitos que conforme a este destino frustren la restitución: así, el poseedor de la nave reclamada no responde de su hundimiento si la envió a navegar por sitio seguro y al mando de hombres peritos, y a pesar de todo ello naufraga (Dig. 6.1.16.1). Desde luego, una simple reclamación o requerimiento extrajudicial no basta para constituirlo en mora a efectos del caso, pues el Tribunal Supremo afirma que la cesación de efectos de la buena fe del artículo 451 se equipara a la interrupción civil de la usucapión del artículo 1.945, y esta interrupción no puede conseguirse por la reclamación extrajudicial del artículo 1.973 del Código civil (S. 20-9-1984). Todo ello, por supuesto, con la salvedad de que haya razones para pensar que a partir del momento de la demanda o de otro momento anterior el poseedor conozca que posee indebidamente, lo que es cuestión de hecho.

El poseedor en concepto distinto del de dueño responde frente al propietario en la misma medida en que debería responder frente a su contratante-poseedor mediato. El contrato con un tercero delimita en este punto el margen de su responsabilidad con el reivindicante. Por supuesto, ello es también así si el contrato por el que se cede la posesión inmediata en concepto distinto del de dueño se concertó con el verdadero dueño y es inválido por la razón que fuere.

c) *La responsabilidad del poseedor de mala fe*

Se refiere a esta responsabilidad el artículo 457 II, a cuyo tenor el poseedor de mala fe responde en todo caso y aún de fuerza mayor cuando hubiera retrasado maliciosamente la entrega.

Según Windscheid, el poseedor de mala fe antes de la demanda sólo responde por dolo; después de la demanda aún por caso; por culpa sólo respondería por la pérdida de frutos (290). Para otros, en cambio, en este poseedor el proceso es una circunstancia irrelevante: antes respondería por dolo y culpa, y aún por caso, pues el *fur* se considera siempre en mora (291). En el BGB (§ 990 II) sólo se responde por culpa y únicamente se prestará el caso después de la mora o cuando se posee por delito (§§ 992, 848 BGB). Para la Part. 6,14,4, sólo se responde del caso *post litem contestatam*.

(290) WINDSCHEID, I, núm. 194.

(291) DONELLO, XIX, XIV, XXIV.

En el Derecho del Código civil tampoco ha sido unánime la interpretación que merezca el referido artículo 457. Para Manresa, el artículo 457 sería aplicación del artículo 1.096-2.º y la mora se produciría cuando la sentencia condenara a la entrega y el poseedor es posteriormente requerido a su cumplimiento o se lleva a efecto la diligencia de entregar la posesión por el artículo 926 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (292). Para Albaladejo es claro que «retener maliciosamente» no se da por el solo hecho de tratarse de un poseedor de mala fe, pues entonces sobraría la parte final del precepto. Antes de «retener maliciosamente» se respondería por culpa y «caso fortuito no especialmente grave» (cfr. art. 1.575 C.c.); «fuerza mayor» equivaldría a «casos fortuitos especialmente graves». De los primeros se respondería siempre, pues el de mala fe siempre está en mora (293). Para Badosa, la expresión «en todo caso» no incluye el caso fortuito —que en este sentido no se distinguiría de la fuerza Mayor—. Incluiría todo tipo de *hecho propio* con especial referencia a la culpa levísima, excluida del artículo 1.094. Estaríamos ante un significado —según la teoría del autor— equivalente a la *culpa-hecho propio* a que se refiere el artículo 1.182, para la que no es preciso negligencia. El *malae fidei possessor* no estaría por este solo hecho siempre en mora y para poder hablar de retraso malicioso sería precisa una acción real (no una simple puesta en mora) o haber adquirido violenta o clandestinamente la posesión. En el artículo 1.896, en cambio, se respondería siempre del caso (294).

Aunque sin dar nunca una significación precisa, el Código civil y la Ley en general conocen, o al menos utilizan, la distinción entre caso y fuerza (arts. 1.784, 1.905, 1.908, responsabilidad por accidentes de circulación). No es imposible, por tanto, que en el artículo 457 caso y fuerza no estén sometidos a idéntico régimen. Dada una especial carencia de criterio divisorio creo que para el caso presente puede aceptarse la distinción de Albaladejo entre «casos fortuitos y graves» y los «no especialmente graves», criterio que parece suministrar el artículo 1.575 del Código civil e sede de arrendamiento. Es, por tanto, posible hacer esta distinción en el artículo 457. Qué se deba entender por «retraso malicioso» no veo que deba reducirse a una especial técnica de articulación procesal: no veo por qué deba ser la condena judicial ni tampoco necesariamente la mora procesal. En mi opinión, no es ni tan siquiera preciso que lo ejercitado sea una acción real. No veo ninguna dificultad en aceptar la expresión en cualquier sentido que usualmente pueda considerarse «retrasada maliciosamente» la entrega de la cosa. No es preciso una demanda.

(292) *Comentarios al C.c.* (1951), 324.

(293) *Derecho civil*, III, 1.º (1976), 120 y ss.

(294) *La negligencia*, 842 y ss.

Pero puede ser perfectamente cualesquiera de las formas de puesta en mora recogidas en el artículo 1.100: una interpelación o un mero requerimiento. Puede ser el acto de conciliación. Cualquier elemento que sirva para cualificar jurídicamente un retraso. No encuentro tampoco dificultad en que se entienda por retraso malicioso la mera llegada del término de posesión y el retraso se provoque no por culpa, sino dolosamente. En general, creo que en la mayoría de los casos cualquiera de las formas que pueda adoptar este retraso admite cualificarse como alguna de las formas de manifestación de la mora a que hace referencia el artículo 1.100. Puede, en efecto, y a falta de otro término de referencia, afirmarse que el poseedor de mala fe responde por la fuerza mayor desde que está en mora, en sentido estricto (porque en sentido impropio *fur semper in mora*).

El deterioro por el uso normal de la cosa creo que entra igualmente en restitución. Pero no siempre lo hará por el mismo concepto. Si existen frutos a restituir, este uso no se restituye separadamente del fruto, pues constituye su condición de posibilidad. Si el uso no es fructífero (una casa que no se alquila, por ejemplo), generalmente se ha de restituir o como lucro cesante por la privación del uso o como daño «abstracto» (lo veremos en otro capítulo) por el simple hecho de disponer del valor ajeno.

Y al responder *en todo caso*, responde igualmente aunque la cosa se deteriore o pierda por hecho de un tercero que no pueda ser considerado fuerza mayor. El dueño podrá en principio reclamar contra cualquiera, poseedor o dañante. Y si reclama del poseedor deberá en este caso cederle las acciones que le corresponderían contra tercero por el daño en el bien (cfr. Dig. 6.1.63; § 255 BGB). La indemnización sólo se prestaría en este caso bajo la condición de la cesión de la acción de responsabilidad aquiliana.

4. Restitución de frutos «percipiendi»

a) *General*

En el Código italiano no existe norma que regule la situación del poseedor de mala fe respecto de los frutos. Se entiende por la doctrina que antes de la demanda restituirá los percibidos, y sólo después de ésta se restituyen los podidos percibir, pues éstos de por sí, dicen los autores, no son debido por la mera mala fe, sino por los efectos retroactivos de la sentencia, como se desprendería de la situación del *bonae fidei possessor* (295). En el Código civil responde de estos frutos desde antes de la demanda, y el proceso constituye para este po-

(295) GENTILE, *Effeti*, cit., 28 y ss.; MONTEL, *Possesso*, 276.

seedor un factor irrelevante en cuanto a los frutos, ya porque se predique de él a efectos dialécticos la situación de mora permanente, ya, más simplemente, porque su posesión es un daño que sufre el poseedor. Creo, contra Badosa, que no hay dificultad en considerar este caso como uno de los que el artículo 1.100 del Código civil refiere como de constitución automática en mora.

En el Derecho alemán, el poseedor de mala fe responde antes del proceso por los frutos por él descuidados. Pero sólo tras la mora o si se trata de un poseedor delictivo restituirá los que podría haber percibido el dueño (296). En el Código civil, en cambio, es irrelevante si el poseedor de mala fe accedió a ésta con o sin título; de acuerdo con la tradición del derecho de la restitución clásico, en ambos casos se responde *ex acceptione* por los frutos.

b) Modelos de cálculo de los frutos percipiendi

Savigny había entendido que el poseedor sujeto a responsabilidad restituiría los frutos *neglecti*, descuidados por su propia conducta (297). Acaso su autoridad determinó la solución adoptada por el BGB. En el Derecho alemán el módulo de los *percipiendi* lo constituye el provecho que el propio poseedor hubiera podido adquirir de acuerdo a las reglas de una ordenada economía, fijada por el patrón de conducta del padre de familia (298). Otro tanto ocurre en el Derecho italiano.

Según la tradición del Derecho común, los frutos *percipiendi* se han de medir por la persona de quien tiene derecho a la posesión, no por la de quien efectivamente posee (Dig. 6.1.62.1), dado que se tratará de un lucro cesante producido por la privación del disfrute de la cosa (299). Todavía se admitió un criterio mixto, de acuerdo al cual debería restituirse los frutos *percipiendi* conforme al canon más beneficioso para el propietario; de ahí que se admita que el marco de conducta que correspondería prestar al poseedor de mala fe sería el del diligentísimo *pater familias* (300).

A mí no me cabe duda que el criterio seguido por el artículo 455 del Código civil, que se corresponde al segundo modelo enunciado, constituye la solución correcta. El tercero, y por la misma razón el

(296) Entienden WOLFF-RAISER que también el poseedor delictivo entregará los pedidos percibir por él e incluso los percibidos, a pesar de que a tenor del § 992 «BGB» este poseedor responda según las reglas de la responsabilidad (I, 583).

(297) *Sistema*, V, 77 y ss.

(298) GURSKY, *Staud. Komm.*, § 987, núm. 14.

(299) COVARRUBIAS, *Opera*, I, 621, núm. 4; ALR, I, VII, 224; DERNBURG, II, número 226.

(300) GUZMÁN, *De evitionibus*, XXI, 63, 64; GARCÍA GOYENA, 224.

primero, son incorrectos, pues si existiera este deber de procurar un provecho al dueño sería por la previa aceptación del principio, incorrecto claro, de que el poseedor de mala fe debe gestionar los asuntos del dueño. Además, reconocer que sólo se restituyen los *neglecti* supone la aceptación presupuesta de otro principio, igualmente incorrecto, de acuerdo al cual el poseedor de mala fe tiene derecho a usar productivamente la cosa, pues responde de su negligencia en no obtener frutos. El poseedor de mala fe ni está obligado a procurar provecho al dueño ni a esforzarse en su conducta; esfuerzo a todas luces absurdo, pues cuanto más obtenga más tendría que restituir sin que su diligente explotación le eximiese de responder por la culpa y por el caso.

Convertir a los frutos *percipiendi* en una deuda de frutos *neglecti* supondría, en el sentido del Código civil, una inadmisibles confusión entre lo que es fundamento y lo que es alcance de la responsabilidad. La negligencia en el Código civil es un *fundamento* de responsabilidad en el artículo 1.103, pero no determina el alcance de la obligación a resarcir, que el artículo 1.106 cifra en el lucro cesante del actor. La buena fe puede limitar la cadena causal de daños resarcibles (art. 1.107), pero no disminuir el *quantum* de los daños que efectivamente hayan de repararse. Es evidente, no sólo en el campo de las obligaciones, que el lucro cesante a restituir es el que sufre el legitimado, no el que el incumplidor podría haber obtenido de explotar «diligentemente» las resultas de su incumplimiento.

Todavía el criterio mixto puede tener algún sentido en materia de saneamiento por evicción: los frutos *percipiendi* por el reivindicante y que ha de restituir el comprador, los recuperaría éste de su vendedor por el artículo 1.478-2.º en cuanto que son *frutos* que estuvo obligado a entregar. En cambio, los que el propio comprador hubiera podido percibir los cobrará del vendedor por el número 5, en cuanto su propio lucro cesante, que el vendedor prestará si es de mala fe.

c) *Fruto percipiendi y actividad diferenciada*

Todo fruto *percipiendi* en el sentido del Código civil se basa en la existencia de actividades económicas diferenciadas, es decir, en la existencia de márgenes distintos de lucros obtenibles por el restituyente, de un lado, y por el legitimado, de otro. Esto es claro tanto en el lucro que se obtiene por un contrato válido como el que se obtiene *ex acceptione*. Así, en la teoría clásica de la usura, sólo la actividad diferenciada del «mercator» era razón válida para justificar en un contrato de cambio el cobro de lucro cesante, pues se trata de alguien que negocia con su dinero y cuya privación es, sin duda, un daño para él, no un simple fruto del dinero, que en cuanto tal fruto sería usurario. Pero si prestamista y prestatario no se encuentran en este

margen diferenciado, el lucro cesante sólo era obtenible cuando se restituía por hecho ilícito (301).

En la restitución éste constituye un criterio fundamental. Si el dueño y el poseedor desarrollan actividades económicas *no diferenciadas*, el lucro cesante *tiende* al provecho obtenido; fruto *percepti* y *percipiendi* suponen una misma función. El provecho obtenido será cifra tendencialmente equivalente al daño que el legitimado ha sufrido por la privación del goce de la cosa. En estos casos deberá exigirse una prueba rigurosa que justifique la pretensión de que el lucro cesante sufrido por el actor excede al lucro obtenido (y restituible) por el sujeto pasivo. Pero, correlativamente, en otros tipos de provechos que no sean frutos y que, por tanto, no estén sujetos al principio de restitución del artículo 455, sino a la mera regla indemnizatoria, deberá aceptarse sin una prueba especialmente intensa que este provecho respecto del cual ninguna norma impone la restitución debe indemnizarse como lucro cesante, pues el provecho tiende al daño por privación del goce. Este es el caso de la citada Sentencia 5-10-1985. El dueño del terreno al que se ha «sustraído» el volumen de edificabilidad, era, como el sustractor, constructor. Al pedir en la restitución no sólo el valor material del daño emergente, sino el enriquecimiento obtenido por el demandado con la venta de los pisos construidos a costa de aquél, el Tribunal Supremo tendría, al contrario de lo que hizo, que haber admitido esta pretensión, pues el provecho obtenido por el demandado expresa la cifra del lucro cesante del actor, para lo que no se debe exigir en estos casos una prueba rigurosa.

Una actividad diversificada entre los distintos sujetos en conflicto impone, en cambio, las dos siguientes consecuencias. Si el legítimo poseedor tiene una actividad diferenciada y más lucrativa que la del poseedor actual (por ejemplo, explota el inmueble como hotel: Sentencia 17-3-1964), no se puede exigir con rigor la prueba imposible de la seguridad de obtención del lucro que ahora se pretende frustrado; es decir, debe partirse como principio de que en estos casos los frutos *percipiendi* superan a los *percepti*. Y, al contrario, si el margen de ganancia es favorable a la actividad diferenciada del poseedor. En estos casos, como decía Pothier, si me roban unos vestidos no puedo pedir frutos *percipiendi* si no demuestro que mi ocupación es precisamente la de alquilar esos vestidos (302).

d) *El artículo 455 del Código civil como norma de integración*

Siempre que el Código civil imponga textualmente una restitución de frutos percibidos sin hacer referencia expresa a los podidos percibir por el actor (cfr. arts. 1.095, 1.295, 1.303, 1.468, 882, 760, 651,

(301) SOTO, VI, I, 4; AZPILICUETA, *Comentario*, IX, 34.

(302) *Propriété*, núm. 334.

1.770, etc.) no cabe lugar a preguntarse, como alguna vez se ha hecho (303), si en esta mención quedan incluidos los *percipiendi* o si la regla en concreto es especial frente al artículo 455. Porque la cuestión se decide siempre preguntando si en el supuesto concreto existe o no algún fundamento por el que el restituyente deba indemnizar de los daños al legitimado. Y si los hay (y siempre existe tal fundamento) no queda duda de que estos frutos se restituyen, no por aplicación del artículo 455, sino por aplicación de la regla general de que el lucro cesante es indemnizable, siempre que se dé alguna razón de responder (dolo, culpa). En este punto, el artículo 455 no es más que una norma redundante, pues se presupone que tal daño, como todo daño, es indemnizable. El fundamento de restituir provechos será la propiedad, el riesgo, el enriquecimiento, etc. El fundamento de restituir los *percipiendi* es siempre el daño. Y esto en todo tipo de restitución de provechos. Junto al artículo 1.720, por ejemplo, hay que aceptar que el mandatario restituirá también lo que por su culpa dejó de obtener para el mandante (304). En el 1.095 del Código civil se responderá de los *percipiendi* tras la mora; en el artículo 882 ocurrirá otro tanto; en los gananciales no por el artículo 1.347-2.º, sino por la responsabilidad del artículo 1.390. En el artículo 1.295 del Código civil es así con total independencia de si se aplican en este ámbito las normas posesorias (cfr. S. 9-3-1932); en el régimen matrimonial de participación no entrarán en el patrimonio final los frutos *percipiendi* por tratarse de un activo patrimonial, sino, acaso, por el concepto de *ganancia ficticia* del artículo 1.424 (305). Y así en el resto de los casos. En los artículos 1.303 ó 760 sin necesidad de mora, por el solo hecho del daño causado por quien provocó la nulidad, o por quien adquirió contra las prohibiciones de los artículos 752 y siguientes la posesión de la herencia.

e) *El artículo 455 no excluye la normativa general de responsabilidad*

El artículo 455 no deroga otras reglas más generales que al poseedor de mala fe pudieran serle de aplicación. Concretamente no creo que esté en el sentido de esta regla el que se excluya la indemnizabilidad de otros lucros cesantes del dueño distintos de los frutos perdidos percibir. El artículo 455 no excluye el artículo 1.106 (al contrario S. 4-6-1955, aunque a otra finalidad distinta que la que aquí tratamos), ni cualquier otra indemnización que pudiera corresponder por priva-

(303) Sobre el art. 760, LACRUZ, *Sucesiones*, I (1971), 114; sobre el art. 651 del Código civil, DÍAZ ALABART, *Comentarios*, 462 y ss.

(304) POTHIER, *Tr. cont. de bienfaisance*, II, 36 y s.; MIMERVINI, *Il mandato, la commissione, la spendizione*, 1954, 96.

(305) MORALES niega la colación del lucro cesante en el art. 1.424: *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, II (1984), 1871.

ción del disfrute de la cosa (así, por ejemplo, el gasto de alquiler de un coche que sustituya al coche robado). Delgado lo estima de diversa manera, sosteniendo que otros lucros adicionales sólo son indemnizables si se trata de un poseedor delictivo o si el poseedor ha sido demandado, dados los efectos de la mora (306).

Yo estimo que la mención de «frutos podidos percibir» que hace el artículo 455 no tiene una «segunda intención» ni parece que responda a un designio especial del legislador. No creo que sea otra cosa que la recepción de un modo de pensar *per formulas* propio del Derecho común, donde el Código civil ha querido guardar la armonía entre dos funciones en realidad tan distintas del concepto de frutos como son los de la restitución de provechos y la de indemnización de los daños. El Código civil se habría en este caso dejado llevar por la magia de las palabras. Que el artículo 455 no excluye otros daños se prueba con sólo tener en cuenta los daños *in rem ipsam*, indemnizables por el artículo 457. En segundo lugar, negar en el artículo la viabilidad de otros lucros cesantes *extra rem ipsam* sería tratar de peor condición a quien tiene un derecho a los frutos que a quien no lo tiene. Un poseedor de buena fe que ve dañado su interés patrimonial por un tercero no tendría derecho a pretender la restitución de frutos *percipiendi*, pues el poseedor no tiene en nuestro Derecho una pretensión abstracta a la obtención de los frutos, sino una exención de restitución de los por él percibidos. Y, sin embargo, no se podría excluir la aplicación en este caso del artículo 1.106, vía 1.902. El titular de una servidumbre de no edificar en terreno ajeno no es titular de ningún derecho abstracto de frutos sobre la finca gravada. Pero si se viola la servidumbre negativa no se puede dudar que por la vía del artículo 1.106 tenga derecho a ser indemnizado en la ganancia que pruebe haberse frustrado como consecuencia de la lesión de su derecho. En cambio, si se mantiene el carácter excluyente del artículo 455, el usufructuario que por hecho del propietario se ve privado del disfrute de la cosa no tendría otra pretensión de lucro cesante que la *intra rem* de los frutos que él hubiera podido percibir. Esto no ha sido así en la legislación anterior al Código civil (307), ni parece que en las fuentes se conozca otra limitación a la indemnización del lucro cesante que las que se contenían en Dig. 19.1.21.3 y 18.7.19, referidos a la compraventa, que limitaban los derechos del vendedor contra el comprador moroso a los intereses del precio, pero no a

(306) *Adquisición*, 623.

(307) Cfr. Part., 5,8,21 (arrendamiento): el arrendador que impide el uso de la cosa arrendada debe abonar los menoscabos «y aún las ganancias que pudiera haber hecho en aquellas cosas que tenía arrendadas». LÓPEZ cree que esta ley no sólo faculta para pedir el lucro cesante *respectum ad aestimationem fructuum*, sino también el interés *extra rem* de lo que hubiera podido obtener el arrendatario del dinero sacado con el fruto.

la ganancia que con dicho precio pudiera haber sido lucrada (308). Y aun así obsérvese que en ningún caso la limitación de responsabilidad al daño *intra rem* tenía aplicación si en la compraventa había habido dolo del vendedor, como demuestra para la venta de cosas defectuosas la P. 5,5,63 (309). Téngase en cuenta por último que toda esta materia *non de iure sed de facto est*. No se puede afirmar sin más que la ganancia obtenible por el propietario con el fruto que podía haber percibido no entra en la reparación del daño, pues nada hay en los artículos 1.106 ó 1.107 que confirmen semejante opinión; lo que ocurrirá es que tal lucro frustrado será generalmente de difícil prueba, tanto en la realidad de esa frustración cuanto en la relación de causalidad que la misma pueda tener con la posesión indebida de un tercero.

Puesto que se trata de un lucro cesante, el poseedor de mala fe no condicionará la restitución de estos frutos a que se conserve la cosa en su poder, por pérdida o enajenación (cfr. Dig. 6.1.17.1; 6.1.33), con independencia de que por esta pérdida el obligado se sujeta a la restitución del valor de la misma con sus intereses (1.108, 1.896, 1.303 C.c.). Mas esto debe ser entendido en el siguiente sentido. Por pérdida de la cosa responderá de los frutos podidos percibir hasta entonces, aunque aquélla ocurra en manos de un tercer poseedor de buena fe (Dig. 6.1.17); a partir de la pérdida responde del valor y los intereses, que en el Código civil se conceptúan frutos de una cantidad de dinero. Otros lucros cesantes distintos de los frutos *perci-piendi* podrán ser indemnizados a partir de la pérdida si se considera que en las deudas de dinero el montante de los perjuicios del acreedor no queda sin más circunscrito a los intereses de la cantidad; opinión que creo se puede sustentar con el artículo 1.896 del Código civil. Si el poseedor de mala fe enajena la cosa, responde de todos los daños que se le siga al dueño de ello y del valor de los frutos podidos percibir si el propietario no puede recuperarlos del tercero de buena fe (310). Creo que resulta en este punto admisible la tesis de que si el propietario no puede frente al tercero pedir los frutos de la cosa poseída, puede acumular la acción de restitución contra éste y la acción de indemnización de daños contra el disponente (311).

(308) Como excepción de la responsabilidad general por todo el lucro cesante considera MOLINA el caso del incumplimiento del contrato de compraventa (Disp. 724).

(309) Según el «BGH», los *Mangelfolgenschaden* son indemnizables de acuerdo a los principios generales, en contra del limitativo criterio del Derecho común: Cfr. ESSER-WEYERS, II, 62.

(310) Cfr. Dig. 6,1,17,1 y 6,1,15. En el primer caso, JULIANO considera que la *litis contestatio* equivale a la mora. En el segundo, ULPIANO admite una responsabilidad sin culpa del poseedor demandado. Cfr. SCHIPANI, *Responsabilitá*, cit., 43 y ss.

(311) ALR, I, XI, 158; DELGADO, *Comentarios al C.c. y Comp. forales*, cit., 320.

f) *La restitución de frutos percipiendi por el poseedor de buena fe*

Antes de la demanda el poseedor de buena fe no restituirá frutos *percipiendi*, no porque el artículo 451 le exima de restituir los percibidos, sino porque este poseedor no responde del daño que se le pueda seguir al dueño. Pero cómo respondiera este poseedor después de la demanda era una cuestión discutida en el Derecho común. Para una opinión, respecto a los frutos todos los poseedores responden igual después de la demanda (312). Para una segunda opinión, el poseedor de buena fe demandado no responde sino de los frutos que él hubiera podido percibir y descuidó por su negligencia (313). Según una tercera opinión, el poseedor no restituiría los *percipiendi* después de la *demanda* (314).

El Código civil no ha previsto cuál es el estatuto del poseedor de buena fe una vez que se interrumpe legalmente la posesión. Yo creo, no obstante, que son ciertas dos afirmaciones. En primer lugar, el artículo 451 se refiere a los frutos percibidos; una vez interrumpida la posesión los restituirá, pero nada refiere de los daños que esta posesión haya podido causar al dueño. En segundo lugar, no parece estar en el sentido del Código civil que una vez interrumpida la posesión el poseedor de buena fe se asimile sin más al *malae fidei possessor*. Haría falta para ello una referencia explícita, pues de por sí esta asimilación no es posible dado que el poseedor de buena fe no está sin más en mora por el hecho de la demanda.

Delgado sustenta la opinión que el poseedor demandado responderá de los frutos que él hubiera podido percibir (315). Pero esto supone introducir un extraño criterio de responsabilidad en el Código civil, de acuerdo al cual cuando alguien ha de responder frente a otro, el lucro cesante del artículo 1.106 se mide no por lo que haya dejado de obtener el incumplidor por no haber explotado diligentemente las consecuencias de su infracción.

Yo creo que la carencia en el Código civil de una regulación explícita de este supuesto responde a una presuposición implícita en el legislador de que, una vez interrumpida la posesión, *rigen las reglas generales*. La regla general en esta materia es que se responda por culpa. Y el poseedor puede estar en culpa tanto en lo que se refiere al modo de haber entrado a poseer —generalmente, el error a que se refiere el artículo 433 será calificado como culpa leve— como a la manera de actuar sobre la cosa. Yo creo que, de acuerdo al principio de la *omnis causa*, el actor tiene que poder conseguir todo aque-

(312) DONELLO, *Comm.*, XX, VI, XXIV.

(313) THIBAUT, *Pandekten*, núm. 709.

(314) GARCÍA, *De expensis*, XXIII, 44, 45.

(315) DELGADO, *Adquisición*, 608.

llo que tendría de haber sido entregada la cosa al momento del inicio del pleito; él no puede sufrir el riesgo de la dilación procesal siempre que la sentencia estimatoria se retrotraiga, como en efecto lo hace, al momento de inicio del proceso. Desde luego, el proceso no supone (a falta de una medida aseguratoria consistente en el secuestro o en la intervención judicial del bien litigioso) que el poseedor cese de tener derecho a usar la cosa. Mas ese derecho sólo se traduce, si no es ya de mala fe, en la exención de responder por caso si la cosa se daña o se pierde de acuerdo a su uso normal. Esto es realmente lo que decide la Sentencia 17-3-1964: después de la demanda el poseedor de buena fe restituye los frutos que el dueño hubiera podido obtener; en la especie se trataba de los beneficios dejados de obtener por no haber podido explotar el inmueble con la finalidad hotelera a la que el actor se dedicaba. Exigir al poseedor, por su parte, una diligente actividad supone obligarle a gestionar para el dueño, a ganar frutos para él; lo que no creo pueda ser sostenido.

Su responsabilidad, no obstante, por los frutos *percipiendi* estará limitada por el doble criterio del artículo 1.107: que sean los daños consecuencia *necesaria* del hecho que obliga a responder y que, si se accedió a la posesión por contrato con el dueño, resulten *previsibles*.

He dicho arriba que la culpa del poseedor puede surgir tanto del modo de acceder a la posesión cuanto al modo de comportarse en ella. La segunda no plantea mayor problema: el poseedor de buena fe demandado responde de los deterioros y menoscabos por su culpa, y, en consecuencia, de todo daño que al legítimo poseedor se le siga de ello. Pero la responsabilidad por frutos *percipiendi* sin daños a la cosa y por el solo hecho de poseer indebidamente, está subordinada a la culpa o negligencia en el *título por el que se posee*; vgr., no haberse cerciorado de lo que compraba o de a quién compraba, etc. Esta negligencia será generalmente culpa leve y por ella se responde. Mas puede no serlo si el error es absolutamente excusable, circunstancia ésta difícil de probar. Mas si así fuera, y durante todo el tiempo de posesión y durante todo el proceso, siga el poseedor creyendo excusablemente que su derecho es firme, no podrá exigirse de él la culpa, o sólo se podrá dar entrada a ésta haciendo uso de la facultad moderadora a que se refiere el artículo 1.103.

g) *Frutos «percipiendi meliorationis»*

En Dig. 6.1.31 se detalla un caso que el tratamiento sistemático de la doctrina ulterior ha demostrado capaz de ofrecer solución satisfactoria a un conjunto de supuestos. Se trata del caso de quien de mala fe posee un esclavo ajeno al que ha enseñado un oficio: en la reivindicación no pueden entrar los frutos que el dueño podría haber percibido del nuevo oficio aprendido por el esclavo. Es el problema

tradicionalmente considerado bajo la enunciación de *fructus meliorationis*.

La solución, en efecto, no parece difícil. Dado que el fruto *percipiendi* es un lucro cesante, el propietario no puede pretender restitución de los frutos que deja de obtener de este cambio de destinación de la cosa, dado que él nunca podría haberlos obtenido de acuerdo a la antigua destinación de la cosa (316). Para obtener esta restitución el propietario tendría que probar que él mismo hubiera hecho esta mejora que cambia la destinación de la cosa, y, todavía en este caso, habría que restar de la restitución los gastos que hubiera debido dispensar a este efecto.

Por razones similares no son restituibles los frutos *percipiendi* que el propietario hubiera podido obtener de una explotación ilícita de la cosa, ya que el actor no tiene derecho a ello (arts. 1.305, 1.306 C.c.).

XII RESTITUCION DE FRUTOS PERCIBIDOS

Una obligación de restituir frutos percibidos puede tener como fundamento y supuesto de hecho cualquiera de los modelos de restitución que se describieron en el capítulo III. De esta forma, podían ser tipificados estos supuestos de hecho en las clases siguientes:

1. Haber accedido delictivamente a la posesión de la cosa (artículo 1.185 C.c.).
2. Haber adquirido de un tercero conociendo que no estaba éste legitimado para disponer (art. 455 en conexión con el 433 C.c.).
3. Haber adquirido la posesión o la propiedad o el derecho real directamente de su titular por medio de un título ineficaz, ya porque se ha provocado la ineficacia por el poseedor, ya porque de cualquier otra manera la conducta del adquirente no puede considerarse jurídicamente correcta (arts. 1.295, 1.303, y el propio 457 como regla general).
4. Haber adquirido la posesión por un título nulo que se sabe ineficaz (arts. 760 y concordantes).
5. Haber cesado el tiempo de posesión lícita desde que el poseedor en concepto distinto del de dueño, o en concepto de dueño, pero que deba retransmitir a un titular posterior preferente, estén en mora en el cumplimiento de su obligación.
6. Tratarse del cumplimiento de una obligación de dar, en el sentido estricto de la expresión, como equivalente a la *datio romana*,

(316) GARCÍA, XXIII, 49; COVARRUBIAS, *Variae Resol.*, I, VIII, 4; DONELLO, XX, VI. XXV.

ya con esa obligación se transmita directamente la propiedad, ya la sola posesión en concepto de dueño (arts. 882, 1.095, 1.468 y concordantes).

Salvo el último supuesto enunciado en esta clasificación, el resto de las hipótesis contemplan casos de gestión posesoria sujetos al artículo 455 del Código civil. De una manera y otra, en todos ellos puede ser descubierta la existencia de una calificación de «mala fe» en el modo de acceder a la posesión o de continuar en ella.

1. Restitución de frutos en una gestión posesoria

a) *Frutos percibidos e «id quod interest»*

Los frutos percibidos no entran por su propio concepto en el campo delimitado por la noción de *id quod interest*, dado que el legitimado para la restitución no los obtiene en función del daño que él mismo haya podido percibir por la pérdida o privación de la posesión legítima. Y puesto que no se restituyen en función del daño sufrido por el poseedor legítimo, tampoco los frutos restituidos al titular se «compensan» con otros daños adicionales que el receptor haya producido en la cosa (317). Ciertamente, y ya lo hemos dicho en capítulo anterior, los frutos percibidos *tienden* a equivaler al daño por la privación del goce de la cosa, y en este sentido, *percepti* y *percipiendi* podrán, en la mayoría de los casos, considerarse como variables de una misma función: lo que deja de obtener el poseedor legítimo, normalmente, equivaldrá a lo que obtiene el poseedor indebido. No obstante, esta regla, al igual que toda cuestión de hecho, no enuncia un principio definitivo, y los frutos percibidos serán mayores que los *percipiendi* si son mayores las habilidades del poseedor actual, o más lucrativa la destinación impuesta por éste a la cosa.

Por todo lo dicho, los frutos percibidos se deberán al poseedor legítimo, aunque éste no los hubiera percibido ni podido percibir por sí mismo de acuerdo a la antigua destinación de los bienes (318). Para el Código civil, en consecuencia, sólo resulta relevante la circunstancia de que estos frutos se hayan obtenido de una cosa cuyo disfru-

(317) Otra cosa distinta es si se compensan los desperfectos con las mejoras, es decir, si el art. 487 C.c. tendría aquí aplicación. Sobre el art. 487 y el sentido de la «compensación», ALBALADEJO, *Compensación de desperfectos con mejoras en el usufructo*, «ADC», 1963, 1035 y ss.; en general, sobre la *compensatio*, PANTALEÓN, tesis, 140 ss.; la STS 15-XII-1981 admite en tema de daños la compensación entre la indemnización por la ruina del edificio y el mayor valor en venta como solar.

(318) Dig. 5,3,55; MOLINA, Disp. 718; COVARRUBIAS, *Opera*, I, p. 621, núm. 4; LARENZ, *Schuldrecht*, II, 534; ESSER-WEYERS, II, 417; GURSKY, *Staud. Komm.*, § 987, número 5; SACCO, *L'arricchimento*, 27.

te la Ley considera un ámbito reservado a su titular. El derecho de gozar a que se refiere el artículo 348 del Código civil no sería entonces una mera descripción de la facultad de disfrute directo, sino además el fundamento de una pretensión al lucro-fruto obtenido por la violación del disfrute reservado. En este sentido, la restitución de provechos excede de una simple función indemnizatoria. Ello no obstante, algunas veces la propia noción de frutos percibidos conservará una eficacia indemnizatoria; así, por ejemplo, los frutos percibidos por un tercero de buena fe, que no son restituibles, pero que el propietario pueda repercutir de quien cedió la posesión de mala fe: en este caso, no se restituirán en cuanto «percibidos», sino en cuanto lucro cesante que el legítimo poseedor pueda reclamar aún después de que el disponente ilícito haya cesado de poseer.

Por todo lo dicho, es claro que la doctrina del «doble límite» de la acción de enriquecimiento carece de eficacia en el campo de aplicación de los artículos 455 y concordantes.

b) *Alcance objetivo: Frutos*

Sobre el alcance objetivo de la restitución, poco hay que decir en este capítulo. Que sean frutos es algo que se ha intentado delimitar en el capítulo V. La restitución de otros tipos de provechos que no sean frutos se remite a los capítulos siguientes. La restitución alcanza, por tanto, a todo aquello que, incluido o no en el artículo 355, pueda considerarse fruto de un bien. Todo ello sin perjuicio de que otro tipo de beneficios que se obtengan por la gestión posesoria deban ser restituidos por otro concepto, ya, por ejemplo, como *pars rei* (aluvión, por ejemplo), ya como sustancia de la cosa (vgr., los árboles frutales cortados de la finca).

c) *Irrelevancia del modo de obtención*

Para el Código civil es irrelevante, por lo que respecta a la obligación de restituir, si estos frutos se obtienen de la cosa sin costes de producción o si, por el contrario, dichos costes son precisos para su producción. La diferencia no repercute en la propia obligación de restituir, sino en el correspondiente derecho de reembolso que por aquellos costes pueda corresponder de acuerdo con el artículo 356 del Código civil.

Para el Código civil basta que sean frutos de la cosa de acuerdo a una consideración común sobre el modo y resultado de la explotación de los bienes, sin importar cuál sea la cifra de capital o el valor del trabajo de inversión por parte de quien los percibe. En ningún

caso se rompe la relación de destinación con la cosa por el *solo hecho* de que los gastos de inversión y los costes generales de obtención del provecho superen de por sí al valor de la cifra capital. En el derecho de la restitución de provechos no es aplicable un criterio similar al que para la especificación utiliza el artículo 383 del Código civil; es decir, no se calcula cuál sea el factor cuantitativamente preponderante del lucro («más preciosa» o «superior en valor» es el criterio de decisión del art. 383 C.c.); no importa cuál sea la resultancia de la comparación de las variables concurrentes. Y ello tanto si se estima el valor trabajo como el *coste de producción* de tal trabajo, como si se estima, igualmente, dicho valor trabajo en cuanto *coste de reproducción* del mismo. Para la restitución de provechos basta que el rédito se obtenga de la cosa como fruto de ella. Así, por ejemplo, quien con costosos gastos de inversión logra sacar fruto de un pedregal ajeno, los restituirá en su caso por el artículo 455; en cambio, quien roba el coche ajeno y por medio de este delito logra cerrar un próspero negocio, no restituirá este lucro como fruto del vehículo. Estos ejemplos demuestran que tampoco el principio de causalidad representa un criterio de relativa importancia en este ámbito.

d) *Frutos y enriquecimiento*

No parece posible decidir en el Derecho del Código civil si la restitución de frutos regulada en el artículo 455 y concordantes constituyen una aplicación concreta del principio que veda el enriquecimiento injusto, o si, por el contrario, es una excepción al referido principio. Para aquellos que estiman que la «restitución de enriquecimiento» no debe sobrepasar el valor objetivo del disfrute del bien ajeno, la restitución regulada en el artículo 455 excede de lo que el principio de enriquecimiento exigiría. Así, por ejemplo, para el Derecho portugués, Pereira (319) entiende que la norma correlativa del Código portugués excepciona la regla que prohíbe el enriquecimiento sin causa, ya que de acuerdo a ésta sólo se exigiría, según él, la restitución de los frutos obtenibles por un propietario diligente; lo que exceda sería lucro retenible por el poseedor. Dentro de la concepción del enriquecimiento defendida, entre otros, por Von Caemmerer, sólo se exigiría en rigor la restitución del valor objetivo de la cesión del disfrute, lo que el preceptor hubiera tenido que pagar para acceder legítimamente a esta posesión. Por el contrario, en una concepción diversa, para la cual el enriquecimiento obtenido de bienes ajenos se concreta en el lucro obtenido por la injerencia, el artículo 455 sería la norma congruente por excelencia con este principio (320).

(319) PEREIRA COELHO, *O enriquecimento*, 110 y ss.

(320) SCHULTZ, *System*, 325 y ss.

Como quiera que sea, la restitución de los frutos en el artículo 455 ni está funcionalizada al «daño concreto» del legítimo poseedor ni se limita al valor objetivo del disfrute de la cosa restituible.

e) *La restitución de frutos como deuda de dinero*

Dado el principio ya establecido en otros capítulos anteriores de que la deuda de frutos es una deuda de dinero, los intereses del fruto sólo se podrán restituir de acuerdo al criterio mayoritariamente sustentado por el Tribunal Supremo sobre la exigencia de liquidez. La deuda de frutos es —acaso salvo alguna excepción esporádica— una deuda ilíquida. Sólo a partir de la condena se deberán intereses por dicha cantidad, y siempre que dicha condena sea ya a una cantidad líquida (art. 921 LEC), y no se limite a establecer las bases de liquidación para ejecución de sentencias. Esto se traduce en la consecuencia, congruente con el principio *in illiquidis non fit mora*, de que respecto a las deudas de frutos el obligado a restituir nunca estará en mora a estos precisos efectos, aunque sí, por ejemplo, a otros, como puede ser la restitución del lucro cesante (S. 13-9-1876) (321).

En cuanto deuda de dinero, y frente a los tratamientos prolijos que en este punto ofrecía el Derecho común, es indiferente el estado en que se encuentre el fruto, extante, consumido o enajenado. La cantidad de dinero que representa el fruto no es, sin embargo, el precio de su enajenación o el valor que tenía en el momento en que se consumió. Será, por el contrario, el valor del fruto calculado por precios de mercado el día en que procesalmente se realice la liquidación como dispone el artículo 945 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El propietario no sufre el riesgo de la pérdida de frutos, con lo que queda resuelta la polémica suscitada en el Derecho común sobre si los frutos percibidos y destruidos por caso entran o no en la restitución (322).

En cuanto deuda de dinero, está sujeta, por tanto, a las consecuencias de la regla *genus nunquam perit*. No entran nunca en el fruto restituible el lucro que el poseedor obtenga de la negociación del dinero obtenido por el fruto. A falta de un privilegio especial, el legítimo poseedor no tendrá preferencia frente al resto de los acreedores del perceptor.

f) *Frutos ilícitos*

Si los frutos obtenidos de la cosa son «ilícitos» en el sentido que el Código civil utiliza esta expresión, vinculados a la noción de «causa» (art. 1.275) o de «causa» y «objeto» (arts. 1.305-1.306), para

(321) En el Derecho común entra en la restitución el fruto del fruto (DONELLO, XX, V, XXV), dado que se partía de la presuposición de que los frutos se recuperaban con acción real.

(322) Cfr. MOLINA, Disp. 725.

decidir si están o no sujetos a restitución, habrá que distinguir entre el tipo de ilicitud y el modo en que se obtengan.

1.º) Si el «hecho constituye un delito o falta» se dará al fruto el destino prevenido en el Código penal (arts. 1.305 C.c. y 48 C.p.). Así, por ejemplo, es claro que la plantación de cocaína no es restituible al poseedor legítimo, participe él por su parte o no de la «ilicitud de la causa».

2.º) Si el perceptor está legitimado para poseer y disfrutar de la cosa por un título que le transmite una posesión hábil para adquirir los frutos, los frutos ilícitos (entiéndase, siempre que el hecho no constituya delito) no son restituibles, dado que quien cede la posesión en base a un título de esa clase ni tiene una pretensión sobre los provechos en general ni puede considerar este fruto como un lucro cesante del cual él es privado. Ni tan siquiera aunque la obtención de estos provechos fuese al mismo tiempo una lesión del contrato, incluso con facultad resolutoria (art. 114-8 LAU: dedicación del piso alquilado a actividades inmorales), ya que este fruto no entra como partida del daño resarcible. Y esto es así tanto si la causa ilícita es compartida por ambos contratantes (art. 1.306-1.º) o si sólo está de parte del contratante que percibe los frutos (art. 1.306-2.º), ya que en este caso «el otro que fuera extraño a la causa torpe podrá reclamar lo que hubiere dado», y es claro que no dio estos frutos.

3.º) Si se cede en concepto distinto del de dueño, en una posesión que no conlleva la facultad de uso (art. 1.767, depósito), o la de disfrute (art. 1.741, comodato), la norma aplicable a este caso parece ser la contenida en el artículo 1.770, que obliga a devolver la cosa depositada con todos sus productos. Y creo que es así aunque la «causa torpe» esté de parte de ambos contratantes, pues el artículo 1.306-1.º habla de que no se puede repetir lo que se hubiera dado en virtud de contrato ni reclamar el cumplimiento de lo que otro hubiera ofrecido. Este artículo no puede entenderse en el sentido de que el depositario o comodante no puedan recuperar la cosa, ya que no se trata de contratos con prestaciones recíprocas (323). Y creo que junto a la cosa entrarán los frutos, puesto que éstos no constituyen la contraprestación a que se refiere el mentado artículo (324).

4.º) Si se trata de una restitución sometida al artículo 455 o se transmitió la posesión por un título cuya ineficacia obliga a la restitución de frutos (arts. 1.295, 1.303), tradicionalmente se consideraba que los frutos deshonestos formaban parte de la *omnis causa* de la restitución (325). Se ponía, normalmente, el ejemplo del poseedor de

(323) Cfr. en este sentido, DELGADO, *Comentarios*, 311 y s.

(324) Para GUILLOUARD, el depositario no restituirá las ganancias obtenidas por el uso ilícito del depósito (*Trait. du prêt, du dépôt et du sequestre*, 1892, 354).

(325) DONELLO, XIX, XIV, XXI; SACCO, *L'arricchimento*, 203.

la herencia que dedicaba a burdel un local incluido en la sucesión. Entiendo que para el Código civil es válido el siguiente principio: si entre el legítimo poseedor y el restituyente no media contrato, el artículo 1.306 es inaplicable, y el poseedor no puede excusarse de restituir el lucro ni tan siquiera alegando en su caso el principio *in pari turpi causa melior est conditio defendentis* (326), circunstancia que de hecho sólo podrá alegar mediante la prueba, irrelevante en este caso, de que el legítimo poseedor también se dedicaba anteriormente a obtener estos frutos «deshonestos».

Mas si hubo contrato entre las partes, el artículo 1.306 encuentra perfecta aplicación: si la causa torpe estaba de ambas partes no habrá lugar a restitución de ningún tipo. Si era sólo de parte del perceptor los frutos se restituyen normalmente.

g) «*Fructus meliorationis*»

Problema particularmente difícil de recibir una solución adecuada, en todo caso, es el conocido en la tradición anterior bajo el epígrafe institucional de *fructus meliorationis*. Se trata de decidir el alcance restitutorio que afecte a los frutos obtenidos por el poseedor a costa de una modificación del destino de la cosa. El problema no pertenece sólo a la doctrina de la restitución, sino que es propio de toda consideración jurídica a que se someta el disfrute de los bienes: saber si el rendimiento obtenido por una mejora de la cosa pagada con propios bienes debe ser restituido a un tercero (327).

En el Derecho común se mantuvieron dos interpretaciones distintas. Según la primera, los frutos obtenidos de la mejora realizada por el *malae fidei possessor* son restituibles (328). Según otra doctrina, estos frutos no eran restituibles, puesto que no se adquieren en cuanto poseedor, sino en cuanto dueño exclusivo de ellos (329). Recientemente se ha entendido también en Alemania y en Italia que los frutos obtenidos como consecuencia de una inversión que mejora el bien ajeno no son restituibles al titular de éstos (330).

(326) Sobre el alcance de esta *defence* en Derecho inglés, BIRKS, *Introduction*, 424 y ss.

(327) En España fue cuestión de política legislativa decidir si el diezmo del producto de las tierras alcanzaba también a los obtenidos de nuevas obras de regadío pagadas por el dueño. Puesto en práctica este diezmo por Felipe II, fue suprimido por Carlos III: CÁRDENAS, *Historia*, II, 265.

(328) COVARRUBIAS, *Variae Resol.*, I, VIII, 4.

(329) GARCÍA, *De expensis*, XXIII, núm. 54.

(330) LORENZ, *Staudinger Komm.*, § 818, núm. 14; KOPPENSTEIMER, «NJW», 1971, 588, 593; BARCELLONA, *Frutti*, 231, y *Restituzione*, 326; para este autor sólo se restituyen frutos de acuerdo a la antigua destinación.

Creo que la solución puede desglosarse en distintos supuestos:

1.º) En principio, no admite ninguna duda que el poseedor de buena fe o quienes por aplicación generalizada del artículo 453, se asimilen a él, no puede cobrar las mejoras por lo que importan para el dueño en valor reidual. En la mejora abonable no entra el fruto que el dueño obtenga o pueda obtener en el futuro de la misma (artículo 453). Obsérvese que ello también es así si la mejora no es abonable (cfr. art. 455 en relación con el 362 C.c.); en este caso, no se le puede pedir al legitimado que obtiene gratuitamente el valor de la mejora un reembolso por los frutos que en el futuro obtenga de ella.

2.º) No cualquier cambio de destinación puede valer como mejora en el sentido que estamos aquí tratando. De hecho, si así fuera, jamás se restituirían frutos. El alquiler de la casa ajena es, sin duda, un cambio de destinación si antes no se obtenía de ella ninguna renta, pero es claro que esta renta constituye fruto restituible, por más que el poseedor legítimo no los hubiera obtenido nunca de acuerdo a la antigua destinación. Con esto se quiere decir que un uso más rentable de la cosa no constituye sin más una ruptura de la regla de atribuciones de frutos del artículo 455. Por la misma razón no lo es la simple inversión de capital, o la aplicación de gastos y trabajo a la obtención de los provechos del bien restituible. Porque si así no fuera, estarían sobrando tanto el artículo 355-2.º como el artículo 356, que consideran la inversión y el trabajo como un coste en la obtención de provechos, no como títulos autónomos de apropiación.

Aun aceptando la dificultad existente para encontrar un criterio decisorio entre lo que es cuantitativo y cualitativo, entre lo que modifica o no el «estado físico» de un bien (331), entiendo que un simple incremento cuantitativo de la cosa productiva debido a la inversión de capital no es un cambio de destinación bastante para romper la regla de atribución del artículo 455. Quizá la expresión legal menos incorrecta que podemos utilizar sea la de «incrementos patrimoniales incorporados» a que se refiere el artículo 1.360 del Código civil (332). El incremento patrimonial se deduce del fruto como coste patrimonial del artículo 356 del Código civil.

3.º) La mejora que constituya un cambio del estado del bien, viene referida en el artículo 362 del Código civil, que la atribuye al legítimo poseedor sin correlativa obligación de reembolso de gastos. El problema radica en saber si el artículo 362 excluye o no la aplica-

(331) Véase a este respecto las dudas doctrinales que nacen en la interpretación del art. 1.045 C.c. sobre el cambio de estado «físico» del bien donado: CARRASCO, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, II, 1303 y ss.

(332) Cfr. RAMS, *Las accesiones en la sociedad de gananciales*, «ADC», 1985, 301 y ss.

ción cumulativa del artículo 455, o dicho de otra manera, si en el propio artículo 455 la obligación de restituir frutos percibidos se puede acumular a la exención de abono de gastos que no sean los de «mera conservación de la cosa».

De momento hay que hacer constar lo siguiente. Con carácter general la restitución de frutos percibidos (si se quiere, deuda de enriquecimiento) no puede compensarse con los gastos útiles hechos en la cosa y no reembolsables por el dueño. Aunque de hecho este último supuesto consista también en un enriquecimiento cuyo favorecido es el *dominus*. En segundo lugar, los frutos *percipiendi* de las mejoras no constituyen daños indemnizables al *dominus*, porque éste no ve frustrada ninguna ganancia, que sólo podía pretender de acuerdo a la antigua destinación. Por último, los frutos podidos percibir, en cuanto daño, son «compensables» con las mejoras de acuerdo a las resultas del principio de la *compensatio lucri cum damno*: es decir, si entre uno y otro media una «conexión interna» (*innere Zusammenhag*) de forma que la mejora constituya la condición esencial de la privación de un fruto de acuerdo a la antigua destinación.

Creo que aquí son relevantes los siguientes criterios: si la mejora restituible constituye al mismo tiempo un fruto, lo que puede ocurrir con las siembras y plantaciones de que habla el artículo 362, estos frutos se percibirán con el abono de gastos a que se refiere el artículo 356 («gastos hechos para su producción, recolección y conservación»). Si se entiende en un sentido muy amplio el concepto de «gasto necesario», abonable a todo poseedor, como lo ha entendido el Tribunal Supremo (333), incluyendo en ellos los gastos para conseguir una explotación más útil de los bienes, los frutos deberán restituirse, pues el restituyente ya cobra por el artículo 453 los gastos de inversión. Si la nueva destinación hace a la cosa integrarse en un proceso productivo del que no es sino un uso instrumental (vgr., la cafetera ajena robada, instalada en el propio restaurante), no se restituye el fruto, como tendremos ocasión de ver en el último capítulo de este trabajo. Si los frutos percibidos exceden con mucho a los que el legítimo poseedor pudiera haber percibido de acuerdo a la antigua destinación, creo en rigor que se deberá tener en cuenta esta circunstancia para limitar acaso la restitución de los *fructus meliorationis*. Si estaba en el curso normal de las cosas que esta destinación se hubiera producido estando el bien en manos de su legítimo poseedor, creo que los frutos son restituibles, siquiera con el preceptivo abono de gastos a que se refiere el artículo 356 (334). Y, en general, salvo que en casos especiales la solución pague de excesivamente inequitativa (porque ya de por sí el artículo 362 es bastante riguroso con el posee-

(333) SSTS 28-II-1968, 4-IV-1968.

(334) Las consecuencias de esta «disposición máxima a la forma» en PUFFENDORFF, II. 305.

dor), creo que no se corresponde con el sentido del Código la pretendida incompatibilidad entre restitución de las mejoras sin reembolso y restitución de los frutos obtenidos de esta mejora.

Uno de estos casos excepcionales donde la acumulación de restitución resulta irrazonablemente gravosa, se produciría cuando el rendimiento o utilidad apropiada como fruto por el poseedor se aplica enteramente a mejorar (sin reembolso) la cosa. Por ejemplo, todo el beneficio industrial o empresarial se aplica a la realización de inversiones que quedan en la cosa sin derecho de reembolso; en este caso carece de justificación una obligación suplementaria de restituir frutos.

2. La restitución de frutos en la entrega con función solutoria

a) *Obligación de dar*

El concepto de «obligación de dar» en el Código civil ha perdido el sentido riguroso que pudiera provenir del concepto romano de *datio*, esto es, la obligación de dar como equivalente a obligación de transmitir la propiedad (335). De hecho, el artículo 1.094, por ejemplo, así como el artículo 1.096, pueden aplicarse a todo tipo de obligación de dar, e incluso la aplicación paradigmática del primero parece ser la de las obligaciones de restituir una posesión titulada en concepto distinto del de dueño.

El artículo 1.095-1 no es aplicable, por tanto, a todas las obligaciones de dar, en el sentido lato de este término.

Ya dije en el capítulo VIII que este artículo no constituye la norma general que sirva para fijar el momento de restitución de frutos en todas las obligaciones de dar en sentido amplio, pues dada su conexión con el segundo inciso del mismo precepto, está pensada para aquellas obligaciones que transmiten la propiedad. Para otros supuestos (posesión temporal en concepto distinto del de dueño y posesiones sucesivas en base a la existencia de un título preferencial), ya dije que el artículo 1.096 me parecía el apropiado para definir el momento a partir del cual se debían los frutos.

En este epígrafe, sólo nos referimos a los supuestos en los que la obligación de dar tiene como función específica la transmisión de la propiedad (compraventa, art. 1.468 C.c.; sociedad, art. 1.687), o sólo la posesión en concepto de dueño que antes no se tenía. Con independencia de la diversidad de supuestos que esta última mención

(335) Este es el sentido cabal del término, como se muestra en POTHIER, *Obligations*, núm. 494. Cfr. BADOSA, 182.

puede contener, nos referiremos mucho más explícitamente al legado a que se refieren los artículos 882 y 883 (336).

b) *Frutos pendientes*

Entran en la restitución todos los frutos desde el día en que se perfecciona el contrato (art. 1.468) o se abra la sucesión (arts. 882, 1.533). Los frutos pendientes naturales o industriales entran en la entrega como *pars rei*, aunque ya estén «maduros» al tiempo en que nace el derecho (337), pues (si se trata de compraventa) se entiende que en este caso el vendedor ya los ha incluido en el precio. Esta es la razón que explica el «corte» entre los artículos 1.468 y 1.501-2. En este último se establece una obligación de abono de intereses del precio no pagado cuando la cosa vendida y entregada produzca frutos; la razón radica en que los frutos obtenidos de la cosa después de su entrega ya no se entiendan incluidos en el precio: de ahí la obligación de abono de intereses. Téngase en cuenta que los intereses del artículo 1.501-2 no son moratorios, pues éstos ya están previstos en el número tres del mismo artículo. Y de hecho, por los efectos de la mora y el modo de producirse ésta en las obligaciones bilaterales (arts. 1.100 y 1.500), en el artículo 1.501, párrafo 2.º, ya se habría producido la mora por el solo hecho de que el vendedor haya cumplido. Parece, por tanto, que los intereses por fruto del referido precepto que, repito, no son moratorios, deberá explicarse porque la obligación de pago del precio estaba aplazada. Lo cual, por su parte, tampoco deja de ser en cierta manera absurdo, pues si existió plazo, el beneficio que el comprador obtiene de ello se incluiría en el precio. Debería entonces pensarse, como hace García Goyena (338), que en este caso se trataría de un plazo concedido después del contrato (339).

La regla de reembolso de gastos del artículo 356 (*fructus intelligitur deductis expensis*) no tiene aplicación en este ámbito, ya que, como acabamos de decir, las expensas de producción de frutos ya habrán sido tenidas en cuenta para la fijación del precio. Tratándose de frutos del legado, se supondrá que el propio testador ha querido también atribuir gratuitamente por este concepto; el heredero recibe los bienes en el estado en que los dejó el causante y no tiene ninguna pretensión a una reintegración patrimonial distinta de la sola inoficio-

(336) Según ROCA SASTRE, el art. 882 no es aplicable al legado de cosa ajena (*Estudios*, II, 205).

(337) GARCÍA GOYENA, 740.

(338) *Conc.*, 758.

(339) Cuando el comprador está en mora, los intereses ex art. 1.501, párr. 3.º, se deben, aunque la cosa vendida no produzca frutos (MOLINA, Disp. 368).

sidad del legado. Estos frutos, sin embargo, entran en el valor del legado a efectos del cálculo de oficiosidad del mismo.

El principio afirmado según el cual el artículo 356 no es aplicable, puede en algún caso conducir a soluciones injustas. Así, por ejemplo, en el retracto convencional del artículo 1.519. En efecto, si el fruto ya estaba próximo a obtenerse en el momento de la venta, aumentaría sin duda el precio de venta pagado. Este precio es igualmente el del retracto (art. 1.518), cuando a lo mejor ya no existan frutos ni tan siquiera manifiestos en el momento en que se ejercita este retracto, con lo que el vendedor retrayente sale visiblemente empobrecido al perder el precio y el fruto (340).

De la misma forma que no hay abono de gastos, tampoco tiene el vendedor ni el heredero (a diferencia, por ejemplo, del retracto, art. 1.519) parte alguna en el producto líquido (341).

c) *Frutos percibidos después de la venta*

Según una opinión sustentada por Antonio Gómez (342), no entran en la restitución debida al comprador los frutos nacidos después de la venta y percibidos por el vendedor antes de hallarse constituido en mora. Distinto es el criterio del Código civil. Los frutos industriales o naturales percibidos después del momento en que nace el derecho a ellos y antes de la entrega, pertenecen al destinatario de la posesión, con independencia de la razón por la que hayan sido percibidos por el *tradens*. Aunque éste creyera incluso que la venta no había tenido lugar o que el legado era nulo, excluyendo la aplicación del artículo 451. Respecto a los gastos, el heredero o vendedor no pueden ser tratados según los casos, sino como un depositario, mandatario o gestor del destinatario. En ningún caso creo que se pueda exigir intereses del precio. Cabe, no obstante, que los nacidos y percibidos después de la venta o apertura de la sucesión pertenezcan al *tradens* si continúa poseyéndolos por medio de un «constituto posesorio» en razón de un título que da derecho a los frutos (arrendamiento, por ejemplo).

La misma regla creo que resulta de aplicación a los frutos nacidos antes de la constitución del derecho y percibidos con anterioridad a la entrega del bien.

(340) Cfr. GARCÍA GOYENA, 765.

(341) COVARRUBIAS, *Variae Resolut.*, I, XV, 2.

(342) *Variae Resolut.*, II, II, 11; igualmente, GARCÍA GOYENA-AGUIRRE, *Febrero*, número 2.439.

d) *Frutos percipiendi*

En principio (puede haber excepciones dependiendo del tipo de bienes) la diligencia prestable en la custodia de la cosa no alcanza más allá de su conservación de acuerdo al modelo del buen padre de familia (art. 1.094 C.c.). De esta manera, el *tradens* no está obligado antes de la entrega a procurar la obtención de frutos en beneficios del destinatario (340 bis).

En todo caso entran los frutos *percipiendi* a partir de la mora, fijada ésta de acuerdo con el artículo 1.100 y con las consecuencias indemnizatorias de los artículos 1.100 y 1.106 (343). Si la obligación es recíproca, la mora sólo tendría lugar de acuerdo a lo que establece el artículo 1.100 *in fine*, concretado en los artículos 1.466 y 1.500 (344). Si los frutos se restituyen desde un momento anterior a aquel en el que se perfecciona el título (vgr. venta de herencia, art. 1.533), el vendedor no responde los perdidos por su culpa hasta ese momento. De acuerdo a Dig. 18.4.2.5, podría aplicarse, no obstante, el artículo 457 del Código civil y deberá el vendedor al cesionario de la herencia el lucro cesante que dolosamente dejó de percibir.

e) *Frutos civiles*

Los frutos civiles no están regulados expresamente en el Código civil, por lo que respecta a la obligación de entrega del artículo 1.095. El artículo 882, sin embargo, se refiere a ellos, estableciendo que el legatario de cosa específica hace suyos los frutos o rentas pendientes, pero no las rentas devengadas y no satisfechas antes de la muerte.

Parece que en este punto son de aplicación las reglas generales:

1.^a) Si el vendedor, después de celebrada la venta, celebra con terceros un contrato o relación de cualquier otro tipo por la que obtiene un fruto civil, todo el fruto pertenece al destinatario, salvo que el *tradens* mantenga la posesión en un concepto que le permita la cesión del goce directo a un tercero (vgr. venta con reserva de usufructo).

2.^a) Las rentas devengadas antes del momento en que se tiene derecho al fruto, pero aún no pagadas, pertenecen al *tradens*, en cuanto titular del contrato, y no están sometidas a regla de prorrateo alguna. Los frutos civiles nacidos después de la venta por contrato anterior a ésta, pertenecen al vendedor en cuanto titular del contrato, *quia*

(342 bis) Sobre si el vendedor está obligado a cultivar la finca antes de la entrega, GREGORIO LÓPEZ, glos. «entregar», Part. 5,5,28.

(343) POTHIER, *Vente*, núm. 47.

(344) GARCÍA GOYENA, 740.

personalis actio non sequitur fundi possessionem (345). El comprador tendrá derecho a que se le restituya y a exigir que con la venta se le ceda, en cuanto accesorio del mismo (art. 1.097), el derecho del que nace el fruto civil (346). El deudor, por su parte, quedará libre de la obligación en el caso de los artículos 1.527 ó 1.164.

Tanto si la venta incluye la cesión del contrato como si no la implica, los frutos entre vendedor y comprador se distribuyen según el criterio normal de prorrata: el vendedor retendrá el dinero correspondiente a su tiempo de posesión durante el período de producción de los frutos civiles.

3.^a) En esta materia no es de aplicación una afirmación que dejamos hecha en el capítulo IX al referirnos a los frutos civiles del poseedor de buena fe. Allí dijimos que si el legítimo poseedor contrata con un tercero una relación en virtud de la cual se obtiene un fruto civil, y este deudor paga a su acreedor aun después de haber entrado en la posesión un tercer poseedor de buena fe, el propietario no estaría obligado a cederle a éste el dinero representativo del fruto civil. En el caso ahora estudiado, la razón es distinta. El vendedor o heredero deben estos frutos al comprador o legatario.

4.^a) El Código civil abandona un principio que de acuerdo al Derecho romano Covarrubias había formulado como *regla egregia* en la distribución de los frutos civiles (347): si el canon o renta es por frutos naturales que ya estaban percibidos en el momento de la venta, toda la merced, aun la no pagada, ni devengada, pertenecen al vendedor; la inversa, en el caso contrario. Se justificaba esta norma, propia del usufructo, en que el usufructuario no debería de percibir por la circunstancia accidental del arriendo, ni más ni menos de lo que percibiría disfrutando por sí mismo de la cosa. El rechazo de esta regla tradicional en el Código civil deriva de que hoy los frutos civiles no son ya frutos por el solo hecho de «representar» a los naturales e industriales (348).

f) *Frutos del subrogado*

Si por aplicación de los artículos 1.182 y 1.183 la entrega se ha hecho imposible y el deudor no está obligado a responder de dicha pérdida, entran en la entrega los frutos del subrogado, que a tenor del artículo 1.186 correspondan al acreedor como cómodo representativo (349). Si el subrogado es una cantidad de dinero, entran los intereses legales.

(345) GÓMEZ, *Variae Resolut.*, II, II, 11.

(346) MOLINA, Disp. 368; COVARRUBIAS, *Variae Resolut.*, I, XV, 3.

(347) *Variae Resolut.*, I, XV, 1.

(348) GARCÍA GOYENA, 221.

(349) EMMERICH, *Münchener Kommentar BGB*, § 281, núm. 17.

g) Otros provechos

Aunque no tengan el carácter de frutos, entran en la restitución las plusvalías de la cosa adquirida, desde el momento de la venta (o legado, etc.). El principio es el mismo que el contenido en el artículo 456. De esta forma, el posterior aumento de valor de la madera comprada constituye un beneficio del comprador, aunque el mayor volumen de los pinos se obtenga a costa de su permanencia en el terreno (S. 29-4-1947). Ni existe enriquecimiento injusto cuando por efecto del tiempo el piso vendido sube de precio (S. 20-11-1983).

3. Obligación de entrega de cosa genérica

El régimen disciplinado en los artículos 882 y 1.095 no es aplicable cuando la cosa debida está determinada sólo como perteneciente a un género. El Código no resuelve en estos casos (cfr. art. 884) el momento a partir del cual se deben los provechos. Simplemente consta, por lo que se refiere a los legados, que, en principio, éstos no se deben desde la muerte del testador (art. 884).

La solución creo debe venir dada por la relevancia del momento marcado por la mora del deudor. El obligado a la entrega debe frutos desde que se ha constituido en mora, obligación de entrega que —fijada retroactivamente desde ese momento— se hará efectiva respecto a los frutos de la cosa sobre la que definitivamente se concentre la obligación. Todo ello es independiente de que, antes de la mora, se haya producido la concentración o especificación de la obligación. En este caso, es a partir de este momento cuando se deben los provechos de la cosa. Esta obligación no produciría eficacia retroactiva, de manera que se debieran los frutos desde el momento de la venta o legado (arg. ex art. 884); en efecto, aplicaríamos el artículo 1.095 para determinar que estos frutos se deben «desde que nace la obligación de entregar» la cosa, y esta obligación no nace sobre la *res certa*, sino desde la especificación (349 bis).

La regla de la relevancia decisiva de la mora creo que resulta igualmente de aplicación a las hipótesis de *restitución* cuando el objeto de la misma no es una *res certa*, sino una cosa determinada sólo como perteneciente a un patrimonio. Fundamentalmente en aquellas normas que disciplinan la protección de la legítima sucesoria, cuando ésta ha de ser satisfecha con bienes hereditarios concretos (no así en el art. 829). Se trata fundamentalmente de las acciones de com-

(349 bis) Sobre el alcance del art. 884, vid ALBALADEJO, *Coment. C.c y Comp. forales*, X, 1.º, pp. 7, 305 y ss.; GONZÁLEZ PACANOWSKA, *El legado de cosa ajena*, pp. 183 y ss.

plemento sobre bienes hereditarios (art. 815), la reducción de legados inoficiosos (arts. 820 y ss., siempre que ya estén en poder del legatario), o las reclamaciones de legítima en supuestos de preterición o desheredación injusta (arts. 814, 851), etc. Igualmente las rescisiones particionales de los artículos 1.077 y 1.080.

En las deudas de dinero, la especificación de la cantidad no produce efecto alguno en cuanto al pago de intereses. Esta obligación viene determinada por la mora, producida en cualquiera de sus formas (art. 1.108). Esta es, por ejemplo, doctrina común del Tribunal Supremo en materia de legados de dinero (350).

4. Liquidación de frutos pendientes

a) *El sentido de la expresión frutos pendientes*

En el régimen del Código civil, la expresión frutos pendientes sólo parece aplicable a los naturales e industriales (arts. 452 y 472). Esta presuposición ha sido posible por una errónea formulación de la regla de adquisición por días de los frutos civiles. Según el artículo 451 estos frutos se producen por días; para el artículo 474 se perciben por días. Esto es erróneo, porque los frutos civiles nacen cuando vence o se devenga el crédito por la cantidad de dinero que aquellos frutos suponen. La renta como fruto nace cuando surge la obligación de pagarla, y el dividendo cuando se aprueba su distribución. Los frutos civiles no se adquieren por días, sino que se reparten por días. En consecuencia, salvo casos raros, lo normal en esta sede será la regla de prorrateo, de forma que quien los adquiera por ser titular del contrato o de la relación de la que nace el fruto estará obligado a comunicar al anterior o posterior poseedor la cantidad de dinero equivalente a los días de posesión.

Que los frutos civiles no se adquieren por días lo prueba el artículo 1.806 del Código civil. Esta norma no excepciona la regla de producción por días, sino la obligación de comunicar a un tercero parte de la renta pagada cuando el rentista fallece sin haber vivido durante todo el tiempo correspondiente al plazo pagado. Otro tanto en el legado de pensión del artículo 880 del Código civil. El titular del crédito en estos casos adquiere el fruto civil en cuanto tal titular en el momento del pago; lo que hace en estos casos la ley es eximir del deber de comunicar *por días*.

El régimen del reparto por días es aplicable a todo sistema de restitución de frutos civiles, por remisión de las normas de la pose-

(350) Puede consultarse en GONZÁLEZ PACANOWSKA, *El legado*, pp. 195-6.

sión o usufructo. Será aplicable a los gananciales (350 bis), a los frutos a entregar por el obligado a dar una cosa, en el retracto convencional, etc.

b) *Frutos pendientes naturales e industriales*

El régimen de liquidación de frutos pendientes industriales antes de la entrada en vigor del Código civil respondía en nuestro Derecho a una variedad de criterios. Los frutos pendientes del mayorazgo se dividían a prorrata del tiempo una vez deducidos gastos. Si aún no estaban pendientes, el sucesor llevaba todo con abono de gastos. En usufructo y enfiteusis pertenecían al poseedor sucesor con abono de gastos. Para el Fuero Real (3.4.10) los frutos gananciales pendientes se partían por mitad, igual que cuando el fruto no fuera manifiesto, pero hubiera sido común el gasto, salvo que la finca estuviese sólo barbechada, en cuyo caso los herederos del fallecido sólo cobran expensas hechas (351).

En el proyecto 1.851, los frutos de la dote y de los gananciales siguen el sistema de la P. 4.9.26 y 4.11.26, pudiendo el marido retener los de la mujer en razón de expensas (351 bis); el reparto se hacía en proporción a la duración del matrimonio en el último año. Mucho menos claro era el artículo 1.380 del Código civil en su versión 1889, que remitía al prorrateo según las normas del usufructo, cuando en este instituto precisamente sólo los civiles estaban sujetos a dicho prorrateo (352).

El sistema del Código civil ha reproducido esta prolijidad del derecho anterior y sólo ha prescindido de tener en consideración los frutos no manifiestos o no nacidos, y por desechar la distribución simple por mitad cuando se trata de gananciales.

No parece, en cambio (a pesar de la expresión del art. 1.519), que se haya desechado la regla del Dig. 24.3.7, según la cual si el fruto industrial se produce en períodos superiores al año se computará para el prorrateo todo el período de producción (cfr. art. 1.577), es decir, la duración relativa de la posesión durante el tiempo de producción: si el árbol se corta cada diez años y la posesión dura nueve, corresponderán al poseedor 9/10 del producto líquido.

(350 bis) Para GARCÍA GOYENA era aplicable a la dote, aunque el párr. 1.851 no mencionase estos frutos, especialmente en el art. 1.306 (*Conc.*, 703). Otro tanto a los gananciales del art. 1.323 del Proy.

(351) GARCÍA GOYENA-AGUIRRE, *Febrero*, núms. 2.450 y ss.; COVARRUBIAS, *Var. Resolut.*, I, XV, 4; GÓMEZ, *Ad Leg. 53 Tauri*, núm. 71.

(351 bis) Para POTHIER, *Communauté*, núm. 207, a la comunidad matrimonial le eran aplicables en este punto los principios del usufructo.

(352) Cfr. el estado de la doctrina en LACRUZ, *Dote*, «NEJ», 889.

En el Código civil se siguen tres sistemas de distribución:

1.º Regla del prorrateo [arts. 452, 1.380 (antiguo), 1.519]. El prorrateo queda fijado por los días de posesión durante el periodo de producción del fruto natural o industrial, que para el artículo 1.519 (no en el artículo 452) queda normativamente fijado en el último año (353). En este sistema de distribución el poseedor antiguo sólo tiene un crédito de dinero contra el poseedor actual, y no sufre el riesgo de que, separados los frutos, parezcan después por caso. A esta pretensión al producto líquido es, por supuesto, compensable la deducción que por gastos o cargas correspondan al anterior poseedor por la regla de prorrateo. Si estos gastos ya se pagaron antes de sucederse en la posesión, el poseedor saliente acumulará su crédito de frutos con la pretensión de abono de gastos y cargas al poseedor entrante, según los que le corresponderían por la distribución a prorrateo.

2.º Regla de atribución por separación, sin comunicación de productos líquidos ni abono de gastos. Se recoge en el artículo 1.519-1.º y en el artículo 472, por lo que respecta a los frutos pendientes al comenzar el usufructo; también en los artículos 882 y 1.468. Se explica este sistema porque los frutos pertenecen a la *omnis causa* que ya habrá sido tomada en cuenta para la fijación del precio de venta, o que por conjetura se entiende así también atribuido al legatario de cosa cierta o de usufructo por parte del testador.

3.º Regla de atribución por separación con abono de gastos. Este sistema puede coincidir con el primero, como demuestra para la posesión el artículo 452. Se refiere a este modelo el artículo 472, en lo referente a los frutos pendientes al cesar el usufructo. Deberán ser aplicables la cesación de la posesión por fideicomiso o reserva. Dado que el Código civil carece en materia de gananciales de una norma específica, parece que igualmente deberá ser aplicable a este supuesto, tanto más cuanto se ha perdido hoy la referencia más cercana de la dote, que acaso hubiera impuesto aquí el sistema de prorrateo. En este caso, los gastos de producción serán crédito a favor de la comunidad que se compensará con los que el cónyuge tenga contra el consorcio o se deducirán de su haber partible.

c) *Frutos civiles irregulares*

Estos frutos plantean un problema particular porque el Código civil no parece referirse a ellos, sino en el supuesto concreto del artículo 475 del Código civil. La participación en beneficio de una socie-

(353) En el Derecho tradicional francés se siguió en materia de retracto el criterio de la separación con abono de gastos (POTHIER, *Trait. des retraits*, núms. 400 y siguientes). En el «Code», ante el silencio del art. 1.673, se opta por desechar las normas del usufructo y se impone el criterio de prorrateo, como en los civiles (LAURENT, XXIV, número 508).

dad se considera fruto civil, dice el precepto, cuando su reparto no tuviese vencimiento fijo.

Este artículo pone primeramente de manifiesto lo erróneo que sería considerar que no son frutos civiles aquellas prestaciones que no suponen una renta de sustitución. Lo son, y como manifiesta este precepto, están sometidas a las reglas del reparto por días, con independencia de que la «adquisición» se produzca en cada momento en favor de quien sea titular del derecho a la participación del beneficio.

A diferencia de lo que entendió la STS 5-1-1925, el artículo 475 no admite aquí un argumento *a contrario*. No se puede decir que si la participación tiene rendimiento fijo no estamos ante un fruto civil sometido al principio de reparto por días. El supuesto de esta Sentencia consistía en dilucidar si el vencimiento de la participación a primeros de enero, y por ejercicio económico del año anterior, corresponde en su totalidad a los actuales titulares o bien si se reparte por días con los herederos del usufructuario, fallecido en diciembre del año del ejercicio al cual se imputa la participación. El argumento correcto de la sentencia hubiese sido el *a maiore*, y los rendimientos se repartirían a quien fuese titular de crédito, pero sometido a la obligación de comunicar al poseedor anterior.

Y a esto no se opone el artículo 41 de la Ley de Sociedades Anónimas, pues este artículo no pretende regular los derechos que sobre los dividendos correspondan al usufructuario o sus herederos cuando se repartan una vez finalizado el derecho, pero con cargo al ejercicio en el cual el usufructo estuvo vigente. El artículo 41 de la Ley de Sociedades Anónimas sólo se preocupa de establecer una legitimación por parte de la sociedad para pagar al propietario, no para eximir a éste de liquidar posteriormente estos frutos con los herederos del usufructuario.

d) *Beneficio neto empresarial*

Ya hemos dicho en otro capítulo que el beneficio neto empresarial puede ser caracterizado tanto como un fruto industrial irregular o también como un fruto civil irregular. La única importancia práctica que conllevaría una u otra caracterización es la de averiguar el régimen liquidatorio de estos frutos pendientes. Yo creo que la única solución correcta es la del prorrateo con abono de gastos, principio que para el Código civil no es incompatible con la naturaleza de los frutos industriales, y que parece congruente con el tipo de fruto al que ahora nos referimos, dado que el criterio del «alzamiento» o «separación» no tienen aplicación lógica a los frutos de una empresa.

e) *La percepción de los frutos irregulares*

Tanto para el fruto consistente en la participación en beneficios como para los que consistan en el beneficio empresarial neto, creo incorrecto mantener que el derecho a los frutos no nace sino en el momento de la aprobación del balance, y en su caso, acuerdo de distribución, y que, en consecuencia, pertenecerían por esta razón a quien en dicho momento tuviese derecho a los frutos. Ciertamente, quien pretende la restitución de estos provechos como frutos civiles (por ejemplo, un dividendo) no puede reclamar del poseedor actual lo que éste aún no ha recibido como fruto. Pero la decisión de repartir sólo establece quién es el titular del derecho frente a la sociedad, no quien sea el titular al que en una determinada medida le deban ser comunicados los frutos.

Si se reivindica una explotación mercantil, el poseedor no puede negar la restitución de provechos recibidos alegando que no se adquirieron frutos hasta el momento de la aprobación del balance, y que nada ha adquirido entretanto.

Lo que sí debe esperar al momento de fijación del resultado económico es el derecho al abono de gastos de producción de los frutos a que se refieren los artículos 356, 452 y 472. El poseedor que cede la posesión no tiene derecho a ellos sino en el caso de que la gestión resulte positiva, pues se pagan del rendimiento líquido, y no puede exceder de ellos. Si en lugar de gastos son deudas contraídas, no puede obligarse al sucesor en la posesión a subrogarse en ella, dada la posibilidad de un resultado económico deficitario.

5. El principio *fructus non intelligitur nisi deductis expensis*

a) *Alcance*

La fórmula que contiene la norma enunciada en este epígrafe se utiliza en las fuentes con un doble alcance.

En primer lugar, constituye un elemento integrante en la definición misma de fruto, pues sólo consta ser fruto lo que reste, deducido el gasto (Dig. 24.3.7). Es el líquido lo que «se contiene en el nombre de fruto» (Códex 7.51.1). En segundo lugar, dicha regla es un fundamento de restitución de gastos de obtención del fruto, basada en el principio de que el actor no debe conseguir lucro con detrimento de un tercero (Dig. 5.3.36 y 38).

Hoy diríamos que la regla *nisi deductis* es una variable que define el concepto de fruto restituible; sólo el producto líquido entra en la restitución, y al poseedor se le permite detraer y cobrarse esos gastos como una partida que minorra el alcance del rendimiento restituible.

Al propio tiempo, la referida regla demuestra que en el Código civil el trabajo no es un factor de producción-atribución de provechos, sino un coste deducible (354).

b) *El artículo 356 del Código civil*

Según este precepto, el que percibe los frutos tiene la obligación de abonar los gastos hechos por un tercero para su producción, recolección y conservación.

Este precepto no deja de tener una curiosa ambigüedad, pues aparece en un lugar donde se regula la pertenencia de los frutos, no donde se recogen obligaciones de restitución. La ambigüedad se acentúa por los diversos significados que contiene esta regla:

1.º) Constituye en primer lugar un principio general sin necesaria concreción a un determinado supuesto de hecho posesorio. Dice que el tercero en general debe ser reembolsado. Es norma que por su misma dicción encuentra aplicación al ámbito contractual o en el seno de relaciones jurídicas tituladas. Es aplicable al simple trabajador por cuenta ajena o al coheredero que gestiona los bienes de la comunidad. Generalización de la regla de interdicción del enriquecimiento que, sin embargo, no ha de tener aplicación en todo caso. Piénsese en lo que en este capítulo hemos dicho sobre la restitución de los frutos en los artículos 1.095 y concordantes.

Se completa en este sentido con la preferencia que respecto de determinados bienes muebles reconocen los artículos 1.922-6.º y 1.926-3.º, normas que están pensando, sin duda, en una relación contractual entre el perceptor del fruto y el acreedor por semillas, gastos de cultivo y recolección.

El Tribunal Supremo afirma en sentencia de 9 de febrero de 1949 que dicha norma es aplicable a la restitución derivada de la nulidad del artículo 1.303.

2.º) Constituye un criterio de fijación del enriquecimiento fundado en el ahorro de gastos. Todo aquel que de acuerdo a derecho tenga reconocida una pretensión al lucro obtenido por un tercero, debe descontar de la reclamación lo que se ahorra por no haber tenido que realizar él mismo dicha obtención. De acuerdo a ello, no sólo es aplicable al fruto, sino a cualquier otro tipo de provecho. Por ejemplo, el coheredero que ejercita un retracto convencional perteneciente a la herencia pagando con su propio dinero.

(354) Cfr. DÍEZ-PICAZO, «RCDI», 1978, 470.

El «tercero» a quien se refiere el precepto puede ser un tercero cualquiera. Imagino como posible al tercero contratado por el poseedor restituyente de frutos, el cual sea insolvente para pagar el salario; esta norma dejaría abierta la posibilidad de ejercer contra el destinatario final del provecho una acción de enriquecimiento por la ventaja mediata que el beneficiario final obtiene por intermedio del poseedor restituyente.

3.º) Es una regla posesoria aplicable a todo supuesto de restitución de frutos; en posesión de buena fe de acuerdo al artículo 452; en posesión de mala fe por el artículo 455.

4.º) La regla *nisi deductis* es un criterio de atribución de cargas del goce cuando alguien disfruta de un derecho sobre bienes ajenos. Establece el principio de que el perceptor no puede cobrarse del dueño los gastos de realización de su propio derecho de disfrute. Por ejemplo, la sociedad de gananciales que sufraga los costes de disfrute de los bienes privativos (art. 1.362-3.º C.c.). Es igualmente una regla de imputación, al establecer cuál es el montante de los frutos cuando un tercero tiene derecho a ellos para aplicarlo a la satisfacción del crédito que tenga contra el dueño del bien; así, en los artículos 1.868 y 1.882, sólo se entenderán imputados al capital o intereses los frutos líquidos, descontados los gastos de producción. Y no ha de pagarlos el acreedor, ya que en el fondo el beneficio es del deudor que ve reducida su deuda.

5.º) El artículo 356 del Código civil no se reduce en su aplicación al fruto percibido. Ciertamente, en cuanto descansa en el principio de deducibilidad del ahorro de gastos, no existe dificultad en aplicar esta regla a los frutos *percipiendi*, de manera que quien restituya este fruto podrá descontar del daño el ahorro de gastos con que se haya favorecido el legítimo poseedor por no haberlos podido obtener (355). Constituye, sin duda, la más obvia aplicación del principio de la *compensatio lucri cum damno* (356).

c) Límites de aplicación del artículo 356 del Código civil

La norma contenida en el artículo 356 del Código civil no es, a pesar de su formulación genérica y de su aparente obviedad, un principio que encuentre aplicación en todo caso de restitución de provechos.

1.º) En rigor, el campo específico de aplicación del principio *nisi deductis* lo constituye la restitución por posesión indebida. Pero no es de igual modo el caso cuando la sucesión en la posesión se produz-

(355) MOLINA, Disp. 355.

(356) THIELE, *Gedanken zur Vorteilaussgleichung*, cit., 201.

ca por cesación del título de posesión válida o porque la obligación de entregar frutos nazca como consecuencia de una entrega como instrumento de transmisión de un derecho real o de una nueva posesión en concepto de dueño. Ni los frutos pendientes de la finca vendida con derecho de retracto (art. 1.519-1), ni la cesación de la posesión a la que sucede una detentación usufructuaria (art. 472), ni la obligación de entrega de frutos como accesoria de la de transmitir la propiedad o posesión en concepto de dueño de la cosa (arts. 1.095, 1.468, 882 C.c.) responden al meritado principio. En estos casos, o bien estos gastos se entienden igualmente atribuidos gratuitamente por el testador en favor del sucesor de la posesión, o se presuponen incluidos en el precio o se compensan impropriamente con la no obligación de reembolsar por su parte estos gastos cuando al cabo del tiempo se recupere la posesión perdida (así en el retracto).

2.º) El Código civil evita el efecto previsto en el artículo 356 cuando se dispone que el perceptor de frutos de bienes ajenos esté exento de rendir cuentas de su gestión. Es el caso de los padres del artículo 165 o del cónyuge del artículo 1.439 del Código civil. En estos casos, la Ley priva al titular del patrimonio del residuo líquido del provecho por presuponer que el perceptor (padre, cónyuge) los destina a necesidades que *inexcusablemente deberían ser cubiertas* por el titular de los bienes. Pero igualmente exime al titular de los bienes de abonar los gastos de obtención por parte del tercero, al ser igualmente debidos como carga familiar y/o al haberse ya cubierto este coste con los frutos.

d) *Alcance del derecho de reembolso*

El coste de obtención del fruto no puede imputarse al sucesor en la posesión en una medida mayor que el rendimiento que este mismo obtiene de estos frutos. En caso contrario, el sucesor en la posesión sufriría el riesgo de una gestión deficitaria del anterior poseedor. Sólo cuando media un título que actúe de tal forma desplazando el riesgo puede legitimarse una obligación de abono superior al provecho obtenido por el *dominus*. Ocurre esto, por ejemplo, en el mandato. Fuera de estos casos, el poseedor sigue asumiendo el riesgo de su gestión aun después de haber cesado en su posesión. Así, por ejemplo, si entregada la finca al propietario, una adversidad climatológica frustra la cosecha, éste no ha de pagar los gastos de obtención del artículo 356, ni aunque el poseedor haya gestionado el bien con diligencia. A menos todo ello que la pérdida se produzca por hecho propio del sucesor.

Y creo que ello es así incluso en el caso (cfr. art. 452 *in fine*) de que la Ley conceda al sucesor en la posesión la posibilidad de liberarse de este reembolso y de la entrega del producto líquido pro-

porcional mediante el expediente de permitir al poseedor saliente continuar él la posesión durante el tiempo que falta para la obtención y percepción del fruto.

e) *El reembolso del valor trabajo*

Salvo alguna excepción (cfr. art. 62 LAR), el trabajo del poseedor no es un gasto en la cosa, abstractamente considerado, que faculte para repercutir al sucesor en la posesión un reembolso por el mismo. Y ello tanto si este valor-trabajo es medido en el coste de producción como si se considera el coste de reproducción, es decir, lo que valdría ahora la realización de una actividad similar. Esto significa que el poseedor no se empobrece con efectos relevantes jurídicamente por el mero hecho de prestar una actividad que, de mediar contrato, sería retribuida. Ahora bien, esto no quiere decir que para el sucesor en la posesión tal prestación no constituya un enriquecimiento. Y todo dependerá en ello si se ha ahorrado gastos. El salario de terceros pagados por el perceptor es un gasto en el sentido de coste deducible del artículo 356. Pero el propio trabajo sólo será un gasto si con él se ahorra el dueño un dinero que de otra forma tendría que haber pagado.

No habrá ahorro de gastos si el sucesor hubiera obtenido estos provechos por sí mismo, o si acaso ya tenía contratados o pagados a terceros para que lo hiciesen. Y además, estos costes hechos por el dueño servirán también para calcular si el producto neto supera o no los gastos del artículo 356. En efecto, si su propio coste supera al beneficio neto, no ha de pagar con él los gastos realizados por el restituyente de frutos. Y si no lo superan, sólo habrá de computarse como beneficio neto —a cuyo cargo se abonan los costes del artículo 356— la diferencia que resulte entre su propio coste de obtención y el beneficio total. Naturalmente, ello siempre que los frutos los perciba el sucesor en la posesión (art. 452). Si los percibe el restituyente, será él quien descuenta del fruto restituible los costes de obtención.

Por supuesto, la no indemnizabilidad del valor trabajo con carácter general cederá ante alguna norma especial. Así, por ejemplo, el trabajo de un cónyuge sobre sus propios bienes o los de su cónyuge se considera como impensa ganancial restituible a tenor del artículo 1.359 del Código civil. El trabajo del nudo propietario en los casos de los artículos 494 ó 520 es deducible del fruto líquido entregable al usufructuario en cuanto precio de administración de la cosa usufructuada.

Igualmente ocurre con los contratos sinalagmáticos resueltos o anulados cuando una prestación consiste en una obra o servicios ya reali-

zados en todo o en parte. La restitución del precio pagado por la obra o servicio deberá hacerse descontando el valor de la otra pretensión. Y este valor no deberá ser determinado por criterios extracontractuales («gasto» o «impensa» del 453, o valor objetivo del servicio según como sus causas contractuales), sino que el mismo precio contratado mide el valor de esta prestación restituible; por más que el vínculo haya perdido su eficacia, el sinalagma, aun desapareciendo el vínculo, sigue produciendo su eficacia.

Fuera de estos casos donde el Código civil permite recuperar el valor trabajo como impensa *in fructu*, la jurisprudencia elabora algunos más. Unas veces acude a principios cuasi contractuales para admitir que la prestación de un trabajo se recupere mediante las normas del enriquecimiento injusto o de la gestión de negocios (cfr. STS 4.^a, 13-7-1984). Otras veces se da por admitido que la prestación de la actividad personal de un tercero hace suponer existencia de sociedad tácita entre las partes, con derecho de participación en las ganancias comunes (STS 7-10-1978).

f) *Impensas en la cosa e impensas en el fruto*

Tradicional ha sido el intento de los romanistas por deslindar las impensas en el fruto, abonables por el artículo 356 a todo restituyente de provechos, y las impensas en la cosa, sometida al más restrictivo régimen de los artículos 362 y 455. Dificultad a la que se añade la frecuente coincidencia entre las «impensae in fructus» y los gastos de conservación ordinaria, es decir, la distinción entre los gastos «*gratia fructum*» y los gastos «*ad temporalem utilitatem fundi*» (357). La dualidad capital-renta es la primera guía que se presenta al intérprete. Si los gastos afectan al capital, la impensa será *in rem* y seguirá el régimen de abono de los artículos 453 y ss.; si son gastos para la obtención del rédito serán impensas *in fructu* sometidas al artículo 356. Pero lo cierto es que el criterio resulta convertible: una impensa de inversión aumenta el rédito actual o futuro (de ahí el principio clásico de que todo abono de gasto de inversión debe restar el rédito obtenido por quien pretende este abono); a la inversa, en una economía como la actual, en la que el rédito de los bienes no puede mantenerse con la realización de simples gastos mínimos de administración periódica, toda explotación capitalista de un bien exige inversiones de capital cuya rentabilidad no necesariamente debe verse actualizada en períodos económicos coincidentes con aquel en que se realice la inversión.

(357) PETRAZIKY, *Die Lehre vom Einkommen*, 1893, I, 151 y ss.; RICCOBONO, *Distinzione delle impense e la regola fructus intelligitur deductis impensis*, «Arch. Giur.», 1897, 62 y ss.; RICCA BARBERIS, *Le spese sulle cose immobili*, 1914, 10 y ss.; Cfr. BADOSA, *La negligencia*, 428, not. 170.

Esta dificultad acaba también con la posibilidad de utilizar criterios de distinción basados en la periodicidad del gasto. De hecho, como prueban las fuentes, sólo puede ser útil un difuso criterio estimativo: impensas en la cosa son las que, a diferencia de los frutos, no eran «modicae» (Dig. 25.11.2.15). Pero ni tan siquiera constituye un criterio hoy seguro.

Que no hay una distinción precisa se prueba con los gastos de plantación y siembra de que hablan los artículos 361 y 362. De hecho, en el Código civil existe una contradicción entre los artículos 356 y 451 de un lado y el artículo 361 del otro. Por el primero, los gastos de siembra y plantación se abonarían como impensas en el fruto; por el segundo, como mejora en la cosa capital, y además no se prorratean las siembras y plantaciones pendientes. Otro tanto ocurre con los artículos 356 y 362. El derecho de reembolso que por estos gastos le reconoce el artículo 356 se lo niega el artículo 362. Y decir, por ejemplo, que el artículo 356 se aplicaría a los frutos percibidos mientras el artículo 362 se reduce a los pendientes (358), sobre no responder a un criterio razonable, no serviría para la contradicción advertida también para la posesión de buena fe. Pretender que el artículo 356 no es aplicable al poseedor de mala fe es inaceptable, pues la tradición demuestra que es precisamente para él para quien la norma estaba pensada (Dig. 10.2.51; 5.3.36.5; P.3.28.39).

Creo, a pesar de toda la inherente dificultad de discriminar criterios, que se pueden ofrecer algunas conclusiones seguras:

1.º) Respecto del poseedor de buena fe, el artículo 361 no excluye el artículo 452; deberá comunicarse la parte proporcional de los frutos pendientes. Si el cultivo no cambia la antigua destinación, estos gastos se abonarán por los artículos 356 y 452; si este cambio se produce, se abonarán por los artículos 361 y 453.

2.º) Si los gastos para conseguir un cambio de destinación en los bienes (auténtica *impensa in rem*) son abonables al poseedor de mala fe como gastos de obtención del fruto del artículo 356 (359), entonces a mí no me supone duda alguna una cuestión que en este capítulo hemos afrontado; a saber, la del alcance de la restitución de frutos de la mejora; en este caso todos los frutos, incluso los obtenidos por el cambio de destinación de la cosa, serían restituibles al poseedor legítimo. Más aún, me inclino a pensar que ésta es la solución a la dificultosa relación entre los artículos 356, 362 y 455: todos los frutos obtenidos serían restituibles, pero se deducen de ellos los

(358) Cfr. MANRESA, III (1893), 177; RICCA, *ob. cit.*, 63 y ss.

(359) Como piensan BARCELLONA, *Restituzione dei frutti*, 310, 314, y DELGADO, *Adquisición*, 632.

gastos hechos por el poseedor para conseguir un estado de la cosa tal que se hiciera posible las mayores utilidades obtenidas de la cosa.

3.º) El artículo 356 del Código civil habla de «obligación» de abonar. No se puede estar refiriendo, por tanto, al solo derecho de deducción de los costes del montante líquido de frutos restituibles. El artículo 356 no es en este sentido una regla general que admita una excepción en razón de especialidad por el artículo 362. Más bien parece que el artículo 356 sólo deba ser exceptuado por el artículo 362 cuando el supuesto de hecho de este último no merezca el carácter de fruto y difícilmente será ello así en las mejoras por plantación y siembra.

g) *Costes de obtención del beneficio empresarial*

El artículo 356, debidamente adecuado, es la norma aplicable a la restitución del beneficio empresarial neto. El rendimiento empresarial es una variable económica del gasto, y éste es presuntivamente productivo: el gasto se imputa a cargo del rendimiento y se distingue así de la inversión de capital (360).

Es por esta vía por la que debe resolverse el problema de la restitución del beneficio empresarial neto, y no por la de negar que constituya un fruto sujeto a las reglas generales. Como ya se ha dicho en otra ocasión, el artículo 455 no limita la restitución de frutos al mantenimiento de un destino preexistente en la cosa, incluso porque el propio artículo 362 no valora a efectos positivos el cambio de destino que el poseedor de mala fe haya podido imponer favorablemente a la cosa.

Todo el gasto de obtención del beneficio será deducido de éste cuando se sujete a restitución. Y aquí las fronteras entre impensa y en la cosa y en el fruto son absolutamente huidizas. La asignación de gastos no puede hacerse aquí poniendo en relación unos costes determinados, pues existen costes comunes no aplicables en general a ninguna operación, y costes fijos que no varían por variar en la empresa la utilización de determinadas variables (361). La labor de fijación del coste deducible puede ser muy dificultosa, ya que existen costes separados en el tiempo de los provechos a que pueden ser imputados, e incluso pueden unos y otros estar reflejados en balances de distintos períodos o ejercicios económicos.

Generalizando la enumeración que contiene el artículo 105 de la Ley de Sociedades Anónimas podemos enumerar entre estos costes

(360) ALBIÑANA, *El beneficio*, cit., 183.

(361) SÁNCHEZ CALERO, *La determinación*, cit., 33. BALLESTERO, *Principios de economía de la empresa*, 1985, p. 209.

deducibles los sueldos pagados a un tercero o cobrados por el perceptor por su propio trabajo. Las amortizaciones del capital serían igualmente deducibles, tanto si se pagó esta amortización sobre los bienes ajenos poseídos como si se trata de la amortización de los bienes propios que el perceptor de frutos emplea en la obtención de los mismos. Son deducibles igualmente los seguros sociales y los impuestos, pero no los gastos extraordinarios de reforma. Si las reservas obtenidas en el período económico o en otro anterior se aplica a la cobertura de estos gastos, dicha reserva, en cuanto fruto, no es restituible en la parte de la misma que el perceptor haya aplicado a la obtención del fruto restituible. No entra en el margen de costes deducibles el precio de inmovilización de un bien o capital productivo, es decir, la renta que podría haberse obtenido en una utilización alternativa. Tampoco son deducibles los gastos que, al no haber sido incorporados al proceso productivo, no son económicamente costes. Si serán, en cambio, costes deducibles el «coste de comercialización» del producto (vgr. se venden espumas de baño y con cada bote se regala un peine). Son costes, en fin, los intereses y la renta de la tierra (362).

XIII. RESTITUCION DEL USO

Bajo el enunciado de «restitución del uso» se entiende aquí la restitución de un determinado valor, el del uso de los bienes, sin conexión con el disfrute de los mismos, y que no dé lugar a deterioros ni menoscabos en la cosa poseída. En el primer caso, siendo el uso condición del disfrute, la restitución es propiamente restitución de frutos, y en ella queda embebida. En el segundo caso, el problema es puramente de reparación de los daños materiales. Una restitución del uso sin disfrute tendrá normalmente su campo de aplicación principal en el ámbito de los bienes muebles, o de los inmuebles no fructíferos, por ejemplo, un inmueble urbano.

El siguiente ejemplo puede servir para delimitar con claridad el supuesto que ahora nos ocupa: residiendo A por razones de trabajo fuera de su domicilio habitual; B habita, sin consentimiento de aquél, la casa de A, destinándola a su propio uso directo: no la alquila y, caso de que con el uso se hayan producido deterioros o menoscabos, son reparados por B antes de que A recupere la posesión de la cosa. ¿Debe restituirse el valor del goce directo del bien?

(362) Cfr. BALLESTERO, *ob. cit.*, pp. 207 y ss., sobre el análisis de costes empresariales.

1. El uso como fruto

a) *Criterio general*

El uso de un bien y la ventaja que aquél procura no es un fruto de este bien, pues no supone un rédito que se obtenga de la cosa como un bien nuevo materialmente identificable (363). El poseedor de buena fe no está facultado para retener el valor de uso *por la misma regla* que se exige de restituir frutos, sino que se exige de la restitución de aquel valor en virtud de otros dos principios, de los que la retención de frutos no es más que la aplicación concreta. A saber, el principio de que no responde por los daños que al propietario se le sigan de la privación del bien, y el principio de que no está sujeto a restituir el enriquecimiento que obtiene con la posesión de la cosa. En los frutos restituibles, igualmente, no entra el valor de uso, ni tampoco en los deterioros de la cosa a que se refiere el artículo 457. En este punto, el Código civil ha marcado una línea donde el fruto y el daño en la cosa constituyen en los artículos 455 y 457 los extremos a que debe atenerse la liquidación posesoria de mala fe. Sólo, por intermedio del artículo 355, el goce indirecto se considera como fruto civil.

b) *El uso como ventaja patrimonial*

El uso puede ser un lucro si constituye el objeto mismo de un contrato de cambio (arrendamiento de finca urbana), de una disposición testamentaria (legado del derecho de habitación, art. 524.2 C.c.) o de una aportación social económicamente valuable (art. 1.665 en conexión con el 1.687 C.c.). Puede, por tanto, en cuanto capaz de satisfacer un tipo determinado de necesidades, convertirse en objeto de derecho. Pero en todos los casos citados es así porque en virtud de un determinado título el uso queda constituido como un *valor en cambio*.

Para el Código civil el uso de un bien constituye en sí mismo una ventaja sobre la que cabe un contrato (vgr. comodato), y el hecho mismo de que los gastos de conservación que debe prestar el comodatario (art. 1.743) no puedan ser por definición carga del fruto, demuestra claramente que estos gastos constituyen la compensación de una ventaja apreciable obtenida por el usuario. Incluso en la tradición del Derecho común, todo aquel que pretendiera cobrar del dueño los gastos hechos en la cosa, debería descontar de ellos las

(363) SACCO, *L'arricchimento*, 65; BARCELLONA, *Frutti*, 215; GENTILE, *Effetti*, 31; entre nosotros, DELGADO, *Adquisición*, 63.

ventajas que le reportaba el uso. Así, por ejemplo, en el ALR I, IX, 29, el abono de gastos al hallador (cfr. arts. 615-616 C.c.) se hacía con deducción del valor del uso que aquél había disfrutado de la cosa. Según la P.5.13.21, el acreedor prendiario que retiene en garantía la casa pignorada sólo podrá reclamar impensas (cfr. art. 1.867 C.c.) deduciendo la ventaja que obtiene por habitar el inmueble.

c) *Restitución de frutos*

En general, el uso no puede entrar como *fruto* en la restitución, por la misma razón que los gastos ordinarios de conservación no son restituibles a ningún poseedor. Un ejemplo de esta aplicación en Dig. 21.1.30.1, para la acción redhibitoria. Este principio es aplicable a la posesión, aunque el Código civil no haya hecho ninguna mención de este tipo de gastos ordinarios de administración. Si el poseedor los realizó, debe entender compensados con ellos el lucro-fruto. Si no los realizó y la cosa se deteriora, responderá a tenor de las reglas generales contenidas en el artículo 457.

En general debe rechazarse que allí donde la Ley imponga una restitución de frutos deba restituirse por este solo hecho el valor de uso de la cosa (364), tanto si esos frutos se restituyen por acción real como en razón de algún título de crédito. Y esto es así porque en materia de frutos el Código civil no ha partido del principio de que su restitución obedezca a los principios del *enriquecimiento*, o porque, cuando permita retener estos frutos, la Ley suponga que el perceptor *no se ha enriquecido*. La restitución del artículo 455 puede abarcar, sin duda, un conjunto de provechos de los que no se puede decir que el legítimo poseedor se haya empobrecido. Igualmente el artículo 451 no supone que el poseedor de buena fe no se ha enriquecido, pues le permite retener todos los frutos con independencia del tipo que sean y del estado en que se encuentren. Obsérvese que el mero uso de la cosa vendida y no pagada no da derecho al vendedor en el artículo 1.501 a pedir intereses del precio.

2. El uso como daño

a) *Criterio general*

Si no interviene ninguna otra consideración (deterioros, privación del lucro al poseedor legítimo, etc.), el uso en cuanto tal no es un daño que cause el poseedor del bien. En este sentido, creo que no

(364) Así, por ej., a efectos del art. 651 C.c., el uso del bien donado no es un fruto restituible: DÍAZ ALABART, *Comentarios*, 465.

cabe duda que, por sí mismo, el uso sin deterioro del bien no es en el Código civil un daño indemnizable. Lo prueba, por ejemplo, el artículo 1.398-2: el simple uso sin deterioro de algún bien privativo de un cónyuge no hace a la sociedad de gananciales deudora por este concepto; es preciso a este fin el uso que menoscaba la integridad del bien privativo.

b) *El uso como daño-lucro cesante*

La primera forma en la que el uso puede aparecer como una partida contable del *id quod interest* consiste en que el uso directo del tercero conlleve un lucro cesante para el poseedor legítimo (365). En estos casos es claro que la reclamación se realiza en *función del daño*, no del provecho. Existirá daño si el legitimado podía haber cedido a un tercero el goce directo de la cosa a cambio de una renta o, simplemente, podría haber vendido el bien en circunstancias más favorables que las que se presentan ahora. Esto, por supuesto, no es más que una cuestión de hecho que se regirá por los principios generales de la prueba del daño. Así se entiende, con las lógicas dificultades probatorias, en Dig. 21.1.19: si se reclaman vestidos o vasijas, se computa en la restitución lo que podía haberse obtenido de su alquiler; si se pretende una acción confesoria de senda o paso, no se restituyen frutos a menos que se pruebe que el demandante los habría obtenido de no haberse impedido el uso.

c) *El uso como daño emergente*

Se indemnizará el uso como daño siempre que el legítimo poseedor sufra el daño emergente derivado de su propia privación del uso (366). En esta partida entra como indemnización del uso todo el gasto que el dueño haya tenido que hacer para disponer de un uso sustitutivo (vgr. alquilar un coche que sustituya al robado, pagar medios de transporte suplementarios, etc.). Entra también todo aquel gasto que el dueño haya tenido que hacer para indemnizar a un tercero que tenía sobre la cosa un derecho de goce directo. Igualmente cualquier otro tipo de daño *lateral* que haya sufrido por la privación de la posesión.

Aunque el dueño no haya buscado un bien sustitutivo, entrará el uso en la indemnización del daño si el propio dueño se ha visto privado de la cosa que él mismo tenía previsto usar, ya que esto

(365) DELGADO, *Adquisición*, 623.

(366) LARENZ, *Schuldrecht*, I, 456 y ss.

constituye igualmente un valor patrimonial, cifrado en el mismo valor objetivo de este uso. Según Windfield (367), en este caso se compensa el daño según una medida indemnizatoria calculada por el interés del capital-valor de la cosa más la depreciación sufrida en el período de tiempo del no uso.

Sin embargo, no entrará como partida del daño indemnizable el gasto que haya hecho el legitimado para adquirir la cosa o el derecho sobre la cosa, cuando no puede hacer uso de este derecho por haber sufrido un daño en su *persona* (*Frustrationschaden*) (368).

3. El uso como enriquecimiento

a) El «contenido de destinación» de los derechos absolutos

Ha sido fundamentalmente la doctrina alemana, sobre todo a partir de Caemmerer, la que ha mantenido que el uso de un bien pertenece al *Zuweisungsgehalt* de los derechos absolutos. Todo ejercicio de una facultad reservada al titular de un bien se restituiría a través de una *Eingriffskondition* en cuanto enriquecimiento obtenido a *costa de otro* (369). En este sentido, las «ventajas de uso» se restituirían en el BGB no en cuanto restitución específica o de frutos del §818-1.º, sino en cuanto «valor» de la cosa, por no ser restituible en especie (§818-2) (370). De acuerdo a esta hipótesis, el enriquecimiento no se restituye en función de daños, sino que se deberá el valor objetivo de uso (valor en venta), aunque el dueño del bien no haya sufrido con ello daño alguno. Así se entiende igualmente aplicable en el *Law of Restitution* (371) (372).

b) Del daño al enriquecimiento

El paso a esta tercera fórmula de restitución del uso se puede producir, y de hecho se produce, dentro de la misma consideración «indemnizatoria» del valor del uso. En efecto, siempre que se mantenga que el daño por el lucro cesante puede fijarse «abstractamente», bajo la apariencia de daño se restituye realmente un enriquecimiento (373). El titular no tendría que probar que se ha producido por su parte un gasto para obtener un uso sustitutivo ni que deseaba y estaba en condiciones de usar directamente la cosa, ni se le exigirá

(367) *On torts*, 635.

(368) La jurisprudencia alemana en este sentido a partir del *Jadpachtfall* («BGH», 55, 146); Cfr. LARENZ, I, 460 y s.

(369) CAEMMERER, *Bereicherung*, 234; LARENZ, II, 532.

(370) LORENZ, *Staudinger Komm.*, § 818, núm. 13.

(371) GOFF-JONES, *The law of the restitution*, 14, 447.

(372) Recientemente, entre nosotros, DIEZ-PICAZO, en su trabajo, aún inédito, *La doctrina del enriquecimiento sin causa*, 139, que ha tenido la amabilidad de prestarme.

(373) LARENZ, I, 456.

la prueba de que hubiera podido ceder este uso por un precio. Basta-
ría considerar tan sólo el precio que el intruso *hubiera debido pagar*
para acceder legítimamente a este uso. De hecho es así como ha ope-
rado en ocasiones nuestra Jurisprudencia. En la sentencia de 24 de
marzo de 1948 se restituyen como frutos *percipiendi* (y, por tanto,
como daño) de unas dehesas el precio que el arrendamiento de las
mismas producía en años anteriores. En la sentencia de 8 de noviem-
bre de 1961 el demandado había incorporado a su vehículo el chasis
y el motor pertenecientes a un tercero; el Tribunal Supremo condena
a restituir el valor durante el tiempo de posesión indistintamente por
los conceptos de lucro cesante y de provecho obtenido. Si el deudor de
cosa cierta incumple o retarda la obligación de entrega, el daño míni-
mo por mora será el valor en renta de la cosa, y tendencialmente
han de coincidir el valor que el acreedor hubiera podido obtener en
renta y la renta que el deudor debería haber pagado por continuar
en la posesión del bien. Sacco (374) recoge en este sentido Jurispru-
dencia italiana en materia de lesión de bienes de la personalidad y
derechos de autor donde los Tribunales suelen condenar al resarci-
miento de un lucro cesante abstracto medido por el coste a pagar
si se hubiera tenido que adquirir el derecho de su titular.

De hecho, no parece que sea otro el significado de la expresión,
abundante en el Derecho común, en el sentido de que el *uso se resti-
tuye como fruto* (375). Y así, en Dig. 17.6.65.7, referido a la *condi-
tio indebiti*, la restitución del enriquecimiento no se mide por lo que
hubiera podido obtener el *solvens* arrendándola, sino por lo que se
ahorra el *accipiens* en no hacerlo. Así, también Gregorio López limita
la restitución del alquiler de la casa en prenda, contenida en
P. 5.13.21, de acuerdo al principio clásico de enriquecimiento confor-
me al ahorro de gastos, «*si creditor esset aliam domum conduc-
turus*» (376).

La ventaja de esta tercera consideración sobre la segunda radica
fundamentalmente en el plano de la prueba, al eximir de la carga
de demostrar de un lucro cesante, bastando la simple constatación
del valor en renta de la cosa.

4. Solución propuesta

El Código civil tiene normas particulares para medir la restitución
del uso de bienes ajenos cuando éstos no han de restituirse en especie:
son las normas que regulan la accesión de muebles, y en este sentido

(374) *L'arricchimento*, 16 y ss.

(375) MOLINA, Disp. 719; DONELLO, XIV, XVIII, XVIII.

(376) En Dig. 24,1,18, sin embargo, no se considera el uso como enriquecimiento;
mas téngase en cuenta que esta norma se refiere a la validez de las donaciones uxorias,
en las cuales el enriquecimiento del donatario suponía la nulidad de las mismas.

la solución constante es la restitución del valor. Pero no hay normas que disciplinen la restitución del uso en cuanto tal. Creo que conforme a la doctrina del doble límite de la acción de enriquecimiento, en nuestro Derecho sólo se restituirá el uso en función de daños; se exigirá un empobrecimiento real del actor (cfr. S. 21-12-1984), en el que cabe, por supuesto (contra lo que parece entender la S. 5-10-1985), el lucro cesante. Al restituirse como daño sólo podría obtenerse una restitución del uso por parte de aquellos que según los casos estén obligados a prestar el daño. El poseedor de buena fe, por ejemplo, o el simple *accipiens indebiti* no estaría, por ello, sujeto a la restitución del uso. En determinados casos, y para evitar resultados injustos, deberá admitirse sin dificultad que el valor objetivo del uso representa la cuantía de la ganancia frustrada sin necesidad de una prueba suplementaria. Es decir, puede bascularse siempre hacia una consideración procesal abstracta de la prueba del daño. En ningún caso cabría una restitución del uso más allá del valor objetivo de cesión, en cuanto valor en renta, por mucho que por cualquier razón el demandado obtenga de este uso un provecho superior; por ejemplo, porque el ahorro de gastos que le supone haber usado ese bien importa para él una cantidad mayor de la que deba pagar por el valor objetivo del inmueble. Si la restitución del bien en especie surge como consecuencia de la ineficacia inicial o sobrevenida de un contrato bilateral, el uso de la cosa no es irrelevante para el cálculo del crédito recíproco de restitución. En efecto, si el contrato ha tenido por objeto la cesión onerosa del uso de un bien, el carácter indebido del mismo que resulta de la nulidad o resolución del vínculo queda compensado con la retención de la merced ya abonada. La ineficacia no producirá efectos retroactivos en estos contratos de duración continuada, y la merced recibida equivale, mediante una eficacia fáctica del sinalagma, al valor del uso. Esto es válido aunque la merced por el uso no haya sido aún abonada al tiempo de la declaración de ineficacia: el valor de uso vuelve a ser fijado gracias a esta continuada eficacia fáctica del sinalagma, por el precio convenido para su cesión.

En los contratos de cambio de duración instantánea (vgr. compraventa) el uso del precio compensa el uso de la cosa, en caso de ineficacia posteriormente declarada del contrato. Pero si el precio aún no se pagó no podrá pedirse, junto a la nulidad o resolución, dicho precio ni tan siquiera como cifra del daño, ya que el precio representaba la sustancia de la cosa capital, no su uso. El uso entonces se restituirá como daño-enriquecimiento, fijado en el valor renta. (Cfr. art. 11. Ley de Ventas a Plazos de bienes muebles).

La situación parece ser idéntica cuando la ineficacia sobrevenida del contrato recíproco ha dado lugar a la restitución de una de las prestaciones a favor de un tercero que no es parte en el contrato. Del

artículo 1.478 del Código civil se desprende que el comprador que ha sufrido la evicción no ha de descontar del precio de restitución el tiempo que ha usado pacíficamente la cosa comprada (377).

XIV. EL DINERO COMO OBJETO DE LA RESTITUCION

En este capítulo hemos de ocuparnos de tres cuestiones conectadas entre sí por el hecho de que en todas ellas el objeto de la restitución, o al menos la pretensión de restitución, se centra en una cantidad de dinero. Fundamentalmente nos referimos:

1. Los casos en que un tercero recibe «indebidamente» una cantidad de dinero.
2. El supuesto en que el obligado a restituir cosa específica ha realizado el valor en cambio del bien.
3. La obligación bilateral en la que una parte del contrato está vinculada a la prestación de una cantidad de dinero.

1. La disposición o recepción indebida de dinero

Partimos de un supuesto de hecho bien diferenciado. El *solvens* entrega al *accipiens* por error una cantidad de dinero, o bien el *accipiens* recibe del *solvens* una cantidad de dinero que éste tenía en su poder y no estaba legitimado para disponer:

a) *El dinero poseído no está sujeto a restitución*

Según lo dispuesto en el Dig. 12.6.49, el titular del dinero del que un tercero se apropia y dispone a su vez, sólo tiene una *condictio* contra éste, no contra el tercero a cuyo poder va a parar dicha cantidad. Yo estimo que en el Código civil quien compra indebidamente con una cantidad de dinero que le ha sido confiada o que por cualquier otra razón conserva en su poder, transmite al vendedor la «propiedad» del dinero. Este vendedor no sólo no estará obligado a restituir esta cantidad, sino tampoco, por supuesto, ningún lucro o subrogado que adquiera con ella. O, dicho de otra forma, el comprador en el Código civil no está obligado a «sanear» el precio de venta, exención basada en la implícita suposición legal de que jamás puede ser inquietado el vendedor por una reclamación de tercero por razón de este precio. Si este vendedor, o tercer adquirente en general, conoce la procedencia del dinero y con ello se causa daño al legítimo

(377) Igualmente en el Derecho inglés: HARRIS, en *Chitty on Contracts*, núm. 1.691 (Vol. I).

titular, responderá ante él ordinariamente por los daños causados, que pueden ser superiores a este precio.

Desde el momento en que el dinero sale *indebidamente* (en el sentido más amplio del término) del poder de una persona, éste se convierte en acreedor de esta cantidad, contra quien por cualquier título adquiere frente a él el estatuto de deudor. Lo mismo ocurre cuando esta cantidad sale lícitamente de su patrimonio, pero con sujeción a restituir (préstamo, por ejemplo) (377 bis), Y sólo será deudor hacia él quien, por contrato, cuasi contrato o por delito asuma hacia este titular la obligación de devolver el *tantumdem*; circunstancia esta que no concurre con el destinatario-tercer poseedor de buena fe de esta cantidad. El acreedor sólo tendrá contra este tercero las acciones que a todo acreedor competen contra tercero: la pauliana y la subrogatoria, siempre que se den sus respectivos supuestos.

b) *Lo adquirido con dinero restituible no es restituible*

En los casos donde el obligado a restituir conserva el riesgo de la pérdida localizado definitivamente en su persona sin poder trasladarlo al legitimado para su restitución, esta atribución definitiva del riesgo debe limitar la correspondiente obligación del restituyente de entregar con la cosa, o en lugar de ella, los subrogados adquiridos por intermedio del bien restituible. Esto no es cierto en todo caso de atribución de riesgos, pero sí lo es en el supuesto principal, la restitución que deba hacerse sobre bienes fungibles. Quien está obligado a ello no puede ser condenado a entregar lo que se adquiere con esta cantidad, ni lo que se lucra con su negociación o su uso, y ello aunque se trate de un ladrón. Al quedar fijado el riesgo, queda igualmente fijado el objeto de la restitución (cfr. arts. 482, 1.740, 1.687 in fine). Así, por ejemplo, lo señala el Acuerdo del Tribunal Económico Administrativo Central de 20-11-1964, al establecer que el dinero legado en usufructo impropio del artículo 482 del Código civil y utilizado para comprar una finca no tiene eficacia subrogatoria.

Hay que decir en este lugar que el artículo 482 constituye la norma general de restitución cuando el patrimonio o conjunto de bienes sujetos a restitución sean bienes fungibles. El riesgo en este caso queda definitivamente fijado en la persona del restituyente, así como también quedan excluidos de la obligación de retransferir todos los subrogados y lucros obtenidos mediante la cantidad restituible. Las deudas de género tienen entonces la doble virtud de fijar desde un primer momento el riesgo y el objeto de la obligación de entrega.

(377 bis) Al convertirse en deudor de dinero el depositario en un depósito irregular puede, en su caso, compensar su deuda, con los efectos frente a tercer acreedor pignoraticio del crédito de restitución del depósito: cfr. sts. 19-9-1987.

El principio arriba afirmado, según el cual la fijación del riesgo en un determinado sujeto fija al mismo tiempo el límite que se puede perseguir por parte del legitimado a la entrega, no es de aplicación al solo caso de que el bien entregado y sujeto a una restitución ulterior sea una cantidad de dinero o bienes fungibles. Se entiende, además, igualmente aplicable en todo caso en que, con independencia de la causa de pérdida, el obligado es puesto por la norma en la situación de quien indefectiblemente debe restituir una cantidad de dinero representativa del valor. El donatario de los artículos 645 y 650 no está obligado a entregar el subrogado de las cosas donadas que se perdieron o enajenaron, por la misma razón que nunca se excusa de esta pérdida. Otro tanto ocurre, y por idéntica razón, con el artículo 1.307. Así lo entendió con exquisita corrección la Sentencia de 19-10-1973; revocada una donación de dinero por incumplimiento de las condiciones a que se refiere el artículo 647 del Código civil, se solicita por la actora que el piso adquirido con el dinero quede subrogado en lugar de la cantidad donada; el Tribunal Supremo entiende en este caso que no sólo no cabe la pretensión por el artículo 647, sino tampoco a través del concepto de frutos del artículo 651: «Los frutos de la cosa donada serán los frutos de 1.250.000 pesetas donadas, pero no la cosa adquirida con esa cantidad ni lo que esta adquisición produzca o pueda producir, ni el valor del disfrute del piso comprado.» Adviértase que la solución no debería haber sido distinta si lo donado fuera el piso y el subrogado el precio.

El *accipiens* de buena fe a que se refiere el artículo 1.897 del Código civil no entregará por la *condictio indebiti* el subrogado en que haya convertido el dinero indebidamente pagado, dado que por su parte no dispone del beneficio de exención de riesgos que el citado precepto reserva para el pago indebido de cosa específica. Otro tanto puede decirse si se enajenó la cosa específica indebidamente entregada; al fijar el Código civil en este caso de modo definitivo el riesgo en el precio («genus nunquam perit») no será restituible lo que por reemplazo de este precio haya adquirido el *accipiens*. A la inversa, si en seguridad de la consistencia del crédito de restitución, el Ordenamiento permite en algún caso que la cadena de subrogaciones continúe incluso sobre los sucesivos reemplazos del precio de venta de la cosa restituible (cfr. art. 197 C.c.) no queda más remedio que aceptar que el legitimado para obtener la restitución (en el art. 197 el declarado fallecido que reaparece) sufrirá el riesgo de que la cosa en la que se reemplazó el precio se pierda por caso o por culpa del aparente heredero de buena fe (378).

(378) En el *common law*, la conexión *genus-riesgo* sigue un criterio distinto. Si un *trustee* ha adquirido algo con el dinero confiado, el *beneficiary* puede pretender lo adquirido con él o asegurarse con ello la garantía del dinero. Pero si el *trustee* infiel mezcla el dinero confiado con el suyo propio y adquiere algo, el *beneficiary*

Lo adquirido con este dinero sujeto a restitución sólo entrará en restitución si puede conjeturarse que el adquirente haya actuado con efectos frente al *dominus* por aparecer como mandatario tácito o como gestor oficioso, no en otro caso; o bien, cuando por alguna razón excepcional una norma disponga lo contrario (cfr. art. 1.347-3.º C.c.).

Lo subrogado es, por tanto, propiedad de aquel que lo adquiere a su nombre por contrato válido y tradición (art. 609 C.c.), ya que el Código civil no exige ningún requisito más para la adquisición del dominio, y, por supuesto, corre con el riesgo (*genus nunquam perit*), aunque la cantidad llegue a su poder siendo de buena fe (378 bis).

Toda esta cuestión es completamente independiente de si el adquirente del subrogado había adquirido o no previamente la propiedad del metálico que llegó a su poder.

En el Derecho común, una excepción al principio afirmado sólo se reconocía en los juicios universales (petición de herencia, etc.), donde el subrogado del dinero (hereditario) entraba en restitución (379), y en algunas especies particulares que recoge la P. 5,5,49: bienes adquiridos con dinero de la dote, con dinero del menor, de la Iglesia o de caballero; la doctrina reconoció también el caso de lo adquirido con dinero público o con el dinero objeto de donación uxoria (380). En los casos de la Partida citada, era opción del «dueño» del dinero quedarse con la cosa o pedir la restitución del *genus*. Y aun la doctrina no estaba conforme sobre las condiciones de esta subrogación. Remito a las glosas de G. López a esta Ley para cerciorarse que esta subrogación estaba implícitamente condicionada por la cualidad de gestor de aquel que, incluso a su nombre, adquiría con dinero sometido a su custodia, y que incluso en los bienes dotales era dudoso si esta subrogación tenía lugar igualmente cuando el marido compraba a su propio nombre sin consentimiento de la mujer. Por lo demás, y por las razones dichas, no se producía semejante subrogación si era un tercero ajeno a la relación de fiducia quien disponía de este dinero.

Incluso en estos casos donde según el derecho antiguo actuaba el efecto subrogatorio, este mecanismo no podía por menos que con-

no tiene derecho al subrogado. El *trustee* que mezcla dinero y disipa éste en parte se entiende haber disipado de lo propio. Si el *trustee* mezcla dinero de dos personas, éstos recobran proporcionalmente. Igualmente, si se mezcla dinero del *beneficiary* y el propio del *trustee* de buena fe (GOFF-JONES, *The law of the restitution*, 57 y ss.).

(378 bis) MOLINA, Disp. 327; IHERING, *Ih. Jah* (16), 233; Cfr. art. 22 Comp. Cataluña, para la donación uxoria. Según Dig. 36,1, 75, la prenda adquirida con dinero fideicomitado no era fideicomisaria.

(379) MOLINA, 327; DONELLO, XIX, XIII, VI; pero esto no impedía que el poseedor de la herencia adquiriese a su nombre con dinero hereditario, pues su deuda era de género (*ob. cit.*, núm. XII).

(380) DONELLO, V, II, XIV.

tar en la mayoría de los casos con la dificultad de identificación de este dinero, dificultad que recaería en aquel que pretendiera dicho efecto. De ahí que sólo admita esta subrogación funcionalidad práctica cuando es el propio adquirente el que imputa a tercero los efectos de su negociación (381).

c) *El lucro del dinero no es fruto del dinero*

El lucro del dinero no entra en restitución ni por el artículo 455 ni por ningún otro que en el Código civil sujete a restitución de frutos. El *accipiens* de mala fe o el simple poseedor delictivo no deben como frutos el resultado del lucro del dinero, sino sólo los intereses legales en que se cifra el daño del acreedor (382), que ni es fruto en sentido estricto ni, de serlo, lo sería de la cantidad de dinero, sino del crédito de reclamación. Por esta razón, por ejemplo, el comprador que ha recibido la cosa sólo ha de pagar los intereses del artículo 1.501, no el lucro que desde la perfección de la venta obtenga este dinero. Tampoco es lucro restituible el obtenido con el precio por el vendedor que ha de prestar el saneamiento.

2. Justificaciones

De las tres afirmaciones arriba establecidas, creo que en este lugar sólo la primera requiere alguna justificación. Se trata, ahora, en consecuencia, de probar la siguiente afirmación: quien llega a la posesión indebida de una cantidad de dinero se convierte en el «dueño» de ese dinero, y no estará sujeto a restitución del mismo a menos que exista a tal efecto un título distinto de la específica acción de reivindicación.

a) *La reivindicación de género*

El Derecho romano admitió una reivindicación de *res incerta* cuando se producía una *conmixtio* que tenía lugar por caso fortuito (Dig. 6.1.15). Si las cosas mezcladas (sólidos) habían llegado a tal estado por voluntad de sus respectivos dueños, la cosa se hacía común por tradición precedida de justa causa. Si no había tenido lugar este acuer-

(381) En el Derecho inglés existe un régimen distinto cuando se trata de *mixed funds*; en ciertos casos se admite el efecto subrogatorio en favor del beneficiario del *trust*; en otros, cuando la mezcla no fue de mala fe, el riesgo es compartible: GOFF-JONES, 57 y ss.; BIRKS, 363 y ss.

(382) SOTO, IV, VII, 2.

do y la mezcla se producía por azar o por mala fe del autor, nada había cambiado y el dueño conservaba una reivindicación por la cantidad, por la cuota en el complejo: *si frumentum confusum sit competit in rem actio in id in quibus patet in illo acervo suum cuique esset* (383).

Una reivindicación de cantidad no tiene, en cuanto tal acción real, cabida en nuestro Ordenamiento, desde el momento en que el Tribunal Supremo exige reiteradamente la cualidad de identificable del bien que se reclama por acción real: el vino, en cuanto cosa genérica, es irrevindicable y no puede utilizarse la acción real para reclamar el equivalente o el subrogado de la cosa (STS 3-3-1943, 21-12-1908). Una cantidad de hulla es de por sí irrevindicable (STS 1-3-1954). Esta doctrina, que estimo cierta, pertenece, sin embargo, al ámbito de las cuestiones de hecho. No es que el demandado ostente por este solo hecho un *título* que la haga irrevindicable, sino que el actor no tiene términos hábiles para probar su dominio; una cuestión de hecho que se convierte por su propia naturaleza en una regla de derecho. Y cuando el Tribunal Supremo habla de reivindicación de cantidades de dinero en sede del artículo 348 del Código civil en realidad no está más que resolviendo supuestos donde la acción ejercitada era una tercería de mejor derecho, como ocurría en las Sentencias de 20-6-1927 y 21-6-1928. Como decía para este supuesto Lord Ellenborough en Taylor V. Plumer, al referirse a la restitución de «mixed funds»: «La dificultad que surge en estos casos es una dificultad de hecho, no de derecho, y el *dictum* de que el dinero no tiene signos distintivos debe ser entendido de la misma manera, *id est*, predicado exclusivamente de una masa indivisa e indistinta de dinero» (384).

En el Derecho español no existe ningún título que con carácter general determine que el poseedor de una cantidad de dinero es por este solo hecho dueño de ella. Cuando la Ley quiere crear un *título* en este sentido lo hace expresamente, como para una especie particular contiene el artículo 86 del Código de Comercio. En este caso la excepción a la reivindicación es un título contrario de entidad bastante; en otras es una mera excepción *fáctica* que, por su propia naturaleza, conlleva la misma eficacia exoneratoria de un título en derecho.

El problema, como he dicho, es de todo punto irrelevante cuando el titular disponga de un título de crédito para pretender semejante restitución: el *solvens indebiti* no puede reivindicar el dinero pagado, pero puede repetir el pago, restituible como una deuda de género; así en todos los demás casos. El problema, repito, se da cuando el

(383) Cfr. DONELLO, IV, XXII, IV y ss.

(384) Cfr. GOFF-JONES, 50.

poseedor actual del dinero no está vinculado al actor por ninguna fuente de obligación, es decir, cuando recibe de un tercero interpuesto esta cantidad, y la recibe precisamente de buena fe.

b) *Otros efectos jurídicos*

Cuando se afirma que la «propiedad» del dinero se conserva en poder de persona distinta de su poseedor actual, se puede estar diciendo algo perfectamente legítimo si con ello se quieren resolver cuestiones que nada tienen que ver con la restitución civil. Así, cuando lo que se discute es la responsabilidad penal en que incurre quien por su conducta faltó a la confianza en él depositada. Se puede afirmar, en efecto, que el vendedor de trigo al Servicio Nacional del Trigo que se convierte en depositario del mismo antes de la entrega incurre en delito de malversación de caudales públicos de los artículos 394 y 399 del Código civil cuando dispone de este trigo, ya que pertenece dominicalmente al erario público (STS 2.^a, 2-3-1973). Sobre todo, estas declaraciones jurisprudenciales son frecuentes cuando se trata del delito de apropiación indebida del artículo 535 del Código penal. El Tribunal Supremo, Sala Segunda, suele repetir que está en el supuesto de este artículo el que teniendo en su poder dinero en base a un título que da lugar a la obligación de devolver, se «adueña» de él, y fundamenta tal afirmación en que el dinero no era suyo, ya que el título de posesión obligaba a restituir. Se niega que exista este delito cuando el título era bastante para transmitir la propiedad y no sólo la posesión (20-5-1983; 27-10-1986). Se afirma que la comisión o depósito son supuestos hábiles para cualificar el delito, y se niega, por ejemplo, al préstamo o al precio del arrendamiento de obra. Pero el fundamento no puede estar en que unos títulos obliguen o no a devolver, pues el prestatario debe también devolver y, sin embargo, no está en el caso del artículo (23-6-1973). Otro tanto cabe decir con la «suficiencia» para transmitir el dominio, pues civilmente tanto la prenda irregular del dinero como la sociedad pueden transmitir el dominio y, sin embargo, pueden dar lugar a delito de apropiación. Tampoco puede decirse, a efectos de la titularidad, que es distinta la situación del mandatario que aplica la cantidad a usos propios, generándose un ilícito civil del artículo 1.724 del Código civil y la «apropiación» de las mismas cantidades, que estaría en el artículo 535 del Código penal, como afirma la Sentencia de 20-1-1987. En todo caso, la única regla cierta no es la de si el título es de por sí bastante para transmitir el dominio o si éste se conserva o no en poder del lesionado, pues este criterio es artificioso cuando se trata de dinero. El criterio es sólo el de averiguar si el título de posesión concedía o no al demandado la libertad de proceder sobre la cosa o de asignarla a fines particulares. La responsabilidad penal se fijará entonces por el margen de actuación concedido por el título y nada más. Por

esta razón, cuando los efectos que se quieren deducir de estas conductas no son los penales, sino los civiles, esta misma jurisprudencia afirma sin contradicción que el dinero sustraído y apropiado no es «restituible» en el sentido del artículo 102 del Código penal, sino «indemnizable», por no tratarse de la «misma cosa» a que se refiere el precepto (STS 2.ª, 27-4-1963, 18-2-1966, a menos que se trate de dinero cerrado y sellado: 31-10-1953).

Otro tanto ocurre con el derecho de separación de que habla el artículo 909 del Código de comercio. Las «cantidades» a que se refiere el n. de este artículo son separables de la masa de la quiebra, mas no porque sean identificables o porque el comitente conserve la propiedad de los mismos. Se trata de un crédito privilegiado bajo la forma de una *reivindicatio utilis* concedida al comitente por razones diversas de la mera permanencia de la titularidad (385).

c) *Los «títulos» de propiedad sobre el dinero*

Según Donello (386), el Derecho romano habría en efecto dotado de un título en derecho al *bonae fidei possessor* para hacer suyo el dinero que llegó a su poder por intermedio de un tercero. La generalización se obtiene de Dig. 46.3.78 (*De solutionibus*). El antiguo dueño tendría acción de hurto contra el pagador. De esta manera, dirá Donello, el dinero será, junto con los frutos, la única cosa que el poseedor de buena fe hará suya, en razón misma de esta buena fe, contra la voluntad del dueño de la cosa. Según Donello, este régimen era extensible por identidad de razón a la *conmixtio* de *frumentum*, y no cabría en este caso una reivindicación de cantidad del antiguo dueño.

En el Código civil sólo existen dos normas que con carácter general puedan tener conexión con nuestro tema; son los artículos 381 y 382, de un lado, y el artículo 1.160 *in fine*, de otro.

d) *La conmixti6n de dinero*

Según los artículos 381 y 382 del Código civil, si por voluntad de dos dueños o por azar o por sólo uno de ellos de buena fe se mezclan dos cosas de igual o diferente especie, cada propietario adquiere un derecho proporcional a la parte que le corresponde atendido el valor de las cosas mezcladas. Si se hace la mezcla de mala fe, el autor pierde la cosa de su dominio.

(385) GARRIGUES-SÁNCHEZ CALERO, *Curso de Derecho Mercantil*, II (1983), 477.

(386) *Comm.*, IV, XXII, I.

No aventuro ningún error si afirmo que apenas puede encontrarse en el Código civil norma más absurda que la aquí reseñada. El legislador es responsable en este punto de haber seguido al Derecho romano en un extremo en que los autores estaban más preocupados por cuestiones filosóficas que por problemas reales.

En efecto, el tipo puro de la *conmixtio* (acaso junto con el trigo) es la mezcla de dinero, y a ella se refieren las fuentes. De hecho, los citados artículos del Código civil reúnen en una sola norma los supuestos de conmixtion de sólidos y confusión de líquidos. En el primer caso las cosas *singulae suam speciem discretam retinent* (dinero con dinero, trigo con trigo, animal mezclado en el rebaño ajeno, etc); en el segundo caso se pierde la forma discreta al tratarse de líquidos. Obsérvese que el absurdo que ahora vamos a referir no se descarta entendiendo que la norma no se refiere a la mezcla de dinero, dado que en el artículo 381 se habla de *separable*; y ello porque aunque el dinero mezclado sea «separable», no lo es con identificación, que es a lo que se refiere la norma (387).

Para el Código civil se crea una comunidad en proporción a las cuotas. ¿Entre qué cosas se produce comunidad? ¿Será una comunidad de contenido variable, que se modifica, por ejemplo, cuando yo repongo o aumento la cuenta bancaria en la que de buena fe ingresé dinero ajeno? ¿Se administra la cosa común por el artículo 398 del Código civil? ¿Si yo dono a un tercero mi dinero mezclado entra en comunidad contigo? ¿Cómo se hace valer la acción de división? En efecto, todo ello es absurdo, ya que el Código civil no se preocupa de averiguar cómo llegó a ser posible tal mezcla.

Si cobré lo que no se me debía, el dinero es mío, y todo lo que con él adquiera; del *solvens* es el crédito de restitución. Si un tercero me pagó una deuda que me debía con dinero que tenía en comisión de compra, el comitente tendrá contra él la correspondiente acción civil y penal, mas no podrá reivindicarme ese dinero. Y aun en el caso de que se admitiera tal reclamación, no estaría el actor en comunidad conmigo, sino que yo sería deudor suyo, que es distinto. Si A, mandatario infiel, deposita en su cuenta bancaria el dinero que B le entregó en comisión de compra, es absurdo decir, como hace el artículo 382-2.º del Código civil, que el mandatario no sólo ha de restituir ese dinero, sino que pierde además su propia cantidad depositada.

Y dígase lo mismo del trigo o de cualquier otro bien fungible.

De una norma absurda es claro que no pueden extraerse consecuencias. De ahí que el régimen jurídico que creo más cierto responde a los siguientes criterios:

(387) Y en este sentido también para el Derecho alemán, BAUR *Sachenrecht* 1985, 481.

1. Si se debe una cantidad de dinero, ésta se debe como deudor;
2. que el legitimado no sufre el riesgo de su pérdida;
3. que no existe en ningún caso acción de división, sino una pura reclamación de cantidad;
4. que quien dispone de este dinero no subroga lo adquirido en beneficio del acreedor (388);
5. que en la quiebra del deudor el acreedor no tiene derecho de separación a menos que se encuentre en alguna de las hipótesis reseñadas en el número 6 del artículo 909 del Código de comercio (389).

e) *El pago de dinero*

Según el artículo 1.160 del Código civil, será válido el pago hecho por quien no tenga la libre disposición de la cosa o capacidad para enajenarla si este pago consiste en una cantidad de dinero que se gasta por el *accipiens* de buena fe.

Esta norma está incardinada en una determinada presuposición legal de las obligaciones de dar, como obligaciones que tienden (aunque no sea de esencia, vrg., compraventa) a la transmisión de la propiedad. Pero obsérvese —la precisión es de Miquel (390)— que esta norma no puede estar pensando en una transmisión de la propiedad de cosa ajena, pues más bien se refiere a la pérdida de la propiedad, por parte de cualquiera, dada la desaparición jurídica del objeto (el gasto) sobre el que podía recaer.

Yo pienso que el pago de cosa ajena es válido (391), por la misma razón que lo es la venta de cosa ajena. Como demuestra el antecedente del artículo en Dig. 46.13.14.18, lo que el artículo 1.160 pretende solucionar es la cuestión del pago hecho por el incapaz, no estrictamente el pago de cosa ajena. Es confundente mezclar cuestiones de validez, que dependen del título entre las partes, con cuestiones de eficacia contra tercero; el pago de cosa ajena no sería eficaz jamás contra tercero (el dueño de la cosa) por mucho que dicho pago fuera un negocio válido entre el que paga y el que cobra. En efecto, si el pago de cosa ajena fuese nulo y pudiera ser repetido nos encontraríamos ante la asombrosa consecuencia de que aquel que ha de sanear

(388) Contra SCHULTZ, *System*, 383.

(389) Pero no en los casos del art. 907-3.º ni 7.º; en el segundo no se trata de cantidad, sino de cantidad debida al quebrado. Lo que se reintegra es el crédito contra tercero por el precio, y si ya se pagó no hay derecho de separación; en el caso del núm. 3.º (depósito, usufructo o alquiler) no entran las cantidades depositadas en depósito irregular (Cfr. GARRIGUES-SÁNCHEZ CALERO, *Curso*, II, 475, 477).

(390) *La posesión de bienes muebles*, 406 y ss.

(391) Contra DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I, 614.

la evicción es el mismo que da lugar a ella (392); no se podría negar en este caso al *accipiens* la posibilidad de oponer frente a su enajenante la *exceptio rei venditae y traditae*, su mejor derecho a poseer. A su vez, el *accipiens* sólo podría repetir el pago si se aceptase que el *tradens* está obligado a transmitirle la propiedad de la cosa vendida, o que, con independencia de ello, el adquirente puede reclamar su prestación antes de que haya sido objeto de evicción (cfr. artículo 1.502 C.c.) (393).

La no repetición contra el *accipiens* no deriva de que, al haber gastado el dinero, no se ha enriquecido. El artículo 1.160 es independiente de esta cuestión, pues de hecho puede haberse enriquecido si de otra manera hubiera debido gastar de lo suyo. Lo que ocurre es que él no puede haberse enriquecido «sin causa», pues tiene derecho *precisamente* a esa prestación, sin que el *solvens* pueda oponerle que no es «ésta», sino «otra», la cantidad de dinero debida. El régimen del *accipiens* en este supuesto se explica, decía Donello, por la total inviabilidad de cualquier *condictio*: no la *indebiti*, pues el *solvens* debía esa prestación; no la *sine causa*, ya que el *accipiens* recibe por justa causa; no la *condictio causa data causa nos secuta*, ya que el *accipiens* precisamente aceptó el pago para esto, para que se libere el pagador, lo que de hecho ocurre (394). De esta forma, tenemos que el artículo 1.899 del Código civil es una excepción a la *indebiti condictio*, mientras que el artículo 1.160 no lo es, porque no se corresponde a su supuesto de hecho.

El gasto o consumo no es algo que el *accipiens* pueda oponer, en cuanto tal gasto, al «dueño» del dinero, como tampoco puede oponerle la «validez» del pago; no es un título frente al «dominus». Lo que el *accipiens* puede oponer al propietario serán dos cosas: que éste no puede reivindicar en ningún caso porque el dinero no es reivindicable, y que no se le puede reivindicar a él porque ya no posee ni dejó dolosamente de poseer. Que el consumo o gasto no es título, se confirma pensando que el *accipiens indebiti* que gasta el dinero pagado no se libera de restituir. Más aún, si el pago de cosa ajena se hizo por error, el pago sí es repetible, no por ser ajena, sino por haberse pagado erróneamente sin que el consumo tenga nada que ver con ello. Lo que ocurre es que si el pago era de dinero, nunca podría el *solvens* excepcionar frente al *accipiens* tal circunstancia, pues éste siempre puede alegar que tal dinero pagado no era ajeno, sino preci-

(392) LAROMBIÈRE, *Theorie et pratique des Obligations*, 1885, IV, art. 1.238, número 5. Para GIORGI, *Teoría general de las obligaciones*, VII, 137, el deudor no puede pretender la recuperación únicamente cuando el pago (y la obligación causal) era de cosa específica, ya que no puede realizar una sustitución de la cosa.

(393) POTHIER, *Obligations*, núm. 498: sólo se podría reclamar el *solvens* cuando se produzca la evicción.

(394) *Comm.*, XVI, X, III.

samente el que se le debía. Sin contar todo ello con que, tratándose de dinero, el *accipiens* podría oponer la compensación.

En consecuencia, el artículo 1.160 no presupone nada en cuanto al título de adquisición del dinero «ajeno». No presupone tampoco que la obligación no pueda ser anulada si estamos en el supuesto de hecho de dicha nulidad, no sirviendo entonces de nada el gasto del dinero (395). Ni pone al *accipiens* a salvo, no de una reivindicatoria, sino de una tercería de mejor derecho por parte de tercero sobre esta cantidad, como demostraron las Sentencias de 20-6-1927 y 21-6-1928.

Y es preciso en este sentido matizar la doctrina de la Sentencia de 14-11-1950. En el caso, el habilitado para el cobro de los sueldos de unos maestros había hecho llegar, después de peripecias que no vienen al caso, el dinero comisionado a manos de sus acreedores. Reclamado este dinero por los maestros, el Tribunal Supremo entiende, con razón, que los acreedores no pueden oponer el artículo 464; el Tribunal Supremo da lugar a la reclamación de acuerdo al artículo 1.160, dando por sentado que no había sido gastado tal dinero; esta doctrina debe ser matizada en este extremo, pues, si existe preferencia del crédito de los maestros, ello se dará aunque el dinero hubiera sido gastado.

En resumen, en Derecho español, ni la mezcla ni el gasto o consumo constituyen títulos de propiedad en sentido estricto sobre los bienes fungibles. Lo que hacen uno y otro es acentuar más, si cabe, la imposibilidad de identificación de la cosa a efectos de la reivindicación. Contra tercero sólo cabrá por parte del anterior titular del dinero una acción de enriquecimiento en el caso en que sea de rigor. Y de hecho no podrá alegarse enriquecimiento sin causa alguna cuando el poseedor haya accedido al control de este dinero a través de contrato válido con tercero: se le entregó una cantidad de dinero como precio de un contrato de cambio de bienes, por ejemplo. Una *condictio sine causa* sólo cabría ante un poseedor de buena fe que por hecho propio se posesionara de una cantidad ajena.

3. La realización del valor en cambio de la cosa poseída

El dinero obtenido por la venta de cosa furtiva no es cosa furtiva, dice el Dig. 47.2.48.7. La responsabilidad civil que incumbe al sustractor se hará eficaz, conforme a los artículos 101 y siguientes del Código Penal, en la misma cosa, mediante su restitución, y si ello no fuera posible, en la indemnización de daños y perjuicios. Yo creo, en efecto, que la disposición de cosa ajena transmite al disponente

(395) Cfr. BERCOVITZ, *Comentarios al C.c. y Compil. for.*, XVI, 1.º, 56.

la propiedad del precio o contraprestación recibido de tercero. El dueño de la cosa no es dueño del precio ni tiene sobre éste un derecho de separación en la masa de la quiebra del enajenante.

El enajenante responderá en su caso por los daños que se le sigan al titular del bien, e incluso por la estimación de la cosa si ésta ya no es recuperable. El precio, pues, no es subrogado de la propiedad de la cosa ajena (396); lo demuestra el artículo 1.778: el vendedor cederá su acción al depositante (397). El dinero subrogado de la cosa no será del titular de ésta ni tan siquiera en los casos en que la Ley establezca una subrogación explícita, como, por ejemplo, el artículo 1.897; en este caso, el *accipiens* es deudor de esta cantidad, y el *solvens* no tiene sobre ella derecho preferencial alguno frente al resto de los acreedores. Y ni tan siquiera esta propiedad del dinero subrogado podrá afirmarse en su caso como propiedad sobre un fruto, pues constituye un principio institucional que el precio de un bien no es fruto de este bien (398). Sólo cuando entre las partes pueda ser inferida una relación de fiducia basada en mandato (aun tácito) o gestión oficiosa, los efectos del negocio se comunican directamente al *dominus*.

El principio que hay que dejar ahora sentado es que el poseedor de buena fe que enajena la cosa no comete ilícito contra el dueño, y no empobrece a éste, al conservar intacta la posibilidad de reivindicar. Esta cuestión ya había sido afrontada por Ihering en un trabajo clásico (399) destinado a combatir la opinión que, desde Cujaccio hasta Windscheid, estimaba que el poseedor enajenante estaba obligado a restituir este precio por una *condictio sine causa*, afirmación basada en dos textos aislados (Dig. 3.5.49; gestión de negocios y Dig. 12.1.23: *condictio*). El autor refuta esta opinión, elevando a principio general la tesis de que el precio no es un cómodo *ex re* que pertenezca a la *causa* de la reivindicación, sino un cómodo de negociación, y que es falso que el Derecho romano concediera *condictio* en todo caso en que existiera un enriquecimiento. En efecto, el precio de venta no es subrogado de la cosa, y se adquiere en propiedad por contrato válido seguido de tradición, aunque el vendedor sea de mala fe, y el adquirente no podría demandar al enajenante por concepto distinto de su obligación de sanear, acción de saneamiento que surge de una compraventa válida y que tiende no a la restitución del precio pagado, como si el contrato hubiese sido *sine causa*, sino a la reposición del interés positivo del poseedor comprador (400).

(396) LORENZ, *Staudinger Komm.*, § 818, núm. 17.

(397) En contra, GUILLOUARD, *Trait. du prêt*, 349, que estima que el propietario tiene acción de pleno derecho contra el comprador; en el sentido del texto, LAURENT, XXVII, núm. 109.

(398) DONELLO, XX, IV, XXII.

(399) *Ist der ehemalige gutg. Besitz...?*, cit., 230 y ss.

(400) Esta es la opinión de MOLINA, contra ciertos *iuiores theologi* (Disp. 721).

4. La obligación de entrega de dinero

Quien es deudor de una cantidad de dinero y se encuentra en mora (o en situaciones asimiladas a la mora: arts. 1.185, 1.896) prestará el interés legal (art. 1.108). Este interés es distinto del que nace con la condena a cantidad líquida de dinero de que habla el artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, e independiente este último de que el deudor estuviera antes o no en mora (STS 8-10-1986).

La doctrina jurisprudencial sobre pago de intereses en deudas de dinero puede considerarse constante. Esta doctrina queda caracterizada por los siguientes datos. Si se demanda una mayor suma que la debida según la sentencia de condena, aquella cantidad es ilícita y no procede condenar al pago de intereses, generalmente pedidos desde el día de la demanda; la demanda iniciadora de la reclamación civil es el momento a partir del cual se deben intereses; los intereses moratorios se embeben en los del artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil si éstos eran mayores; en caso contrario, prevalecen los moratorios; si en la sentencia se otorga menos de lo pedido, no sólo no existe deuda de intereses, sino que tampoco existe mora; tampoco existe mora cuando la cantidad ha de determinarse en ejecución de sentencia (por citar sólo sentencias del año 1982, cfr. 11-2, 22-4, 18-6, 18-10 y 30-11).

La importancia del artículo 1.108 viene dada porque en las deudas de dinero no cabe otro incumplimiento que el mero retraso; una imposibilidad fortuita o culpable de la prestación no es jurídicamente posible. Una deuda de dinero no puede dar lugar a daños compensatorios equivalentes (*aestimatio rei*) de la obligación original; tan sólo intereses moratorios (401). Siguiendo en este punto una tradición inveterada del Derecho común (402), el daño prestable con la mora se cifra en el interés legal. Este principio significa que, si el interés representa equivalentemente la cifra del daño y del enriquecimiento (403), uno y otro quedan fijados en que excusa al acreedor la prueba del daño, al mismo tiempo que tiende a hacer irrelevante la prueba de un mayor enriquecimiento del deudor. En realidad, esta restricción, que es injustificada si se atiende a la evolución del Derecho comparado (404), no tiene más fundamento que el principio de Derecho romano (Dig. 18.6.20) según el cual el acreedor no puede repercutir al deudor el lucro cesante que sufre por la pérdida de la disponibilidad del dinero debido. De hecho cabe preguntarse si la mora, como cualquiera otra especie de contravención a las que se refiere el artícu-

(401) PLANIOL-RIPERT, VII, núm. 823.

(402) POTHIER, *Obligations*, núm. 170.

(403) MARTINETTI, *Interessi*, 869.

(404) La evolución de la jurisprudencia y la legislación francesa para superar los límites del art. 1.153 «Code» en su redacción original, en PLANIOL-RIPERT, núm. 877.

lo 1.101, excluye irremisiblemente la prueba de un lucro cesante o daño emergente mayor, pues de ser así existiría una contradicción difícilmente explicable entre los artículos 1.101 y 1.108 (405). Pensemos incluso que el retraso puede generar un daño no moratorio si del temor de la obligación puede inferirse la esencialidad del término de pago (406), o un daño por depreciación de la moneda, del que el acreedor podría haberse puesto a salvo adquiriendo bienes con la cantidad debida (407). Incluso parece que no es perentoria la necesidad de liquidez de la deuda, pues no se contraviene menos la obligación en el sentido del artículo 1.101 por el hecho de que la cantidad debida sea ilíquida, tanto más cuanto que la falta de liquidez puede haber sido provocada dolosamente por el deudor al negarse a la rendición de cuentas (408). De hecho, en un caso de restitución de interés no estrictamente moratorio, como el del artículo 1.896, el Código civil hace compatibles la prestación del interés legal con la indemnización de perjuicios que se le sigan al acreedor hasta la entrega de la cosa. Aún más, el artículo 1.124 del Código civil permite que la reclamación de daños y perjuicios se adicione tanto a la acción resolutoria cuanto a la de cumplimiento, y en ningún caso parece excluirse semejante pretensión si la deuda era de dinero.

Lo que, no obstante, queda fuera de posibilidad es aplicar en este ámbito las normas posesorias, como quieren Doral y Martínez Pardo (409). El deudor de una cantidad de dinero, ya esté en mora (art. 1.108) o no lo esté (arts. 1.682, 1.688, 1.724, 1.838), podrá en su caso estar obligado a la prestación de una indemnización suplementaria al simple interés legal, pero no a los frutos o lucros en general que obtenga de la dilación o retención del dinero en su poder. De la misma forma que la buena fe del poseedor no le permitiría alegar en su caso el artículo 457 al tratarse de una deuda genérica. Tampoco podría alegar después de la mora su buena fe para eximirse del pago de intereses. Sólo antes de la mora el artículo 451 puede ser analógicamente aplicable para relevar al deudor de buena fe de la prestación de intereses (cfr. STS 12-10-1897, 8-4-1912).

Tampoco en este tipo de deudas cabe aplicar sin más el principio de enriquecimiento sin causa. En este sentido, el Tribunal Supremo ha afirmado que no se enriquece sin causa quien paga con moneda depreciada (SSTS. 29-4-1947, 5-4-1977, 19-4-1985). El *aleas* corre a cargo del acreedor, tanto más si por razón de su oficio debe estar al tanto de las posibles consecuencias de un precio aplazado

(405) Cfr. para el Derecho italiano GIORGIANI, *L'inadempimento*, 141 y ss.

(406) LACRUZ, II, 1.º, 289.

(407) LARENZ, *Schuldrecht*, I, 452.

(408) DORAL y MARTÍNEZ PARDO, *Nuevas orientaciones*, cit., 539.

(409) *Ob. cit.*, 543.

(S. 20-9-1982). En otros tipos de deudas de dinero que, sin embargo, no proceden de contratos sinalagmáticos, el Tribunal Supremo aprecia en ocasiones el valor de la restitución en el momento en que este pago deba tener lugar, no en el momento en que se produce o determina la cuantía de la deuda (cfr. S. 1-12-1980; mejoras hechas por un comunero y liquidadas años después; S. 9-VII-1982; colación hereditaria antes de la reforma del art. 1.045 de 1981).

5. Subrogados en la restitución de patrimonios (409 bis)

En este lugar sólo pretendemos hacer referencia a diversas hipótesis de virtualidad subrogatoria que se producen en la restitución de patrimonio, lugar donde por excelencia tiene cabida una problemática de este tipo. Con la salvedad de las hipótesis concretas de los artículos 1.186, 1.777, 1.778 y 1.897 del Código civil, acaso sea en el Derecho de familia y sucesiones donde la problemática de la subrogación tenga cabal importancia.

a) *Subrogación por destino*

De acuerdo a un principio clásico enunciado con motivo de la *petitio hereditatis*, entra en la restitución de la herencia lo adquirido por el poseedor-heredero aparente *hereditatis causa*, esto es, la adquisición destinada al servicio o utilidad de bienes hereditarios (Dig. 5.3.20) (410), aunque no se adquiera con dinero de la herencia ni mediante el ejercicio de un derecho inmaterial de la herencia.

En el Derecho español no existe referencia alguna a tal principio subrogatorio y debe ser rechazado sin más consideraciones allí donde aparentemente pudiera encontrar una más fácil aplicación (cfr. arts. 197, 783, 986 y ss. C.c.). Es evidente, en mi opinión, que el extintor comprado para servir de accesorio al coche recibido por herencia no entra en la restitución de ésta. Sólo bajo dos condiciones puede entrar en restitución lo adquirido con destino de servir a un bien sujeto a restitución.

En primer lugar, cuando el poseedor de estos bienes sujetos a restitución actúa como un gestor del sucesivo poseedor, con ánimo de comunicar los efectos al futuro titular de los bienes. En segundo lu-

(409 bis) Cfr. MARÍN PADILLA, *La formación del concepto de subrogación real*, «RCDI», 1975, 1111 y ss.

(410) Cfr. DONELLO, XIX, XIII, VI.

gar, esta restitución sólo entrará en juego cuando el bien adquirido *hereditatis causa* constituya en sentido técnico una *impensa* que debe ser restituida con la cosa por no ser separable.

b) *Subrogación por sustitución*

A la «sustitución» de bienes componentes de un patrimonio sujeto a restitución se refieren, por ejemplo, los artículos 189 y 192 de la Compilación catalana, referentes al fideicomiso. El primero se refiere al reemplazo de unos bienes por otros a fin de obtener mayor rentabilidad; el artículo 192 se refiere a las facultades del fiduciario, y entre ellas recoge la de sustituir sin demora los bienes fideicomitidos que se desgasten con su uso.

Sin embargo, cuando aquí hablamos de sustitución no nos referimos simplemente a la sustitución de unos bienes sujetos a restitución por otros más rentables, o simplemente cuando los actuales son de fácil deterioro. Me refiero principalmente a la adquisición operada con bienes propios del poseedor actual para «sustituir» con esta adquisición a los bienes restituibles deteriorados o consumidos.

A este tipo de subrogación se refiere hoy el artículo 1.436-3.º del Código civil en materia de determinación del carácter privativo de bienes adquiridos constante la sociedad de gananciales. Este artículo ha suscitado una polémica, que no podemos reproducir aquí (411), sobre el alcance de la expresión «en sustitución», según la cual, serán privativos los bienes adquiridos en sustitución de otros privativos. Yo no dudo en sumarme a la interpretación restrictiva de esta expresión, entendiéndola como una redundancia de el «a costa» a que se refiere el mismo precepto (412); es decir, sería privativo el nuevo bien sólo si se adquiere con una contraprestación (compra o permuta) de otro bien privativo, no si se adquiere con bienes presuntivamente gananciales o simplemente gananciales con el fin de sustituir un bien privativo que, prestando un servicio a la familia, se deteriore o desgaste por el uso. Lo impediría esto el artículo 1.347-3.º, precepto que me parece tan clave en el régimen de gananciales que se necesitarían razones poderosas para entenderlo implícitamente restringido. Yo no creo, al contrario que Lacruz, a quien sigue Torralba (413), que el artículo 1.398-2.º abone la interpretación contraria. A la inversa, se-

(411) Cfr. RAMS, *La subrogación real en la sociedad legal de gananciales* («RDN», núms. 125-126, 297 y ss.).

(412) Esta interpretación restrictiva la sostienen DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, IV (1982), 229, y CÁMARA, *La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad*, «ADC», 1986, 432. Por la tesis amplia, LACRUZ-SANCHO, *Familia* (1984), 365, y TORRALBA, *Comentarios a las Reformas del Derecho de familia*, II, 1591 y s.

(413) LACRUZ-SANCHO, *Familia*, 365; TORRALBA, 1591.

gún me parece. Los bienes privativos deteriorados por el uso en interés común dan lugar a un crédito contra la comunidad; prueba de que aquello que «sustituyó» en el uso a este bien no se subrogó en la cualidad originaria del bien deteriorado; pues entonces sería absurdo acumular la naturaleza privativa del nuevo bien con el crédito por el deterioro del antiguo. Dicho con todo el respeto debido a los referidos e ilustres autores, me parece inconcebible que se sustente la naturaleza privativa del lujoso Mercedes adquirido con dinero ganancial, que sustituye en épocas de boyancia económica al modesto utilitario que el cónyuge aportó a la familia. De hecho, si así no fuera, siempre que un cónyuge aportara un número considerable de bienes al matrimonio retendría para sí gran parte, si no todo, de lo adquirido posteriormente, pues ni tan siquiera el inmovilizado de más largo uso se conserva inalterable durante el régimen. Piénsese que corre a cargo de la sociedad el gasto ordinario de conservación de los bienes privativos (art. 1.362-2.º), pero no la reposición de éstos y no hay frente al consorcio pretensión alguna por parte de cada cónyuge de salir al final del régimen en el mismo estado patrimonial en que se comenzó. Sin hablar todo ello de que una solución contraria a la aquí propuesta ni se concilia con la *ratio* de la presunción de ganancialidad del artículo 1.361, que sería evitada en todo caso mediante el fácil expediente de pretender como amortizado un bien privativo, ni admite constancia registral una privaticidad de este tipo, dada la rigurosa y acertada norma del artículo 95-2.º RH.

Fuera de los gananciales, con mucha menos razón se puede inferir una subrogación de este tipo, a menos que se trate de restituir un patrimonio constituido por bienes fungibles (dinero), en cuyo caso la consistencia del patrimonio queda asegurada no por principio subrogatorio alguno, sino por la regla *genus nunquam perit*.

c) *Ejercicio de derechos inmateriales del patrimonio*

Nos referimos a los casos en los cuales en el patrimonio existan derechos inmateriales de adquisición (retractos convencionales o legales, tanteos, derecho de opción de compra, derecho de suscripción preferente, etc.) que se paguen con dinero del poseedor actual o, si se trata de gananciales, que se paguen con fondos comunes, siendo así que el derecho inmaterial es privativo por haberse adquirido antes del matrimonio la titularidad en virtud de la cual nace este derecho (por ejemplo, arrendamiento, concertado antes del matrimonio a efectos del retracto del inquilino).

El principio que gobierna esta materia es que la cosa adquirida pertenece a quien es titular de este derecho (o del derecho de que surge la facultad de adquisición) no a quien la paga (arts. 1.346-4.º, 1.347-4.º, 1.352, todos ellos referidos a la sociedad de gananciales).

En este caso, la aportación hecha por el otro patrimonio se liquidará como impensa. Ahora bien, conviene hacer una advertencia ante el común modo de entender en estos casos la expresión «pertenecer».

Decir que en estos casos un determinado bien pertenece a una persona y no a otra puede tener un doble significado. En primer lugar, nunca está de más recordar un lugar común del Código civil que muchas veces pasa desapercibido: la propiedad se adquiere en el Derecho español, entre otros medios que no interesan, por contrato y tradición. No está en el sentido del artículo 609 del Código civil que la mera propiedad del dinero que sirve de contraprestación sea un «modo» de adquirir la propiedad, como tampoco está que la titularidad de un retracto sea una de las *justas causas* por las que se adquiere el dominio. No se puede convertir una regla de *comunicación* en una regla de *adquisición*, pues entonces el artículo 609 del Código civil sería incompleto. Y no lo es. La propiedad se adquiere en el Derecho español «abstractamente» en el sentido de que los modos de adquisición (contrato más tradición) se independizan de la manera en que se haya accedido a ellos: se independiza del medio por el que se llegó al contrato (porque se tiene un derecho de opción, por ejemplo) y de lo que se paga cuando se contrata (si se compra con dinero ajeno, lo adquirido no es propiedad de este tercero; si se vende cosa ajena, el precio no es del dueño de la cosa). Y esto es en realidad lo que decía el Dig. 17.2.74, referido al contrato de sociedad: el socio está obligado a comunicar lo que adquiere en su nombre, que es suyo. Este principio no sólo es hoy aplicable, sino que es el único correcto en materia de gananciales. El retracto, tanteo, etcétera, no es un modo de adquirir, sino un *monopolio* para acceder legítimamente a una determinada adquisición: es obvio que es el inquilino y no su cónyuge quien ostenta el monopolio de este derecho de adquisición, por ejemplo. Pero si el contrato se celebra por el otro cónyuge o por cualquiera o ambos de ellos para la comunidad es meridiano, en mi opinión, que lo adquirido pertenece a quien contrata, no a quien pertenecía el derecho de adquisición. Lo que en este punto dice el Código civil son dos cosas:

1. Si el retracto, etc., se ejercita a nombre del cónyuge titular de este derecho, o por el otro actuando representativamente para el primero, lo adquirido no es ganancial por el número primero del artículo 1.347 («trabajo o industria» de cualquiera de los cónyuges).

2. Si, junto a las condiciones anteriormente dichas, la contraprestación es ganancial, lo adquirido no será ganancial por el artículo 1.347-3.º. Pero no quiere decir que si un cónyuge ejercita a su nombre la opción de compra del otro, con independencia de cuál sea el dinero con que se pague, lo adquirido es del cónyuge titular del derecho de adquisición; en esta sede lo único que dice el Código civil es que este bien será *comunicable* al cónyuge titular del derecho

de adquisición, pero no que sea suyo ya. Y mientras tanto no ocurra esta comunicación, no podrá inscribirse a su nombre.

Y lo dicho sobre los gananciales es aplicable a todo caso. Así, en la comunidad hereditaria (cfr. S. 8-4-1930). Otro tanto con los artículos 197 o 783 del Código civil. Para la reserva de que tratan los artículos 986 y siguientes del Código civil, Vallet entiende, sin embargo, que quedan fuera de la regla subrogatoria los derechos de adquisición *ob rem* derivados de la titularidad de bienes reservables (retracto de comuneros, suscripción preferente) dado que éstos no existían al tiempo de la sujeción a reserva (414).

En todo caso, una adquisición directa a favor del titular del derecho de adquisición podrá inferirse si de las circunstancias aparece que el adquirente actuó con efectos representativos para el titular de este derecho. Esto parece que deberá inferirse sin más cuando se trate de un representante legal (padres, tutor) y deberá admitirse sin dificultad apreciable cuando se trate de comunidad matrimonial, por mucho que ningún cónyuge pueda atribuirse hoy la representación del otro.

d) *Subrogación a costa de bienes del patrimonio*

Constituye con mucho la hipótesis más compleja y frecuente en la cual un determinado bien sale del patrimonio dando lugar a la entrada de otro bien que se recibe como contraprestación. Entrarán los casos de permuta, compra y venta, nuevas acciones obtenidas con cargo a reservas, crédito obtenido con préstamo del dinero restituible, dación en pago de créditos sujetos a restitución, etcétera. Para el § 2.019 BGB entran en la petición de herencia lo adquirido a través de negocio jurídico con medios de la herencia. De modo similar, el artículo 275 Compilación catalana. El Código civil se refiere a ello en el artículo 197.

Aquí conviene recordar lo dicho en el subepígrafe anterior. La propiedad se adquiere en el Código civil por contrato y tradición, no por la circunstancia de ser propio el dinero o contraprestación por la que un tercero accede a la titularidad del contrato. De acuerdo a este principio hay que solucionar la interpretación del artículo 1.346-3.º del Código civil cuando se refiere a la subrogación por haberse adquirido con dinero privativo. Este artículo no ha derogado

(414) *Panorama*, I, 839. Ha sido doctrinalmente discutida la suerte de las nuevas acciones sociales adquiridas por el fiduciario con su propio dinero, haciendo uso del derecho de suscripción que deriva de las varias acciones fideicomitidas. Cfr. un análisis de las distintas posiciones en ALBALADEJO, RDP. 1982. 531 ss. El autor se inclina, creo que con razón, por entender las nuevas acciones incluidas en el fideicomiso.

el artículo 609 del Código civil, de manera que no será del cónyuge «titular» del dinero lo adquirido en su propio nombre por el otro cónyuge, o para la sociedad de gananciales. Este artículo sólo supone que si se adquirió de esta manera existe una obligación de comunicar lo adquirido al cónyuge titular del dinero, a no ser que se infiera que el otro adquirió con efectos representativos, o que, aunque adquiriese con su propio nombre, lo hiciese por interés y cuenta de su cónyuge. Creo que en este sentido se soluciona hoy la polémica que antaño se movió como consecuencia de la subrogación en materia dotal. Este precepto del Código civil quiere decir también que si el cónyuge titular del dinero adquiere con éste a su nombre, lo adquirido no será ganancial por mucho que se haya adquirido con su trabajo o industria, de la misma forma que tampoco lo será si es su consorte quien lo adquiere para aquél. En otro caso la adquisición no se inscribiría en el Registro por la sola prueba de que el dinero empleado era de persona distinta de quien adquirió, ni tampoco aquélla podrá pedir rectificación registral probando tal extremo. El problema ciertamente se dará en escasa medida en otro tipo de bienes específicos cuya titularidad conste en un Registro público; en estos casos los actos de disposición (de inmuebles, por ejemplo) sólo podrán ser llevados a cabo por el titular registral de este bien (415).

El artículo 1.347-3.º sí es una excepción al artículo 609 del Código civil. Es ganancial lo adquirido con bienes gananciales, ya se quiera para el marido, la mujer o para ambos. De ahí provienen las normas que en esta materia recogen los artículos 93 y 94 RH; la no constancia de la contraprestación privativa hace que los bienes se inscriban para la comunidad, bien a nombre de ambos cónyuges, de uno solo de ellos o de uno solo con carácter presuntivamente ganancial; se inscriban a nombre de uno o de ambos cónyuges «para la comunidad», dado que ésta no tiene personalidad para acceder como titular registral. La razón por la que aquí dejen de actuar los resultados del artículo 609 del Código civil son efectivamente de peso. No ya sólo porque exista una «causa societatis», sino porque al no tener personalidad, la sociedad carece de órganos que actúen con efectos representativos para ella, ni puede ser en puridad titular de bien alguno. Además, si no se admitiera la subrogación automática (más que subrogación, la misma «causa societatis»), cada cónyuge podría libremente constituirse un patrimonio privativo a cargo de los bienes comunes, dada, en caso de acuerdo de ambos en este sentido, la imposibilidad que el consorcio tendría de controlar semejantes «detracciones». La defensa de acreedores y legitimarios no permite una solución distinta a la que recoge el precepto.

(415) En este sentido, LACRUZ, 364, criticando jurisprudencia en contrario anterior a la Reforma; la crítica a LACRUZ la hace, a mi parecer equivocadamente, CÁMARA, 433, not. 190. Cfr. RAMS, 326.

Si se enajenan bienes sujetos a restitución hereditaria, el precio entra en la restitución en los artículos 197, 812, 978-3.º (no en el art. 978-4.º en caso de inmuebles reservables: lo que se restituye es el *valor*). Esto no quiere decir que el precio sea ya del sucesor en la posesión, sino que el disponente y poseedor actual es deudor de un género que, en cuanto tal, está sujeto a su riesgo. Una subrogación en el precio por lo demás no beneficia al legitimado para la restitución, puesto que, sobre ser inútil para él, le somete a la posibilidad de que el precio efectivamente cobrado quede devaluado en valor real con el paso del tiempo. Otro tanto puede decirse del cobro de créditos comprendidos en el patrimonio restituible.

Si con el dinero sujeto a restitución se adquiere un bien no genérico (mediante compra, por ejemplo; pero también el crédito hipotecario conseguido con préstamo de dinero hereditario, etc.), sólo el artículo 197 del Código civil establece un subrogación. Y en verdad que la regla subrogatoria está aquí fuera de lugar, dado que la deuda del restituyente es una deuda de género. Y no ya que lo adquirido quede en poder del adquirente, sino que ni tan siquiera existe por su parte deber de comunicar las resultas de su adquisición, pues en esta materia falta una norma como la del artículo 1.346-3.º para la sociedad de gananciales. Por esta razón no puede asentirse a la doctrina contenida en la Sentencia 20-4-1917, referida a la reserva del artículo 811 del Código civil. Se heredan, con sujeción a reserva, unas acciones sociales que se venden y con cuyo producto se adquieren unas casas; la sentencia concede a los legitimados por la reserva participación en proindiviso en estas casas subrogadas en el precio de venta de las acciones, si bien limitada la participación al valor correspondiente al capital reservable, no al mayor valor adquirido por la naturaleza o negociación. La doctrina de esta sentencia es incorrecta, pues desde el momento en que los bienes específicos salieron del patrimonio reservable por un precio, era éste el sometido a reserva y no los ulteriores reemplazos de este precio, pues por la misma razón los legitimados por la reserva ya no habían de correr con el riesgo de que el azar o el tiempo echasen a perder el bien sujeto. Y por más que el Tribunal Supremo haya reconocido que el silencio del artículo 811 no prejuzga en este punto la ausencia de efecto subrogatorio (SS. 7-11-1912, 24-5-1945), esto debe entenderse limitado al caso de subrogación de los bienes específicos por el metálico de su realización en cambio, no lo obtenido por empleo o reemplazo de metálico reservable.

Creo que en la reversión que recoge el artículo 812 del Código civil la especialidad es aún mayor. Por la propia naturaleza del interés protegido, la norma habla «los mismos bienes donados». Si la donación es de dinero, creo que la norma no es aplicable. En efecto, no existiría interés en el ascendiente sino el propio de recibir una canti-

dad igual a la donada. Mas esto excede de la *ratio* de la norma. Obsérvese que si el descendiente donatario donó, a su vez, el ascendiente ya no tiene —a diferencia, por ejemplo, del art. 978-3.º— pretensión alguna ni por la cosa ni por el valor. El interés del donante queda cubierto entonces por el hecho de que al morir el destinatario sin posteridad recibirá los bienes de su descendiente por sucesión intestada o legítima, para cuyo cálculo se computa la donación que el descendiente pudiera haber hecho a un tercero. Concluyo, por tanto, afirmando que en este caso el dinero donado no está sujeto a reversión.

Todo lo dicho en este subepígrafe constituye «*quaestio iuris*». Pero si la subrogación ha de operarse en dinero, está el problema adicional de la prueba del mismo a quien pretende tener derechos sobre la cosa. El problema en realidad sólo se plantea en sede del artículo 1.346, pues en las otras hipótesis contempladas, el que adquiere a su nombre con dinero herencial hace suyo lo adquirido. Pero el cónyuge no, dada la *vis atractiva* de los gananciales y la presunción del artículo 1.361. Sólo se admitirá una subrogación privativa (en la forma y en los casos arriba dichos) cuando se demuestre fehacientemente la cualidad privativa del dinero empleado y reemplado (cfr. artículo 95-2.º RH). Realmente, pedir una prueba de este tipo es como pedirle al mercader Shylock que extraiga el corazón a su deudor sin derramar una gota de sangre; y así lo prueba una reiterada jurisprudencia registral estudiada por Cámara (416). En efecto, como señala el último autor citado, no sólo hay que probar (documentalmente en instrumento público, según el artículo 95 RH) que un dinero ingresó como privativo en el patrimonio de un cónyuge; para lo cual, acaso, bastaría probar que se vendió otro bien privativo, o que la sociedad pagó al cónyuge una obligación de la que era deudora, o que se dieron ciertos bienes en pago de un crédito privativo, o que se devolvió por la sociedad la deuda de dinero privativo que se hizo ganancial por confusión (417). Hay que probar, además de todo ello, que *ese* dinero sigue subsistiendo y que es precisamente *ése* el que se emplea, o que tal dinero no se consumió o se aplicó a la cobertura de necesidades personales o familiares. Y ni tan siquiera —con acierto— la confesión del otro cónyuge es medio hábil de despejar estas dificultades probatorias, dados los artículos 1.324 del Código civil y 95-4.º RH. Y esto no sólo ocurrirá cuando el cónyuge titular del dinero —o el otro a nombre de aquél— pretendan hacer valer el efecto subrogatorio, sino cuando un cónyuge, y en su propio nombre, compre con dinero del otro: será prácticamente imposible que pueda pretenderse por éste la comunicación de lo adquirido por falta de prueba de la condición jurídica del dinero

(416) *La sociedad*, 442 y ss.

(417) En este sentido, LACRUZ, 364.

empleado. De la misma forma que el adquirente a su nombre difícilmente convencerá al Registrador de que el dinero (acaso robado a su consorte) es suyo, y no podrá evitar que, cuando menos, el bien se adquiera con carácter presuntivamente ganancial. Otro tanto cabe decir cuando se trate de la adquisición en que concurren capital privativo y ganancial a que se refiere el artículo 1.354.

XV. ENRIQUECIMIENTO

El Código civil establece en contadas ocasiones que una persona sujeta a restituir no responda de esta obligación sino en la medida o hasta el valor de lo que se hubiera enriquecido con la prestación. En una medida u otra son los casos del *accipiens indebiti* de buena fe que pierde el objeto del pago (art. 1.897 C.c.) el incapaz que recibe una prestación por parte de un sujeto capaz (arts. 1.304, 1.756), el heredero del depositario que enajena de buena fe el objeto del depósito (art. 1.756). En otras ocasiones, el Código civil habla de restituir en la medida de lo que al destinatario de la atribución le fue ésta o no útil (arts. 1.158-3.º, 1.163). El Código civil habla también de restitución condicionada al «aprovechamiento» de la ventaja o atribución impuesta (art. 1.893). Por fin, en otras ocasiones de pérdida libertatoria del bien sometido a restitución, el Código se refiere a la entrega de la que en lugar de esta prestación quede en el patrimonio del deudor o lo que recibe como consecuencia de la pérdida (artículos 1.186, 1.777).

En todos estos casos, la nota común es que el acreedor de la prestación hecha a quien sólo ha de restituir en la medida indicada, está sometido al *aleas* de que el patrimonio del destinatario reciba «efectivamente» un beneficio real de la atribución; ni puede reclamarse la prestación en abstracto ni puede perpetuarse en su valor objetivo.

1. El alcance del principio «*in quantum factus sit locupletior*»

a) La «regula» de determinación del enriquecimiento

Según la tradición constante del *Ius commune*, la *regula* que define la existencia de un enriquecimiento es la siguiente: un determinado sujeto no se enriquece a costa de otro usando, consumiendo o disfrutando de sus bienes, si una vez realizados dichos actos sobre los bienes ajenos no tiene en su patrimonio más de lo que tendría de no haber usado, consumido o disfrutado; es decir, si con estos actos de injerencia no he ahorrado ningún gasto, ahorro medido el día de la demanda. Hay ahorro de gastos si se tendría, por parte del destinatario de la ventaja, que haber usado de recursos patrimoniales pro-

prios sustitutivos del bien ajeno (por ejemplo, pago de una deuda ajena: existe ahorro de gastos). Si el bien restituible se dona a un tercero no se está sujeto a la restitución del valor sino en la medida en que, de cualquiera otra forma, hubiera sido necesario donar un bien propio, que se ahorra; por ejemplo, la obligación de dotar a las hijas enriquece al padre si la donación se hizo con bienes ajenos (418); si el bien se pierde sólo se restituye lo que de él se conserve o por la pérdida se reciba. Si se enajena se restituye el precio, salvo que consumido o dilipendiado, el enajenante no se haya ahorrado un gasto con ello. Si se recibe la atribución por medio de un tercero, se entienden ahorrados gastos si esta atribución satisface necesidades ordinarias que hubieran debido de ser atendidas de cualquier otra manera.

Esta *regula* de medición del enriquecimiento se construye en el Derecho común sobre la base fundamental de las normas romanas que regulan la *petitio hereditatis* (Dig. 5.3) la *in rem verso actio* (Dig. 15.3) y las donaciones uxorias (Dig. 24.1) (419). Esta *regula*, que desde ahora podemos llamar de cálculo hipotético-diferencial, es la que igualmente triunfa en la Codificación alemana, de acuerdo al principio, sentado pronto por el RG, de que el enriquecimiento restituible en los casos de buena fe se mide por el «incremento real» económico en el patrimonio del obligado, no por el sólo hecho objetivo de la prestación, consumo o disposición (420).

b) Significado de la «regula»

De acuerdo a la precedente formulación, las consecuencias principales de esta construcción del enriquecimiento son las siguientes:

1.º) La restitución no está basada en la culpa o hecho propio del obligado a restituir. Más aún, la susodicha *regula* sólo tiene aplicación cuando la prestación a la injerencia han sido recibidas o realizadas por un sujeto de buena fe. De lo contrario, actuará otra fuente distinta de la restitución, la culpa o el dolo, y la obligación se perpetúa incluyendo la indemnización del *interest*.

2.º) Al igual que ocurre con la teoría clásica del *interest*, el enriquecimiento se calcula por un módulo diferencial: lo que quedaría en el patrimonio del obligado de no haberse beneficiado de la cosa o prestación ajena. Será, pues, un enriquecimiento «económico» el

(418) GARCÍA GOYENA, 179, referido al hoy art. 197 C.c.

(419) Cfr. MOLINA, Disp. 718; Cfr. Dig. 5,3,25,16; 15,3,3,1; 15,3,1,19 y 21; GRO-CIO, II, X, VIII.

(420) LORENZ, *Staud. Ko.* § 818, núm. 1. El criterio del ahorro de gastos en *Motive*, II, 838. Los intentos de la 2.ª Comisión de no liberar al deudor cuando éste aplicase la atribución a fines individuales (consumo, venta, donación) no llegó a triunfar; Cfr. *lug. cit.*, núm. 28.

—en la expresión de la judicatura alemana— «enriquecimiento realmente existente» (421). El mero hecho de haber consumido, o usado, o dispuesto de la cosa no concretan de modo definitivo el enriquecimiento, sino que resulta preciso atender a las circunstancias globales del patrimonio del obligado. Es decir, no bastaría, por ejemplo, al contrario de lo dispuesto en el ALR I, XIII, 232, que uno se haya enriquecido por un hecho o una gestión de otro que ordinariamente se pagan, sino que será preciso saber si el enriquecido de hecho lo hubiera pagado teniendo en cuenta sus propias circunstancias. De acuerdo a la concepción diferencial, tendría necesariamente que admitirse la validez de la excepción por parte del obligado de que, de no haber tenido en su poder el bien controvertido, nada de lo propio hubiera sido dispendiado, luego nada ha sido ahorrado por su parte (422). Incluso en un modelo radicalmente diferencial habría que admitir con la Sentencia del Tribunal Supremo 17-10-1916 que la mera recepción de una cosa (una joya) no es un enriquecimiento si no se prueba por el acreedor el ulterior destino de la misma dentro del patrimonio del obligado.

Responder por el enriquecimiento quiere decir, en definitiva, que el deudor no asume el riesgo en caso de pérdida de la cosa; es decir, que no puede ser considerado «en culpa» a efectos de perpetuar su obligación, como se desprende de los artículos 1.304, 1.158 y 1.897 del Código civil.

Otra consecuencia congruente con el modelo diferencial del enriquecimiento sería la consistente en el rechazo de una pretensión de enriquecimiento si éste se hubiera producido de todas maneras de no haberse procedido sobre los bienes ajenos, bien porque se hubiera actuado sustitutoriamente una causa hipotética probable, bien porque el enriquecimiento se hubiera producido a menos coste por la existencia de una «predisposición anterior al enriquecimiento» (423). Concretada en supuestos específicos, esta consecuencia se traduce, por ejemplo: no se produce en el artículo 1.893 del Código civil un «aprovechamiento de las ventajas» por parte del *dominus* si un tercero le hubiera gestionado gratis el mismo negocio por el que ahora el gestor oficioso reclama abono (424); si un determinado medio publicitario se vale de la imagen de X, que no ha consentido, para explotar renta-

(421) LORENZ, núm. 1, 18.

(422) COVARRUBIAS, *Selectio Peccatum, Opera*, I, p. 653, núm. 3. En el Derecho alemán sólo con dificultad se acepta la consecuencia aquí señalada de la concepción patrimonial del enriquecimiento: Cfr. HAGEN, *Funktionale und dogmatische Zusammenhänge zwischen Schadens und Bereicherungsrechts*, Fest. Larenz, 1973, 872.

(423) Cfr. JAKOBS, *Eingriffserwerb*, 136; LEITE, *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*, 1983, 495 y ss. El equivalente en el Derecho de daños puede verse en PANTALEON, 24 y ss.

(424) DONELLO, XV, XVI, IV.

blemente un producto no se abonará a X enriquecimiento alguno si se hubiese podido conseguir su imagen u otra equivalente gratis, o sólo restituirá el precio mínimo que hubiera debido pagar para conseguir idénticos resultados, ya que sólo en ello se ahorró un gasto (425).

3.º) Los criterios diferenciales de evaluación subjetiva son igualmente de aplicación cuando no se trata de enriquecimientos obtenidos por la injerencia (uso, consumo, disfrute, disposición) del obligado, sino que provienen de parte del tercero empobrecido que realizó una atribución (prestación, impensa, gestión) al obligado. En estos casos, la historia del Derecho común continental, al igual que el *Law of restitution*, utilizan los siguientes tres criterios de determinación del enriquecimiento:

— En los casos de impensas y gestión en beneficio de un tercero se dice que el destinatario se ha enriquecido si él mismo hubiera realizado el servicio o la impensa que se le impone [*si (petitor, dominus) facturus esset*]; es decir, si se ahorra gastos (426). En estos casos es preciso atender de modo exclusivo a la persona a la que se le impone la ventaja, no a la naturaleza objetiva de la misma; de forma que, una atribución objetivamente útil dejará de serlo si el destinatario no estaba en condiciones de hacerla (se construye de buena fe un chalet en el terreno de un jubilado de escasa pensión) (427); igualmente, una atribución no objetivamente útil será reembolsable si el destinatario igualmente la hubiera realizado por su cuenta.

— Con independencia del criterio anterior, un enriquecimiento es restituible si el destinatario puede realizar el valor de cambio de la ventaja impuesta (*si rem vendiderit*) (428), es decir, si le es posible vender la cosa mejorada por un precio en el que se incluya el valor de la atribución impuesta por un tercero. Una atribución objetivamente no útil se convierte en útil a estos efectos si gracias a ella se realiza en cambio el bien a un mayor valor: la casa decorada con frescos realizados por un tercero se vende a mayor precio precisamente por esto (429)

— Una libre aceptación de la atribución por parte de aquel que la recibe y que estaba en condiciones de rechazarla (*opportunity to reject*) fija de modo definitivo el carácter de restituible del enriquecimiento impuesto, sin ser preciso atender a otro tipo de circunstancias

(425) Cfr. SACCO, *L'arricchimento*, 212.

(426) Dig. 6,1,38; GÓMEZ, *Ad leg. Tauri*, 46, núm. 2; para la gestión de negocios, Dig. 3,5,9,1, y DEMOLOMBE, XXXI, núm. 107. Para la *actio in rem verso*, Dig. 15,3,3,4.

(427) KLAUSER, *Aufwendungsersatz bei Neubauten und weterhöhenden Verwendungen auf fremdem Grund und Boden*, «NJW», 1965, 513 y ss.

(428) Dig. 6,1,38; GÓMEZ, *ob. lug. cit.*; para el Derecho inglés, BIRKS, *Introduction*, 121 y ss.

(429) DONELLO, XX, XII, XXV.

(cfr. 1.158-2, 364 C.c.) (430). Esto se entiende con la salvedad de que la aceptación estuviese a su vez viciada por error (art. 1.897 C.c.) o que la no oposición a la atribución provenga de un incapaz (431).

Al igual que vimos en las hipótesis de «prestación», aquí el beneficiado no corre con el riesgo de que la atribución se frustre antes de la demanda (cfr. art. 1.893-1). Así lo establece la STS 6-12-1985: el dueño no ha de pagar ninguna mejora que haya desaparecido al tiempo de entrar en posesión, ni aun que la pérdida obedezca a caso fortuito no imputable al poseedor.

2. Derecho español

Un modelo como el aquí establecido no tiene correspondencia en el Derecho español, como a continuación pasaremos a ver. En principio, en el Derecho español, la restitución en la medida del enriquecimiento es un modelo *excepcional*, aceptado parcialmente por el Código civil sólo en determinados casos donde concurre una razón de peso para sustraer a una determinada persona a la aplicación de las reglas generales. Quiero decir excepcional en el sentido relativo al modelo que hemos diseñado en el subepígrafe anterior, que es el canon tradicional de fijación del enriquecimiento. No será así, en cambio, cuando la idea de enriquecimiento se utilice, como se acostumbra en la práctica, como una mera descripción de un determinado efecto jurídico. Constituye sin más un abuso del lenguaje afirmar, como tantas veces se hace, que el deudor está obligado a pagar porque esto es una exigencia del principio del enriquecimiento, o que la restitución ex art. 1.303 es recíproca porque así lo exige el principio de enriquecimiento; o que el reembolso del pago hecho por tercero con conocimiento del deudor es una acción de enriquecimiento. En este sentido, *enriquecimiento* aquí será utilizado sólo en el sentido técnico que ha quedado definido en el modelo anterior y remitido exclusivamente a los supuestos del Código civil que al inicio del capítulo recogíamos.

a) *La regla general del Código civil*

Que el Derecho español no está sujeto en la restitución de buena fe al principio general del enriquecimiento se prueba con dos proposiciones fundamentales. Primera, que a diferencia del Derecho común, el heredero del dañante o del ilícito sustractor de un bien no limitan (a falta de inventario) su responsabilidad a lo que hubiesen aprove-

(430) BIRKS, 114 y ss.; DONELLO, XX, XII, XVIII.

(431) Cfr. STS 10-VI-1974.

chado de aquel hecho al recibir la herencia (432). Esto queda excluido sin más por el artículo 105 del Código penal. Segunda, el tercer poseedor de buena fe no restituye el valor del disfrute ajeno con el que se haya enriquecido; lo excluye el artículo 451 del Código civil.

En Derecho español, el principio cardinal de la restitución que no ha de hacerse en especie, es la restitución del *valor*. Así, en todas las formas de apropiación de bienes ajenos en la que el autor de la intromisión no deba responder por la cifra más alta del daño (arts. 360, 375, 380, 383); la restitución del objeto eficazmente enajenado, o perdido, deteriorado o consumido, se determina en el valor objetivo (arts. 645, 650, 457, 1.185, 1.147, 1.303, 1.295), siempre que a su vez no haya razón de responsabilidad para responder por un concepto más amplio. Aparece en estos casos como indiferente cuál sea el provecho real obtenido por el obligado e incluso cuál sea de hecho el daño real del legitimado (433). En este sentido puede decirse que cuando la restitución no ha de hacerse en especie, el valor constituye el límite mínimo y máximo (y los daños, en su caso) (434). Incluso en los casos en que el Código civil habla de «precio» sustitutorio de la cosa debida y perdida (arts. 1.147, 1.185), esta mención se entiende como valor (435).

Utilizando una fórmula latina, podríamos decir que en Derecho español es prevalente la *actio in quod pervenit*, no la *actio in quantum locupletior factus sit*.

b) *Disposición de buen fe de la cosa*

Un poseedor de buena fe no restituye al dueño en la medida de su enriquecimiento, fijado en el precio, cuando enajena la cosa poseída. Ya he dicho en el capítulo anterior que no es el enriquecimiento por el precio el módulo restitutorio en este caso y de modo general, porque el poseedor de buena fe está sujeto al saneamiento frente a su comprador, y jamás puede oponerle a éste —cuando es objeto de reivindicación o de otra acción— que sólo le restituirá en la medida en que el vendedor de buena fe se enriqueció con la venta. Si

(432) Dig. 50,17,38; 43,17,2; DERNBURG, II, núm. 129; Part. 7,15,3.

(433) El art. 22 Comp. Cataluña dispone que si la donación uxoria es de dinero, sólo se puede reclamar lo que con él se haya enriquecido el donatario, y nunca por encima del importe de lo donado.

(434) Respecto de los frutos, MOLINA, Disp. 718.

(435) En el Derecho alemán es todavía discutido qué deba entenderse por «valor» a efectos del enriquecimiento en el § 818-2.º «BGB», y si en general el valor objetivo constituye el objeto primario de la restitución que no ha de hacerse en especie: Cfr. LARENZ, *Zur Bedeutung des Wertersatzes in Bereicherungsrecht*, Fest. Caemmerer, 1978, 209 y ss.

el poseedor de buena fe respondiera en el Código civil *frente a todos* por su efectivo enriquecimiento, habría que admitir en nuestro Derecho que toda disposición de bienes ajenos hecha por un no legitimado de buena fe es eficaz frente al dueño (o frente a los acreedores que ejercitan una acción hipotecaria) (436); o bien que el *dominus* ha de pagar para poder reivindicar con el fin de evitar un regreso gravoso del reivindicado contra el enajenante. Con la excepción, acaso, del artículo 1.765 del Código civil: el propietario podría reivindicar del adquirente del bien depositado en manos de un incapaz, porque en acción de regreso contra éste, el propio incapaz podría oponer a su adquirente la nulidad ex art. 1.304 del propio contrato de venta.

Es decir, un poseedor de buena fe que enajena la casa no responde frente a un comprador por un solo enriquecimiento, sino por la medida del artículo 1.478 del Código civil. A su vez, un poseedor que adquirió onerosamente la cosa de un tercero no puede repercutir el precio de adquisición en el reivindicante. Este, a falta de contrato, no ha de reembolsar lo que el poseedor pagó por acudir al bien (principio de relatividad de los contratos: art. 1.257 C.c.), a menos que haya elementos para pensar que, con la adquisición, el poseedor gestionó un interés del dueño que ahora reivindica, y siempre que éste «aproveche las ventajas» (art. 1.893) (436 bis); si no se puede hablar de «gestión», pero por cualquier razón el precio repercutió en utilidad (directa o indirecta) del *dominus*, esta utilidad es deducible (acaso con el derecho de retención ex art. 453).

Por esta razón, cuando el Código civil establezca que un determinado sujeto que enajena un bien ajeno responde frente al dueño y frente a todos *por el enriquecimiento* (art. 1.897 C.c.) habrá que admitir sin más que el dueño puede reivindicar del poseedor actual si éste no tiene contra el obligado acción de regreso por el saneamiento: es decir, si el *accipiens indebiti* donó lo pagado por un tercero, el propietario puede reivindicar de este tercero (437).

Un poseedor o un *accipiens* de buena fe que tienen al mismo tiempo la cosa y el precio, sólo restituirán aquélla. Si, por ejemplo, vendieron el bien poseído, pero después lo recuperaron por un precio menor, la diferencia del precio no es restituible al actor, aunque les haya enriquecido. Y si la cosa se readquirió por resolución de la venta, de la que el poseedor enajenante obtiene por parte de su adquiren-

(436) Dig. 5,3,25,17, para la petición de herencia; Cfr. LÓPEZ, glos. a «recibión», Part. 6,14,5.

(436 bis) COVARRUBIAS, *Relect. Peccatum, Opera*, I, p. 654, núms. 3-5.

(437) El tema ha sido discutido. En sede del art. 1.778 entiende MIQUEL que el propietario puede reivindicar, pero que el heredero del depositario puede cobrarse del depositante este gasto por el concepto de reembolso del 1.779 (*La posesión de bienes muebles*, 1779, p. 425). Para el art. 1.897, BALLARÍN, *El cobro de lo indebido* (1985), página 161. De mantener esta opinión (obligación de reembolso del dueño), la reivindicación quedaría convertida en un derecho de readquisición.

te una indemnización de perjuicios ex art. 1.124 o el montante de una cláusula penal, ni unos ni otra se restituirán al actor cuyo interés no excede de la pretensión de la cosa.

c) *Restitución de la cosa en manos del tercer poseedor de buena fe*

En el Derecho español un tercer poseedor o no restituye si es de buena fe (art. 1.295 C.c. 34 LH), o aun siendo de buena fe, restituye en una medida, acaso, superior, a la de su enriquecimiento real.

Ya hemos dicho anteriormente que este poseedor no puede restar o deducir de su restitución lo que él mismo pagó a un tercero, acaso insolvente, para procurarse el objeto que ahora se restituye. Si el tercer adquirente (protegido) de los artículos 1.295 del Código civil o 34 de la Ley Hipotecaria consume el bien no pueden ser demandados en la medida en que con ello se hayan enriquecido si, por ejemplo, además de ahorrarse gastos, adquieren la cosa a un precio menor del que ordinariamente hubieran debido pagar en el mercado. Si el poseedor del artículo 457 del Código civil destruye culposamente el bien por propia negligencia, el poseedor intermedio que se lo vendió de buena fe no puede estar sujeto a la acción de enriquecimiento del *dominus* que ve frustrada su pretensión a la cosa, pues el riesgo del artículo 457 es del *dominus*, no desplazable a anteriores poseedores de buena fe que dejaron de poseer sin dolo. Si un poseedor de buena fe respondiera por su enriquecimiento, no sólo entregaría los frutos que, descontados costes, supusieron para él un beneficio real, sino que cobraría además todos los gastos, incluso los suntuarios, pues con todos ellos se empobrece (437 bis).

d) *La aparente restitución del enriquecimiento por el «accipiens indebiti».*

Dada la remisión explícita o implícita de los artículos 1.897 y 1.898 del Código civil a las normas posesorias, se hace posible que el *accipiens indebiti* retenga un beneficio que supone para él un enriquecimiento, como los frutos. Y se le impide al mismo tiempo repercutir del dueño unos gastos, como los suntuarios hechos de buena fe, que empobrecen de hecho al *accipiens*, así como cualquier otros gastos que no puedan ser considerados como impensas. La restitución por el precio de venta no puede ser considerada tampoco como una restitución que responda al enriquecimiento real del *accipiens*; si la cosa mejorada había sido enajenada por el *accipiens*, el plusvalor se incluyó en el precio; obligarle a restituir éste, sería como obligarle a entre-

(437 bis) POTHIER, *Propriété*, núm. 439; GARCÍA, *De expensis*, I, 15.

gar la cosa sin reembolso de estos gastos, contra lo dispuesto en el artículo 1.898. Es claro entonces que el *accipiens* podrá deducir del precio lo que, de haber tenido la cosa en su poder, podría obtener del *solvens* como reembolso de gastos. En cambio, aunque el *accipiens* resulte perjudicado, no podrá descontar del «precio» los gastos de mediación, ya que éstos no son «impensas» en la cosa.

e) *Enriquecimientos impuestos*

Lo que queda en nuestro Derecho de este modelo tradicional del enriquecimiento, no pertenece en verdad al enriquecimiento por intromisión, sino a los supuestos de enriquecimientos *impuestos*, como los servicios prestados sin causa a un tercero (v.gr. SS. 26-11-1926, 10-2-1962) o por medio de una impensa. En unos y otros casos siguen siendo válidos los criterios diferenciales-subjetivos en orden a decidir si el destinatario de la atribución impuesta se ha enriquecido: el enriquecimiento se mide de acuerdo a las circunstancias personales del sujeto beneficiado, y aun así, con la corrección suplementaria de la regla del doble límite, a cuyo tenor lo restituible es la menor suma entre el gasto y la ventaja efectiva. Ello es así no sólo en el artículo 453 del Código civil, sino igualmente en el artículo 1.158-3.º: la *utilidad* obtenida por el deudor nunca será restituida en una medida superior al efectivo desembolso del *solvens* si aquella utilidad es mayor que este gasto (438).

f) *Recapitulación: el enriquecimiento del poseedor de buena fe*

Resumiendo lo que a este respecto hemos venido estableciendo en éste y anteriores capítulos, creo que el estatuto del poseedor de buena fe se describe, en relación con el principio de restitución del enriquecimiento, de la siguiente manera:

1.º) De los provechos obtenidos del disfrute de un bien ajeno no se restituye el enriquecimiento real del percceptor (art. 451).

2.º) Si ha sido enajenado de buena fe un bien ajeno, y el titular conserva la posibilidad de reivindicar, no puede optar por pedir al poseedor de buena fe el precio de enajenación o pedir de tercero la entrega de la cosa. No sólo porque la acción de enriquecimiento sería subsidiaria, sino porque con ese precio ni el dueño se ha empobrecido ni el poseedor incurre en daño resarcible. Es decir, no debe imponer esta opción contra la voluntad del poseedor-vendedor, pues muy bien éste puede aceptar tal opción si prefiere restituir este precio que pagar

(438) BERCOVITZ, *Comentarios al C.c. y Compil. for.*, XVI, 1.º, 48.

los costes del saneamiento del artículo 1.478 (438 bis). Todo ello salvo que el vendedor sea alguien que a tenor de la Ley esté obligado frente al *dominus* a restituir «lo recibido» (mandatario). En estos casos, la restitución del subrogado impide ciertamente la reivindicación contra el adquirente (439).

3.º) Si se dispone de buena fe y la cosa es usucapida o perdida en manos del adquirente de buena fe, el riesgo lo ha de sufrir el dueño, no el poseedor enajenante, pues éste ni responde frente al comprador, al no haber sufrido éste la evicción, ni responde contra el dueño, al no haber cometido ilícito imputable. Desde luego, contra el usucapiente no puede reclamarse nada por mucho que con la cosa se haya enriquecido, por ejemplo, por haberla recibido a título gratuito.

Lo afirmado en este número respecto al enajenante de buena fe es, por supuesto, también el caso, aunque el precio de enajenación sea superior al precio por el que por su parte este tercero adquirió el bien, pues este enriquecimiento lo obtiene por su contrato celebrado con tercero no de la cosa del actor. En efecto, desde el análisis marxista se sabe que el ciclo de formación de capital «Dinero-Mercancía-Dinero incrementado» no es una función de la variable simple del valor intrínseco de la mercancía. Y desde mucho antes se sabe que «la ganancia obtenida por la búsqueda de mercados óptimos es lucro que pertenece siempre al vendedor» (439 bis). Ello, además, es doblemente fundamentado si se atiende a otras variables; cualquier tipo de aplicación («valor añadido») a la cosa (incluso la búsqueda del mercado óptimo) es una *impensa* en la cosa, que el enajenante podría cobrar del actor de conservar la cosa en su poder. Y aún más, si este enajenante es a su vez un sujeto que, caso de ser reivindicado, tendría saneamiento contra su causante, no se le puede obligar a entregar el precio porque no podría actuar en regreso contra aquél, ya que éste le garantiza la pacífica posesión de la cosa, no de una cantidad de dinero, que no fue lo que se vendió. En efecto, ¿por qué habría de prestar el saneamiento si la cosa se encuentra en la posesión pacífica de alguno de los sucesivos subadquirentes?

O, dicho de otra forma, en la composición de intereses del Código civil, el enajenante de buena fe ha de correr el riesgo de que la cifra de saneamiento sea mayor que lo que él obtuvo con la venta, mas

(438 bis) En el Derecho alemán es aún muy discutido si el § 281 «BGB» (cómodo representativo de la prestación debida y perdida) resulta o no aplicable en el marco de la *reivindicatio*, y, si en caso de serlo, la reclamación de este cómodo supone y en qué manera una ratificación de la disposición hecha por el poseedor; rechazan esta equivalencia RAISER, en WOLFF-RAISER, I, 572; JOCHEM, «MDR», 1975, 177, y MERLE, *Risiko und Schutz des Eigentümers bei Genehmigung der Verfügung eines Nichtberechtigten*, «AcP» (183), 81 y ss.; 84 y s.

(439) Cfr. GLUCK, *Pandette*, VI, p. 184.

(439 bis) MOLINA, *Disp.* 720.

no ha de correr cumulativamente el riesgo de que, por hecho de tercero, el actor no pueda recuperar la cosa del adquirente-poseedor actual.

4.º) Una restitución del enriquecimiento obtenido por el poseedor de buena fe creo que sólo tiene lugar en dos casos. En primer lugar, y por una razón de equidad, cuando él obtuvo gratuitamente la posesión que después cedió a un tercero por precio; ya hubiera adquirido gratuitamente la posesión del mismo dueño (el heredero aparente de buena fe del artículo 197, el depositario del artículo 1.778 o el *accipiens* de buena fe del artículo 1.897, al que se le hace un pago que no se le debía) o de un tercero, o se lo haya procurado directamente el poseedor (vende por error una hectárea de la finca vecina por estimar que está incluida en los linderos de la propia, etc.). Y aun en estos casos el poseedor se ha de ver reembolsado en todos los gastos hechos en la cosa y todas las mejoras que realizó e incluyó en el precio de venta y todos los daños. Y estos gastos deducibles no se limitan a los que, de haber sido reivindicados, podría reclamar el actor, sino todos, dado que en aquel caso estaría sujeto en *razón de la cosa*, mientras que en éste sólo restituye en la medida de su efectivo enriquecimiento, que exige una ileción total, dado que el poseedor enajenante ha asumido en este caso el riesgo —de hecho no impuesto por ninguna norma— de que el propietario no haya podido recuperar la cosa del tercero. Y no se arguya en contrario el artículo 1.897, pues hemos visto y veremos aún más que en este caso sólo aparentemente se trata de una restitución de acuerdo al principio del enriquecimiento.

El poseedor ha de responder por su enriquecimiento, en segundo lugar, cuando la cosa se pierda en su poder, con o sin culpa, pero como efecto de esta pérdida ingrese en su patrimonio un cómodo representativo. Parece en estos casos de justicia la aplicación analógica del artículo 1.186 del Código civil (440), tanto más cuanto que el referido principio que contiene el artículo 1.186 no es más que la derivación original de la regla *meus est quod ex rei mea superest* (441). También se deberá entregar lo que materialmente reste de la cosa. Mas si el poseedor de buena fe hizo gastos en la cosa y como consecuencia de ello se obtuvo el subrogado (concertó por ejemplo el seguro y pagó las primas) estos gastos serán reembolsados como impensas hechas en la cosa. No serán abonados otros gastos hechos en la cosa y que ni existan en el momento de la demanda o que, aun existiendo, no hayan sido determinantes de la percepción del subrogado. Otros gastos y daños serán en su caso recuperables de un tercero si se da el respectivo supuesto del saneamiento por evicción.

(440) GARCÍA GOYENA, 228; POTHIER, *Propriété*, núm. 333; SCHULTZ, *System*, 334.

(441) ROCA JUAN, *Sobre la imposibilidad de la prestación por pérdida de la cosa debida*, «Est. Hom. De Castro», II, 563.

5.º) Creo que el mismo régimen descrito en los números anteriores es aplicable cuando la irreivindicabilidad no surja de hecho de tercer poseedor (pérdida, consumo, usucapión), sino que provenga directamente de alguna norma de protección del tráfico. Aquí debe tenerse en cuenta, además, lo siguiente: si a su vez el poseedor enajenante estaba ya protegido por esta norma de irreivindicabilidad no se podrá proceder contra él por el precio en ningún caso. El tercero adquirente del artículo 1.295 del Código civil que enajena a su vez la cosa, no estará en ningún caso sujeto a la restitución del precio, pues tampoco lo estaría a la restitución de la cosa; el titular registral que enajena a un tercero, y a su vez aquél ya estaba protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, no restituirá en modo alguno el precio, pues es claro que la protección registral no sólo alcanza a las acciones sobre la cosa, sino a todo el ciclo de circulación de los bienes. De esta forma, si A transmite a B, que reúne las condiciones del artículo 34 de la Ley Hipotecaria y posteriormente B dona a C, que a su vez vende a D, C no está sujeto ni a la cosa ni al precio. Dicho de otra forma: A partir del momento en que la circulación del bien se interpone un título de irreivindicabilidad, no hay en ningún caso traslado del riesgo a los sujetos que intervienen en el tráfico de la cosa a partir de este momento.

6.º) Si entre el legitimado y poseedor media una relación en virtud de la cual éste esté, en todo caso de pérdida, sujeto a la restitución del valor (arts. 645, 1.307, etc.), se estará a esta norma con irrelevancia del enriquecimiento o empobrecimiento que como consecuencia de la pérdida haya obtenido o sufrido el restituyente.

7.º) Si el poseedor establece sobre la cosa un derecho real o personal limitado, es preciso igualmente hacer distinciones. Si este derecho no es eficaz contra el actor (v. gr. arrendamiento no inscrito) el derecho desaparece con el triunfo de la acción, y en su caso tendrá el constituyente que sanear al titular de este derecho. Si es eficaz la constitución, a su vez hay que distinguir. Si en virtud del derecho se paga renta o canon, los adquiridos hasta entonces por el poseedor son frutos civiles no restituibles; los posteriores, del sucesor en la posesión; el poseedor de buena fe no responde del minusvalor que a la cosa se le siga como consecuencia del gravamen. Si el derecho se constituyó a título gratuito no se darán las circunstancias para que actúe la fe pública registral con eficacia contra tercero (así el legado de usufructo inscrito, recayendo sobre inmueble no hereditario, no es oponible al dueño del inmueble). Si se constituye el bien poseído en garantía de un préstamo hipotecario, el poseedor entregará al actor la cantidad recibida en préstamo, como si se tratara de un subrogado de la pérdida jurídica del valor de la cosa como consecuencia del gravamen; pero el poseedor debe quedar ileso y el actor deberá

liberarle de la deuda con el acreedor hipotecario. En la persona del poseedor no debe quedar ningún riesgo salvo, en su caso, el precio pagado a un tercero.

3. La restitución del incapaz

Según el artículo 1.304 del Código civil el incapaz no está sujeto a restituir por la acción de nulidad, sino lo que se hubiera enriquecido. Según el artículo 1.163 el pago hecho a un incapaz será válido en cuanto aquél se hubiere convertido en su utilidad. La primera de las normas citadas proviene del Dig. 26.8.1; la segunda, del título del Dig. referido a los pagos 46.3.15 (si las monedas pagadas *salvi sunt* en poder del incapaz).

Por la primera de las normas citadas el incapaz queda exento del régimen general de la restitución ex art. 1.303; excluye igualmente la eficacia del artículo 1.308, de manera que no jugará contra el incapaz la *exceptio inadempti* que en esta norma se contiene. Excluye igualmente el principio de distribución de riesgos del artículo 1.314-1, de forma que incluso la pérdida culposa de la prestación se traslada al contratante capaz. Está exento, por tanto, de las exigencias impuestas por el sinalagma, a saber, la reciprocidad y equivalencia de la restitución, y la regla de no desplazamiento del riesgo a la otra parte en las obligaciones recíprocas.

De acuerdo al artículo 1.163, ni el incapaz ni su representante pueden pretender la nulidad, y consecuente obligación de repetir el pago, si éste le ha sido útil al incapaz (442). «Útil» no es en esta sede, a diferencia del artículo 1.158-3, la medida del reembolso por una atribución impuesta, sino el criterio de exención de nulidad. Por ello, como en el artículo 1.158-3, el pago es útil si no se malogra el objeto del pago; pero igualmente, para ser útil, debe corresponderse con el objeto de la obligación. Un pago parcial o inexacto puede ser útil, pero puede ser rechazado (442 bis).

La relación entre las dos normas referenciadas no siempre ha estado del todo clara en nuestra doctrina (443). Mas de hecho las normas tienen campos diferenciados claros. Será de aplicación el artículo 1.163 y no el 1.304, cuando se contrató por el representante, pero el pago se hizo al incapaz, o cuando por cualquier razón se contrató siendo

(442) Cfr. POTHIER, *Obligations*, núm. 504.

(442 bis) BERCOVITZ, *Comentarios, cit.*, siguiendo a LACRUZ, 88.

(443) DELGADO dice textualmente: «la recepción material por el incapaz de la prestación pactada no es pago válido, sino cuando se hubiera convertido en su utilidad; por ello sólo habrá de restituir en su caso lo que recibió válidamente, es decir, aquello en que se enriqueció», *Comentarios, cit.*, 297.

capaz y la incapacidad sobreviene antes del pago (444). Igualmente, cuando el negocio es nulo, pero ni el incapaz ni su representante demandan la nulidad por el artículo 1.302, y sin embargo, se pretende la nulidad del pago por haber entregado la cosa al incapaz y no a su representante. O bien, cuando la obligación no surge de contrato (el padre privado de la patria potestad que, obligado a pagar una pensión alimenticia a sus hijos menores, le entrega a éstos el dinero, y no a la madre, representante legal de aquéllos).

Cuándo se puede decir que el incapaz se ha enriquecido o le ha sido útil un pago, es algo que se discutirá con más pormenor en las siguientes páginas. Aquí sólo se trata de poner de manifiesto que es este supuesto el único caso en el Código civil donde se responde plena y exclusivamente por el enriquecimiento en sentido estricto. Como decía Pothier sobre el artículo 1.765 del Código civil, la obligación del depositario incapaz no surge de contrato, sino del sólo hecho del enriquecimiento (445) (446). Los criterios para decidir la existencia de este enriquecimiento deben ser los expuestos al describir el modelo diferencial. El riesgo es totalmente desplazado a la otra parte del contrato, incluso cuando la prestación hecha al incapaz es de dinero, que, por ejemplo, se derrocha (contra, por ejemplo, art. 1.897). Y sobre todo y principalmente, la restitución en cuanto se hubiera enriquecido con la cosa de que hable el artículo 1.304 es aplicable a los frutos; se aplicará a este incapaz el principio tradicional de la *petitio hereditatis*, y restituirá los frutos que conserve en su poder con deducción de todos los gastos, y los consumidos y gastados con los que haya ahorrado gastos. En este caso, creo que las normas clásicas del principio del enriquecimiento son inescindibles, y la multiplicación del riesgo soportable por el otro contratante deberá ser equitativamente compensada con la restitución de los frutos en la manera indicada. Es decir, que el incapaz, para su beneficio o perjuicio, estará sometido a las resultas del principio del enriquecimiento.

El artículo 1.163 del Código civil no es, al contrario que el artículo 1.304, una norma de restitución, y en este sentido interesa menos a nuestro estudio. Es precisamente una norma que evita la restitución mediante el expediente de compensar la reclamación de un segundo pago, hecha por el incapaz, con la acción de enriquecimiento que cabría al *solvens* para recuperar el primer pago (447).

(444) BERCOVITZ, *cit.*, 88.

(445) POTHIER, *Cont. de Dépôt*, núm. 6.

(446) Y sólo restituirá en la medida de su enriquecimiento, aunque el hecho que da lugar a la pérdida de la atribución nada tenga que ver con la incapacidad. En sentido contrario, para la *restitutio in integrum* del menor, Dig. 4,4,11,4, y PEANIOL-RIPERT, VI, núm. 323, que estiman que el riesgo del caso lo sufre el incapaz.

(447) BERCOVITZ, 85.

El artículo 1.291-1.º del Código civil no es una norma de enriquecimiento. La rescisión por lesión en más de un cuarto no se fundamenta en que el pupilo no se haya enriquecido. Consecuencia de ello es que si el pupilo resulta lesionado en un cuarto por caso fortuito distinto de la mera «insuficiencia» de la contraprestación, no hay rescisión. A diferencia del artículo 1.304, en el 1.291 el contratante no soporta el riesgo del caso.

Aunque su problemática no corresponda al objeto de nuestro estudio hay que hacer resaltar el profundo absurdo que supone el artículo 1.304 del Código civil. En efecto, aquí el enriquecimiento es módulo de la restitución cuando en rigor debería serlo de la validez del negocio (como en el art. 1.163). Es decir, lo lógico sería considerar que un contrato con incapaz es «válido» en la medida en que con él este incapaz se haya enriquecido o, mejor, en la medida en que este contrato le haya sido útil. Así ocurre en el Derecho inglés (447 bis), y se considerará válido el contrato con el menor no sólo cuando negocia sobre cosas necesarias (v. gr. el menor que paga el billete del autobús urbano), sino simplemente cuando le es útil (v. gr. contrato entre un cantante *pop* menor y su *manager*).

4. La prueba del enriquecimiento

Cuando la Ley imponga la restitución del valor por la injerencia en bienes ajenos (arts. 360 y concordantes) o cuando se establezca la obligación de restitución del precio de enajenación (art. 1.897) el actor no ha de demostrar sino el hecho de la injerencia o la realidad del precio, y en ambos casos la previa propiedad sobre el bien litigioso; pero no ha de probar el curso ulterior del patrimonio del obligado para determinar si de hecho aquellas circunstancias le enriquecieron y en cuánto. En la realidad de las cosas, ni tan siquiera tendrá (ni generalmente podrá) que probar el precio que se reclama, sino la simple estimación objetiva del bien (cfr. arts. 645, 973 C.c.).

Si se reclama de un poseedor el enriquecimiento que obtiene con la pérdida del bien, el actor no sólo habrá de probar la propiedad que tenía en ese bien, sino la realidad y alcance del subrogado representativo.

El problema principal radica en aquellos casos en los que por mandato legal se restituye en la medida del enriquecimiento. ¿Quién probará en estos casos el enriquecimiento o utilidad de que hablan los artículos 1.304 y 1.163? Porque, en efecto, en otros casos no existe problema, y la prueba corresponderá a quien se benefició de que

(447 bis) ATIYAH, *Introduction to the law of contracts*, 1975, pp. 99 y ss.

la atribución sea útil. Así la utilidad del acreedor de que habla el artículo 1.163-2 la ha de probar el *solvens*; la del *dominus* en los artículos 453 y 1.893, quien impuso la ventaja. Pero en el caso del incapaz la cuestión es más dudosa dado que sólo él puede demandar la nulidad.

Tanto en la doctrina (448) como en la jurisprudencia (449) se entiende que en el artículo 1.304 corresponde al contratante capaz la prueba de que el incapaz se ha enriquecido, y en el artículo 1.163-1 corresponde al pagador probar que la prestación —que deberá ser íntegra y exacta— le ha reportado utilidad al incapaz.

Yo, por mi parte, no puedo asentir dicha doctrina. Por mucho que en el artículo 1.304 el contrato sea ineficaz, actúa siquiera de modo primario la idea de sinalagma. En el artículo 1.304 no hay un *fundamento* de la obligación de restituir, sino un *límite* a la acción restitutoria general del artículo 1.303, de la misma forma que el artículo 1.314-2.º lo es respecto del 1.314-1.º; su propia situación sistemática lo confirma. Este límite se justifica en las propias razones personales del incapaz. Si la prestación se conserva *in natura*, o es una cantidad de dinero o consiste en un hacer, el contratante sólo tiene que probar que tuvo lugar, pero no correr con la prueba imposible de hechos negativos: que no se perdió la cosa, que no se malgastó el dinero, etc. Ni podrá probar tampoco si el dinero entregado lo gastó o no en algo necesario o si hizo con él un viaje y lo derrochó. La carga de la prueba debe correr en contra de quien es mayormente *capaz* de controlar y conocer el curso de los acontecimientos dentro del patrimonio del incapaz, y es precisamente el propio incapaz o su representante. Si el incapaz pide la nulidad de la obligación, tendrá que probar no sólo en efecto esta incapacidad, sino también las circunstancias que le eximen de los artículos 1.303 y 1.308, cuales son las que determinan que con la cosa no se ha enriquecido. Si pide la nulidad del pago en el artículo 1.163 tendrá que probar que el pago íntegro y exacto le fue inútil. Porque el otro contratante no podrá de hecho probar nunca lo contrario. Si se pide la nulidad, el incapaz habrá de entregar lo recibido y en sede del artículo 1.314-2.º no será el demandado el que deba probar que la cosa no se ha perdido en poder del incapaz; prueba a todas luces imposible si se trata de dinero.

Creo que en esto radica la diferencia entre los artículos 1.304 y 1.163-1, de un lado, y el resto de los preceptos donde de una manera

(448) DELGADO, *Comentarios*, 300; BERCOVITZ, 84; Díez-PICAZO, *Fund.*, I, 620; PLANIOL-RIPERT, núm. 323; LAURENT, XIX, núm. 70. En los *Estudios sobre la Jurisprudencia civil*, I, 1979, 67, estima en cambio Díez-PICAZO que esto constituye una excepción a las reglas de distribución de la carga de la prueba.

(449) SSTS 22-X-1894, 17-X-1916, 9-II-1949.

u otra se hace referencia a la utilidad. El pagador tiene que probar en el artículo 1.163-2 la utilidad del pago porque lo ha entregado precisamente a persona distinta de su acreedor. El *dominus*, en los casos de los artículos 453 y 1.893 no está vinculado por contrato con quien le impone la ventaja, de manera que al faltar un presupuesto que permita dilucidar si esta atribución es íntegra y exacta, será quien atribuye la ventaja el que deba probar la utilidad del beneficiario. En el artículo 1.158-3 ocurre otro tanto; al haberse opuesto al pago, el deudor demuestra un desinterés en el hecho de que el tercero cumpla su obligación, y en el caso de que así lo haga tendrá que afrontar la prueba de que a pesar del rechazo del deudor —lo que denota *prima facie* inutilidad del pago— la prestación le ha sido efectivamente útil.

5. La desaparición del enriquecimiento

a) *Derecho comparado*

El §142 *Restatement of Restitution* considera como una *defence* a la pretensión de restitución el *change of position*. Se da tal excepción cuando, atendidas las circunstancias, sería injusto pretender la restitución cuando la ventaja ya no se conserva en poder del deudor. En el Derecho alemán el deudor puede oponer a la pretensión de enriquecimiento del deudor la circunstancia de que la atribución se ha perdido o disminuido, de tal forma que dicho deudor ha perdido el objeto que constituye el enriquecimiento (§818-3). Otro tanto ocurre con el artículo 64 del Código suizo de las obligaciones.

Según Lorenz, se da *Wegfall* del enriquecimiento cuando se produce alguna de las siguientes circunstancias, que hacen desaparecer o simplemente reducen la atribución que el deudor conserva en su poder (450):

1. Pérdida casual o culpable de la prestación, incluso cuando el activo del deudor no alcanza a su deuda de enriquecimiento.
2. Destino antieconómico de la prestación: uso del dinero en gastos que de otra suerte no había hecho, enajenación de la cosa por debajo de su valor, etc.
3. Gastos hechos en el bien restituible con independencia de que aumenten o no el valor de la cosa. Entre los «costes de adquisición» no se computa el precio pagado a un tercero.
4. Negocios dispositivos patrimoniales hechos en la confianza de la validez de la adquisición.

(450) *Staudinger Komm.*, § 818, núms. 34-40.

5. Si en la confianza de la adquisición se dejan perecer derechos que se tenían contra terceros.

6. Daños producidos en el patrimonio del deudor como consecuencias de la adquisición.

De estos casos, el Código civil sólo recoge con claridad el número 5.º, así previsto en el artículo 1.899 cuando el *accipiens* ha dejado prescribir la acción o cancelado las garantías. El número 3 no es considerado por el Código civil ni en general por la tradición latina un caso de desaparición o minoración del enriquecimiento, y para el Código es más bien un derecho de reembolso por remisión al artículo 453.

b) *Tipos de desaparición del enriquecimiento*

Por nuestra parte, podemos clasificar en dos tipos distintos el conjunto de circunstancias que, a riesgo del acreedor, pueden minorar o extinguir la obligación de restitución de una ventaja.

1.º) El destinatario de un enriquecimiento impuesto no obtiene provecho de la ventaja, o lo obtiene en una medida menor que el valor objetivo de aquélla. Es el caso de las impensas (art. 453), o realización de una gestión en beneficio de un tercero sin contrato que obligue a ello (arts. 1.893, 1.158). En el Derecho inglés se conoce bajo el nombre de *subjective devaluation* (451) y se traduce en el principio de que la existencia y el alcance del enriquecimiento se mide por las cualidades y circunstancias que concurren en la persona y patrimonio beneficiado (452).

2.º) Cuando en una prestación de un bien en especie, en el destino ulterior del mismo, éste desaparezca por pérdida o se menoscabe de cualquier modo. Es el problema paradigmático de los riesgos en la restitución.

c) *Cálculo subjetivo del valor de la atribución*

En el primero de los tipos de *Wegfall* que hemos enumerado, la regla para discernir si el destinatario se ha o no enriquecido es que, en expresión del artículo 1.893 «aproveche la ventaja»:

1.º) Los criterios de aprovechamiento de la ventaja son siempre subjetivamente valuados, por mucho que objetivamente la atribución revele, en una consideración general, el carácter de útil. No hay ac-

(451) BIRKS, *Introduction*, 109 y ss.

(452) LARENZ, II, 578.

ción contra el destinatario si él mismo no estaba en condiciones de hacer el gasto requerido para pagar dicha ventaja; si no estando en las condiciones dichas, no acepta tácita o expresamente la condición que se le impone; si no dándose en fin ninguna de las adiciones anteriores, la atribución, medida según la persona del destinatario, no puede considerarse un *incontrovertible benefit*.

2.º) La atribución no es reembolsable si ya no existe o si por cualquier razón se ha perdido antes de que el destinatario pueda aprovecharlas. Así, por poner un ejemplo relativo a los frutos, no estará el sucesor en la posesión obligado en el artículo 356 a pagar costes de obtención que superen el beneficio neto. O no lo estará tampoco en el caso del artículo 452, cuando haya de restituir por la regla de prorrata al poseedor anterior una parte de los frutos pendientes, cuando los costes superen al beneficio neto.

d) *Pérdida de la prestación o del enriquecimiento*

Cuando el enriquecimiento consiste en una prestación de una cosa o en la injerencia del enriquecido de buena fe en los bienes ajenos (consumo, disfrute, disposición) hay que entender que, a efectos exoneratorios, la obligación de restituir está sujeta a las siguientes reglas:

1.ª) Si la restitución del objeto perdido o del bien usurpado o poseído se concreta en el Código civil en una restitución del valor, el riesgo de la pérdida, tanto de la cosa como de la ventaja obtenida por ella, no es desplazable al legitimado para obtener la restitución. La desaparición del enriquecimiento real es indiferente, y no excusa de restituir aunque por ello el obligado haya quedado empobrecido por la pérdida; por ejemplo, porque el donatario a que se refiere el artículo 645 haya a su vez donado a un tercero: restituirá, en caso de revocación, el valor objetivo del bien que a él particularmente le fue donado (453).

2.ª) No cabe alegar desaparición o minoración del enriquecimiento cuando la restitución del lucro se determina en función del daño, es decir, cuando el lucro fija el montante de la obligación de indemnización. Así, los casos de receptación a que se refieren los artículos 108 y 546 bis a) del Código penal. El receptor de una cantidad de plata robada ve fijada la cuantía de su lucro resarcible en el montante de lo que recibió al tiempo de aprovecharse de los efectos del

(453) Para el caso del art. 645 C.c. y en el supuesto de que el donatario hubiese donado a su vez, podía admitirse que éste tenga contra su propio donatario la misma acción de revocación o que el primer donante pueda dirigirse directamente contra este segundo donatario: sobre el estado de la cuestión, DÍAZ ALABART, *Comentarios al C.c. y Comp. for., cit.*, 328 y ss.

delito sin importar el destino ulterior de esa cantidad (STS, segunda, 7-3-1986). Así, en Dig. 4.2.16.2 y 4.2.17, el heredero del causante del miedo que obligó a un tercero a contratar, será demandado por lo que recibió de la sucesión (*id, quod pervenit ad eos*) obligación de la que no se exime porque posteriormente el heredero dejase de conservar el bien.

En estos caos basta que el objeto restituible hubiese entrado en alguna ocasión en el patrimonio del deudor.

3.^a) No cabe alegar desaparición o minoración del enriquecimiento cuando el enriquecido se ha ahorrado gastos con el objeto de la prestación; cuando atendidas las circunstancias la atribución se ha destinado a la cobertura de necesidades. No basta que objetivamente haya un ahorro de gastos, sino que resulta preciso que los gastos ahorrados tuviesen que ser realizados parentoriamente por el beneficiado. Esto es así en todo caso; tanto en los gastos hechos en los bienes ajenos (impensas necesarias) como en el consumo de bienes ajenos (454). Ni tan siquiera el incapaz queda exceptuado de esta regla, siendo así que, con carácter general, su enriquecimiento real se computaba siempre en el momento de la *litis*, no en el de la atribución; los gastos necesarios y, por consecuencia, los ahorros de gastos necesarios eran restituibles con independencia del curso ulterior de las circunstancias patrimoniales del incapaz (445).

El pago de una deuda propia del enriquecido incapaz se considera atribución necesaria y, por tanto, enriquecimiento con ahorro de gastos (456). Igualmente, el pago de una deuda que grava la cosa poseída de buena fe, o el mismo pago de la deuda ajena del artículo 1.158 (457).

La prevención de un daño inminente se considera ahorro de gastos, y el atribuyente de la ventaja no corre con el riesgo de que posteriormente dicha ventaja no se conserve (art. 1.893-2; ALR I, XIII, 236).

Al régimen del ahorro de gastos, y, por consecuencia, a la irrelevancia de los sucesos ulteriores que puedan afectar al enriquecimiento, están sometidos los provechos obtenidos de una cosa ajena cuando por su propia naturaleza este provecho se ejerce por actos puntuales que no se dilatan en el tiempo; por ejemplo, el uso o consumo de un bien. En estos casos, se determinará si existió o no enriquecimiento en el instante en que dicho uso o consumo tuvo lugar (458).

(454) COVARRUBIAS, *Opera*, I, 653, núm. 3. Cfr. ESSER-WEYERS, II, 419.

(455) Dig. 4,4,11,4; 46,3,47. DONELLO, XV, XVI, II y XIII.

(456) Cfr. STS 15-II-1952; LORENZ, *Staud. Komm.*, § 818, núm. 35.

(457) CAEMMERER, *Bereicherung*, 257.

(458) RENGIER, *Wegfall der Bereicherung*, «AcP» (177), 445.

4.^a) Si la atribución consiste en dinero o cosas fungibles el riesgo ulterior de la ventaja patrimonial no se desplaza al actor (*genus nunquam perit*). A diferencia de lo que se entendió en el Derecho común, mediante interpretación correctora del Senadoconsulto Juventiano (459), el derroche o donación o inversión inútil del precio, o cualquier otra circunstancia que malograra la prestación, no constituyen desaparición relevante del enriquecimiento a efectos de la restitución. Tampoco cuando la restitución quede definitivamente fijada en el precio subrogado de la cosa que de buena fe se enajenó (v. gr. art. 1.295, 645 C.c.).

Así lo probaba para el Derecho romano el Dig. 4.2.18 (460), y lo prueba hoy para el Código civil lo establecido en los artículos 1.897 y 1.778. Incluso tiene lugar esta regla cuando con el dinero subrogado se adquiere una cosa que vale menos; es el precio, y no la cosa, lo que entra en la restitución (461).

Hay, no obstante, que hacer constar tres excepciones. Si se trata de un incapaz, el régimen del enriquecimiento a que le somete el artículo 1.304 debe ser entendido con todas sus consecuencias, de modo que el derroche o la inversión inútil del dinero excluyen o minoran, según los casos, la obligación de restituir (STS 9-2-1949). De esta forma, la mujer que sin el consentimiento del marido compró una joya, no devolverá ésta ni el precio obtenido si no se prueba que con este precio se enriqueció (STS 17-10-1916). Queda patente también la certeza de esta excepción por la expresión textual del artículo 1.765, que en este caso no es coincidente con el artículo 1.778. Aquél no dice que restituirá el precio el depositario incapaz, sino «lo que se hubiera enriquecido con el precio». El incapaz goza del beneficio de desplazar el riesgo a su acreedor, sobre todo tipo de prestación, hasta el momento mismo de la contienda judicial. La segunda excepción la constituye el artículo 197. Al haber impuesto el Código civil al heredero aparente la carga de restituir los subrogados por reemplazo del precio de la venta de cosa hereditaria, habiendo introducido una regla subrogatoria en una deuda de género, el declarado fallecido que recupera sus bienes ha de correr con el riesgo de que el bien en que se reemplazó el precio haya desaparecido. Riesgo de derecho, más difícilmente de hecho, pues el aparente heredero estará

(459) La interpretación correctora en ULPIANO (Dig. 5,3,12) y PAULO (Dig. 5,3,36,4). Esta interpretación se acepta posteriormente como una restricción teleológica al SC Juventiano (DONELLO, I, XIII, VII; PUFFENDORF, II, 387).

(460) *Si ipsa res quae ad alium pervenit interit, non esse locupletiore dicemus; sin vero in pecuniam aliamve rem conversa sit, nihil amplius quaerendum est, quis exitus sit, sed omnimodo locuples factus videtur.*

(461) Dig. 5,3,25,1. «ALR», I, XII, 265; en el Derecho inglés, GOFF-JONES aceptan que pueda producirse un *change of position* por inversión inútil del dinero (*The law, cit.*, 546).

en la mayoría de los casos imposibilitado de probar que ese precio fue el reemplazo efectivamente.

La tercera excepción la constituye el poseedor de buena fe que de acuerdo a lo dicho en páginas anteriores haya de restituir el precio de enajenación de la cosa poseída. Dijimos en su lugar que aquí no puede haber otro fundamento de la pretensión contra el poseedor que su efectivo enriquecimiento a diferencia del artículo 1.897; si se malogra el precio de enajenación, o por cualquier otra causa se pierde sin haber con ello el poseedor ahorrado gastos, no hay acción contra él.

De acuerdo, por tanto, a este principio y con las salvedades y excepciones aquí establecidas, la atribución de una cantidad de dinero se entiende siempre como un *beneficio incontrovertible* (462).

Claro está que esta no-liberación de riesgos tiene lugar cuando la cantidad llegó a poder del obligado; mas el que realiza la prestación sufre, sí, el riesgo de que tal enriquecimiento no llegue a su poder. Así, en la STS 8-1-1980 se establece que no cabe acción de enriquecimiento cuando la cantidad entregada en la cuenta del demandado pudo haber sido dispuesta o distraída por el gestor de la demandada, no probando en el caso el demandante que no ocurrió así.

5.^a) Respecto del *consumo* de bienes ajenos, o simplemente sujetos a restitución, el principio claramente sostenido a lo largo del Derecho común es que dicho consumo sólo implicaba enriquecimiento si el demandado se había ahorrado con ello gastos que de otra manera estaría obligado a realizar. Esta afirmación era, como hemos ido viendo a lo largo de este trabajo, fundamental para dilucidar el régimen aplicable a los frutos poseídos por el poseedor.

En principio, si se consume un bien sujeto a restitución y este bien es consumible por su propia naturaleza (cfr. 337 C.c., como asimilado a los bienes fungibles), la restitución es del valor (cfr. art. 482 C.c.). En estas ocasiones, cuando dichos bienes fungibles consumibles llegan a manos de un tercer poseedor que no estaba vinculado con el dueño por contrato, la misma naturaleza de bienes fungibles-consumibles impondrá la consecuencia de que frente a este tercero no quepa reivindicación dada su objetiva inidentificabilidad. El problema queda fijado, por tanto, en las hipótesis en las que por aplicación de los artículos 1.778, 1.897 ó 1.304, quien resulta vinculado por una obligación de restitución sólo haya de responder por su efectivo enriquecimiento.

En una concepción «real» del enriquecimiento, el mero hecho del consumo se considera enriquecimiento y se impone sin más la restitución.

(462) BIRKS, *Introduction*, 15.

ción del valor del bien consumido (463). En una concepción diferencial del enriquecimiento, el mero consumo de buena fe no significa sin más enriquecimiento a costa de bienes ajenos, si con ello no se ha producido un ahorro de gastos (464). Yo creo que la limitada eficacia del principio de enriquecimiento en sentido estricto en nuestro Derecho aboga por la aceptación de la concepción diferencial. En efecto, se trata de sujetos que no responden ni tan siquiera de la destrucción por hecho propio del bien restituible. En estos casos, la intención de la Ley quedaría contradicha si la mera actuación sobre la cosa generase obligación de restituir el valor objetivo. Obsérvese, no obstante, que en la mayoría de los casos esta cuestión carecerá de trascendencia dado que, con las excepciones referidas, en nuestro Derecho rige el principio de que la imposibilidad de restituir en especie, por la razón que fuere, queda sustituida por la restitución del valor objetivo del bien. O bien cuando la restitución tiene lugar en el campo de las obligaciones recíprocas, y es el legitimado para el ejercicio de la acción precisamente quien consume el bien, el Código establece como principio que la restitución no tiene lugar, y que el consumo por parte del legitimado, háyase o no ahorrado gastos, le imposibilita para demandar a su contratante la restitución de lo que por su parte hubiere recibido (arts. 1.295, 1.314-1).

Si se trata de un tercer poseedor que no está vinculado al dueño por contrato, y a la vez no se encuentra en alguna de las hipótesis de accesión (arts. 360 y ss.: restitución del valor), responderá en cuenta al consumo de bienes no fungibles (unas determinadas botellas de vino) por su enriquecimiento real.

6.^a) No es relevante la minoración del patrimonio de quien está sujeto a restituir el enriquecimiento, cuando aquella minoración no está vinculada al objeto de la atribución. Si el destinatario disipa de lo suyo por creerse más rico, no puede deducir este gasto de la restitución (465). Parece, en efecto, éste un límite equitativo de la concepción diferencial del enriquecimiento. Creo que esto es también en general aplicable a toda forma de atribución patrimonial, por ejemplo, por razón de impensas o de gestión de negocios. En el artículo 453, el propietario no puede utilizar criterios de reembolso distintos del gasto o plusvalor de la cosa.

Otra consecuencia lateral en su patrimonio parece que no deberá ser tomada en consideración. La utilidad del pago en el artículo 1.158-3 no decae porque, sabiéndose exonerado, el deudor realiza gastos en otro destino. Si en el artículo 1.160-2 el *accipiens* consume otras co-

(463) Por ej., CAEMMERER, *ob. cit.*, 254; LARENZ, II, 572; GUILLOUARD (*Tráit. du prêt...*, 313). Para el *accipiens indebiti*, DERNBURG, II, núm. 141.

(464) COVARRUBIAS, *Opera*, I, p. 653, núm. 3.

(465) Dig., 5,3,25,12-15; RENGIER, *Wegfall*, 431.

sas iguales a las entregadas antes de que se produzca la confusión previa entre los bienes fungibles recibidos y los que hay en su patrimonio, está sujeto a la repetición del pago (466).

Una excepción relevante la constituye el artículo 1.899. Lo que el *accipiens* desplaza al *solvens* no es el riesgo de que la prestación se pierda, sino, aún más, el riesgo de haber dejado extinguirse las garantías o de haber inutilizado el crédito contra su verdadero deudor.

6. Momento de la fijación del enriquecimiento

a) *Los distintos criterios de fijación temporal del enriquecimiento*

En el Código civil es una cuestión bastante confusa la de saber en qué momento se fija la existencia o inexistencia del enriquecimiento, la utilidad o la ventaja de que se trate. No existe un criterio general, sino criterios particulares que, creo, pueden sistematizarse de acuerdo a la siguiente tipología:

1.º) En tema de impensas, la norma del artículo 458 suministra una solución clara a su supuesto de hecho. Sólo es restituible la atribución que se conserva al tiempo final, en este caso al tiempo de la sucesión en la posesión. Ni tan siquiera son reembolsables las mejoras que desaparecen o se pierden después de la demanda y antes de la puesta efectiva en posesión del actor (STS 6-12-1985).

2.º) Los gastos necesarios no están sujetos a la regla anterior. Estos se reembolsan con independencia de que su efecto se conserve en el momento de la contienda judicial. Basta que se realizaran en el momento en que fueran necesarios. Este criterio es generalmente aceptado y puede inferirse por generalización del artículo 1.893-2. El pago de una deuda ajena se considera en este caso como un gasto necesario. Por esta razón en la práctica la Jurisprudencia no suele hacer distinciones entre los supuestos de los artículos 1.158-2 y 1.158-3, siempre que el pago consista en la exoneración de una deuda de dinero (467).

3.º) Siempre que el destinatario expresa o tácitamente acepte la atribución, deben aplicarse las normas del mandato. Siempre, en este caso, que se hubiese obrado diligentemente, no se responde del éxito de la gestión. Creo que es también el caso del pago hecho con conocimiento y sin oposición del deudor en el artículo 1.158-2, o en la gestión en la que el conocimiento de la misma por parte del *dominus* pueda reputarse mandato (art. 1.892). Igualmente, en el Derecho in-

(466) BERCOVITZ, *Com.*, 58.

(467) BERCOVITZ, *cit.*

glés, una *free acceptance* de la atribución, exime al demandante del riesgo de una *subjective devaluation* en manos del destinatario (468). De esto sólo hay que excluir a la aceptación expresa o tácita que el incapaz haga con respecto a la prestación que le entrega un tercero; en este caso, el incapaz no asume el riesgo.

4.º) Aunque menos claro, allí donde la norma imponga una restitución del enriquecimiento, éste, tanto en su existencia como en su alcance, deberá ser apreciado al tiempo en que se inicia la contienda, o al tiempo en que se haya perdido la buena fe o se comience a estar en mora. Esta afirmación, sin embargo, quizá deba merecer alguna restricción por razón de equidad si es el propio enriquecido el único legitimado para reclamar, como ocurre con el incapaz del artículo 1.304, pues en caso contrario cabría especular con el propio enriquecimiento, con resultados todavía más injustos si el otro contratante era de buena fe.

b) *Momento de determinación de la utilidad o el provecho*

Aparte de los criterios anteriores, los supuestos más dudosos son aquellos en los que el Código impone la restitución en la medida en que la prestación produjo utilidad a su destinatario (art. 1.158-3), o se «aprovechó» de ella. Igualmente, cuando el Código civil exonera de pagar de nuevo en el artículo 1.163, sólo bajo la condición de que el primer pago hubiera sido útil:

1.º) En el Derecho romano y común, la gestión officiosa de negocios ajenos se entendía *utiliter* si se emprendió diligentemente y siendo la utilidad en el momento en que se llevó a efecto, aunque no se conservase la ventaja al tiempo en que el *dominus* se hacía cargo de ella (Dig. 3.5.9.1); salvo que se tratase de un incapaz, en cuyo caso sólo está obligado por lo que se enriqueció (Dig. 3.5.5.2). Este criterio era igualmente aplicable a la *in rem versio* (Dig. 15.3.3.7 y 8), y a la *actio de tutela contraria* (Dig. 27.4.3.7). El referido criterio es mantenido en el Derecho común (469). La excepción en favor del incapaz se hizo extensible a la utilidad del pago de que el artículo 1.163 (470). Para la gestión officiosa, el criterio de la utilidad inicial es mantenido en el P.1.851 (471). Según Giorgi (472), la *in rem versio* se distingue de la gestión de negocios en que en aquélla la utilidad debía de ser final, entendiéndose que este criterio era igualmente

(468) BIRKS, *Introduction*, 114 y ss.

(469) DONELLO, XV, XVI, XIII.

(470) DONELLO, XVI, X, X-XIII; POTHIER, *Obligations*, núm. 504.

(471) GARCÍA GOYENA, 964.

(472) *Teoría general de las obligaciones*, VII (1912), 115.

aplicable a los dos párrafos de lo que en el Código civil constituye el artículo 1.163.

En el Derecho español, salvo contadas excepciones (473), se ha mantenido por la doctrina que el artículo 1.893-1 impone para la gestión oficiosa la interpretación de que el *dominus* no está sujeto a reembolso si la utilidad no se conserva en el momento final.

2.º) Yo, por mi parte, ofrezco una solución tan obvia que, por serlo, puede parecer peregrina. En efecto, el pago o gestión ha sido útil... cuando haya sido útil al destinatario, o mejor, *desde* que le ha sido útil. Desde luego, no basta la mera diligencia, y ésta no se confunde con la utilidad, al contrario de lo que interpretó la STS de 27-4-1945. Pero tampoco queda presupuesto cuál sea el tiempo que le haya sido útil. Puede haberlo sido en cualquier tiempo. Si al incapaz o al acreedor del artículo 1.163 les fue útil el pago en un momento posterior al de su realización (porque, por ejemplo, con el dinero pagado compró una casa), el pago desde este momento es válido, aunque en el momento en que se reclama un nuevo pago se haya incenciado la casa que se adquirió. Igualmente si el pago hecho a un menor es posteriormente gestionado por su representante. En caso contrario, se llegaría al absurdo que durante todo el plazo de prescripción, el acreedor podría estar desplazando el riesgo sobre el pagador, y reclamar un nuevo pago cuando hubiese sufrido un revés patrimonial. Por ejemplo, como digo, cuando se le quema la casa. Es por esta idea contraria a la «especulación con el riesgo» por lo que ya antes me parecía demasiado riguroso en el artículo 1.304 (no en los artículos 1.778 ni 1.897) admitir que el enriquecimiento deba conservarse al tiempo de la demanda, pues sólo en estos casos el incapaz o su representante están legitimados para decidir cuál es el momento oportuno de la acción. También en el artículo 1.163-2.º será una cuestión de hecho la de saber cuándo fue útil el pago al acreedor. Si el tercero que recibe el pago lo recibe *para* el acreedor, el pago es útil desde que restituya o entregue esta prestación al acreedor. Si el tercero recibió el pago *por* el acreedor (porque a su vez era acreedor suyo), habrá sido útil en la medida en que se extinga provechosamente esta deuda del acreedor. Pero no habrá sido útil si esta deuda no estaba vencida o no era exigible por cualquier razón o porque el acreedor prueba que se libraría de pagarla o la pagaría posteriormente para atender prioritariamente a otras obligaciones, etc. (473 bis).

Otro tanto cabe decir de la gestión del artículo 1.893; el *dominus* se aprovecha de las ventajas desde el momento en que efectivamente

(473) Recientemente, PASQUAU LIAÑO (*La gestión de negocios*, 1986, 370 y ss.), siguiendo a NÚÑEZ LAGOS defiende encarecidamente el criterio de la utilidad inicial como el apropiado para el C.c.

(473 bis) Cfr. ROCA JUAN, *Validez del pago a tercero por conversión en utilidad del acreedor*, «ADC», 1968, 313.

se aprovechó, aunque en el momento en el que pide la rendición de cuentas al gestor, aquéllas ya no se conserven. Y aún aquí se puede decir que el problema es artificial, pues desde el momento en que el gestor se aprovecha de esta ventaja conociendo la gestión del tercero sin oponerse a ella, habrá que inferir confirmación, y por tanto, mandato. Desde luego, si el artículo 1.893 es aplicado para resolver en justicia pretensiones de abono de obras indebidamente contratadas con la Administración por defectos competenciales de los órganos públicos contratantes (STS, tercera, 31-10-1986) es claro que el «gestor» no sufre la permanencia del riesgo en su persona.

3.º) A la opinión aquí sustentada se podrían oponer dos suertes de argumentos que, sin embargo, admiten fácil refutación:

Se podría alegar que en el artículo 1.893 basta una diligencia inicial porque en otro caso no se explicaría el artículo 1.158-3. En este caso se admite una acción *in rem verso* por la utilidad en una gestión *prohibente domino*. Para no equiparar los de ese artículo con el del artículo 1.893, en éste habría que aceptar que la utilidad se fija en el momento en que se comenzó la gestión. Mas no lo creo así. Estimo que en toda gestión *prohibente domino* no se cobra reembolso alguno por gastos (art. 362 C.c.), dado que la atribución se impone a costa de la libertad del dueño de definir el destino de sus bienes. Ocurre, sin embargo, que esta libertad está limitada en el artículo 1.158-3; el beneficiado es deudor, y en este sentido, obligado a una determinada conducta, la que el pagador realiza por él. Además, como prueba la tradición del Derecho común (cfr., ALR, I, XIII, 249-251), cuando se prohíbe la intervención lo que variaba no era el momento de fijación del provecho, a partir del cual nacía la obligación de restituir, sino el módulo de responsabilidad al que estaba sometido el gestor: respondería en todo caso.

Se podría alegar, en segundo lugar, en favor de la equivalencia entre aprovechamiento de las ventajas y gestión diligente, el hecho de que el artículo 1.891 del Código civil no haga responder como regla general al gestor por los casos fortuitos (474). Pero no es así tampoco. El caso fortuito a que se refiere el artículo es el que produce un daño en los intereses del *dominus negotii*, pero no en el caso fortuito que frustra el provecho. No es que responda de esta frustración, sino que corre con su riesgo.

(474) PASQUAU, *ob. cit.*, 77.

XVI. DEDUCCION DE PROVECHOS PERCIBIDOS

1. Derecho común

La cuestión que en este punto nos ocupa se formula en la tradición del Derecho común continental en la forma siguiente: ¿Entran los provechos obtenidos por el poseedor en compensación con las pretensiones de reembolso que por razón de expensas tenga el perceptor contra el legítimo sucesor en la posesión?

En esta tradición, la regla que responde afirmativamente a esta cuestión suele formularse en el marco institucional más amplio de la compensación (propia o impropia) de los lucros procurados con los daños surgidos en la obtención de este lucro. Así, por ejemplo, el ALR I, XIII, 253, 254, establece que si el gestor oficioso debe reparar al *dominus* los perjuicios surgidos de la gestión podrá compensar éstos con las ventajas que éste obtiene de la gestión; correlativamente el gestor podrá pretender un reembolso de gastos sólo con la previa deducción del beneficio que él obtiene de la gestión. Así tenemos formuladas dentro de un principio común dos reglas que de hecho cumplían funciones diversas: la de la compensación de lucros con el daño y la de deducción del lucro en la pretensión de reembolso de la *nützliche Verwendung*.

En efecto, en el Derecho romano (Dig. 6.1.48.65) y común (P.3.38.41.44), el poseedor de buena fe sólo podría pretender el reembolso de gastos en la medida en que éstos excedieran de los frutos percibidos y no restituibles al legítimo poseedor. De la misma forma, si pagó deudas que gravaran la cosa sólo cobraría las que excedieran del fruto sacado de la cosa (Dig. 6.1.55). El referido principio tenía alcance general, siendo de aplicación igualmente en materia de compraventa cuando el vendedor deba satisfacer al comprador las mejoras de la cosa que éste ha perdido en evicción (475). Otro tanto ocurría con todos aquellos casos en los que de una manera más o menos intensa el perceptor de provechos se presenta institucionalmente como un gestor; el padrastro que pretende cobrar los gastos hechos en el hijo de su mujer, deducirá de esta pretensión los servicios prestados por éste en ayudarle a la llevanza de la hacienda (P.5.12.37); el marido cobraría las expensas hechas en la dote sacando antes de la cuenta de ella lo que por frutos se lucró del bien dotal (P. 4.11.32), lo que comenta López (glos. «más») en el sentido de que si el tiempo de duración de matrimonio es bastante para producir frutos que cubran aquellos gastos de inversión el marido no se llevará nada por expensas.

(475) DOMAT, *Lois Civiles*, Part. I, Tit. II, sect. X, núm. 17; GUZMÁN, *De evictionibus*, XX, 50, 51.

El principio de la *compensatio* queda sobradamente justificado en la doctrina mediante la alegación de que el Derecho no concede al *bonae fidei possessor* un título autónomo de adquisición de frutos, sino una excepción de restituir el enriquecimiento. Sería absurdo dentro de este contexto que el poseedor pudiera pretender del *dominus* el enriquecimiento que éste obtiene de las expensas en la cosa sin traer a la cuenta de liquidación lo que por su parte el poseedor se ha enriquecido con ella (476). En este sentido, la existencia de pretensiones recíprocas no supone otra cosa sino que el poseedor sólo puede liquidar su derecho *per saldo*. La *compensatio*, por su parte, no era tal en sentido propio, ya que, de exceder los frutos a las impensas, el *dominus* no tenía derecho al saldo favorable a su favor (477).

El principio y sus consecuencias aquí referidas eran plenamente coherentes con un tratamiento realista de las pretensiones entre propietario y poseedor, planteamiento distanciado de consideraciones «reales» para incidir a cambio en el verdadero punto neurálgico de las relaciones propietario-poseedor, las recíprocas pretensiones obligacionales. Por ello resulta desatinado combatir este principio de deducibilidad remitiéndose a la adquisición de la propiedad de los frutos por el poseedor, remisión que impediría llevar a compensación lo que de hecho se adquirió por un título bastante en Derecho. Enfoque desatinado por introducir, como digo, una regla de propiedad ociosa en un problema puramente liquidatorio. La argumentación aquí referenciada y combatida es la que realmente subyace en las palabras con que García Goyena repudia en el ámbito del artículo 432 Proyecto 1.851 (453 C.c.) la pretendida compensabilidad.

2. El artículo 453 del Código civil

Heredero de su correlativo en el Proyecto 1.815, el artículo 453 del Código civil abandona cualquier asomo de admisión de la compensabilidad de los gastos con los frutos obtenidos por el poseedor de buena fe. El artículo 453 del Código civil en este sentido es una norma que podría llevar a resultados injustos si no fuera por la oportuna limitación de los derechos de reembolso del poseedor mediante la opción legal concedida al propietario de abonar la suma más baja entre las que importen el plusvalor y el gasto, opción algunas veces tan injustamente olvidada por el Tribunal Supremo (cfr. 27-3-1958, 1-12-1980), y que sustituye en cierta manera la regla de la compensabilidad por la de exención de reembolso del mayor valor crediticio

(476) DONELLO, XX, XII, XXV.

(477) Más dudosa era esta compensabilidad en los *fructus meliorationis*; lo afirmaba COVARRUBIAS, *Variae Resol.*, I, VIII, 4, y lo negó GARCÍA, *De expensis*, XXIII, 54.

incorporado a la cosa, no entrando en la restitución los mayores frutos y provechos que en el futuro el poseedor legítimo puede obtener de la inversión aplicada por el poseedor saliente; atribución gratuita, pues, de una expectativa de provechos futuros que el propietario obtiene en compensación de la preterición de la regla de deducibilidad.

Una segunda corrección no menos importante a esta acumulación de remedios en manos del poseedor se encuentra en la circunstancia de que no es posible pretender un reintegro de los intereses de las cantidades aplicadas a la cosa; y de esta forma indirecta, el *dominus* conserva el fruto bajo la forma de aprovechamiento gratuito de un capital ajeno. Diferencia importante con el mandatario o el socio (arts. 1.728, 1.688 C.c.), dado que en estos casos la aplicación de capital propio no se traduce en la posibilidad de que mandatario y socio (también el gestor) retengan para sí el resultado económico de la gestión.

Obsérvese que por esta razón puede ser injustamente desfavorable la posición del arrendador en la LAR. El arrendatario puede cobrarle el plusvalor de la finca como consecuencia de la mejora útil (art. 62-1.º b), pero el arrendador no puede subirle la renta por este mismo concepto (art. 41). De esta manera, al arrendatario no se le imputará nada como coste, siendo así que él obtiene todo el provecho, y no el arrendador, que no se aprovecha de un aumento de renta. Tanto más cuanto que el arrendador corre con la cuenta —no imputable al arrendatario como aumento de renta— de mantener en todo caso la capacidad de explotación de la cosa (52 LAR). En todo caso, no obstante, no está a cargo del arrendador el coste de amortización de la mejora, pues sólo reembolsa el valor actual en el artículo 62 LAR. Y además se lucra con los provechos futuros.

3. Límites a la obtención de provechos

a) *Protección frente a los enriquecimientos impuestos*

Creo que puede afirmarse como correcto el principio de que el propietario tiene que ser puesto a cubierto de las atribuciones útiles de un tercero cuando éstas se producen a costa de la libertad de asignación, por parte de su titular, del destino que más le convenga aplicar a la cosa, y, sobre todo, cuando este legítimo poseedor no está por su parte facultado para cobrar del atribuyente el lucro cesante que sufre aquél por la pérdida de una expectativa de explotación más útil de la cosa (478).

(478) La literatura alemana sobre los efectos de la *aufgedrängte Bereicherung* es muy amplia; Cfr. HAAS, «AcP» (176), 3 y ss.; WOLF, «AcP» (166), 188 y ss.; SCHINDLER, «AcP» (165), 499 y ss.; ESSER WEYERS, II, 420.

Téngase en cuenta que en el Código civil basta el mero error del que impone a otro la ventaja para que sin más consideraciones surja el derecho a ser compensado o restituido (cfr. 433, 1.901), sin necesidad de limitar esta consecuencia por un examen de la excusabilidad del error ni de la voluntad o interés real o presumido de quien recibe sobre sus bienes aquella ventaja. Para el Código civil una *free acceptance* por parte del destinatario de la ventaja no es requerida en modo alguno; más aún, cuando se da esta libre aceptación de la ventaja sin oponerse a ella, es precisamente para reconocer que en este caso *también* el doloso atribuyente tiene derecho a que se le restituya (cfr. art. 364). Incluso se presume en el Código civil que toda atribución no debida obedece a error (art. 434, 1.901 C.c.) y el titular no puede alegar por su parte la errónea creencia de que aquello se le ofrecía gratuitamente, sino que tendrá que probar, en efecto, como señala el artículo 1.901, que *de hecho* se hacía por el atribuyente con aquel efectivo *animus*.

b) *Límites de la sustancia de la cosa*

Ninguna mejora en bienes sujetos a restitución deberá ser reembolsada por el poseedor legítimo o sucesivo cuando aquélla haya sido realizada a costa de la sustancia de los bienes. Y ello aunque según el tipo concreto de relación a la que aquélla corresponda, el poseedor actual esté facultado para aplicar como mejora en interés propio parte de la sustancia de los bienes; así, los artículos 476-2 y 485-2 referidos al usufructo y concretados en los casos de minas y bosques no maderables. Que no es reembolsable se prueba (para el usufructo es claro: art. 487) en que el poseedor de buena fe que las realiza no estaría frente al dueño obligado a responder del deterioro de la sustancia; razón ésta por la que en modo alguno se le debe permitir que saque un precio por este concepto.

Cuando el rédito se obtenga de la sustancia de la cosa hay que afirmar rotundamente la regla de la compensabilidad de provechos y gastos. Me parece correcto entender que no pueda exigirse un reembolso de gastos hechos en la cosa cuando el rédito de ésta no es posteriormente recuperable por el dueño como rédito futuro, dado que dicha renta se consiguió a costa de sustancia irrecuperable, o recuperable sólo a costa de nuevas inversiones que en el futuro tendrá que hacer el sucesor en la posesión. Es, además, la lógica compensación al principio de que el poseedor, irresponsable ante el dueño, no está sujeto al límite, en su explotación de los bienes, que se deriva del módulo de diligencia del padre de familia. En definitiva, no puede ser reembolsado como gasto el coste de obtención de un rédito que se toma de la sustancia capital (cfr. Dig. 23.5.18; 24.3.7.13, referidos a las expensas del fundo dotal cuando el marido obtiene el meneral como rédito).

c) *Extensión de los principios usufructuarios*

Los artículos 451 y ss. del Código civil referidos al poseedor de buena fe, tienen su fundamentación histórica en la presuposición, aceptada por el legislador, de que el poseedor de buena fe está *domini loco* y que puede proceder sobre la cosa sin someterse al módulo de diligencia del artículo 1.094. A esto se une el que, dada la interinidad de su estado posesorio que él por definición no conoce, puede ser sorprendido por una reclamación que malogre una inversión en la cosa planificada con amortización y a largo plazo. Corre con los riesgos de la inseguridad de su gestión. Esto no se da en una posesión titulada con garantía de estabilidad en el tiempo, o, al menos, con unos riesgos conocidos aunque no siempre necesariamente controlables (v. gr., la muerte del usufructuario). Aquí el riesgo y el cálculo de costes pueden ser planificados, los gastos de amortización de la inversión se distribuyen en el tiempo, y si el resultado final no es satisfactorio no será por culpa de la interinidad de la posesión o del riesgo de una imprevista reclamación.

Con esto se quiere significar tan sólo que un estatuto normativo como el constituido por los artículos 487, 502, 505, 510, 522 del Código civil en sede de usufructo es perfectamente coherente como régimen restitutorio en toda posesión *titulada* que legitima la obtención de provechos, y no han de aplicarse los privilegios posesorios de los artículos 453 y 457. El estatuto definido en los artículos citados tiene un marcado carácter de proyección sucesoria, pero sucesorias son también las situaciones que surgen de una sustitución fideicomisaria, de una herencia a término final o de una reserva pendiente. Quiero decir que en todas estas relaciones de derecho el poseedor está, para la restitución de provechos, asimilado a un usufructo.

Sabido es que, desde tiempos ya antiguos, ha sido feroz el combate doctrinal y jurisprudencial para liberar a la sustitución fideicomisaria de la calificación de usufructo (479). Pero la cuestión no está en saber si le corresponde con mayor propiedad un *nomen iuris* u otro, sino en saber si el régimen aplicable será uno u otro. Y para mí está fuera de toda duda, como lo estaba para los autores castellanos que estudiaron la institución del mayorazgo, que, en cuanto a los provechos, el fiduciario, el reservista o el heredero a término final no pueden ser tratados, sino como un usufructuario. No cobrará las mejoras útiles (art. 487), porque precisamente con ellas se asegura la obtención estable de un provecho que retiene sin riesgos. Cobrará los gastos extraordinarios que, correspondientes al poseedor definitivo, haya realizado aquél de su cuenta, por analogía con el artículo 502; no tendrá derecho a los intereses de las cantidades pagadas

(479) Cfr. ROCA SASTRE, *Estudios*, II, 29 y ss.

que sean de cuenta del capital, aunque correspondan al sucesor definitivo, porque es aquél el que obtiene ahora el rédito que ha de compensar con esos intereses que no puede repercutir del sucesor (analog. art. 505). Y si en la herencia hay deudas le corresponderá su pago en los términos que establecen para el usufructuario los artículos 508 y 510. Este régimen de protección «debilitado» está razonablemente justificado en que este poseedor tiene la seguridad del provecho; no podrá pretender que el sucesor le amortice los gastos de obtención de su lucro no restituible ni imponer a este sucesor arbitrariamente la obligación de reembolsar gastos hechos en interés propio y que acaso aquél no esté en condiciones de pagar.

Dicho de otra forma más simple. Cuando «tituladamente» se mejoran los bienes que al cabo se han de restituir y el restituyente no está obligado a entregar con la cosa los provechos obtenidos de ella, habrá que considerar que todo gasto hecho en la cosa se entiende en derecho como una *impensa hecha para la obtención del provecho*, y, en cuanto tal, no restituible. Salvedad hecha de los extraordinarios de reparación.

d) *Las atribuciones realizadas «libres de error»*

En otros lugares he expuesto (480) la excesivamente liberal doctrina del Tribunal Supremo que quiere considerar como poseedores de buena fe a efectos del artículo 453 a quienes libres de error en su posesión, y con conocimiento de la ajenidad, imponen una ventaja al dueño de la cosa. Unas veces se trata de precaristas (S. 9-7-1984), otras de poseedores titulados en base a una concesión que caduca (S. 4-7-1985), otras veces, conociendo la realidad jurídica de la cosa, operan sobre ella acumulando el interés propio sobre el interés del dueño del que se presentan como gestores (25-11-1985).

Esta doctrina es peligrosa, porque legitima pretensiones de enriquecimiento impuestas libremente sin error y porque con el estatuto de poseedor de buena fe se procura al tiempo el privilegio de conservación de provechos por el artículo 451.

En estos casos no es sólo que el que impone la ventaja pretende un beneficio propio, sino que lo obtiene de hecho, reportándose beneficios industriales con las mejoras o simples ventajas de uso. Una pretensión de reembolso es aquí inadmisibles (481). Tanto más cuanto que en la mayoría de los casos se accede gratuitamente a la posesión y se continúa en ella durante un razonable tiempo. Los tribunales tendrían en estos casos que optar por una decisión: o les eximen de restituir provechos, pero en este caso no deberán imputar a tercero los gastos hechos para su obtención; o les obligan, como a auténticos

(480) *Cuadernos Civitas de Jur. civil*, núm. 9 (§ 224), 10 (§ 255).

(481) Cfr. GOFF-JONES, *The law, cit.*, 32; SCHINDLER, «AcP» (165), 508.

gestores, a restituir los provechos o las simples ventajas de uso con derecho a reembolso de gastos. Pero no ambas cumulativamente, y mucho menos cabe concederle el estatuto de irresponsabilidad del artículo 457. No hacer esta opción significaría tanto como aplicar divisiblemente las instituciones. Todavía más chocante es que se afirme expresamente la calidad de gestor de la persona que cultiva la finca de su hermana y que por aplicación del artículo 364 (que por lo demás se refiere a otra cosa) se le reconozca el derecho a conservar los provechos de esta gestión; esto es, en lugar de deducir del artículo 364, como hubiese correspondido, la existencia de un mandato tácito, se deduce una buena fe posesoria; en lugar de aplicar el artículo 1.720 se aplica el artículo 451 (S. 4-11-1976).

Esta es la razón que explica algún pronunciamiento jurisprudencial, que sin apoyarse en fundamentos normativos expresos, pero con criterio intuitivamente certero, pretende corregir la injusticia de una aplicación inflacionista de las normas posesorias. Así, en sentencia de 22 de marzo de 1978 se resuelve el caso de un precarista que mejora la finca ajena, y entiende el Tribunal Supremo que no puede pedir reembolso porque aquel gasto tuvo como fin y estaba orientado a la obtención de un beneficio propio. Igualmente en la sentencia de 10 de diciembre de 1983, donde se niega al Estado demandado que pueda recuperar las impensas de transformación de un antiguo hospital de peregrinos en hospital militar, dado que con ello sólo pretendía y consiguió procurarse una ventaja propia.

Este es exactamente el caso de la autoplusvalía que el dueño de un bien consigue en su propio patrimonio por obras o actividades que lateralmente benefician también a otros con los que no está unido por ninguna relación de derecho y de los que no se pueden presentar como un gestor de sus intereses. Así, la plusvalía de una determinada zona que se consigue porque el propietario de una finca enclavada en ella monta en su propio terreno un gran supermercado que revaloriza el resto de las parcelas. No podrá cobrarse de sus vecinos esta plusvalía ni parte de ella porque realizó el gasto en su propio beneficio, mientras que a los demás no se les dio ni tan siquiera la oportunidad de rechazar esa ventaja que ahora se le quiere imponer onerosamente (482).

4. Gastos ordinarios de conservación

a) *El principio*

Según un principio que encuentra en el Código civil aplicaciones puntuales, pero fácilmente generalizables (arts. 500, 1.362-2.º), quien obtiene los frutos corre con los gastos de administración y conserva-

(482) CAEMMERER, *Bereicherung*, 254.

ción ordinaria de la cosa. Estos gastos ordinarios como carga del fruto no entran en la cuenta de gastos necesarios resarcibles, que en ese sentido serían sólo los extraordinarios. Incluso a pesar de que en otros lugares del Código civil entre sin especificación todo tipo de gasto necesario como resarcible (art. 1.518, retracto) o se ponga todo tipo de gasto ordinario a la cuenta de quien no obtiene los frutos y provechos (art. 1.554 arrendamiento), debe entenderse implícita en ello la limitación que el propio García Goyena estimaba de esencia en todos éstos: que en los gastos resarcibles no entran los de ordinaria administración por ser carga del provecho, o, porque, como decía Pothier hablando del arrendamiento, más bien se entiende que estos gastos son los costes del deterioro ordinario del uso de la cosa y los pequeños defectos que de este uso nacen naturalmente (483).

Esta limitación no aparece, sin embargo, en el artículo 453; falta de mención que no debe querer decir que el Código civil no tome en cuenta este dato, dado que para una norma correlativa del proyecto 1.851 el propio comentarista del Proyecto estimaba como naturalmente implícita esta norma en todo caso, admitiendo que los gastos de ordinaria administración (el alimento de los animales, pero también la gasolina del vehículo arrendado o el pago hecho al fontanero para que desatasque el grifo de la casa poseída, etc.) no son reembolsables por el sucesor en la posesión.

Y no es mera carga del fruto en sentido técnico de esta palabra, sino de cualquier provecho en general (cfr. comodato) (483 bis). Y la noción de «carga» no es meramente descriptiva, sino con alcance regulativo. En este sentido hay que estimar con Pothier que, por ejemplo, el usufructuario que renuncia liberatoriamente al usufructo descargándose de los gastos de administración del artículo 500 debería devolver los frutos que por este concepto hubiese percibido (484). Incluso es del poseedor el riesgo de que el provecho obtenido no supere este gasto, bastando que pudiera haberlo obtenido (484 bis). E incluso si no podía de hecho obtener fruto alguno dado que, al menos conserva el provecho de haber usado de la cosa.

El poseedor de mala fe que no retiene los frutos estará en su caso igualmente sometido a estos gastos, mas no como carga del fruto, pues éstos los recupera por el artículo 356, sino por la responsabilidad por deterioros que le corresponde a tenor del artículo 457. Los gastos para evitar el deterioro normal de la cosa los recupera en tanto

(482 bis) Sobre la formación histórica del concepto, BADOSA, *La negligencia*, 424 y ss.

(483) *Louage*, núm. 219.

(483 bis) Sobre los gastos que incumben al comodatario, Part. 5,2,7, y LÓPEZ, glos. a «el señor».

(484) *Trait. du douaire*, núm. 237.

(484 bis) GURSKY, *Staudinger Komm.*, § 994, núm. 9; MONTEL, *Possesso*, 284.

gastos de conservación del artículo 455, pero no los gastos hechos para evitar el deterioro que se produciría del hecho de usar la cosa ajena. El poseedor del coche de mala fe cobrará, de esta forma, las primas del seguro obligatorio pagadas por él, pero no el gasto de cambio de aceite del motor, porque esto es la carga de haber usado de él, y de no hacerlo respondería del deterioro del automóvil.

b) *Gastos de aumento de capacidad de rédito*

No sólo el gasto ordinario es carga del provecho. Lo es también el abono de otros gastos que, debidos realizar por el propietario, aumentan no obstante la capacidad de rédito. El nudo propietario que paga las reparaciones extraordinarias —que le corresponden según Ley— puede exigir del usufructuario el interés de la cantidad desembolsada, como una deducción del fruto líquido (art. 502-1.º), interés que no es moratorio (el usufructuario no es deudor de ese dinero), sino *compensativo* de un fruto que se retiene por el beneficiado indirecto de este gasto. Y si estos pagos y gastos los hace el usufructuario, no puede exigir intereses de estas cantidades, puesto que el derecho que tendría a ellas se deduce proporcionalmente del beneficio mediato que obtiene con el aumento o simple conservación de la capacidad rediviva. Véase también en este sentido los artículos 107 y siguientes de la LAU y el artículo 58 de la LAR. En el arrendamiento, en cambio, no se paga por los gastos necesarios que incumben al arrendador, porque de hecho esto entra en su obligación de prestar un uso que el arrendatario paga como renta.

c) *Deducción de provechos en posesión en concepto distinto del de dueño*

Si quien obtiene los provechos es un poseedor indebido de buena fe en concepto distinto del de dueño, pero cuyo título o concepto posesorio es bastante por sí para legitimar una adquisición y no restitución de provechos, deberá al dueño, si éste reivindica, las mismas cantidades y por los mismo conceptos que tendría que pagar de haber sido un poseedor conforme a derecho (así, las cargas de los arts. 500 y ss. C.c., 107 ss. LAU). Evidentemente no puede en este caso pretender estar exento de una carga de frutos de las que no estaría exento de poseer conforme a derecho. Lo mismo hay que decir cuando quien reclame frente a este poseedor sea el titular del derecho poseído: éste podrá deducir mediante reclamación de cantidad, del fruto obtenido por el indebido poseedor, la misma cantidad que el titular debe pagar al dueño como carga de provecho; así, por ejemplo, el aumento de renta que el arrendatario tendrá que pagar al dueño en el caso del artículo 112 LAU.

d) *Amortizaciones empresariales*

Cuando la cosa rediviva sea un establecimiento mercantil, los fondos de amortización del inmovilizado no entran como carga ordinaria de administración, sino como *impensa in fructu*, como un gasto aplicado a la obtención del rendimiento neto, y que no es cobrable como gasto necesario por ningún poseedor que se apropie este rendimiento (485). De esta forma, «los beneficios que absorben los fondos de amortización no son beneficio, sino gasto» (486), y en cuanto tales no pueden ser retirados por el poseedor bajo capa de ser frutos. Y téngase en cuenta que si el poseedor que restituye frutos recupera estos gastos, no es porque sean «necesarios» para la conservación de la cosa, en el sentido del artículo 455, sino porque son necesarios para la obtención de los frutos de acuerdo al artículo 356.

Al poseedor le es igualmente aplicable el principio desenvuelto en el campo del Derecho de sociedades, según el cual, sólo es beneficio la ganancia que supere la cifra de capital. Si la Ley obliga a la constitución de una reserva, tampoco ésta será beneficio ni gasto reembolsable, sino *impensa* en el fruto, por más que no revele carácter alguno de periodicidad. Sí será un beneficio la reserva voluntaria y en cuanto tal apropiable por el poseedor que tenga derecho a los frutos.

Y lo aquí dicho no contradice la regla de que el poseedor de buena fe sea irresponsable en su gestión, pues estas cargas referenciadas no son cifras de responsabilidad ni tampoco gastos necesarios, sino deducciones a hacer del mismo concepto de beneficio o provecho retenible.

f) *El mantenimiento de la sustancia*

En alguna norma del usufructo se impone al receptor de provechos la carga de reconstituir el capital, incluso a costa de los frutos (art. 499, usufructo de rebaños). en otros casos, el derecho a actuar sobre la sustancia de la cosa se condiciona a la carga de su posterior reposición (art. 483, viñas u olivares) o a la obligación de proceder de una determinada manera en la explotación (art. 485, bosques maderables).

Si se trata de un simple poseedor de buena fe hay que distinguir. En la medida en que puede actuar como dueño no responde de los deterioros de la sustancia; no responderá, por ejemplo, de una corta

(485) Sobre los fondos de amortización, el trabajo clásico de GARRIGUES, *La revalorización de los activos en los balances mercantiles*, «RDM», 1949, 161.

(486) ALBIÑANA, *El beneficio*, cit., 214 y ss.

desmesurada de árbol maderable o de una corta de árboles frutales (siempre que no se pueda estimar «dolo» al que se refiere el artículo 457). Si se trata del cobro de impensas, sin embargo, ya he dicho que las que se realicen a costa de la sustancia no son de abono. Añadiendo más datos, se observa que en el Código civil tampoco puede el dueño compensar su deuda de gastos del artículo 453 con los deterioros causados en la sustancia por el poseedor siempre que se trate de un poseedor que de acuerdo a su normativa aplicable no deba responder por culpa (art. 457). Lo que sí ocurrirá, no obstante, es que un deterioro en la cosa pueda disminuir o incluso cancelar la «utilidad» de la impensa, utilidad que marca el límite de abono exigible al poseedor legítimo. De esta forma, por ejemplo, si el poseedor corta diez hectáreas de pinos y posteriormente repuebla en la misma cantidad, no podrá cobrar esto como mejora al dueño, pues de hecho éste no tiene ahora más de lo que tenía, de manera que nada le habrá resultado útil.

Lo que ahora requiere nuestra consideración es precisamente el caso primeramente enunciado en este subepígrafe: la subordinación de la apropiación de provechos a la reconstrucción de la sustancia. Lo que en estos casos dice el Código civil (cfr., igualmente, art. 1.350) es que sólo es provecho el excedente sobre el capital (rebaño) recompuesto. Esta obligación de reconstituir acerca de este tipo de usufructo sobre una universalidad al modelo del cuasi usufructo de cosas consumibles, en cuanto a lo que la traslación del riesgo se refiere. Ciertamente el traslado del riesgo al poseedor no es aquí total, pues la reconstitución se hace con las crías, no estando el usufructo obligado a más; por ejemplo, a reemplazar los animales muertos con crías que provengan de distinto ganado (P. 4,11,21, sobre el rebaño dotal). Incluso este deber de reconstituir se circunscribe en el Código civil a los provechos obtenidos en el *ciclo* productivo determinado (no así en el art. 1.350 C.c.) (487).

Salvando estas naturales diferencias, por lo demás el usufructo de una universalidad o conjunto de cosas se asimila al cuasi usufructo en cuanto al riesgo y su (aquí relativa) localización en el poseedor sujeto a restitución. Se asimila a este cuasi usufructo en el sentido también de que sólo más allá de la cifra capital restituible hay provecho retenible. Pues bien, yo creo que esto es igualmente aplicable al simple poseedor, ya que, aunque él no responde por el deterioro de la sustancia de la cosa, responde de la restitución de la misma si ésta se encuentra al tiempo de la entrega en un estado igual al que se encontraba al tiempo de entrar en posesión; a los efectos jurídicos se considera que lo poseído es el conjunto, y también el conjunto lo reivindicado. Como demuestran las fuentes, lo que en este caso

(487) Sobre la noción de ciclo en el usufructo, PUGLIESE, 680.

el dueño reivindica no son singularidades dentro de un conjunto, sino el conjunto mismo; uno de los pocos casos donde el Derecho romano admitió la *reivindicatio* de géneros no individualizados (488).

Creo que este principio es aplicable a la restitución de un establecimiento mercantil, ya se tienda a asimilarlo a un conjunto de bienes fungibles, ya se conceptúe como una restitución de subrogados dentro de una universalidad (489). Siempre que haya provechos sólo será retenible lo que supere al capital inicial. Si es una gestión deficitaria, el poseedor de buena fe no responde de este déficit. Y creo que el principio debe aplicarse tanto a las mercaderías existentes como al capital en dinero, o a las materias primas en su caso.

5. Deducciones del daño resarcible

Cuando se trata de indemnizaciones de daños, el problema de la compensabilidad se presenta de modo principal en las hipótesis resolutorias o anulatorias de prestaciones en contratos indogmáticos. La regla lógica en este punto no debe ser en principio otra que la imposibilidad de acumular el interés positivo de cumplimiento con el interés negativo derivado de los gastos de procuración del contrato. Es decir, de la indemnización pretendida debe deducirse lo que el actor necesariamente debería haber gastado para obtener el interés de cumplimiento: gastos del contrato, gastos de mediación, de escrituración, etc. A la inversa, siempre que con la acción tendente a la ineficacia del vínculo se pretenda la indemnización del interés negativo, no podrá acumularse éste con el interés positivo de cumplimiento, ya que éste no podría haber sido obtenido sino con cargo a los gastos de procuración del interés de cumplimiento del contrato.

El principio arriba enunciado no siempre es mantenido por la Ley con idéntico rigor. Baste pensar en el artículo 1.478, referido al alcance de la obligación de saneamiento. El comprador que ha sufrido la evicción puede demandar juntamente el interés negativo derivado de haber comprado cosa ajena (gastos del contrato, a que se refiere el n.º 3) y el interés positivo de cumplimientos *si rem evictam non fuisse*, es decir, lo que tendría en su poder de haber resultado plenamente eficaz el contrato de venta («precio» al tiempo de la evicción y frutos restituidos al vendedor; art. 1.478-1.º y 2.º). Esta norma,

(488) Cfr. Dig. 6,1,13; 6,1,2,3; 44,2,21,1; DERNBURG, II, núm. 226, not. 4. Sobre la evolución doctrinal de la reivindicación de *universitates facti*, Cfr. MARÍN PADILLA, «RCDI», 1975, 1128 y ss.

(489) La problemática del usufructo de empresa, en PUGLIESE, 678; CASANOVA, *Rivendicazione*, cit., 331 y ss.; entre nosotros, GARRIGUES-BERCOVITZ, *Curso*, I, 1976. 176.

que estimo excepcional, no puede extenderse a otros supuestos. Por ejemplo, al artículo 1.594 del Código civil. El dueño que desiste de la obra deberá indemnizar al contratista el interés positivo de cumplimiento («utilidades que pudiera obtener de ella»); por esa razón, los «gastos» que, a tenor del mismo punto, también han de ser indemnizados, no podrán ser los gastos del contrato, en cuanto condición para obtener el interés positivo por el que se le compensa. Se refiere la norma, sin duda, a los mismos gastos de ejecución de la obra (cfr. STS. 8-10-1987).

XVII. RESTITUCION DE TODOS LOS PROVECHOS

1. Dos modelos de la restitución total de provechos

a) *Gewinnherausgabe*

La doctrina que estima que quien se injiere en los bienes ajenos está sujeto a restituir todo el provecho obtenido de la injerencia —lo que en el Derecho alemán se conoce desde Schultz como *Eingriffwerwerb*— es ya antigua y se encuentra en la base misma de las construcciones teóricas de la doctrina del enriquecimiento sin causa. Los cambios que han hecho posible semejante construcción han sido fundamentalmente dos:

1.º) En primer lugar, se tiende a generalizar la solución particular que la Ley estatuye para la *restitución de frutos* en los supuestos de injerencia ilícita en bienes ajenos; bien que éstos sólo sean restituibles por quien actúa de mala fe, bien la restitución se produzca con independencia del estado subjetivo del agente causante de la *Eingriff*, como ocurre en el § 818 BGB para todo tipo de *condictio*. Esta doctrina construye el sistema de frutos o, simplemente, admitiendo un *concepto ampliado* de frutos que incluya en su alcance todo tipo de provechos. Concretamente, Schultz, siguiendo a Crome, basará gran parte de su construcción en el principio de que no existe una sustancial diferencia entre los frutos y los lucros de negociación (490). Otro tanto puede decirse, por ejemplo, de Sacco. El principio alrededor del cual articula su doctrina del enriquecimiento, a saber, que todo lo obtenido por hecho injusto de los bienes ajenos es restituible, se asienta en una explícita generalización del concepto de frutos. Así, por ejemplo, el lucro de explotación de derechos inmateriales (autor, propia imagen) se resuelve aplicando las normas restitutorias del poseedor de mala fe (491) (492).

(490) *System der rechte*, cit., 359.

(491) *L'arricchimento*, 51 y ss.

(492) Otras analogías entre los frutos y el resto de los enriquecimientos, en ESSERWEYERS, II, 416; TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, 1962.

2.º) El Derecho alemán encuentra todavía un segundo camino para proceder a semejante construcción. El § 816 BGB obliga a la restitución del «*Erlang*» al no legitimado que dispone de la cosa eficazmente contra el dueño. Los partidarios de una doctrina de la injerencia basada en la restitución del lucro de intervención harán incidencia en este principio y aún tenderán a aplicarle a toda disposición sobre bienes ajenos que no sea eficaz contra el dueño (493). La *Gewinn* pertenecería de esta forma al contenido de destinación que el Derecho reserva a los titulares de derechos absolutos, aunque sólo fuera porque, correlativamente, el titular del bien corre con el riesgo de que el deudor haya perdido el objeto de la restitución y quede en virtud de ello mismo exento de responsabilidad (§ 818-3 BGB) (494).

Los partidarios de la tesis contraria, en cambio, tenderán a limitar el alcance de la *Gewinnherausgabe* del § 816 BGB, vindicando que el § 818-2 BGB suministra el criterio general de todo enriquecimiento producido a través de una intromisión en asuntos ajenos: restitución del *valor objetivo* de una cesión, de su precio objetivo si se consume, etc. (495). Una entrega de provechos más allá del *valor objetivo* de la ventaja obtenida sólo puede cargarse en la persona de un injusto entrometido que conscientemente se injiere con provecho propio en los bienes ajenos; y esta afirmación se quiere deducir con carácter general de la norma que en este sentido el § 687-2 BGB refiere a *unechte* gestor de negocios ajenos.

b) *Waiver of tort*

El *Law of Restitution* inglés acaso tenga en su doctrina del *Waiver of tort* la especialidad más aprovechable para el jurista continental. Se conoce bajo esta expresión un mecanismo sustantivo-procesal en virtud del cual quien sufre un daño en sus bienes mediante algunas determinadas especies de *torts* que contiene el catálogo del *common law*, puede elegir entre seguir la vía de la indemnización o, eliminando el daño mediante ratificación, pretender del dañante la restitución del provecho mediante una acción *of general assumpsit* de tipo cuasi contractual. Qué tipos de *torts* puedan ser objeto de «*waivers*» es cuestión aún hoy discutida. Pero a los efectos que a nosotros concierne, se entienden incluidos entre éstos el *tort* de *conversion of chattels* (ilícita intromisión, incluso de buena fe, en bienes muebles ajenos)

(493) SCHULTZ, *System*, 336 y ss.; sobre la aplicación del § 816 «BGB» a la enajenación no eficaz, Cfr. MERLE, «AcP» (183), 81 y ss.

(494) KOPPENSTEIMER, «NJW», 971, 1769; REEB, *Grundprobleme des Bereicherung-srechts*, 1975; en general, KONIG, *Gewinnhaftung*, Fest. Caemmerer, 1978, 180 y ss.

(495) CAEMMERER, 232; LARENZ, Fest. Caemmerer, 209 y ss.; LORENZ, *Staud. Komm.*, § 818, núm. 27.

y el *tresspass in land* (injerencia indebida en inmuebles). No lo serían en cambio —aparte de la *defamation* y otros— ni la *negligence* ni la *nuisance* (inmisiones) (496).

Fundamentalmente cabrá «*Waive*» aquellos *torts* que se definen como *antienrichment torts*, caracterizados por reservar al titular la utilidad económica resultante de su explotación.

En el Derecho americano, sin embargo, el *Restatement of Restitution* (sect. 150-157, 202-205) ha limitado la técnica del *waiver* a los daños causados por el *conscious wrongdoer*, que puede ser *deprive of any profit*. El *wrongdoer* que, sin embargo, «*was no more at fault... no is required to pay for losses in excess of the benefit received by him and he is permitted to retain gains wich result from his dealing with the property*», criterio aplicado en *Olwell V. Mye & Nissen Co.* (1946); distinción que no hace el Derecho inglés sino en algunos casos concretos de *breach of confidence*, en los que el *honest wrongdoer* sólo es condenado por *damages* en la medida del valor objetivo de la información suministrada (*Seager v. Copydex Ltd.* 1967).

2. Límites a la extensión de restitución de provechos

Que sean frutos restituibles es algo que a lo largo de este trabajo ya hemos expuesto repetidas veces. Todo aquello que no entre en el concepto ampliado de frutos que hemos expuesto en el capítulo V no puede entrar en la restitución por la vía del artículo 455. En muchos casos estos provechos entrarán en la restitución como sustancia. Pero en estos casos, los que interesan ahora, no son sustancia de la cosa, y queda por saber si se dispone de algún título concurrente para fundar una restitución.

a) *El uso*

El uso es restituible conforme a la teoría del doble límite y, por tanto, en función de daño, más o menos objetivados en el valor de mercado de ese uso; es decir, aceptando una tendencia equivalente entre el lucro cesante y el valor-renta del uso. Pero más allá, ni tan siquiera el poseedor de mala fe estará obligado. De manera que si el ladrón del coche consigue con su uso cerrar un importante negocio que le procura una ganancia, ésta no es restituible.

(496) WINDFIELD, *On torts*, 685; GOFF-JONES, *The law*, 469 y ss.; BIRKS, *Introduction*, 316 y ss.

b) *Disposición de dinero*

La disposición o apropiación de dinero indebidamente apropiado (art. 533 C.p.) e indebidamente recibido (art. 1.896 C.c.), no alcanza ni a los lucros de esta negociación ni a los subrogados de este dinero, con las excepciones que a lo largo de este trabajo se han hecho constar. El dinero constituye en nuestro Derecho la cifra límite del derecho de restitución. Con la cantidad debida, se deberán en su caso intereses y acaso también todos los daños que el actor haya sufrido con su privación (cfr. 1.108 C.c.), pero no el lucro obtenido, que no entra en la cifra de la responsabilidad civil de los artículos 102 del Código penal o 1.896 del Código civil. Y ni siquiera puede afirmarse con carácter general que el «dueño» de este dinero ostente sobre este lucro una preferencia sobre el resto de los acreedores del deudor.

Esta afirmación arriba hecha no debe llevarnos a extrañeza, pues incluso juristas gobernados por unas constantes morales más rígidas que a las que responden el Derecho contemporáneo afirmaban repetidamente que el *lucrum industriae* que el usurero consigue con el interés injustamente cobrado, o el ladrón con la cantidad sustraída o apropiada no eran provechos restituibles al titular lesionado (497).

c) *Lucro de negociación de un bien*

El lucro de negociación de un bien ajeno no entra en la restitución como un fruto. El que vende el coche hurtado no restituye ni el precio ni la ganancia obtenida con el mismo, sino su valor y los daños, medidos unos y otros el día de la valoración judicial de la acción de responsabilidad (por tanto, tampoco los intereses, al ser cantidad ilíquida). Y no podrá, por ejemplo, pedir al mismo tiempo por el artículo 102 del Código penal la restitución del coche a su poseedor y la restitución del lucro al delincuente, pues «la restitución impide la posterior reclamación de daños y perjuicios». Dada la interpretación jurisprudencial, en otro lugar referida sobre el artículo 104 del Código penal, será el adquirente del coche el que se cobre del autor del delito todo lo que *le importe* no haber sufrido la evicción, que, desde luego, puede ser más o menos de lo que el ladrón obtuvo de ganancia. Pero ni el dueño ni el poseedor restituyente estarán legitimados para pedir al autor del delito los intereses abusivos que éste ganó prestando a un tercero la cantidad obtenida con el precio; aquél, porque esto no es ni fruto ni daño; éste, porque su *interest* en saneamiento no alcanza a este concepto.

(497) SOTO, IV, VII, 2; MOLINA, Disp. 719, 721.

d) *El uso instrumental*

Particular importancia me parece que revela la problemática del *uso instrumental* del bien ajeno. Llamo uso instrumental (498) a un uso que no se reduce al mero estar en el goce pasivo de la cosa ni a la explotación de su capacidad reductiva, sino en su incorporación a un determinado proceso productivo, más o menos amplio, donde el rédito sólo puede considerarse como un resultado del complejo en su conjunto. Molina ponía el caso del trigo robado que es sembrado por el ladrón en su propio terreno. Podemos, igualmente, añadir otros de similar estructura. El papel ajeno donde el músico X escribe su partitura, previsto en el artículo 377-2 del Código civil como un uso instrumental; la incorporación de un motor ajeno al vehículo propio; los ladrillos ajenos incorporados a la construcción del propio chalet (art. 360 C.c.). Añadamos el caso de la empresa propia a la que se incorpora por su titular maquinaria perteneciente a un tercero (499), o la cosa ajena transformada en manufactura en un determinado proceso industrial. O bien el local de negocio en el sentido de la LAU sin instalaciones ni maquinaria, en el que un poseedor de mala fe instala una «industria», también en el sentido del artículo 3 de la LAU (500). Podemos llegar aún a auténticos casos límite: sobre un pedregal propio prácticamente improductivo se plantan semillas ajenas, abonadas con fertilizantes ajenos y con maquinaria también indebidamente apropiadas a un tercero. O bien, sobre el «local de negocio» ajeno se instala una industria para la que se incorpora utillaje y maquinaria conscientemente adquiridos de un receptor.

En todos los casos citados, el uso del bien ajeno (o simplemente restituible) no es una mera detentación pasiva. Pero, y esto es lo que importa ahora, no es fruto restituible el beneficio neto global que se obtenga de la explotación combinada de esta diversidad de elementos productivos. Ni tan siquiera una parte de este lucro proporcional al valor de uso del bien. No existe en este caso la relación de producción que identifica al fruto como rédito, y la fuente del lucro queda ahora desplazada hacia otra de las variantes económicas en juego: la «industria» en el sentido amplio del término que utiliza, además de la LAU, el artículo 1.347-1.º del Código civil, por ejemplo. El beneficio del uso instrumental sólo se restituye como valor, y en su caso, con el complemento indemnizatorio calculado según las reglas generales; ésta es, por ejemplo, la sanción contenida en el artículo 360 del Código civil, que puede hacerse extensiva a supuestos de estructura similar. No se trata, obsérvese bien, de que el trabajo e iniciativa propia tenga de por sí tal preponderancia para romper la na-

(498) La expresión es de MOLINA, Disp. 719.

(499) BARCELLONA, *Restituzione dei frutti*, 293.

(500) LORENZ., *Staudinger Komm.*, § 818, núm. 12.

turalidad de fruto. Ya hemos visto en otra ocasión que el Código civil considera en el artículo 355 que el trabajo e iniciativa de por sí no es un factor de producción, sino un gasto incorporado al producto, una parte de su coste de fabricación. Lo característico de los ejemplos arriba citados es que el producto ya no puede considerarse como una función del uso instrumental de la cosa ajena. Por esta razón deben evitarse en este tema la recurrencia a criterios de significado huidizo como el de la simple comparación cuantitativa de las diversas variables del provecho, como, por ejemplo, hace Wilburg, remitiendo a los criterios de la *specificatio* para determinar, según los valores relativos de capital y trabajo, a qué variable se imputa causalmente el lucro (501). Hay que remitir a los criterios normales del tráfico para determinar si un determinado lucro es o no fruto de un bien. Así, si se instala la industria propia en el «local» ajeno, el beneficio industrial no es fruto del local; pero si sólo ocupó la mitad de este local y el resto se alquila para, con la renta, cubrir gastos fijos de la empresa, esta renta es fruto del local.

De todas maneras, en casos extremos faltará el terreno seguro que haga posible la aplicación de una regla fija, y será cuestión de apreciación la de saber cuál de las variables económicas presenta respecto a la otra carácter instrumental. Así, el jockey mediocre que se apropia del excelente caballo de carreras de un tercero será el instrumento del lucro que se imputará en cuanto fruto (v. gr., el premio de la carrera) al dueño del animal. Pero si «Rocinante» en veloz carrera pudo sorprender desprevenido al Caballero de los Espejos y vencer en tan singular combate, esto no puede deberse sino a la pericia de su ilustre dueño, pues del rocín «cuenta la historia que esta sola vez se conoció haber corrido algo».

De todo ello se desprende, por ejemplo, que la incorporación de maquinaria propia a la empresa ajena sea una impensa que podrá o no cobrar o retirar el poseedor según los casos, mientras que la incorporación de maquinaria ajena (incluso todo el utillaje empresarial) a una explotación propia sea un uso instrumental que sólo se restituirá por su valor objetivo, y en su caso, por el daño. Si se trata de un *bonaefidei possessor* deciden las reglas generales: el bien restituible en especie no es indemnizable por los deterioros producidos. Si la restitución en especie no es posible, se restituirá el valor, como se desprende del conjunto de normas relativas a la accesión de muebles.

3. Dos fundamentos para la restitución de todos los provechos

Yo creo que en el Derecho español sólo existen dos criterios que con carácter general pueden legitimar una pretensión de restitución de todos los provechos obtenidos del proceder sobre los bienes suje-

(501) *Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht*, 18 y ss.

tos a restitución. En la mayoría de los casos estos criterios podrán aparecer concurrentes, pues en verdad casi responden a una misma razón de ser.

a) *Prohibición de concurrencia*

No cualquier violación de una prohibición de concurrencia hace nacer una restitución de provechos. Si el vendedor vinculado por un pacto de exclusiva, infringe la obligación y suministra a un tercero, no estará obligado hacia su contratante sino en la medida de los artículos 1.106-1.107 del Código civil. Si el cedente de una exclusiva no cumple sus obligaciones de no concurrencia ante el cesionario (cfr. S. 14-6-1985) o el vendedor de una empresa incumple la obligación esencial de abstenerse de concurrir con el adquirente, en ninguno de estos casos existe fundamento alguno en las reglas de responsabilidad contractual que exijan reponer al contratante lesionado en una medida superior al de su «coste» real de incumplimiento. Otro tanto puede decirse en nuestro Derecho de la mera competencia desleal, pues, como señala la doctrina (502), la defensa de los intereses en conflicto está cubierta únicamente por una regla indemnizatoria.

Para que la violación de una prohibición de concurrencia pueda dar lugar a una restitución de provechos es preciso —a falta de estipulación de contrato— que la concurrencia se produzca en actividades legalmente reservadas al principal; cuando de una forma u otra la relación con el principal se pueda definir como fiduciaria.

La Ley ha recogido supuestos de este tipo principalmente en el ámbito del Derecho de Sociedades y en el terreno de la fiducia por comisión o mandato. Los artículos 1.683 del Código civil, 135, 136 y 138 del Código de comercio responden al primer tipo: socio que se dedica a actividades incluidas en el giro social o que realizan una actividad separada aplicando fondos o el nombre de la compañía. En estos casos pierden en beneficio de la sociedad todo el lucro de injerencia, pueda o no considerarse en cada caso como lícita o ilícita esta concurrencia.

Los casos de falta a la fidelidad debida derivada y exigida por la relación de fiducia pueden darse en el seno o fuera del fenómeno societario. El mandatario o comisionista (arts. 1.720 C.c., 288 C.com.), el capitán del buque (art. 613 C.com.) o el administrador de una sociedad (art. 12 LSRL) no pueden dedicarse a actividades conectadas con el giro de principal: en caso contrario restituirán todo el prove-

(502) El lucro concurrencial es restituible «obligatoriamente» a menos que pueda conjeturarse una actuación representativa. Cfr. sts. 2-12-1983 y comentario de DELGADO ECHEVERRÍA en *Cuadernos Civitas Jur. Cir.*, 4 (n.º 98).

cho y no podrán imputar al principal los riesgos de esta gestión indebida.

En todos los casos es clara la *ratio* de la norma que impone la restitución. Se fundamenta en el principio de que toda expectativa de ganancia dentro de un determinado tráfico lucrativo aparece por la Ley como reservada al contenido de derecho del principal, de la misma forma que se clausuran los medios por los que el fiduciario puede retener el provecho: su provecho no podrá venir por otra vía que por el precio de comisión, el reembolso de gastos, o la expectativa de participación en la ganancia social. De ahí deriva que, por aplicación del artículo 1.686, no pueda compensar con estos lucros los daños que por su actuación haya producido en los intereses sociales: porque estos provechos le *eran debidos* a la sociedad.

Debe, no obstante, ponerse cuidado en la extensión de las consecuencias de esta relación de fiducia a otros supuestos que no responden estrictamente a su esquema. Así, en la Sentencia 18-11-1986 se casa la de instancia por entender el Tribunal Supremo, con razón, que las normas aplicadas (arts. 1.683 C.c. y concordantes del C.com.) no son pertinentes cuando se trata de empresas independientes unidas por vínculos económicos de colaboración y, en el caso, de subordinación relativa a una empresa principal.

La misma *ratio* es la que inspira al artículo 1.390 del Código civil. El cónyuge que por su iniciativa individual se ha procurado un lucro exclusivo es deudor del mismo a la sociedad de gananciales; en efecto, conforme al artículo 1.347 del Código civil, estos lucros aparecen *reservados* al consorcio, del que el cónyuge se presenta en todo caso como un mero gestor.

b) *La realización de una actividad gestora*

Hemos visto en el subepígrafe anterior cómo una prohibición de concurrencia puede, generalmente, estar unida a un vínculo fiduciario entre el receptor del provecho y el principal a quien se debe comunicar el lucro (cfr. art. 1.695 C.c., referente a la sociedad). Insisteremos ahora en este punto.

En el Common Law todo tipo de *fiduciary relationship* está sometida al principio de la restitución del provecho. Y los propios Tribunales entienden de modo amplio cuándo se da una relación fiduciaria (503). En el Derecho español el principio se halla claramente expresado en el artículo 1.720 del Código civil, que contiene la obligación del mandatario de comunicar al principal lo que haya obteni-

(503) GOFF-JONES, 490 y ss.

do de la gestión. Esta obligación es, por supuesto, independiente de que el mandatario se haya desenvuelto dentro de los límites del mandato, o que, por el contrario, haya sido obtenida la ganancia por causas de su actuación infiel. El provecho restituible alcanzará incluso a aquello que no era debido al mandante, también el lucro ilícito (504); si bien, como señala Gullón, «en virtud del mandato» quiere decir «por razón del mandato», no alcanzando a las contraprestaciones ofrecidas al mandatario que de acuerdo a las concepciones del tráfico no formen parte del contenido de la gestión comunicable al mandante, por ejemplo, las comisiones (505); ahora bien, el art. 1.720 sólo extiende sus efectos al círculo de actividades cubiertas por el mandato, fuera de ellas el mandatario que adquiere bienes con dinero del negocio que gestiona no comunica al principal la propiedad de estos bienes (sts. 9-9-1987)

Según Luis de Molina, esta obligación de restituir tendría un triple fundamento:

- a) Porque si la gestión no fuese exitosa también el riesgo sería del principal;
- b) porque en la comisión de venta el precio —todo el precio— es subrogado de la cosa;
- c) porque tanto en la comisión de venta como en la de compra se entienden incluidas implícitamente las cláusulas *aut magis si potes* (comisión de venta) o *aut minus si potes* (comisión de compra) (506).

Pero nosotros no excluimos del artículo 1.720 un supuesto que Molina entendía caer fuera de la norma: si el mandatario hubiera vendido por más precio en un lugar distinto del de la comisión porque en el lugar indicado no encontraba comprador. Entiendo que aun en este caso se debe el provecho de la gestión, tanto más que el interés protegible del mandatario se produce en la Ley a su precio de comisión y a la total lesión por los gastos de gestión.

La obligación de restituir el provecho por el artículo 1.720 no se hace depender —como pone de manifiesto una abundante jurisprudencia— de que la gestión haya sido realizada a nombre del principal; la circunstancia de que en estos casos el mandante no tenga acción contra tercero por el artículo 1.717 no significa que aquél no tenga ya desde el momento de la gestión derecho a considerar como suyo este provecho; el mandante tiene acción real para exigir la entrega de lo que se ha adquirido con el dinero de comisión sin necesidad de exigir del mandatario una retransmisión de la propiedad (Sentencias 22-11-1965, 26-11-1970, 19-12-1963, etc.). Alcanza tam-

(504) Cfr. GUILLOUARD, *Trait. des contrats aleatoires et du mandat*, 1893, 467.

(505) *Curso de Derecho civil. Cont. en particular*, 1968, 293.

(506) *De Iustitia*, Disp. 363.

bién la obligación de restituir a los permisos de explotación minera que el mandatario consigue su nombre propio (22-5-1964) (507). Y aún yo entiendo que esto es así aunque el mandatario haya adquirido el lucro de la gestión con sus propios bienes, siempre que, sin necesidad de actuar en nombre del mandante, actúe en interés y por cuenta suya. Saber cuándo se pueda deducir la existencia de un mandato tácito es una cuestión de hecho.

El mandante no queda obligado con el mandatario ni sufre los riesgos cuando su gestión es extralimitada (arts. 1.725, 1.727). Pero téngase en cuenta que, según los casos, la gestión provechosa puede entenderse a tenor del artículo 1.715 como gestión correcta aunque extralimite las instrucciones del mandante (507 bis). En principio, y por razón de equidad, debe interpretarse ampliamente la no existencia de extralimitación cuando el provecho restituible por el artículo 1.720 provenga de una gestión realizada fuera de los límites del contrato. Véase en este sentido el artículo 270 del Código de comercio, en el que se permite al comisionista retener el beneficio cuando, extralimitándose, el principal no ha querido asumir el riesgo de la gestión.

El Código civil no contiene para el gestor oficioso una norma similar a la del artículo 1.720, ni remite en bloque a la regulación del mandato sino cuando la gestión es ratificada. Centrándonos ahora en la gestión «propia» de negocios ajenos, en la que el gestor se encarga de los asuntos ajenos con ánimo de gestionarlos, creo que la rendición de cuentas y comunicación de los provechos es consustancial a la figura y debe entenderse implícita (Dig. 3.5.2). Constituye un principio institucional durante todo el Derecho común, y el mismo artículo 1.892, § 1.851 establece explícitamente que al gestor le son de aplicación las normas que definen las obligaciones del mandatario. Así lo admite hoy la jurisprudencia en cuanto al deber de comunicar la ganancia obtenida (S. 16-10-1978) (508).

El artículo 1.892, al subordinar los efectos del mandato a la ratificación del *dominus* no parece que se refiera a la obligación del artículo 1.720, sino a las obligaciones del *dominus* ante la *actio contraria* del gestor. Así se prueba con la conexión sistemática de este precepto con el siguiente («aunque no hubiera ratificado expresamente la gestión»), que recoge las obligaciones del *dominus* ante la *actio contraria* del gestor, obligaciones que se concretan en el reembolso de gastos y responsabilidad de las obligaciones contraídas en su interés. Parece, pues, que lo que se excluye a falta de ratificación son las obligaciones

(507) Cfr. GULLÓN, *Mandatario que adquiere en nombre propio*. Est. De Castro, I, 764; DE CASTRO, *Temas de Derecho civil*, 1972, 125.

(507 bis) Cfr. F. RODRÍGUEZ MORATA, *La ventaja en la gestión como límite de la autorización implícita en el contrato de mandato*, art. 1.715 C.c., «Act. Civil» (1987), números 37 y 38.

(508) Cfr. en este sentido, PASQUAU, *Gestión de negocios*, 135.

del principal de mantener ileso al gestor (arts. 1.728, 1.729, 1.730). Esta diferencia de régimen con el mandato parece aceptable desde el momento en que el gestor se ha injerido por su cuenta en los intereses de un tercero, no pudiendo, en consecuencia, trasladarle sin más el riesgo de su quebranto patrimonial sufrido en esta injerencia.

El principio afirmado en este subepígrafe de que la relación fiducial produce una obligación de restitución de provechos tiene del mismo modo un aspecto negativo. Ya hemos visto en un capítulo anterior que el cónyuge que adquiere a su nombre bienes que paga con el dinero de su consorte no hace sin más por este solo hecho a dicho consorte dueño de lo adquirido, a pesar de la aparente interpretación en contrario que podría inferirse del artículo 1.346-3.º Otro tanto puede decirse del poseedor de la herencia que adquiere con medios de ésta en su propio nombre. En estos casos y otros similares no se puede pretender una comunicación del provecho si no se prueba que el adquirente gestionaba los asuntos ajenos, lo que podrá presumirse con más o menos facilidades, según los casos.

4. «Waiver of tort» en Derecho español

La regla que se expresa bajo la expresión inglesa indicada debe ser rechazada en el Derecho español. Creo que esta afirmación enuncia un principio institucional en nuestro sistema, a riesgo de vaciar tanto las normas de la responsabilidad civil como las de la gestión posesoria.

a) *Responsabilidad extracontractual*

Que en el art. 1.902 del Código civil y concordantes el lesionado no puede «autorizar» el daño exigiendo en consecuencia una restitución de los provechos obtenidos por la acción dañosa, es una conclusión que se puede deducir sin más del constantemente afirmado por la jurisprudencia, principio de que la responsabilidad civil no puede servir para enriquecer al lesionado en sus bienes o su persona. Este enriquecimiento, de haberlo, será en todo caso la resultancia de una circunstancia ocasional o por contrato celebrado con un tercero (seguro de personas).

En el artículo 1.902 la fórmula del daño es general y no se articula la regulación según un catálogo de tipos de daños ni de intereses protegidos (a diferencia de los Derechos inglés y alemán, respectivamente), de donde no pueden obtenerse consecuencias diversas según el daño lesione o no derechos absolutos o incida en determinados bienes que tenga para su titular una expectativa de explotación provechosa. Sería, en efecto, completamente absurdo que la empresa química que daña con las inmisiones los cultivos del vecino pudiera ser

condenada a entregarle a éste todo el beneficio de explotación que no obtendría (*condictio sine qua non*) de no lesionar precisamente estos cultivos.

b) *Lesión del contrato*

El contratante lesionado en su derecho de crédito no puede *waive* su responsabilidad contractual para, confirmando la lesión, exigir del contratante incumplidor la restitución de los provechos obtenidos del incumplimiento. En este sentido, creo que va de suyo la inadmisibilidad de una interpretación «proporcionalmente analógica» del artículo 1.107, en el sentido de que, si los daños indemnizables por un incumplimiento doloso se extienden a todos los que «conocidamente se deriven del incumplimiento», se estimará igualmente que serían restituyibles todos los provechosos «conocidamente derivados» del incumplimiento.

Con palabras de O. W. Holmes (509), «un hombre es libre de... incumplir su contrato si quiere». Es de acuerdo a esta afirmación tan simple y tan cierta que los Tribunales ingleses no someten al *wai-ver*, con el consiguiente *account of profits*, al contratante que dolosamente falta a los términos de su obligación (510). Paz Ares ofrece en este sentido una concreta fundamentación extraída del *Economic analysis of Law*: si el beneficio obtenido por el enriquecimiento se recuperara a través de la acción indemnizatoria del artículo 1.106 del Código civil haríase inviable un sistema de mercado «eficiente» en el cual la ruptura del contrato pueda generar mayor utilidad que su conservación. El contratante lesionado no podría ser indemnizado más allá de su *curva de indiferencia*, de lo que le *interesaba* —diríamos nosotros— que la obligación hubiera sido correctamente cumplida, dejando por su parte al incumplidor la posibilidad de buscar dentro del mercado expectativas más ventajosas (511). Podríamos decir, en efecto, que nuestro sistema de responsabilidad contractual posibilita a cada una de las partes del contrato el *comprar* su incumplimiento por una cantidad igual a la que representa el interés de cumplimiento de su acreedor. Utilizando de nuevo terminología que al respecto suministra el inacabable acopio doctrinal de Molina, podríamos formular semejante principio afirmando que el vendedor no puede «vender» al comprador el lucro que éste obtiene por el contrato, ya que eso es algo que no pertenece a aquél; lo único que podría «cobrarle»

(509) *The Common Law*, 1963, 236.

(510) GOFF-JONES, 19, 20, 370 y s., y allí las consideraciones críticas del autor a esta posición.

(511) *La economía política como ciencia racional*, «ADC», 1981, 629.

es su lucro cesante o su daño efectivo, y eso siempre que tuvieran una relación con el contrato (512).

La opinión en contra de Sacco, admitiendo en este ámbito una responsabilidad que alcanza a todo el lucro de incumplimiento (513) supone en verdad desconocer qué intereses protegen las normas de la responsabilidad contractual.

El mismo principio arriba afirmado es igualmente aplicable al daño que surge de una dolosa interferencia de tercero en el contrato ajeno, señaladamente, la interferencia en un contrato de exclusiva. En nuestro Derecho debe afirmarse que esta lesión es una responsabilidad extracontractual sometida al imperio del artículo 1.902 (514), y que el monto de la indemnización no alcanza sino a los daños realmente inferidos al acreedor, como demostró la ya clásica Sentencia 23-3-1921 en el conocido caso de «Raquel Meller». Doctrina ésta que me parece más correcta que la sostenida, por ejemplo, en un caso norteamericano (Federal Sugar Refininf C. v. U. S. Sugar Equalisation Board, 1946), donde se admitió que el tercer dañante en un contrato de suministro en exclusiva de azúcar debería al acreedor lesionado todo el provecho obtenido del daño (515).

c) *Subrogados del objeto perdido de la prestación*

El artículo 1.186 contiene una regla subrogatoria que obliga al deudor de cosa cierta a restituir el cómodo representativo cuando aquella prestación se pierde. A pesar de que el precepto se refiere a la cesión de acciones al acreedor, el origen doctrinal de esta norma obliga a pensar que el cómodo restituible es cualquier enriquecimiento que al deudor le queda de la cosa (516), de acuerdo, según nos advierte Roca Juan (517), a una traslación operada en Pothier del principio *meus est quod ex re mea superest* al correlativo *meus est quod ex re mihi debita superest*.

Esta norma no puede ser aplicable en Derecho español al incumplidor culposo o doloso, dado que se parte del supuesto de que la obligación se haya «extinguido» por la pérdida de la cosa, y esto

(512) *De Iustitia*, Disp. 348, 351.

(513) *L'arricchimento*, 153.

(514) Cfr. PANTALEON, *tesis, cit.*, 530 y ss. En el Derecho alemán, LARENZ, II, 604, considera que el derecho de rédito en cuanto tal no es un «derecho» en el sentido del § 823 «BGB» cuya lesión dé lugar a responsabilidad extracontractual; pero sí es un bien jurídicamente protegido la «posición jurídica» del acreedor en cuanto tal.

(515) Cfr. BIRKS, *Introduction*, 337.

(516) Dig. 19,1,31; GARCÍA GOYENA, 617. Sin embargo, no entra en este enriquecimiento lo que el deudor se ahorra por quedar liberado (SACCO, 163).

(517) *Est. De Castro*, II, 530.

sólo ocurre conforme al artículo 1.182 cuando se ha perdido por caso fortuito antes de estar el deudor en mora. Solución lógica, ya que aquí el acreedor corre el correlativo riesgo de que la cosa no quede ni se obtenga nada; riesgo del que está libre cuando la pérdida no se extingue, sino que perpetúa la obligación conservando la concurrente pretensión al «precio» y al daño. El artículo 1.186 sólo es explicable por un principio de traslación de riesgos al acreedor de manera tal que, de admitirse aún que ante la pérdida fortuita, queda abierta al acreedor la vía del artículo 1.124 si se trata de una obligación recíproca, estimo muy dudosa la aplicación del referido precepto.

De acuerdo a lo dicho, si el vendedor que aún no ha entregado la cosa la vende por segunda vez a un mejor precio, el comprador sólo tendrá derecho al precio pagado y a los daños, no al mayor precio de venta del contratante incumplidor. Distinto es el caso en el BGB, donde el § 281-2.º permite al acreedor elegir entre la restitución del cómodo representativo y la indemnización de daños contractuales, imputando en su caso el valor de aquél al montante de la indemnización debida; y este cómodo no es meramente representativo, entendiendo la doctrina que se extiende también al *commodo ex negotiatione* (518).

Creo que por idénticas razones no es aplicable el artículo 1.186 a la enajenación o pérdida de la cosa debida cuanto ésta se produjo en manos de un *accipiens indebiti* de mala fe del artículo 1.896; deberá el valor y los daños, no el subrogado de negociación a que se refiere el artículo 1.897.

d) *Posesión de buena fe y gestión de negocios*

Contiene, en mi opinión, el artículo 2.032 *Codice* italiano una norma manifiestamente desafortunada. Según el precepto, el *dominus* puede ratificar, y valdrá como mandato, una gestión llevada a cabo erróneamente por quien creía el negocio como suyo. Esta norma permite —y de ahí el acuse de desafortunada— escamotear simplemente, en perjuicio del poseedor, las normas que le permiten la retención de los frutos derivados de una gestión posesoria.

En mi opinión, queda fuera de toda duda que una gestión errónea no pueda ser ratificada en el sentido del artículo 1.892, al menos cuando de tal posibilidad surgiera una colisión valorativa con las reglas posesorias; porque en caso contrario, el poseedor respondería por culpa, contra lo preceptuado en el artículo 457, y restituiría el provecho, contradiciendo así el mandato del artículo 451. Y así lo

(518) EMMERICH, *Münchener Komm.*, «BGB» (1975), § 281, núms. 10, 20.

afirma el Tribunal Supremo en Sentencia 1-3-1954, entendiendo que el que de buena fe se injiere en asuntos ajenos creyendo ser propios (en el caso, extracción de mineral ajeno creyéndolo propio) ni es mandatario ni gestiona los asuntos del verdadero titular. Y todavía hay que rechazar de modo más claro que una gestión objetivamente ajena pueda conducir sin más a la aplicación de las normas de la gestión oficiosa, con independencia de la intención que haya tenido el presunto gestor. Y no creo que se pueda pretender seriamente que por aplicación del artículo 1.717 *in fine* surja una relación asimilada al mandato por el sólo hecho de que se trate de «cosas del mandante». De esta forma, si el poseedor, de buena fe, de una herencia paga legados o deudas, no tendrá contra el dueño una acción de gestión *utilis*, sino la *condictio* por pago indebido y las normas posesorias (518 bis).

Por la misma razón no puede decirse (519) que el dueño pueda «autorizar» la enajenación del bien hecha por el poseedor de buena fe y pedirle en consecuencia el precio obtenido. Al menos esto sólo sería posible en los casos en que el poseedor mentado estuviera ya obligado a la entrega del precio y que hemos comentado en el capítulo XV.

Totalmente inadmisibles en nuestro sistema es la interpretación de Donello, según la cual, un negocio que objetivamente no es ajeno, por ejemplo, la venta de cosa ajena, puede convertirse en negocio propio del dueño de la cosa cuando a él le resulte el *incommodum* de la gestión; por ejemplo, porque la cosa ha sido usucapida por el adquirente; en este caso, piensa el autor, el dueño puede considerar que el vendedor gestionó su negocio y pedirle el precio obtenido (520).

e) *Gestión de negocios impropia*

Muy controvertida ha sido siempre la cuestión de saber cuál es el estatuto jurídico de quien, conociendo la ajenedad del negocio, lo gestiona, no obstante, como propio en su particular interés. En el Derecho común se tiende a disociar la aplicación respectiva de la *actio directa* y la *contraria*. Aquélla surgiría del sólo hecho de la injerencia, y permitiría al *dominus* solicitar la comunicación de provechos y la responsabilidad en que pudiera haber incurrido el gestor; la *actio contraria*, en cambio, únicamente sería viable de haberse gestionado con intención de servir un interés ajeno, supeditando a esta circunstancia el reembolso de gastos (521). De no mediar dicho *ani-*

(518 bis) Solución contraria al Derecho Romano. Según GLUCK, III, p. 184.

(519) Al contrario, SCHULTZ, *System*, 358.

(520) *Comm.*, XV, XVII, V.

(521) DONELLO, XV, XV, IV; XV, XVI, IX.

mus, el *dominus* sólo respondería ante el gestor por su efectivo enriquecimiento (Dig. 3.5.5.5). Esta doctrina está en su totalidad trasladada al § 687 BGB para la hipótesis de la *unechte* gestión de negocios; precepto cuya «*rechtspolitische Wichtigkeit*» han destacado Esser-Weyers (522), al haberse convertido en el Derecho alemán en el criterio decisorio general para mantener la obligación de restitución de provechos a todo aquel que se enriquece dolosamente de los bienes ajenos (523).

En el Derecho español recientemente se han pretendido como disociables las correlativas acciones que nacen de la gestión oficiosa. La pretensión del *dominus* surgiría del mero hecho de gestionar asuntos ajenos; la pretensión del gestor sólo se podría fundar en un efectivo *animus* de gestionar en interés de otro (524). Por su parte, el Tribunal Supremo parece conceder alguna vez la posibilidad de que el *dominus* pretenda la rendición de cuentas y restitución del lucro por el sólo hecho de la intromisión, «cualquiera sea el concepto en que se hayan administrado bienes ajenos » (23-6-1891, 30-10-1959).

No me parece que sea del todo cierta semejante interpretación, al menos cuando la misma aboque a un conflicto de límites con otras instituciones. Hay que rechazar que la mera ajenezad del negocio gestionado suponga sin más la inclusión del supuesto en el ámbito de la gestión de los artículos 1.888 y siguientes del Código civil. Porque entonces el efecto del artículo 1.720 debería haber perdido su localización particular en tema de mandato para convertirse en una norma de alcance general. Existe en este ámbito una natural inescindibilidad entre la obligación de comunicar las ganancias y la determinación inicial del supuesto en el artículo 1.888. En efecto, si las definiciones legales han de servir para algo, el artículo 1.887 del Código civil parte de que el cuasi-contrato es un «hecho lícito», licitud de una injerencia no consentida, que, si en la posesión de buena fe se justifica en la sola buena fe, en la gestión de negocio se fundamenta en la voluntad de cuidar intereses de un tercero.

Pero lo que mayormente me parece inaceptable es que se pretenda escindir la regulación riesgo-enriquecimiento-provecho. La norma del artículo 1.720, aplicada institucionalmente a la gestión «propia» de negocios ajenos, está normativamente conectada a una exención de riesgos del gestor (art. 1.891) y a la seguridad de un reembolso por gastos útiles de gestión (art. 1.893). Pero en una gestión impropia, permaneciendo inalterada la primera obligación, todo el riesgo es des-

(522) *Schuldrecht*, II, 362.

(523) CAEMMERER, *Bereicherung*, 235 y ss.

(524) LACRUZ, II, 3.º, 593 y s.; PASQUAU, *Gestión*, 342, aunque el autor excluye al poseedor de mala fe y al que actúa *animus depredandi*.

plazado al gestor (arts. 457, 1.185) y carece de pretensión de reembolso, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 362 y 455. Esto es lo que no se puede justificar, pues no existe principio alguno que obligue a acumular en perjuicio de este tercero todas las consecuencias sancionadoras que resulte de la aplicación conjunta y «diferenciada» de las normas de la posesión y de la gestión.

Y no se puede contrargumentar que, si bien la gestión impropia no puede valer como gestión, es posible, sin embargo, que de todas formas se produzca la ratificación del artículo 1.892, con el efecto del artículo 1.720. Y ello, porque lo que puede ser ratificado es el supuesto de hecho de los artículos 1.888 y siguientes, no cualquier supuesto de hecho donde el gestor no tenga interés en ser ratificado. Por ejemplo, si una compañía publicitaria se introduce, aprovechando las vacaciones de su dueño, en una lujosa villa para rodar un anuncio de perfumes con decorados de época, es claro que responderá frente al dueño por los daños en la cosa, pero no podrá éste renunciar al daño autorizando la intromisión y exigiendo a cambio todo o parte del lucro reportado.

5. La lesión de derechos inmateriales

Recientemente, el Derecho español ha visto introducirse entre sus criterios tradicionales de reparación del daño un sistema de restitución-reparación que no corresponde a los cánones clásicos. Se trata de legislación nacida con el intento de garantizar la consistencia de derechos inmateriales, introduciendo en el cómputo indemnizatorio del daño la relevancia de los lucros que el lesionante haya podido obtener de ello, en el ámbito de los bienes inmateriales (derecho de autor, patentes, bienes de la personalidad). Es un sistema híbrido de *waiver of tort* que el *Common Law* ya había aplicado desde antiguo a la lesión de *copyright* y de propiedad industrial (525); que la jurisprudencia alemana entendió igualmente aplicable en supuesto de dolosa *interference* en los derechos de propiedad intelectual e industrial, mediante una generalización del supuesto del § 687 BGB (526), y que hoy encuentra su plasmación en el § 97-I 2 UhrG y 47 II PatenG (527). También la jurisprudencia italiana en tema de lesión de derechos inmateriales a la imagen o de autor (528).

a) Los textos legales

La Ley 11/1986, de Patentes, establece dos mecanismos de restitución de la patente. En primer lugar, la Ley se refiere a la *reivindicación* de la patente (art. 12) cuando ésta fuera concedida a persona

(525) Cfr. KONIG, *Gewinnhaftung*, 188 y ss.

(526) Cfr. LARENZ, I, 471.

(527) ESSER-WEYRS, II, 363.

(528) SACCO, *L'arricchimento*, 15 y ss.

distinta de los legitimados para obtenerla a tenor del artículo 10. No se establece en este caso norma alguna que particularmente detalle las consecuencias restitutorias de esta reivindicación, por lo que en principio puede entenderse aplicable sin más lo dispuesto, adecuado convenientemente, en los artículos 451 y siguientes del Código civil.

El artículo 66 de la Ley se incardina sistemáticamente en la defensa por violación de patentes y describe el contenido de la acción de indemnización que a tenor del artículo 63 pueda utilizar el titular lesionado de la patente. De acuerdo al artículo 66, la ganancia frustrada por el titular se fijará a elección de éste, conforme a alguno de los siguientes criterios:

- a) Los beneficios obtenibles previsiblemente de no haber existido la competencia del infractor;
- b) por los beneficios que este último haya obtenido de la explotación de la patente;
- c) por el precio que el infractor hubiera debido pagar al titular por la concesión de una licencia.

Sólo a este último módulo se atenderá si por su parte el juez aprecia que el titular de la patente no cumple con el requisito de explotarla conforme al artículo 83. En el cálculo de los beneficios de que hablan los apartados a) y b) citados, se podrán comprender los productos por aquellas cosas de las que el objeto inventado constituya parte esencial. Por fin, junto a este derecho indemnizatorio, el titular lesionado tiene derecho a que se le atribuyan en propiedad los objetos producidos con infracción de una patente, en cuyo caso éstos se imputarán a la indemnización. Este último supuesto coincide con lo dispuesto en el artículo 124-3.º de la Ley de Propiedad Intelectual. El artículo 125 de dicha Ley, a su vez, coincide con el 66 L.Pat. en cuanto a la fijación del módulo indemnizatorio, si bien con exclusión del criterio constituido por los beneficios obtenidos por el autor de la lesión.

El artículo 9-3.º de la Ley Orgánica 1/1982, de Protección civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, establece que «la indemnización se extenderá al daño moral, atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta en su caso la difusión o audiencia del medio a través del que la lesión se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma».

b) *Comentario*

No es éste, por supuesto, el lugar adecuado para afrontar un comentario pormenorizado de estos preceptos, y nos limitaremos a la parte que a nosotros nos interesa aquí.

En principio, no hay jurisprudencia que hasta el presente haya tenido ocasión de ocuparse de estos aspectos. Los casos hasta ahora resueltos en aplicación de la Ley Orgánica 1/1982 no permiten extraer consecuencia sobre nuestro objeto, pues en todos el fondo de la cuestión se limitó a decidir si en las especies particulares se había producido o no una lesión de los bienes protegidos, y, cuando se ha aceptado la existencia de esta lesión, la indemnización, fijada en la Instancia, no ha sido objeto de consideración especial (cfr. SS. 31-5-1983, 28-11-1986, 4-11-1986).

Yo creo como previsible que dado el estado de nuestra jurisprudencia en lo que atañe a la prueba y cuantía del daño, los aspectos atinentes a la reparación-restitución tenderán a convertirse en cuestiones de hecho (529).

Del análisis conjunto de estos modelos cabe asegurar que no se instaure en el Derecho español un sistema auténtico de *waiver*, dado que ni la acción en función del beneficio mismo es por sí mismo considerado un *objeto* de pretensión de restitución. La acción es una *acción de daños* y el beneficio es un *módulo de fijación* de ese daño. Obsérvese que ni tan siquiera en la L.Pat. el beneficio obtenido de la lesión se convierte sin más en cifra del lucro cesante, sino en criterio de fijación; la Ley no dice expresamente que el criterio de fijación coincida con la cuantía de la indemnización. Desde luego, no lo es en la Ley Orgánica 1/1981, en la cual el beneficio es una de las circunstancias concurrentes de la fijación del daño moral. Es evidente que la acumulación de criterios o la simple indecisión sobre la equivalencia cuantitativa entre el lucro y el daño, introduce un margen notable de arbitrio judicial que en las instancias superiores será difícilmente controlable.

En realidad, la solución legal es técnicamente atormentada, pues no se ve qué pueda tener en común el lucro cesante por sí mismo considerado y el beneficio reportado por la lesión. Las referidas normas no han querido abandonar al terreno indemnizatorio, y, sin embargo, establecen un punto entre él y el Derecho del enriquecimiento a través de una «consideración abstracta» del lucro cesante. En lugar, por tanto, de un daño «diferencialmente» calculado, se mide «realmente» por la misma contextura del bien lesionado, suprimiéndose la relevancia subjetiva de una no real posibilidad de obtención del provecho por parte de la persona titular.

Téngase en cuenta, igualmente, que el modelo aquí descrito no ha dejado de tener su función indemnizatoria, dada la imposibilidad de obtener una *restitución de provechos* cuando el titular de

(529) Cfr. el lúcido examen de IGARTUA, en «Rev. Poder Jud.», núm. 5 (1987), 89 y ss., sobre la casación del *quantum* indemnizatorio.

la patente no la explotaba; atendiendo, por tanto, a las circunstancias subjetivas diferenciales del sujeto, no a la mera cuantificación objetiva de la *Eingriff*. Es *función de daño* por una segunda razón, a saber, que ni tan siquiera la restitución específica del objeto fabricado por intermedio de la lesión se consigue por acción real, sino por acción de daños, como la «restitución» de que habla el artículo 102 del Código penal. Por ello la imputación a la cuenta de indemnización no es una auténtica *compensatio lucri cum damno*, sino una auténtica minoración del daño. Y téngase en cuenta, en fin, que si el valor de los objetos producidos excede de la indemnización, el titular compensaría a la otra parte por el exceso, de manera que ni tan siquiera en función del daño la restitución alcanzaría a todos los provechos reales.

En la L.Pat. se han utilizado los dos criterios tradicionales de determinación del enriquecimiento en la *Eingriffskondition*: el lucro de intervención y el valor objetivo de la ventaja calculado por el precio de la licencia. Que la elección quede a favor del lesionado puede no ser del todo justo si no se hacen distinciones entre la lesión intencional y la negligente. Y adviértase que ni tan siquiera en los ordenamientos de los que proviene este particular sistema indemnizatorio cargan con este rigor, sino al *conscious* injerido en la patente ajena.

Por último, en la Ley de Protección Civil del Derecho al Honor, la mera intromisión no es de por sí fundamento de la obligar de restituir. El perjuicio se presume, dice el artículo 9-3.º, pero cabe prueba en contrario, y también en el daño moral. Todavía le quedaría al infractor este último recurso de la restitución en función del daño, consistente en la prueba de que la objetiva injerencia no produjo daño efectivo.

Las acciones de defensa de derechos inmateriales aquí reseñadas no excluyen la aplicabilidad de otros recursos que pudieran tener lugar de acuerdo al Derecho común. Concretamente la restitución de frutos. El Tribunal Supremo ha declarado en S. 4-4-1936, que los beneficios de explotación ilícita de los derechos de autor son frutos restituibles a tenor del art. 455 C.C. dado que constituyen el rendimiento ordinario de los mismos sin menoscavar la sustancia del derecho. La especialidad del supuesto, que lo diferencia radicalmente de los derechos sobre bienes materiales, y la circunstancia de que en un futuro próximo he de ocuparme especializadamente de esta materia, justifican que en el presente no profundicemos sobre esta declaración jurisprudencial. En todo caso, baste reseñar dos datos. El primero, que, de acuerdo con lo dicho en diversos lugares de este trabajo, la ganancia que el explotador indebido de la propiedad intelectual obtenga por la disposición (ineficaz) de este derecho a un tercero, no son emolumentos obtenidos por la explotación del derecho de autor, sino lucro de negociación del infractor. En segundo lugar, en el ámbi-

to de los derechos inmateriales es mucho más difícil distinguir entre explotación indebida de un derecho inmaterial (con la consecuencia de restitución de frutos) y la incorporación indebida, en cuanto uso instrumental, del derecho inmaterial a una explotación propia, en la que concurren diversos factores para la obtención del lucro empresarial.

NOTA

El trabajo del profesor Díez-Picazo *La doctrina de enriquecimiento sin causa*, que en la nota 372 se cita como inédito —como efectivamente ocurría al tiempo de redacción de nuestro trabajo— fue leído como discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y publicado en este mismo año 1987.

Algunas consideraciones sobre los artículos 1.838 y 1.839 del Código civil

MARIA JOSE REYES LOPEZ

SUMARIO: I. *Aproximación al estudio de la subrogación y del regreso en la fianza simple.*—II. *Estudio del pago del tercero.*—III. *Análisis del artículo 1.159 del Código civil.*—IV. *Referencia al artículo 1.210-3.º del Código civil.*—1. Antecedentes legislativos.—2. Definición de la subrogación.—3. Objeto de la subrogación.—V. *Notas sobre el artículo 1.839 del Código civil.*—1. Contenido.—2. Momento de producirse.—VI. *Notas sobre el artículo 1.838 del Código civil.*—1. Génesis del regreso.—2. Antecedentes legislativos.—3. Contenido de la acción de regreso en la fianza simple.—VIII. *Estudio de la dualidad de acciones.*—1. Carácter automático de la acción de subrogación.—2. Estudio comparado de ambas acciones.—VIII. *Estudio de la dualidad de acciones. Propuesta de una tendencia unitaria.*

I. APROXIMACION AL ESTUDIO DE LA SUBROGACION Y DEL REGRESO EN LA FIANZA SIMPLE

El Código civil francés, recogiendo la tradición jurídica, reguló la acción de regreso, resultante del devenir histórico de la «actio mandati» y de la «actio negotiorum gestorum» (1), según mediara conocimiento del deudor en el pago del tercero y la acción de subrogación, proveniente del «beneficium cedendarum actionum».

Estas acciones no supusieron una innovación en la normativa general que regula el pago efectuado por tercera persona, al igual que la terminología y el tratamiento jurídico que conferido a las acciones del fiador se apoyan en la sistemática empleada con carácter general en los artículos 1.158, 1.159 y 1.210 de nuestro Código Civil.

(1) Sobre la gestión de negocios ajenos en la actualidad puede consultarse: PASQUAU LIANO, M.: *La gestión de negocios ajenos*, Madrid, 1986. CASANOVAS MUSONS, A.: *La relación obligatoria de fianza*, Barcelona, 1984, pp. 118 y ss. PACCHIONI, G.: *Della gestione per mandato d'altri*, «Riv. Dir. Comm.», vol. XVIII (1920) parte primera, pp. 234 y ss.

Los tratadistas, en las escasas monografías escritas sobre la materia (2), al tratar los medios de reembolso del fiador utilizan en sus alusiones referencias constantes a los conceptos generales de conocimiento, ignorancia, interés... sin tomar como premisa que el marco institucional desde el que se contemplan atribuye distinto alcance a dichas acciones, puesto que el sujeto es, a todos los efectos, un garante de la obligación principal (3). Una primera aproximación al tema sería interpretar, por tanto, que los conceptos utilizados en los artículos 1.838 y 1.839 deben entenderse desde las claves de la reglamentación prevista para regular los efectos que produce el pago del tercero. Ello conlleva la afirmación de que el estudio de dichas acciones no puede radicalmente desvincularse de los presupuestos previstos en los artículos 1.158, 1.159, 1.209, 1.210, 1.211, 1.212 y 1.213, siquiera sea para establecer el alcance en que los efectos generales vinculan a las acciones del fiador, porque, reiteramos que, en principio, hay que partir de que el estudio de estas acciones no ha sido más que el resultado sistemático de las confrontaciones con los artículos citados.

El artículo 1.838 del Código civil sienta el principio de que al fiador le corresponde por el pago el derecho a ser indemnizado por el deudor de la cantidad desembolsada, concediendo este derecho, aun cuando «la fianza se haya dado ignorándolo el deudor». El artículo siguiente concede simultáneamente a todo fiador el derecho a subrogarse, también por el pago, en la posición del acreedor.

Los efectos que se desencadenan después de que este garante pague podrían, a priori, considerarse los que con carácter general se atribuyen a cualquier sujeto que no hubiera asumido directamente

(2) GUILARTE: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, arts. 1.822 a 1.886, Jaén, 1980, p. 1. CASANOVAS MUSSONS, A.: *op. cit.*, p. 1. BLANCO CAMPAÑA: *Aval cambiario y aval como contrato de garantía*, en «R.D.B.B.», 1982, pp. 679 y ss. Sobre la naturaleza del aval, en el mismo sentido, DELGADO ECHEVERRÍA: *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1983*, en «C.C.J.C.», 1985, p. 2725, n. 222.

(3) Sobre el concepto de garantía, en especial las personales, vide Bo, N.D.I., voz «garanzie», p. 192. FRAGALI, M.: *Enciclopedia del Diritto*, voz «garanzie», pp. 446-466. MESSINEO: *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, t. III, Milán, 1959, p. 60. RAVAZZONI: *La fideiussione*, Milán, 1957, pp. 133 y ss. BETTI, E.: *Teorie generale delle obbligazioni*, t. I, Milán, 1953, n. 49, 129 y 162. DíEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, t. I, 2.^a reimp., Madrid, 1979, p. 572. AMORÓS GUARDIOLA, M.: *La garantía patrimonial y sus formas*, «R.G.L.J.», mayo 1972, p. 1. HERNÁNDEZ GIL, A.: *Derecho de Obligaciones*, Madrid, 1960, 2.^a ed., pp. 23 y ss.; 84 y ss. ROCA SASTRE, R. M.: *Estudios de Derecho Privado*, t. I, Madrid, 1948. GORLA, *Le garanzie reali dell'obbligazione*, Milán, 1935. ROCA SASTRE, R. M.^a, *Derecho Hipotecario*, t. IV, Barcelona, 1948, pp. 15 y ss. Sobre los conceptos de deuda y responsabilidad vide HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, pp. 77 a 88. DíEZ-PICAZO, *op. cit.*, pp. 368 a 377. BELTRÁN DE HEREDIA, J.: *El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1956, pp. 31-35. MONTEL voz «garanzia» (Diritti Reali) en N.D.I. pp. 742. RORONDI. S. «Garanzia» en Scioloja. *Dizionario del Diritto Privatto* pp. 236.

la obligación principal, pero que, al mismo tiempo, tuviera interés en el cumplimiento de la misma. Sin embargo, la situación jurídica que configura el pago del fiador no se corresponde en su integridad a los supuestos generales enunciados en los artículos 1.158 y 1.159 por las razones que someramente se precisan a continuación como cuestiones previas para delimitar el alcance de dichas acciones.

El enriquecimiento en que incurre el deudor requiere dotar de suficiente protección legal al fiador a efectos de paliar dicha situación, que se concreta en una acción de reembolso, de indemnización o de regreso como califica Díez-Picazo dicha acción (4). Por ello, los artículos 1.838 y 1.839 confieren los remedios jurídicos al fiador para que no pueda alegar un estado de desasistencia jurídica después de haber ejecutado el pago.

Si bien el legislador, en todos los proyectos que precedieron al Código civil, estableció el carácter autónomo e independiente de cada una de estas dos acciones, cabe pensar, por las razones que iremos aduciendo a lo largo de esta exposición, que el estudio aislado de cada uno de estos dos preceptos resultaría, en relación con la propia estructura de la fianza, un estudio parciario de los remedios subsistentes para el fiador tras proceder al pago.

Esta toma de postura resulta justificada fundamentalmente después de analizar el contenido y mecanismo de ambas.

No hay una delimitación precisa de los ámbitos o esferas de actuaciones que corresponda a cada una de ellas.

Es más, llevando el planteamiento a límites extremos, podría decirse que hay ocasiones en las que ciertamente puede afirmarse que el contenido amparado en una acción queda englobado en la otra, si bien tampoco se puede prescindir de otros factores, como son los créditos y garantías anexas al crédito principal que corroboran el reforzamiento de la relación originaria.

El contenido de la acción de subrogación se ciñe exclusivamente al montante de la cantidad que se le adeudaba al acreedor cuya causa proviene de la relación previa establecida entre acreedor y deudor o en el montante establecido como límite para fijar el cumplimiento de la obligación garantizada con la fianza.

Cabe afirmar que, efectivamente, el contenido es más sucinto que el atribuido a la acción de reembolso; sin embargo, esta acción no es nada despreciable, pues cuenta, a su vez, con unas garantías suplementarias para contribuir a la ejecución del cumplimiento, siempre con el condicionante de que el acreedor disponga de ellas.

(4) Díez-PICAZO: *Fundamentos*, *op. cit.*, p. 598.

Incluso parece desprenderse de la propia configuración de la fianza que prescinde en su regulación de la posición del deudor, en relación a su situación cognoscitiva o volitiva respecto al pago, simultáneamente a que en el artículo 1.838 se haga referencia a que «la acción de indemnización procederá, en todo caso..., aunque la fianza se haya dado ignorándolo el deudor», inciso que retoma la polémica que desde antaño se suscitara en el ámbito de los artículos 1.158 y 1.159.

Estos prolegómenos no hacen sino conducirnos directamente a la cuestión fundamental. ¿Cuáles son las vías que permiten hacer efectivo el crédito satisfecho?

Una primera aproximación permitiría establecer directamente que no hay caminos diferentes para exigir la reclamación de lo pagado, bien ser por la vía de la subrogación o del regreso, puesto que, en última instancia, la ratio última es la misma: Recuperar lo pagado para cumplir la obligación asumida previamente por otro.

Aparentemente, sin embargo, el Código civil confiere una doble vía de reclamación para la ejecución del crédito. Por ello mismo, en aras de la agilización del tráfico jurídico, cabe plantearse si el ejercicio de una acción conjunta es permisible y, en último extremo, si el ejercicio de una acción excluye que se pueda volver a reclamar lo no cobrado mediante la interposición de la otra acción, si resultara un remanente que la reclamación de una de las acciones no hubiera satisfecho.

Siguiendo los criterios hermenéuticos de nuestro Código civil, uno de los epígrafes atenderá al estudio de los antecedentes históricos y de los factores sociales que indujeron al legislador a la redacción de los artículos 1.838 y 1.839.

El estudio de los antecedentes históricos no es tarea sencilla.

El origen de los preceptos implica remontarse al supuesto genérico que regula el pago con subrogación propio del artículo 1.210, párrafo tercero, además, en lo que respecta al artículo 1.838, también habría que analizar, aunque fuera de soslayo, los artículos 1.158 y 1.159 del Código civil, sin evitar que la conclusión a la que se tenga que llegar sea la exclusión de este último respecto a la fianza, limitando su aplicación únicamente a los supuestos que posteriormente señalaremos.

Por las razones aludidas: porque el legislador hace menciones y remisiones expresas al párrafo tercero del artículo 1.210 y porque el artículo 1.839 parte de un concepto jurídico: «subrogación», que se utiliza también en otras figuras jurídicas (5), quizá con connotaciones

(5) Vide sobre este punto, DUQUE, J. F.: *Subrogación en el seguro de automóviles a todo riesgo y derecho de repetición del asegurador frente al asegurado* (S.T.S. 14-12-1966), en «Revista de la Circulación», 1967, pp. 409 y ss.

diferentes por la falta de una configuración precisa de la misma, es por lo que nos vemos en la necesidad de exponer no sólo los antecedentes directos de los preceptos, sino hacer unas someras referencias a su concepción histórica y a la de la acción de repetición, reembolso, enriquecimiento o regreso, según la calificación preferida por los estudiosos de esta materia.

Tres son los datos que van a condicionar nuestra exposición.

En primer lugar, la constatación de que el beneficio de subrogación nace y se desarrolla de manera paralela a la acción de negocios ajenos o de mandato, pero que, debido a razones de inercia jurídica, no se llegó a plantear la posibilidad de fusionar ambas acciones.

El segundo condicionamiento surge por el propio desgajamiento que supone el fenómeno subrogatorio del mecanismo del pago en general. Su aplicación en el ámbito jurídico de la fianza obliga a cuestionar si se trata de instituciones idénticas o si la existencia de alguna peculiaridad contribuye a diferenciarlo del régimen general previsto en el artículo 1.210, como pudiera concluirse del carácter sancionador que se infiere del artículo 1.852 (6).

Por último, todo el estudio, tanto en lo afectante a los medios de protección al fiador que pagó como al régimen específico de la subrogación en el pago, hay que vincularlo a los supuestos genéricos de pago previstos en los artículos 1.158 y 1.159.

Si bien no pretendemos hacer un estudio exhaustivo del tratamiento que el ordenamiento jurídico dedica al pago de un tercero, precisamos abordar únicamente aquellas cuestiones que inciden en el estudio de los artículos 1.838 y 1.839, por razones de sistemática previa.

(6) DUQUE, J.: *Subrogación en el seguro de automóviles...*, cit., teniendo en cuenta que las observaciones que formula dicho autor están planteadas con bastante antelación a la promulgación de la L.C.S. de 1980.

Delgado Echeverría, al hilo del comentario que hace Galán Corona en relación al fallo de la Sentencia de 11-6-1.944 («C.C.J.C.», septiembre-diciembre 84, n.º 6, pp. 1827 y ss.), que plantea si puede el fiador, después de haber pagado al acreedor, subrogarse en los derechos cambiarios de este último al margen de la Ley típica de la transmisión mediante el endoso.

Se muestra Galán Corona contrario al fallo de dicha sentencia porque entiende que al margen de las formas de transmisión típicas del Derecho cambiario, se debería aceptar, en base a los arts. 1.212 y 1.839 del Código civil, que el fiador pudiera subrogarse en los derechos derivados de la letra de cambio y mediante procedimientos extra-cambiaros. En esta línea argumental Delgado Echeverría, comentando la Sentencia de 17 de junio de 1985 («C.C.J.C.» abril-agosto 85, n.º 222, pp. 2725 y ss.), cuestiona si el fallo de la sentencia, objeto de nuestra atención, podría interpretarse como causa de extinción de la fianza, puesto que imposibilita al fiador poder subrogarse en todos los derechos del acreedor.

II. ESTUDIO DEL PAGO DEL TERCERO

Los supuestos enunciados en los artículos 1.158 y 1.159 conllevan el análisis del pago efectuado por un tercero.

Nuestro estudio se centra en las modalidades y efectos que ocasiona el pago del tercero siempre que medie interés en el cumplimiento de la obligación.

El tercero puede pagar, presuponiéndole interés en la obligación, desde una de estas tres posiciones respecto al deudor: conocimiento, aprobación o ignorancia.

Estas situaciones provocan efectos diversos. El conocimiento, la aprobación o la ignorancia legitiman al tercero para que pueda proceder, en vía de regreso, a reclamar lo que desembolsó por el deudor.

Si hay desaprobación expresa, el tercero únicamente podrá repetir la reclamación por la cuantía en que el deudor se benefició.

Lo cierto es que, desde una modalidad u otra, el artículo 1.158 presenta, con carácter genérico, el principio de que un ajeno a la obligación puede intervenir en el cumplimiento de la misma. No siempre fue así. Analizando los antecedentes históricos se constata que el Anteproyecto de 1851 únicamente distinguía cuatro supuestos de pago en su artículo 1.099 (7). El Anteproyecto de 1882-1888 opera el cambio, estableciendo que cualquier persona puede pagar. Principio que, por fin, quedó definitivamente consagrado con la promulgación del Código civil (8).

Sin necesidad de profundizar excesivamente en la fundamentación del Derecho de reembolso, puede afirmarse que, aún en la actualidad, esta acción se encuentra fuertemente impregnada de la tradición romanista que justificaba la atribución de dicha acción en razones equitativas, cuyo único fin era evitar que se produjera un enriquecimiento

(7) El art. 1.099 del Anteproyecto de 1851 permitía que el pago lo realizara un tercero en las siguientes condiciones: 1.^a Una persona con interés en el cumplimiento de la obligación. 2.^a Una persona, no interesada, con el consentimiento del deudor. 3.^a Una persona, no interesada, ignorándolo el deudor. 4.^a Una persona, no interesada, contra la voluntad del deudor. Las consecuencias derivadas del pago se preveían en el mismo artículo para los dos últimos supuestos: En el primero, el pagador podría repetir contra el deudor lo que hubiere pagado. En el segundo, no se le atribuía ningún derecho para que pudiera repetir contra el deudor. En los dos primeros supuestos se hacía una remisión al art. 1.117, antecedente del art. 1.210, en el que se establecían los supuestos en que la subrogación debía operar por imperativo legal.

(8) Anteriormente el régimen previsto era distinto. El art. 1.175 (precedente del art. 1.158 actual) establecía un criterio diferenciador según se pagare con el beneplácito o disconformidad del deudor, siendo que en el primer caso únicamente se podría repetir frente al deudor en lo que el pago le hubiere resultado útil; por el contrario, en el segundo supuesto, únicamente se podrá reclamar la devolución de lo pagado.

injusto por parte del deudor, considerando que el tercero cuando pagaba estaba ejecutando una relación de mandato o de gestión de negocios ajenos (9).

De ahí deriva la importancia de establecer que el tercero siempre deberá pagar en su propio nombre, no concediéndole la acción de reembolso si actúa en nombre del deudor, ni tampoco si el pago se hizo «animus donandi», único supuesto en el que puede considerarse que no existe un interés directo en el cumplimiento de la obligación aunque sí indirecto, pues lo que se pretende es desvincular a la persona que se encontraba comprometida en la obligación (10).

El criterio puede expresarse en líneas generales de la manera siguiente: Se atribuye como principio general una acción de reconocimiento de lo desembolsado, a fin de evitar que se produzca un enriquecimiento injusto por parte del deudor (11), y como consecuencia de que pueda realizar el pago cualquier sujeto extraño a la relación obligatoria (12), se atribuye con carácter general una acción de reembolso o de repetición, según las circunstancias que mediaren de conocimiento, aprobación, ignorancia o desaprobación, puesto que el pago siempre debe estimarse útil al deudor para poder aplicar el artículo 1.158 (13), al mismo tiempo que debe cumplimentar un interés ajeno al que estipuló la relación obligatoria (14).

El pago del tercero efectuado en la ignorancia del deudor encuentra un tratamiento de menor protección en el ordenamiento jurídico. Así, pues, se impone al tercero la restricción de no poder compeler al acreedor a que le subrogue en sus derechos.

Si entendiéramos que el fiador se ve sometido a las disposiciones generales sobre el pago del tercero, habría que añadir el último inciso del artículo 1.838, lo que induciría a la conclusión de que el pago realizado por el fiador, en la ignorancia de éste, legitima al fiador a exigir la correspondiente acción de indemnización. Dejando de momento el juego de las excepciones de los artículos 1.841, 1.842 y 1.843, las posibilidades del fiador de constreñir al acreedor para que le subrogue en sus derechos quedarían mermadas.

El paralelismo que ficticiamente pudiera establecerse entre los artículos 1.158 y 1.159, «a sensu contrario», por las razones que se

(9) S. del T.S. de 16-12-1985.

(10) Las sentencias de 3-7-1906 y 17-6-1941 rechazan las reclamaciones ejercitadas por los demandantes, entendiendo que la deuda que afrontaron era propia y no, como intentaban demostrar, deuda de un tercero o ajeno. En igual sentido, vide BRECCIA, U.: *La ripetizione dell'indebito*, Milán, 1974, pp. 488 y ss. CICALA, R.: *L'adempimento indiretto del debito altrui*, Nápoles, 1968, p. 289.

(11) Sentencias del Tribunal Supremo de 27-6-1925, 26-11-1926, 17-6-1941, 8-4-1948 y 2-10-1984.

(12) S. del T.S. de 9-3-1908, 21-10-1952 y 5-4-1913.

(13) S. del T.S. de 8-7-1952, 18-5-1946, 5-11-1983 y 29-5-1984.

(14) S. del T.S. de 26-11-1926 y también la ya citada de 9-3-1908.

pasan a exponer a continuación y los artículos 1.838 y 1.839, no permite llevarlo hasta sus últimas consecuencias, pero sirve para establecer algunos criterios ambivalentes.

Estos preceptos reconocen el derecho a exigir las acciones de subrogación y de reembolso, como consecuencia de haber pagado, pues como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de diciembre de 1945, «... puede también deducirse con carácter general que el que paga, en nombre o por cuenta de otro, le corresponden las acciones de los artículos 1.158 y 1.159».

La cuestión deviene más conflictiva, o al menos más polémica, cuando se trata de precisar los supuestos en que no se legitima el ejercicio de la subrogación o, dicho de otra manera, el alcance y sentido exacto del artículo 1.159.

El estudio de este precepto resulta conveniente a fin de precisar, en primer lugar, los criterios delimitativos en que opera la subrogación en el pago en general, y más concretamente en la fianza.

III. ESTUDIO DEL ARTICULO 1.159 DEL CODIGO CIVIL

Se parte del supuesto de que dicho artículo es aplicable únicamente al caso de que pague un tercero, en nombre del deudor, ignorándolo éste.

Se reafirma así que la subrogación es un beneficio para facilitar el reembolso a un sujeto ajeno a la estipulación de la obligación principal, pero interesado en el cumplimiento de la misma, cuya finalidad queda ajena al beneficio del deudor (15). Al mismo tiempo, se observa que la ignorancia del deudor restringe las facultades que, con carácter general, se confieren al tercero interesado en la obligación para poder exigir del acreedor la subrogación en sus derechos. Esta conclusión se desprende de una mera interpretación

(15) El art. 1.159 para que pueda ser aplicable requiere la aprobación del deudor en concordancia con lo preceptuado en el párrafo 2.º del art. 1.210 (S. 24-1-1967). Criterio iniciado por la Sentencia de 1 de julio de 1904: «Si bien el pago de una deuda es un acto tan independiente del deudor que puede ser firme y valedero hecho por una tercera persona que no tenga interés en el cumplimiento de la obligación, y aun cuando aquélla lo ignore, si en este caso puede el que paga en su nombre compele al acreedor a subrogarle en sus derechos, ni esta subrogación se presume sino cuando el pago se realiza con aprobación expresa o tácita del deudor, a tenor de lo dispuesto en los arts. 1.159 y 1.210-2.º».

El Tribunal Supremo ha venido contraponiendo la ignorancia del deudor a la aprobación expresa e incluso en algunos casos tácita. Así, es reiterado el criterio de que el pago hecho con conocimiento del deudor faculta a la subrogación y lo vincula al art. 1.210-2.º.

En este sentido, la Sentencia de 4-4-1952 considera también que los arts. 1.158 y 1.159 asisten al tercero que ha efectuado el pago sin mandato ni conocimiento del deudor, circunstancia que excluye que el actor se presuma subrogado en aplicación de los arts. 1.209 y 1.210.

sistemática de los artículos 1.158 y 1.159. En efecto, el primer artículo que menciona la subrogación del tercero en los derechos del acreedor es precisamente el artículo 1.159 y «extrañamente» lo hace en sentido negativo, forma que resulta impropia, pues cabría pensar que el comportamiento lógico es presentar una premisa positiva para rebatirla posteriormente o argumentar en contrario; esto es, debería establecer los presupuestos para conceder la subrogación, a fin de poder concretar a quién corresponde la subrogación y en qué casos.

Tampoco es posible vincularlo en su redacción al artículo precedente, puesto que éste contempla únicamente las modalidades en que puede intervenir un sujeto extraño a la obligación principal.

Una única consecuencia podría deducirse de su último párrafo: Si el tratamiento jurídico que se concede a la ignorancia es similar al que se reserva al efectuado en contra de la voluntad del deudor, al tercero únicamente le corresponderá el ejercicio de una acción de repetición en la cuantía que hubiese resultado útil al deudor; con lo cual el artículo 1.159 sería una mera repetición del antecedente.

El Tribunal Supremo, en este supuesto, contrapone la ignorancia a la aprobación expresa o incluso, en algunos casos, tácita. De esta manera es reiterado el criterio de que el pago hecho con conocimiento del deudor faculta a la subrogación y lo vincula al artículo 1.210-2.º (16).

Esta postura es la mantenida por algunos autores como Hernández Gil (17) o Beltrán de Heredia (18).

En el primer sentido aludido, la Sentencia de 22 de enero de 1980, siguiendo este criterio, estima que la concesión de la subrogación requiere que el pago no se hiciere contra la expresa voluntad del deudor. Ratificando dicho fallo, la Sentencia de 28 de mayo de 1973 (R. 2364) sostiene la posición de que cuando no se pueda acudir al recurso específico de la subrogación queda, en todo caso, la acción derivada del artículo 1.158.

La aceptación de esta tesis conduce a la introducción de un supuesto más de los previstos en el artículo 1.210-2.º, ya que amplía la subrogación a todo pago efectuado por un tercero, siempre que

(16) BERCOVITZ, R.: *Comentario a la Sentencia de 29-5-1984*, en el «C.C.J.C.» abril-agosto 1984, n.º 5, pp. 1.719 y ss. *Comentario al Código civil y Compilaciones Forales*, t. XVI, vol. I, Edersa, 1980, en especial pp. 21 y ss.

(17) Hernández Gil, A.: *Derecho de...*, op. cit. p. 294, supedita el art. 1.159 a la presunción de subrogación establecida en el art. 1.210-3.º. APBOLADEJO.M. «*Derecho civil.*» *Derecho de Obligaciones*. 5.ª ed. Madrid 1980, p. 139.

(18) BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1954, p. 139, considera el cumplimiento de un tercero con ignorancia del deudor supuesto de imposibilidad para exigir la subrogación, equiparado en derechos a los de un simple gestor de negocios ajenos.

cuenta con el conocimiento del deudor. Criterio que, en sentido negativo, corroboró la Sentencia de 19 de abril de 1934 (R. 757) al aclarar que el pago sin conocimiento del deudor sólo da derecho al reembolso y no a la subrogación.

Esta postura quizá confirma la tesis mantenida por Lalaguna (19) de que el pago realizado con desaprobación del deudor se asimila al efectuado en la ignorancia de este último, lo que también se contrapone a que al pago, contando con la aprobación expresa del deudor, le corresponde el beneficio de subrogación.

En este mismo sentido, la Sentencia de 5 de noviembre de 1983, aplicando el criterio ya considerado por la de 31 de diciembre de 1931, estimó que la comprensión del artículo 1.159 debe hacerse desde la interpretación «a sensu contrario» de lo establecido por el precepto. Esta afirmación es equivalente a estimar que cuando el pago se produce en las circunstancias de ignorancia del deudor no ha lugar al derecho de subrogación legal. Al que pagó únicamente le queda el recurso a reclamar el reembolso del artículo 1.158.

La Sentencia del Alto Tribunal de 19 de abril de 1944 (R. 683) también corrobora el alcance estimado como general por la práctica jurisprudencial. Ratifica el criterio de que basándose en dicho precepto sólo se podrá compeler al acreedor a la subrogación convencional.

Esta es la opinión compartida por la práctica totalidad de la doctrina, aunque no solamente la argumentación «a sensu contrario» del artículo 1.159 reconduce su ámbito de actuación a la esfera donde proyecta sus efectos el artículo 1.210-2.º, incluso otras vías, como la interpretación sistemática, basada en los antecedentes históricos, arriban a la misma conclusión.

Los antecedentes históricos quizás aporten un poco de luz en la interpretación del precepto.

El Anteproyecto de 1851, en su artículo 1.099, distinguía cuatro supuesto de pago en los que un tercero, ajeno a la relación, podía intervenir, estableciendo criterios diferenciadores en función del interés y de actuar en nombre, por cuenta del deudor o en su propio nombre.

A los dos primeros supuestos: Pagar con interés en el cumplimiento de la obligación y el pago de persona no interesada, obrando con el consentimiento del deudor, les correspondía la subrogación legal.

El tercer y cuarto supuesto, referido al pago de persona no interesada, diferenciaba dos situaciones: Pagar mediando la ignorancia del deudor o la desaprobación.

(19) LALAGUNA, E.: *Sujetos del pago*, «Boletín de Información del Ministerio de Justicia», 5-8-1985, Madrid, n.º 1391, p. 11.

Esta última conllevaba la sanción de privar de acciones de reclamación. La ignorancia, por el contrario, limitaba la legitimación a ejercitar la correspondiente acción de repetición.

Este artículo se modificó en el Anteproyecto de 1882-1888, permitiendo que cualquier persona pudiera pagar como principio general. A continuación se atribuyen consecuencias diversas según el grado de intervención de la voluntad del deudor. Por consiguiente, en el párrafo primero se toma en consideración la estructura que había mantenido el artículo 1.099 del Anteproyecto de 1851, aunque los efectos se otorgan según medie la voluntad del deudor, reconociendo, en todo caso, el derecho a ser indemnizado de la cantidad desembolsada.

A continuación, habría resultado sistemáticamente lógico que el legislador hubiera reconocido el derecho de subrogación a las personas que el artículo 1.099, en sus párrafos primero y segundo, les infería, remitiéndose, a su vez, al artículo 1.117, antecedente del actual artículo 1.210, o, en último extremo, omitir la referencia a la subrogación. Sin embargo, por primera vez aparece el artículo 1.176, antecedente del actual artículo 1.159, en el Anteproyecto de 1882-1888, al mismo tiempo que también se opera el cambio en la regulación de la subrogación respecto al Anteproyecto de 1851 (20).

Las modificaciones operadas entre el Anteproyecto de 1851 y el de 1882-1888, como plantea Bercovitz (21), se puede explicar desde dos tomas de posición.

Esta variación sustancial en los preceptos enumerados puede entenderse como modificaciones materiales o meramente formales.

En el primer sentido, si el cambio de redacción fue de carácter material, inherente al pago iría el reconocimiento al derecho de reembolso, mientras que la subrogación únicamente podría operar tras preceder un pacto expreso (subrogación convencional) o por un mandato expreso de la Ley (subrogación legal).

Por el contrario, si la modificación fue puramente formal, se entiende que el supuesto que el artículo 1.159 expresa es la interpretación «a contrario sensu» del artículo 1.210-2.º.

(20) En la interpretación del art. 1.159 conviene tener en consideración el art. 1.176 del Anteproyecto de 1882-1888: «El acreedor a quien un tercero pague un nombre del deudor, no podrá ser compelido a subrogarle en sus derechos». PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Anteproyecto de Código civil español (1882-1888)*, «Centenario de la Ley del Notariado», sección IV, v. I, Madrid, 1965, p. 369. LASSO GAITE, G. F.: *Crónica de la Codificación española*, v. I, Madrid, 1970, pp. 555 y ss. HERNÁNDEZ GIL: *op. cit.*, pp. 292 y 293, no encuentra antecedentes en el Anteproyecto de 1851. HERNÁNDEZ MORENO, AL.: *El pago del tercero*, Barcelona, 1983, pp. 241-242.

(21) BERCOVITZ: *Comentarios...*, *op. cit.*, pp. 21 y ss.

Hernández Moreno desarrolla más esta idea proponiendo una interpretación alternativa.

Entiende este autor (22) que el legislador omitió toda referencia al pago hecho «en nombre propio», apartándose de los precedentes de nuestro Derecho (23), a semejanza del artículo 1.236 del Código civil francés de 1804 (24).

Tampoco se puede descartar la posibilidad de que García Goyena (25) suprimiera de la redacción del artículo 1.099 del Proyecto de 1851 la expresión «en nombre». Dicha expresión reapareció en el Anteproyecto y posteriormente en el Código civil de 1889. No se altera dicha expresión adicionando la frase «ignorancia del deudor». Además, que en el Anteproyecto de 1882-1888, el artículo 1.176 no contenía la apostilla «ignorándolo...».

La conclusión de este autor confirma también que la interpretación tiene que venir dada por los indicios que aportan los antecedentes históricos. Así pues, llega Hernández Moreno a la conclusión de que existe una identidad entre el artículo 1.227-2.º del Anteproyecto de 1882-1888 y el actual párrafo del artículo 1.210, porque estima que el legislador fusionó los términos de ambos presupuestos y piensa que hay que interpretar el precepto según el sentido inverso al tenor literal (26): «El acreedor a quien un tercero pague en nombre propio podrá ser compelido a subrogarle en sus derechos.» Interpretación que resulta de la vinculación establecida con el artículo 1.227 del Anteproyecto de 1882-1888, en el que se «presume» la subrogación del tercero no interesado en la obligación cuando pague «con la aprobación expresa o tácita del deudor». Aspectos que inducen al autor re-

(22) HERNÁNDEZ MORENO, AL.: *op. cit.*, p. 52.

(23) Vide al respecto L. 32 del Título XII de la Partida V, bajo el epígrafe: «De la paga, que rescibe o faze alguno en nome de otro», en *Las siete Partidas del Sabio Rey D. Alonso el IX*, con las variantes de más interés y con la glosa del Lic. Gregorio López, vertida al castellano y extensamente adicionada con nuevas notas y comentarios..., por Ignacio Sanpontos y Barba, D. Ramón Martí de Eixada y D. José Ferrer de Subirana, Barcelona, 1843. Vide también *Las Siete Partidas del Sabio Rey D. Alonso el Nono*, nuevamente glosadas por el Licenciado Gregorio López, Portonaris A., de Madrid, 1974.

(24) Art. 1.236 del Código civil francés: «Une obligation peut-être acquitée par toute personne qui y est intéressée, telle qu'un coobligé ou une caution.

L'obligation peut même être acquitée par un tiers qui n'y est point intéressé, pour un que ce tiers agisse au nom et en l'acquit du débiteur et que ce ne soit pas en son nom propre, en se faisant subroger aux droits du créancier». FENET, A.: *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIII, Osnabrück, 1968, p. 338, en especial p. 341.

(25) GARCÍA GOYENA, FL.: *Concordancia, motivos y comentarios del Código civil español*, reimpr. de la ed. de Madrid, 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza con una nota preliminar del Profesor Lacruz Berdejo y una tabla de concordancias con el Código civil vigente, Zaragoza, 1974, p. 589.

(26) HERNÁNDEZ MORENO: *op. cit.*, p. 237.

ferido a desprender de la comparación entre ambos la similitud con el artículo 1.210-2.º actual, que requiere la aprobación del que paga.

Todo ello induce a la proposición, por parte de este autor, de un texto alternativo en el que el precepto debería leerse en el sentido siguiente: «El que pague en nombre propio, no ignorándolo el deudor, podrá compeler al acreedor a subrogarle en sus derechos.»

Lo expuesto en estas páginas sirve para poner de relieve que el artículo 1.159 únicamente puede resultar significativo si se coordina con el artículo 1.210-2.º. No resultaría, en consecuencia, aplicable a aquellos supuestos en que pague un tercero, con interés en la obligación, supuesto que incluiría al fiador, porque, a nuestro entender, el sustrato de la norma está refiriéndose implícitamente a la necesidad de que el deudor tenga conocimiento del pago para que pueda pactar con el acreedor la subrogación. Sin embargo, enfocar la cuestión de dicha manera únicamente conduciría al ámbito de la subrogación convencional (27). Tema que desborda el presente trabajo, pero que dejamos apuntado someramente.

La cuestión que surge inmediatamente es plantear si el artículo 1.159 puede concurrir con la subrogación.

Los comentaristas del Código civil concuerdan en la idea de la inaplicabilidad de dicho artículo porque la subrogación operará de forma automática una vez efectuado el pago, aún con la ignorancia del deudor e incluso contra su aquiescencia, sin que pueda invocarse el recurso a la reglamentación de los artículos 1.158 y 1.159, pues aunque constituyen la regla general quedan delimitados por la normativa específica contenida en el párrafo tercero del artículo 1.210, al declarar la constitución automática de un derecho de subrogación en términos absolutos y también porque aquellos preceptos se referían principalmente al caso de que pagara un tercero no interesado; si bien, como también alega Bercovitz (28), no existe ninguna razón para restringir el ámbito de aplicación del artículo 1.159 a los únicos

(27) En dicho sentido se pronunciaron MANRESA, J. M.: *Comentarios al Código civil español*, t. VIII, Madrid, 1907, pp. 438 y 439. MUCIUS SCAEVOLA: *Código civil comentado y concordado...*, redactado por Marín Pérez, t. XIX, «De las obligaciones», arts. 1.088 a 1.213, 3.ª ed., Madrid, 1957, pp. 1099 a 1120. Ambos autores encuentran que los preceptos 1.158 y 1.159 quedaron modificados por la normativa específica contenida en el párrafo 3.º del art. 1.210 al declarar la constitución automática de un derecho de subrogación en términos absolutos y también porque aquellos preceptos se referían principalmente al caso de que pagare un tercero no interesado.

(28) Bercovitz apoya, en este sentido, *op. cit.*, p. 32, sus argumentaciones en el tenor del art. 1.118 del Anteproyecto de 1851 «... si un tercero paga ignorándolo el deudor, no puede compeler al acreedor a que le subrogue en su lugar o le ceda sus acciones. El acreedor, sin embargo, es libre de subrogarle...». Apunta también este autor que el art. 1.159 aparece, precisamente, con la supresión de dicho artículo.

supuestos de subrogación legal. Es posible que el artículo estuviera haciendo alusión inútilmente a que la subrogación convencional no puede pactarse si no es con la aprobación del deudor, pero también se podrá conferir si se llega a un acuerdo con el acreedor.

Al margen de entrar en el valor especial que adquiere la subrogación en la fianza, que dejamos para un capítulo posterior, las argumentaciones esgrimidas bastan para desechar la aplicación del artículo 1.159, porque su mandato va referido al artículo 1.210-2.º, o, suscribiendo la opinión de Bercovitz, tampoco vemos inconveniente en que el pacto aludido esté dando entrada a la subrogación convencional.

El propio tenor del artículo está poniendo de relieve que el deudor, ignorante del cumplimiento del otro, no ha podido pactar con el acreedor la cesión de sus derechos, y de ahí la prohibición de que este tercero interviniente pueda compeler al acreedor.

La interpretación de este artículo conduce a la conclusión, no menos importante, de que el artículo 1.159 se está refiriendo con carácter exclusivo a los supuestos en que pueda existir un convenio previo entre el acreedor y el deudor para subrogar al tercero (29). De ser así, quedaría justificada la pretensión «... no podrá compeler al acreedor».

IV. REFERENCIA AL ARTICULO 1.210-3.º

1. Consideración del fiador como tercero interviniente en la relación que paga con interés en el cumplimiento de la obligación

Excluido de nuestro estudio el artículo 1.159, resta por examinar si los artículos 1.210-3.º y 1.212 inciden en el ámbito de la relación de fianza.

Profundizar en la naturaleza jurídica de la subrogación no es la finalidad de este trabajo. Baste sólo decir que hasta la Codificación, la polémica que se suscitó fluctuó entre los autores que sostuvieron que era una venta ficticia y la de aquellos otros, posteriores a Pothier y más cercanos a la etapa codificadora, cuya principal preocupación fue desvincularla de la cesión de derechos, contempladas ambas teorías en el marco genérico de que el pago extingue la obligación. El principal problema que tuvieron los autores radicó en justificar la supervivencia de las relaciones jurídicas después de extinguida la obli-

(29) Esta posibilidad la acepta Bercovitz siempre que no aparezca alguno de los supuestos previstos en el art. 1.161, *op. cit.*, pp. 28 y ss. y 41. En dicho sentido, NICOLÓ, R.: *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milán, 1936, pp. 98 y ss., 136 y ss. PASCUAL ESTEVILL, L.: *El pago*, Barcelona, 1986, pp. 138 y ss.

gación principal. Por ello, la subrogación empezó a configurarse abriéndose paso entre la compraventa y la cesión de acciones, figuras ampliamente consolidadas.

El beneficio de la subrogación no operaba con carácter automático. Originariamente se tenía que solicitar la concesión del mismo al Juez por parte del interesado. Progresivamente este requisito devino innecesario, al mismo tiempo que las necesidades del tráfico jurídico hicieron que la solicitud del fiador fuera adquiriendo paulatinamente un carácter mecánico. Bastaba la mera petición de la subrogación para que el Juez la concediera automáticamente (30).

Siguiendo el criterio de aquella época se buscó en el Derecho Romano la acción que mejor pudiera acoplarse a las necesidades del momento, y aunque el sentido que le atribuyeron originariamente los juriconsultos romanos fue distinto al dado por los glosadores, se adoptó la «actio utilis» imprimiéndole una nueva orientación.

Así pues, aquella acción que, en principio, se consideró una extensión «utiliter» de la «actio negotiorum gestorum», resultó una «actio utilis» de cesión fingida (31).

Estas prácticas resultaron insuficientes para asegurar el traspaso «ope legis» de las acciones, empezándose a sentir la necesidad de una formulación precisa en una Ley.

Con estos antecedentes, Dumoulin aprovechó la confusión existente entre los bartolistas y la Jurisprudencia; entre el beneficio de cesión de acciones y la «successio in locum» para sostener que la subrogación consistía en una cesión «ipso iure» (32), apartándose, de esta manera, de la interpretación usual de la L. Modestino (D. 46, 76, 1), según la cual, las acciones se transmitían después del pago, por lo que «nihil actum est», puesto que la obligación se había extinguido automáticamente por el pago (33). Si, por el contrario, la transmisión se hacía ante «solutionem», el «solvens» podía recuperar dichas acciones porque el precio entregado tenía la finalidad de comprarlas (34).

Dumoulin rechazó aquella tesis afirmando que, aunque ciertamente al fiador le amparaba la acción de negocios ajenos, era inútil su

(30) Al respecto, vide RENUSSON: *Trattato della surroga*, 1.^a trad. italiana, Siena, 1846. Comentario al fallo de 26-5-1706 de la Sala IV del Tribunal de Apelación, pp. 259 y ss.

(31) MERLO, G. M.: *La surrogazione per pegamento*, Padova, 1933, p. 25.

(32) Sobre la confusión entre ambas instituciones, vide BRISSAUD, J.: *Manuel d'histoire du droit privé*, París, 1907, pp. 486-487.

(33) OURLIAC, P., y MALAFOSSE, J. DE: *Derecho Romano y francés histórico*, t. I «Derecho de Obligaciones», p. 532.

(34) Esta teoría, expuesta por Bartolo, la parafrasearon Cuiaccio y otros autores en el sentido siguiente: «solutione tollitur omnis obligatio», por ello, sólo se consideraba válida si se hubiera realizado anteriormente. CORSI: *La fideiussione considerata nei rapporti del Codice civile*, Catania, 1891, p. 37, n. 2.

eficacia si el deudor fuera insolvente, al mismo tiempo que manifestaba que, el que pagara de manera principal o accesoria, tenía derecho a reclamar la cesión de las acciones, puesto que hay que presumir, en principio, que cuando el que pague tenga posibilidad de disfrutar del «beneficium cedendarum actionum» es con la pretensión de que se le transfieran las acciones inherentes al crédito; es más, la subrogación debía competir «ipso iure», puesto que, tanto el deudor solidario como el fiador, hacían una reserva expresa de las acciones que correspondían al acreedor en el momento de pagar y sólo mediante una manifestación fehaciente en contrario se rompía dicha presunción.

Si bien únicamente reservaba la subrogación a los casos expresamente contenidos en la L. 1. f.f. 13 f.f. de tutela «et ration. distrahend.», el planteamiento de Dumoulin sufrió duros ataques, aunque marcó un hito, que recogieron los redactores del Código civil, y que tuvo el mérito de introducir en el campo dogmático, la teoría de que la subrogación legal es una cesión de derechos, que opera por imperativo legal.

En contra de la tesis de Dumoulin se esgrimieron las Leyes vigentes, la L. Papinianus f.f. «mandati vel contraria» y la L. 37 f.f. «De fidejussoribus et mandatoribus», en base a las cuales se fundamentaba que el pago del fiador y la consiguiente subrogación en el lugar del acreedor se producía porque había mediado una solicitud previa del fiador para que le cediera sus acciones.

Renusson (35) justifica este criterio en el respeto al arbitrio de la voluntad de las partes de fijar o no la cesión de las acciones yuxtapuestas al crédito, a lo que añade que no se puede conceder aquello que no se ha solicitado. En el mismo sentido se pronunció Domat (36), entre otros prestigiosos autores.

Pothier recogió las enseñanzas de Dumoulin. Si bien su opinión no prevaleció, la siguieron algunos autores e incluso se vio consagrada en algunas sentencias (37). También para este autor el deudor solidario, el fiador y todos aquellos que pagaban «con otros» o «por otros» quedaban subrogados de pleno derecho en las acciones del acreedor siempre que éstos hubieran pagado con la condición de subrogarse «nemo praesumitur iuri pro se introducto renunciasse».

El estudio de la subrogación también se amplía a otros derroteros. Mientras Renusson se decanta por la unidad de la subrogación, Domat,

(35) RENUSSON: *op. cit.*, pp. 118 y 119.

(36) DOMAT: *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, París, 1977, t. I., n. 183.

(37) GUILLOUARD: *Traité des Cautionnement et des transactions*, livre III, titres XIV et XV du Code civil (arts. 2.011 a 2.058), París, 1894, p. 207.

Basnage, Ferrière... y Merlin se inclinan por reconocer dos tipos de subrogación: La convencional y la legal (38).

Pothier amplía la subrogación a cuatro tipos: Por imperativo legal; en virtud de requerimiento; la estipulada con el acreedor, y por último, la que se conviene con el deudor.

Distingue la subrogación legal del resto en que en ésta no se requiere petición previa de subrogación, se atribuye de manera automática por imperativo legal, aunque el obligado solidario o el fiador no adquieran la facultad de subrogarse si no han solicitado anteriormente dicha acción (39).

La diferencia radicaba en el requerimiento previo del fiador, aunque, según estableció la Jurisprudencia, si el acreedor rechazaba el pago correspondía al Juez suplir la falta de consentimiento del acreedor, siendo suficiente con que se presentara el recibo solutorio, origen de lo que posteriormente se denominó en nuestro ordenamiento jurídico Carta de Lasto (40).

Dado que a la subrogación se le otorgó el carácter de institución benéfica o de colaboración y amistad por excelencia, la doctrina del siglo XIX primó ciertas aplicaciones de la Ley en detrimento de otras. Así pues, la subrogación pasó a ser el fundamento de la protección otorgada al fiador, al tercer poseedor o a un obligado solidario (41).

Decía Bigot-Prèameneu que la subrogación la adquiría el fiador o el codeudor en todos aquellos casos en que pagare una deuda, por otro o con otros, estando interesado en su cumplimiento (42).

Este era, en esencia, el contenido del artículo 1.251-3.º del Código civil francés, antecedente del artículo 1.117-3.º de nuestro Proyecto de 1882-1888.

(38) MERLIN: *Repertorio universale e ragionato di Giurisprudenza e questioni di Diritto*, t. XIII, 1834, pp. 1265-1268. MAGINI: *La surrogazione per pagamento nel Diritto Privato italiano*, Turin, 1924, p. 43, n.º 1 a 4.

(39) OEUUVRES DE POTHIER: *Coûtume d'Orléans*, t. I, Paris, 1845, pp. 193 y ss., y l 43, II de negot. gest. «Cum pecuniam ejus nomine solveres, qui ibi nihil mandaverat, negotiorum gestorum actio tibi a creditore liberatus est: nisi si quid debitoris interfuit, cum pecuniam non solvi.»

(40) GONZALO DE LAS CASAS, J.: *Diccionario General del Notariado de España*, t. II, Madrid, 1953, p. 315. Se entiende por Carta de Lasto: «El instrumento o recibo que ordinariamente por medio de escritura pública da el acreedor al que paga por el deudor, cediéndole la acción que tenía para que pueda recobrar de éste o de otros obligados la cantidad satisfecha por los mismos».

(41) MESTRE: *La subrogation personnelle*, Paris, 1979, p. 32. LAURENT, F.: *Principes de Droit Civil français*, t. XXVIII, 3.ª ed., Bruselas-Paris, p. 243. OEUUVRES DE POTHIER, p. 233.

(42) FENET: *op. cit.*, t. XII, p. 269.

La exposición preliminar del artículo 1.117 del Anteproyecto de 1851 exponía claramente el carácter automático que se atribuía a la subrogación (43).

Sin embargo, el artículo 1.227 del Anteproyecto de 1882-1888, recogido literalmente en la redacción del actual artículo 1.210, cambió el sentido al no instituir una subrogación «ope legis» sino conferirle el carácter de presunción «iuris tantum».

El artículo 1.838, cuyo antecedente es el artículo 1.753 del Anteproyecto de 1851 (44), dispone la atribución inmediata al fiador de la subrogación como efecto directo del pago.

La generalidad de la doctrina entendió que su redacción era consecuencia lógica del artículo 1.117-3.º. Se destaca, respecto a este precepto, la ventaja para el fiador de no tener que solicitar este beneficio (45), puesto que entiende García Goyena (46), y con él la práctica totalidad de los autores, que el derecho a subrogarse conferido en el artículo 1.839 es un efecto automático, consecuencia directa del pago, al mismo tiempo que se quiere acentuar el carácter diferente respecto a la subrogación convencional, destacando que la legal implica que la Ley provee de un recurso jurídico al garante con la finalidad de asegurar su eficacia (47).

Es característica también de la misma el operar de pleno derecho por la sola fuerza de la Ley, lo que alaban los comentaristas de las distintas obras codificadoras, porque se simplifica el complejo mecanismo de la subrogación, antes de la Codificación, que requería la solicitud previa del fiador al acreedor para que éste hiciera cesión expresa de sus derechos y acciones. Al mismo tiempo, también es unánime la opinión de que la Codificación contribuyó a separarse de los planteamientos del Derecho Romano y de las raíces históricas que tan fuertemente vincularon, durante siglos, la figura de la subrogación (48). Puede decirse que el mayor interés que la doctrina manifestó en esta materia, sobre todo en la etapa cercana a la Codificación, fue resaltar el cambio que suponía la reglamentación legal de la subrogación, primordialmente porque supuso una simplificación en los trámites.

(43) Quedaba redactado en los siguientes términos: «La subrogación tiene lugar por disposición de la Ley a favor de...» GARCÍA GOYENA, *op. cit.*, p. 596.

(44) El art. 1.839 tiene sus antecedentes en el párrafo 6.º, título XX; libro III de la Instituta y L. 4, título I, libro XLVI del Digesto. Antecedentes más cercanos se encuentran en la L. 11, título XII de la Partida 5.ª. MUCIUS SCAEVOLA, *op. cit.*, t. XXVIII, p. 623, y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *El Anteproyecto...*, p. 701.

(45) Al surgir como efecto del pago por ministerio de la Ley, se prescinde de que el fiador reclame al acreedor los derechos o que este último se vea en la necesidad de otorgarle la «Carta de Lasto». MANRESA: *op. cit.*, t. XII, pp. 296-297.

(46) GARCÍA GOYENA: *op. cit.*, p. 912.

(47) HUC, TH.: *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. VIII, arts. 1.234 a 1.386, París, 1895, pp. 91 y 102.

(48) GARCÍA GOYENA: *op. cit.*, pp. 596-597.

No obstante, esta idea no constituyó una innovación en los antecedentes legislativos. La doctrina había discutido vivamente el planteamiento jurídico sobre el que debía sustentarse la transmisión del crédito de un acreedor que desaparecía de la relación una vez se pagara el débito pendiente.

¿Se trataba de una mera ficción jurídica para proteger de una forma más eficaz al fiador? ¿Se alteraba aquí el principio de que el pago extingue la obligación? Además de estas cuestiones, figuraba otra que fue precisamente la que contribuyó a la consagración del artículo 1.251-3.º del Código civil francés.

Fue Dumoulin el primer defensor de que el traspaso de los derechos y acciones del acreedor se transfirieran «ope legis», porque alegaba como argumentación de sus razonamientos que cuando pagaba el fiador o un tercero había que presuponer que el interés lo hacía conducido a satisfacer el cumplimiento de su propia obligación.

Subrogarse significaba, en consecuencia, que el fiador pasaba a ocupar la misma situación jurídica que gozaba el acreedor respecto al deudor, haciendo suyas todas las acciones que le correspondían a aquél contra el obligado principal.

Era acertado el criterio que ya intuían de la subrogación cuando veían en ella el reforzamiento de la situación jurídica de cualquier acreedor. En este mismo sentido, ya Scaevola significaba la importancia de la subrogación en la propia relación obligatoria de fianza (49).

La visión de los antecedentes históricos pone de relieve los motivos que justificaron su aparición, primordialmente para remediar situaciones que la justicia y la equidad exigían de un tratamiento jurídico inexistente. Parece, por tanto, que no se debiera descartar la posibilidad de que el legislador, trayendo consigo toda la carga histórica, constituida primordialmente por las aportaciones de los juristas franceses, quisiera conferir explícitamente una protección mayor al fiador que al deudor solidario, entre otros, quizá porque estuviera contemplando todavía la figura del fiador como garante de una obligación principal no contraída por él, en contraposición a la figura del deudor solidario, que asume de manera principal la obligación originaria.

Dejando al margen la cuestión del interés, puesto que entendemos, siguiendo la concepción de Díez-Picazo (50), que el fiador es

(49) MUCIUS SCAEVOLA: *op. cit.*, t. XXVIII, p. 626.

(50) Sobre el interés vide, HERNÁNDEZ MORENO: *op. cit.*, pp. 24 y ss. CASANOVAS MUSSONS: *op. cit.*, pp. 151 y ss. CRISTÓBAL MONTÉS: *El pago o cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1986, pp. 53-55, que se manifiesta en contra del desdoblamiento que hacen Díez-Picazo y Hernández Moreno entre interés en el cumplimiento e interés en la obligación, pues, como manifiesta Bercovitz, *op. cit.*, p. 34, quien tiene interés

un obligado con interés no sólo en la obligación, sino en el cumplimiento de la misma (51), procede limitar nuestro estudio al análisis del artículo 1.839 del Código civil.

La subrogación que se confiere al fiador con amparo en el artículo 1.839 del Código civil, ahonda en el precepto genérico regulado en el artículo 1.210-3.º.

Sin embargo, la subrogación, que con carácter general se atribuye a todo sujeto, tercero interviniente que pague con interés en la obligación, recogido en el artículo 1.210-3.º, no produce los mismos efectos que la automática, pues, como señala Díez-Picazo, la primera actúa en el campo de las presunciones, admitiendo, en consecuencia, prueba en contrario (52).

La redacción del artículo 1.839 no opera de la misma forma. El fiador por el hecho del pago queda automáticamente situado en la posición del acreedor, criterio al que además contribuye el artículo 1.852 (53).

Efectivamente, la presunción que se establece «*iuris tantum*» para el tercero interesado en el pago no tiene la misma fuerza legal, en principio, que la establecida con carácter automático en el artículo 1.839.

No olvidemos que el propio legislador quiso atribuir un carácter presuntivo al modificar el Anteproyecto de 1851.

Este criterio es el que ha movido a los estudiosos del tema a sostener dos argumentaciones divergentes.

Hay quienes sostienen que el artículo 1.210 confiere una subrogación legal a las personas que cumplen los requisitos marcados en dicho artículo y que, por tanto, la subrogación que opera fundamentada en el artículo 1.210-3.º sería equiparable a la del artículo 1.839 (54).

Otros autores, basándose en el distinto valor de las presunciones, sostienen que los únicos casos que pueden existir de subrogación legal

en la obligación lo tiene en el cumplimiento. Sobre el cumplimiento, vide CRISTÓBAL MONTÉS: *El pago: El papel de la voluntad de acreedor y deudor*, «ADC», 1986, pp. 537 y ss.

(51) GIORGIANNI, M.: *La obligación (la parte general de las obligaciones)*, Barcelona, 1958, pp. 161-162, pone de manifiesto la íntima conexión entre responsabilidad personal y patrimonial.

(52) Díez-Picazo: *Fundamentos...*, v. I, *op. cit.*, p. 803, compartiendo una corriente favorable a esta posición por la doctrina italiana.

(53) DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos de Derecho Civil*, «Derecho de Obligaciones», t. II, v. III, Barcelona, 1979, pp. 333 y ss. BERCOUITZ: *op. cit.* p. 26.

(54) SANCHO REBULLIDA, F. DE A.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo, t. XVI, arts. 1.156 a 1.213, Madrid, 1980, p. 662. VATTIER FUENZALIDA, C.: *Notas sobre la subrogación personal*, «RDP», junio 1985, números 114 y 115, p. 511.

son aquellos en que la Ley expresamente confiere dicho beneficio, de tal forma que algún autor llega a la afirmación de que los casos de subrogación legal deben constituir un «*numerus clausus*» (55), si bien el criterio no es pacífico (56). Aunque pudiéramos entender que el artículo 1.210-3.º abarca el 1.839, como bien afirma Merlo al referirse al artículo 1.916 del Código civil italiano anterior a la reforma, la redacción del precepto no es una mera repetición y puede incluso hacer pensar que la explicitación de la norma permite extender el beneficio a aquellos supuestos a los que el artículo citado no concedería la tutela necesaria, a la vez que sirve para evitar problemas, como en aquellos casos en que el fiador pagare sin oponer previamente el beneficio de excusión (57).

2. Hacia una definición de la subrogación

El criterio general de subrogación es el que básicamente dio Merlin, entendiendo que subrogarse significaba estar legitimado de la correspondiente acción para «poner una cosa en lugar de otra u otra persona en su lugar» (58). Esta idea posteriormente se fue modelando hasta llegar a establecer el criterio genérico de que referirse a subrogación era sinónimo de describir aquella situación en que se producía «la situación de una persona que paga en los derechos del acreedor al que se le ha pagado» (59).

La mayoría de los autores clásicos franceses, posteriores a la Codificación, entienden que, ya sea simulación jurídica que coloca a una persona en el lugar de otra para ejercitar sus derechos (60) o ficción jurídica por la que una obligación extinguida se considera subsistente en beneficio del tercero que pagó (61), su función es crear

(55) MESSINEO: *Manuale di Diritto civile e Commerciale*, 8.ª ed., v. II, 3.ª parte, Milano, 1952, p. 370. MICCIO, R.: *Delle obbligazioni in generale*, «Commentario del Codice civile, libro IV, t. 1, Turin, 1966, p. 154.

(56) FRAGALI, M.: *Della fideiussione*, en «Commentario di Scialoja-Branca, Bologna, 1944, pp. 356 y ss. En nuestro país, entre otros, Bercovitz, *cit.*

(57) MERLO: *La surrogazione per pagamento*, Padova, 1933, p. 253.

(58) MERLIN: *Repertorio universale e ragionato di Giurisprudenza e questioni di Diritto*, vol. II, 1834, p. 1222.

(59) RENUSSON: *Mutation d'un créancier en un autre créancier quand les droits du qui est paye passent à l'autre qui a fourni ses deniers propres pour le paiement*, *op. cit.*, cap. I, n.º 10. DOMAT: *Les lois civiles*, liv. 3, tit. 1, section 6. TOULLIER, C.: *Droit Civil français*, t. VII, 5.ª ed., Paris, 1830, n.º 97.

(60) DELVINCOURT, M.: *Cours de Code civil*, Dijon, 1834, t. 3, p. 771. DURANTON: *Cours de Droit civil suivant le Code français*, t. II, Manheim, 1841, n.º 108. El término de «subingresso», ingreso en la posición de otra persona, fue expuesto por primera vez por De Olea en su *Tractatus de cessione Jurium et Actionum, cum Sac. Rotae Romanae Decisionibus*, D. Caroli Antonii de Luca Spicilegio, editio postrema, Venetiis, 1735.

(61) LAROMBIÈRE: *Théorie et pratique des Obligations ou Commentaire des titres III, IV, livre III du Code Napoléon*, arts. 1.101 a 1.386, t. 2, Paris, 1862, pp. 202 y ss. GAUTHIER: *Traité de la subrogation des personnes ou de paiement avec subrogation*, Paris, 1858, n.º 8.

una situación jurídica [sucesión a título particular, de regreso legal... (62)]... que permita colocar al subrogado en la posición del acreedor. El efecto que se pretende es suceder al acreedor en sus derechos y acciones» o, en términos más completos: «Acción de sustituir o poner una cosa en lugar de otra o una persona en lugar de otra» (63).

Al margen de su naturaleza jurídica, también su delimitación conceptual presenta un aspecto problemático. ¿Cuál es el alcance que debe atribuirse a esta sucesión a título particular? ¿Se coloca el que pagó en la posición originaria del acreedor, al tiempo de constituirse la fianza o en el momento de cumplimiento de la obligación principal? ¿Comporta la subrogación el crédito con los derechos inherentes al mismo o únicamente el crédito o las garantías accesorias, consideradas aisladamente?

La subrogación, en el amplio marco del artículo 1.212, «transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, ya contra el deudor ya contra los terceros...». Su reproducción en el artículo 1.839 expresa la misma idea, aunque el tenor literal es más restringido: «... en todos los derechos» (64).

Como cuestión previa, es importante señalar que la subrogación constituye una excepción al carácter personal de las relaciones del crédito, cuya relevancia, por definición, quedaría limitada interpartes (65). Aunque el Código civil no sea suficientemente explícito en este campo, el subrogado sólo podrá reclamar lo que realmente pagó y no el importe nominal del crédito (66).

(62) STAMMLER: *Recht der Schulverhältnisse*, Berlin, 1897, pp. 20-24. Para una exposición más pormenorizada, vide ESPÍN: *Sobre la naturaleza del pago con subrogación*. «R.D.P.», 1942. pp. 300-327. En la teoría de la sucesión a título particular hay que tener en cuenta que difiere de la novación en que ésta extingue la relación, mientras que aquella no. Al respecto, vide COVIELLO, N.: *Concetto della successione singolare nel debiti*, «Archivio Giuridico», Pisa, 1896, pp. 301-327. CARPINO: *Il pagamento con surrogazione*, «Riv. Dir. Civ.», 1971-1.º, p. 738. BETTI: *op. cit.*, p. 66. SANCHO REBULLIDA, F. DE A.: *La novación de las obligaciones*, Barcelona, 1964.

(63) ESCRICHE, J.: *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, t. II, Madrid, 1874, p. 1048. La definición más utilizada actualmente es la de BETTI: *Teoría general de las obligaciones*, t. II, Madrid, 1970, p. 254. «Subrogación dentro del amplísimo alcance que tiene este concepto, se puede definir como el fenómeno de subingreso, por el que un sujeto sustituye a otro en la misma posición jurídica que éste ocupa o, por lo menos, que le estaba destinada, sea en la titularidad del derecho o de la obligación, sea en el ejercicio del derecho o en el cumplimiento de la obligación, sin que el título jurídico de sujeto que sustenta sea necesariamente unido por un nexo derivativo al título del sujeto precedente.» Giorgianni, «N.D.I.», p. 1231, entiende que la subrogación significa la sustitución de un tercero que satisface al acreedor en los mismos derechos del acreedor permaneciendo existente la obligación del deudor.

(64) Como recientemente ratificó la S. de 26-11-1984.

(65) MICCIO, R.: *I. Diritti di credito*, v. I, Turín, 1971, pp. 156 y ss.

(66) BUTERA, A.: *voz Surrogazione* (pagamento con), «Il Digesto Italiano», p. 194. Ya los comentaristas del Código civil francés se inclinaban por entender que

Los derechos que se traspanen por obra de la subrogación van acompañados de sus accesorios.

El concepto de derecho que se desprende del artículo 1.112 hay que entenderlo en su vertiente positiva; esto es, hay que pensar que la redacción de dicho artículo no comprende las deudas consecuentes a un derecho. Es más, siguiendo el argumento de Pacchioni (67), en opinión de Sancho Rebullida (68), este precepto está respondiendo directamente a la argumentación de que el vínculo obligacional sólo es transmisible desde el lado activo, a lo que hay que añadir la ya clásica Sentencia de 12 de enero de 1931, que adujo que el artículo 1.112 sólo permite la cesión de los derechos, pero no de las obligaciones.

Respecto al objeto, la propia redacción del artículo 1.210 obliga a pensar que el subrogado puede valerse no sólo de los derechos contra los terceros poseedores, sino de todos aquellos que el subrogante tenía por obra del crédito poseído frente a terceros, aunque éstos no estuvieran vinculados directamente al pago, al igual que sucede con las excepciones.

Que el acreedor haya obtenido una sentencia condenatoria no es óbice para que el fiador pueda iniciar los trámites pertinentes a fin de obtener sentencia condenando también al deudor. Esta duplicidad de sentencias no constituye inconveniente alguno porque, como alega Butera, interpretando los criterios de la Jurisprudencia italiana (69), con ello se está posibilitando el ejercicio de las excepciones que puedan vulnerar la acción de regreso o servir para delimitar el contenido del derecho de subrogación.

Es importante destacar que el nuevo titular no podrá exigir intereses superiores a los estipulados con el acreedor ni prevalerse de procedimientos excepcionales, incompatibles con la naturaleza del crédito extinguido.

la subrogación comprendía la cantidad principal de la deuda, refiriéndose con dicho concepto a que comprendía la cuantía total de lo pagado por el fiador. LAURENT: *Principes de Droit civil français*, t. XVII, 3.^a ed., Bruselas, 1878, p. 244. HUC: *op. cit.*, t. XII, p. 255. ALBALADEJO, M.: *Derecho de Obligaciones*, vol. II, t. I, Barcelona, 1970-75, pp. 250, 283, 286, 110. SANCHO REBULLIDA, F. DE A.: *Comentarios...*, *cit.*, p. 662, que limita la subrogación a lo pagado. TORRENT: *El pago de un tercero con relación al pago con subrogación*, «R.C.D.I.», 1950, pp. 150 y ss. BERCOVITZ: *Comentarios...*, *op. cit.* DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos*, v. I, *op. cit.*, p. 629. CRISTÓBAL MONTÉS: *op. cit.*, p. 56, entienden que al subrogado se le transfiere el mismo crédito que pertenecía al acreedor.

(67) SANCHO REBULLIDA: «*La novación de las obligaciones*». Barcelona, 1964. pp. 192-193.

(68) SANCHO REBULLIDA: *La novación de las obligaciones en el Derecho español*, «R.C.D.I.», 1962, n.º 404-405, p. 19.

(69) BUTERA: *Il Digesto Italiano*, voz «*Surrogazione*» (Pagamento con), p. 197, n. 1

El subrogado adquiere el mismo crédito en la medida de la cantidad por él desembolsada, de lo que se deriva que el subrogado no podrá repetir, sino por el propio crédito; de la misma manera que el deudor no está obligado a pagar sino la propia deuda.

El momento en que se producirá la subrogación será desde el instante en que se verificó el pago.

Además de lo expuesto, la subrogación cuenta con dos limitaciones más: Primera, cuando concurren varios acreedores subrogados; segunda, si el pago efectuado es parcial.

En ambos casos, los derechos y accesorios pertenecientes al acreedor subrogado pueden sufrir una limitación cuantitativa no por la relación directa establecida entre deudor y subrogado, sino por la relación nacida entre acreedor y subrogado y entre subrogados que deben observar el principio: «Nemo contra se subrogaste censetur» (70).

El segundo caso no admite polémica, puesto que no se puede sustraer de la relación obligatoria al acreedor originario por subsistir la deuda.

Caso de pluralidad de subrogados, la limitación es una consecuencia directa de que todos los subrogados se encuentren en la misma situación que disfrutaba el acreedor originario, no existiendo categorías distintas de acreedores con relación a la misma garantía (71).

V. NOTAS SOBRE EL ARTICULO 1.839 DEL CODIGO CIVIL

Una de las cuestiones previas que conviene dilucidar es si el alcance del artículo 1.839 queda limitado por el contenido explícito del artículo 1.212 o si tiene atribuciones propias.

Se constata, entre los autores más próximos en el tiempo a la Codificación, una cierta dificultad de aceptación de la institución. A pesar del tenor literal del precepto, que faculta al tercero a subrogar en todos los derechos correspondientes al acreedor por haber pagado, la doctrina comenzó a polemizar el alcance exacto de dicha acción.

Algunos autores se pronuncian por la tendencia de que dicho artículo se refiere con carácter exclusivo a las garantías del crédito, bien fueran ordinarias, bien de carácter específico otorgadas a ciertos créditos. Este interrogante tras la promulgación del Código civil quedó paliado con la consagración del artículo 2.029 del Código civil francés, homónimo de nuestro artículo 1.839, que transmite al fiador to-

(70) GAUDEMET, E.: *Théorie générale des obligations*, París, 1965, p. 472.

(71) MICCIO, *op. cit.*, p. 160.

dos los derechos pertenecientes al acreedor respecto del deudor, relacionados con el débito nacido del vínculo contractual anterior (72).

Contrariamente a este sentir generalizado, Marcadé considera que la subrogación únicamente implica el traspaso de las garantías, puesto que, de no suceder así —argumenta este autor—, pago con subrogación significaría suprimir, conservando un crédito que acaba de desaparecer (73). El subrogado, sostiene los partidarios de esta tesis, no puede reclamar la totalidad del importe del crédito, sino únicamente el reembolso de la suma pagada.

Un sector doctrinal acepta que el contenido establecido con carácter genérico en el artículo 1.212 no se limita a los derechos inherentes al crédito, sino a recibir el propio crédito, aunque sobrepase la cantidad que pagó el tercero para satisfacer la deuda (74). En este sentido, apunta Díez-Picazo que es un derecho más amplio que el puro reembolso, puesto que el crédito se adquiere por su valor nominal aun cuando éste sea superior al importe de lo pagado.

Sin embargo, otros autores limitan el contenido de la subrogación al «quantum» de la deuda (75), criterio que es el que estimamos más acorde con el tenor del artículo 1.827, que fija el límite para el contenido de la fianza simple, delimitado en función del montante de la obligación más los intereses y gastos.

La interpretación del artículo 1.212 concretado en la facultad de transferir un crédito con una cuantía superior a la que pagó, entendemos que posibilitaría al fiador a enriquecerse en el exceso del crédito de acreedor.

Pensar que la subrogación transfiere el crédito en su integridad es extralimitar la esfera de atribuciones de la misma.

(72) GUILLOUARD, *op. cit.*, pp. 205-207.

(73) MARCADÉ: *Explication du Code civil*, 7.^a ed., t. IV. París, 1873, p. 568, núm. 704.

(74) BERCOVITZ: *Comentarios*, *op. cit.*, p. 43. Díez-PICAZO, *Fundamentos*, v. I, *op. cit.*, p. 619. En el mismo sentido, sentencia del T.S. de 26-2-1984. CRISTÓBAL MONTÉS, *op. cit.*, p. 56. También se muestran partidarios de explicar la naturaleza de la subrogación sobre la teoría del regreso legal, MERLO (*Teoría del pago no extintivo*), *op. cit.*, pp. 19 a 67. DE BUEN, D.: *Derecho civil español común*, 2.^a ed., Madrid, 1930, p. 512. VON THUR (*Teoría del regreso legal*), *op. cit.*, t. II, p. 27. MAGINI (*Teoría de la expropiación del crédito*), «La surrogazione per pagamento nel Diritto Privato italiano», Turín, 1924, pp. 90 y ss. ALBALADEJO, *Derecho civil*, *op. cit.*, t. II, manifiesta que otra diferencia entre el art. 1.210-3.º y el 1.839 es que hay que entender que en la normativa de la fianza contando con la presunción de dicho precepto, regirá el principio de que el art. 1.159 no impedirá la subrogación aunque medie ignorancia del deudor. Opinión, por otra parte, puesta en entredicho por otros autores incluso en relación con la presunción establecida en el art. 1.210-3.º, que entienden que es precepto de carácter excluyente sobre el art. 1.159, expuesto en páginas anteriores.

(75) SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, pp. 674-675.

Una de las características que se dejaron traslucir en el iter legislativo de esta figura es que ya en sus orígenes nació con la pretensión de reforzar el criterio originario, conjuntamente a todos los derechos, créditos, privilegios y garantías de carácter accesorio y que, quizás, en la atribución de garantías complementarias del crédito principal es donde radica la especialidad de la subrogación. En coherencia a lo expuesto, habría que presuponer que el tercero que pagó no debe verse reintegrado con un importe superior a la cantidad por él desembolsada, es más, el exceso podría incluso considerarse una cantidad indebidamente cobrada (76).

Estableciendo un cierto paralelismo con los supuestos genéricos del pago, encontramos que este sentido restrictivo se manifestó la Sentencia de 24 de enero de 1967, que interpretó que el artículo 1.212 transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, siendo que éstos se transfieren en la medida fijada por el artículo 1.158-2.º. Aunque la sentencia aludida pudiera considerarse que se aparta de la interpretación jurisprudencial no muy lejana en el tiempo, la Sentencia de 26 de noviembre de 1984 volvió a ratificar el criterio generalizado de que «la subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos».

Caso de que el fiador se hubiere comprometido en cuantía inferior al «quantum» de la obligación principal, hay que recurrir al párrafo 2.º del artículo 1.839, que cabe interpretar en dos sentidos.

Cabe atenerse al supuesto estricto de transacción y pensar que el artículo 1.839 rompe el esquema de la subrogación legal y deja paso a la normativa propia de la convencional o pensar que el artículo 1.839-1.º establece la subrogación automática del fiador estableciendo que la satisfacción del crédito no debe comprenderse como el de la fianza si ésta es menor, sino equivalente al crédito principal, o si es el inciso segundo del artículo 1.839 el que está posibilitando las claves para aducir que la referencia a la transacción no desvincula el supuesto de la subrogación legal, y por tanto, aunque el pago del fiador sea inferior a la cuantía total del débito se vea amparado por la norma del artículo 1.839.

Únicamente este inciso sirve para resaltar lo que gran parte de la doctrina viene manifestando. El límite de la subrogación queda establecido porque la medida de los derechos transferidos al subrogado no pueden tener mayor alcance que la causa que la produce o la determina y, en ningún caso, perjudicar los propios derechos del acreedor subrogante.

(76) Sobre el cobro de lo indebido vide BALLARÍN HERNÁNDEZ, *El cobro de lo indebido*, «Perfiles institucionales y eficacia traslativa, Madrid, 1985. SCHLESINGER, P.: *Il pagamento al terzo*, Milán, 1961.

El pago constituye, pues, el límite máximo que el derecho del sucesor no puede sobrepasar. De ahí que el pago parcial produzca una subrogación limitada al montante del pago (77). El requerimiento de transigir se fundamenta en que dicho crédito no es liberatorio del deudor ni satisfactorio para el acreedor, lo que origina la supervivencia del crédito originario que coexistirá con el del fiador, conforme al supuesto del artículo 1.213, o bien que el acreedor se dé por satisfecho. Esta parece ser la interpretación que hay que dar al párrafo segundo del artículo 1.839, porque el artículo 1.213 no exige requisito previo de aceptación por el acreedor.

También este artículo pone de manifiesto que, tanto el artículo 1.212 como el 1.839 están equiparando el pago del tercero en cuantía superior para satisfacer al acreedor de un débito, caso contrario hay que recurrir a los supuestos de pago parcial.

Otros autores perfilan más este criterio comentado, como hace Bo, el ejercicio de la acción de subrogación a los límites que establece la Ley para ejercitar el derecho de reembolso (78), opinión que posteriormente suscriben algunos autores, pero que dejamos para un apartado posterior, porque el tema conduce a abordar la dualidad de acciones.

Resta por analizar el momento a que la subrogación debe referirse. Esto es, si la temporalidad viene referida al tiempo preciso en que el fiador se subrogó o al instante en que el acreedor se le satisfizo tras la liberación de su crédito.

El precepto ofrece dos posibilidades de interpretación. En primer lugar, la utilización terminológica gramaticalmente es correcta y puede interpretarse de dos formas.

La naturaleza misma de la subrogación admite que ésta extingue la obligación y coetáneamente libere el vínculo existente entre acreedor-deudor.

El acreedor nada puede transmitir después del pago, puesto que nada tiene. La relación ha quedado extinguida. Sin embargo, por virtud de la subrogación se transfieren los derechos que le pertenecían en el momento del cumplimiento de la obligación (79).

Esta posición no es unánime, puesto que hay autores que se han inclinado por entender que la referencia temporal del precepto alude

(77) BUTERA, *op. cit.*, p. 194.

(78) BO, «N.D.I.», *op. cit.*, p. 1119.

(79) MERLO, *op. cit.*, pp. 166 a 253. CAMPOGRANDE, V.: *Trattato della fideiussione nel Diritto odierno*, Turín, 1902, p. 471. MESTRE, J.: *La subrogation personnelle*, París, 1979, pp. 36 y ss. THARWAT, K.: *Le paiement avec subrogation en Droit français et en Droit suisse*, Ginebra, 1953, pp. 9 y ss.

a todos los derechos que tenía el acreedor al asumir la garantía (80).

Esta última postura es difícil de admitir, puesto que hay que jugar con momentos reales y crearía un complejo mecanismo retrotraer los efectos jurídicos a la situación en que el acreedor se encontraba, al mismo tiempo que recomponer las garantías que tuviera el acreedor y que posteriormente éste hubiere ejecutado.

Quizá resultara más adecuado inclinarse por que el fiador reciba la situación en las mismas condiciones en que la soportaba el acreedor en el momento del pago y ello, quizás, encuentre su justificación en que, como bien dice Fragali, «no se puede transferir una posición funcional como la del acreedor sin transferir la posición que justifica la función» (81).

VI. ANALISIS DE LA ACCION DE REEMBOLSO

1. Génesis del regreso

En su origen, esta responsabilidad se fundaba en un acto de amistad o de beneficencia, aspectos que indujeron a algunos autores a diferenciar la cesión de la subrogación convencional.

Estas causas tenían una connotación servil, siendo en principio escasos los que afianzaban, hasta que con el transcurso del tiempo fueron adquiriendo relevancia las obligaciones garantizadas de forma personal, pasando a ser fiadores no ya los esclavos, sino los personajes más influyentes de la sociedad romana; razón por la cual los juriscultos fueron concediendo atribuciones y especial protección a aquellas personas que se prestaban como garantes personales (82).

Una de las primeras medidas constataciones, en contraposición a la actitud que se adoptó hasta aquel momento, fue que el garante se quedaba desprovisto de acciones una vez realizado el desembolso patrimonial y que su comportamiento no tenía necesariamente que ser realizado «animus donandi». Así nació la acción de regreso, considerando que el fiador que pagaba por el deudor que garantizaba no pretendía que de su comportamiento se dedujera que su «animus» era «donandi»; en consecuencia, puesto que había satisfecho la deuda

(80) MICCIO: *I diritti di credito*, v. I, Turín, 1971, p. 159. *Commentario del Codice Civile*, «Delle obbligazioni in generale», t. I, Turín, 1966, p. 147.

(81) FRAGALI: *Delle fideiussione*, *Commentario...*, pp. 356 y ss.

(82) OURLIAC, P., y DE MALAFOSSE, J.: *Derecho romano y francés histórico*, t. I, Derecho de obligaciones, p. 519.

contraída por otra persona, era de justicia que se le reembolsara la cantidad sacrificada en ejecución de la garantía (83).

En el Derecho Romano (84), para saber si el fiador que había pagado podía dirigirse contra el deudor principal, se requería examinar las relaciones surgidas entre los dos sujetos: obligado principal y subsidiario.

El punto de partida de la diferenciación fue el interés. Se distinguió entre dos comportamientos: Obrar en interés propio o ajeno.

Si el fiador pagaba teniendo conocimiento de su actuación al deudor, a petición propia de éste, se le concedía un «*actio mandati*» contra el deudor (85).

Dudas no podían existir, puesto que la voluntad del deudor se había manifestado claramente con la atribución de una orden de pago al fiador.

Quedaba el círculo cerrado entre fiador-deudor. Pero si el fiador intervenía con desconocimiento del deudor, podía accionar contra él con la «*negotiorum gestorum*» (86).

Estas dos acciones, si bien no se diferenciaban en los efectos que producían al fiador, presentaban diferencias notables entre ambas, basadas en el comportamiento del deudor.

La «*actio negotiorum gestorum contraria*» es menos extensa que la «*mandati contraria*». Aunque se diga que la Ley equipara sus efectos, no puede afirmarse que lo haga con plena identidad, puesto que no permite que con la primera se pueda repetir del fiador los gastos realizados, a no ser que se consideren necesarios o útiles (87).

Una actitud positiva motivará el contrato de mandato que permitirá proteger al fiador mediante la «*actio mandati contraria*». Si la

(83) CAMPOGRANDE, V.: *Trattato della fideiussione nel diritto odierno, op. cit.*, p. 435.

(84) Se desconoce si el regreso, que se concedía al fiador en el Derecho griego contra el deudor que había liberado, requería para ejercitarlo de una acción especial o de una acción genérica de reembolso.

Se tenía constancia de que este derecho de regreso tendía a conseguir el reembolso de las cantidades anticipadas por el fiador, además del resarcimiento de los daños y perjuicios causados a éste por el incumplimiento del deudor principal. Cfr. BEAUCHEM: *Histoire du droit privé de la République Athénienne*, t. IV, París, 1897, p. 483, y CANTARELLA: *Solidarietà reciproca o mutua fideiussione* (Contributo allo studio delle obbligazioni solidali), Milán, 1965.

(85) CORSI: *La fideiussione considerata nei rapporti del Codice civile*, Catania, 1891, p. 112.

(86) *Fideiussori negotiorum gestorum est actio si pro absente fideiusserit* (L. 20, parágrafo 1, ff. mandati).

(87) AUBRY et RAU: *Cours de Droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 4.^a ed., t. IV, París, 1871, p. 688. En igual sentido, PONT, P.: *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. IX, París, 1863, pp. 224-226.

relación de garantía se ha constituido entre acreedor y fiador, o sin el consentimiento del deudor principal, el negocio jurídico creado habrá sido un cuasi-contrato denominado gestión de negocios ajenos, que dará vida a la «*actio contraria negotiorum gestorum*». Acciones cuya diferencia se encuentra en la causa y en los estipulantes de la relación contractual (88).

De otro lado, la diferencia práctica estriba en que la protección que se dispensa al fiador que actúa ignorándolo el deudor no le permitía repetir la cantidad pagada más allá de lo que le resultó útil el pago. Caso de producirse dicha situación, la Ley entenderá que se trata de una gestión de negocios ajenos.

Si el fiador pagó por una deuda que le vinculaba por la de otro sin intención de obligarle al pago, no le corresponde acción alguna. Contará con la acción de repetición cuando haya pagado sin existir compromiso previo. Por último, corresponderá el regreso al fiador cuando el acreedor le haya condonado la deuda con intención de enriquecerlo.

Así resultaba el cuadro de acciones correspondiente al fiador en atención a su comportamiento y situación jurídica. Si fueron un buen principio de protección hacia el fiador, prontamente quedaron insuficientes ante las necesidades del tráfico jurídico. De ahí nació la convicción de que la justicia y la equidad reclamaban un comportamiento distinto hacia el fiador.

Si un tercero liberaba el crédito de un acreedor que, a su vez, pudiese encontrarse respaldado por otra serie de garantías o derechos de tipo accesorio, justo era que este acreedor satisfecho cediese al fiador las acciones que reforzaban su crédito para que éste pudiera resarcirse en las condiciones óptimas, a la mayor brevedad posible.

Con estos planteamientos se configura el «*beneficium cedendarum actionum*», en virtud del cual se reconoció la obligación del acreedor de cederle su crédito con todos los derechos, acciones, prendas e hipotecas inherentes al mismo, en el momento en que recibía el pago.

Si el fiador recibía la negativa del acreedor o existía una verdadera imposibilidad de realización de la cesión, siempre le quedaba al fiador el recurso de negar el pago y rechazar la reclamación del acreedor valiéndose de la «*exceptio cedendarum actionum*» (89).

Tras arduas discusiones entre los autores sobre si el fiador podía ejercitar contra el deudor todas las acciones que competían al acreedor sin la previa cesión de derechos, se determinó que era im-

(88) PONT, P.: *Commentaire-traité des Petits Contrats*, t. II, París, 1867, p. 119.

(89) *Fidejussoribus succurri solet ut stipulator compelletur ei qui solidum solver paratus est vendere ceterorum nomine* (L. 17, f.f. de fidejussionibus).

prescindible la cesión expresa de tales derechos, puesto que dicho traspaso de acciones se asimilaba a una venta, gracias a la cual el fiador podía valerse contra el deudor de todas las acciones que le transmitiera el acreedor, quedando, en consecuencia, por ejercer las adquiridas por el fiador del acreedor (90).

Estas fueron, brevemente resumidas, las fuentes a las que recurrieron los legisladores modernos para conceder dos medios recuperatorios de la cantidad desembolsada por el fiador. Nos encontramos, pues, con dos acciones diferentes, más amplia la primera y más reducida, pero más segura, la segunda (91).

A todo lo dicho hay que añadir, que en el Derecho Romano; no había una delimitación de la subrogación, lo que se manifestaba en la falta de regulación de la subrogación legal. Si tuviéramos que distinguir entre las actuaciones del fiador, solamente podríamos encontrarnos ante una subrogación convencional, única que se puede comparar con la cesión (92). Y además, que el alcance de la subrogación se hallaba limitado por el principio: «Nemo plus iuris in alium transferre potest, quam ipse sibi habuerit».

Un caso en que únicamente el fiador estaba legitimado para proceder mediante la subrogación, no estando protegido con la correspondiente acción de regreso, es el supuesto de que el fiador preste garantía en contra de la expresa voluntad del deudor.

En el supuesto no existiría vinculación entre deudor-fiador, por lo que la acción derivada del mandato o relación jurídica similar, regulador del comportamiento de ambos sujetos, no se daba. Ello significaba que la acción de regreso daba inaplicable, puesto que el hecho que originaba su nacimiento era inexistente. Sin embargo, era innegable que, aun en contra de la voluntad expresa del deudor se había producido un desembolso patrimonial en beneficio de este último, motivado la mayoría de las veces por razones familiares, de amistad e incluso utilitarias.

Dicha disminución patrimonial beneficia directamente al deudor que se ve liberado frente al acreedor del vínculo contractual. En consecuencia, si se ha producido un perjuicio patrimonial del que, en contraposición, se ha beneficiado el deudor, se origina un enriqueci-

(90) Este fue el planteamiento de PAULUS en L. 36 f.f. de fidejussor «quum is qui et reumet fideiussores habet, ab uno ex fidejussoribus accepta pecunia praestat actiones poteris quidem diciribus accepta pecunia praestat actiones poteris quidem dici nullas iam esse quum perceperit et perceptione omnes liberati sunt. Sed non ita est; non enim in solutum accepit sed quadammodo nomen debitoris vendidit, et ideo habet actiones quia tenetur ad is ipsum ut praestet actiones».

(91) CORSI, *op. cit.*, p. 114.

(92) CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, t. III, 12.^a ed., Madrid, 1978, pp. 327 y 354-355.

miento injusto que habrá que subsanar mediante el correspondiente mecanismo. Así surgió el artículo 2.028 del Código civil francés por vez primera, que se concedía al fiador contra el patrimonio del deudor, teniendo especial importancia las circunstancias que rodeaban la formación del contrato.

Se partía normalmente de la convicción de que el fiador se obligaba por el deudor porque éste se lo requería. El asentimiento con este planteamiento permite afirmar que, en líneas generales, el contrato de fianza estipulado entre acreedor y fiador implica la estipulación de un contrato de mandato entre ambos sujetos, o empleando la expresión que utilizó Pothier, el consentimiento del deudor a lo que el fiador se obliga, implica un contrato tácito de mandato fiel al principio romano: «Semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur» (93).

Para paliar la situación inexistente de regreso se permitió al fiador hacer uso del derecho de subrogación. Observamos que es el único caso en que claramente se diferencian ambas situaciones, utilizándolas con carácter excluyente.

Los autores, aun a comienzos de este siglo, siguen reconduciendo el tratamiento de este artículo remontándose a las concepciones originarias del Derecho Romano. Así pues, la acción de regreso sigue todavía debatiéndose en el ámbito de las instituciones derivadas o asimiladas al mandato o a la gestión de negocios ajenos, estableciendo la diferenciación según el también principio clásico de que hubiera mediado conocimiento o consentimiento por parte del deudor en el pago del fiador.

Hay unanimidad en la doctrina, tanto francesa, italiana como española, en establecer los criterios deteniéndose en la causa del negocio.

Por esta razón, Pacifici-Mazzoni (94), como otros muchos autores, establece el criterio de que si medió petición por parte del deudor para que el fiador pagase, éste quedaría legitimado con la «*actio mandati*».

Si dicha relación es inexistente, la única protección que le corresponderá será la derivada del ejercicio de la gestión de negocios ajenos (95).

(93) POTHIER, *op. cit.*, p. 429.

(94) PACIFICI-MAZZONI: *Istituzioni di Diritto civile italiano*, vol. V, parte 2.^a, 5.^a ed., Firenze, 1921, p. 502.

(95) LAURENT: *Principes de Droit civil français*, t. XXVIII, 3.^a ed., Bruselas-París, 1878, pp. 242 y ss. POTHIER: *Tratado de las obligaciones*, 1.^a parte, Barcelona, 1839. MERLIN, *op. cit.*, pp. 766 y ss.

En el fondo, la acción de reembolso se está identificando con las teorías tradicionales que concedían al fiador una acción basada en la relación de mandato o de gestión de negocios ajenos. Además, se consagran los criterios de Pothier, de que el pago debía hacerse con el conocimiento y beneplácito del deudor.

Por ello, no resulta extraño encontrar que incluso en la actualidad algún autor justifique las medidas proteccionistas del fiador como una reminiscencia de la gestión de negocios ajenos (96), pues, en opinión de algunos autores, este concepto deriva de la noción clásica de regreso (97). Hoy en día, como puso de relieve Amorth (98), este criterio ha quedado superado, puesto que aquél se entendía que derivaba de la noción proveniente del Derecho Romano que vinculaba estrechamente fianza y solidaridad, confiriéndole una sistemática propia derivada de la noción clásica de regreso.

En el sentido apuntado, Escriche (99) la define como: «Derecho o acción de volver a obtener y poder repetir lo que se había enajenado o cedido por cualquier título; la acción que entre parientes se tiene para volver a obtener la posesión de lo que se había enajenado; y el derecho de volver a entrar en posesión del beneficio que se había resignado o permutado, por haberse faltado a las condiciones estipuladas, o por muestra de aquel en cuyo favor se había hecho la cesión.»

Otros autores entendieron que el regreso se atribuía, según la persona a quien se trataba de satisfacer en su interés. Sería únicamente aplicable si el fiador se había constituido garante en interés del deudor y no del acreedor (100).

La noción de regreso es uno de los términos preferidos por los autores en el ámbito del Derecho comparado para referirse a esta acción terminológica que conscientemente ha sido sustraída del marco estricto del Derecho cambiario. En este sentido se muestran suficientemente expresivos Amorth y Messineo.

El primero de estos autores arroga por darle el concepto de regreso una delimitación desvinculada totalmente de las reminiscencias del Derecho Romano. Por ello mismo, partiendo conscientemente de la etimología del término, que viene del latín *regredior*, asimila su significado a la terminología empleada en el Derecho cambiario, porque fundamentalmente ésta implica la idea de retroacción (101).

(96) PACCHIONI, P.: *Della gestione per mandati d'altrui*, «Riv. Dir. Comm.», 1929-1.º, pp. 234-241. GIORDANO: *Sulla natura giuridica dell'azione del mandante verso il terzo debitore prevista dall'art. 1705 C.c.*, en «Riv. Dir. Comm.», 1953-1.º, pp. 93-110.

(97) RAVAZZONI: *Novissimo Digesto italiano*, voz «Regresso», pp. 356 y ss. NINA: *Il Digesto italiano*, voz «Regresso», p. 966. Esta teoría podría considerarse un exponente de la teoría clásica.

(98) AMORTH: *Considerazioni sui rapporti tra surrogazione e regresso nella obbligazione solidale*, en «Riv. di Diritto e Procedura Civile», 1958, pp. 134 y ss.

(99) ESCRICHE, *op. cit.*, p. 895.

(100) DURANTON: *Cours de Droit civil, suivant le Code français, avec des sommaires*, t. XVIII, Manheim, 1841, n. 351. AUBRY et RAU, *op. cit.*, p. 629. PONT, *op. cit.*, t. IX, pp. 241 y ss. PACIFICI-MAZZONI, E., *op. cit.*, p. 508.

(101) AMORTH, *op. cit.*, p. 144.

Messineo (102) entiende por derecho de regreso «la posibilidad por la que el peso del cumplimiento debe recaer, en virtud de la Ley, en todo o en parte sobre persona distinta de la que ha cumplido», y el mismo autor especifica que el propio ordenamiento utiliza indiscriminadamente este concepto en supuestos específicos como, por ejemplo, el Derecho cambiario, si bien reconoce que todavía lo más frecuente es que los cuerpos legales civiles mencionen el derecho de reembolso.

Concretando: con el término regreso estamos refiriéndonos a la acción que legitima a reclamar la cantidad que se desembolsó para hacer frente al débito, lo que puede suponer, y de ahí la importancia del análisis del contenido del artículo 1.838, que dicho artículo resulte una síntesis de la estricta acción de regreso, a la que se añadiría la de reembolso por aquellos gastos, daños y perjuicios que no pudieran ser exigidos por el regreso estricto (103).

El derecho no competará al fiador en los casos en que éste no hubiera notificado el pago al deudor, produciendo con su conducta omisiva la repetición del mismo por el deudor o impidiendo que el deudor pueda interponer alguna excepción (104).

2. Antecedentes legislativos

El artículo 1.752 del Proyecto de 1851 regulaba el derecho de reembolso correspondiente al fiador que pagaba en lugar del deudor principal. Artículo que no modificó su redacción en el Anteproyecto de 1882 (105) y que se consagró definitivamente en el artículo 1.838 del Código civil (106).

(102) MESSINEO: *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, 8.ª ed., v. II, 2.ª parte, Milán, 1952, p. 369.

(103) FRAGALI, M.: *Commentario a cura di Scialoja-Branca*, «Della fideiussione», arts. 1.949-1.952, Bologna, 1944, pp. 357 y ss.

(104) PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, p. 509. MIRABELLI: *Contratti varii (Il deposito e il sequestro. Il pegno)*, 2.ª ed., Nápoles-Turín, 1915, p. 556.

(105) Proyecto de 1851, art. 1.752: «El fiador que ha pagado por el deudor debe ser indemnizado por éste.

La indemnización comprende:

1.º La cantidad principal de la deuda.

2.º Los intereses que ella alude que se hizo saber el pago al deudor, aunque no los produjere para el acreedor.

3.º Los gastos ocasionados al fiador después de haber puesto en conocimiento del deudor que se le requería de pago.

4.º Los daños y perjuicios cuando procedan.

La disposición de este artículo tiene lugar aun cuando se haya dado la fianza ignorándolo el deudor».

Art. 18 del Anteproyecto del Código civil español 1882-1888: «El fiador que ha pagado por el deudor debe ser indemnizado por éste.

En el Proyecto de 1836 la redacción era completamente distinta, pudiéndose decir que correspondía en su integridad a las mismas pre-ocupaciones del Derecho Romano y de los codificadores franceses (107),

La indemnización comprende:

- 1.º La cantidad total de la deuda.
- 2.º Los intereses de élla desde que se hizo saber el pago al deudor, aunque no los produjere para el acreedor.
- 3.º Los gastos ocasionados al fiador después de poner en conocimiento del deudor que le requiere para el pago.
- 4.º Los daños y perjuicios cuando procedan.

La disposición de este artículo tiene lugar aun cuando la fianza se haya dado ignorándolo el deudor».

PENA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *El Anteproyecto del Código civil español (1882-1888)*, «Centenario de la Ley del Notariado», secc. IV, vol. I, Madrid, 1965, pp. 700 y 701.

(106) Este artículo encuentra sus precedentes en el párrafo 6.º, título 21, libro 3, Instituciones y Ley 12, título 12, partida 5.

(107) GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, III-IV, Barcelona, 1973, p. 157: «Si quid autem fidejussor pro reo solverit, ejus recuperandi causa habet cum eo mandati judicium».

«Mandando un ome a otro entrar fiador por él, o entrando el otro fiador por el de su voluntad, delante aquel a quien fia sin su mandato, e non lo contradiziendo, o entrando fiador por él, a otra parte sin su sabiduría e sin su mandato, e quando lo sabe, consiente en lo que el otro fizo e le place: o si entra fiador otrosí por él, sin su mandato, sobre cosa que otro deve dar, o fazer, a que sea a su prol, maguer non lo consienta: en cualquier destas maneras que entrasse fiador un ome por otro, valdría la fiadura. E quando pagare el fiador por aquel a quien fia, tenuto es el otro de felo dar e fazer cobrar. Fuera ende en tres casos. El primero es, si el que entra fiador paga el debdo, o lo faze con entención de le dar por el otro aquello que fia, o de lo pagar por el para nunca felo demandar. El segundo es, si la fiadura es fecha por pro de si mismo, de aquel que entra fiador. E el tercero es, si quando entra fiador, lo fizo contra defendimento de aquel a quien fió. Como si se dixesse, non vos ruego que entres fiador por mi, ante vos lo defiendo, o diciendo otras palabras semejantes a éstas.»

La regulación de la fianza en las Partidas se acomoda a la misma orientación que siguieron posteriormente las legislaciones francesa e italiana. Cfr. varias resoluciones de ANTONIO GÓMEZ, cap. XII, *De los fiadores*, pp. 135 y 137; Colección de Códigos y Leyes de España, por ALBERTO AGUILERA Y VELASCO, 1.ª Sección de *Códigos antiguos*, t. III, Madrid, 1866; *Quinta Partida*, pp. 438 y ss.; *Fuero Real*, libro II, título XVIII, Colección de Códigos y Leyes de España, 1.ª Sección; *Códigos antiguos*, t. I, Madrid, 1865, pp. 247 y ss.; *Índice de las Leyes y Glosas de las Siete Partidas del Rey don Alfonso el Sabio*, por el licenciado Gregorio López de Tovar, t. III y II, Madrid, 1789: *Partidas III y IV y V*, glosadas por el licenciado Gregorio López, Ley XI (p. 820): «Pagando alguno de los fiadores todo el debdo en su nome, puede demandar a aquel a quien faze la paga, que le otorgue el poder que avia para demandar el debdo, contra los fiadores que fueron sus compañeros en aquella fiadura, e otrosí el que avia contra el debdo principal y Ley XII» (p. 821).

Art. 1.822 correspondiente al Proyecto de 1836: «El deudor principal está obligado a satisfacer al fiador todo lo que éste pagare por él en razón de dicha fianza, y además los gastos judiciales y extrajudiciales que de la misma se le originen.»

Art. 1.823: «Esta obligación del deudor tendrá lugar no sólo cuando la fianza se haya hecho a ruego o mandato suyo, sino también en el caso de haberla otorgado el fiador sin noticia del deudor, siempre que éste haya recibido la utilidad de la fianza, o que después de saberlo la haya consentido y aprobado.»

con la particularidad de que si aquél se refería a «la cantidad principal de la deuda» (108) el artículo actual comprende «la cantidad total» y los intereses legales, desde el momento que se comuniquen el pago al deudor, mientras que en el Proyecto de 1851 sólo eran exigibles los intereses de la cantidad principal.

La similitud de estos dos artículos con los del Código civil francés induce a establecer el paralelismo existente entre ambos ordenamientos; sin embargo, es objetable que, sin seguir una sistemática, al menos aparente, el legislador recogiera, en primer lugar, los efectos que la voluntad produce el pago del fiador, proponiendo seguidamente las excepciones a que tiene derecho antes de efectuar el pago. Como puso de relieve Scaevola (109), lo normal hubiera sido que en primer lugar se trataran los comportamientos que se computaban conformes a derecho antes del pago, pasando posteriormente a las consecuencias que éste produce, una vez efectuado, aunque también era partidario de la inaplicación de dicho artículo si la fianza se constituyó contra la voluntad del deudor.

El planteamiento sistemático de este artículo lo desarrollaron los comentaristas del Código civil en el estudio dedicado al pago generado por un tercero, distinguiendo, en dicho análisis, los distintos supuestos en que un tercero puede realizar el pago, fundamentalmente motivado por la redacción del último inciso del artículo 1.838. Inciso cuya ubicación quizá hubiera sido más acertada situarla en el primer párrafo, pues es el determinante de que la doctrina haya argüido los más diversos argumentos versados en las tres situaciones típicas reguladas en los artículos 1.158 y 1.159. Se distinguen, consiguientemente, las situaciones en que hayan mediado interés por parte del tercero en el cumplimiento de la obligación; conocimiento y aprobación del deudor o ignorancia de este último respecto al pago.

Art. 1.824: «La obligación de satisfacer al deudor el fiador según lo prescrito en los dos casos anteriores no tendrá lugar en los siguientes casos:

- 1.º Si el fiador hubiere manifestado, ante dos o más testigos idóneos, que pagaba con intención de no pedir jamás al deudor lo pagado.
- 2.º Si hubiere hecho el fiador la fianza por su propia utilidad.
- 3.º Si demandado el fiador no opusiere las excepciones legítimas con que pudiese destruirse la acción del acreedor.»

Art. 1.825: «En las excepciones de que se trata en el artículo anterior, no se comprenden las que son meramente personales del deudor o del fiador. Sin embargo, éste será responsable al pago de la deuda, si demandado en razón de ella no diere, pudiendo, aviso al deudor para que oponga a tiempo su excepción personal.»

Art. 1.826: «Si el fiador hubiere pagado una deuda a plazo, antes de llegar ésta, no podrá exigir el reembolso del deudor hasta que se verifique el cumplimiento de dicho plazo.»

LISSO GAITÉ, F. F.: *Crónica de la Codificación española*, Codificación civil (Génesis e historia del Código), vol. II, Madrid, 1970, p. 270.

(108) MUCIUS SCAEVOLA, t. XVIII. pp. 613 y ss.

(109) MUCIUS SCAEVOLA, ult. *op. cit.*, pp. 617 y ss.

Dos situaciones adoptan especial importancia en el estudio de la fianza por su confrontación con la regulación del pago en general.

Se crea una situación especial si el pago lo realiza un tercero contra la expresa voluntad del deudor. En dicho supuesto únicamente se reconocerá al tercero el derecho a interponer una acción de repetición consistente en la cantidad que haya resultado útil al deudor (110). Ello es resultado de una fuerte corriente doctrinal asentada desde los comienzos de la Codificación, principalmente francesa, que entiende que dicho artículo está expresamente dedicado al pago del fiador con conocimiento del deudor (111).

No obstante, de la redacción del último párrafo del artículo 1.838 se desprende el criterio de que es un beneficio que se concede en todo caso el fiador sin importar el conocimiento o la voluntad del deudor.

Este último inciso suscita otra duda: la ignorancia del deudor en el pago es coadyuvante únicamente para que el tercero no pueda compelel al acreedor a la subrogación, pero no es óbice para asignar al pagador una acción más restringida que la genérica de reembolso, como sucedería en los pagos realizados con desaprobación expresa del deudor.

La ubicación de dicho inciso, puesto que su regulación está referida a la subrogación, sería más precisa si se recogiera en el artículo siguiente. De la forma propuesta, el artículo 1.839 tendría perfecta coherencia, añadiendo al final de su párrafo primero: «...aun contando con la ignorancia del deudor» (112).

Si el artículo 1.838 en su último párrafo acepta dicho sentido y, en consecuencia, es posible atribuirle dicha interpretación, tendremos que la propia estructura del artículo 1.838 está confiriendo al fiador la acción de repetición por aquella cantidad que pagó, que de no haberse pactado expresamente, es la que previene el artículo 1.827 para la fianza simple, a la que se adicionaría la reclamación por los daños y perjuicios cuando procedan.

También podría encontrarse la justificación última de este precepto en los resquicios históricos que entendían que al fiador le correspondía únicamente una acción de enriquecimiento injusto, ya que en caso contrario el único beneficiado resultaría el deudor (113).

(110) DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, t. I, p. 589. GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 68.

(111) PONT, *op. cit.*, p. 119. GUILLOUARD, *op. cit.*, p. 211; en contra, BAUDRY-LACANTINERIE-WAHL, *op. cit.*, p. 568.

(112) HERNÁNDEZ MORENO, *op. cit.*, p. 237, justificando sus argumentaciones en los antecedentes históricos, fundamentalmente en el Proyecto de 1853, propone una nueva interpretación del art. 1.159, cuyo texto vendría a estar íntimamente vinculado al art. 1.210-2.º, en el que tendría especial relevancia «pagar en nombre propio».

(113) VON THUR, A.: *Tratado de las obligaciones*, trad. del alemán por W. Rocés, t. II, 1.ª ed., Madrid, 1934, pp. 27 y ss.

Para la doctrina hoy en día es inadmisibile, por las razones que manifestamos en un apartado posterior, y por la propia redacción del artículo 1.838, de la que parece desprenderse que el derecho de indemnización corresponderá siempre al fiador sin importar aquellas circunstancias que puedan incidir en el momento del pago en el ánimo del deudor.

El propio tenor «...tiene lugar aunque...» (114) parece indicativo de que no se podrá alegar ninguna excepción al pago siempre que haya pagado en tiempo y forma, cumplimentando los requisitos de notificación al deudor (115).

De todo lo expuesto se constata la estrecha vinculación de los conceptos tradicionales con un deseo de los juristas de romper los moldes y establecer criterios progresivos. Porque no podemos olvidar que el marco de la fianza se constituye sin tener en cuenta que ésta se establece sin contar ni con el beneplácito ni con la aquiescencia del deudor. Pero, al mismo tiempo, la tipología de la fianza, o mejor, su estructura, no ha prescindido de las remisiones continuas a la teoría del pago en general. Por ello mismo se incluye un precepto como el inciso último del artículo 1.838, en el que aparece la remisión a la ignorancia del deudor. Este inciso puede interpretarse de dos formas: o que el precepto está incluyendo la ignorancia en el sentido de que la acción de reembolso se da en todo supuesto, o contrapone, por exclusión, los casos de ignorancia de aquellos otros que se pueden realizar con la desaprobación del deudor.

En dicho supuesto, ¿qué valor tiene la desaprobación del pago del fiador por parte del deudor? Es válido interpretar que la desaprobación del deudor a la estipulación previa de fianza carece de importancia y que, por el contrario, su voluntad es operante en la medida en que incide en las acciones de las que el fiador puede beneficiarse.

Los autores clásicos —entre ellos, Merlin— entienden que la desaprobación expresa del deudor es impedimento para que el fiador pueda reclamar la acción de reembolso. Ya contaba este autor con la creencia de que el fiador debe pagar con el conocimiento del deudor (116). Se trata, aduce Pont, dando forma a las palabras de Mar-

(114) CAMPOGRANDE, V.: *Il Digesto italiano*, voz «Fideiussione», vol. XI, pp. 181 y ss.

MICCIO: *Dei singoli contratti e altre fonti delle obbligazioni*, «Commentario del Codice civile», libro IV, t. 4, 1966, p. 543. BO: *Nuovo Digesto italiano*, voz «Fideiussione», p. 1.119. FRAGALI: *Commentario di Scialoja-Branca*, «Della fideiussione...», cit., p. 369.

(115) En contra de dicha opinión, REDENTI: *Dizionario pratico del Diritto privato*, VIII, voz «Fideiussione», p. 137.

(116) MERLIN, *op. cit.*, p. 767. Criterio que, entre otros, suscribe GARCÍA GOYENA, *op. cit.*, pp. 157-158, apoyándose en el D.R. y en las Partidas, L. 4, tít. 1, libro 45 del Digesto y 12, título 12 de la Partida: El fiador que pagó, progibiéndolo el deudor, no tenía acción alguna para reclamar lo pagado. En contra de dicho criterio,

cadé (117), que desde el momento en que el fiador paga, en contra de la voluntad del deudor, nace un cuasi-contrato de gestión de negocios ajenos, con lo que el fiador podrá ampararse en la acción de reclamación de la cantidad empeñada (118).

Pont se muestra reacio a aceptar que al fiador no le compete ninguna acción ni es favorable a la tesis de aquellos que atribuyen al fiador una «actio in rem verso», entendiéndolo, como afirman algunos autores, que la actuación del fiador ha sido un acto de liberalidad (119).

La pretensión de los autores clásicos siempre fue justificar la existencia de un vínculo jurídico, ya fuera mandato o gestión de negocios ajenos, al mismo tiempo que se aprovecha para rechazar la opinión de los autores que atribuyen la «actio in rem verso», porque, aunque pueda aducirse que no se protege al que realice el desembolso patrimonial, también atenta a la equidad, puesto que uno de los principios que también hay que tomar en cuenta es que no hay que involucrarse en los negocios de otro en contra de su voluntad (120). Posibilidad que también justificaron los autores recurriendo a la figura de la donación, puesto que ésta requiere expresa manifestación de voluntad de aceptar por parte del donatario (121).

Por ello, los autores reconducen la posición del fiador que pagó contra la expresa voluntad del deudor, no en dejarle desposeído de todo recurso jurídico, sino en conferirle exclusivamente la acción de subrogación (122), porque, en efecto, la subrogación no distingue situaciones especiales, por lo que siempre que se efectúa un pago la consecuencia inmediata es la subrogación.

El único supuesto en que no cabe recurso alguno, estiman algunos autores, es cuando el fiador paga en su propio interés y, además, en contra de la voluntad expresa del deudor. Supuesto al que hay que asemejar si el fiador se comprometió con la intención de que su pago fuese correlativo a una manifestación de voluntad por su parte (123).

que establece el principio de que nadie debe enriquecerse a costa de otro, Manresa, *op. cit.*, p. 295.

(117) MARCADÉ: *Explication théorique et pratique du Code Napoléon, contenant l'analyse critique des auteurs et de la Jurisprudence et un traité résumé après le commentaire de chaque titre*, 5.^a ed., t. IV, París, 1852, art. 1.365.

(118) PONT, *op. cit.*, p. 126.

(119) TOULLIER: *Le Droit civil français, suivant l'ordre du Code*, 5.^a ed., París, 1830-1834, t. XI, núms. 55 y 63. ZACHARIAE, C. S.: *Cours de Droit Civil français*, t. III, Bruselas, 1850, p. 182.

(120) LAURENT, *op. cit.*, p. 247.

(121) AUBRY y RAU, *op. cit.*, t. IV, pp. 686 y 690. ZACHARIAE, *op. cit.*, t. II, p. 79.

(122) BAUDRY-LACANTINERIE-WAHL, *op. cit.*, p. 502.

(123) PONT, *op. cit.*, t. II, n. 245. GUILLOUARD, *op. cit.*, n. 176.

3. Contenido de la acción de regreso en la fianza simple

Como premisa hay que centrar la naturaleza de la acción que legitima a reclamar el contenido previsto en el artículo 1.838.

Los autores han empleado la denominación imprecisa de acción de reembolso, indemnización o de regreso.

No se puede negar que la atribución conferida en el artículo 1.838 pretende fundamentalmente resarcir al fiador por la cantidad desembolsada.

Sin embargo, el examen de los contenidos que dicho precepto condiciona desborda el ámbito específico, tanto de una acción típica de regreso como de repetición por el pago efectuado. En efecto, el precepto incluye conceptos como los de gastos surgidos después del requerimiento de pago al fiador o derecho a reclamar los daños y los perjuicios ocasionados con motivo de la fianza, que hacen que esta acción difiera del contenido típico de una mera acción de reclamación por la cantidad efectuada; puede decirse que el artículo 1.838 está englobando dos acciones: la genérica de reembolso, a la que se añade la legitimación para ejercitar una acción de reclamación de los daños y perjuicios surgidos, a los que cabría sumar los gastos ocasionados al fiador por el incumplimiento del deudor principal, pero que bajo ningún concepto podrían pasar a integrar el crédito debido al acreedor. Estas cantidades tienen su causa en la propia relación de fianza y, por tanto, son cantidades que nacen «ex novo». No sucede lo mismo con la cantidad principal, pues en ésta el fiador sucede al acreedor situándose en la misma posición que originariamente tenía el acreedor, aunque el crédito ya existía en la relación originaria.

Por regreso entendemos, desprendiéndonos de las raíces históricas que enclavan el mismo dentro de la solidaridad (124), la acción que, según se desprende de su propia etimología, aludida en páginas anteriores, legitima al sujeto que ha pagado a proceder en sentido inverso a cómo se realizó el pago.

Se constata que la redacción del artículo 1.838 en nuestro Derecho se limita a recoger los antecedentes históricos inspirados, a su vez, en el Código civil francés. La dificultad de interpretación de la génesis del precepto no fue más allá de la que hubiera podido promover la acción derivada del mandato o de la gestión de negocios ajenos.

García Goyena, sin ir más lejos, no se detiene en comentar estos artículos. Se limita a compararlo con la subrogación y a entender

(124) Criterio defendido, aun en la actualidad, por autores como RAVAZZONI: *La Fideiussione*, 2.ª ed., Milán, 1973, p. 219.

que esta acción es más amplia que la subrogación en cuanto abarca incluso el total de los intereses de las cantidades anticipadas (125).

El párrafo segundo se entiende referido al interés legal, excepto si se hubiera pactado un interés convencional.

Las cuestiones conflictivas de este artículo se pueden concretar en el alcance exacto de los conceptos que comprende.

No es un planteamiento meramente hipotético. Precisamente, la asimilación de los dos primeros conceptos facilita la argumentación de que el contenido de la acción de subrogación puede concordar con el contenido expreso de lo que genéricamente se entiende por regreso.

Como relación al fiador, todo lo debe pagar es deuda principal. Es únicamente mirando al deudor que se distingue entre capital e intereses (126). Concurren los autores en que previamente a la reclamación de los intereses el deudor debe haber incurrido en mora.

También la indemnización correspondiente al derecho del fiador puede saldarse, no admitiendo que se limite al reintegro de la deuda subsidiariamente satisfecha por el deudor, sino que además ha de comprender todos los gastos hechos por él mismo, aumentando la cantidad última, si se hubieran ocasionado daños y perjuicios, «pues al subrogarse en el lugar del deudor para el pago cumple con una obligación ajena, emanada de un contrato celebrado en exclusivo beneficio del deudor, sin mediar una retribución que le compense de lo que hubiera podido producirle el capital...» (127). Destacan los autores clásicos cómo el cómputo de los intereses es una mera aplicación del artículo 1.108.

Los prolegómenos de la Codificación francesa se caracterizaron por establecer paralelismos entre la acción de reembolso y la de gestión de negocios ajenos, aunque Chabot hizo constar expresamente en su informe al tribunal (128) la falta de fundamento de esta afirmación.

Como premisa hay que decir que Chabot partía de que la fianza era una institución de beneficencia, de lo que deducía que la pretensión del fiador era, ante todo, liberar al deudor de su obligación. De ahí que entendiera que el fiador se debía conformar con resarcirse de la cantidad desembolsada.

(125) GARCÍA GOYENA, *op. cit.*, p. 157.

(126) LAURENT, *op. cit.*, p. 244.

(127) MANRESA: *Comentarios...*, *op. cit.*, t. XII, pp. 291 y 292.

(128) CHABOT: *Rapport* n. 19 en Fenet, *op. cit.*, t. XV, pp. 46 y ss. PONT, *op. cit.*, t. II, p. 119.

El valor que dieron los autores franceses al artículo 2.038 francés fue el de una acción meramente indemnizatoria (129). Otros autores limitaron el contenido de esta acción a los supuestos en que la deuda se pagase en papel moneda (130).

Respecto a los intereses, el mayor problema que se suscitó fue llegar a un criterio interpretativo del momento en que comienzan a deberse los intereses al fiador.

La referencia de tratamiento jurídico entre la gestión de negocios ajenos y el mandato constata su estado latente, puesto que la normativa al respecto estima que debe contarse desde el momento en que se produzca la demanda judicial.

La divergencia de esta norma respecto al Derecho común se justifica, sobre todo, en que el fiador efectúa el pago en virtud de un mandato. Piensan los comentaristas del Código civil francés que a este supuesto se deberían aplicar las normas que regulan el contrato de mandato y en particular el artículo 2.001, según «l'intérêt des avances faites par le mandataire lui est dû par le mandat, à dater du jour des avances constatées». Inmediatamente surge el mismo criterio para regir la gestión de negocios ajenos.

La cuestión suscitó polémicas. Hubo autores que se mostraron contrarios a que el gestor pudiera beneficiarse de la norma contenida en el artículo 2.002 del Código civil francés.

Al decir este artículo que el fiador tiene derecho a los intereses, la Ley incluye también los de los pagos anticipados (131). Chabot, en su informe a la Cámara Legislativa, confirma esta interpretación, alegando que la finalidad del legislador era que el deudor indemnizara en su integridad al fiador, aunque se hubiera producido con el desconocimiento del deudor (132).

Respecto a los gastos, al igual que toda la doctrina, Wahl entiende que el concepto comprende en su generalidad los ocasionados en primer lugar, por culpa del deudor que el fiador estuviera obligado a pagar. Sin embargo, introduce una matización en el artículo 2.028-2.º párrafo, formulado de manera defectuosa, debiendo interpretarse que

(129) LAURENT, *op. cit.*, p. 224.

(130) PONSOT: *Du cautionnement*, p. 263, n. 234. CAMPOGRANDE, V., *op. cit.*, p. 442, exige como único requisito que se realice el pago de forma que el deudor no le pueda interponer alguna excepción. En el mismo sentido, SÁNCHEZ MEDAL: *De los contratos civiles*, México, 1976, p. 405. BRUGI, B.: *Instituciones de Derecho civil*, México, 1964, p. 376. FUZIER-HERMAN: *Code civil annoté*, t. VI, arts. 1.708 a 2.091 París, 1949, p. 811, n. 2. AUBRY y RAU, *op. cit.*, t. 6, parágrafo 427. PLANIOL y RIPERT: *Traité élémentaire de Droit civil*, tomos XI y II, París, 1917, n. 1.540 y 1.541.

(131) FENET, *op. cit.*, t. XV, p. 56.

(132) PONT: *Commentaire-traité...*, t. II, París, 1867, p. 121. LAURENT, *op. cit.*, p. 245.

en lugar de «néanmoins, la caution n'a de recours que pour les frais par elle faits depuis qu'elle a dénoncé au débiteur principal les poursuites dirigées contre elle» debería leerse «n'a de recours pour les frais par elle faits que depuis qu'elle a dénoncé...» (133).

Esta matización es importante. El artículo parece decir que el fiador carece de acciones para reclamar los gastos efectuados por el acreedor contra el deudor principal.

Es un error que incurre además en contradicción con el artículo 2.016 (134). Confrontado con el artículo 2.028 del Código civil, resultaría que la aplicación de este artículo perjudicaría al fiador, puesto que así no tendrá derecho a los gastos que está obligado a pagar y a ser reembolsado, según el artículo 2.016.

Delvincourt, seguido de la mayoría de autores, subraya que hay una negligencia en la redacción de dicha disposición. En lugar de decir el fiador sólo tiene acciones para reclamar los gastos producidos desde los requerimientos, es necesario añadir que el fiador carece de acciones por los gastos ocasionados posteriormente (135).

La última cuestión que plantea el artículo 2.028 del Código civil francés es si el fiador puede resarcirse por los daños y perjuicios ocasionados.

La redacción del artículo no dio lugar a pensar que se trataba de perjuicios causados por la demora en el pago que repercutirían sobre los intereses que acompañaban a la obligación principal. Hay que entender que se trata de perjuicios ocasionados al fiador en su actuación como garante.

Este principio se corresponde con el genérico de que cuando se produce un daño hay que repararlo.

Los autores franceses estudiaron este artículo vinculándolo al artículo 1.153 (136), que prevé los casos en que los intereses generales no sean suficientes para indemnizar al fiador de los daños que se le hayan ocasionado y al artículo 1.155 que prohíbe el anatocismo. De ahí la consideración de que también hay que tomar en cuenta el plazo de prescripción, que es de cinco años (137). En aplicación del artículo

(133) BAUDRY-LACANTINERIE-WAHL, *op. cit.*, p. 570. En el mismo sentido, ZACHARIE, *op. cit.*, p. 79.

(134) Art. 2.016 del Código civil francés: «Le cautionnement indéfini d'une obligation principale d'étend à tous-le, accessoires de la dette, même au frais de la première demande, et à tous ceux postérieurs à la dénonciation qui en est faite à la caution.»

(135) PONT, *op. cit.*, t. II, p. 123, n. 239 y 240.

(136) Art. 1.153-1.º del Código civil francés: «Dans les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme, les dommages-intérêts résultant du retard dans l'exécution ne consistent jamais dans la condamnation aux intérêts au taux légal, sauf les règles particulières au commerce et au cautionnement.»

(137) Art. 1.155: «Néanmoins les revenus échus, telles que fermages, loyers, asiéras de rentes perpétuelles ou viagères, produisent intérêt du jour de la demande ou de la convention.

lo 1.153, el 2.028 del Código francés concede especial derecho al fiador. En primer lugar, por las cantidades incrementadas con los intereses pagados en concepto de pago anticipado más la posibilidad de que el fiador pueda ejercitar una acción por daños y perjuicios, como consecuencia del pago, a la vez que se consideraría un motivo diferente de indemnización (138).

Por la necesidad que apuntábamos al principio, establecen un régimen de asimilación en el contenido de los artículos objeto de nuestro estudio. Manresa seguía este criterio interpretativo, considerando que el beneficio de subrogación es el medio de llevar a efecto el derecho de indemnización del artículo 1.838, excepto en los tres casos siguientes (139):

- 1.º Si el fiador hubiera pagado con intención de no repetir contra el deudor por una donación o un perdón respecto al fiado.
- 2.º Si la fianza se constituyó en beneficio del fiador.
- 3.º Si el fiador se erigió como tal contra la voluntad del obligado principal.

No obstante, como afirma Barbero (140), la doctrina fue muy propicia a diferenciar las consecuencias jurídicas, basándose en el comportamiento del tercero pagador y en el conocimiento y actitud del deudor ante un traspaso de responsabilidades. Al hablar de la fianza es ocioso diferenciar el nivel de conocimiento que tenga el deudor, siendo ésta una de las características más importantes que la apartan de la normativa general del pago realizado por tercero y del pago con subrogación. Uno de estos efectos diferenciadores es que el obligado subsidiario tendrá siempre derecho a la indemnización de los gastos que acompañen al pago de la cantidad inicial, al mismo tiempo que se ha de tener presente el efecto automático de la subrogación en los derechos del acreedor.

Con el derecho de regreso, resultante del contrato de mandato o gestión de negocios ajenos, el fiador podrá repercutir sobre el deudor, no sólo lo que consiguió por el ejercicio de la subrogación legal,

La même règle s'applique aux restitutions de fruits, et aux intérêts payés par un tiers aux créanciers en acquit du débiteur.»

Artículo 2.277: «...prescrivent par cinq ans les actions en paiement:

...Des intérêts de sommes prêtées, et généralement de tout ce qui est payable...»

PLANIOL, *Traité élémentaire de Droit civil*, t. II, 7.ª ed., París, 1917, pp. 731 y 732, que comparte el criterio expuesto.

(138) LAURENT, *op. cit.*, p. 247, n. 1.

(139) MANRESA, *op. cit.*, t. XII, p. 300.

(140) BARBERO, D.: *Sistema de Derecho Privado*, t. IV, Contratos, Buenos Aires, 1967, p. 526.

sino también los intereses de la cantidad abonada desde el día que se comunicó al deudor que se había liquidado la deuda (141).

La combinación de la legitimación a que estos preceptos dan derecho, induce obviamente al planteamiento confrontado de las dos acciones.

También el Código civil italiano, al igual que el español, justifica la referencia a los daños sufridos por la disminución del patrimonio, encontrando su apoyo en el artículo 1.227 del Código civil italiano (142).

El legislador italiano siguió el ejemplo del francés en cuanto a los principios necesarios para que se produjera el regreso, estableciendo, de manera similar a la normativa francesa, una excepción a que el fiador pudiera proceder a recuperar la cantidad destinada al pago. Si el fiador paga una cantidad superior a la que debía el deudor, no podrá reclamar el excedente por vía de regreso (143), pero sí en virtud de los gastos derivados de la fianza que protege el artículo correlativo a nuestro 1.838.

VII. ESTUDIO DE LA DUALIDAD DE ACCIONES

Al carácter automático que se confiere a la subrogación «ope legis» en la relación de fianza sólo es posible atribuirle el carácter de derecho potestativo con la consiguiente posibilidad de renuncia del fiador.

Desde el momento en que éste paga, el ordenamiento jurídico le confiere dos acciones. Estos remedios, o mejor, mecanismos jurídicos tienen la finalidad de resarcir al fiador de la cantidad desembolsada en el cumplimiento de la obligación que contrajo.

El fiador, sin embargo, se encuentra ante dos opciones que requieren un tratamiento sistemático, pues la formulación simultánea o sucesiva de ambas cuestiona a priori el interrogante de si los artículos 1.838 y 1.839 presentan el juego alternativo o simultáneo de dos acciones; es decir, si hay un reconocimiento explícito en la Ley de dualidad de remedios jurídicos o, por el contrario, son formulaciones desde puntos de vista diversos de la misma acción; esto es, ¿se reconoce la existencia de una acción que precisa en su fase de ejecución de la existencia de la otra?, o, simplemente, ¿se trata de acciones que están respondiendo a dos aspectos distintos de una misma relación?

(141) CORSI, *op. cit.*, p. 120.

(142) «I danni sono in genere dovuti al creditore per la perdita sofferta e pel quodogno di cui gli fu privato.»

(143) CORSI, *op. cit.*, p. 65.

Pero aun ofertando estas posibilidades no hay duda del reconocimiento explícito de esta doble atribución de acciones, que responden a unas connotaciones, no sólo de origen histórico, sino en último extremo a alguna finalidad del legislador despojada de los antecedentes históricos.

Aun a pesar del progreso de los juristas, principalmente italianos, por mantener posturas desmembradas de su origen histórico, lo cierto es que la estructura de los artículos 1.838 y 1.839 pensamos que responde al esquema típico de la relación externa de solidaridad (144). Basta para ello desdoblar las relaciones del acreedor con el fiador de una parte, y de otra, la derivada del nexo fiador-deudor.

De la primera de ellas surgirá el beneficio de subrogación, y de la segunda, una mera acción de indemnización.

Como se desprende de la órbita, tanto de su contenido como de la actuación de cada una de ellas, la finalidad económica a la que responden es idéntica: el resarcimiento de lo desembolsado, aunque sin embargo, la respuesta y, consiguientemente, los efectos jurídicos son diferentes (145).

También se constata que estos dos artículos son reflejo de la tradición histórica que se aportó en la Codificación. Así pues, se distinguen ámbitos distintos según los sujetos intervinientes en la obligación. A este respecto, la relación se desdoblaría en la surgida entre acreedor-fiador de la que derivaría la relación de subrogación, y de otro, la nacida entre fiador-deudor que se correspondería con lo que originariamente fue la acción de gestión de negocios ajenos o de mandato que se consagró en el artículo 1.838.

El contenido de ambas acciones ya quedó determinado en páginas anteriores. Incluso puede decirse que en ocasiones es concurrente. ¿Permite esta afirmación llegar a la conclusión de que en las circunstancias en que estos eventos concurren se fusionan ambas acciones?, o lo que es lo mismo, ¿hay que presuponer que el ejercicio de una acción entraña el de la otra?

La cuestión fundamental para clarificar la posible confusión que se puede suscitar, pensamos que gira sobre el carácter que se confiere a la subrogación.

(144) RAVAZZONI, A.: *La fideiussione*, 2.^a ed., Milán, 1973, p. 219.

(145) MESSINEO: *Manuale di Diritto...*, *op. cit.*, p. 371.

1. Carácter automático de la acción de subrogación

El cambio operado en los antecedentes históricos permite llegar a la conclusión de que el artículo 1.210-3.º establece una presunción «iuris tantum». Sin embargo, el supuesto del artículo 1.839 es una atribución que la Ley confiere de manera directa y automática al fiador.

La redacción de este artículo nos sugiere dos planteamientos:

En primer lugar, destacar que no puede contemplarse de la misma manera, al menos doctrinalmente, los supuestos del artículo 1.210-3.º (146), con el del artículo 1.839, quizá porque la matización que haga el legislador venga a indicar que el beneficio que se arroga al fiador es inherente a la relación misma de fianza. De forma tal, que cuando el fiador se comprometa a pagar por otro, conoce de antemano que su prestación se verá garantizada por la atribución de la acción de subrogación.

En segundo lugar, la subrogación la atribuye la Ley a todo fiador por el hecho mismo del pago. Desde esta posición es factible afirmar que el fiador se subroga en la posición originaria del acreedor para proceder posteriormente a ejercitar su correspondiente derecho de reembolso (147). Ahora bien, el campo en el que se configura la fianza es el campo del Derecho dispositivo (148), por lo que, si bien la Ley

(146) El interesado, que apoya su derecho en el art. 1.210-3.º, goza de las presunciones legales condicionadas a la adquisición del crédito, que podrá oponer de manera automática, aunque su ejercicio quede supeditado a la aceptación del interesado. BETTI, E.: *Teoria generale delle obbligazioni*, Milán, 1953, p. 64.

(147) Para algunos autores, el derecho que nace al reembolso por parte del fiador tras haber pagado constituye un elemento típico de la estructura de la relación de fianza. RUGGIERO: *Instituciones de Derecho civil*, vol. II, Madrid, 1931, p. 111. RAVAZZONI, A.: *Novissimo Digesto italiano*, t. VII, voz «Fideiussione» (Diritto civile), p. 290.

(148) Aunque la doctrina no es pacífica en este punto, la aparición de nuevos tipos normativos, que alteran sustancialmente los presentes en los Códigos, nos induce a hacer algunas breves referencias a ciertas figuras normadas como los seguros de afianzamiento que un amplio sector de la doctrina, siguiendo la italiana recogida por FONT GALÁN, G.: *Natura e disciplina giuridica delle polizze fideiussorie rilasciate dalle compagnie d'assicurazione. Estratto da Assicurazioni*, «Riv. di Diritto, Economia e Finanze della Assicurazioni privata», año XLII, mayo-agosto 1976, fasc. 3-4, pp. 216 y ss., entre los que se encuentran FONT RIBAS y EMBID IRUJO: *El seguro de caución: Régimen jurídico convencional y naturaleza jurídica*, pp. 1064-1.077, en especial pp. 1072 y 1074, en la Ley T. 1986-2. VICENT CHULIÁ F.: *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, t. II, 2.ª ed., Barcelona, 1986, p. 536, entienden que algunos de los contratos de garantía a primer requerimiento tienen la misma naturaleza de la fianza, aun en contra de la opinión de prestigiosos juristas, como GARRIGUES J.: *Contrato de seguro terrestre*, Madrid, 1982, p. 199, para quien la naturaleza jurídica propia del contrato de seguro es distinta de la de tercero que se sobroga en los derechos del acreedor y no encaja en ninguno de los casos previstos, ni en el artículo 1.210 ni en la subrogación del fiador frente al deudor principal y la opinión de OLIVENCIA RUIZ, M.: *Seguros de caución, crédito, responsabilidad civil y reaseguro*, arts. 68 a 79 de la Ley, en «Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro», Madrid, 1982, p. 880,

atribuye de manera automática el beneficio de subrogación, ello no conlleva que el fiador se vea obligado a ejercitarlo, aunque también cabría pensar que toda actuación de este debe verse mediada por la subrogación en los derechos del acreedor.

El automatismo que se atribuye a la subrogación legal no parece que haya que interpretarlo en estos términos, máxime cuando la Jurisprudencia ha venido reconociendo sistemáticamente dos opciones al fiador, e incluso, si estableciéramos un cierto paralelismo con el ejercicio de los artículos 1.158 y 1.159, el Tribunal Supremo en determinados supuestos, se ha pronunciado por interpretar que el ejercicio de una acción excluye automáticamente la otra (149).

La interpretación más adecuada sería aquella que armonizase la máxima protección al fiador, atribuyendo un crédito que, respecto a otros, es reforzado, pero que simultáneamente trate de dotarle de un criterio sincronizado con el derecho de reembolso que también tiene el fiador, expresado en el artículo 1.838.

Con relación a este extremo, si la subrogación opera con efecto automático (150), el fiador siempre estará ejercitando la subrogación para obtener la correspondiente acción de reembolso y, en consecuencia, el regreso será la forma dinámica del ejercicio de la subrogación (151). Si, por el contrario, la subrogación requiere un acto de

basando su argumentación en que es la propia Ley la que reconoce la naturaleza asegurativa de las mismas. No obstante, entendemos que, al menos sea, porque al margen del artículo 43 de la L.C.S., dada la tendencia del legislador a aplicar la subrogación a instituciones de la más variada índole, quizá la vía para acceder a un estudio más pormenorizado de la subrogación sea la comparación del tratamiento que se confiere a la misma en figuras próximas o afines a la fianza.

En el ámbito asegurador, con anterioridad a la promulgación del L.C.S. de 8 de octubre de 1980, un amplio sector de la doctrina entendió que la subrogación tenía carácter automático. DUQUE DOMÍNGUEZ, J.: *Coloquio sobre el seguro obligatorio de automóviles*, Comunicación número VI, A., *La acción directa contra el asegurador. Subrogación y derecho de repetición*, Madrid, octubre, 1963. Del mismo autor, *Subrogación en el seguro de automóviles a todo riesgo y derecho de repetición del asegurador frente al asegurado* (S.T.S. 14-12-1966), «Rev. de Derecho de la Circulación», 1967, pp. 405-416, en especial p. 411.

Tras la aparición de dicha Ley, cuyos preceptos, en virtud de su artículo 2, se consideran normas de Derecho imperativo, el carácter polémico sobre el automatismo recogido con carácter general en el artículo 43, desapareció, puesto que será la voluntad del asegurador la que deberá pronunciarse a favor de ejercitar dicho derecho potestativo. Al respecto, SÁNCHEZ CALERO: Comentario al art. 43, «Subrogación del asegurador», en *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil especial*, vol. I, arts. 1 a 44, Madrid, 1984, pp. 643-645.

(149) Vide Comentario a la Sentencia de 29-5-1984, por BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO, «C.C.J.C.», abril-agosto 1984, n. 5, pp. 1719 y ss.

(150) En este sentido se pronunció TIRADO SUÁREZ: *La renuncia a la subrogación del asegurador*, pp. 60 y ss., antes de la promulgación de la L.C.S.

(151) MICCIO, R.: *Dei singoli contratti e altre fonti delle obbligazioni*, «Comentario del Codice civile», libro IV, t. 4.º, Turín, 1966, p. 543.

petición para su concesión, estará justificado cuestionarse la dualidad de acciones.

Esta descripción del procedimiento que opera inmediatamente al pago no hace más que describir la vinculación existente entre las dos acciones.

La subrogación no transfiere el crédito de modo originario, sino derivado, puesto que la transferencia traería causa en la relación establecida entre el acreedor y el deudor (152). Por lo tanto, la subrogación opera de forma que el solvens sucede en la relación obligatoria en el mismo lugar por el que paga.

La subrogación trae causa de una relación anterior establecida entre el acreedor originario y el deudor, pero ello no es óbice para que ambas acciones nazcan como consecuencia del pago, si bien cada una con sus respectivas peculiaridades. Por tanto, la subrogación en la fianza opera de modo automático por la sola fuerza de la Ley, sin que se requiera la voluntad del sujeto agente, que, como dice Andreoli, se traduce en la manifestación de un derecho potestativo a ejercitar los derechos que la Ley le permite, a lo que también hay que añadir que, aunque sea de carácter legal, no actúa independientemente de la declaración del tercero de querer subrogarse en la posición del acreedor satisfecho (153). También algunos autores extraen de ahí la diferencia entre subrogación legal y convencional. Esta última operaría en el sentido indicado en función del regreso, mientras que la expresada en el artículo 1.210-2.º deja condicionado su ejercicio a la aceptación del interesado (154).

(152) MICCIO, R.: *Delle obbligazioni in generale...*, Libro IV, t. I, *op. cit.*, p. 154. RAVAZZONI: *La fideiussione, op. cit.*, p. 225. BETTI, *op. cit.*, p. 68. Comparten estos autores la tesis de que, mientras la acción de regreso surge de manera originaria, la subrogación tiene naturaleza derivativa.

También SÁNCHEZ CALERO: *Comentarios a la L.C.S.*, vol. I, *op. cit.*, p. 638, vinculando el art. 1.212 del Código civil con los arts. 43 y 82 de la L.C.S.

BUCCIASANO: *La surrogazione per pagamento*, Milán, 1958, p. 41.

(153) ANDREOLI, G.: *Note critiche in tema di subingresso ex art. 1.259 C.c.*, en «Studi Parmensi», Milán, 1953, pp. 132 y 150. Del mismo autor, *Note in tema di surrogazione dell'assicuratore*, en «Riv. trim. Dir. Proc. Civ.», 1955, p. 1110. DE MARTINO: *Commentario teorico pratico al Codice civile*, Libro IV, *Delle obbligazioni*, Roma, 1976, p. 701. RAVAZZONI: *La Fideiussione, op. cit.*, p. 228, se muestra abiertamente reacio a admitir el estricto carácter automático de la subrogación, suscribiendo el mismo criterio de los autores citados, de que dicho carácter es seriamente discutible en cuanto la misma queda condicionada a una manifestación de voluntad del subrogado, al mismo tiempo que en su argumentación diferencia dos momentos abstractos de la subrogación: La que él denomina «verdadera o real y propia», mediante la cual el sujeto subentra en la posición jurídica de otro individuo y la acción que compete a aquél respecto al tercero para situarse en la posición del acreedor.

En el mismo sentido, BUCCISANO, O.: *La surrogazione per pagamento*, Milán, 1958, p. 105.

(154) BETTI, E.: *Teoria generale...*, *op. cit.*, p. 64.

Sin embargo, también el carácter automático de la subrogación podría cuestionarse, puesto que se afirma que ésta no se produce en el mismo momento, sino en otro sensiblemente distinto y sucesivo al pago, en el que el derecho del acreedor se ha despojado de su esfera de atribuciones (155).

Como bien señala Andreoli, es un automatismo relativo y no absoluto. Bajo una fórmula legislativa, alusiva a un cambio jurídico, se produce un cambio ex uno latere automático sin precisar la cooperación del sujeto sobre el que pasivamente incide la mutación. Deducciones que hacen concluir a este autor en que el derecho a su subrogación no puede ser cosa distinta al «poder de subrogarse» (156).

En esta línea de pensamiento, en la que se parte del presupuesto de que la subrogación es renunciable, equipara en su apreciación Magini (157) la legal y la convencional, incidiendo en que la subrogación no es una cuestión de orden público y que, en consecuencia, las partes son libres para modificarla, puesto que el efecto de dicha convención se produciría inter partes sin perjudicar a terceros (158). Por ello, la única postura que permite encontrar un punto de encuentro entre el carácter imperativo con que la Ley infiere la subrogación en el ámbito del Derecho dispositivo es sugerir que, quizá, la subrogación se pueda concebir como un derecho potestativo de carácter adquisitivo (159), porque de esta forma, el carácter expreso con que la Ley atribuye la subrogación destaque su valor de derecho concedido expresamente y no así otros beneficios como el de excusión o de división. Este automatismo tiene sentido en cuanto hay que entenderlo como derecho cuya renuncia deba de hacerse posteriormente mediante una declaración expresa en la que no cabe entender que si se hace renuncia de los beneficios, se encuentra implícitamente com-

(155) FERRARINI: *Le assicurazioni marittime*, Milano, 1971, pp. 320 y ss.

(156) ANDREOLI: *Note critiche...*, *op. cit.*, pp. 146-147. En materia de Derecho de seguro, «frente a la concepción tradicional recogida en la Exposición de Motivos de Código, de transmisión “ipso iure” del derecho de crédito del asegurado contra el tercero responsable al asegurador, se quiso indicar al intérprete que esa subrogación no era automática, ya que necesitaba, además de otros presupuestos, la voluntad del asegurador de subrogarse». SÁNCHEZ CALERO, F.: *Comentarios a la Ley del Contrato de Seguro...*, *op. cit.*, vol. I, p. 632. En contra de dicha argumentación, GARRIGUES: *Contrato de seguro terrestre*, *op. cit.*, p. 199: «...La subrogación del asegurador opera por la sola fuerza de la voluntad de la Ley y no exige ni formalidad alguna ni convenio especial entre asegurado y asegurador, en cambio, para excluir, la subrogación se necesita un convenio entre asegurador y asegurado...».

(157) MAGINI, U.: *La surrogazione per pagamento nel Diritto privato italiano*, Torino, 1924, p. 219.

(158) BUCCISANO O., *op. cit.*, pp. 53 y ss.

(159) GIORDANO: *Sulla natura giuridica dell'azione del mandante verso il terzo debitore prevista dall'art. 1.705 C.c.*, «Riv. Dir. Comm.», 1953-I, p. 110. Partiendo de la concepción no automática de la subrogación, SÁNCHEZ CALERO: *Ley de Contrato de Seguro*, vol. I, *op. cit.*, p. 645.

prendida la renuncia a la subrogación porque es un derecho autónomo (160).

2. Estudio comparado de ambas acciones

Partimos de la hipótesis de que el pago del fiador se ha realizado cumpliendo todas las formalidades preceptuadas por la Ley, y que, en consecuencia, las excepciones previstas en los artículos 1.840 a 1.842, oponibles tanto en el ejercicio de la acción de subrogación como del regreso, se van a poder alegar, por lo que dejamos su estudio para un trabajo posterior.

La aplicación de las excepciones, tanto a la subrogación como al regreso, no sigue en todas las figuras jurídicas el mismo régimen.

En otras figuras con las que se pudiera establecer ciertas afinidades en la materia relativa a la subrogación y al regreso, como en el régimen general de seguros, y en particular, en los de crédito y caución, las excepciones únicamente las podrá oponer el asegurador si se subroga, privilegio jurídico del régimen que afecta a la mera acción de reintegro que corresponde soportar al asegurado (161).

Por último, puede observarse incluso cómo distintas instituciones o figuras jurídicas utilizan el término subrogación.

Todas estas instituciones tienen previsto el mismo mecanismo de ejecución posterior al pago.

(160) BUTERA, *op. cit.*, p. 194.

(161) GÓMEZ CALERO, J.: *Los derechos de reintegro del asegurador en la Ley de Contrato de Seguro*, en «Comentarios a la Ley...», vol. II, p. 749, establece cierto paralelismo entre la fianza y el art. 68 del seguro de caución, que reconoce una acción de reembolso del asegurador contra el tomador-deudor de la obligación asegurada, que, en opinión de este autor, ofrece el mismo fundamento que la acción del artículo 1.838 del Código civil.

La vinculación, por tanto, se establece con dicho artículo, pero no con el régimen de subrogación en la obligación que se impone al asegurado, o en su caso, al tomador del seguro a ceder el crédito al asegurador una vez satisfecha la indemnización, puesto que queda limitada a una disposición de hacer, independiente del sistema general de subrogación del artículo 43. Es una acción propia del asegurador frente a la cual el tomador-deudor no podría oponer las excepciones que tuviera frente al asegurado-acreedor como ocurre en la subrogación. VICENT CHULIÀ, F.: *Compendio crítico...*, t. II, *op. cit.*, p. 538. Establece OLIVENCIA: *Seguros de caución, crédito, responsabilidad civil y reaseguro, arts. 68 a 79 de la Ley*, en «Comentario a la Ley de Contrato de Seguro», t. I, Madrid, 1982, pp. 880 y ss., la diferencia de situaciones jurídicas que se producen entre el art. 43 y el art. 68. En el primer artículo opera la subrogación, mientras que en este último no sucede lo mismo, puesto que, añade el autor, de ser así, sobraría el último párrafo de dicho precepto. El referido artículo no contempla (p. 882), «un simple mecanismo subrogatorio, sino la concesión al asegurador de un derecho propio, nacido del contrato y frente al cual, el tomador no podrá oponer las excepciones que tuviere contra el asegurado».

Si, evidentemente, consecuencias parejas pueden extraerse de todas ellas, no es menos cierto que algunas matizaciones las separan entre sí.

Una primera afirmación categórica que podría establecerse de la subrogación es que no puede calificarse como un mero efecto del pago. Su propio contenido hace pensar que la causa originaria que subyace en la relación establecida entre el acreedor y el deudor principal motiva que la propia institución genere un mecanismo de actuación propio, distinto en el ámbito del derecho de seguros del régimen previsto en los supuestos de pago de tercero, porque hay que constatar que la subrogación afecta más o menos directamente a distintas figuras del Código civil. Fundamentalmente, los artículos 1.209 a 1.213; el 1.085 de subrogación limitada y referida al adjudicatario de fincas hipotecadas que hubiere pagado la deuda; si bien, teniendo en cuenta que se le autoriza la subrogación contra los coherederos del adjudicatario mismo, tan sólo para repetir de cada uno de ellos su parte proporcional; el 1.521, que califica de subrogación la colocación del retrayente legal en el lugar y condiciones del que había adquirido la cosa objeto del retracto; incluso el artículo 519 califica de subrogación el deber del propietario de fincas usufructuadas por otro para ofrecerle y entregarle otra de igual valor en caso de expropiación por causa de utilidad pública cuando el propietario no prefiera abonarle al usufructuario el interés legal del importe de la indemnización. Y por último, de subrogación trata igualmente el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, en su apartado 8.º.

Este amplio abanico de supuestos es reflejo de que en figuras jurídicas desconexas entre sí, el ordenamiento jurídico reacciona de manera similar confiriendo la subrogación. ¿De toda esta gama de situaciones que configuran el derecho a la subrogación es posible derivar unos presupuestos semejantes para que se produzca?; o por el contrario, ¿la subrogación opera de diferente manera según la situación jurídica creada? ¿Es un mero efecto que podría asimilarse a una acción de reembolso con unas peculiaridades que la apartarían del régimen general?, ¿o la subrogación supone un complejo mecanismo para recobrar lo desembolsado en que la ratio es la protección del fiador?

La solución parece apuntar por esta última posibilidad. Calificar de mero efecto del pago a una figura jurídica que trae causa de una relación anterior derivada de la obligación estipulada entre el acreedor originario y el deudor a la que además, caso de haberlas, se añadirían las garantías accesorias del crédito principal, con exigencia de justificar el título en virtud del que se demuestra el pago, mecanismo que pone en funcionamiento la transmisión del crédito y garantías, ejecutadas o no, parece menoscabar el propio significado de la subrogación. Si fuera una mera acción, como el reembolso, nacería en el momento del pago, y no anteriormente, con causa precisamente en

el enriquecimiento del deudor y con la amplitud de plazo propio de todas las relaciones crediticias.

Dotar de un repertorio dual de acciones también implica establecer los criterios de legitimación en base a los cuales es posible el ejercicio conjunto, alternativo o individualizado de cada una de ellas.

La subrogación surte sus efectos desde el mismo momento del pago, aunque la relación causal en que se justifica quede establecida por la relación anterior surgida entre el acreedor y el deudor principal. El fiador tendrá, por tanto, que reclamar del acreedor la justificación de la relación causal existente con el deudor y en conformidad a ello, y por el cumplimiento de la fianza, reclamará que se le transifieran los títulos pertinentes para exigir la subrogación. Esta exigencia tradicionalmente se correspondía con la Carta de Lasto que el fiador solicitaba del acreedor.

El pago del fiador genera, en primer lugar, un efecto legal que es la mutación de la posición del fiador a la que previamente ocupaba el acreedor.

Consecuencia inmediata es que la subrogación propugna un sistema traslativo del crédito que, incluso en ocasiones, condicionado por las garantías que ostente el acreedor, podría asemejarse al modo que es el mecanismo que sirve para transferir el dominio sobre determinados derechos reales y que, llevado a sus últimas consecuencias, estableciendo remotamente cierta semejanza con la teoría del título y del modo en la traslación del dominio, cabría atribuir al pago de la fianza el correspondiente parangón con el papel que desarrolla el modo, como vehículo transmisor.

Esta mera cábala jurídica suscita otra a su vez... Si entendemos siguiendo la certera afirmación que hace Delgado Echeverría (162) que la subrogación constituye la puerta por donde debe darse entrada a los elementos constitutivos de la misma, siguiendo el hilo de esta argumentación habría que preguntarse si constituye un elemento típico o constituyente de la relación de fianza (163), siempre teniendo presente que al movernos en la esfera del Derecho positivo, no es elemento necesario de constitución de la misma, puesto que cabe la renuncia de las partes afectadas, aunque sí puede ser elemento determinante de su extinción (164).

(162) DELGADO ECHEVERRÍA: *Elementos del Derecho civil*, t. II, *op. cit.*, p. 347.

(163) FRAGALI, *op. cit.*, p. 628.

(164) En dicho sentido, GUILLARTE: *Comentarios al Código civil...*, *op. cit.*, art. 1.852, pp. 326 y ss., que interpretado a sensu contrario es causa de subsistencia de la fianza.

Otro factor a analizar es la trascendencia del deber de diligencia exigida en el artículo 1.852 al acreedor. Este sujeto tiene la obligación, impuesta por la Ley, aunque también se puede renunciar a ella, como sucede en la práctica bancaria francesa (165), de proveer las medidas necesarias para que subsista la subrogación. La falta de alguno de estos requisitos podría propender a cuestionarse si simultáneamente a la falta de diligencia aparece el nacimiento de una obligación de cumplimiento por parte del acreedor de conferir la subrogación, aunque la consecuencia jurídica sería similar: El incumplimiento del acreedor conlleva como sanción la extinción de la fianza.

Este deber del acreedor y la correspondiente acción por el incumplimiento de la misma no creemos que resulte ineficaz. Sin embargo, reiteramos que el ámbito del Derecho en el que se desarrollan estos preceptos es de Derecho dispositivo, y por ello mismo, no hay que olvidar que, aunque en principio se considere como un mecanismo integrado en la propia relación de fianza del que el fiador tiene pleno derecho antes de la configuración de la misma a pretenderlo, es perfectamente posible la renuncia del fiador a ella.

Expuestas estas someras conjeturas, en el derecho de reembolso, la acción que surge tiene un origen y una finalidad diversa de la subrogación.

Nace, como el propio Tribunal Supremo ha reiterado, con la pretensión de evitar un enriquecimiento injusto por parte del deudor. Esta acción, por nacer en el mismo momento del pago tiene título originario a diferencia de la subrogación. También las acciones que provienen de la relación con el acreedor y que el fiador pudiera ostentar contra el deudor son inoponibles por su parte. Responde este criterio a la diferenciación entre las de carácter personal derivadas de esa misma relación, mientras que las específicas de la fianza atienden a supuestos de pago ineficaz, anticipado o realizado de manera no conforme a Derecho.

La relación causal que legitima para ejercitar dicha acción también es diferente, puesto que basta la mera demostración de que ha mediado el pago del fiador.

El segundo aspecto que merece nuestra atención es el referente al contenido de cada una de estas acciones.

El análisis del mismo ha sido desarrollado en otro apartado, por lo que resultaría ocioso tratarlo de nuevo. Sin embargo, en el «iter» de nuestra exposición interesa resaltar la disparidad de contenidos de las mismas.

(165) BETANT-ROBERT, S.: *La décharge de la caution par application de l'article 2.037*. «Revue Trimestrielle de Droit civil», 1974, pp. 312 y ss.

Los derechos que se adquieren con la subrogación provienen de los derivados del crédito originario del acreedor. El fiador se subroga en la misma posición del acreedor únicamente por la cuantía que se pagó. Esta alegación se justifica en los artículos 1.839-2.º y 1.213-2.º, a lo que se añade el particular interés de que la subrogación sirve como elemento determinante para conferir las garantías, si las hubiere. La subrogación limita la reclamación al montante de las cantidades nacidas en virtud de la estipulación principal pactada entre acreedor y deudor (166).

Por el contrario, la acción de reembolso legitima la reclamación del débito pagado justificando simplemente el desembolso patrimonial efectuado.

La disparidad del origen y del contenido de ambas conduce a establecer en el siguiente apartado las bases para el ejercicio alternativo, simultáneo o cumulativo de los artículos 1.838 y 1.839.

Dos hipótesis han quedado esbozadas: Subrogarse en la posición del acreedor, o bien ejercitar directamente la vía del regreso.

Al fiador le interesará en determinadas circunstancias optar por la simple acción de reembolso. El problema se presenta si la subrogación siempre se confiere «ope legis» y al fiador le corresponde, en consecuencia, la titularidad de ambas, ¿qué sucede con el ejercicio de las mismas?, ¿hay que entender que el mero ejercicio del regreso excluye la subrogación o, por el contrario, que el ejercicio de una está presuponiendo total o parcialmente el ejercicio de la otra?

En principio, en coherencia a la propia naturaleza de la subrogación, hay que pensar que la opción por ésta únicamente podrá realizarse en el momento de pagar, o como sucede en la práctica e indica algún autor, en un momento inmediatamente sucesivo al pago de la fianza (167). Por el contrario, con la acción de indemnización no sucederá lo mismo.

El Tribunal Supremo confiere de manera indiscriminada el ejercicio de ambas acciones, reconociendo indistintamente la sustantividad

(166) En los seguros contra daños es característico que, una vez se haya pagado la indemnización, se subroga el asegurador contra el causante del daño para resarcirse hasta el límite de lo pagado. Vide art. 43-1.º, L.C.S.

VICENT CHULIÁ: *Compendio...*, vol. II, *op. cit.*, p. 508. En relación con el art. 43 de la L.C.S. CUNAT EDO: *Comentarios a la Ley...*, vol. I, *op. cit.*, tras destacar que el precepto establece una forma específica de cobertura fijada por la Ley, porque excede del ámbito del art. 1.903 (p. 560), destaca que el precepto establece un derecho que surge para el asegurador como consecuencia del pago de la indemnización y cuyo contenido está delimitado por el importe de aquello que se obtiene subrogándose en la misma posición jurídica que ostentaría el asegurado (p. 559).

(167) BUCCISANO, *op. cit.*, pp. 40-41. MAGINI, *op. cit.*, p. 166.

de cada una de ellas (168), aunque también hay supuestos en los que se opta directamente por el ejercicio del derecho de reembolso propio del artículo 1.838 (169).

De manera más aislada, algún fallo del Alto Tribunal se ha pronunciado por manifestar que la subrogación confiere el título para proceder al reembolso (170), aunque puede afirmarse que el criterio de unanimidad que recogió la doctrina y también la Jurisprudencia, comenzó a ponerse en entredicho con la polémica que se empezó a suscitar en el Derecho italiano y que actualmente recogen algunos de nuestros autores. A la luz del tenor literal de los preceptos que regulan la fianza, el Código civil está facultando al fiador de una doble vía con que exigir la liberación de su crédito. La polémica sobre el alcance de estas dos acciones podría evitarse estableciendo una línea divisoria entre las relaciones del fiador con el deudor y las que surgen con el acreedor, como declaró la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao de 14 de junio de 1985.

Si directamente se opta por el ejercicio de la acción de reembolso, la subrogación queda excluida y con ella todas las garantías accesorias del crédito principal. En dicho supuesto, si la Ley confiere directamente las dos, el rechazo por una de ellas debe ser expreso o la simple opción se sobreentiende como renuncia.

Si la facultad de subrogarse es un derecho potestativo, su no ejercicio implica su exclusión. Sin embargo, si la Ley atribuye directamente la subrogación al fiador hay que presuponer, a priori, que el sujeto debe manifestar su voluntad de aceptar o, al menos, realizar

(168) S. del T.S. de 11-4-1972, «...con los derechos típicos de reembolso y de subrogación que determinan los arts. 1.838 y 1.839 del C.c.».

(169) S. 16-6-1953.

(170) S. de 22-11-1967, que plantea directamente la reclamación por la cuantía indemnizada, entendiéndose que la notificación del deudor, si no se formuló previamente a la demanda, se le confiere la atribución de instrumento de notificación, quedando obligado el deudor desde aquel momento al pago de los intereses, según criterio que quedó establecido desde la S. de 5-7-1911.

Por la misma concepción se han pronunciado las Sentencias de 14 de mayo y 11 de junio de 1984, que reconocen explícitamente la titularidad en el ejercicio de ambas acciones.

En la Sentencia de 10-3-1961 se alega infracción por inaplicación conjunta de los arts. 1.838 y 1.839.

También la Sentencia de 14-11-1981 (Colección Legislativa de España). Edición Oficial 1981, nov-dic., 1982, pp. 250 y ss., estima que el pago del fiador sin notificación previa al deudor no es óbice para que posteriormente el fiador pueda ejercitar alternativamente la acción de subrogación o de regreso. La misma sentencia reconoce que el pago del fiador, cualquiera que sea la forma en que se realizare, le confiere las acciones de subrogación y de reembolso.

Esta formulación no imposibilita que el deudor pueda dirigirse posteriormente, por vía de regreso, contra el fiador, oponiéndole las excepciones previstas en los artículos 1840-1842.

algún hecho del cual pueda inferirse la voluntad de rechazar dicha acción.

En la línea del paralelismo establecido con lo preceptuado en los artículos 1.158 y 1.159, el Tribunal Supremo ha sentado el criterio, similar al de la relación de fianza, de que siempre que pague un tercero con conocimiento y aprobación del deudor, goza de la titularidad de ambas acciones. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha matizado, en la regulación del pago, que el tercero que pagó tiene facultad de elección por una determinada acción, aunque sólo en dicho momento y no posteriormente (171).

También puede constatarse que, en el momento de decidir la operatividad de ambos preceptos, el Tribunal Supremo se inclina por el criterio de que el ejercicio de una acción excluye automáticamente la posibilidad de ejercicio de la otra (172).

El criterio jurisprudencial, no obstante, tampoco es unánime, como incluso se reconoció en la Sentencia de 29 de mayo de 1984, la titularidad en los derechos de subrogación y de reembolso son acumulativas, con el reconocimiento de opción en favor del sujeto (173).

En relación con los artículos 1.210-3.º y 1.158, no todos los supuestos son aplicables.

Como señala Bercovitz, en determinadas ocasiones la Jurisprudencia ha aceptado que se ejercitará la opción por el derecho de reembolso en casos en que correspondería la subrogación legal, sin que ni siquiera existiese la renuncia a la misma. Llevado a sus últimas consecuencias, permite sostener que, si se paga y se opta por la acción de reembolso, no se plantea la subrogación (174). En contraste, la Sentencia de 23 de junio de 1969, citada por el mismo autor, taxativamente manifiesta que, producida la subrogación, el reembolso queda automáticamente excluido, criterio que incluso podría establecer el in-

(171) HERNÁNDEZ GIL: *op. cit.*, pp; 291-292.

(172) En este sentido se pronunciaron las sentencias de 9-3-1908, a la que siguen en el mismo criterio las sentencias de 11-10-1922, 27-6-1925, 27-12-1945, 18-5-1946..., que consolidan automáticamente al tercero el derecho de subrogación.

También las sentencias de 13-11-1945, 7-1-1947 y 12-5-1956 consolidan el principio de que el que paga, sabiéndolo el deudor, se subroga en los derechos del acreedor satisfecho, pero no confiere simultáneamente el derecho de reembolso.

De este repertorio jurisprudencial podría extraerse la conclusión de que el T.S. se inclina por conferir directamente la subrogación cuando el que efectúa el pago es un tercero interesado (léase fiador), excluyendo directamente la posibilidad de recurrir al reembolso.

(173) Criterio que suscribe HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, p. 294. BELTRÁN DE HEREDIA, *op. cit.*, p. 137, en el supuesto de que el tercero actúe por nombre y cuenta del deudor, entiende que podrá reclamar al deudor todo lo que hubiere pagado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.158-2.º, subrogándose en los derechos del acreedor.

(174) BERCOVITZ: *Comentarios, op. cit.*, p. 38.

dicio de que estas dos acciones presentan un carácter alternativo y no concurrente.

Puede concluirse, constatando que el tratamiento que confiere el Tribunal Supremo a la subrogación, en el supuesto de pago de tercero en general no se pronuncia por el automatismo de la misma, aunque suele constituir la práctica y el criterio más usual.

VIII. PROPUESTA DE UNA TENDENCIA UNITARIA

Subrogación y regreso se conceden producido el pago. Por tanto, los efectos de ambas acciones tendrán relevancia desde dicho momento. Ahora bien, cabe pensar que las expectativas que se originen serán diferentes según la extensión que se atribuya a cada una.

El ámbito de sus actuaciones puede contemplarse en un doble aspecto: O bien comparando el «quantum» que legitima a reclamar cada acción, o analizando el momento desde que cada acción comienza a ser eficaz.

Estos dos aspectos, analizados en epígrafes anteriores, son los que suscitan un amplio abanico de cuestiones polémicas tras la lectura pormenorizada de los artículos 1.838 y 1.839.

Mientras en el primero se reconoce el derecho del fiador a que el deudor le indemnice estableciendo un criterio taxativo de las cantidades que se pueden reclamar, el artículo siguiente reconoce el derecho del fiador a subrogarse por el pago en la posición originaria del acreedor.

El planteamiento de estos dos artículos, centrados en el «quantum», función, finalidad y efectos que puedan provocar estos dos mecanismos de satisfacción, es lo que conduce, en ocasiones, a la afirmación de que no se está ante dos acciones distintas, sino ante dos artículos que recogen dos aspectos de una misma acción.

El planteamiento unitario de estas acciones no es una conclusión que pueda desprenderse de la lectura de las disposiciones que se encuentran en el Código civil y en la Jurisprudencia.

Se puede constatar que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha seguido siempre el criterio de reconocer la existencia individualizada de estas acciones, tendencia, nos atreveríamos a afirmar, que mantiene con carácter inalterable hasta la actualidad.

Las últimas Sentencias de 1984, ya citadas, reconocen la dualidad de acciones correspondientes al fiador. Concretamente, las Sentencias de 14 y 29 de mayo y 11 de junio otorgan el derecho del fiador a las acciones de subrogación y reembolso.

De estas tres tendencias, únicamente la segunda especifica que la titularidad en dichos derechos es cumulativa, con el reconocimiento de opción en favor del sujeto.

El problema se suscita en las ocasiones en que el ejercicio de la subrogación se confunde con el de la acción de regreso.

La polémica, suscitada por la doctrina italiana principalmente, gira en el intento de fundamentar la acción de regreso en función de la subrogación, en base a la regla de que el tercero que ha pagado no puede pretender del deudor más de lo que efectivamente desembolsó.

Para un sector doctrinal, esta acción no sería más que una manifestación del derecho propio del subrogado cuantitativamente separado del crédito originario. El derecho de regreso sería, pues, la medida en que el subrogado puede ostentar, respecto al deudor, un nuevo crédito y exigir el pago.

Para otro grupo de autores, la finalidad de la subrogación será la acción de regreso, de forma que sin ella sea imposible la realización del derecho de regreso.

La vinculación de estas acciones motivó el intento de justificar la elección de una en lugar de otra, en función de las circunstancias.

También hay autores partidarios de la alternancia de acciones. Redenti, por ejemplo, aunque acepta la identidad de fines, no excluye una diversidad de medios de realización (175).

Otros autores se pronuncian por defender que la subrogación constituye el reforzamiento del regreso (176), mientras que un sector más difuso se inclina por configurarlo como una quasi-subrogación (177). Esta postura origina que algunos sugieran la conclusión de que el regreso es una consecuencia de la subrogación (178), mientras que otros complementan esta manifestación, entendiéndolo que es el único medio de resarcimiento (179).

Si el marco donde se establecen las relaciones contractuales no estuviera íntimamente vinculado al Derecho dispositivo, cabría pensar que el fiador automáticamente sucede al acreedor en su posición crediticia, sin importar la modalidad de la fianza y por el solo hecho del pago sin requerir la voluntad del sujeto agente. Pero cuando se opta por está haciendo manifestación de un derecho potestativo, que coadyuva a que todas las argumentaciones esgrimidas sólo se pue-

(175) REDENTI, *op. cit.*, p. 135.

(176) MERLO, *op. cit.*, pp. 167 y 252.

(177) NICOLÒ, R.: *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milán, 1936, p. 228.

(178) DE RUGGIERO, t. II, *op. cit.*, p. 421.

(179) CAMPOGRANDE, *op. cit.*, p. 468.

dan cifrar en entender que son dos acciones de ejercicio diverso: acumulativo, alternativo u opcional.

No carece de sentido alegar el carácter acumulativo de las acciones, porque, basándose en la naturaleza de la subrogación, sólo puede ejercitarse en el momento del pago, ya que después la obligación se extingue, no así el derecho de reembolso, que legitima a reclamar las cantidades adeudadas.

No obstante, hay que objetar que «aun reconociendo la existencia individualizada de las dos acciones, puede ponerse una al servicio o en función de la otra, dando así a entender que la subrogación tiene un carácter autónomo y, por lo tanto, el derecho a la indemnización o al reembolso a favor del fiador sólo podrá ejercitarse con el derecho de regreso. Esta afirmación equivale a decir que supone el ejercicio dinámico de la misma.

Cabe también entender que nace un derecho de regreso reforzado, especialmente con la garantía que atribuye la subrogación, si bien ello no sería óbice para reclamar posteriormente las cantidades que se sigan adeudando y que no se hubieran podido incluir en la reclamación anterior. Abarcaría dicha acción el capital de la deuda principal, más los intereses producidos por la misma desde el momento del vencimiento e, incluso, puede pensarse que, en determinadas circunstancias, la acción también posibilitaría reclamar la cuantía por los gastos ocasionados al fiador; supuesto que tendría su vinculación con el artículo 1.823 del Código civil. La acción por los daños y perjuicios es una acción directa de indemnización que, obviamente, no se puede integrar en la acción de regreso.

La opción al reembolso puede entenderse como renuncia a la subrogación, porque decae el derecho a la misma después del pago, pero es posible compatibilizar el ejercicio de ambas y aducir que ejercitar la subrogación conlleva el ejercicio de la acción de regreso por el montante desembolsado de la cantidad principal más los intereses, a lo que habría que yuxtaponer el reforzamiento de las acciones provenientes de ejercitar los derechos en la misma situación jurídica que si del acreedor principal se tratara.

A ello es factible adicionar, en aras de la legitimación concedida por el artículo 1.838, la reclamación por los gastos que no se pueden incluir en la subrogación, puesto que son cantidades debidas al fiador, pero no al acreedor, a lo que se sumarían los daños y perjuicios, si los hubiere. En realidad, la referencia al enriquecimiento injusto queda ya integrada en la reclamación por los daños causados (180).

(180) Bo, G.: *Contributo alla dottrina dell'obbligazione fideiussoria*, Milán, 1934, pp. 81 y ss.

A nuestro entender, uno de los motivos que justifica la importancia de la subrogación es que la mayoría de las ocasiones implica reforzar el crédito originario del fiador. El desdoblamiento de relaciones entre deudor-fiador con el consiguiente nacimiento de la acción de reembolso paralela a la subrogación dificulta la justificación al reconocimiento simultáneo de ambas acciones.

Como hemos puesto de relieve en páginas anteriores, el nudo gordiano de la cuestión gira en torno al carácter automático de la subrogación.

En este sentido, la doctrina italiana ha avanzado respecto de la francesa o española, alterando el orden de los preceptos como figuraban hasta la modificación del Código civil de 1942 (181).

Al margen del derecho de opción del fiador, queda fuera de duda por parte de toda la doctrina, que en los casos que a continuación se citan resulta más conveniente el ejercicio de la acción de regreso.

En primer lugar, cuando el crédito pagado no genere intereses, puesto que los que adelantó el fiador le eran debidos desde que puso en conocimiento del deudor la realización de pleno derecho del pago.

En segundo lugar, si la prescripción estaba pronta a cumplirse. La acción siempre será más reciente en cuanto nace del pago.

Y en tercer y último extremo, si ha habido pago parcial (182), no se podrá oponer el artículo 1.213 (183). La opinión más cercana al espíritu de la subrogación es la de resarcir al fiador de la cantidad desembolsada y reforzar su crédito mediante garantías adicionales. De ahí que algún autor entendiera, como Marcadé (184), que la subrogación supone, principalmente, el reforzamiento de las acciones del acreedor.

Sin embargo, si presuponemos que el fiador no excluye el ejercicio de la subrogación, sino que, al contrario, opta por el ejercicio de ésta, ¿no puede pensarse que en un determinado momento regreso y subrogación se fusionan?

Llevando incluso el planteamiento a sus límites más extensos, cabría preguntarse, como lo hizo Amorth (185), la razón para presuponer que se trata de dos acciones diferentes.

(181) Al respecto puede consultarse PACIFICI-MAZZONI, E.: *Istituzioni di Diritto civile italiano*, vol. V, parte II, 3.^a ed., Firenze, 1921, pp. 504 y ss. MIRABELLI: *Contratti varii* (Il deposito, il sequestro, il pegno)», 2.^a ed., Nápoles-Turín, 1905, pp. 550 y ss. CORSI, *op. cit.*, pp. 120 y ss.

(182) AUBRY y RAU, *op. cit.*, t. IV, p. 589, n. 9, párrafo 427.

(183) DEBUEN: *Derecho civil español común*, vol. I, Madrid, 1930, p. 654. SANTA-MARÍA, G.: *Comentarios al C.c.*, t. II, art. 1.088, Madrid, 1958, p. 868.

(184) MARCADÉ, V.: *Explication du Code civil*, 7.^a ed., t. IV, París, 1873, pp. 575 y ss.

(185) AMORTH, *op. cit.*, p. 149.

Caso de ser así, ¿no hubiera resultado más conveniente agregar en unó de los artículos el adverbio, por ejemplo, «además», al igual que figura en otros preceptos del Código civil?

Lo cierto es que, mientras el artículo 1.839 ha promovido duras polémicas, que no han pasado de constituir una nebulosa en el mundo doctrinal, el artículo 1.838, sin poder apartarse de la influencia del régimen jurídico de aquellos países que adoptaron la dualidad de acciones propiciada por el Code civil francés, plantea problemas relacionados con el propio contenido sustantivo, precisamente por la configuración de su ámbito de exigibilidad. Aspecto que, por otra parte, cuestiona si el procedimiento para obtener el reembolso, tal como determina el artículo, promueve la utilización de la vía de la subrogación, camino resaltado principalmente por un sector de la doctrina italiana.

La dificultad para desentrañar los supuestos en que se debe acudir a la subrogación y a los correspondientes de regreso, puede resolverse atendiendo a criterios de temporalidad. Si el efecto de la subrogación constituye una excepción a la norma general (186) de retrotraer los efectos subrogatorios al momento del pago (187), el fiador adquirirá los derechos que estaban en poder del acreedor cuando se constituyó la fianza, por lo que hay que deducir que todas aquellas cantidades surgidas posteriormente deberán reclamarse directamente por la vía del artículo 1.838, mientras que, si nos hiciéramos eco de la opinión de Guilarte (188), de que el momento real de computar la subrogación es cuando se realiza el pago, se cuestionará si ciertas cantidades empiezan a devenir exigibles una vez se haya cumplido la obligación, con lo que explícitamente quedarán integradas en el concepto de subrogación.

La acción de subrogación se concede en todos los supuestos. No importa, y en esto es unánime el sentir de la doctrina, el conocimiento o actitud del deudor (189) para conferirle la subrogación.

Basándose precisamente en que el fiador se subroga en la posición del acreedor, entienden algunos autores que el fiador se coloca en la posición del acreedor para exigir la reclamación de lo desembolsado, mediante el correspondiente ejercicio de la acción de regreso. Ello implica que el fiador únicamente estará legitimado a repetir la canti-

(186) GUILARTE, *op. cit.*, p. 207.

(187) BUCCISANO, *op. cit.*, p. 85. MERLO, *op. cit.*, p. 252.

(188) GUILARTE, *op. cit.*, p. 211.

(189) PACIFICI-MAZZONI, E.: *Istituzioni di Diritto civile italiano*, vol. V, *op. cit.*, pp. 504 y ss. Discrepan en este sentido los autores inmediatamente posteriores a la Codificación. MICCIO, R.: *Dei singoli contratti*, «Commentario del Codice civile», Libro IV, t. 4, 1966, p. 542.

dad realmente pagada (190), lo que contribuye a considerar que el regreso faculta al tercero que pagó a pretender del deudor la cantidad que desembolsó efectivamente.

Es, además, expresión de la relación directa e interna entre subrogado y deudor; declaración que no logra liberarse de sus raíces históricas (191) en intentos superadores de las mismas (192).

El reconocimiento que con carácter dual confiere el ordenamiento jurídico no responde satisfactoriamente al supuesto concreto de que la subrogación se haya producido de modo automático, al mismo tiempo que no es posible desvincular que el contenido de ambas acciones sea concurrente.

Las posiciones no son armónicas. Mientras que algunos autores parten de que, a semejanza de lo que ocurriría en el ámbito del Derecho de Seguros, la subrogación operaría de manera automática, otros invierten la hipótesis.

Aunque ésta pretenda armonizar el ejercicio coetáneo de ambas, sigue subsistente la distinción compartida por parte de la doctrina italiana entre el ejercicio dinámico de la acción de regreso y el estático de la subrogación. De ahí deriva la distinción de los títulos de procedencia de cada institución.

Esta contraposición pone de relieve que se pretende vincular dos aspectos derivados de la misma relación.

De esta manera, se reconoce el ejercicio directo a la subrogación y simultáneamente, en el reembolso, el derecho propio del subrogado cuantitativamente separado del crédito originario.

Sobre el tema nos hemos extendido suficientemente. Únicamente cabe destacar que, si se reconoce la existencia de un nuevo crédito, obviamente, se están fijando los límites con la subrogación, matizando que el regreso es la medida en que el subrogado puede ostentar un nuevo crédito frente al deudor y exigir el pago (193).

Butera se pronuncia de forma más taxativa al manifestar que la finalidad de la subrogación es la acción de reembolso, hasta tal extre-

(190) MICCIO, R.: *I diritti di credito*, vol. I, Turín, 1971, pp. 159-160. En el mismo sentido se pronuncia MESSINEO, *op. cit.*, p. 370, que entiende que la acción de regreso es la que legitima para reclamar aquello que se pagó, con la particularidad de que el concepto económico no difiere del jurídico, aunque dicha relación no puede establecerse en sentido inverso.

(191) RAVAZZONI, voz «Fideiussione», N.D.I., *op. cit.*, p. 292 y del mismo autor, *La fideiussione*, *op. cit.*, p. 203, aunque se pronuncia por el dualismo de acciones entendiendo que el ejercicio de una acción excluye la otra. AMORTH: *La considerazioni sui rapporti...*, *op. cit.*, p. 133.

(192) DE MARTINO: *Commentario teorico pratico al Codice civile*, «Delle obbligazioni», Libro IV, Roma, 1976, pp. 704 y ss. Nicolò, «L'adempimento...», *op. cit.*, p. 96.

(193) MICCIO: *I diritti di credito*, *op. cit.*, p. 159.

mo que sólo cuando se subroga el fiador nace el derecho de reembolso (194).

Pero no es necesario acudir a autores italianos para esgrimir estas argumentaciones; ya Manresa se pronunciaba en dicho sentido, entendiendo siempre la subrogación como el medio de llevar a efecto el derecho de indemnización del artículo 1.838, excepto en los tres casos que ya se han expuesto (195).

Sin embargo, la afirmación del primer autor estimamos que requiere alguna matización.

En primer lugar, no es semejante el hipotético derecho de resarcimiento que nace una vez producido el pago del fiador a la subrogación. Son medios jurídicos distintos pero similares. Ello implica la afirmación de que la imposibilidad de ejercitar una acción impide el ejercicio de la otra (196). En base a ello, dicho autor matizó posteriormente que, aunque se hiciera renuncia de los restantes beneficios, entendiéndose por tales el de excusión y división, la subrogación no se integra en dicha renuncia si se formuló en sentido genérico. Esta requerirá para su formalización una declaración posterior expresa (197).

Efectivamente, la acción de regreso posibilitará el resarcimiento del pago de la fianza, pero las mismas razones que avalan esta conclusión son aplicables al ejercicio de la acción de subrogación.

Ambas pretenden reintegrarse de lo pagado en base a la relación causal establecida en la fianza con los subsidios alternativos y de distinta operatividad concedidos por el ordenamiento jurídico.

La conceptualización de cada acción a priori ha quedado suficientemente delimitada; sin embargo, no así el contenido y ámbito de actuación de cada una de ellas.

También ha quedado establecido que, aunque un sector doctrinal importante considera que la subrogación en el pago engloba el montante total del crédito del acreedor al que sustituye (198), entendemos que esta relación obligatoria legítima únicamente al fiador para reclamar la cantidad que desembolsó. Este aspecto vuelve a poner en conexión ambos preceptos, porque la necesidad de que en ciertas circunstancias el fiador se vea obligado al ejercicio cumulativo de las mismas es evidente.

El artículo 1.827 delimita el contenido de la fianza simple; consecuente con lo cual, el fiador únicamente podrá reclamar los conceptos

(194) BUTERA, *op. cit.*, p. 197.

(195) MANRESA, t. XII, *op. cit.*, pp. 299-300.

(196) BUTERA, *op. cit.*, p. 155.

(197) BUTERA, *op. cit.*, p. 194.

(198) Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, t. I, *op. cit.*, p. 800. BERCOVITZ: *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 43.

aludidos en dicho precepto. Sin embargo, hay que recurrir al título de donde provenga la legitimación para exigir el resarcimiento porque, precisamente, será el condicionante de las cantidades que cada acción legítima a reclamar. En otras palabras, la obligación de pagar la fianza, asumida previamente por el deudor principal como obligación que no necesita en determinadas ocasiones que se integre en la relación una garantía previa, requiere que se precise el origen del crédito, que se encuadra de la manera siguiente: Las cantidades cuyo origen se justifiquen en la relación causal entre el acreedor y el deudor, componen el contenido de la subrogación, sin olvidar las garantías adicionales que se pudieran añadir y que reforzarían el crédito principal. En consecuencia, todos aquellos gastos, daños e intereses o demás conceptos que puedan surgir de la propia estructura de la relación de fianza, derivan de la relación misma, por lo que el origen de dichas pretensiones queda al margen del contenido de la subrogación y la reclamación pertinente deberá hacerse mediante el correspondiente ejercicio de la acción de regreso. Ello conduce a que un importante grupo de juristas planteen que el tercero que pagó no estará legitimado para pretender del deudor cantidad superior a la que efectivamente desembolsó (199), si bien lo dicho no se contrapone con el sentido que ya quiso indicar Laurent (200) cuando sostenía que únicamente respecto al deudor es cuando se distingue entre capital e intereses, puesto que, con relación al fiador, todo lo que se debe pagar se reputa como deuda principal. Por ello, Miccio (201) afirma ciertamente, como ejemplo de la opinión de numerosos autores, que el contenido del regreso debe entenderse superior al de la subrogación, si bien ya dejamos anteriormente sentado que entendemos que el fiador se va subrogando progresivamente en todos los derechos que tenía el acreedor en el momento en que se instituyó la fianza y los que posteriormente adquiriera (202), puesto que el montante restante expresaría una relación entre subrogado y deudor originario y, como tal, el quantum no puede determinarse por la cantidad que pagó el subrogado para adquirir el crédito (203).

Un numeroso grupo de notables juristas sostuvieron también la posición de que la finalidad de la subrogación es facilitar el derecho de reembolso (204). Sitúan, pues, la subrogación en función del regreso.

(199) MERLO, *op. cit.*, p. 169. GIORGI: *Le obbligazioni*, pp. 302 y ss.

(200) LAURENT, *op. cit.*, p. 244.

(201) MICCIO: *Commentario...*, *op. cit.*, p. 701.

(202) MERLO, *op. cit.*, p. 166. MICCIO, *ult. op. cit.*, p. 702, meramente a título de ejemplo, DE MARTINO.

(203) MICCIO: *Commentario...*, *op. cit.*, p. 503. En el mismo sentido se pronuncia FRAGALI.

(204) BO, N.D.I., p. 1.119, *op. cit.* MERLO, *op. cit.*, pp. 167 y 252. RUGGIERO, t. II, *op. cit.*, pp. 112 y 611. REDENTI: *Dizionario pratico del Diritto privato*, voz «Fideiussione», p. 135. CHIRONI, G. P.: *Istituzioni di Diritto Civile italiano*, vol. II, Turin, 1912, pp. 115 y ss.

El derecho de reembolso se centra en el regreso, al que habría que añadir el reforzamiento de las garantías vinculadas a la subrogación.

Con estos antecedentes surge un intento de aproximación de ambas acciones. Los partidarios de esta tesis no son numerosos, pero, no obstante, la cuestión teórica que presentan justifica que se plantee como una vía alternativa el doble ejercicio de acciones conferido por la propia Ley.

Entre nuestros autores, abogan por la refundición de ambas acciones escasos tratadistas (205), pudiéndose afirmar que la teoría propugnada por la mayoría, secundada por el sentir jurisprudencial, es el de proclamar el reconocimiento de la dualidad de las mismas (206). Obviamente, es el criterio contrario al de los partidarios de la vinculación de la acción de regreso a la subrogación (207). A esta última se le objeta que no puede atribírsele mayor valor que el de la diversidad de medios de realización, lo que no permite el ejercicio coetáneo de ambas acciones, pero sí la alternancia de las mismas (208). Precisamente una de las teorías que propició esta orientación fue la que recibió la calificación de regreso legal, que consiste en apoyar los argumentos de que el crédito primitivo se extingue por efecto del pago, aunque simultáneamente surge otro, con idéntico contenido a favor del que pagó, con la ventaja, además, de que se le adhieren las garantías del crédito principal. Este nuevo derecho surgiría por fuerza de la Ley, dando vida a un derecho de regreso contra el deudor principal.

Posteriormente, esta teoría la readapta Magini, que explica la subrogación calificando el pago de «sui generis», del que cabe destacar un doble aspecto: Uno, que extingue la obligación; y otro, que es el que posibilita el traspaso de la obligación pero no su extinción.

(205) PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, «Derecho General de las Obligaciones», tomo I, vol. II, Barcelona, 1959, p. 202. DELGADO ECHEVERRÍA, *op. cit.*, p. 343. PÉREZ ALVAREZ, M. A.: *La solidaridad en la fianza*, Pamplona, 1985, pp. 287 y ss.

En la doctrina italiana, AMORTH, *op. cit.*, p. 133, propugna la unificación. También RAVAZZONI, aunque reconoce la existencia individualizada de las dos acciones, no por ello deja de abrir una brecha a favor de su fusión. *Novissimo Digesto italiano*, voz «Fideiussione», p. 290.

(206) GUILARTE, *op. cit.*, p. 215. GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Curso de Derecho civil*. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual, Madrid, 1968, pp. 440 y ss. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, t. I, p. 599. DE BUEN, *op. cit.*, p. 655. CLEMENTE DE DIEGO, F.: *Instituciones de Derecho civil español*, t. II, «Derecho de Obligaciones», Madrid, 1959, pp. 371 y ss. CIAN, G., y TRABUCCI, A.: *Commentario breve al Codice civile*, Milán, 1981, p. 815.

(207) FRAGALI: *Commentario...*, p. 362.

(208) REDENTI, *op. cit.*, p. 135, limita esta posición únicamente a determinadas circunstancias.

Esta teoría se denominó «de la expropiación del crédito» (209).

El panorama de las tesis reinantes ha quedado brevemente expuesto; sin embargo, algunas críticas comunes se pueden hacer a todas ellas, apoyándonos en la tesis de Fragali.

En primer lugar, creemos, como bien afirma el autor referido (210), que todas estas tesis dejan claro que la función de la subrogación es subentrar en la posición jurídica que ostentaba el acreedor, pero no coadyuvan a perfilar la institución misma; tanto subrogación como regreso operan como efecto del pago, pero el fenómeno subrogatorio no puede reducirse a este criterio estricto, pues no se puede transferir una posición funcional, como la del acreedor, sin transferir la posición que justifica la función. Es evidente que hoy en día la duplicidad de acciones en el Código civil responde a una trayectoria legislativa que recogió las acciones derivadas de las relaciones de mandato y las de gestión de negocios ajenos, convertidas, en opinión de algunos autores, en residuos históricos.

Esta apreciación contribuye a una toma de posición radicalmente diferente de las anteriores, por ello se ha pretendido encontrar en ambas acciones una identidad derivada de concepciones económicas, pero no jurídicas que, aunque pretenda justificar que el derecho de reembolso tiene por objeto la misma prestación que el derecho del acreedor, no puede consistir en el mismo derecho atribuido al acreedor. De ahí, que se configure el regreso como el momento dinámico del fenómeno subrogatorio lo que permite argumentar la modificación del Código civil italiano como un intento de la nueva Ley de considerar las normas relativas al regreso un desarrollo de las concernientes a la subrogación.

No se puede limitar la subrogación a la idea de una mutación de derechos crediticios y garantías (211); por ello, es interesante resaltar que Fragali utiliza el término subingreso, pero no como lo hace Andreoli, en materia fundamentalmente de seguros, sino para agrupar con dicho término, subrogación y regreso, que estima, podrán ejercitarse alternativamente, porque define el regreso como el poder de hacer valer frente al deudor los efectos subrogatorios subsiguientes al pago, utilizando en favor propio el derecho del acreedor de exigir del deudor la prestación objeto de la obligación garantizada.

Sin embargo, la clave para la comprensión de esta teoría radica en que, a priori, hay una diferenciación sustancial entre lo que entiendo por derecho de reembolso y de regreso.

(209) MAGINI, *op. cit.*, pp. 90 y ss.

(210) FRAGALI, *Comentario*, p. 359.

(211) RAVAZZONI también propugna la idea de que la subrogación no es mera consecuencia del pago. *Novissimo Digesto, op. cit.*, p. 201.

Para este autor, la referencia a dichos preceptos no implica aludir a supuestos similares. Estimamos que ello es precisamente el punto que permite vincular el funcionamiento de las mismas. Por ello aduce que manifestar que el contenido de la acción de regreso es más amplio que el de la subrogación es falaz, porque regreso, en sentido técnico, es reembolso de aquello que se pagó, no pudiendo, por tanto, comprender más.

Esta orientación aplicada a nuestro sistema nos permitiría alegar las siguientes argumentaciones: Nuestro artículo 1.838 abarcaría, además del regreso estricto, entendido en su significación más clásica, otros conceptos impropios de dicha acción, por lo que, en primer lugar, la utilización del término regreso, aunque sea un término que la doctrina, producto del empleo del Derecho Comparado, ha ido expandiendo, es un término inexacto, que debería limitarse al ámbito de las relaciones solidarias o a la esfera donde propiamente encuentra sus raíces, que es la órbita del Derecho Cambiario. En consecuencia, el artículo 1.838 comprendería la cantidad principal de la deuda más los intereses producidos una vez el deudor hubiera incurrido en mora, lo que podría asemejarle al contenido de la subrogación sin considerar las garantías accesorias, a lo que habría que añadir los gastos derivados de la relación estipulada entre fiador y deudor, no exigible en vía del regreso, pero sí por el artículo 1.838, adicionando la posibilidad de exigir aquellas cantidades derivadas de posibles daños y perjuicios.

La confrontación del contenido de cada acción pone de relieve que siempre que se ejercita la subrogación se está integrando en su realización parte del contenido de la acción de reembolso, por lo que, en este aspecto, es cierto que la cuantía de una está en función del ejercicio de la otra. Ahora bien, ¿cómo se justifica el excedente? Aun poniendo el derecho de subrogación en función del ejercicio de la acción de regreso, habría que seguir reconociendo la existencia de una acción autónoma que podrá ejercitarse por el montante de las cantidades debidas y no satisfechas, lo que en todo caso conduce al reconocimiento del ejercicio alternativo, puesto que la acción de reembolso es más amplia que la de subrogación o, en todo caso, el ejercicio cumulativo de las acciones por el débito reclamado y no satisfecho.

Como conclusión, podríamos decir con Fragali, que se dan dos acciones deversas, pero que, al mismo tiempo, permitirían una fusión, porque la acción de subrogación no tiene otro efecto que el reembolso de lo pagado, con lo que el derecho de regreso sería, en todo caso, la facultad de valerse de los efectos subrogatorios respecto al deudor.

Ejemplo de este criterio se tiene en la legislación comparada. El sistema alemán resuelve con mayor fluidez esta cuestión con un criterio más

permisivo (212), según preceptúa el párrafo 670 (213). Sobre la base, la doctrina dominante considera que esta hipótesis —al igual que sucede en los Códigos inspirados en el francés— se dan dos pretensiones dirigidas a la misma finalidad. Se produce, consiguientemente, una concurrencia de pretensiones, siendo para Larenz más exacto admitir «sólo una pretensión de reembolso fundada en igual medida en varios preceptos legales que únicamente por motivos de técnica legislativa reviste la forma de una transmisión de créditos» (214). Hay, además, un interés compartido por toda la doctrina en favor de admitir una única pretensión, en lugar de la posibilidad de oponer al crédito transmitido al fiador las excepciones derivadas de la relación interna (215).

(212) FRAGALI: *Commentario...*, pp. 362-367.

(213) Parágrafo 670 B.G.B.: «Macht der Beauftragte zum Zwecke der Ausführung des Auftrags Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, so ist der Auftraggeber zum Ersatze verpflichtet.»

(214) LARENZ, K.: *Derecho de obligaciones*, t. II, Madrid, 1959, p. 456.

(215) Además de ser el sentir general, así lo expresa el párrafo 774-1.º: «Soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt, geht die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf ihn über. Der Übergang kann nicht zum Nachteile des Gläubigers geltend gemacht werden. Einwendungen des Hauptschuldners aus einem zwischen ihm und dem Bürgen bestehenden Rechtsverhältnisse bleiben unberührt.»

Apuntes sobre la evolución del Derecho de la República Federal de Alemania en 1986

PROFESOR: DR. HANS LEO WEYERS

AYUDANTE: DETLEF KOCH

Frankfurt

I. LEGISLACION

En el último informe publicado en esta revista se recogen ya algunas de las innovaciones legislativas del año 1986 (1). Además de las allí reseñadas, las modificaciones legislativas más importantes de la R.F.A. durante el año 1986 se han producido en el ámbito del Derecho internacional privado.

El Derecho internacional privado de la R.F.A. se contiene en la denominada «Ley de introducción al Código civil» (*Einführungsgesetz zum B.G.B.*, en adelante E.G.B.G.B.), en vigor desde el año 1.900. El Tribunal Constitucional había declarado la nulidad de alguna de las disposiciones de esta Ley, considerando que violaban el principio constitucional de igualdad entre marido y mujer. Pero además de ésta, hay otras razones que han impulsado la reforma. En particular, las disposiciones correspondientes de la E.G.B.G.B. se ocupan de las siguientes materias.

En su primera parte (arts. 3 a 6) se contienen reglas de carácter general. Se contempla así lo relativo a la primacía del estatuto particular sobre el común (art. 3-III), el estatuto personal de los apátridas (art. 5-I), el orden público (art. 6), así como el reenvío de retorno y reenvío ulterior al Derecho alemán o al extranjero (art. 4-I).

En la segunda parte se contempla la Ley aplicable a la persona física y negocios jurídicos, es decir, lo que corresponde a la parte general del Derecho civil. Cabe destacar en esta sede la regulación del nombre en el artículo 10, presidida por el principio según el cual el nombre de una persona se rige por el Derecho del Estado al que la persona pertenece. Sin embargo, hay cinco supuestos en los cuales se permite la elección de una Ley distinta (art. 10-II a VI): en caso de matrimonio en la R.F.A. (cabe elegir el Derecho del Estado al que pertenece uno de los cónyuges, o el Derecho alemán, cuando uno de ellos tiene su residencia habitual en la R.F.A.); en caso de matrimonio celebrado en el extranje-

(1) Cfr. A.D.C., 1986, p. 851.

ro, y en lo relativo al nombre que han de tener los hijos, tanto legítimos como ilegítimos.

La tercera parte tiene por objeto el Derecho internacional privado de la familia (arts. 13 a 24). Todo lo relativo a efectos generales del matrimonio, régimen económico matrimonial, divorcio y sus consecuencias, filiación legítima e ilegítima, así como relaciones jurídicas entre padres e hijos, se encuentra, en principio, sometido a un estatuto matrimonial general regulado en el artículo 14, evitando así que las diversas relaciones jurídicas que se dan en el seno de la familia se encuentren sometidas a ordenamientos distintos... Sin embargo, la pretendida designación de una conexión única para todo lo relativo a relaciones jurídicas familiares, a menudo se quiebra, desembocando en conexiones múltiples, al permitir en ocasiones la elección, estableciendo puntos de conexión alternativos, cláusulas de reserva especiales, etc.

El Derecho sucesorio internacional se recoge en la cuarta parte del E.G.B.G.B. (arts. 25 y 26). Destaca aquí la norma contenida en el artículo 25-II, que permite al titular de bienes raíces en la R.F.A., la elección del Derecho alemán para la regulación de su sucesión.

Representa una innovación esencial la introducción del Derecho internacional de contratos, carente de una regulación anterior (arts. 11, 12, 27 y 37). En esencia supone la incorporación de las disposiciones contenidas en el Convenio de Roma sobre Derecho aplicable a relaciones contractuales, concluido por los Estados miembros de la C.E.E. el 19 de junio de 1980. La importancia de este Convenio se refleja claramente en el artículo 36 de la E.G.B.G.B. que a efectos de interpretación y aplicación de las normas sobre Ley aplicable a relaciones contractuales recuerda que las normas del Convenio de Roma deben ser interpretadas y aplicadas de forma homogénea en los países de la C.E.E.

En principio, la Ley aplicable al contrato (como admitía ya la jurisprudencia anterior a esta nueva regulación) será la elegida por las partes (art. 27-I). En defecto de elección acordada por las partes, se aplicará la Ley de aquel Estado con el cual el contrato guarde puntos de contacto o conexiones más estrechas (art. 28-I.1). En particular, se contemplan cuatro tipos de contratos para los cuales se presume cuál sea ese centro de gravedad o punto de contacto a tener en cuenta: contratos de uso y disfrute de bienes inmuebles (art. 28-III); contratos de transporte de mercancías (art. 28-IV), contratos de trabajo (art. 30-I), así como para todos aquellos contratos de intercambio de bienes o servicios por dinero.

La Ley aplicable al contrato según las reglas expuestas alcanza al contrato en su conjunto y todas sus consecuencias (art. 32).

En el ámbito del Derecho procesal se ha modificado lo relativo a cuestiones de competencia internacional, reconocimiento de sentencias extranjeras, jurisdicción contenciosa y voluntaria, así como el arbitraje. Finalmente, el artículo 220-I de la E.G.B.G.B. contiene las disposiciones transitorias; según este artículo, el Derecho vigente hasta la reforma se aplicará siempre y cuando los hechos hubiesen tenido lugar antes del 1 de septiembre de 1986. En caso de procedimientos de divorcio, la Ley aplicable depende de la norma de colisión vigente al tiempo de comenzar la litispendencia. Si se trata de contratos, se tomará en cuenta la fecha de su conclusión.

2. La Ley contra competencia desleal (*Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb*, en adelante U.W.G.) también ha sido modificada. Aquí se hará una breve referencia a las innovaciones más importantes.

Las modificaciones han afectado a tres ámbitos de la anterior regulación. Así, según el párrafo 6-d), está prohibido hacer ofertas muy ventajosas cuando el género existente es limitado y se intenta atraer clientela para la compra de otro tipo de productos. Además, en principio ya no se permite la comparación entre precios antiguos y nuevos en tiempo de rebajas: con esta medida pretende el legislador evitar los abusos derivados de la muestra de precios tachados o menciones similares. Por último, la regulación sobre promociones especiales presenta algunas novedades (párrafos 7 y 8). En esencia se dispone que tales promociones (por ejemplo, ventas aniversario, etc.) ya no están sujetas a autorización previa, habiéndose igualmente suprimido las consecuencias perjudiciales que antes se derivaban de la ausencia de autorización. La *ratio* de estas novedades se encuentra, de un lado, en facilitar tales prácticas y, de otro, evitar trámites burocráticos.

Desde el punto de vista de protección al consumidor, la novedad más importante consiste en haber introducido un «derecho al arrepentimiento», una facultad de revocación de que dispone el adquirente de un bien cuando hubiese sido inducido a la conclusión del contrato por manifestaciones publicitarias no veraces (párrafo 13-a). Con esta disposición, y por vez primera, se reconoce en la U.W.G. un recurso jurídico dirigido específicamente al consumidor. La nueva regulación en este punto fue muy discutida en su día; también se propuso la introducción de una posible pretensión indemnizatoria a favor del consumidor, en lugar de la facultad revocatoria que ha pasado a la U.W.G. (2).

II. JURISPRUDENCIA

El *Grosse Senat* para asuntos civiles del B.G.H. (*Bundesgerichtshof*), se ha tenido que ocupar del problema relativo a indemnización de daños derivados de la privación del goce de un determinado bien (*Nutzungsentgang*) (3).

El demandante había solicitado indemnización de daños y perjuicios porque no había podido utilizar su vivienda, confortablemente amueblada, durante aproximadamente un mes, a causa de las remociones de tierra efectuadas en el fundo vecino.

El B.G.H. decidió que constituye una lesión del dominio la interrupción durante cierto tiempo del disfrute de bienes que el propietario debe tener a su disposición para seguir su ritmo de vida habitual, como ocurre en el caso de la vivienda propia; siempre y cuando, precisa el B.G.H., el propietario de la cosa que ahora no puede disfrutar, efectivamente la hubiese utilizado durante el tiempo en que se vio privado de ella. Hay que destacar que la jurisprudencia anterior sólo había reconocido de forma inequívoca el derecho a obtener indemnización, cuando se trataba de interrupción del goce de un automóvil, a consecuencia de un accidente, y durante el tiempo de la reparación.

(2) Así se observa en el Proyecto de Ley presentado por la fracción del S.P.D. Vid. Bundestags-Drucksachen 10/80.

(3) Cfr. sobre el tema el informe anterior en «A.D.C.», 1986, p. 860.

B.G.H. de 9 de julio de 1986 (G.S.Z. 1/86) en *Amtliche Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen* (B.G.H.Z.) (Colección oficial de sentencias del B.G.H. en asuntos civiles), 98, p. 212, y N.J.W. (*Neue Juristische Wochenschrift*), 1987, p. 50.

El B.G.H. invocó en su fundamentación el llamado «método de la diferencia» (*Differenzmethode*), ya utilizado por el Reichsgericht. Conforme a este criterio, los daños indemnizables se determinan comparando la situación patrimonial posterior al hecho dañoso, con aquella hipotética que se tendría en caso de no haber ocurrido el mencionado hecho. De otro lado, en el cómputo de la indemnización se estima necesario tener en cuenta el sentido que tiene afirmar esta responsabilidad y la función compensatoria de la propia indemnización. En este sentido, ha de reconocerse que la esencia y significación del patrimonio no se agota en su activo. El patrimonio abarca también la posibilidad de utilizar los elementos que lo componen para servir a los intereses de su titular. Y es esta posibilidad la que igualmente merece protección en el Derecho patrimonial, a efectos de considerar indemnizable la privación temporal del uso.

Establecido así el punto de partida, todavía se presentaron otras cuestiones que hubieron de ser analizadas por el *Grosse Zivilsenat*: el párrafo 252 del B.G.B. determina, bajo ciertos presupuestos, la indemnización del lucro cesante. De aquí se ha deducido que, de conformidad con la voluntad del legislador, sólo podría obtenerse indemnización en supuestos de interrupción o privación del goce de un bien cuando el dueño, de no haberse producido el hecho ilícito, habría podido obtener una ganancia con la utilización de dicho bien, por ejemplo, arrendándolo; no en cambio si se hubiese destinado a su uso personal. Sin embargo, el *Grosse Senat* rechaza este argumento, considerando, en contra de lo anterior, que la función del párrafo 252 del B.G.B., según la voluntad del legislador, radica precisamente en asegurar que el perjudicado obtenga indemnización por cualquier tipo de daño.

De otro lado, el *Grosse Zivilsenat* señala de forma muy clara que la indemnización correspondiente a la privación temporal del goce de un bien no puede concederse sin tener en cuenta la clase de objeto de que se trate en el caso concreto. Según la opinión del B.G.H. sólo cabe indemnización cuando se haya impedido la utilización de bienes de cuya disponibilidad interrumpida depende el ritmo de vida habitual. Además, en este punto es importante saber si el aprovechamiento de una cosa en el tráfico jurídico general se considera o no como algo con valor patrimonial.

En este grupo puede incluirse sin lugar a dudas el aprovechamiento de una vivienda. Pero el *Grosse Senat* no entra en ulteriores especificaciones; el caso que se le proponía no exigía otras afirmaciones concluyentes acerca de los bienes que pueden tomarse en cuenta a los efectos indicados, además de coches y viviendas. En consecuencia, quedan muchas cuestiones concretas que deberán ser resueltas por los Tribunales de Instancia.

Con lo expuesto se observa que lo que empezó siendo una pregunta sobre el método a seguir para determinar el alcance del daño causado ha desembocado en un resultado sorprendente; porque lo que el B.G.H. en esencia ha declarado es que el desarrollo de tales métodos debe confiarse al desarrollo de la práctica. Se limita, pues, a ofrecernos unas reglas o puntos de apoyo muy generales. Desde el punto de vista negativo, se ha establecido que en ningún caso, y a efectos de la indemnización, puede considerarse decisivo el precio que supondría el alquiler de una cosa en sustitución de aquella que ahora no puede disfrutarse; ni la renta que el perjudicado podría haber exigido al causante del daño si se le hubiese dado en arrendamiento la misma cosa de la que se vio privado por acto de aquél. Es más. con tales criterios la indemnización sería menor cuando se tratase de

una cosa destinada al uso privado. Otra forma de cálculo sería tener en cuenta lo que se invirtió en la cosa dañada y, por ejemplo, calcular los daños en atención a los intereses del capital invertido.

2. Una decisión procedente de la jurisdicción laboral se ocupa del denominado «derecho a la mentira» (*Recht zur Lüge*); este derecho lo tendría la mujer cuando el patrono, en el momento de concluir el contrato, le pregunta si está embarazada. En el caso aquí planteado (4) un dentista quería impugnar el contrato laboral celebrado con su ayudante invocando maniobra dolosa de ésta (parágrafo 12 del B.G.B.). La ayudante había mentido, negando su embarazo, al ser preguntada sobre este extremo en el momento de ser contratada.

El Tribunal Federal de Trabajo (*Bundesarbeitsgericht*, en adelante B.A.G.) (5) había tenido ya ocasión de pronunciarse extensamente sobre este tipo de preguntas. Según esta doctrina jurisprudencial, la respuesta falsa sólo puede calificarse de maniobra dolosa, si fuese contestación a una pregunta que el empleador efectivamente tiene derecho a formular. Porque, en otro caso, según el B.A.G., el trabajador tiene ese derecho a la mentira. Ciertamente es que podría hacerse caso omiso de la pregunta, considerando que el patrón no tiene derecho a inmiscuirse en el tema, y simplemente rehusar la contestación; pero tal actitud se traduciría probablemente en la no obtención del puesto de trabajo, por lo que en realidad no hay alternativa; o contesta o se queda sin trabajo. De aquí el llamado «derecho a la mentira».

Por lo que se refiere en particular a preguntas sobre posible estado de gestación, se calificaban de perfectamente lícitas, y ello con independencia del puesto de trabajo solicitado por la interesada. Se afirmaba la existencia de un interés serio y justificado del patrono acerca de este extremo, teniendo en cuenta no sólo las consecuencias y cargas económicas que pudieran derivarse, sino también los obstáculos o retrasos que pudiera representar para el normal desenvolvimiento laboral las disposiciones sobre protección de la madre (prohibiciones de empleo, baja por maternidad, etc.) (6).

Sin embargo, el B.A.G. ha modificado en algunos aspectos la doctrina expuesta a raíz del nuevo precepto contenido en el parágrafo 611-a) del B.G.B. (7). El parágrafo 611-a) se introdujo en el Código en 1980 en aplicación de la Directiva de la C.E.E. número 76/202/E.W.G., de 9 de febrero de 1986, sobre realización del principio de equiparación entre hombres y mujeres en lo relativo a acceso al puesto de trabajo, promociones y ascensos, así como condiciones laborales (8).

Según esta disposición, está prohibida la discriminación del trabajador por razones de sexo, en especial en el momento de constituirse la relación laboral. La pregunta sobre el posible embarazo, como es evidente, sólo se dirige a aspirantes femeninos. La consecuencia, por tanto, será perjudicar o posponer a la

(4) Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo (B.A.G.) de 20 de febrero de 1986 (2 A.Z.R. 244/85), en *Betriebsberater*, 1986, p. 1852.

(5) Cfr. *Amtliche Entscheidungssammlung des Bundesarbeitsgerichts* (B.A.G.E.) (Colección oficial de sentencias del B.A.G.), 11, pp. 270-273; y B.A.G. en *Der Betrieb*, 1984, p. 2706; 1986, p. 2238.

(6) Así ya en B.A.G.E. 11, p. 270.

(7) Sobre esta disposición, cfr. A.D.C. 1985, p. 1011.

(8) Cfr. Boletín Oficial de la C.E.E., núm. L 39/40, sobre la génesis de la norma, cfr. A.D.C., 1981, p. 961.

aspirante embarazada frente a otros interesados, sean hombres o mujeres. De otro lado, el B.A.G. considera que no puede afirmarse como regla general y para cualquier caso, que la pregunta sobre el estado de gestación es (o no) lícita; porque, según el artículo 2-III de la mencionada Directiva de la C.E.E., no se han modificado en absoluto las normas sobre protección de la madre, ni se hace especial referencia a las mismas; por ello, el artículo 611-a) del B.G.B. tampoco podía ampliar dicha protección, hasta el punto de poder afirmarse que existe en todo caso derecho a la mentira. Además, el verdadero sentido del párrafo 6.11-a) es que el término de comparación, a efectos de saber si hay o no discriminación, debe ser siempre un trabajador del otro sexo y en la misma situación.

En definitiva, el B.A.G. viene a establecer las siguientes reglas: si entre los aspirantes hay tanto hombres como mujeres, la pregunta sobre posibles embarazos constituye una infracción del párrafo 611-a), porque sólo las mujeres pueden estar embarazadas, ya con la indicada pregunta lo único que se desea es evitar la celebración del contrato de trabajo con mujer que esté esperando un hijo. En cambio, si todos los aspirantes resultaren ser del sexo femenino —como ocurría en el caso del dentista— al inquirir sobre estado de gestación no se comete una específica discriminación por razón de sexo, porque la pregunta se dirige a todas las interesadas, y cada una de ellas podría estar embarazada.

Volviendo al caso concreto del dentista, se estima que su pregunta era lícita. Por tanto, estaba legitimado para impugnar el contrato por maniobra dolosa de la ayudante que contrató, porque ésta, de forma conscienté, contestó falsamente a la mencionada pregunta.

3. A lo largo del año 1986, el B.G.H. ha tenido ocasión de pronunciarse en asuntos relacionados con el deporte de equitación, cada día más en boga en la R.F.A. Entre estas sentencias hay alguna que presenta un especial interés metodológico.

En la sentencia de 27 de junio de 1986 (9) se trataba de decidir si una sociedad hípica, como dueña de un caballo, había o no de indemnizar al conductor de un automóvil que había chocado con el caballo, montado por una de las amazonas miembro de dicha sociedad. El punto más conflictivo era saber si la eventual responsabilidad de la sociedad dependía de que la amazona hubiese incurrido en culpa, o si, por el contrario, debía responder en cualquier caso de daño provocado por un animal de su pertenencia. La respuesta a esta cuestión, según el párrafo 833 del B.G.B., depende de la calificación que merezca el caballo: «animal de lujo» o, por el contrario, «animal doméstico» destinado, según la formulación legal, al servicio profesional, a las actividades productivas, o al sustento de su dueño.

Según el párrafo 833 del B.G.B., el dueño de un animal doméstico puede exonerarse de los daños causados por éste, si prueba ausencia de culpa por su parte; mientras que se responde siempre por daños causados por animal de lujo, prescindiendo de toda idea de culpa.

Para entender el significado del párrafo 833 es preciso conocer su origen y las sucesivas reformas del precepto. La primera redacción del párrafo al promulgarse el B.G.B. establecía una responsabilidad objetiva a cargo de todos los tenedores de animales, sin más distinciones. Pero el precepto fue modificado en 1908 por iniciativa de los representantes del sector agrícola; por cierto, se trataba

(9) (VI ZR 275/85) en N.J.W., 1986, p. 2501.

de la segunda modificación introducida en el B.G.B. La novedad consistía en permitir que el dueño del animal pudiera exonerarse de responsabilidad probando ausencia de culpa.

Actualmente, sin embargo, la norma ha sufrido muchas críticas; incluso se ha propugnado la supresión de toda causa de exoneración (10). Se piensa que las circunstancias técnicas que en su día provocaron la modificación del texto original, hoy ya no son las mismas: los pequeños agricultores ya no utilizan caballos de tiro, sino tractores.

El Juez de Instancia había utilizado precisamente este argumento, y de *lege lata* había accedido a la demanda de indemnización del automovilista accidentado, sin considerar si hubo o no culpa de la amazona; se considera que el alquiler de caballos, de otra parte, no constituye la «actividad productiva» o «servicio profesional» que tuvo en cuenta el legislador de 1908 al establecer la posible exoneración.

El B.G.H., sin embargo, rechazó esta argumentación. Considera el B.G.H. que si el texto de la Ley es claro y unívoco, no es incumbencia de los Jueces, basándose en cambio de circunstancias sociales, la corrección de veredicto de la Ley; esa tarea corresponde exclusivamente al legislador, el cual, a pesar de todas las críticas doctrinales dirigidas al párrafo 833, todavía no ha reaccionado. En definitiva, el B.G.H. afirma que el alquiler de un caballo constituye efectivamente una «actividad productiva» en el sentido del párrafo 833 del B.G.B. En consecuencia, el tema de la culpa era decisivo para el desenlace del pleito.

No obstante, el B.G.H. establece todavía una sutil diferenciación: califica como dueño de «animal de lujo» a quien utiliza un caballo de silla con el fin de practicar la equitación. Si quien utiliza los caballos con tal finalidad es una sociedad hípica, la calificación depende de la vía jurídica utilizada por la sociedad para que los socios disfruten de los caballos: si los alquila a los socios para obtener una ganancia, su actividad se incluye como «actividad productiva» en el ámbito de aplicación del párrafo 833.2 del B.G.B.; en cambio, si se trata de una sociedad constituida sin ánimo de lucro, cuyo fin es ofrecer a los socios la posibilidad de montar los caballos pertenecientes a aquella, entonces no realiza una «actividad productiva» a efectos del párrafo 833.2 y la sociedad será considerada como dueña de «animales de lujo»; por lo tanto, responderá en caso de accidente frente a tercero con independencia de toda culpa. Nota: los asesores jurídicos de estas sociedades ahora ya saben lo que deben aconsejar a las juntas directivas.

4. Seguidamente se hará una breve referencia a algunas otras decisiones del B.G.H.

a) En materia de arrendamientos, destaca una sentencia del B.G.H. de 8 de enero de 1986 (11) en la que se trataba de dilucidar si determinada cláusula de un contrato de arrendamiento suponía o no una infracción de la Ley sobre condiciones generales de los contratos (en adelante A.G.B.G.). La cláusula discutida ponía a cargo del arrendatario la realización y gastos de pequeñas reparaciones en la vivienda, aunque el B.G.B., de forma dispositiva, establece como obli-

(10) Cfr. KREFT, en *Reichsgerichtskommentar*, § 833, núm. 5; KOHL, en *Alternativkommentar*, § 833, núm. 1.1.; VON CAEMMERER, *Reform der Gefährdungshaftung*, 1971, pp. 20-21.

(11) (VIII ARZ 4/85) en NJW, 1986, p. 2102.

gación del arrendador el mantenimiento de la cosa arrendada durante todo el tiempo del contrato en un estado apropiado para el uso pactado.

Sobre este punto existe ya otra decisión del B.G.H. que, en principio, admite la validez de tal cláusula (12). Pero en la sentencia que ahora se comenta el B.G.H. establece una excepción a esa regla general de validez para el caso de que la vivienda, desde el momento de conclusión del contrato, no se encontrase en el estado apropiado para el uso pactado. Para saber si incluso en este supuesto sería admisible este tipo de cláusula, habrán de tenerse en cuenta otras circunstancias concluyentes en su favor.

En la misma línea se encuentra la sentencia de *Oberlandsgericht Stuttgart* (Audiencia Territorial) de 6 de marzo de 1986 (13), que declara la invalidez de tal cláusula contenida en un contrato tipo de arrendamiento por violación del parágrafo 9 de la A.G.B.G.

b) Presenta especial interés una sentencia del B.G.H. que contempla la concesión de una indemnización al amparo del parágrafo 635 del B.G.B. (14). En el caso, un empresario de la construcción había causado daños de diversa entidad en un edificio con ocasión de unos trabajos realizados en el mismo bajo su dirección, pero se negaba a repararlos. La base de su negativa era que el demandante carecía de derecho alguno de indemnización desde el momento en que había dejado de ser propietario a raíz de la subasta pública obligatoria del edificio. Para decidir si persistía o no el derecho a la indemnización a pesar de la pérdida de la propiedad, el Juez invocó la jurisprudencia de la Sala sobre daños causados a vehículos de motor. Se observa que desde hace años se admite que el perjudicado pueda exigir indemnización, aunque después del accidente y antes de haber obtenido la indemnización hubiese vendido el automóvil accidentado sin pérdidas (15). Lo anterior se fundamenta en la libre facultad de disposición del dañado; no puede estimarse compatible con el deseo legislativo de plena reparación de los daños causados, la pérdida de todo derecho a la indemnización cuando el acreedor vende la cosa dañada en uso de su libertad de disposición, reconocida igualmente por el legislador. El mismo argumento, declara ahora el B.G.H., puede aplicarse en caso de daños sufridos por un edificio y pretensión indemnizatoria basada en el parágrafo 635 del B.G.B. El demandante incluso podría haber exigido indemnización por gastos de reparación, que en el caso no se produjeron.

c) Para terminar, una decisión extraída de la extensa jurisprudencia sobre responsabilidad por productos defectuosos (16). El B.G.H. había afirmado ya en repetidas ocasiones que la obligación de los fabricantes no se limita a ofrecer un producto libre de defectos o vicios, sino que deben también vigilar los posibles defectos y consiguientes peligros que pudieran manifestarse en el curso de la utilización reiterada del producto, por ejemplo a causa de un desgaste o envejecimiento prematuro.

(12) Cfr. B.G.H.Z., 93, p. 363.

(13) V. en N.J.W., 1986, p. 2116.

(14) Cfr. sentencia del BGH de 6 de noviembre de 1986 (VII ZR 97/85) en N.J.W., 1987, p. 645.

(15) Argumento que también sirve para conceder indemnización por gastos de reparación a pesar de la venta del automóvil dañado.

(16) B.G.H. de 9 de diciembre de 1987, en *Wertpapiermitteilungen*, 1987, p. 176.

En la presente decisión se tocan algunos aspectos de este tema. Pero aquí el producto defectuoso no había sido fabricado por el demandado; se trataba de una pieza accesorio unida a la cosa principal fabricada por él. Es el denominado caso de la Honda, en el que falleció un motorista. La causa del accidente se encontró en el carenado (parabrisas) acoplado a la moto. Cuando se circulaba a gran velocidad dicho carenado daba lugar a oscilaciones y pérdida de estabilidad, lo que, por otra parte, se había ya comunicado al fabricante de la moto por los representantes de un Automóvil club.

El B.G.H. condenó al fabricante de la moto por incumplir su obligación de «vigilancia sucesiva» del producto. Según la interpretación del B.G.H. la referida obligación se extiende a las piezas de ajena procedencia que constituyen accesorios o pertenencias de la cosa principal fabricada, en este caso el carenado respecto de la moto, y ello siempre y cuando exista un motivo para sospechar que el accesorio, según su tipo y función, puede resultar peligroso para el usuario una vez acoplado al producto de fabricación propia.

Traducido por: ISABEL GONZÁLEZ PACANOWSKA,
Profesora titular de Derecho Civil. Universidad de Murcia.

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

Siete Derechos en busca de Autor (*) La nueva Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987 («B.O.E.», 17 noviembre)

JOSE MIGUEL RODRIGUEZ TAPIA

Profesor ayudante de Derecho Civil. Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: 1. *Introducción. Antecedentes de la Reforma: Legislación española. Convenios internacionales. La doctrina y jurisprudencia españolas.*—2. *La Constitución de 1978 y el derecho de autor: Ubicación de su protección constitucional:* a) la propiedad privada. b) Libertad de expresión. c) Derecho a la creación y producción literaria, artística, científica y técnica. d) Derecho al trabajo y profesión. e) Garantía de acceso a la cultura.—3. *Contenido esencial del derecho a la creación [art. 20.1.b) C.E.]:* a) Contenido esencial de un derecho. b) Contenido esencial del derecho a la creación y producción intelectuales (aproximación dogmática): 1. supuesto de hecho: creación y producción; 2. Derecho de inédito y divulgación personalísimo e intransmisible; 3. salvo excepciones legales tasadas, la obra ajena sólo puede utilizarse con el consentimiento de su autor. c) Contenido esencial del derecho a la creación y producción intelectuales (aproximación teleológica): 1. intereses históricos para los que fue creado; 2. intereses actuales en juego: autores, productores, consumidores, sociedad. d) Conclusión: la nueva Ley desde el contenido esencial del derecho a la creación del artículo 20.1.b) C.E.—4. *Siete Derechos en busca de Autor. Los derechos morales reconocidos en el artículo 14, núcleo de la nueva Ley.*

(*) El núcleo del siguiente estudio constituye una ponencia defendida en el Seminario del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, de Madrid, en el curso 1986-87. Aprovecho esta oportunidad para agradecer a los asistentes su paciencia y sus observaciones.

El título del estudio es propio de un periodista poco imaginativo, pero ha sido deliberadamente escogido para resumir la primera novedad de la nueva Ley, y sobre todo, para sugerir, desde el comienzo, la protegibilidad de una obra del ingenio. ¿Será plagario de la famosa obra de Pirandello?

1. INTRODUCCION. ANTECEDENTES DE LA REFORMA

El Congreso de los Diputados ha aprobado a finales de octubre la Ley de Propiedad Intelectual, culminando el empeño reformador anunciado en 1979, con motivo del centenario de la anterior Ley española, e impulsado definitivamente por el gobierno socialista, que ya en el mes de febrero de 1986 había presentado un Proyecto (publicado en el «B.O.C.G.» de 1 de febrero, serie A, número 14), pero que no llegó a ser tramitado por la celebración de elecciones anticipadas en junio de 1986. En su etapa definitiva, el Gobierno presentó inmediatamente un Proyecto de Ley sustancialmente igual al de febrero, y éste ha tenido una trayectoria parlamentaria inferior al año (Proyecto de Ley «B.O.C.G.», de 24 de noviembre de 1986; aprobación por el Congreso, 27 de octubre de 1987; «B.O.C.G.», Congreso, 2 de noviembre de 1987). La nueva Ley de 1987 nos debe sugerir un buen número de preguntas y de consideraciones, algunas de las cuales serán formuladas y contestadas, cuando ello sea posible, en las páginas siguientes.

En primer lugar, ¿en qué conjunto o marco de política legislativa está encuadrada la nueva Ley? ¿Pertenece por coherencia al conjunto de reformas de Derecho privado que el Ordenamiento español ha experimentado en la última década? ¿Es consecuencia la reforma de la propiedad intelectual en España del nuevo orden encarnado por la Constitución de 1978? Parece que en todos los casos la respuesta debe ser negativa. Esto es, ni puede atribuírse a la nueva Ley un parentesco o concomitancia con las precedentes y recientes reformas del Derecho privado español (sólo guarda cierto paralelismo con la reforma del Derecho de patentes, pero no por su vecindad material, cuanto por el intento europeizador de ambas reformas) ni puede afirmarse que la Constitución de 1978 exigiera una reforma del derecho de autor español. Puede opinarse que la norma contenida en el artículo 10.2 de la Constitución española —declarando interpretativa tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos como los Convenios suscritos por España— hacía clamorosa la diferencia de trato entre los autores españoles y los foráneos ante nuestros tribunales, básicamente por el reconocimiento a estos últimos de unos derechos morales (amparándose en el artículo 6 bis del Convenio de Berna), que no pudieron alegar con éxito los españoles, obteniendo solamente una protección difusa en el plano moral, la plasmada en la Ley de 1879, la del Libro de 1975 y la de la Propiedad Intelectual de obras cinematográficas de 1966.

La reforma española ha venido más bien alentada por una cuestión intensa de reformas en el Derecho comparado de autor y por la presencia de España en organismos y foros internacionales que discuten diariamente los problemas del moderno derecho de autor de

la era tecnológica y de las comunicaciones. Ahora bien, la presencia de España en la Unión de Berna desde su fundación no fue lo bastante influyente para modernizar paulatinamente el derecho español de autor al hilo de las reformas internacionales. Por el contrario, debe advertirse que, en lo que va de siglo, Francia completó la regulación histórica de 1793 con disposiciones parciales de carácter legal en 1902, 1910, 1920 y 1925 —por lo que tiene importancia extrema en Francia la creación jurisprudencial del derecho de autor— hasta llegar a la primera, compleja y sistemática Ley de 11 de marzo de 1957, a su vez completada y parcialmente reformada por la de 3 de julio de 1985, dedicada a la «modernización» regulando los programas de ordenador y homogeneizando el tratamiento de las obras audiovisuales, entre otros aspectos (ver Pérez de Castro, «A.D.C.» I-1987: La reforma de la Ley francesa de P.I.); Italia ha promulgado para suceder a la Ley de 1865-1885, y la de 18 de marzo de 1926 (Real Decreto de 11 de noviembre de 1927) y complementarias, que fueron derogadas por la de 22 de abril de 1941 vigente, que ha sido completada por la de 29 de julio de 1985 de medidas urgentes contra la duplicación abusiva de productos fonográficos, además de las numerosas disposiciones reglamentarias dictadas en el período 1941-1985; la República Federal Alemana reformó la Ley de 9 de septiembre de 1965 con disposiciones complementarias dictadas en 1960, 1970, 1972, 1973, 1974 y la Ley de 24 de junio de 1985; Portugal ha promulgado el 17 de septiembre de 1985 una nueva Ley que sustituye por completo a la «vieja» Ley de 1966; Gran Bretaña, asimismo, después de sustituir la Ley de 1911 por la de 5 de noviembre de 1956, ha completado ésta con las reformas contenidas en sucesivas leyes de 1973 y 13 de mayo de 1983; Estados Unidos, por último, promulgó el 19 de octubre de 1976 una nueva Ley federal de copyright, sustituyendo a la de 1909. Si tenemos en cuenta la promulgación de los Convenios de Ginebra, Universal sobre Derecho de Autor, de 1952, las revisiones sucesivas del Convenio de Berna de 1886, la última en 1971, además de los Convenios Internacionales de 1961 de Roma sobre derechos vecinos —único al que España no se adhirió— y el de Ginebra de 1971 de protección de los productores de fonogramas, queda ilustrada la extravagancia de la situación española, con una Ley intacta desde hace 107 años, aunque esto se deba, sin duda, también a las virtudes y a la modernidad de algunos aspectos de la Ley de 1879.

Intentos modernizadores y reformadores de la Ley española se produjeron durante los últimos cien años, siendo el más notable el de 1934, leído ante el Congreso de los Diputados el 27 de junio de dicho año, proyecto que ya contemplaba el derecho moral del autor, expresión extraña a nuestra legislación, si bien pecaba de incoherencia conceptual, al confundir derechos, facultades, propiedad y derecho de autor, confusión no exclusiva de los textos legales españoles y disculpable en cierta medida si tenemos en cuenta la desértica situación

de la doctrina española sobre la materia. A propósito del centenario de la Ley, en 1979 se inició un proceso paulatino de consolidación de la idea reformadora, a diferencia de los tímidos pasos intermedios (1908, 1928, 1956 y 1963) y las Comisiones designadas por el Ministerio de Cultura, integradas por juristas y representantes de sectores afectados, fueron bosquejando un Anteproyecto, que no fue elaborado hasta 1984 por una Comisión nombrada por el nuevo gobierno, impulsada por la labor del Senado, que dictaminó una serie de prioridades legislativas en materia de derecho de autor («B.O.C.G.», Senado, 14 mayo de 1985), culminando en el Anteproyecto de noviembre de 1985 y el Proyecto de Ley de 1 de febrero de 1986. Era apremiante la necesidad de dar respuestas a la evolución y masificación de los medios de reproducción y difusión de obras intelectuales y la adopción de una serie de medidas penales de represión de actividades ilegales, pero impunes conforme a la legislación vigente, antes que la adaptación o modernización conceptual del derecho español de autor.

Veámos en qué coordenadas jurídicas se mueve una reforma de la propiedad intelectual en España, si bien no debe perderse de vista que hoy más que nunca las obras intelectuales tienen la consideración económica de bienes de consumo, lo que en principio las somete —al menos en la conciencia social— a las leyes del mercado, que sólo pueden ser temperadas atendiendo a los valores de la personalidad de los autores, dignos de protección, y a los intereses colectivos de libre acceso a la cultura, valores no necesariamente opuestos y de obligada armonización, en todo caso, dadas las normas contenidas en los artículos 20 y 44 de la Constitución española de 1978. La consideración económica del derecho de autor no puede ser soslayada —como no debería serlo en ningún caso— para analizar el valor de los supuestos de hecho y las soluciones jurídicas contenidas en la legislación nueva.

Legislación Interna

El marco jurídico de la futura nueva Ley de Propiedad Intelectual vendría delimitado por una legislación encabezada por la Ley de 1879 y el hito constitucional de 1978. La primera Ley española sobre propiedad literaria data de 1847, recogiendo el Proyecto de 1851 una afirmación meramente declarativa sobre la propiedad de los autores sobre sus obras, comentado por García Goyena como reconocimiento obligado (1). La siguiente Ley española de propiedad intelectual, de 9 de enero de 1879 fue igualmente anterior al Código civil, entre cuyas normas sobre propiedad se encuadraban «algunas propiedades especia-

(1) Detallada relación de disposiciones históricas hasta 1847, recogidas por M. LLOPIS, Boletín «Anabad» (1), 1979, pp. 37-69.

les», en concreto las de aguas, minas y, finalmente, la propiedad intelectual. Los artículos 428 y 429 proclamaban el pleno derecho de explotación y disposición del autor sobre su obra —literaria, artística y científica— y su regulación por Ley especial, actuando el Código como supletorio, siendo aplicables las normas sobre propiedad.

La Ley de 1879, con su desarrollo reglamentario de 1880, destinado en gran parte a regular la representación de obras en los teatros, constituye el antecedente principal de la Ley de 1987, pero no es el único, siquiera con rango de Ley. La Ley 17/1966 (31 de mayo) sobre películas cinematográficas y la Ley 9/75 (12 de marzo) del libro, constituyen las cúspides de un bosque de normas internas sobre derecho de autor. Por ello, el proyecto presentado en las Cortes suponía, además de reforma parcial, una *refundición* de las normas generadas en el siglo largo de existencia de la Ley de 1879.

Esta norma, redactada en plena floración de las teorías sobre propiedades sobre bienes inmateriales y teorías patrimonialistas sobre el derecho de autor (pensemos en Kohler, que escribe Das Autorrecht, en 1880), dibujó alguna de las prerrogativas de índole moral o personal atribuidas a los autores en las legislaciones comparadas, pero no proclamó un derecho o derechos morales irrenunciables o intransmisibles. La intensísima vida teatral en Europa y en España (incluyendo opera y zarzuela) desplazó el centro de gravedad de las normas de 1879 y 1880 a la representación y ejecución de obras dramáticas y musicales (recuérdese que el primer decreto revolucionario francés de 1791, vigente hasta 1957, se refería precisamente al derecho de representación). Si bien la producción de libros era considerable ya a finales del XIX, las relaciones entre los autores y los editores españoles quedaron en un vacío legal (o más bien, regulados de forma genérica por el artículo 1.255 del Código civil), sólo integrable por analogía en los términos y al tenor de las normas contenidas en los artículos 6 y 9 de la Ley de 1879, pero difícilmente análogos a los supuestos previstos en el Reglamento de la Ley de Propiedad Intelectual de 1880, pensado más que nada como reglamentación de teatros.

Si contempló, aunque no solucionó, el supuesto de enajenación de la obra de arte plástica, dejando al pacto inter partes y, en su defecto, al artículo 9 de la Ley derogada, que establecía una presunción de no enajenación del derecho de reproducción y exposición. El advenimiento de la fonografía, la cinematografía, la radiodifusión y la televisión generaron, por lo menos, problemas de dos tipos: a) la existencia de obras fonográficas, cinematográficas, etc., que podrían o no considerarse protegibles según entrasen en el supuesto del artículo 1.º de Ley y Reglamento, y b) la posibilidad de adaptar, reproducir y difundir por el medio fonográfico, cinematográfico o radiofónico obras literarias, artísticas y científicas preexistentes, portadoras de derechos de autor. El primer problema pudo ser solucio-

nado acudiendo a la generosa analogía que la definición moderna y audaz del artículo 1.º permitía. No obstante, normas de carácter reglamentario debieron declarar la protegibilidad por la vía de la propiedad intelectual de discos fonográficos (Orden de 10 de julio de 1942) y de películas cinematográficas (Orden de 29 de marzo de 1935, sobre guiones cinematográficos), hasta la promulgación de la Ley de 1966 sobre propiedad intelectual sobre obras (no sólo guiones) cinematográficos (2).

El segundo tipo de problemas exigió un esfuerzo analógico, ampliando el concepto de obra derivada o compuesta y alcanzando a las adaptaciones de un género artístico a otro completamente diferente. Pero quedaba pendiente dar respuesta a lo que durante el siglo XX se ha venido consolidando en Europa como derechos vecinos o conexos al derecho de autor. No son ya los autores de la obra registrada en un fonograma, o en una película o emitida por la radiodifusión, sino los productores, los financiadores de la misma, quienes reclaman la protección de la inversión realizada para que éstas vean la luz, frente a la libre y abusiva utilización por terceros a veces frecuentemente cobijados por el «solapamiento» de medios (por ejemplo, la ejecución de una obra musical en concierto es grabada en disco y difundido el disco por una emisora; a su vez, la emisión de tal disco procedente de una ejecución pública, disco autorizado o no, ha sido grabado por particulares. Es posible a su vez la grabación no autorizada de la retransmisión de un concierto y la explotación de dicha grabación en el mercado). Por ello, también los artistas, intérpretes y ejecutantes de obras dramáticas o dramatizadas y musicales al margen de sus contratos con los empresarios de los teatros donde actuaban, empezaron a exigir freno o participación en la grabación, reproducción y difusión de sus interpretaciones. Este problema del que se ocuparon las normas del derecho comparado (los países germanos, en especial Austria, en su Ley de 1936), exigía una respuesta de la legislación española. Las Ordenes de la Dirección General de Archivos de 14 de febrero de 1942 y del Ministerio de Educación de 1 de diciembre de 1942 supusieron un intento fragmentario de protección de los productores de los fonogramas. La no ratificación por España hasta el momento presente de la Convención de Roma de 1961 para protección de los artistas ejecutantes, los productores de fonogramas y entidades de radiodifusión y televisión dejaba hasta la nueva Ley prácticamente huérfana de regulación de rango legal a toda la serie de problemas derivados por la utilización de emisiones, grabaciones o interpretaciones de terceras personas para lucro propio, con independencia de que determinadas normas reglamentarias sobre

(2) El Convenio de Berna introduce, en su revisión de 1908 (Berlín), el derecho de grabación fonográfica y protege la obra de cine original (arts. 13 y 14); en la revisión de Roma (1928) introduce el derecho de radiodifusión (art. 11 bis).

exhibición de material audiovisual asimilara a la propiedad intelectual la situación de aquéllos (intérpretes o productores, o sea, recreadores o financiadores de la obra y, por lo tanto, mercedores de cierta protección, si no pareja, al menos vecina o cercana a la de los autores).

La legislación española se compuso de un sin fin de normas, muchas de ellas interpretativas, comprendiendo dentro o fuera de los supuestos de la Ley de 1879 los nuevos medios de difusión y reproducción que venían a ser regulados. El solo hecho de la *refundición* puede considerarse un avance respecto a la situación anterior (las disposiciones derogatorias de la Ley nueva son claras a este respecto).

Sin perjuicio de que en páginas sucesivas recordemos alguna de las características de los contenidos de la legislación anterior podemos por el momento enunciar unas ideas o líneas básicas sobre el conjunto del derecho español de autor vigente hasta hoy:

a) La definición de *obra*, tanto de la Ley de 1879 del Reglamento de 1880, en la línea de los tratados firmados por España en la misma época era omnicomprendiva y, como se ha dicho hasta la saciedad, muy moderna, tal vez no necesitada de reforma. Junto a la idea abierta de obra del artículo 1 se enumeraban casos que podrían ser dudosos (art. 7), si bien la legislación posterior vino a despejar dudas sobre el alcance de dicha Ley a las obras fonográficas, radiofónicas o cinematográficas.

b) Si bien el autor se define como *propietario intelectual* de la obra, existe cierto confusionismo entre autor y propietario cuando han sido enajenados, siquiera temporalmente, los derechos de explotación de la obra. Se considera autor al propietario al titular actual de los derechos económicos (arts. 44, 67, 70 y 75 del Reglamento). Tal confusión aparece como imaginaria si consideramos que lo que concibe la legislación encabezada por el texto de 1879 es un carácter marcadamente patrimonial del derecho de autor y propietario es, sin duda, el titular de la explotación económica de la obra. La regulación supletoria por el derecho común, ordenado por el artículo 5 de la Ley de 1879 dejaba clara la concepción no moral ni espiritual del derecho.

c) En efecto, esta idea patrimonialista aparece reforzada por la *desdibujada existencia* de una serie de *derechos morales* (arts. 8, 24 y 44 de la Ley) o facultades de índole personal en nuestra legislación, con la conciencia de normas —si bien reglamentarias— que consagraran el derecho de retirada o el de arrepentimiento (Reglas 91 y 93), prerrogativa personalísima del autor todavía hoy objeto de polémica. La falta de solidez legal del derecho moral de autor en España se mantuvo a pesar de la integración desde su fundación en la Unión de Berna cuyo Convenio adoptaría desde la Conferencia de Roma de 1928 el artículo 6 bis (retocado en Bruselas en 1948) que instituía

el derecho moral, norma invocable, sin embargo, por los extranjeros nacionales de la Unión ante los Tribunales españoles.

d) La concepción de la propiedad intelectual *como un todo* monolítico no desgajable en distintos derechos, venía corroborada por la *transmisión* de la propiedad contemplada en la Ley española. La inadecuación de dicha concepción hacía especialmente difícil aplicar las normas sobre enajenación de derechos específicos, típica de un contrato de representación (regulado por el Reglamento de 1880) o de un contrato de edición, que sólo en 1975 vino a contradecir el despropósito consagrado legalmente; existe una cesión del derecho o facultad de reproducción y de explotación, limitado a cierto número de ejemplares, con unos plazos claudicantes, pero no se transfieren la propiedad global sobre la obra, sino un derecho de alcance limitado sobre la misma. La «destrucción» de esa propiedad única e indivisible era contemplada en la Ley de 1966 sobre obras cinematográficas. La atribución, desde el inicio, de la coautoría a los creadores principales de la película y de la titularidad de la explotación de la obra al productor dejaba evidente la necesidad de consagrar un concepto legal de propiedad intelectual más flexible y de acuerdo a los distintos supuestos de producción intelectual.

e) La *exigencia de Registro* para recabar la protección de la Ley de Propiedad Intelectual (art. 36 LPI de 1879), si bien amparaba el derecho de inédito porque efectivamente «no es necesaria la publicación de las obras para que la Ley ampare la propiedad intelectual» (art. 8 de la Ley 1879), dejaba en evidencia la concepción como propiedad del derecho de autor y plasmaba más bien un derecho de exclusiva o un derecho de explotación preferente de ciertas obras, matizado con ciertas prerrogativas de índole personal que determinaban la validez y eficacia de los contratos firmados por los autores si lo consideramos globalmente o como una serie de derechos, patrimoniales y personales, cuyo ejercicio está sometido a un trámite administrativo, si queremos dar una idea más analítica del poder que ostentan los autores de obras científicas, literarias y artísticas. Cierto es que pocas legislaciones optan por la libertad de registro y depósito, pues si tenemos en cuenta la naturaleza casi siempre inmaterial del objeto-obra intelectual del derecho de autor, la opción por la publicidad formal es casi la única que queda para defender de forma preventiva el derecho de propiedad, dada la insusceptibilidad de posesión material ya puesta de relieve, sólo subsanable por un ejercicio público del derecho sobre la obra, divulgándola y explotándola, pero dejando en ese caso sin sentido el derecho de inédito (3).

He tratado de dibujar las líneas básicas en cuanto el *contenido* del derecho sustantivo de autor español anterior a la reforma. Se-

(3) Como bien dice FORNS (R.D.P. 1.944, p. 641) la Ley de 1879 «se acordó en el momento cumbre de entusiasmos por el Registro».

ría un error escindir los derechos de las acciones aparejadas para su protección por los tribunales, llamando a éste derecho adjetivo o puramente procesal. La gestión negocial de los derechos y las acciones civiles y penales han sido objeto de reforma y serán tratados en su lugar correspondiente y de su eficacia depende realmente la eficacia y virtualidad del derecho de autor ideado y estructurado por el legislador. Sin restarle importancia, vamos a detenernos más en los aspectos resumidos en los párrafos precedentes.

Los Convenios Internacionales

Debe recordarse una vez más el compromiso y la aplicación en España en beneficio de autores extranjeros de los Convenios de Berna 1886 y de Ginebra 1952, ambos en su revisión de París de 1971, así como el Tratado de 29 de octubre de 1971 de protección de productores de fonogramas, todos multilaterales y cuyas líneas maestras deben entenderse que, si no directamente aplicables a españoles en España, sí constituyen un precedente y un elemento integrable del orden público español en materia de derecho de autor, que debe dar ciertas pautas interpretativas e incluso normativas sobre la orientación que la reforma pueda tener, a salvo la soberanía del poder legislativo de regular según su particular concepción del orden interno, limitada en todo caso y sólo por la Constitución española de 1978.

a) El Convenio de Berna de 1886, del que España fue miembro fundador, ha tenido el valor en materia de propiedad literaria, en un principio de alcance básicamente europeo, pero paulatinamente mundial, estando hoy la Unión de Berna integrada por 75 países, siendo las ausencias más notables la Unión Soviética y los Estados Unidos de América.

Las siete revisiones que el texto de Berna ha experimentado en los cien años de existencia han ido perfeccionando la idea embrionaria de la Unión: la existencia de una serie de derechos mínimos «iure conventionis» que han ido aumentando o matizándose en las sucesivas revisiones; el principio de asimilación al nacional de los ancionales de estados de la Unión y el de reciprocidad, vigentes ambos con el propósito de estimular a los países unionistas a mantener un standard considerable de protección, de forma que sus autores no busquen publicar originalmente en otros países de la Unión que otorguen mayor protección (amparándose en la asimilación a los nacionales), ni que el trato ofrecido a los extranjeros haga esperar (en aplicación de la reciprocidad) una desprotección jurídica y económica de sus nacionales fuera de sus fronteras.

Dada la evidente disparidad de criterios y concreciones legales (de esa disparidad) existente entre las legislaciones de todos los países de

la Unión, si bien existe la posibilidad de reserva, no cabe que afecte a los aspectos sustantivos del Convenio que obligan «iure conventionis». Así existen compromisos inderogables por reserva:

— El país de origen de la obra determina si esa obra es protegible por el Convenio de Berna: si dicho país pertenece a la Unión, el autor o los titulares de derechos sobre la obra tienen derecho a protección automática (art. 5) en los términos del Convenio (4).

— La duración, como regla general, se extiende a cincuenta años «post mortem auctoris» (diferente en obras cinematográficas, fotografías, anónimas y seudónimos), sea cual sea la duración de los derechos en las legislaciones internas de países de la Unión.

— Los derechos de reproducción (art. 9), moral (art. 6 bis), de traducción (art. 8), de representación o ejecución pública (art. 11), de radiodifusión (art. 11 bis), recitación pública (art. 11 ter), adaptación (art. 12) de grabación (art. 13), cinematográfico (art. 14) y de suite (art. 14 ter) son de obligada protección en los países miembros de la Unión según los términos del Convenio, aunque en ocasiones queda a expensas de protección a los nacionales propios la tutela de autores extranjeros.

— Son límites o excepciones «iure conventionis» al derecho de autor la inclusión de fragmentos de obras en las noticias diarias o de actualidad (art. 2.8) o a modo de cita (art. 10.1) quedando a la soberanía de las legislaciones internas ampliar a otras excepciones los límites al derecho de autor (textos oficiales, discursos políticos o forenses, artículos periodísticos, uso educativo, etc.) (arts. 2.4, 2 bis, 10.2 y 10 bis del Convenio de Berna, París 1971).

Estamos ante un sistema imperfecto, pero todo un conjunto de normas sustantivas y principios que al margen de su valor inmediato vinculante a los Estados en beneficio de los nacionales de la Unión, ha tenido un papel informador de las legislaciones nacionales, salvo, tal vez, de la legislación española en los últimos cien años. El proyecto de Ley presentado ante las Cortes pretende actualizar la influencia que el Convenio de Berna debió tener en su día sobre la ley española.

b) La Convención Universal de Ginebra sobre derecho de autor fue acordada en 1952 para tratar de salvar el abismo que se había creado entre la Unión de Berna y los países sudamericanos, anglosajones y del tercer mundo. Auspiciada por la Unesco, la Convención de Ginebra suponía un compromiso menos fuerte e intenso que el mínimo standard exigible «iure conventionis» dentro del Convenio de Berna, limitándose a: 1) *demandar* una protección efectiva y adecuada a los países signatarios (art. 1). La vaguedad de la norma no tuvo

(4) El país de origen de la obra es el de la publicación de la obra o para las obras inéditas, el de la nacionalidad o residencia habitual del autor (art. 5).

más finalidad que alcanzar un acuerdo fácilmente aceptable por aquellos países reticentes a la cooperación internacional o partícipes de un concepto de copyright radicalmente diferente del sostenido en el texto de Berna. Los países que, como España, siendo de la Unión de Berna, ratificaron el Congreso de Ginebra debieron, sin embargo, aceptar en propio interés la llamada cláusula de salvaguarda de Berna, destinada a evitar la «fuga» de países del primer convenio amparándose en la segunda convención (5). 2) Contrariamente al espíritu de Berna, el texto de Ginebra exigía el cumplimiento de *formalidades* en el país de origen para recabar la protección de las obras. La transacción entre los países unionistas y la exigencia básicamente norteamericana quedó en la suficiencia de los símbolos (c) hoy universalmente difundidos (como equivalentes de haber cumplido las formalidades) (art. 3). 3) La duración mínima de protección fue establecida en 25 años pma, lo que se estableció como límite a la regla del plazo más corto entre el país de origen de la obra y el país en que se reclama la protección. 4) El principio de protección exigible en los países del Convenio de Ginebra era la resultante de la asimilación a la protección otorgada a los nacionales (falta así la reciprocidad del Convenio de Berna). Esto hizo posible la ratificación por Estados Unidos y muchos países descolonizados de un texto que dio un paso histórico en 1967 (Conferencias Estocolmo) al establecer disposiciones especiales para los países en desarrollo y que en 1973 tuvo la adhesión de la Unión Soviética.

El texto de Ginebra puso en España en relaciones diplomáticas, de asimilación pero no de reciprocidad, con las dos potencias, así como con muchos países que todavía no habían ratificado el Convenio de Berna.

La doctrina y la jurisprudencia española

Hemos visto hasta este punto los antecedentes legales de la reforma española del derecho de autor: una normativa interna fragmentada y dispersa en torno a la Ley de 1879 y los Convenios multilaterales de Berna y Ginebra, ambos en su revisión de París de 1971. No se ha mencionado el Convenio de Roma de 1961, protector de derechos vecinos al de autor (intérpretes y ejecutantes, productores de fonogramas y entidades de radiodifusión), porque hasta la fecha no ha sido ratificado por España, no era derecho interno español. Sí debía mencionarse el Convenio de 1971, firmado en Ginebra el 29 de octubre,

(5) El artículo XVII y Declaración anexa relativa, Convenio de Ginebra, en su revisión de 1971: en síntesis establecen que las obras que tengan origen en un país retirado de la Unión de Berna después del 1 de enero de 1951 no serán protegidas en los países de la Unión; la Convención de Ginebra no será aplicable en las relaciones entre países de la Unión de Berna respecto a obras cuyo origen esté dentro de la Unión.

para la protección de los productores de fonogramas contra su reproducción no autorizada, intento de salvar las abstenciones del Convenio de Roma de 1961 (más ambicioso), al menos, protegiendo a productores fonográficos.

Pero no queda dibujado el panorama antecedente a la Reforma de 1985-1987 en el Derecho de autor si, antes de entrar en la Constitución de 1978, no hacemos mención somera del estado de la doctrina y jurisprudencia españolas del último siglo sobre la propiedad intelectual.

Sin ser exhaustivo, porque no es el objetivo de mi estudio, no puede decirse en puridad que haya una doctrina legal y una doctrina científica española asentadas sobre la propiedad intelectual cuando las obras científicas y las sentencias de la Primera Sala del Supremo no exceden de la veintena en un siglo. No es un análisis grosero acudir al número para describir la desértica o inexistente condición de la doctrina. Lo que importa ciertamente es que no puede decirse que la doctrina o la jurisprudencia española haya debatido el derecho de autor. No ha habido tal debate, pero no significa que sea un síntoma de conceptos pacíficos: al calor de la nueva Ley seguramente se pondrá de relieve la necesaria polémica y discrepancia de la doctrina sobre puntos aislados, nucleares y marginales del derecho de autor.

Sería injusto olvidar que ha habido obras aisladas, notables o muy notables, desde los Comentarios de Danvila de 1882 a la Ley y Reglamento que él mismo contribuyó a redactar, hasta el intento sistematizador de Baylos (1976) dentro de todo un trato de Derecho Industrial y los Comentarios asimismo sistemáticos de Peña (1985) a los artículos 428 y 429 del Código Civil. Pero, aparte la calidad innegable de las obras mencionadas, así como de las contadas aportaciones del tiempo intermedio, el hecho indiscutible es que la doctrina española no ha *discutido* los numerosos problemas suscitados por la propiedad intelectual, desde su naturaleza y objeto hasta los últimos problemas provocados por los ordenadores. Una razón podría ser la calidad de las obras mencionadas («no hay nada más que decir»), pero la escasez de enfoques distintos, la escasez de debate ha empobrecido lo que podía haber sido una doctrina lúcida de una Ley moderna. Esriche, en su edición de 1874, dedica un buen número de páginas a la voz «autores». Kohler, pionero alemán, cita en su Tratado de 1907 las obras de Danvila (1883), Cuevas García (1893) y López de Andersona (1894). José Forns tuvo acogida en la Revista «Il Diritto di Autore». Los expertos españoles tuvieron en los foros internacionales, pero es imposible hablar de un estado de la doctrina española. Solamente, en los últimos años, desde los sectores implicados en la reforma (editores, sociedad de autores, productores cinematográficos) y desde los cimientos sólidos de la doctrina española del Derecho industrial y de la competencia se ha acometido, por unos, un intento

de concienciación social y de esfuerzo doctrinal ágrafo con la celebración de seminarios y jornadas sobre el derecho de autor o sobre aspectos puntuales (reprografía, sociedades de gestión, etc.) y, por otros, el «desembarco» en una tierra de nadie, que Otero Lastres, desde las actas de Derecho Industrial (1982) reclama para el Derecho Mercantil. El hecho es que la falta de debate, propiciado seguramente por la condición de «res derelicta» que ha tenido la propiedad intelectual en España, impide explicar la reforma desde la doctrina.

Algo parecido podría decirse de la Jurisprudencia española. Las cuatro primeras salas del Supremo han tenido ocasión de dilucidar asuntos de derecho de autor: la Primera, pleitos fundamentalmente entre herederos de algún autor —o entre éstos y un cesionario— y por infracción de contratos de edición, aparte del célebre pleito del escultor Pablo Serrano, que ha dado lugar a dos sentencias, en 1965 y 1985. La Segunda Sala ha discutido en la escasa veintena de sentencias el aspecto doloso imprescindible para apreciar infracción del derecho de autor punible penalmente, si bien existen dos sentencias que han ido más allá, en un intento teórico por explicar la propiedad intelectual antes de dilucidar la existencia del delito, que ha llevado a elogiabiles y sorprendentes construcciones, acudiendo incluso a la Declaración Universal de Derechos Humanos [notablemente la STS (2.ª) de 23 de mayo de 1985]. La apreciación de infracción intencionada o no intencionada ha sido el centro de gravedad de la doctrina penal del Supremo sobre propiedad intelectual. Las Salas de lo Contencioso, por su parte, han dilucidado los recursos por problemas registrales o por decisiones de la autoridad que afectaban al dominio público por falta de publicación, a la denegación de una marca o nombre industrial por coincidencia con una obra extranjera registrada, o a las emisiones de radio y televisión.

A pesar de todo ello, aunque la Jurisprudencia española ha parecido desproteger el derecho moral del escultor a la integridad de su escultura, por inaplicabilidad del Convenio de Berna (art. 6 bis) a un nacional, siquiera como principio general del derecho (1965) o por irretroactividad de la Constitución, inadecuación del procedimiento e inaplicabilidad del artículo 20 de la Constitución española al caso (1985), resulta injusto afirmar que el Supremo ha ignorado el derecho moral o que exclusivamente ha reconocido aquel derecho moral que estaba expresamente regulado en las leyes de 1879, de 1975 o de 1966. Si analizamos la jurisprudencia española del último siglo veremos que la Ley de 1879 ha sido sobradamente completada por el Alto Tribunal, tanto reconociendo que la propiedad intelectual es un caso de propiedad que no puede asemejarse sin más al dominio ordinario como analizando los derechos integrantes de la misma y distinguiendo el plano moral o personal del puramente patrimonial. Los esporádicos de las sentencias sobre propiedad intelectual impide que exista una

conciencia de doctrina legal constante sobre la materia, pero el caso Serrano, resuelto por razones procesales [contradichas por el Constitucional, que, sin embargo, sí apreció extemporaneidad de la pretensión (STC 18-3-87)] no debe conducirnos a afirmar que no hubiera una concepción dualista del derecho de autor en la Jurisprudencia española o que ésta había seguido literalmente los dictados de la Ley de 1879, cerrando los ojos a las leyes vecinas o a los Convenios ratificados por España para construir su concepción analítica de la propiedad intelectual.

Cierto precedente de la nueva Ley podría encontrarse en la dispersa jurisprudencia española, pero el grado de complejidad de la nueva Ley responde a la presencia de España en los foros internacionales y al papel activo de los grupos de presión en la redacción de los anteproyectos y en las discusiones parlamentarias, antes que a exigencias judiciales. Ha llegado el momento de detenernos en la Constitución de 1978.

2. LA CONSTITUCION DE 1978 Y EL DERECHO DE AUTOR

El valor constitucional del derecho de autor a la luz de la norma española de 1978 debe ser analizado al menos en dos aspectos, a saber, qué naturaleza o reconocimiento constitucional tienen los derechos de autor y, supuesto que tengan rango constitucional, cuál es el contenido esencial del derecho de autor español en 1978 o el contenido constitucional que informe la legislación en dicha materia.

La incardinación constitucional del derecho de autor ha sido de disparidad *doctrinal*, ofreciéndose básicamente las dos siguientes opciones: a) como tal propiedad especial, se encuentra englobada en el dominio y por tanto reconocida en el artículo 33 (6); b) los derechos de autor son la resultante del reconocimiento y protección del derecho a la libre creación y producción artística, científica, literaria y técnica proclamados por el artículo 20.1.b) de la Constitución española (7). Tal discrepancia no ha sido evitada en la única sentencia

(6) Eso parece opinar CHICO ORTIZ («R.C.D.I.», noviembre-diciembre 1984, pp. 1.331-1.333) y STORCH DE GRACIA («La Ley», 1986, 2, 1177) y GÁLVEZ (Coms. a Constitución, dirigidos por Garrido Falla, p. 260).

(7) En esta línea se encuentran PEÑA y BERNALDO DE QUIRÓS (comentarios al Código Civil, Albaladejo, t. V, vol. 2.º, p. 732, Madrid 1985). BERCOVITZ, aunque de manera genérica (la protección de los productores de fonogramas, en Homenaje a Beltrán de Heredia, p. 46, Salamanca 1984). FERNÁNDEZ Y CAMPOAMOR (comentarios a las leyes políticas, Alzaga, Madeir, 1984, pp. 545). Así como OTERO LASTRES («La Ley», 1986.2, p. 370) y SERRANO ALONSO («Actualidad Civil, 1986, núm. 2), aunque este último critica duramente la inclusión del derecho de autor como fundamental, a diferencia del rango constitucional del derecho de propiedad, donde debería englobarse. CHICO, en un primer momento («R.G.L.J.», 1981, p. 418) parecía opinar que los derechos de autor venían reconocidos en el artículo 20 de la Constitución española.

del *Tribunal Supremo*, posterior a 1978, que trata el tema, si bien marginalmente porque formalmente no se entra en el fondo de la cuestión: la STS (Sala 1.^a) de 9 de diciembre de 1985, sobre el pleito sostenido por el escultor Pablo Serrano con una entidad hotelera, refleja la discrepancia en el Alto Tribunal sobre la ubicación del derecho de autor en la Constitución española de 1978. Ponencia y voto particular, aparte de discrepar sobre el núcleo de la sentencia relativo a la inadecuación de procedimiento elegido por el recurrente para solicitar la protección, divergen igualmente en el sentido del artículo 20.1.b) de la Constitución española. Mientras para el ponente, el artículo 20.1.b) reconoce un genérico derecho a crear, pero no un derecho de autor, derecho cuyo objeto es un bien material, pero en absoluto un bien de la personalidad, para el magistrado discrepante la norma contenida en el artículo 20.1.b), en conexión con el artículo 27.2 de la Declaración de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, lo que hace es constitucionalizar el núcleo esencial del derecho del autor a la protección de los intereses materiales y morales. [Sin embargo, el ponente venía a admitir en el 8.º Cdo. que en el 20.1.b) de la Constitución española se reconocía de forma genérica el instituto del derecho de autor, de forma no improvisada, quedando todo el sistema de protección a expensas de su posterior concreción legislativa (3.º Cdo.)].

La sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de marzo de 1987 («B.O.E.» de 14 de abril de 1987) no llega a pronunciarse sobre la incardinación del derecho de autor en el artículo 20 de la Constitución española, aunque puede dar a entenderlo. La irretroactividad de la Constitución española y la extemporaneidad de la pretensión fueron las «rationes decidendi». G. de Enterría, recurrente, considera que el Tribunal Constitucional ha reconocido el derecho moral de autor como derecho fundamental (ABC de Madrid, 12 de abril de 1987, pág. 32) en un artículo posterior a la sentencia del Tribunal Constitucional, denegatoria del amparo solicitado por la viuda del escultor Serrano.

A mi juicio, no han sido expuestas ni por autores ni por magistrados todas las posibilidades que ofrece el texto constitucional de 1978 para localizar un reconocimiento no remoto a los derechos de autor: alusiones o fundamentos del derecho de autor en la Constitución española de 1978 se encuentran en:

- a) El artículo 33.1 como especie de propiedad privada.
- b) El artículo 20.1.a) como mecanismo de protección eficaz de la libertad de expresión, en caso de que ésta se materialice en obra, cualquiera que sea su género (en especial, los derechos morales).
- c) El artículo 20.1.b) como sistema de protección («se reconocen y protegen...») de la libertad de creación y producción literaria artística, científica y técnica.

d) El artículo 35.1 como forma de trabajo (la autoría) cuya elección es libre y cuya explotación por cuenta ajena da derecho a remuneración.

e) El artículo 44 tanto como forma de garantizar el acceso a la cultura cuanto como estímulo a la promoción de la ciencia y la investigación científica y técnica.

a) En tanto no sea revisado el concepto y naturaleza del derecho de autor como propiedad especial, el hecho es que el ordenamiento positivo español lo conceptúa como tal y prescribe la aplicación supletoria de las normas sobre propiedad a lo no regulado en la legislación especial (vid. arts. 429 del Código civil y 5 de la Ley de Propiedad Intelectual de 1879). Todo esto es producto de la contemporaneidad de la vieja Ley hoy derogada y del Código civil español con el auge en Europa —y su adopción mimética en España— de las teorías patrimonialistas del derecho de autor y de las propiedades sobre bienes inmateriales.

A pesar de las dificultades dogmáticas que plantea la concepción dominical del autor, no es incorrecto afirmar que el derecho a explotar económicamente la obra cuyos derechos no han sido cedidos, así como la facultad perpétua de configurar el objeto de sus derechos (de dotar de contenido o de modificarlo a sus obras, así como autorizar o negar a otros que lo hagan) son actos de propietario, de «dominus», mas si tenemos en cuenta el carácter exclusivo («propius») y excluyente, si bien deben atenderse a las particularidades de los objetos sobre los que recaen.

De ahí, esto siguiendo dicha concepción dominical, las limitaciones impuestas al derecho de autor (tradicionalmente, el derecho de cita, la utilización informativa, etc., ampliados ahora por la nueva Ley, arts. 31-40), serían manifestaciones de la función social de la propiedad, proclamada por el párrafo 2.º del artículo 33 de la Constitución española. Para Alvarez Romero (8) la propiedad intelectual nació en España con una significación social acusadísima, superados los privilegios de siglos anteriores. El artículo 40 de la vieja Ley de 1879 supone para este autor una afirmación vigorosa de la función social de la propiedad intelectual, más acentuada que en ningún otro tipo de propiedad y anticipándose a normas de mayor rango que persiguieran la propiedad inactiva.

Sin embargo, si como propone Montés (9), la función social de la propiedad se manifiesta técnicamente en restricción de facultades, imposición de deberes o en el condicionamiento para su ejercicio de

(8) *La Constitución española y el derecho de propiedad intelectual*, Boletín «Anabad», año XXIX, núm. 1 (1979), pág. 86.

(9) *Comentarios al Código civil (Albaladejo)*, tomo V, vol. 1, p. 126, Madrid 1980.

ciertas facultades, no parece que sean estos llamados límites al derecho de autor la consecuencia de la función social ni que respondan a ese esquema dogmático descrito.

Que los derechos de autor tengan su fundamento constitucional en el reconocimiento de la propiedad privada es algo que hoy puede suscitar más dudas, pero no sólo conceptuales, sino simple y llanamente de derecho positivo y de su realización práctica ante los Tribunales. Este fundamento dominical del derecho de autor es muy caro, como es lógico, a la doctrina francesa y, en parte, a la doctrina alemana de derechos de autor.

Los primeros, partiendo de una Ley (de 1957) que se denomina de propiedad literaria y artística, cuyos artículos 1.º y 29.º proclaman literalmente que el autor goza de una propiedad incorpórea sobre su obra, no tienen otra opción que, aun reconociendo el derecho moral que su propio artículo 6 proclama, construir el derecho de autor como propiedad especial, propiedad literaria. A partir de la Ley de 1957 surgieron varias interrogantes sobre la naturaleza dominical del derecho de autos francés, encontrando en general una respuesta afirmativa (10).

Los alemanes, por su parte, tienen una Ley (de 1965) que se llama de derecho de autor y cuyos preceptos para nada aluden a derechos de propietarios, propiedad. La doctrina considera que la Ley alemana de 1965-85 practica una concepción monista del derecho de autor, y se inclinan por hablar de *geistiges Eigentum*, así como a la hora de juzgar la constitucionalidad de ciertas normas de la Ley de 1965 recurridas ante el Tribunal Constitucional alemán. Los recursos resueltos por dicha corte, en julio de 1971, tuvieron repercusión incluso en autores que no se dedican a esta disciplina (Norbert Reich, *Mercado y Derecho*, edición española, Barna, 1985) hasta el extremo de afirmar que el Legislador puede modificar mediante una disposición legal determinadas facultades del propietario (se refiere al autor, pág. 93, edición española) (10 bis).

(10) Vid. sobre este punto concreto los artículos de TOURNIER, *Peut-on acquerir la propriété d'une oeuvre de l'esprit?* RIDA XX (1958), HEPP: *Le droit d'auteur «propriété incorporelle»?* RIDA XIX (1958) y DE CHIOCCI: *Il diritto di autore, diritto di proprietà nella nuova legge francese, Dir di autore 1957*, pp. 410-438. El belga PIERRE RECHT es bien tajante tanto en su obra *Le Droit d'auteur, une nouvelle foem de propriété. Histoire et Theorie*, París, 1969, como en la versión abreviada de la misma, en alemán, en el Ufita 57 (1970), pp. 1-30, descartando todo tipo de tesis espiritualistas para explicar la propiedad intelectual, incluido el derecho moral, explicándose todo desde el instituto de la propiedad ordinaria (Ufita: *Archiv für Urheber, Film, Funk und Theaterrecht*, editado en Berlín desde 1928).

(10 bis) Mientras los franceses tienen la dicción literal de su propia Ley [propiedad incorpórea (art. 29) y derecho de propiedad incorpóreo, exclusivo y oponible a todos (art. 1)] pie forzado a la incardinación de su naturaleza jurídica, los alemanes no se han visto obligados a centrar en el derecho de la propiedad el fundamento constitucional del derecho de autor; pero esa es la tendencia casi unánime, de la que es buen

Sin embargo, la inadecuación del concepto de propiedad a la llamada propiedad intelectual y la aplicación supletoria de las normas del Código Civil dejan por lo menos sin solución los problemas siguientes: 1. La no susceptibilidad de posesión del objeto intelectual (salvo las obras plásticas) y el consiguiente disfrute simultáneo por varias personas, mermando el sentido de las acciones reivindicatorias, posesorias y la intervención —y eventual garantía— expropiatoria (11). 2. La acumulación de varias propiedades sobre un mismo objeto —obra de arte o intelectual (obras plásticas o manuscritos originales) no ha encontrado solución satisfactoria a los problemas que plantea la coincidencia de un dominio material sobre el objeto y la reserva de los

representante el profesor MAUNZ (Das geistiges Eigentum im verfassungsrechtlicher Sicht, GRUR, märz 1973, p. 107); no obstante, existen propuestas, como la del iuspublicista G. Hermann, que aboga por una dispersión del fundamento constitucional del derecho de autor, en contra de los que piensan en un fundamento constitucional de la propiedad intelectual; para él, en los artículos 2, 1, 5, 12 y 14 de la Ley Fundamental de Bonn residen los diversos fundamentos del derecho de autor, no existiendo una jerarquía que «resuelva» el concurso de normas aplicables e invocables ante los Tribunales. Por tanto, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de ciencia y del arte, de expresión, la libre elección de profesión, así como la propiedad fundamental desde la Constitución la protección a los autores [HERMANN: *Verfassungsrechtliche und rundfunkrechtliche Aspekte des Urhebervertragsrechts*, «Ufita», Bd 73, p. 85 (1975)].

(11) PEÑA (comentarios, cit. p. 718) considera que no es aplicable la posesión; sobre este punto recuérdese el artículo de Díaz García en la R.G.L.J. de 1948, 528-546, que comenta el Decreto de 13 de octubre de 1938, referente al depósito de obras en la Biblioteca Nacional, una de cuyas disposiciones otorgaba los beneficios y las consecuencias de la posesión civil sobre la obra al depositario, disposición duramente criticada por dicho autor. La Ley italiana de 1941 habla en su artículo 167 de la posesión legítima de los derechos de autor. Messineo ha deducido de ello la posesión en general del bien inmaterial. Barassi lo ciñe exclusivamente al supuesto. Como excepción al embargo, el Estatuto español de Propiedad Industrial, en su artículo 373.2 habla de que el querellado posea, explote y utilice lo que constituye el objeto de la patente.

Respecto a la acción reivindicatoria o la protección posesoria, lo que realmente protege a los autores del disfrute de su obra y de su derecho es una acción de cesación, al margen de la eventual reclamación de paternidad que pudiera entablar, acción comparable a la declarativa de dominio, pero imprescriptible. En los demás casos fundametales de lesión —que el autor no ha autorizado explotar o usar su obra a un tercero o que el autor no admite el modo de explotarla, aun mediando autorización, porque afecta a la integridad de la obra o a su reputación— lo que ampara eficazmente el autor lesionado es una acción de cesación del hecho fraudulento civil o penal —podría atribuírsele un valor equivalente a las acciones negatorias, respecto al actor, y a los interdictos, respecto al demandado, pero la comparación no deja de ser incorrecta—. Valga esto para nuestro Derecho (la vieja Ley, en sus artículos 46 y 49 prevenían la suspensión gubernativa de actos fraudulentos; la nueva Ley, en sus artículos 123 y siguientes, gira en torno a las ideas de cese de la actividad e indemnización), pero también para el Derecho comparado: cesación y secuestro de ejemplares o de recaudación prevén las leyes francesa (art. 66), alemana (arts. 97-99), italiana (art. 161) y portuguesa (art. 201) de derecho de autor. No es casual, por otra parte, que en los sistemas anglosajones se opte por la «injunction», especie de «equitable remedy», esto es, mandamiento discrecional del tribunal cuando estima que los «daños» (resarcimiento de los daños) no son adecuados para la protección solicitada, no cabiendo, en modo alguno, la alternativa de indemnizar a dicha obligación de no hacer (a diferencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil 925): el artículo 502 de la Ley norteamericana y el artículo 17 de la Ley inglesa de Copyright establecen la injunction —en el primer caso, temporal o perpetua—.

derechos de exposición y reproducción, salvo pacto en contra, en manos del autor vendedor del objeto. 3) Las accesiones sobre la obra en ningún caso dan lugar a la absorción dominical por parte del propietario de la parte principal, sino antes al contrario, derechos al autor de la obra derivada, eso sí, con respeto de los derechos de la obra original. 4) Las relaciones entre el propietario intelectual de la obra y los titulares de derechos económicos sobre la misma han quedado sometidos a la fuerza de los pactos sin obstar para ello la naturaleza supuestamente irrenunciable de los derechos morales. 5) El Registro forzoso para recabar la protección, como ya se ha señalado más arriba, debilitaba el carácter dominical de la propiedad intelectual, convirtiéndola más bien en un derecho de exclusiva o preferente. 6) El pase, en todas las legislaciones, más pronto o más tarde al dominio público nos presentaba una propiedad claudicante ante la que pocas similitudes o analogías podían aplicársele configurándola de propiedad, por muy especial que se quisiera. 7) La aplicación igualmente de las normas del usufructo (bien de obra intelectual, bien del deudor de autor) (12) hacen irreconocible tal explotación de la obra o derecho ajeno, debido fundamentalmente a las prerrogativas del autor, muy superiores a las del propietario en esta materia —no queda vinculado por el principio «salva rerum substantia», no puede enajenar ciertos derechos limitando seriamente el título constitutivo—, por lo que era necesario recurrir a otras figuras típicas o atípicas de cesión de derechos o facultades (de reproducción, traducción, adaptación, representación, etc.) que llevaban el problema al derecho de obligaciones y desplazaban del campo de los derechos reales y de la propiedad la difusión ordinaria de obras intelectuales. Si a esto añadimos la confusión terminológica que la legislación española y extranjera han tenido, así como la ubicación no uniforme de la propiedad intelectual en los códigos civiles europeos veremos que no es adecuado encuadrar dogmáticamente en la propiedad la institución de los derechos de autor, aunque éste tenga algunos caracteres comunes con el propietario ordinario.

La Ley española, junto con la francesa, es la única que se llama de propiedad intelectual. Las demás leyes de nuestros países vecinos se llaman de derecho de autor. La Convención de Berna de 1886 es de protección de las obras artísticas y literarias. La Convención de Ginebra es la Universal del Derecho de Autor.

(12) VENEZIAN en su monografía sobre el Usufructo (1928), PUGLIESE (*Usufructo, uso y habitación*, Turín, 1972), los comentaristas del BGB (Staudinger, por ejemplo) y en España DALMASES (*El usufructo de créditos*, 1932) estudian el usufructo de propiedad intelectual y de la obra del ingenio. Es, sin embargo, la Ley portuguesa sobre derechos de autor de 1985 la que expresamente reconoce que «el derecho de autor puede ser objeto de usufructo, tanto legal como voluntario» (art. 45).

Conviene recordar la definición —audaz si se quiere— que las leyes belga y holandesa hacen del derecho de autor como «bien mueble, cedible y traspasable, en todo o en parte...». La ley americana de 1976 habla de la transmisión «mortis causa» del derecho de autor como personal «property» (esto es, bien mueble) (art. 201.d.1].

El Código civil español habla ciertamente de propiedades especiales, entre ellas, la intelectual. El Código francés y el B.G.B. para nada contemplan ni por vía de remisión la llamada propiedad literaria o el Urheberrecht alemán. El Código italiano tiene normas sobre derecho de autor en su Libro IV sobre «Il lavoro». El Código civil portugués excluye expresamente que las cosas incorpóreas puedan ser objeto de propiedad (art. 1.302 a contrario).

El Código penal español habla de infracciones del derecho de autor y de la propiedad intelectual. Como se puede ver, la incierta categorización del derecho de autor como propiedad es incluso palpable en el campo terminológico. El Proyecto de Ley Orgánica reformadora del Código penal («B.O.C.G», Congreso, 17 de enero de 1980) incluyó la infracción del derecho de autor (art. 352) como delito contra el orden socio-económico. El bien jurídico protegido no era el patrimonio, o no sólo el patrimonio individual.

b) Derecho de autor y libertad de expresión. El derecho a plasmar ciertas ideas de una forma concreta, la libremente elegida por el sujeto, a hacerse responsable de las ideas expresadas y difundidas y a defenderse de la falsa atribución de expresiones no vertidas por la misma persona, son tanto consecuencias de la libertad de expresión como núcleo del derecho moral del autor.

Además, ha sido subrayado por algunos autores el papel que un sistema de derecho de autor tiene como garantía, entre otras, de una verdadera libertad de expresión (13). El estímulo, a su vez, que supone otorgar a los autores y creadores un poder personal y patrimonial sobre sus obras fomenta la creatividad o cuando menos la dedicación a la investigación y creación, a veces integrada por años y años de trabajo, que sólo se ven culminadas una o dos veces en cada persona a lo largo de su vida, la producción de obras acabadas y dignas, a su juicio, de ser difundidas: la inversión de tantas horas no puede

(13) DE SANCTIS, que cita una ordenanza del Pretor de Roma de 8 de julio de 1971, que dirimió entre libertad de expresión y derecho de autor (*La cour constitutionnelle italienne et le droit d'auteur. Hommage H. Desbois*, París, 1974, p. 306). HERMANN (*Verfassungsrechtliche...*, cit. nota 10 bis). FABIAN I en la revista «Il Diritto di Autore» (1978), p. 720. SANTORO en la misma revista (1979), p. 754. COHEN JEORAM: *The freedom of expression and the copyright and media Law*, en «Grur» (Gewerbliche Rechtsschutz und Urheberrecht) International, 1983, pp. 385-390. FREITAS, «Boletín de derecho de autor de la Unesco», 1984, núm. 3, pp. 18-28. DONTSEEV en el mismo número escribe *Libertad de expresión y derecho de autor*, que consiste, sin embargo, en un canto de las excelencias del sistema soviético.

ser defraudada con un despojo o desprotección absoluta de los resultados de dicha creación intelectual.

c) Artículo 20.1.b). Efectivamente, el ponente de la STS de 9 de diciembre de 1985, comentada más arriba, considera que en el artículo 20.1.b) se reconoce un derecho genérico a crear y producir obras intelectuales. Uno de los comentaristas de dicha sentencia distingue en dicha línea un derecho a ser autor de un derecho de autor. Sin embargo, existen varias razones para considerar que el sentido que tiene el artículo 20.1.b) como norma especial y distinta de la contenida en el artículo 20.1.a) es que se reconocen los derechos de autor con rango de derecho fundamental. A ello contribuyen una serie de indicios interpretativos bastante fuertes:

1. De los debates constituyentes se deduce que lo que se estaba reconociendo con la norma «derecho a la creación y producción literaria, artística...» eran los derechos de autor. El primitivo artículo 19.1.b) fue discutido en la fase constituyente y, si bien unos estimaban que era innecesario, bien como subespecie de la propiedad reconocida en el artículo 33 (entonces artículo 29) (Enmienda número 779 al Anteproyecto de 5 de enero de 1978 presentada por UCD), o bien (como un derecho subjetivo civil) impropio de rango constitucional y objeto de Ley ordinaria (Carro: Enmienda número 2 al Anteproyecto de la Constitución española de 5 de enero de 1978), lo cierto es que lo que se discutía era la oportunidad de reconocer la propiedad intelectual o los derechos de autor (Fernández de la Mora: Enmienda número 63 al Anteproyecto de 5 de enero de 1978).

2. La norma interpretativa del artículo 10.2 de la Constitución española, remitiendo al sentido reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, lleva a integrar el sentido del artículo 20.1.b) hacia un reconocimiento y protección de los intereses materiales y morales que el autor tenga en sus obras. Punto sobre el que volveremos más tarde al analizar el contenido esencial del derecho reconocido en el artículo 20.1.b).

3. El precedente de derecho comparado más reciente e inmediato está en el artículo 42 de la Constitución portuguesa de 1976 [1] es libre la creación intelectual artística y científica; 2) esta libertad comprende el derecho a la invención, producción y divulgación de la obra científica, artística o literaria, incluyendo la protección legal de los derechos de autor).

4. El sentido alusivo o connotativo de los adjetivos literaria, artística y científica, al margen de lo subrayado sobre los debates constituyentes, revelan que en lo que pensaba la comisión redactora de este precepto era en la propiedad intelectual, pues todos los textos españoles y extranjeros de la disciplina enumeran dicha tríada de obras del ingenio para describir el objeto de los derechos de autor.

5. Porque, ¿qué es derecho a la creación como algo distinto de la libertad de expresión? El objeto de esta última son sin duda las ideas, cuyo empleo y difusión son inapropiables y, por tanto, libres. Ahora bien, cuando el resultado de esas ideas se materializa en una obra dotada de una forma concreta lo que se va a proteger no son las ideas contenidas en la misma, sino el hecho y la forma de ordenar o disponer las ideas de un modo concreto que sea original respecto a apariciones anteriores de iguales o similares ideas (el mismo motivo o argumento puede encontrarse en infinidad de obras distintas). Por ello, si lo que se reconoce y protege es el derecho a la creación y producción..., tanto si se entiende como derecho a ser autor como derecho sobre la obra creada, es otorgando a cada persona que cree una obra una serie de poderes sobre ella, derivados implícitamente de un reconocimiento primario: su condición de autor, de padre de la obra, lo que significa poder disponer y explotarla según su voluntad. No existen autores sin obras.

Es oposición necesaria de la autoría el hecho o la obra. No se es autor sin más; se es autor de una o varias obras. Por tanto, para que cobre sentido la norma del artículo 20.1.b) como norma diferente a la del artículo 20.1.a), no basta con decir derecho a expresarse de una manera o modo concreto (derechos a crear una obra), sino derecho a ser reconocido autor de cada una de las obras propias: lo que tiene consecuencias morales y económicas imprescindibles. En tanto ligado al libre desarrollo de la personalidad y a la fama o reputación, amén de la dignidad, no cabe que un sistema de regulación de los derechos de autor, expropie de su auténtico creador decisiones o poderes en los que van comprometidos dichos valores; como emanación de la personalidad, aunque con contenido ideal y material autónomo, debe reconocerse «ab initio» una exclusiva, una apropiabilidad de la obra en favor de su autor. Que este derecho sea fundamental implica no todo un sistema de protección de derechos de autor, como correctamente negaba la STS de 9 de diciembre de 1985, pero sí exige a la legislación que los regule que respete esos puntos de partida fundamentales: la protección a los intereses morales y materiales sobre la obra que cada persona haya creado. No es un genérico derecho a empuñar la estilográfica o el pincel.

Estas son razones bastantes para dotar de contenido propio a la norma del artículo 20.1.b), con independencia de que se sostenga su acierto o inconveniencia.

d) El artículo 35.1. Derecho de autor y derecho del trabajo. La norma contenida en el artículo 35 de la Constitución española, si bien podría circunscribirse —por su párrafo segundo— al mundo de las relaciones laborales, el hecho es que además de establecer un deber genérico de trabajar, reconoce el derecho al trabajo, a la libre elección

de profesión u oficio y a una remuneración suficiente (derivada del ejercicio profesional o laboral) para sus necesidades y las de su familia.

Si no buscamos su único fundamento constitucional que podría dotar de contenido constitucional al derecho de los autores sobre sus obras, conviene, a mi juicio, no dejar de lado esta norma, vinculante para los poderes públicos directamente, sin necesidad de desarrollo, como aclara la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de diciembre de 1982, y a su vez no circunscrito tal desarrollo al Estatuto de los Trabajadores previsto constitucionalmente. Parece que caben alguna ocupación más que aquellas derivadas de relaciones laborales. O, mejor dicho, se refiere también a aspectos distintos. La norma del artículo 35.1 de la Constitución española sirve de control constitucional de la contratación entre particulares cuando se trate del ejercicio de la profesión u oficio:

a) Se tiene deber, pero también derecho, a trabajar y a elegir la ocupación habitual, sea con vínculo laboral, funcionarial o arrendaticio.

b) No caben ocupaciones no elegidas o trabajos forzosos.

c) En estos casos, la contraprestación, la remuneración ha de satisfacer cotidianamente las necesidades familiares del que presta su trabajo a otro. De ahí, que como imperativo constitucional, en aras de proteger la dignidad de la persona, establece que la persona ha de tener bastante para vivir con su trabajo (finalidad básica deriva del artículo 10.1 de la Constitución española).

Que dicha norma haya adquirido su mayoría de edad en una época de desempleo creciente o que el párrafo segundo se refiera al Estatuto de los trabajadores no debe autorizar a desplazar completamente la finalidad de esta norma al mundo laboral. Parece, o eso puede desprenderse de una lectura «a posteriori», que el artículo 35.1 de la Constitución española, antes que establecer la obligación estatal de asegurar el pleno empleo —lo que dependerá de las condiciones económicas que se den en un sistema de mercado—, lo que parece exigir es un límite al principio general de libertad en el campo de los contratos, cuando se trate de la prestación de servicios en ejercicio de la profesión u oficio, tanto el objeto como la contraprestación que se reciban deben ser dignas (no cabe contratación forzosa de servicios, ni debería haber explotación: de ahí que se establezcan salarios mínimos interprofesionales de manera similar a las tarifas mínimas establecidas por los colegios profesionales, cuya vulneración incluso por voluntad del profesional se considera no ética). El control ético (dignidad) de la prestación de servicios laborales y profesionales es el máximo al que puede aspirar una norma constitucional, a quien escapa el dominio de las variables macroeconómicas que hagan posible el pleno empleo, lo que no quiera decir que éste no sea una meta exigible a todo parlamento o gobierno nacido de la Constitución.

La conexión, por tanto, con las razones de ser del derecho de autor aparecen evidentes, y sin ser únicas éstas, encontramos en este derecho político (no fundamental) a trabajar y obtener una remuneración bastante por el propio trabajo la necesidad de que una legislación que regule la contratación de los autores —que desempeñan tal profesión— o que incluso pueden estar empleados para crear obras del ingenio— satisfaga dichos imperativos constitucionales. Las conexiones entre derecho de autor y derecho constitucional del trabajo y profesional son entonces obvias:

- a) El autor desempeña su oficio o profesión.
- b) El autor puede estar, incluso, bajo una relación laboral, dedicado a la creación y producción de obras intelectuales.
- c) La remuneración de un autor ha de ser bastante y las condiciones de su contratación deben superar ese listón de dignidad y suficiencia establecido por el constituyente: las relaciones del derecho moral (que operaría como instrumento de control de la obra y reputación del autor, pero también de que no se vea forzado a vivir de una obra que no ha decidido libremente lanzar al mercado) con los derechos económicos de autor (14).

De ahí que autores —empleados o libres— aparezcan como parte débil de la negociación a semejanza de trabajadores, consumidores o arrendatarios. Cuando se trata de actividades de primera necesidad o que subvencionan dichas necesidades, el Estado va a imponer una serie de derechos irrenunciables (orden público de protección) e interviene en la contratación entre particulares, en principio, libre.

Que algún sustrato laboral o profesional tiene la legislación de derecho de autor lo demuestra el hecho de la asimilación, a efectos de prelación de créditos o de embargabilidad, que el derecho español preconstitucional, así como el derecho francés y el italiano establecen (vid. *infra*, al estudiar el embargo del derecho de autor). La protección de autores en la contratación se debe a una consideración de la creación y producción de obras de ingenio como medio de vida. Y aunque es cierto, se puede objetar que existan muchas personas que se dedican a la creación como actividad esporádica, marginal y carente de toda finalidad lucrativa, existe cierto interés colectivo porque los autores lo sean en exclusiva, de profesión u oficio. Baylos los considera empresarios de sí mismos (15).

(14) Que sea suficiente será siempre en correspondencia con el tiempo trabajado. En el caso de los autores, la asimilación laboral viene más por la vía de la indisponibilidad de ciertos derechos que por la subvención, por los royalties devengados, de las primeras necesidades. Sobre la suficiencia del salario, vid., entre otros, los comentarios de SAGARDOY BENGOCHEA (*Comentarios a las leyes políticas*, dirigidos por Alzaga, tomo III, pp. 469-476, especialmente 475, Madrid, 1983).

(15) *Tratado de Derecho Industrial*, Madrid, 1976, p. 470.

La doctrina italiana, por su parte, ha sido muy cara a dicha orientación teórica: es lógico dada la ubicación del «diritto de autore» en el Libro «Del Lavoro» de su Código civil, conseguida por instancia parlamentaria del profesor Piola Caselli, que logró el «traslado» de las normas relativas al Derecho de autor del Título de la Propiedad (16).

No es indiferente a tal orientación doctrinal, como es lógico, que tanto la Ley italiana de derecho de autor como el Código civil fueran alumbrados en la época fascista, pero ni han sido derogados o modificados en este aspecto ni la norma constitucional relativa al trabajo ha hecho cambiar de orientación a gran parte de la doctrina italiana, aunque haya notorios discrepantes (17). Cuando el artículo 35 de la Constitución italiana establece que la República protege el trabajo en todas sus formas y aplicaciones, confirma la orientación laboralista del derecho de autor italiano contenida en sus leyes ordinarias.

La norma española, el artículo 35.1 de la Constitución española establece que si el resultado material del trabajo de una persona (autor, por ejemplo) va a ser explotado económicamente por otra, sólo puede ser con su consentimiento (libre elección, derecho a) y a cambio de una remuneración suficiente para vivir. El derecho moral y el derecho económico del autor sobre su obra pueden entrecruzarse como exigencia constitucional, lo que puede dar un límite o un sentido al derecho a la creación y producción cuando dichas creaciones entran el mercado. La nueva Ley de Propiedad Intelectual nos mostrará en qué medida los principios laborales han penetrado o inspirado el derecho de autor (arts. 14, 43, 53).

e) Artículo 44 de la Constitución española. Libre acceso a la cultura. De igual manera que ocurre con el derecho a la libre expresión, la relación del derecho de autor con el derecho de acceso a la cultura es doble y aparentemente contradictoria: por un lado, el establecer un monopolio o unos derechos de autores y productores sobre sus obras frenaría o supondría un obstáculo a la libre circulación de las ideas y obras, por tanto, al libérrimo acceso de la sociedad a la cultu-

(16) *Codice del Diritto di Autore*, Torino 1943, pp. 190-201, y *Sul inquadramento del diritto di autore come diritto del lavoro*, «*Il diritto di autore*», 1942, 169-177. ULMER, *op. cit.*, 1980, p. 24. Urheber und Verlagsrecht. 3 Aufl. Berlín, 1980, afirma que si ciertamente el derecho de autor alemán, a diferencia del italiano, no aparece encuadrado en el derecho del trabajo, sin embargo, en su aspecto económico, incorpora igualmente la misión de lograr la seguridad económica del autor de obras literarias y artísticas.

(17) Discrepa GRECO (*Saggio sulle concessioni del diritto di autore*, «*Riv. dir. civ.*», 1964). Véase un panorama de la doctrina italiana sobre este punto en SANTORO: *Notte introduttive sul fondamento costituzionale della protezione del diritto d'autore*, «*Il D. di Autore*», 1975, 307-329.

ra, incluyendo las obras de autores vivos o no caídas en el dominio público.

Tanto allá como en este punto la aparente contradicción se resuelve por el razonamiento inverso: el derecho de autor (otorgar unos derechos a los autores sobre sus obras) estimula que las personas se dediquen a la creación y producción intelectuales y a su vez la responsabilidad de su autoría, en el sentido puramente causal, genético, lo que tiene consecuencias favorables (propiedad intelectual) o desfavorables (penales), atribuyéndose correctamente a cada persona las ideas u opiniones y logrando que éstas controlen su difusión o defendiéndose de falsas atribuciones. La libre expresión está limitada por su ejercicio antisocial y en especial por atentar a fama, honor e intimidad ajenas. La atribución a cada autor de la paternidad sobre sus obras permite determinar su responsabilidad. La atribución de un derecho moral a controlar la difusión de su obra establece un «control de calidad auténtico» sobre las obras que circulan en el mercado: ¿quién mejor que el autor para decidir la integridad, la autenticidad? De esa manera no se obstaculiza sino que se fomenta el libre acceso a la cultura evitando censuras o adulteraciones que no pueda perseguir el autor de la obra mutilada. Que se atribuya un derecho económico a correr la suerte de la obra parece garantizar que habrá cultura a la que acceder.

La norma del artículo 44 de la Constitución española no es el fundamento último del derecho del autor, pero su papel no es irrelevante. Constituye la garantía social de que debe atribuirse a autores un poder sobre sus obras y se plasma, incluso en la nueva Ley de Propiedad Intelectual española como límite del ejercicio del derecho de inédito por los herederos del autor (art. 40). Por otra parte, el artículo 44 de la Constitución española está presente en la nueva legislación española «no verbis nominis», cuando se establecen derechos de uso sobre obras ya divulgadas (arts. 31-40. Límites del derecho de autor), aunque pueda interpretarse, no sin razones, que se trata de una manifestación de la función social de la propiedad (art. 33.2 de la Constitución española), pero tampoco faltan para considerar que la función social puede predicarse de todo derecho —sea o no propiedad— (arts. 128.1 y 33.2, por analogía).

Por tanto, hemos encontrado normas en el texto constitucional para, en torno al derecho de cada persona a sus creaciones y producciones intelectuales [art. 20.1.b)], ir delimitando, por exigencia constitucional [arts. 35, 44, 20.1.a) e, incluso, 33], cuáles son las líneas maestras de fundamento constitucional que una Ley que regule estos derechos debe respetar. Que el artículo 149.1.9.º atribuya competencia exclusiva al Estado para legislar sobre propiedad intelectual e industrial no debe equivocarnos y hacernos pensar que el constituyente ha dotado al derecho de autor de naturaleza jurídica dominical. Este

dato terminológico (el uso de «propiedad intelectual») convive con el Código penal y los Convenios Internacionales suscritos por España que utilizan otras expresiones. No aporta, a mi juicio, luz sobre dicha duda. No niega, por tanto, el origen constitucional de la protección a los autores en relación con sus obras.

No ha sido mencionado, de manera deliberada, entre los preceptos que pueden fundamentar constitucionalmente el derecho de autor, la protección reconocida en el artículo 18.1. El honor y la imagen del autor como base del derecho a impedir atentados a la integridad o paternidad de una obra o de modificarla —cada uno es dueño de variar la imagen proyectada por las obras propias— y la intimidad personal como base del derecho de mantener inédita una obra serían vías indirectas e insuficientes para estructurar todo un sistema de derecho de autor.

En primer lugar, los derechos de autor sobreviven a autores porque sólo nacen desde el momento en que hay una obra legalmente considerada como protegible. Y aunque también los bienes de la personalidad protegidos en el artículo 18.1 de la Constitución española pueden tener un valor patrimonial, lo que sí parece más claro es que tiene más una finalidad protectora antes que una finalidad negocial y dispositiva, como son los derechos que puedan nacer de una obra susceptible de entrar en el comercio, obra que, no lo olvidemos, tiene entidad autónoma respecto a su autor, lo que no parece predicable de la imagen, honor, etc. Ciertamente es que los derechos morales, que no son bienes de la personalidad, podrían considerarse proyecciones de dichos bienes y derechos sobre la contratación, disposición y uso de obras del ingenio. Pero una protección basada únicamente en el honor o la intimidad del autor sería insuficiente para proteger los atentados contra obras divulgadas y los atentados objetivos contra toda obra, incluso de autores muertos, porque se conozca que el autor no estaba muy satisfecho de cierta obra, no pudiendo invocar lesión de honor, imagen, etc. La STS de 7 de febrero de 1962 incluía, sin embargo, en el honor, el artístico. Reputación artística e imagen u honor son conceptos distintos y, aunque puedan estar detrás de la protección otorgada por los derechos morales de autor, en estos concurren también intereses colectivos (culturales, económicos) que los hacen irrenunciables, sustrayéndolos de la disposición incluso querida por los autores.

Como dice la STS de 9 de diciembre de 1985 los derechos de autor no son bienes de la personalidad porque no son predicables de todas las personas, pero —aquí nos apartamos de la sentencia— sí pueden concebirse como derecho fundamental, resultante de intereses individuales y colectivos, corolario de la protección del libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad de la persona. La Declaración Universal de 1948 consideró fundamental la protección de los

intereses morales y materiales de los autores sobre sus obras. La Constitución ha considerado necesario estimular y proteger la creación y producción artística literaria, científica y técnica de manera específica, algo más que la libertad de expresión, de la que gozan todos los ciudadanos. Las intromisiones del Estado sobre la labor creativa de un autor, la censura o coacción sobre la misma infringirían el artículo 20.1.a). El artículo 20.1.b) parece cobrar otro sentido.

3. CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO A LA CREACION INTELECTUAL (art. 20.1.b C.E.)

a) Contenido esencial de un derecho

Por tanto, una vez ubicado el derecho de autor de forma inicial en el artículo 20.1.b) de la Constitución española de 1978 nos queda por saber cuál es el contenido esencial de este derecho a la creación y producción intelectual que debe ser respetado por la legislación que regule su ejercicio después de 1978, así como el alcance derogatorio implícito de ese contenido esencial sobre las normas vigentes en 1978 y sobrevenidamente inconstitucionales. Este es, a mi juicio, el punto de partida de toda reforma a que se pretenda en ésta u otra materia.

1. El concepto de «contenido *esencial*» de un derecho constitucional fue acuñado por la doctrina y tribunales germano-occidentales a propósito del artículo 19 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949. En el párrafo 1.º de dicho artículo se prevé la posibilidad de restringir un derecho por Ley o en virtud de una Ley, a la que exige carácter general y expresa mención del artículo regulado. El párrafo 2.º añade: «En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial (18). El artículo 53 de la Constitución española de 1978 ha recogido tal doctrina al establecer que sólo por Ley, que en todo caso respetará su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades (se refiere a los reconocidos en el Capítulo II del Título I), cabiendo recurso de inconstitucionalidad conforme a los artículos 161.1.a) de la Constitución española y 31 de la L.O.T.C.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en distintos recursos resueltos hasta la fecha sobre el contenido esencial de distintos derechos, cuyo amparo se solicitaba o cuya infracción se ponía en cuestión. Podemos esbozar unos puntos a modo de cuerpo de jurisprudencia constitucional española sobre el contenido esencial sumariamente enunciados:

(18) El párrafo 2.º del artículo 19 de la Ley Fundamental de Bonn dice: *In keinem Fall darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden.*

a) El Tribunal Constitucional de contenido esencial, de contenido normal y de contenido constitucional no como conceptos incompatibles, pero no necesariamente coincidentes.

1. Contenido esencial sería «aquella parte del contenido de un derecho sin el cual pierde su peculiaridad, lo que hace que sea reconocible como derecho correspondiente a un determinado tipo, o aquella parte del contenido de un derecho absolutamente necesaria para que los intereses jurídicos protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos» (STC de 9 de abril de 1981; Ponente: Díez-Picazo).

2. Contenido normal del derecho a la tutela judicial efectiva es el de obtener una Resolución de fondo fundada en Derecho, salvo que exista alguna causa impeditiva prevista en la Ley —que deberá analizarse si afecta o no al contenido esencial (STC de 21 de julio de 1983; Ponente: Gómez Ferrer).

3. Diferente del reconocimiento formal por los poderes públicos es el derecho fundamental o la libertad pública, tal como vienen consagrados en la Constitución española o en su regulación o desarrollo de acuerdo con su contenido constitucional (STC de 20 de diciembre de 1982; Ponente: Díez de Velasco).

b) El Tribunal Constitucional se ha pronunciado también advirtiendo que puede no haber un contenido esencial que se desprenda de la Constitución española, sino más bien de un conjunto frondoso de normas (STC de 24 de julio de 1984): no existe un contenido esencial constitucionalmente garantizado de cada profesión, oficio o actividad empresarial (Ponente: Rubio Llorente). O que la Constitución española no determina cuál es el contenido esencial (de la libertad de empresa), de ahí que corresponda en último término en caso de controversia al Tribunal Constitucional señalarlo en cada supuesto concreto (STC de 16 de noviembre de 1981).

c) De manera genérica, el Tribunal Constitucional ha declarado que no forma parte del contenido esencial de un derecho proclamado en la Sección I, Capítulo II, Título I de la Constitución española obtener el reconocimiento formal por los poderes públicos (STC 77/82, de 28 de diciembre).

d) Y en un voto particular a la STS de 16 de noviembre de 1981 se defiende que «sólo puede hablarse (ponerse en cuestión) de contenido esencial de la libertad de empresa para aludir a un determinado contenido más allá del cual se adopte un sistema económico que no se ajusta ya a los parámetros constitucionales».

Si a estos principios referentes al contenido esencial unimos dos consideraciones enmarcadas dentro de la doctrina reiterada del Alto Tribunal, a saber, «que no cabe sostener que los derechos fundamen-

tales carecen de virtualidad plena en el texto constitucional y sólo la adquieren a partir de su concreción legislativa, en sentido contrario al artículo 53.1 de la Constitución española» y que «las leyes han de interpretarse conforme a la Constitución española y en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental», tenemos, en mi opinión, los suficientes elementos para tratar de precisar qué es contenido esencial, qué sentido preciso debemos darle y a continuación nos encontramos con el problema principal: cómo determinarlo, cómo fijar el contenido esencial del derecho de autor en el sistema jurídico español a la luz de la Constitución española de 1978, a qué instrumentos debe recurrir el legislador. Por ello, aunque parezca indistinto el uso de los términos contenido constitucional, contenido esencial y contenido normal que hace el Tribunal Constitucional, creo que responde a conceptos diferentes que deben ser delimitados. Es importante, pues, distinguir entre contenido *esencial* (aquella parte imprescindible del derecho que lo hace reconocible dentro de un concepto prefijado o que satisface el interés para el que es creado), contenido *normal* (el conjunto de poderes y facultades, unos esenciales, otros accesorios, con que *suele* investirse al titular del derecho, siguiendo la tradición legal, doctrinal o jurisprudencial y contenido constitucional (conjunto de poderes o contenido de un derecho resultante de las normas constitucionales aplicables al supuesto de hecho que hace nacer el derecho o en que se desenvuelve su ejercicio, tanto normas que atribuyen poderes al titular —dotan propiamente de contenido al derecho—, como normas que establecen límites al mismo).

La fuente o medio de determinación de dichos contenidos son diferentes: abstracción en un caso, reiteración o frecuencia en el segundo, mandato constitucional en el último. Por ello obtenemos resultados diversos: el contenido *esencial* —distinto de uno accidental— tiene un valor más abstracto, es fruto de una valoración preconcebida, ya sea atendiendo al concepto prefijado o al interés protegible y es la abstracción que pretendemos realizar, lo que constituye nuestro objetivo: contenido *normal* —diferente de uno excepcional— aparece más como un dato empírico cuya apreciación sin embargo es problemática, pues es variable la normalidad según la muestra o campo de estudio con que trabajemos: el contenido que *suele* tener un derecho puede significar muchas cosas, según nuestra voluntad, el contenido habitual en la legislación anterior, en la comparada, en la práctica, en la acepción doctrinal imperante o en la vulgar, etc. (la determinación de una moda estadística depende exactamente de las variables con que se juege); en fin, contenido *constitucional* —no el legal, ni el jurisprudencial— es el derivado de las normas constitucionales en su conjunto, o sea, tiene un valor imperativo; y para determinar el contenido esencial, que es lo que pretendemos, un valor instrumental: es ciertamente un dato empírico más preciso que el contenido nor-

masl y funciona como instrumento necesario del que debe servirse el intérprete y el Legislador para determinar el contenido esencial buscado; en ocasiones habrá que recurrir a otras normas, a principios jurídicos o económicos fuera de la Constitución española e incluso a construcciones jurisprudenciales o doctrinales para dibujar de forma completa el contenido mínimo que hace reconocible y eficaz a un derecho subjetivo.

Por ello, es posible que contenido constitucional y contenido esencial coincidan (por ejemplo, el «habeas corpus», regulado en el artículo 17 de la Constitución española o la integridad física del artículo 15 de la Constitución española); puede que el contenido constitucional «rebase» los mínimos esenciales que hacen reconocibles a un derecho (por ejemplo, «la propiedad obliga. Su uso debe servir asimismo al bienestar general», artículo 14.2 de la Ley Fundamental de Bonn o el artículo 128 de nuestra Constitución española); pero puede, como es el caso que nos ocupa, que el contenido constitucional no sea bastante para colmar de rasgos esenciales al derecho a la creación y producción intelectual.

Contenido, sujeto y objeto

2. Después de haber analizado la esencialidad de ese contenido, tal como requiere el artículo 53.1 de la Constitución española, me parece obligado detenernos un momento sobre el sentido que «contenido» tiene en esta norma. Esto es, si «contenido» se refiere al conjunto de poderes, facultades y posibilidades de actuación otorgados al titular de un derecho subjetivo respecto a un objeto, en la tradicional distinción entre sujeto, objeto y contenido, elementos definidores de la estructura de un derecho subjetivo o si, por el contrario, es parte o puede ser parte del contenido esencial de un derecho constitucional que se refiera a un objeto o una clase de objetos y no a otros, si es parte del contenido esencial de un derecho que se atribuya a determinados *sujetos* y no a otros, de tal manera que un mismo derecho (contenido) otorgado a otras personas desfigura el concepto, la finalidad y la razón de ser del derecho en cuestión. Pensemos por un momento en el derecho de huelga atribuido a empresarios, contratantes independientes o a profesionales no ligados por relación laboral. Este problema ha sido obviado por nuestra Constitución española al atribuir expresamente a los trabajadores en el artículo 28.2 el derecho de huelga, que deberá ser dotado por el legislador de un contenido sin tener que decidir sobre sus titulares. No ocurre así, sin embargo, con el derecho a la creación y producción artística: entre otras dudas, se nos puede plantear cuáles son los sujetos de tal derecho. ¿Los creadores que con su ingenio sacan a la luz una obra intelectual o también los productores no ya intelectuales, sino materiales, que financian labores artísticas, literarias o científicas? El tema no carece de importancia y, como primera conclusión, dada la norma contenida

en el artículo 20.1.b) interpretado según la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 27.2 (el derecho a la protección de los intereses morales y materiales de los *autores* sobre sus obras), parecerían como titulares los autores, no los financiadores o adquirentes de obras del ingenio. De aquí podríamos deducir que es esencial al derecho de autor la atribución al autor de un estatuto diferente, de un ámbito de poderes sobre sus obras que no se reconoce a terceras personas.

Reconocer el mismo derecho al adquirente que al creador haría irreconocible la institución del derecho de autor así regulado. Esto no quiere decir que no puedan ser titulares de este derecho todos los españoles o todas las personas, sólo significa que para acceder a tal protección exige cumplir el supuesto de hecho, esto es, crear o producir alguna obra literaria, artística o científica, de manera que si la relación de un sujeto con una obra intelectual es la derivada de su adquisición, podrá recabar la protección de un propietario, pero no la del autor. Admitiendo, pues, que es esencial al derecho de autor crear un «status» diferenciado entre las personas que han creado la obra de aquéllas que la disfrutaban, la determinación correcta o la ignorancia de quiénes son sus titulares al regular el derecho afecta de manera radical al mismo y a los intereses para los que ha sido creado.

En sentido estricto, no será parte del contenido (esencial o no) la atribución jurídica de la titularidad sobre ese derecho, pero esto repercutirá directamente sobre los poderes y facultades que integran dicho contenido, logrando o arruinando los objetivos del legislador que pretende proteger ciertos intereses considerados dignos de tutela jurídica y dotando o privando de sentido a la institución.

Algo parecido puede decirse en cuanto al objeto del derecho. Aunque no forme parte del contenido —estrictamente hablando—, la correcta delimitación de un objeto de cierto derecho subjetivo lo hará reconocible o logrará proteger el interés para el que fue creado. Podemos decir que es esencial al derecho de autor que el objeto sobre el que gire sea una obra literaria artística, científica o técnica, de manera que si se amplía o traslada a otro tipo de bienes, estaremos ante otra institución distinta, típica o atípica, pero no ante el derecho de autor. Bien es cierto que si el enfoque dogmático de contenido esencial es un criterio ciertamente conservador de instituciones conforme a su regulación en ordenamientos anteriores al momento en que realizamos tal valoración, el enfoque teleológico o criterio de apreciar el contenido mínimo necesario para proteger eficazmente el interés para el que ha sido creado es un criterio cambiante según las sucesivas valoraciones que haga el legislador de los intereses en juego y del equilibrio resultante de su regulación por la norma (también evolucionan los conceptos, es cierto): quiere esto decir que la eficaz protección del interés para el que ha sido creado debe apreciarse en cada

momento, ya por estimar que el legislador crea el derecho cada vez que entra a regularlo, ya por estimar que es soberanamente libre de cambiar de opinión y de no estar vinculado por la valoración de intereses que puedan haber hecho legisladores anteriores, así como por la innegable posibilidad de que aparezcan nuevos intereses o tomen un protagonismo que no tenían en ocasiones anteriores, sobre los que debe pronunciarse «ex novo» el actual legislador, como es el caso de los derechos sobre la producción y creación de obras del ingenio que nos ocupa.

Por tanto, la ampliación del objeto del derecho de autor a otros distintos de los que regulaciones anteriores han contemplado puede considerarse una evolución del concepto de obra del ingenio, que puede venir exigida por el de nuevas técnicas de creación y reproducción artística y científica, en cuyo caso no estaríamos alterando el núcleo esencial del derecho de autor, seguiría siendo reconocible: pero puede que estemos ante una trasposición de la regulación de las obras intelectuales a obras o bienes distintos. En este caso, a pesar del cambio de opinión del legislador, podríamos llegar a decir que se ha afectado el núcleo esencial del derecho de autor o que se esté regulando algo completamente distinto. Por ejemplo, el requisito exigido en todas las legislaciones para proteger una obra intelectual es que ésta sea original. Pensemos que el legislador opte por suprimir este requisito —favoreciendo los plagios— o, por el contrario, que exija además que las obras constituyan novedad absoluta (como a las invenciones patentables). Esto supondría, en mi opinión, afectar al núcleo esencial del derecho de autor y legislar sobre otra cosa bien distinta (No obstante, la comparación con el Derecho extranjero y con los Convenios firmados por España nos daría tal vez la clave para responder si estamos ante un nuevo derecho de autor o ante algo diferente).

Cuando se trata de derechos fundamentales cuya titularidad es precisa (porque sean todos los ciudadanos, todas las personas o porque la norma constitucional lo deje bien claro) o cuyo objeto está bien delimitado (integridad física, libertad religiosa) podría parecer inapropiado hablar de que el sujeto o el objeto del mismo sean integrantes del contenido esencial del mismo. Pero esto tampoco es cierto, porque tan esencial es a las libertades públicas el conjunto de poderes-facultades del sujeto y deberes de abstención de los poderes públicos como el hecho de que sean reconocidos y atribuidas a todas las personas —si son fundamentales— o a todos los ciudadanos —si son políticas—. Nadie puede hablar seriamente de una libertad religiosa, de reunión, etc., reconocida únicamente a un sector de la población. La titularidad aparece, pues, como elemento integrante de la esencia de dicha libertad o derecho. Lo que ocurre es que la Constitución suele dejar bien definida dicha titularidad porque se trata de derechos fundamentales básicos en un Estado de Derecho, sin los cuales no

parece reconocible un sistema como democrático; de manera que si el constituyente hubiese recortado dicha titularidad universal cabría decir que ha vulnerado la esencia de dichos derechos.

Con los derechos fundamentales de situación, esto es, los que reconoce el constituyente, pero que sólo pueden ser ejercidos por aquellos sujetos que estén en una situación concreta (la huelga, la creación intelectual) tanto el constituyente como el legislador tienen cierto margen de maniobra para, manteniendo diferenciable y reconocible cierto derecho, atribuirlo o negarlo a determinados sujetos. De tal forma, si el constituyente ha realizado dicha precisión subjetiva, el legislador no tendrá opción a recortar dicha atribución; sí podrá —claro está— condicionar el ejercicio del derecho a ciertos trámites o actuaciones previas, que en realidad lo que supone será remover los obstáculos para el ejercicio del mismo. Por el contrario, si el constituyente no ha mencionado para nada quiénes son sujetos titulares del derecho, será el legislador quien concrete dicha titularidad, pero deberá tener explicación en el mandato constitucional que mencione, por ejemplo, el objeto. Así, la creación y producción intelectual serán el fundamento para que el legislador distinga entre titulares y no titulares de tal derecho. Otra distinción, antes de vulnerar el contenido esencial o la esencia, vulneraría la Constitución española. Ahora bien, una vez atribuida la titularidad conforme al supuesto que genera el derecho reconocido en la Constitución española, podrá el legislador realizar la asimilación parcial o gradual de otros sujetos a los titulares originales del mismo, según su particular concepción política de la justicia y del equilibrio de intereses.

Por tanto, para fijar los términos que estamos utilizando, cuando hablamos de contenido esencial de un derecho que es de obligado respeto por la Ley que lo regule, según el artículo 53.1 de la Constitución española, nos estamos refiriendo a los rasgos esenciales, a la esencia del derecho, esto es, los elementos que lo diferencian como tal y que lo hacen cumplir eficazmente la protección pretendida. En ocasiones se referirá sólo al conjunto de poderes otorgados al sujeto o de deberes impuestos a los poderes públicos; en otras ocasiones, la esencia del derecho vendrá integrada asimismo por un objeto y un sujeto imprescindibles. La regulación por Ley deberá entonces atender a estos extremos, so pena de vulnerar su esencia.

3. ¿Cómo determinar el contenido esencial del derecho a la creación y producción artística, literaria, científica y técnica, reconocido en el artículo 20.1.b) de la Constitución española?

b) Contenido esencial del derecho a la creación (aproximación dogmática)

Siguiendo el criterio de buscar el concepto previo del que se desprenden aquellos elementos diferenciadores que lo hacen reconoci-

ble como tal y perteneciente a un tipo, podemos acudir al concepto de derecho contenido en:

a) La propia Constitución española: derecho a la creación y producción intelectual.

b) La Declaración Universal de Derechos Humanos: la protección de los intereses morales y materiales de los autores sobre sus obras.

c) Los Tratados Internacionales ratificados por España: podría sostenerse, apoyándose en el artículo 13.1 de la Constitución española y 27 del Código civil, que los derechos reconocidos a los extranjeros en España constituyen un mínimo o contenido esencial, que hará además reconocible internacionalmente la regulación interna del derecho como tal.

d) El ordenamiento español anterior a la Constitución española: recurrir al contenido que se desprende de «lege data» puede ser igualmente un punto de partida, pero no debe aceptarse que constituya un mínimo esencial (véase más arriba las líneas mayores y la crítica de las mismas), por otra parte haría difícil todo intento de reforma; no tiene por qué ser bastante para colmar el contenido esencial y además pueden darse en la regulación anterior elementos accidentales o prescindibles que pueden ser mantenidos, recortados o suprimidos, sin perjuicio de los derechos adquiridos —claro está—, pero sin por ello alterar la esencia del derecho.

1) *El derecho nace con la creación y producción intelectuales.* Ninguno de los instrumentos mencionados son sin embargo bastantes por sí mismos para dar todos los rasgos diferenciadores del derecho a la creación y producción intelectuales. Está por supuesto el valor vinculante de la Constitución española (y del contenido constitucional) que nos indica *el supuesto de hecho* del que nace el derecho: *la creación y producción* artística, literaria, científica y técnica. Este es un rasgo diferenciador del derecho de autor como concepto. Pero sólo el primero. Del resto de preceptos de la Constitución española que hemos puesto en relación con la llamada propiedad intelectual se desprenden, no rasgos esenciales o diferenciadores, sino genéricos derechos económicos (los que se pueden entrever en los artículos 33 y 35, que darían derecho a explotar la propia obra, a modificar su objeto y a participar en la explotación de su trabajo) o límites constitucionales que no sólo afectan a los autores, derivados de la concurrencia con otros intereses igualmente protegidos (la libertad de expresión de un autor tendrá los límites propios del artículo 20.4 de la Constitución española, esto es, será dueño del contenido de su obra dentro de los límites de la libertad de expresión, en especial, frente al honor, la intimidad ajenas y sometido a la regulación del derecho de rectificación). No son esta parte del contenido constitucional, integrante del contenido esencial del derecho reconocido en el artículo 20.1.b) de la Constitución española. Es por tanto la creación y la producción intelectual lo que genera un «status» diferente de poder

respecto de una obra del ingenio entre unos sujetos y otros. El término *creación* parece que se refiere al proceso por el que una persona obtiene algo tangible o perceptible a partir de la nada o de lo imperceptible, esto es, materializa una obra en forma perceptible a partir de ideas propias o ajenas. El término *producción* produce, sin embargo, confusión, pues se pueden obtener dos conclusiones opuestas: a) producción es empleado por la Constitución española indistintamente a creación como reiteración de la palabra anterior: se crea, se fabrica algo, se produce algo por el autor; b) producción es diferente de creación y se refiere a la financiación económica o aportación de materiales al creador de manera que se hace imprescindible en la creación de la obra, causalmente igual al proceso intelectual para que la obra se materialice y, por tanto, susceptible de protección equivalente a la del autor-creador, con las peculiaridades obvias de cada situación. Producción, en este segundo sentido, no es la acepción vulgar o coloquial en el mundo de las artes y las letras, el mecenas o patrocinador, sino el productor que ha sido recogido por nuestro Derecho positivo ya antes de 1978 (pensemos en la Ley de 31 de mayo sobre propiedad intelectual de obras cinematográficas: su artículo 1 habla del productor, y en el Convenio Internacional de 1971 sobre protección de los *productores* de fonogramas, terminología ya adoptada en 1942 por la Orden Ministerial de 10 de julio). No son productores toda persona que aporte dinero al autor antes de la creación, ni el suministrador de materiales, sino aquel que por su financiación se constituye en colaborador necesario para que la obra vea la luz. No es productor, por tanto, el editor de un libro. Si es así, si el artículo 20.1.b) comprende también a los productores, estamos dando un paso más allá del tradicional alegato sobre los derechos de los autores y parece que estamos llegando a algo que responde a una realidad económica y jurídica más exacta: se protegen los derechos que nacen de las obras intelectuales tanto en favor de los autores de las mismas como de los colaboradores materiales necesarios para que la creación se lleve a cabo. O podemos decir que se está ampliando el concepto de autor; sin embargo, como veremos al comentar el proyecto, conviene delimitar los sujetos según su aportación a la obra, aunque imprescindible, sea intelectual o material, para hablar de derechos de autor o de derechos conexos, afines o vecinos al de autor, según terminología aceptada internacionalmente y adoptada en el Proyecto español.

El primer rasgo diferenciador del derecho de autor, la creación y/o producción como hecho que genera el derecho, venía descrito en nuestro derecho interno anterior a 1978. La Ley sólo hablaba de autores y sus obras, sin describir qué acto debe realizar el autor para que una obra se diga suya; el Reglamento pretendía aclarar la cuestión: se considerará autor al que *concibe* y *realiza* alguna obra científica o literaria, o *crea* y *ejecuta* alguna artística, siempre que cumpla las prescripciones legales (art. 2). El Código civil habla sólo de autor

de una obra y remite a la legislación especial —ya vigente al promulgarse— para determinar quiénes son los titulares (art. 429) (19). Parece que reconocer el derecho a la creación y producción artística no innova, entrando a proteger sujetos que antes de 1978 carecieran de defensa legal, pero matiza el sentido que sólo el Reglamento de 1880 había tratado de aclarar al supuesto de hechos que generaba la condición de autor. La Constitución española está exigiendo un régimen diferenciado entre los creadores, los productores de una obra y el resto de las personas que ni han creado ni producido la misma. Puede preguntarse si no es extraño que la Constitución española a la hora de reconocer derechos fundamentales entre a considerar un aspecto tan aparentemente desligado de los derechos y libertades públicas como es la producción de una obra intelectual, en el sentido de financiador imprescindible. La extrañeza sólo puede venir fundada por una concepción paralela o sinónima de derechos fundamentales y libertades públicas con los bienes de la personalidad: equiparar a unos con otros, teniendo como pueden tener factores comunes, no es correcto, conceptualmente hablando si atendemos por lo menos a dos razones: en primer lugar, la mayoría o gran parte de los derechos fundamentales reconocidos por el constitucionalismo moderno tiene por objeto bienes de la personalidad, pero no son bienes de la personalidad; en segundo lugar, nada impide, en teoría y en la práctica política, que el constituyente proclame como fundamentales ciertos derechos que no tienen por objeto un bien de la personalidad y que, por el contrario, tienen un carácter marcadamente material y patrimonial, con todas las objeciones de oportunidad que se quie-

(19) En dicha legislación especial, al margen del Reglamento de 1880, estaba la Ley del Libro de 1975, cuyo artículo 5.º decía: Son autores las personas físicas que conciben y realizan alguna obra... Se consideran autores las personas jurídicas que conciben y realizan una obra..., coordinando la actividad de varias personas físicas que no se reservan derechos de autor. Se consideran incluidos... los traductores respecto su traducción y los que refunden, extractan o compendian obras originales, respecto de sus trabajos. Esta Ley, derogada por la Ley de Propiedad Intelectual de 1987, ha dado paso a las exigencias de ésta: artículo 1. La propiedad intelectual corresponde al autor por el solo hecho de su creación.

Artículo 5: 1. No obstante, de la protección que ésta le concede al autor se podrán beneficiar personas jurídicas en los casos expresamente previstos en ella. Artículo 6... 2. Cuando la obra se divulgue en forma anónima o bajo seudónimo o signo, el ejercicio de los derechos de autor corresponderá a la persona natural o jurídica que la saque a la luz con el consentimiento del autor, mientras éste no revele su identidad. Artículo 8... Salvo pacto en contrario, los derechos sobre la obra colectiva corresponderán a la persona (natural o jurídica) que la edite y divulgue bajo su nombre.

Queda abierto de manera palpable el problema de las personas jurídicas y la creación como supuesto de hecho de la propiedad intelectual. Sobre la autoría vid. HERSCHEL: *Urheberbegriff und Kausalität*, Ufita 63, pp. 183-204. HUBMANN, *Urheber und Verlagsrecht*, Munich, 1984, pp. 119 y ss.

El artículo 1.º de la Ley francesa de 1957 determina que el autor de una obra intelectual gozará de un derecho de propiedad por el solo hecho de su creación. El artículo 2.576 del Código civil italiano establece por su parte que el título originario de adquisición del derecho de autor está constituido por la creación de la obra, como expresión singular del trabajo intelectual.

ran hacer: tanto la huelga como el derecho a la producción intelectual (si le damos ese segundo sentido, diferente de creación), pero también la libertad de empresa informativa y de centro educativo son buena muestra de esta posibilidad, que debe disipar la duda sobre el sentido que tenga el artículo 20.1.b), cuyo contenido constitucional sólo aporta el primer rasgo diferenciador, pero que no colma el contenido esencial que buscamos. Como decíamos más arriba, no hemos determinado parte del contenido «sensu stricto», sino sólo la *titularidad* del derecho constitucional.

2) *El autor tiene derecho personalísimo de divulgar o mantener inédita su obra.* El segundo rasgo diferenciador del derecho a la creación y producción intelectuales forma parte propiamente de su contenido —el primero, como acabamos de ver, integraría el supuesto de hecho— y podría definirse como el carácter *personal y absoluto que tiene el derecho del autor a divulgar su obra*. Personal o personalísimo, porque corresponde exclusivamente a la persona o personas que están relacionadas con la obra por razón de su creación, pero no por cualquier otro vínculo o título contractual o real. Personal porque es intransmisible «inter vivos» y porque, transmitido «mortis causa» —si esto es posible, lo que debe ser objeto de análisis—, experimenta una transformación considerable tanto en su fundamento como en su alcance.

Es absoluto porque, por una parte, la creación no termina teóricamente nunca y sólo el autor está autorizado a decir además de cuándo se divulga, cuándo está acabada la obra, lo que en el campo de los contratos —cinematográficos, de edición, de representación o de encargos artísticos— tiene suma importancia. Es absoluto, en segundo lugar, porque no «nace» para el derecho objetivo de autor una obra hecha accesible al público si dicha publicidad material de la obra no ha sido realizada con el consentimiento del autor. Esto es, aunque una obra intelectual haya sido divulgada de hecho y conocida por cierto número de personas, pero contrariando la voluntad de su creador, de derecho, nos encontramos ante una obra inédita. El artículo 3.3 de la Convención de Berna, así como la Ley francesa de 1957 (art. 19, que exceptúa el caso de la obra cinematográfica), la Ley alemana de 1965 (art. 12), la italiana de 1941 (art. 12) y la portuguesa de 1985 (art. 16) hacen depender la condición de obra divulgada de que su primera difusión pública haya sido consentida por el autor.

La nueva Ley española entiende por *divulgación* de una obra toda expresión de la misma que con sentimiento del *autor* la haga accesible por primera vez al público en cualquier forma, y por *publicación*, la divulgación que se realice mediante la puesta a disposición del público de ejemplares suficientes de la obra, de acuerdo con su naturaleza y finalidad (art. 4.º).

Sin matizar entre divulgación y publicación, la Ley española de 1879 establecía una distinción entre el titular del derecho de publicación de la obra (art. 8. Nadie tiene derecho a publicar sin permiso del *autor* y el titular del derecho de reproducción, su *propietario* (art. 7) (que puede ser el autor o un causahabiente). Esto demuestra el carácter personalísimo e intransmisible que tenía el derecho de publicación en nuestro derecho vigente desde hace un siglo.

La Ley de Propiedad Intelectual de 1987 atribuye al autor el derecho irrenunciable e inalienable de decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma (art. 14.1.º).

Hasta qué punto es personal y absoluto el derecho de divulgación de una obra, rasgo esencial del contenido del derecho de autor, viene *demostrado* no sólo por la definición legal general, sino también por las normas que regulan las relaciones del autor con: a) el Estado; b) los acreedores; c) su cónyuge; d) los coautores, y e) los productores. Esto llevará consigo *consecuencias* que afectan al núcleo esencial del derecho de autor: su duración debe extenderse, al menos, durante la vida del autor; su transmisibilidad y, sobre todo, su renuncia, pueden verse prohibidos por normas de orden público, lo que, sin embargo, debe analizarse; el ejercicio de las acciones civiles y penales derivadas de su infracción, en especial las últimas, aun siendo públicas, ven condicionado su viabilidad a la actuación u omisión del autor en persona; el ejercicio «post mortem autoris» del derecho de divulgación debe ser puesto en tela de juicio, por lo menos; la caída en el dominio público, por último, de obras inéditas que tampoco han sido divulgadas por los causahabientes el autor difunto, posibilidad amparada por las leyes, la española, artículo 2.4, para otorgar la propiedad de las mismas a quien las edite, deberá ser igualmente discutida.

a) No cabe *publicación forzosa* de una obra (como sí cabe expropiación forzosa, incluso de derechos e intereses *patrimoniales* según el artículo 1.º de nuestra Ley de Expropiación Forzosa) porque el derecho de divulgación de una obra no tiene carácter patrimonial; no cabe publicación contra la voluntad del autor por las autoridades o los poderes públicos por estimar de interés cultural (utilidad pública) su conocimiento por el público o que el autor ha renunciado a su derecho de publicar. Con la Constitución española de 1978 en la mano podría pensarse que el artículo 44 de la misma legitima al Estado para expropiar las obras inéditas que estime de interés general (14 bis). A esto debe objetarse, en primer lugar, que la creación intelectual da lugar a un derecho y no a un deber y que un autor que no publica no está dejando sin ejercitar su derecho de publicar, sino que ejerce su derecho de inédito (no hay abandono ni renuncia tácita). En segundo lugar, el derecho de divulgar es personalísimo —que no un derecho de la personalidad— porque la difusión de la obra está ligada al (libre) desarrollo y manifestación pública de la persona-

lidad del autor. En tercer lugar, la cultura que defiende la Constitución española de 1978 no está integrada sólo de valores estéticos, sino antes bien de un conjunto de valores ético-políticos imprescindibles para la convivencia democrática: es de mayor interés cultural por tanto que los autores sean libres de crear y divulgar sus obras, que éstas sean valiosas, de conocimiento obligado o sujetas a unos cánones oficiales (dirigismo cultural que ha tenido históricos ejemplos como el realismo socialista o neoclasicismo fascista).

Aun así, rechazando la posibilidad de obligar al autor a publicar una obra inédita, conviene retener la norma contenida en el artículo 112 de la Ley italiana de derecho de autor, si bien alumbrada por el Estado fascista (1941), todavía vigente: los derechos que corresponden al autor, a excepción de los de *publicar en vida*, podrán ser objeto de expropiación por razón de interés del Estado. Aun en normas como la italiana, producto de una época no liberal, no es concebible la publicación forzosa, en vida del autor, por razones de interés público. La Ley soviética básica de derechos de autor, de 1928, establece como principio básico que el autor tendrá el derecho exclusivo a publicar su obra (art. 7), pero si se ha realizado una representación o ejecución pública, el Ministerio de Educación asume facultades para autorizar ulteriores representaciones, aun sin consentimiento del autor, correspondiéndole a éste el cobro de los derechos correspondientes (art. 8). La norma soviética, hoy vigente, mantiene en línea de principio que la primera comunicación pública de una obra es facultad exclusiva del autor. Fallecido el autor parece abrirse un camino mayor para la publicación a instancias del Estado de obras inéditas del autor difunto (19 bis).

b) El derecho a mantener inédita una obra es oponible no sólo frente al Estado que alegue interés público, sino también frente a particulares que como acreedores del autor puedan ostentar derechos de crédito frente al mismo, dignos de tutela, y que pretendieran la divulgación de una o varias obras de su deudor para satisfacer su

(19 bis) Existe un caso excepcional, ratificado por el Juez de Primera Instancia de Atenas (núm. 6.678/69), el que unos poemas inéditos de Stratis Nyrwillis, vivo en dicha fecha, había sido incluido en un periódico y en una colección estatal de literatura griega contemporánea, a instancias del gobierno. Aplicando el artículo 24 de la Constitución griega de 1943 (el ejercicio de los derechos humanos y de los derechos para el libre desarrollo de la personalidad está permitido siempre que se asegure a los demás ciudadanos el disfrute de los suyos y que se protejan los intereses de la comunidad) y el artículo 281 del Código civil, que prohíbe el ejercicio de un derecho contra la buena fe, las buenas costumbres o contra los intereses sociales y económicos del Derecho, la publicación fue hecha a instancia de los poderes públicos para educación del pueblo.

ULMER, maestro alemán, criticó duramente en su día dicha resolución (GRUR International 1973, p. 676), la considera un caso aislado en el continente y en Grecia misma y la compara con las decisiones del Tribunal Constitucional alemán de 7 de julio de 1941, que sólo admiten el libre uso de obras ajenas con fines religiosos o educativos después de haber sido divulgadas.

crédito vencido, con los rendimientos económicos que pudiera reportar la explotación de inéditos de su deudor. Debemos, no obstante, distinguir, para analizar y demostrar lo anterior, aquellos casos en que los acreedores lo son por una relación comercial cuyo objeto es precisamente la obra que el autor se resiste a divulgar, de aquéllos en que los acreedores lo son por contratos o relaciones obligatorias que no tienen por objeto el disfrute o la explotación de obra alguna del autor deudor.

1. Entre los primeros podemos distinguir varios supuestos y varios momentos en los que el autor incumple el contrato so capa de ejercer su derecho de inédito —perpétuo e irrenunciable—. Pensemos, en primer lugar, en el encargo de una obra intelectual. El comitente no puede obligar al creador en potencia a que ejecute o termine el encargo según los términos del contrato: en una palabra, la ejecución de una obra intelectual es una obligación incoercible y no puede realizarse a costa del autor (si bien esto último dependerá del grado de importancia que tenga para el comitente la persona a quien encargó: si le es indiferente que los haga A o B —de lo que se trata es de que le hagan un retrato— o si el «intuitis personae» ínsito en el encargo y en toda creación intelectual hace insustituible la persona que recibió el encargo). Se trata de un hacer personalísimo, en el sentido del artículo 924 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo incumplimiento da lugar a indemnización, pero no a ejecución forzosa (20).

Pensamos ahora en que la obra ha sido terminada por el autor pero se niega a entregarla: no estamos ante una obligación personalísima (no lo es la de dar) (21), pero sí emerge con toda fuerza el personalísimo derecho de divulgación reconocido por el artículo 8 de la Ley de 1879, cuyo ejercicio consiste ciertamente en *dar* la obra a la luz pública. Ante la negativa a dar la obra acabada habría que diferenciar si el comitente tiene como objetivo explotarla y difundirla (editor, por ejemplo) o si se trata de un adquirente —normalmente de obras plásticas o coleccionista de manuscritos u originales— cuyo propósito no es otro que disfrutar en privado de su adquisición. Como sabemos, divulgación no es, en sentido estricto, conocimiento por un tercero extraño al autor, sino puesta en conocimiento público. Pa-

(20) Así lo entiende LUCAS FERNÁNDEZ: *Comentario al Código civil* (Albaladejo), t. XX, 2.º, Madrid 1986, p. 43. LACRUZ (*El ejercicio «post mortem actoris» del aspecto moral de la propiedad intelectual*, «Temis», núm. 11, Zaragoza 1962, p. 35) da por conocida la incoercibilidad de la obligación de escribir una obra. La doctrina francesa ha mencionado la «astreinte» como único remedio a la negativa del autor.

(21) Obligación de entregar la obra la asume el autor frente al editor (Ley de Propiedad Intelectual 65.1.º) o el empresario teatral (Ley de Propiedad Intelectual 77.1.º). Vid sobre esta negativa a entregar STROMHOLM: *La refus par l'auteur de livrer une oeuvre d'esprit cédée avant son achèvement. Etude sur le «droit de divulgation» de la loi du 11 mars 1957*, en «Hommage à H. Desbois», París, 1974, pp. 73-86. R. PLAISANT: *Juris Classeur. Progr., littéraire. Le droit moral*, J.C. 11, 1964, p. 7.

rece por tanto que el autor podría negarse a dar la obra en el primer caso, pues el objeto del encargo va a ser divulgado inmediatamente, pero indemnizado. En el segundo supuesto (compra de la obra de arte encargada) difícilmente podrá oponer su derecho de divulgación para incumplir su obligación de entrega derivada del contrato. Lo único que puede hacer es reservarse en el acto de enajenación. Los derechos de exposición (art. 56.2 de la Ley de Propiedad Intelectual) o solicitar medidas cautelares que obliguen al adquirente a respetar el inédito querido por el vendedor.

Pensamos, por fin, en la obra encargada que ha sido realizada y entregada por el autor al comitente. ¿Puede oponerse el autor a que el comitente dé divulgación a la obra entregada? Ciertamente sí, no sólo por la norma general (el artículo 8 de la Ley de 1879; el artículo 14.1.º de la Ley de Propiedad Intelectual), sino ejerciendo el derecho *de retirar* la obra, lo que si se realiza antes de haber sido divulgada puede confundirse con el ejercicio del derecho de inédito (22). En nuestra legislación de derecho de autor: 1) las normas contenidas en el artículo 91 del Reglamento de la Ley de Propiedad Intelectual da opción, indemnizando un fijo determinado por el artículo 90 más los gastos que el empresario teatral hubiera realizado para poner escena una obra que haya sido admitida en la temporada, a *retirlarla* aun en contra de los términos del contrato con el teatro. 2) Si el autor retira la obra *una vez* divulgada o representada en el teatro, no estamos en lo que entenderíamos por derecho de inédito dado que la obra ya ha visto la luz pública. El artículo 93 del R.L.P.I. condiciona a que el autor prohíba la ejecución ulterior de su obra ya representada en público a que indemnice *previamente* al propietario si la hubiese enajenado y a los coautores si los hubiera, siempre que estime que ofende su conciencia moral o política. Estamos ante el derecho de *arrepentimiento*, facultad derivada del derecho de inédito: sólo el autor decide si divulga y en qué condiciones divulga su obra. Por una parte, parece razonable que el autor, hasta no haber visto representada su obra, no se haya hecho cargo del valor de la misma hasta que tenga en cuenta la puesta en escena. Por otra parte, si el empresario teatral que, según el R.L.P.I. español, está obligado a dar un mínimo de tres representaciones consecutivas de la obra estrenada (art. 89 de la Ley de 1879) a no ser que ésta haya sido rechazada completamente por el público en el estreno, no parece exorbitante que el autor, a disgusto con su obra, pueda apartarse del contrato, por razones personalísimas, que no debe alegar ni demostrar, sino resarciendo el daño inferido por incumplimiento. 3) La norma, por último, contenida en el artículo 44 de la Ley de 1879 se

(22) Ver en el último capítulo de este estudio las diferencias y conexiones entre el derecho de inédito (art. 14.1.º de la Ley de Propiedad Intelectual) y el derecho de retirar la obra del comercio (art. 14.6.º de la Ley de Propiedad Intelectual).

ha llamado derecho de *inédito solemne*, y consiste en una declaración solemne por el autor *propietario* (que conserve la propiedad de la obra) antes de que se cumplan los plazos previstos en los artículos 38-40 de la Ley de 1879 para que caiga en el dominio público una obra ya divulgada, pero no inscrita en el Registro de la propiedad intelectual. Tenemos en este caso un ejercicio «tardío» del derecho de inédito, inédito impropio en tanto no impide la divulgación anterior que haya tenido la obra, pero eficaz a partir del momento en que se realiza, a partir del cual la obra no verá la luz pública. Es en cierta forma la norma general sobre el derecho de retirada y arrepentimiento del anterior derecho de autor español, si bien no tiene las connotaciones morales e ideológicas de ofensa del artículo 93 del R.L.P.I., ni tiene la naturaleza exorbitante del derecho de retirada contemplado en el artículo 91 del R.L.P.I., contraviniendo el contrato con el empresario. Sin embargo existe diferencias: el *inédito solemne* (art. 44 de la Ley 1879) sólo puede ser ejercido por el autor propietario (23); el derecho de retirada (R.L.P.I. 91) por el propietario (autor o no); el de arrepentimiento, por el autor no propietario frente al propietario. Pero la imprecisión y confusión terminológica autor-propietario que reinaba en las normas de 1879-1880 debe ser despejada admitiendo que si puede reconocerse esta facultad o derecho que enerva la fuerza obligatoria de los contratos, sólo puede deberse a tutelar intereses personalísimos dignos de protección, como son los del autor-creador que compromete su fama y su reputación con la divulgación de su obra, pero en ningún caso al propietario adquirente de la obra. Que el arrepentimiento haya sido condicionado a la previa indemnización (R.L.P.I. 93) y el derecho de retirada no, parece un despropósito de nuestra reglamentación de teatros que ha sido aplicada por analogía a otros supuestos de relaciones autor-empresario que explota la obra, hasta que llegó la Ley del Libro de 1975 o la de Propiedad Intelectual de obras cinematográficas de 1966.

Estos supuestos de retirada de la obra ya divulgada han sido refundidos por la nueva Ley de Propiedad Intelectual en su artículo 14-6.º. El autor goza de la irrenunciable e inalienable facultad de retirar la obra del comercio, por cambio de sus convicciones morales o intelectuales, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación. Si posteriormente el autor decide reemprender la explotación de su obra deberá ofrecer preferentemente los correspondientes derechos al anterior titular del mismo y en condiciones razonablemente similares a las originales (24).

(23) ALVAREZ ROMERO considera anacrónico el requisito de propietario que exigía el artículo 44 de la Ley de 1879 para arrepentirse de forma solemne. No puede vincularse patrimonial sino al moral (la Constitución española y el derecho de propiedad intelectual, cit., p. 85).

(24) Parece que nos encontramos ante una facultad de desistimiento unilateral semejante al reconocimiento en el artículo 1.594 del Código civil. Aunque aquí no es el comitente sino el autor que recibe el encargo quien desiste, obligado a hacer y entregar.

No parece que pueda oponerse el creador material de la obra ya realizada a su difusión si el comitente que realizó el encargo lo tiene empleado como asalariado o funcionario retribuido periódicamente y si la obra realizada extra dentro del negocio habitual de la empresa donde trabaja el autor o dentro de la competencia específica del puesto de la administración pública donde pueda trabajar. La remuneración anticipada, la prohibición legal de competencia con el empresario y la posibilidad de ceder los derechos al mismo, muchas veces en cláusula aneja al contrato de trabajo, harían inviable la explotación privada por el empleado. No obstante, la norma del artículo 31 de la Ley de Contrato de Trabajo exigía una cesión por escrito del trabajador al empresario. La norma que la sustituye (art. 51) establece el sistema anglosajón de presunción de cesión en exclusiva de la propiedad intelectual al empresario, salvo pacto expreso en contra.

No parece que pueda oponerse tampoco el creador material de la obra a su difusión en los casos en que por ministerio de la ley se atribuye originalmente la propiedad intelectual de la obra a la persona jurídica para la que trabaja —pensemos en las publicaciones de un Ministerio o de una Empresa—, por encontrarse dentro de los supuestos de obra colectiva (intuida por la Ley de 1879 en su artículo 4 y reconocida expresamente por el artículo 8 de la nueva Ley), o con la que pacta un contrato de encargo editorial (reconocido por el artículo 18.3 de la Ley del Libro de 1975), que transmite, salvo pacto en contra, la propiedad intelectual al editor (diferente del contrato de edición). A lo más que puede oponerse sería a que se mencionara su nombre al divulgarse la obra, si se siente descontento de la misma, exigencia fácil de cumplir por la empresa, corporación o institución que se la encargó, en solitario o en colaboración con otros autores.

Veamos por último cierta clase de encargo de obra intelectual que no parece muy específico, porque los sujetos de la relación están pendientes de determinarse, pero que a veces presentan unas instrucciones o bases de ejecución de la obra encargada muy detalladas: me refiero a los concursos. A pesar de la enorme variedad de hipótesis que se puede plantear, las modalidades del concurso, etc., creo que es fácil reducir el problema al siguiente modelo para preguntarnos si en estos casos el autor creador tiene, como en los casos vistos anteriormente, la capacidad de no hacer, no entregar o impedir la divul-

Las leyes francesas (art. 32) italiana (arts. 142 y 143), alemana (art. 42) y portuguesa (art. 62) de derecho de autor reconocen el derecho del autor a retirar la obra del comercio, indemnizando en todo caso a los titulares de derechos económicos sobre la misma. Vid comentarios monográficos de GIANINI: *Sul ritiro della opera del commercio. Il diritto di autore*, 1955, pp. 1-10. HIRSCH: *Zum Rückrufsrecht des Urhebers wegen gewandelten Überzeugen. Festschr. Nipperdey 70 Geb.*, Berlin 1965, pp. 351-371. IONASCO: *Le droit de repentir. Revue Internationale du Droit d'Auteur (RIDA)*, 1975, LXXXIII, pp. 21-55.

gación de la obra a aquél que se la encargó, en este caso la persona natural o jurídica que resuelva el concurso en cuestión. Más bien parece todo lo contrario. Ni dar ni hacer es algo exigible al autor, pero éste hará y dará sin que le obliguen de manera alguna, dado que se ha realizado una oferta pública para contratar y no existe un sujeto determinado al que se le exija una obra, sino antes bien un sujeto obligado a cumplir la promesa de fallar el concurso —pudiéndolo declarar desierto, como es lógico—. Pero el problema se plantea de forma inversa a los demás casos: presentada una obra a concurso, ¿pierde el autor aunque sea temporalmente su derecho de divulgación? ¿Se constituye en excepción a ese inédito personalísimo e intransmisible? Habría que distinguir dos fases en que la divulgación de la obra escapa más o menos de las manos del autor. La primera etapa, entre la presentación y el fallo, hay que admitir que la obra tiene una divulgación, aunque sea limitada, entre las personas que entran a juzgar las obras presentadas. Una segunda fase, posterior al fallo y dependiendo de las bases del concurso, en caso de premio, es posible (pero también impensable) que un autor retire la obra premiada y se niegue a divulgarla. Si las bases del concurso comprendían la cesión de los derechos intelectuales al organismo o persona que lo falla, puede pensarse que el acto de divulgación de la obra ha tenido lugar en el momento de presentación al mismo si bien suspendida su eficacia hasta la resolución positiva y el autor sólo podría ejercer el derecho de retirada en los términos del artículo 91 del R.L.P.I., por analogía, indemnizando (o del artículo 14.6.º de la Ley de Propiedad Intelectual). En la fase previa al fallo, a su vez, el autor de la obra presentada no tiene derecho a divulgarla, o, mejor dicho, *contrae* el deber de no divulgarla. Esto parece que nos confirma que no estamos ante una derogación del derecho personalísimo de inédito, sino en el campo de los contratos. Todo autor puede retirar una obra del concurso antes del fallo. Si gana el concurso, la obra se divulgará porque así lo ha querido el autor, al responder a la oferta hecha por el convocante del premio. Todo efecto posterior al fallo, derivado de las bases del concurso, no enerva el derecho de inédito del autor porque nos hallamos ya ante las reglas contractuales del cumplimiento e incumplimiento, pudiendo el autor apartarse del contrato en todo momento, pero indemnizado si lo hace después de la resolución favorable a su obra del concurso (momento de perfección del contrato en que el autor ya queda obligado). En los concursos, como en todo contrato de explotación de obras intelectuales, se deberán aplicar las normas generales sobre cesión de derechos y reserva de los derechos morales en manos del autor.

2. Pero pensemos ahora en los acreedores del autor por créditos ajenos a la explotación de alguna de sus obras. ¿Pueden los acreedores insatisfechos tratar de subrogarse en los derechos del autor y publicar alguna de sus obras, divulgarla o reeditarla?. No parece que

puedan ejercitar la acción del artículo 1.111 del Código civil (o del Código francés, art. 1.166) y decidir la divulgación de una obra de su deudor contra la voluntad de éste. El límite es igual en el Código francés y español: los derechos y acciones inherentes a la persona. Hemos definido el derecho de divulgación y de inédito como personalísimo y por ello escapa a la trabajadora la ejecución forzosa o hipoteca. Esto debería venir corroborado por las normas especiales: La Ley de Hipoteca Mobiliaria de 1954, en su artículo 46, establece que la hipoteca del derecho principal comprende como accesorios, salvo pacto en contra, la adaptación, refundición, traducción, reimpresión, nueva edición o adición de la obra hipotecaria. No queda claro cuál sea el derecho principal, aunque del artículo 12 de la misma Ley parece deducirse que se refiere a la propiedad intelectual. La no mención de la publicación o divulgación no puede llevar a pensar, tanto que no puede ser hipotecada, como que es hipotecable como integrante —no como accesorio— del derecho principal. Las normas sobre embargo de la Ley de Enjuiciamiento Civil no mencionan para nada derechos intelectuales. La Ley de Propiedad Intelectual admite la adquisición global de la propiedad sobre la obra, pero reserva (art. 8) el derecho de divulgación al autor —no lo reconoce en el propietario no autor—. Las contradicciones internas de la Ley de 1879 nos llevan a configurar una propiedad transmisibile «inter vivos», pero unos derechos integrantes de la misma personalísimos. Nos quedamos sin respuesta para decir si la transmisibilidad del derecho, como su hipotecabilidad o su embargabilidad nos empuja a defender, con el derecho de autor español anterior, la posibilidad de subrogatoria por los acreedores. Para afirmar que no cabe subrogarse en el derecho de autor, debemos abandonar un intento de solución sistemática deducida de nuestras leyes de ejecución forzosa de derechos y retomar la construcción dogmática que viene, eso sí, alumbrada por la distinción que la norma general sobre propiedad intelectual hace en su artículo 8: el derecho de divulgación es personalísimo del autor, por lo que cabe afirmar que no es transmisible, ni hipotecable, ni embargable, no puede ser objeto de usufructo (art. 469 C.c.) ni de ejercicio por los acreedores del autor (25).

Ahora bien ¿cabe que los acreedores reediten una obra divulgada y agotada de su deudor para satisfacer su crédito frustrado? Acudiendo a las normas especiales sobre hipoteca mobiliaria, recordemos que el artículo 46 de la Ley de 1954 menciona expresamente como hipotecable la reedición, pero no olvidemos, tanto que en la hipoteca con-

(25) LACRUZ BERDEJO sustraía de la acción de los acreedores los derechos de autor; en especial, el derecho moral (El objeto de la acción subrogatoria, «ADC», 1950, pp. 1100-1132). El mismo autor considera que ni siquiera la obra publicada está sujeta a ejecución forzosa porque decidir si publicar, reimprimir o condenar al olvido una obra es una cuestión de apreciación personalísima (*El ejercicio «post mortem»...*, cit., p. 33).

curre la voluntad del autor que se presta a dicho gravamen, como que la definición, derecho principal y el elenco de derechos accesorios recogida en el artículo 46 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria son, en mi opinión, poco afortunados, producto más bien de una extensión automática de los esquemas tradicionales de la hipoteca (que se extiende a la cosa hipotecada y sus accesiones o transformaciones) que de un análisis del derecho de autor y del valor lógico de sus proposiciones: ¿puede decirse en serio que la hipoteca de una novela se extiende, salvo pacto en contra, a la película que se haga sobre un guión adaptado de la misma, y a la versión alemana de la novela española?

Para responder a la pregunta planteada debe contestarse antes si la segunda edición de una obra es un acto de explotación económica o si consiste en un acto de divulgación. Si es lo primero parece indudable que supondría el ejercicio de un derecho patrimonial, pero de marcado carácter personal (al autor no tiene por qué parecerle oportuno, de cara a su reputación, por ejemplo, desempolvar una obra antigua que en su momento consintió en divulgar, pero que hoy no lo habría hecho), por lo que parece que escapa a la subrogación de los acreedores —quienes tampoco podrían revocar por ingratitud una donación que su deudor no se decide a hacerlo—. Si la reedición supone un acto de divulgación (ejercer este derecho no implica sólo desvelar públicamente el contenido de una obra, no sólo el paso de una obra del inédito al público, sino además decidir las *condiciones* en que ésta se realiza, art. 14.1.º L.P.I. de 1987), no cabe duda que la acción persecutoria de los acreedores deberá frenarse ante derechos personalísimos del autor, como reeditar una obra, siempre que esta reedición no viniera pactada por un anterior contrato de edición, pacto, sin embargo, del que puede apartarse el autor retirando la obra de la luz pública. A pesar de las carencias de la legislación española, la Ley de Hipoteca Mobiliaria de 1954, en su artículo 46, requiere el consentimiento del autor —si no, no habría hipoteca— y siempre puede pactarse que no se extenderá a la reedición, entre otros derechos accesorios. Pero conceder la reedición forzosa de una obra a los acreedores del autor parece una posibilidad contradictoria con las facultades del autor frente a aquellos acreedores que tienen en sus manos la explotación de la obra (26).

¿Qué pueden hacer los acreedores del autor moroso o insolvente? Desde luego no pueden embargar los derechos morales, porque si admitimos su existencia, éstos son, por definición, inalienables. Pueden

(26) La Ley portuguesa de 17 de septiembre de 1985 admite que cualquier interesado, incluido el Estado, solicite autorización judicial para reeditar una obra agotada de un tercero que rehúse hacerlo, siendo atendibles en favor de éste razones de tipo moral o material, pero no financieras (art. 52).

sin embargo intentar la traba de derechos económicos, siempre que éstos no sean personalísimos. Podrían también intentar revocar los actos dispositivos del autor realizados en fraude de sus derechos. La renuncia del autor a unos ingresos derivados de una explotación afortunada en su obra, supondrían una ganancia dejada de obtener cuyo cálculo no tiene por qué ser difícil, dados los controles de tirada o taquilla existentes y pueden pensarse que entran dentro de los supuestos previstos del artículo 1.111. No así los contratos dejados de firmar, tanto por la incertidumbre de la ejecución del mismo y de su fortuna económica, como por la inadecuación de la acción revocatoria a supuestos que no implican salida de bienes del patrimonio del deudor: en el primer caso, los rendimientos ya devengados a los que renuncia el autor no son inciertos y puede decirse que salen de su patrimonio (su derecho a percibirlos ya formaba parte del mismo) por su acto de renuncia.

Respecto al embargo de derecho de autor, de lo que están descartados los derechos morales, por extrapatrimoniales, pueden formularse las siguientes opciones alternativas:

1.^a *Los derechos de explotación son embargables puesto que son cedibles.* Parece que la Ley portuguesa, en su artículo 47, sigue dicha tesis (los derechos patrimoniales pueden ser objeto de prenda o de embargo).

2.^a *Los derechos patrimoniales no son objeto de cesión, sino que el autor otorga concesiones para utilizar su obra con alcance limitado, de manera que conserva en sus manos el derecho de explotación; los terceros que están legitimados para hacerlo en virtud de la autorización pueden incluso obligar al autor a no explotar si la concesión ha sido exclusiva.* Además, no debe olvidarse que el ejercicio de los derechos económicos debe coordinarse con el ejercicio de los derechos morales. Es difícil concebir un ejercicio forzoso del derecho de explotación por embargo sin que esto colisione con el derecho moral del autor. La ley alemana, en su artículo 113, parece que consagra dicha idea: respecto a las deudas pecuniarias del autor, la ejecución sólo es permisible con el consentimiento del mismo en la medida en que pueda conceder derechos de uso de la obra. El consentimiento no puede ser dado por medio de representación legal. El artículo 114 excluye el consentimiento del autor si lo que se embargan son los *originales* del autor, en especial las plásticas y arquitectónicas, para ejecutar derechos de uso.

Ahora bien, dado que excluye del consentimiento del autor la cesión de derechos cuando se produce la sucesión parcial o global de empresas (art. 34.3), la ley alemana parece permitir el embargo de los derechos económicos de autor en manos de las empresas —editoriales fundamentalmente— sin contar con el autor o autores, quie-

nes siguen ostentando sus derechos morales y en especial su derecho de retirada, como vimos anteriormente, conforme el artículo 42. No obstante, los ejecutantes, en este caso, son acreedores de la empresa, no del autor.

3.^a *Los derechos de explotación son bienes cedibles o transmisibles*, como ocurre en los casos de bienes y efectos personales (LEC 1.449). Esta parece que es la tesis que mantiene el legislador italiano y que ha seguido el Proyecto español. El artículo 111 de la Ley italiana establece que no son confiscables, pignoraables ni embargables los *derechos* de publicación ni los de utilización de la obra publicada mientras pertenezcan personalmente al autor. Pero *sí* pueden ser ejecutados los *beneficios* de tal explotación y los ejemplares de la obra conforme a las leyes procesales, mientras que el artículo 107 de la misma ley italiana consagra la transmisibilidad de los derechos patrimoniales.

La Ley de Propiedad Intelectual de 1987 establece igualmente la regla general de transmisibilidad de los derechos de explotación de la obra (art. 43.1), pero esto no conduce necesariamente a su embargabilidad. Al contrario, el artículo 53.2 establece que «los derechos de autor correspondientes al autor no son embargables, pero sí lo son sus frutos...»; hasta aquí parece que la simbiosis del proyecto español con la ley italiana es total y su fundamentación dogmática se encuentra en la consideración de bienes patrimoniales de carácter personal, mientras su fundamento pragmático reside en la ineficacia de un derecho económico embargado paralizado por el ejercicio del derecho moral (inédito o retirada) del autor.

4.^a *Los derechos de explotación, dado que son transmisibles, son embargables, aunque con limitaciones*. Esto es, puede que estemos ante bienes limitadamente embargables, como son los salarios, con los que guardan cierta semejanza. La asimilación, de cara al embargo y a la preferencia crediticia, se dio en el derecho de autor francés (las leyes de 11 de marzo y de 19 de julio de 1957) y años después fue adoptada en un sector de nuestro derecho de autor (Ley del Libro de 12 de marzo de 1975).

La Ley francesa de marzo de 1957 establece, por su parte, que para el pago de derechos de autor vencidos de los últimos tres años por la cesión, explotación o utilización de sus obras, los autores, compositores y artistas gozan del privilegio crediticio del artículo 2.101-4 y 2.104 del Código Civil (art. 58) y, recíprocamente, que cuando los productos de la explotación correspondientes al autor hayan sido objeto de embargo, el Juez podrá ordenar el pago al autor, a título de alimentos, de cierta suma o de una parte alícuota de las cantidades embargadas (art. 69). La Ley francesa sobre inembargabilidad parcial de salarios y réditos del autor, de 19 de julio de 1957, establecía

el límite del embargo en los cuatro quintos del salario mínimo en la medida en que tengan carácter alimentario (art. 2) descontados los gastos profesionales (art. 1), siempre que el acreedor ejecutante no sea un alimentista del autor (art. 3). Quedaba consagrada la equiparación entre salarios y rendimientos (no derechos económicos, sino los frutos de éstos), en tanto se reconocía que la creación literaria es un medio de vida, un trabajo.

La Ley del Libro española establecía la preferencia, similar a los créditos salariales, del precio (o parte del mismo) a que tiene derecho el autor que firma un contrato de edición [art. 19.1.a)]; por otra parte, establecía el carácter irrenunciable de los derechos de las partes, inalterables por convenio (art. 17.1), comprendiendo derechos morales y económicos, pero excluyendo sorprendentemente de su carácter irrenunciable el respeto a la integridad de la obra [art. 19.1.d)]. Parece que la Ley del Libro, aun con esta mácula, predicaba un carácter indisponible de todos los derechos de autor, tanto personales como patrimoniales.

La Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987 concluye (artículo 53.2) estableciendo que son embargables los *frutos* o *productos* de la explotación de la obra, que tendrán la *consideración* de salarios, tanto en lo relativo al orden de prelación para el embargo, como a retenciones y parte inembargable; y continúa, en su artículo 54, asemejando los créditos en dinero por la cesión de derechos de explotación a los devengados por los salarios o sueldos en los procedimientos concursales de los cesionarios, con el límite de dos anualidades.

En resumen, los acreedores podrán satisfacer su crédito embargando, dentro de los límites salariales, los productos económicos de la explotación de la obra *consentida* por el autor, nunca forzosa, pero no podrán ni divulgar una obra inédita (por tratarse de un derecho extrapatrimonial) ni reeditar la divulgada porque para hacerlo deben embargar un derecho de inédito o un derecho económico de carácter personalísimo y sujeto siempre al ejercicio del derecho moral por el autor.

c) La facultad o derecho personalísimo a divulgar la obra debe ser comprobada en los casos en que el patrimonio del autor (en el que no se integran obviamente los derechos extrapatrimoniales como el inédito, pero sí los derechos económicos de autor, así como las obras —materialmente consideradas—, al menos en un primer momento) es susceptible de cierta gestión o administración conjunta o sujeción a ciertas cargas: nos referimos, aparte los casos del socio con responsabilidad ilimitada, fundamentalmente, a los regímenes económico-conyugales. No basta con afirmar que el derecho de autor es privativo, especialmente el derecho moral y que los rendimientos son gananciales, supuesta la vigencia de este régimen, para zanjar el estudio de los problemas suscitados por el autor casado. Según

el régimen económico a que esté sujeto el cónyuge autor, pueden plantearse diversas preguntas que en esta ocasión sólo responderemos conforme a la regulación en el Derecho común español posterior a la reforma de 1981. Antes de centrarnos en las normas españolas sobre economía matrimonial, debemos advertir que en el Derecho comparado existe un precedente significativo: el artículo 25 de la Ley francesa de 1957 sobre propiedad literaria y artística que se dedica expresamente al tema matrimonial. Dice este precepto que «bajo todos los regímenes conyugales y so pena de nulidad de todas las cláusulas contrarias contenidas en el contrato de matrimonio, el derecho de divulgar la obra, de fijar las condiciones de su explotación y de defender su integridad permanece en el cónyuge autor o en aquél de los esposos a quien haya sido transmitido. Este derecho no puede ser aportado en dote, ni adquirido por la comunidad o por una sociedad de adquisiciones. Los productos pecuniarios procedentes de la explotación de una obra del ingenio se regirán por las reglas aplicables a los bienes muebles, según el régimen matrimonial adoptado, pero sólo los adquiridos constante el matrimonio...». Tiene importancia subrayar que esta norma resuelve para el Derecho francés los interrogantes que los Tribunales habían resuelto contradictoriamente y que nosotros, para el Derecho español, trataremos de responder, según el Código civil y las reglas generales de la propiedad intelectual, dada la carencia de norma específica vigente o en proyecto. Por ello, parece que se puede afirmar, teniendo en cuenta el artículo 8 de la L.P.I. de 1879, que *sólo el cónyuge autor puede decidir la publicación de sus obras*. Y el otro cónyuge, ni en ejercicio de la potestad doméstica, ni como contribución a las cargas del matrimonio puede instar la publicación de obras de su consorte, contra la voluntad de éste y ni con autorización judicial. Pero sentado este principio debe ponerse a prueba dicha afirmación, a saber:

1.º Respecto a la calificación del derecho de divulgación caben pocas dudas sobre que sea derecho privativo y nunca ganancial, pero incluso debe decirse que es impropio entrar a discernir su condición privativa o ganancial, dada su extrapatrimonialidad. La doctrina española que se ha ocupado de este punto (27) es unánime a este res-

(27) LACRUZ: *Elementos de Derecho civil*, vol. IV, Barna 1982, pp. 362 y ss. TORRALBA SORIANO: *Elementarios reforma de derecho de familia*, Madrid 1984, pp. 1594 y ss. DÍEZ PICAZO y GULLÓN: *Sistema*, vol. IV, pp. 222-224, Madrid, 1986. GIMÉNEZ DUART: *Los bienes privativos y gananciales...*, «RCDI», núm. 548, pp. 122 y ss. BATTLE VÁZQUEZ: *El derecho de autor y la sociedad de gananciales. Homenaje a F. de Castro*. Madrid 1976, pp. 137 y ss. BLANQUER UBEROS: *La idea de comunidad en la sociedad de gananciales*, «AAMN», 1982.

En la doctrina francesa son numerosos los comentarios no sólo al artículo 25 de la Ley de 1957, sino también a la decisión de la Cour de París de 19 de diciembre de 1953 y subsiguiente de la Cour de Cass de 4 de diciembre de 1956, conocidas como affaire Bonnard, que distinguía entre obras acabadas y esbozos o esquemas, siendo estos últimos instrumentos de estudio o de trabajo en curso de realización, que quedan fuera de la comunidad.

pecto. Si cabe discutir la ganancialidad será en todo caso de los derechos económicos, pero parece igualmente que hay que distinguir derechos económicos (privativos) de rendimientos económicos de la explotación de la obra (gananciales si son obtenidos o se derivan de contratos acordados constante la sociedad) conforme a los artículos 1.347.1.º, 1.347.2.º y 1.349, por analogía, del Código Civil.

2.º Debemos advertir inmediatamente la cautela con que debe afirmarse lo anterior, o, por lo menos, que debe afirmarse con la consciencia de que las *obras* —soporte físico de la obra intelectual— deben tener la consideración de *bienes* patrimoniales, que conforme al artículo 1.347.2.º del Código Civil son bienes gananciales las obras creadas por cualquiera de los cónyuges constante la sociedad y por lo tanto en lo que a los actos de disposición respecta deberá seguirse las reglas generales de los bienes gananciales, sólo exceptuables por existir un mejor derecho (en este caso el derecho moral del autor). Así, parece que la venta y donación de cuadros gananciales debe ser consentida por ambos cónyuges (art. 1.377.1 y 1.378), pero no parece, como excepción, que el cónyuge no autor pueda enajenar obras de su consorte, contra la voluntad de éste, autorizado por el Juez (art. 1.377.2) en tanto dicha enajenación suponga divulgación de la obra, reservada por la Ley de Propiedad Intelectual al autor (que en la venta de la obra plástica se hayan transmitido los derechos de reproducción y exposición, por lo menos, según el artículo 9 de la Ley de 1879; o que en la venta no se hayan reservado en manos del transmitente los derechos de exposición y reproducción, conforme a la presunción establecida en el artículo 56.2 de la nueva Ley de Propiedad Intelectual); segundo, en los regímenes de separación y participación se prevé la posibilidad de que un cónyuge administre bienes del otro. La contribución a las cargas del matrimonio se hace, salvo pacto en contra, proporcionalmente a los recursos económicos (art. 1.438) o, en todo caso, sujetando bienes privativos a su levantamiento (art. 1.318). La existencia de bienes suficientes en el patrimonio deudor del crédito de participación, la valoración de esos bienes, integrantes del patrimonio final o inicial, y las disposiciones que el cónyuge autor haya podido hacer, ya gratuitas, ya en fraude de los derechos de su consorte, que sean impugnables conforme al artículo 1.390, 1.391, 1.433 y 1.434, ponen de relieve que tanto en el régimen de participación como en el de gananciales, *el derecho de divulgación* del autor, que se ejercita en muchas ocasiones —más tratándose de artes plásticas— mediante enajenaciones, a veces por precios irrisorios, para lograr la difusión de su obra, *está por lo menos condicionado* a sus deberes económico-conyugales.

Puede afirmarse, y esto en sentido favorable al autor, que las obras, materialmente consideradas, deben ser objeto de atribución preferente al cónyuge autor de las mismas, disuelta la sociedad de gananciales, o que son idóneas para la dación en pago del crédito de participa-

ción, adjudicándosele incluso por el Juez, como prevé el artículo 1.432, en cuyo caso tendrá «las manos libres» para divulgar sus obras, sin atender al condicionamiento legal que imponen las normas sobre economía conyugal.

3.º Para entender lo anterior es igualmente necesario distinguir, vistas las posibilidades que tanto sobre los derechos de autor como sobre las obras de su cónyuge tiene el consorte no autor, qué debe entenderse por acto de administración, de gestión o de disposición, cuando hablamos de derechos de autor o de obras del ingenio. Bien es sabido que la norma del artículo 1.439 es aplicable a los regímenes de participación y separación —pero incluso también al de gananciales, según opinión de un ilustre autor—: el cónyuge no autor podría administrar o gestionar bienes o intereses del otro. ¿Quiere esto decir que podría firmar un contrato de edición, de adaptación cinematográfica de una obra ya divulgada por su cónyuge (el autor) o se refiere más bien a la posibilidad de entablar acciones de protección de los derechos de su cónyuge (aspecto defensivo) o de cobrar los rendimientos de contratos acordados por el cónyuge autor (labor de gestión)? La respuesta más prudente sería afirmar que puede defender los intereses de su cónyuge —el verdadero autor—. Si afirmamos que puede instar la enajenación de la obra, si el Juez estimara que es de interés para la familia, conforme al artículo 1.377.2, parece que la labor de defensa de derechos del autor no es la única que el Código Civil reconoce al cónyuge no autor. No puede disponer de las obras o derechos de autor de su cónyuge, o sea, no puede enajenarlas, de forma que el autor se vea privado de la obra o del ejercicio de sus derechos, pero también sería disposición sobre la obra admitir su transformación o la explotación de la transformación intelectual de la misma —sea por traducción, modificación o adaptación a otro género—, por cambio de la configuración del objeto; por tanto, además de los casos ya mencionados, respecto a los derechos, toda cesión exclusiva de los mismos, aun con alcance temporal, espacial y cuantitativo limitado, supone un acto de disposición sobre los mismos, vedado, en mi opinión, al cónyuge no autor.

Puede, sin embargo, administrar y gestionar (en caso de necesidad, con autorización judicial o respondiendo como mandatario), o sea, ¿puede conceder derechos de uso no exclusivo y realizar todo tipo de acciones que no priven a su cónyuge autor de ejercer sus derechos? Tendrá derecho como ganancial a participar en los rendimientos económicos y a la mitad del valor de las obras que sean gananciales, al disolverse la comunidad, e incluso puede que se le asignen obras de su cónyuge si resulta acreedor en el régimen de participación. Aunque la regla general será la administración conjunta por ambos cónyuges, si fuera ganancial su régimen, sometida al ejercicio de los derechos morales por el autor, quien en caso de regímenes de administración privativa estaría obligado a rendir cuentas

o información y a evitar actos dispositivos fraudulentos en perjuicio de su consorte.

4.º Por último, debe mencionarse un aspecto no patrimonial que incide de lleno en el ejercicio de los derechos morales, respecto a la paternidad de las obras, que ha preocupado en Italia y Francia, pero que parece inaplicable en España: el uso por el cónyuge separado o divorciado (la mujer autora) del apellido de casada, en las obras divulgadas después de la disolución del matrimonio, con oposición del marido, como seudónimo o con autorización del Tribunal.

d) La personalísima facultad de divulgar su obra viene recordada en su amplitud cuando el creador ha unido su talento al de otros creadores en una obra común o colectiva. La coautoría intelectual tiene como consecuencia fundamental la «sincronización» de derechos de divulgación de todos los autores que han realizado sus aportaciones a la obra común y el principio de separabilidad de cada aportación respecto al todo, siempre que no suponga una lesión al derecho de los demás coautores. Entre los distintos tipos de obras realizadas por dos o más personas, la doctrina y legislación europea y norteamericana han distinguido:

1. La obra en *colaboración*: escrita por dos o más autores cuya aportación es, sin embargo, apreciable y que otorga derechos de autor a cada uno por la aportación hecha a la obra, pero que a veces debe ser considerada proindiviso de los coautores. El supuesto típico de lo primero es la *colaboración* entre libretista y músico, cuyas obras —aportación a la común— son perfectamente identificables; en el moderno derecho de autor, aunque ha gozado de reglas especiales, es obra en colaboración la cinematográfica. Supuesto de obra en colaboración que otorga proindiviso derechos a los coautores sobre la obra son los casos similares a los hermanos Alvarez Quintero [Ley española de 1879, arts. 22 y 23; R.L.P.I., arts. 12, 93, 106; Ley italiana, art. 10; Ley francesa, arts. 9.1 y 10; Ley alemana, art. 8; Ley portuguesa, arts. 16 y 17; Ley estadounidense, secs. 101 y 201 a)].

2. La obra *colectiva* acumula la colaboración de varias personas, normalmente más de dos y normalmente la aportación de cada una acaba indiferenciándose en el conjunto, si bien lo definitorio es que se ha realizado o ejecutado *bajo la iniciativa* de una persona natural o jurídica, que asume la propiedad intelectual del conjunto de la obra [Ley francesa, arts. 13 y 9.3; Ley italiana, arts. 3 y 7.1; Ley portuguesa, arts. 16 y 19; Ley estadounidense, secs. 101 y 201 c)] sin perjuicio de que puedan reconocerse derechos individuales sobre las aportaciones de cada persona que sean diferenciables del conjunto. Es el típico supuesto del diccionario, la enciclopedia o el periódico o revista de información (Ley española de 1879, arts. 16 y 19).

3. La obra *derivada* o *compuesta* refleja la suma de creaciones de dos o más personas, pero que no han colaborado entre ellas: se

debe ello a que a partir de una obra preexistente, un segundo autor realiza posteriormente —sólo o en colaboración— una revisión, adaptación, refundición, selección antológica o anotación crítica de la(s) obra(s) preexistentes(s). Los autores no han colaborado y se considera que estamos ante obras distintas —no es una modificación de la obra primera hecha por su autor—. Esto implica derechos de autor al primero de su obra, y derechos de autor al segundo, por lo que de original tenga la obra derivada o compuesta, no pudiendo impedir que los demás utilicen la obra preexistente, si ha caído en el dominio público, o debiendo pagar al autor o sucesores de la obra preexistente los derechos correspondientes si todavía durasen (arts. 7 y 14 de la Ley de Propiedad Intelectual de 1879; Ley francesa, arts. 9.2 y 12; Ley italiana, arts. 4 y 7.2; Ley alemana, art. 3; Ley portuguesa, art. 20; Ley estadounidense, sec. 101).

Como puede verse, la colaboración de varios autores para la obtención de una obra que se considere única y no dos obras independientes (ver art. 9.2 de la nueva Ley de Propiedad Intelectual), puede haberse debido a coincidencias en el tiempo, en el género o en la obra misma, pudiendo darse las tres o sólo una de ellas. No puede hablarse de un régimen homogéneo de coautoría intelectual porque no puede tratarse de la misma manera la yuxtaposición de labores creadores cuando dos personas escriben indistintamente juntas los diálogos (A. Quintero), no pudiéndose distinguir qué ha aportado cada uno, exigiéndose un proindiviso sobre la obra en su conjunto, que cuando una ha escrito la letra, otro la música, e incluso, un tercero; lo ha traducido en imágenes, como director cinematográfico o realizador televisivo. Aunque ambas son obras en *colaboración*, en las que ambos autores se encuentran en un plano equivalente de iniciativa creadora y cuya labor es igualmente imprescindible para la obra completa (puede suscitar dudas si la labor de los arquitectos es un mismo caso, uno proyectando y el otro dirigiendo la ejecución de la obra, da lugar a un proindiviso o si puede decirse que cada uno ha realizado una aportación de género distinto —como el libretista y el músico—, por lo que poseen un derecho respectivamente sobre el proyecto y la dirección de la obra, pudiendo el primero colaborar con un tercero o realizar por sí mismo la ejecución del proyecto ideado por él cumpliendo las normas deontológicas y colegiales de la profesión) (27 bis). La diferencia en todos estos casos de obra en colaboración es fundamental, respecto al ejercicio de los derechos —mancomunado si fue proindivisa la atribución de propiedad intelectual, salvando el Juez los de

(27 bis) En la nueva Ley de 1987, conforme al artículo 10, parece que una obra es el edificio (obra artística), protegida por el artículo 10.1), y otra son los planos [art. 10.1.f)], y proyectos. Por ello, la materialización del proyecto por una parte en el plano y por otro en la obra tridimensional construida dan lugar a diferentes derechos que, en la mayoría de los casos, concurrirán en el mismo o mismos arquitectos.

sacuerdos de la comunidad (véase el artículo L.P.I. de 1987), norma de inspiración francesa, artículo 10.3, pero que ya estaba contemplada en un supuesto particular en el viejo Reglamento español (art. 94), concreción en el derecho de autor de la norma del artículo 398 del Código Civil.

Cuando la aportación es diferenciada, aunque pueda hablarse de una obra —la película cinematográfica, la ópera, la zarzuela—, cierto es que puede darse una división de la cosa común sin perjuicio de las restantes aportaciones, pero este ejercicio debe quedar subordinado a la explotación de la obra común. Al hilo de nuestra línea argumental, el derecho personalísimo de inédito y divulgación y su proyección en el campo de los contratos, como pueden ser el derecho de retirada y arrepentimiento, el autor de la aportación diferenciada —guión, libreto, música— a una obra común puede disentir de la divulgación de ésta, pero se verá enervado su derecho de inédito si el Juez estima que es contrario a la equidad o a la buena fe. Como dije antes, debe producirse una sincronización de la decisión de divulgar de todos los coautores, por ello puede estimarse que hay cierto recorte del absoluto derecho de inédito, al estar a expensas de la opinión mayoritaria y el respaldo judicial de su negativa a la divulgación (28).

¿Qué otra alternativa le queda al coautor disidente que a última hora se manifiesta contrario a la divulgación de una obra en la que ha colaborado? Una, inviable desde el punto de vista dogmático, sería la exigencia de que se omita su nombre en la divulgación con la que estaba en desacuerdo. La publicación anónima de su aportación sólo podría darse a instancia del interesado (Ley de Propiedad Intelectual, arts. 14.2.º y 6.2, y R.L.P.I., art. 86); el anónimo forzoso es inaceptable si aceptamos la existencia de unos derechos morales irrenunciables, entre ellos el de divulgación que comprende tanto decidir el paso a la luz pública como las condiciones de la misma. La solución que le queda al coautor disidente, ante la decisión del Juez, sería «separar su aportación de la obra. Esto no podrá realizarse después de haber consentido la divulgación si esta segregación perjudica a la explotación de la obra común (Ley de Propiedad Intelectual, art. 7.3). Parece que el artículo 93 de la R.L.P.I. (que queda subsistente en lo que no contraría a la nueva Ley española) admite la retirada de la aportación del coautor, si bien indemnizando *previamente* a los coautores o propietarios. No obstante el tenor literal de

(28) Una sentencia del Tribunal de Florencia de 10 de febrero a 1 de abril de 1947 (Medici del Vascello c. Rossi y otros) consideró que no violaba el personalísimo e inalienable derecho de inédito exigir que se cumpla el acuerdo tomado por varios artistas de exponer juntos en una muestra conjunta, acuerdo del que quiso separarse uno de ellos, demandante ante los Tribunales. El acuerdo es, a juicio del Tribunal, perfectamente lícito y vinculante (quede claro que no se trataba de un supuesto de coautoría, sino de un común acuerdo tomado por varios autores).

artículo 93 refiere a una aportación diferenciada —el autor literario—, pero no veo yo que se impida la analogía, teniendo en cuenta que no es un caso igual, pero sí análogo al del coautor indiferenciado, y que la norma prevista en el artículo 14.6.º del Proyecto permite la retirada a todo autor indemnizando al titular de la explotación —que podrían ser los coautores—.

Cuando la obra se compone de aportaciones indiferenciadas parece imposible la divulgación con disidencia de uno de ellos, en tanto posee una cuota ideal sobre el todo, es coautor *de toda* la obra, sobre la que podría ejercer el derecho de retirada (indemnizando), lo que restaría eficacia a la sentencia del Juez, que se limitaría —aunque no es poco— a decir: «divúlguese» o «vale este contrato de explotación primera de la obra a falta de acuerdo unánime de los coautores».

Llegamos a un punto límite del derecho absoluto a la divulgación de las propias obras cuando *un autor* debe ponerse de acuerdo o someterse al acuerdo de la mayoría o incluso de la minoría respaldada por el Juez. Si consiente la divulgación, la revocación ulterior de su consentimiento deberá ser justificada, siempre que se trate de una forma de explotación consentida anteriormente dado que si se trata de una adaptación a otro género o forma de difusión de la obra, estamos realmente ante una divulgación de una obra transformada o (de cara a la comunidad) ante un acto de disposición o ante un objeto distinto del que fue objeto previo de consentimiento. Realmente, en la obra común, la persona que crea la obra está formada por varios. El derecho de inédito, personalísimo, se refiere a la persona común (los coautores) cuyas decisiones serán tomadas por acuerdo suyo o decisión del Juez. No hay derogación del principio básico: el derecho de inédito sigue siendo personal. Lo que ocurre es que el derecho moral se imputa a la comunidad de coautores. Esto no significa atribuir personalidad jurídica a la comunidad, sino hacerla destinataria de una imputación legal.

La obra colectiva, sin embargo, y la obra derivada o compuesta entre la que debe comprenderse todo arreglo, adaptación, refundición o traducción no es una colaboración más que ideal entre los coautores, pero realmente no hay comunidad de derechos e intereses. En primer lugar, la obra colectiva (diccionario, periódico) es *atribuida «ex lege»* a la persona natural o jurídica que ha iniciado y organizado y coordinado el trabajo de todos los colaboradores, sin perjuicio de que alguno de ellos tenga derechos de autor sobre su aportación si ésta es diferenciada (columna del periódico o artículo de la enciclopedia escrito por él y así hecho público) para reunirlos en colección, pero sin concurrir en el mercado con la explotación de la obra colectiva. En segundo lugar, no hay comunidad al no existir objeto común sobre el que ejercen simultáneamente sus derechos. El artículo de la Ley de Propiedad Intelectual exige que no sea posible atribuir a cual-

quiera de los colaboradores de la obra colectiva un derecho sobre el *conjunto* de la obra realizada.

La obra compuesta o derivada podría crear una comunidad de intereses entre el autor de la obra preexistente y el autor que la reelabora, adapta, traduce o arregla, pero no existe identidad en el objeto sobre el que disfrutaban derechos, no cabe comunidad entre ambos en el sentido civil del término. Salvo los casos en que el autor *efectivamente* colabora con el traductor, arreglista o refundidor, el autor «refundido, traducido, arreglado» conserva, si viviere, sus derechos sobre su obra, sobre la que no adquiere ningún derecho el adaptador o traductor, a menos que fuera adquirente o cesionario de la explotación económica de la misma, en cuyo caso tampoco habría comunidad de derechos —el autor conservaría los morales; el adaptador, los económicos—, aunque sí un «dominio dividido» sobre la obra original. Sobre la traducción, adaptación o arreglo tiene derechos sólo el adaptador, traductor o arreglista, pero sólo por la parte que supone aportación personal y original, distinta de la obra preexistente. No hay objeto común de derechos entre un autor y su adaptador. La nueva Ley en su artículo 21.2 establece que los derechos sobre la obra resultantes de la transformación (adaptación, traducción u otra modificación de su forma) corresponderán al autor de esta última, sin perjuicio del autor de una obra preexistente.

El derecho de divulgación del autor de una obra compuesta queda condicionado a que lo consienta el autor de la preexistente (si no hubiera caído en el dominio público), otorgando una cesión, exclusiva o no, de derechos de reelaboración (o transformación).

El colaborador material en una obra colectiva no disfruta de derechos de autor frente a la persona natural o jurídica, a la que la Ley ha atribuido la propiedad intelectual desde el comienzo (no es cesionario de la misma). Puede denegar como es lógico su aportación, pero no impedir la divulgación de la obra en su conjunto, como si fuera un comunero que se opone a la divulgación de obra en colaboración, sólo divulgable —como regla de principio— por unanimidad. El colaborador en una obra colectiva, por último, suele encontrarse en la situación de dependencia laboral o contractual a la que nos referimos antes.

La consideración de la aportación a una obra común como integrante de una obra en colaboración, de una obra colectiva o de una obra compuesta, no es, como hemos visto, irrelevante, ni de cara al derecho de divulgación e inédito de cada coautor, ni, como veremos más adelante, respecto a la duración de los derechos de autor.

e) Por último, veamos cómo se manifiesta este derecho personalísimo y absoluto de inédito ante los productores de la obra, que parecen gozar de cierta protección constitucional, si interpretamos pro-

ducción del artículo 20.1.b) de la Constitución española como concepto distinto de creación intelectual.

Con o sin protección constitucional, tanto el derecho español como el comparado han otorgado una protección distinta al productor de una obra cinematográfica que al adquirente de una obra o al cesionario de los derechos por una transmisión posterior a su creación (editor, por ejemplo). La protección al productor consistió en otorgarle «ab initio» una cesión exclusiva «ex lege» de la explotación de la obra de la que eran coautores intelectuales el director, el guionista y el compositor «ex profeso» de la banda sonora.

Al margen de los derechos conexos, que son los atribuidos a los productores de fonogramas, a los intérpretes y a los entes de radio y televisión, frente a los terceros que utilizan sus productos (la emisora de radio que emite un disco, la emisora de televisión que emite el programa de otra emisora, la emisora de radio, televisión o la casa de discos que graba y/o emite la interpretación de unos artistas), debemos analizar en qué medida los derechos de los productores recortan o mediatizan los derechos de los autores y, de forma singular, si confirman el carácter personalísimo y absoluto del derecho a la divulgación.

En primer lugar, podemos afirmar que la institución de derecho vecinos conexos, etc., en favor de intérpretes ejecutantes y productores de fonogramas y radio y televisión se ha reconocido normalmente *sin perjuicio* de los derechos que corresponden a los autores de las obras interpretadas, ejecutadas, registradas en el fonograma o incluida en el producto de radio y televisión (arts. 121 de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 y 1 del Convenio de Roma de 1961). Hasta ahí, respondiendo a esta exigencia, y probablemente consagrando la fuerza del mercado, pero también considerando la relevancia del interés protegible (la inversión realizada), en segundo lugar, y en cierta forma contrarrestando el omnímodo derecho de divulgación, las normas que regulan las obras cinematográficas o las obras audiovisuales han atribuido a los productores de esta obra un considerable poder de utilización de los materiales (aportaciones separadas) de los coautores de la película, una vez que éstos han firmado el contrato de producción audiovisual. Esto no impide que en muchos casos el guionista, el músico que compone la banda sonora e incluso el realizador-director sean asalariados o empleados habituales de la productora o de la entidad de radio y televisión.

La nueva Ley española de 1987 consagra esta tendencia casi unánime del derecho de autor comparado, que ya había tenido reflejo en la propia Ley española de 31 de mayo de 1966:

a) Por el hecho de firmar el contrato de producción audiovisual se entienden cedidos al productor los derechos de reproducción, distri-

bución y comunicación pública, subtítulo y doblaje (art. 88.1).

b) Cuando uno de los coautores no terminase su aportación de forma *injustificada* o por fuerza mayor, el productor puede utilizar la parte ya realizada, respetando los derechos de aquél sobre la misma y mediando indemnización si procediera del coautor disidente (art. 91).

c) Aunque cada coautor pueden disponer, salvo pacto en contra, de sus aportaciones separadas siempre que no perjudiquen la explotación de la obra global (art. 89), los derechos morales sobre el guión de la película, la banda sonora de la obra audiovisual o sobre la realización de la misma, sólo pueden ser ejercidos sobre la versión definitiva (art. 93.1) versión establecida por acuerdo entre productor y realizador (art. 92.1).

De todo este sistema coherente de regulación pueden desprenderse, en lo que el derecho de divulgación de los autores se refiere, dos cosas: o este régimen de regulación de las obras audiovisuales supone una excepción o minoración al derecho personalísimo de divulgación, de manera especial por lo que al guionista y músico de la obra audiovisual se refiere: o debe entenderse, por el contrario, que el carácter personalísimo no es negado por las normas sobre obras audiovisuales: el guionista, realizador o músico que no quisiera determinar su aportación puede explotarla por separado siempre dentro de la buena fe (no competencia ilícita al productor) y en lo que puede interpretarse expropiación por el productor para acabar la obra (art. 91), no debe entenderse más que un límite derivado de la buena fe (la negativa debe ser injustificada) al ejercicio del derecho de divulgación (irrenunciable e inalienable, según el artículo 14), por lo que no puede entenderse dispuesto en el pacto que prevé el artículo 88.2), más teniendo en cuenta el art. 1.258 del Código civil.

Estamos, no obstante, se interprete de la primera o de la segunda manera, en un límite de las posibilidades del derecho de divulgación. Hemos visto que cuando se retira una obra del comercio, cuando se deniega la entrega de una obra encargada, aunque impere la voluntad del autor (retirar o evitar la circulación de su obra) hay un deber de indemnización. En este caso, subsiste el deber de indemnizar, y al autor que se niega injustificadamente a terminar su aportación (que incumple el contrato) se le reconocen sus derechos de autor (morales y económicos), pero, a cambio, se le obliga a pasar por la utilización de su aportación incompleta o a justificar su negativa. El productor de la obra audiovisual, así como los demás coautores de la obra audiovisual, protegidos por el artículo 20.1.b) de la Constitución española, por los artículos 6 y 7 del Código Civil y por las normas sobre coautoría intelectual (art. 7 de la nueva Ley de Propiedad Intelectual) tienen también intereses dignos de tutela. Por tanto, volvemos al punto

de partida, el derecho de divulgación es personalísimo e irrenunciable, pero su ejercicio en determinadas condiciones está limitado o prohibido (es ineficaz).

3) *Salvo las excepciones legales expresas que no podrán afectar al derecho de divulgación (irrenunciable), la obra ajena sólo puede utilizarse mediando el consentimiento de su autor.*

La necesidad de que el autor haya consentido la utilización de su obra, ya sea para explotarla, ya sea por mero uso o disfrute, compone ese rasgo que completa el contenido esencial del derecho a la creación y producción artística, literaria, científica y técnica. Cuando la obra tiene una paternidad atribuida a una persona concreta —que dan, por tanto, al margen los casos de anónimo inmemorial o de titularidad colectiva— es el autor el que debe prestar su consentimiento para que los demás disfruten de su obra.

Esto significa básicamente que, tanto a efectos de controlar el uso que de la obra propia hacen los demás como con el objeto de contener un eficaz derecho a participar de la suerte económica de la obra que uno ha creado o producido debe centralizarse en el autor la explotación económica de la misma. No tendría sentido un autor titular de derechos morales que sin embargo carece de poder para autorizar o desautorizar las explotaciones onerosas o gratuitas de sus obras. Aun en los casos en que la Ley atribuye «ab initio» la explotación al productor o al empresario que ha empleado al creador persona física, cuando se producen esas «cesiones fictae», en todo caso cesiones legales, el hecho es que ha habido un momento anterior en que el autor ha consentido dicha cesión, ha consentido que se desplieguen los efectos traslativos previstos por la Ley de derecho de autor (los ejemplos serían numerosos).

Que la utilización de la obra dependa del autor es algo que parece tan lógico por sí mismo si atendemos a un enfoque dogmático que equipara la propiedad intelectual con la propiedad ordinaria. No olvidemos ni el artículo 428 del Código Civil ni las sentencias del Supremo que afirman la especialidad de esta propiedad como la que descarta el fundamento constitucional en el artículo 20 de la Constitución española y lo reside más bien en el artículo 33 de la Constitución española, así como las autorizadas opiniones de comentaristas que, haciendo todas las salvedades que los bienes inmateriales presentan, admiten o fundamentan la explicación del derecho de autor en el dominio. Es lógico que los usos de la cosa propia deban ser consentidos por su propietario. Compárese el artículo 348 del Código Civil con el artículo 428 (el autor de una obra... tiene el derecho de explotarla y disponer de ella *a su voluntad*).

Recordemos una vez más los dictados de la Ley de 1879: artículos 8 (Nadie tiene derecho a publicar sin permiso del autor...), 7 (Nadie

podrá reproducir obras ajenas sin permiso de su propietario...), 10 (Para poder copiar o reproducir... es necesario el *previo* consentimiento de éstos), 11 (El autor es propietario de sus discursos... y *sólo* podrán ser reimpresos *sin* su permiso... en el Diario de Sesiones...), 19 (No se podrá ejecutar... sin previo permiso del propietario...) y 21 (Nadie podrá vender ni alquilar copia alguna sin permiso del propietario...). La Ley de 1879, que comulgaba una concepción claramente patrimonial del derecho de autor y que remitía a las normas de la propiedad ordinaria (art. 5) es un claro ejemplo de algo que sólo con el artículo 428 del Código Civil —que se limitó a reconocer la Ley de Propiedad Intelectual que ya existía— habría bastado para argumentar con éxito ante los Tribunales: según la voluntad del autor, él u otras personas pueden utilizar o explotar sus obras.

La nueva Ley de Propiedad Intelectual de 1987, aunque ofrezca una visión dualista del derecho de autor, atribuye el autor en concordancia absoluta con el 428 del Código Civil, la exclusiva explotación de la obra (arts. 2 y 17) que puede ser compartida con otras personas mediante transmisión de los derechos económicos (arts. 43 y ss.) para la que es necesario que el autor preste su consentimiento, por cualquiera de los medios admisibles. Es posible que el autor no comparta la explotación, sino que se desprenda de ella y la atribuya en exclusiva a otra u otras personas (que ostentan derechos de exclusión frente al propio autor) (arts. 48 y 49); pero para ello deberá haber mediado el consentimiento previo del autor.

¿Qué debe respetar una ley que regule el derecho de los autores? Que las utilizaciones ajenas —para explotar o no— sean consentidas por su autor. No obstante —ya lo hemos enunciado al principio— existirán límites a dicho poder de control. En primer lugar, los derivados de los principios generales del derecho o de los principios aplicables al ejercicio de los derechos subjetivos o a la teoría del consentimiento en los negocios y actos jurídicos. En segundo lugar, los exigidos de la tutela de otros intereses tan susceptibles de protección (la libertad de empresa y las reglas de la buena fe en los usos comerciales, los intereses culturales de la comunidad, etc.).

Por ello, el consentimiento del autor para utilizar su obra se va definiendo, entre las exigencias del sentido común o del pragmatismo y las exigencias del propio sistema jurídico que tutela unos valores superiores y otros intereses particulares legítimos, con unos perfiles que pueden resumirse en lo siguiente:

a) El consentimiento (a voluntad) debe prestarse *previamente* para que estemos ante un acto autorizado de utilización de obra ajena. Esto significa que si el autor que utiliza una obra ajena no puede demostrar la autorización del creador, está cometiendo una infracción de la propiedad intelectual, que puede llegar a ser delictiva, en nuestro Derecho Penal, perseguible de oficio (art. 534 bis).

No estamos, al menos en nuestro Derecho español, ante delitos privados —y esto no choca con que se conciba como derecho de propiedad, de cuasi derecho de monopolio, etc.—, sino ante delitos perseguibles de oficio cuyas condiciones objetivas de perseguibilidad y punibilidad dependen de que el autor, iniciado el procedimiento, autorice algo que previamente no lo había hecho.

La exigencia del carácter previo de la autorización hace posible la ficción jurídica de que una obra conocida por el público, pero divulgada en contra de la voluntad de su autor, es, a efectos legales, una obra no divulgada (art. 4 de la ley de Propiedad Intelectual).

b) De ahí que la prueba del consentimiento sea fundamental para determina la *forma* en que ha de prestarse. En principio, regiría la libertad de forma (art. 428 del Código Civil), pero dado el carácter inmaterial del objeto sobre el que recae, la seguridad jurídica en el trágico exige una constancia por escrito en principio «ad probationem» (artículo 45 de la Ley de Propiedad Intelectual), si bien en algunos casos (arts. 51 y 60 de la Ley de Propiedad Intelectual) será «ad solemnitatem». Esto tiene una explicación bien clara: el título de explotación de la obra reside exclusivamente en la transmisión que el autor ha realizado. Tanto si el autor decide perseguir procesalmente a uno que dice desautorizar, como si un tercero que se dice con título reclama a otra persona que utiliza o explota la obra cedida, sólo podrá oponer como excepción en el primer caso y sólo podrá aportar como requisito para la admisibilidad de la demanda o querrela que se tiene título procedente del autor o de un causahabiente del autor. Si esto no constituye ningún rasgo original del derecho de autor respecto a otros derechos subjetivos (reales o de crédito) lo que sí constituye es una necesidad aún más acusada que en otros casos. Si tenemos en cuenta la multiplicidad de contratos simultáneos que se pueden acordar sobre una misma obra en diferentes modalidades, tiempos y espacio geográfico y si acordamos con la doctrina que la posesión no es una institución adecuada a la naturaleza del derecho de autor, la prueba por escrito aparece como única defensa o única vía probatoria para admitir una demanda que no esté entablada por el autor. De ahí que aunque la regla general sea «ad probationem» (art. 45 de la Ley de Propiedad Intelectual) cualquiera de las partes de la transmisión pueda exigir a la otra el otorgamiento de un documento escrito. Esto protege tanto a autores como a cesionarios o subcesionarios.

Respecto a la forma de prestar el consentimiento cabría distinguir la tácita o expresa autorización. Cuando un autor conoce que otra persona está utilizando su obra, si no se opone, se entiende que está autorizando tácitamente su utilización. Esto, sin embargo, en el campo del derecho de autor no puede vincular al autor que calla dentro de los límites de la buena fe o de los actos propios, pero no puede

llevar a concluir un principio de que las autorizaciones expresas autorizan sólo aquello que expresamente o explícitamente se ha consentido, mientras las tácitas autorizan a todo aquello a lo que el autor no se ha opuesto. La facilidad de utilizar una obra inmaterial y la variedad de modalidades de explotación exigen no sólo en defensa del autor, sino también para defender los intereses de los que solicitaron permiso del autor e invirtieron su capital en la obra de aquél, que el principio restrictivo al interpretarse las cesiones de derechos de autor. Esto hace conveniente, para proteger eficazmente los derechos tutelados, no admitir más transmisión que la expresa. Transmisión de derechos sólo habrá si el autor los ha atribuido expresamente a un tercero. Utilizaciones consentidas —pero sin atribuir por esto de derechos al usuario— serán todas aquellas que tácita o expresamente ha autorizado (28 bis).

c) Tanto sea expresa como tácita la forma de manifestarse lo que sí puede afirmarse es que el consentimiento, previa o posteriormente otorgado al acto de utilización ajeno, debe ser *constante* en el tiempo.

Esto tiene dos consecuencias muy importantes: En primer lugar, la autorización que en un día pudo dar el autor para que se utilizara su obra (con fines de explotación o no) puede ser revocada con eficacia vinculante para el tercero. Esta facultad de desistimiento unilateral o, simplemente, de revocación, manifestada en el derecho de retirada o arrepentimiento que ya hemos visto antes no puede dejar de reconocerse si se quiere investir al autor de un control absoluto sobre la difusión de su obra en todo momento. Las circunstancias cambiantes que puedan o no ser bastantes para anular el contrato por el que el autor cedió algún derecho de utilización pueden originar un cambio de convicciones intelectuales o morales que, indemnizando al tercero, le permitan al autor retirar la obra, revocar su consentimiento anterior para el uso de su obra.

En segundo lugar, no cabe usucapión del derecho de autor ni de la obra, por mucho que se considere que un tercero ha utilizado durante tiempo ininterrumpidamente una obra y sin oposición del autor (29).

(28 bis) Para que un tercero adquiera derechos parece lógico que la cesión sea expresa, dado que la propiedad se presume libre.

(29) No cabe usucapión, según PEÑA, por la imposibilidad de posesión o dominación excluyente del hecho (*Comentarios, cit.*, p. 718). FABIAN I considera, comentando la sentencia de casación italiana de 24 de febrero de 1977, que no puede ser adquirido el derecho de autor por usucapión porque la adquisición originaria no consiste en una relación material entre sujeto y bien reforzada por tener el bien nomine propio sino que surge y se afirma como derecho absoluto poseedor de buena fe la posibilidad de actuar contra los abusos o los plagios, pero no innova los modos de adquirir. No hay usucapión, pero tampoco prescripción extintiva, a pesar de la sentencia de apelación de Milán de 2-15 de abril de 1932 (que diferenciaba entre el derecho de autor y la marca a efectos de la pérdida del derecho por abandono). No hay pres-

d) Está claro que el *objeto* sobre el que recae el consentimiento será la utilización —para su explotación o no— de una obra propia. Pero la legislación debe distinguir —y aquí empiezan a surgir límites al derecho de los autores— entre:

— Utilizaciones con finalidad de explotación, que a su vez pueden permitir al autor seguir disponiendo de su obra (no exclusivas) y aquellas en que se ve despojado incluso el autor de la misma. De ahí que en este caso el titular de derechos exclusivos esté obligado a utilizar y explotar la obra conforme a los usos comerciales de manera efectiva (art. 48.2 LPI de 1987).

— Utilizaciones para uso privado, para el mero disfrute, educación e información. De ahí que sin quebrantar el derecho de divulgación e inédito de los autores recaigan por imperativo de los intereses culturales, si no servidumbres legales (siguiendo con la concepción dominical), sí al menos derechos de uso con finalidad no lucrativa y con objetivo básicamente científico sobre obras ya divulgadas. La libre circulación de las ideas, contenidas en obras, es un imperativo constitucional que sólo puede ser obstaculizado por intereses personales del autor (30).

— Utilizaciones que escapan al control del autor. La reproducción escrita, sonora y audiovisual puede ser realizada en cantidades masivas en ámbitos domésticos o privados sin que sea posible el contacto permanente con el autor ni eficaz la desautorización del mismo. De ahí que, con independencia de los fines educativos informativos o personales que se persigan, sobre dicha utilización no consentida (aunque tal vez tolerada), pero en todo caso incontrolable, sólo quepa una compensación indirecta al autor, titular original de la explotación (art. 25 de la Ley de Propiedad Intelectual).

— Utilizaciones presuntamente toleradas o consentidas. Cuando un autor se ha desprendido de la obra, porque físicamente estaban

cripción extintiva por el hecho de que el autor no use su derecho: 1.º puede equivaler a una licencia tácita y gratuita; 2.º prescribirá la acción, no el derecho, contra algo y alguien concreto; 3.º el autor se podrá perfectamente oponer a otros terceros. La única forma de extinguir el derecho económico de autos es por el paso del tiempo legal (*Usucapione e diritto di autore*, «Il diritto di autore», 1977, pp. 193 y ss.). En esta línea se mantiene JARACH (*Giurisprudenza italiana*, 1978. I, vol. 1, pp. 1788-1790) al comentar la misma sentencia de 1977. Por otra parte, el Tribunal de Milán, sentencia de 18 de diciembre de 1947, consideró inaplicables las normas de la prescripción extintiva a la falta de publicación y uso del título de un periódico, entrando en juego las normas especiales de la Ley de derecho de autor (art. 100).

La Ley portuguesa, por último, es bien explícita: El derecho de autor no se puede adquirir por usucapión (art. 55).

(30) Mientras los derechos para explotar la obra [y en explotación no se comprenden sólo utilidad comercial, sino también comunicación pública (vis art. 20 de la Ley de Propiedad Intelectual)] deben ser otorgados por el autor, los derechos para utilizar la obra —sin fines de explotación— vienen otorgados por la Ley, siempre que se refieran a obras divulgadas (arts. 31-39 de la Ley de Propiedad Intelectual).

juntos el contenido y el continente de la misma (artes plásticas) y, o bien la ha vendido a un adquirente o bien la ha emplazado en la vía pública al alcance visual de todos, parece que se debe presumir consentida su exposición al adquirente (art. 56.2 de la Ley de Propiedad Intelectual) o su reproducción a todos los viandantes (art. 35). Sólo si se reservó los derechos al venderla podrá desvanecerse dicha presunción. De igual manera, el empleado respecto a la obra entregada a su empresario (art. 51 de la Ley de Propiedad Intelectual), o cuando la obra se incorpora a acontecimientos cotidianos objeto de información (art. 33).

e) Por ello el contenido de la autorización tiene unos límites determinables por las reglas generales de los contratos (arts. 1.255 y 1.283 del Código Civil) que pueden ser reiterados en las normas especiales de derecho de autor. El artículo 43.1 de la Ley de Propiedad Intelectual, por ejemplo, que establece la especialidad del consentimiento en la transmisión es una concreción, a mi juicio, del artículo 1.283 del Código Civil. Los artículos 43 y 42, en relación con el 14, que declara indisponibles los derechos morales, son una concreción del artículo 1.255 del Código Civil en relación con el orden público del derecho de autor. Toda transmisión de los mismos sería nula, contraria al orden público (de protección, si se quiere). Con la declaración legal, limitando la transmisión a los derechos económicos, la disposición de derechos morales, es ahora, también, contraria a la Ley.

En cuanto a las utilizaciones sin finalidad de explotación, el consentimiento del autor sólo opera como obstáculo, para impedir la libre utilización de obras no divulgadas. Nuevamente el derecho moral, en este caso el de divulgación, dibuja el límite de los derechos sobre la obra ajena.

Respecto a las obras caídas en el dominio público (en vida del autor siguiendo el régimen de caducidad de la vieja Ley o porque se trata de una obra colectiva en la que figure como colaborador) o una vez muerto el autor, la utilización que de ellas se haga vendrá siempre limitada por el respeto a la paternidad e integridad de las mismas (Ley antigua, art. 39; LPI de 1987, art. 41).

El alcance del consentimiento prestado por el autor viene limitado por imperativo legal (orden público del derecho de autor) en aquellas cesiones sin mención de tiempo ni espacio, de modalidades de explotación o en que el autor dispone de obras no existentes o modalidades de explotación no conocidas al momento de prestar su autorización. Aquí, incluso contra la voluntad del autor, se limita su poder de disposición, no por tratarse de derechos morales, pero sí de intereses personales (entregar la obra por dificultades económicas) o constitucionales [art. 20.1.b que exige la prohibición de pactos por los que un autor se compromete a no crear ninguna obra en el futuro (art. 43.4

de la Ley de Propiedad Intelectual), ya recogida en la preconstitucional Ley del Libro de 1975 (art. 26.2)].

Hemos visto que el consentimiento del autor predetermina que los demás puedan utilizar sus obras. Las *excepciones* sólo pueden ser aquellas que la Ley de forma taxativa regule y siempre que respondan a intereses tutelables (cultura, información, investigación, libertad de expresión), pero siempre que no lesionen intereses que no se encuentran en plano de inferioridad (el derecho de divulgación) que si es inexpropiable, inembargable por personas que no tienen un interés legítimo y directo, no puede declinar en estos casos.

El sentido común exige la no perseguibilidad de conductas no autorizadas —al menos explícitamente— por el autor, pero que tienen una práctica social tan abundante que sólo si son realizadas con fines comerciales supondrían supuestos claros de competencia desleal y darían lugar justamente a acciones de enriquecimiento. En los otros casos sólo se puede compensar a aquellos que explotan la obra (autores, editores, productores) o en el caso de reventa de obras plásticas, dado que el pintor, escultor, etc. sólo podrá realizar el valor económico de su original una sola vez (a diferencia del escritor, músico, etc.) y no firmar sucesivos contratos de edición, representación, etc., parece defendible que en utilizaciones posteriores de su obra, que tiene un propietario material diferente, ya que no podrá oponerse a su enajenación posterior, participe en un porcentaje de su plusvalía (disfrute por razones morales, de suerte pareja a la de su criatura). (30 bis).

Resultado: contenido esencial (enfoque dogmático)

El autor de una obra, que vendrá determinado por su creación y que sólo por su creación, ya debe ser protegido, goza de un derecho personalísimo a divulgar su obra y puede ser protegido, goza de un

(30 bis) El Ministro de Cultura, al defender el Proyecto de Ley, el día de su presentación en el Congreso de los Diputados, enunció dos principios, insoslayables a su juicio: uno, que nadie puede utilizar una obra sin permiso de su autor; dos, que el autor participe en los beneficios económicos obtenidos gracias a dicha utilización (Diario de Sesiones Congreso, 12 de febrero de 1987, núm. 30, p. 1702). Podríamos deducir de sus palabras el contenido esencial del derecho regulado por la Ley (aunque no sea contenido esencial en sentido constitucional). Sin embargo, a mi juicio, en el hecho de que la utilización de la obra requiere el consentimiento del autor, viene implícito el efecto de la remuneración, pero no como exigible en todo caso. El consentirá, gratuita u onerosamente, la utilización o la adquisición de un derecho por un tercero. Se da por hecho que la captación y la prestación del consentimiento del autor, comprende, desde los actos de mera tolerancia hasta la redacción de un complejo contrato de cesión, normalmente oneroso, que estipula una participación proporcional en los beneficios de la explotación (regla general, según art. 46 L.P.I.) o una participación distinta.

derecho personalísimo a divulgar su obra y puede autorizar los usos de la misma por terceras personas, según su voluntad. Sólo en los casos en que la Ley, por intereses defendibles y justificables, lo establezcan, los terceros podrán utilizar la obra ajena sin finalidad lucrativa. Si las razones de alguna de dichas excepciones no fuera oponible al derecho a la creación del autor, la Ley no respetaría su contenido esencial.

Desde el punto de vista dogmático viene resumido el contenido esencial del derecho de los autores sobre sus creaciones por el propio Código Civil: El autor de una obra... tiene el derecho de explotarla y disponer (lo que comprende, entre otro, divulgarla) de ella a su voluntad (art. 428)... sin más limitaciones que las establecidas en las leyes (art. 348); leyes que, por imperativo constitucional (53.1 de la Constitución española) no pueden vulnerar el contenido esencial de ningún derecho.

c) Contenido esencial del derecho a la creación (aproximación teleológica).

La aproximación teleológica al contenido esencial del derecho a la creación y producción intelectuales pasan, desde luego, por cumplir el mandato impuesto por el artículo 10.2 de la Constitución española, que nos remite a la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Ya se ha mencionado más arriba y autores como Peña (Comentarios al Código Civil, arts. 428 y 429...) liga el derecho reconocido en el artículo 20.1.b) de la Constitución española con el artículo 27.2 de la Declaración Universal. Sería necesario tal vez discutir si se infiere tal correlación del artículo 10.2 de la Constitución española o si el derecho a la creación reconocido por la Constitución se refiere y discurre por campo absolutamente diverso del que proclama el artículo 27.2 de la Declaración Universal (31):

(31) Es interesante comparar el texto definitivo del artículo 27.2 con el Proyecto de Declaración Universal discutido en 1948 en Lake Success (art. 42. El autor de toda obra artística, científica o literaria y el inventor conservan, independientemente de los ingresos derivados de su trabajo, un derecho moral sobre su obra o descubrimiento, derecho que no desaparece nunca, incluso cuando la obra ha caído en el patrimonio común de todos los hombres), y con el texto propuesto por la Delegación francesa en París el mismo 1948 (art. 26. El autor de toda obra del espíritu y el inventor quedan investidos, independientemente de los derechos de orden pecuniario, de un derecho moral sobre su obra o su descubrimiento, que sobrevive a la extinción de los derechos pecuniarios), textos obtenidos del Boletín de la Unesco para el derecho de autor, vol. II, núm. 1, París, 1949. Comentarios al artículo 27.2 de la Declaración Universal pueden encontrarse, además en CASSIN, *L'integration parmi les droits fondamentaux de l'homme, des droits des créateurs des oeuvres de l'esprit. Etudes sur la propriete industrielle, littéraire et artistique*, Mélanges M. Plaisant. París, 1960, pp. 225-237, en Mendilaharsu. *La dichiarazioni universale dei diritti fondamentali dell'uomo e la convenzione universale del diritto d'autore*. Il Diritto di Autore, 1960, pp. 587-595.

1. Toda persona tiene derecho a tomar libremente parte en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

Cabe subrayar, de cara a su aplicación interpretativa de nuestro artículo 20.1.b) de la Constitución española, que dicho derecho está conectado a la vida cultural a la que debe tener acceso toda persona, de forma directa y no tangencial. De esto se pueden inferir dos conclusiones:

1) Los derechos de los autores, en su sustrato constitucional, tienen un valor más cultural que económico. Son corolario o complemento necesario del acceso a la vida cultura a la que todos tenemos derecho y en la que algunos toman papel protagonista o impulsor, lo que no puede desoirse ni desconocerse: no puede valorarse de igual forma los derechos del espectador consumidor de cultura (toda la comunidad) que los que aportan al patrimonio cultural sus creaciones y producciones.

Aunque se reconozcan intereses morales y materiales, la finalidad social básica y última es estimular el crecimiento del patrimonio cultural, antes que reconocer el derecho de los propietarios sobre sus propiedades (para eso ya basta el artículo 33 de la Constitución española). De ahí que las expropiaciones alcancen al propietario ordinario y no a la obra del autor vivo.

2) Es el artículo 44 de la Constitución española el que tiene mayor conexión con el artículo 20.1.b), y de ahí que, aunque se reconozca la función social de todos los derechos, que la riqueza del país esté sometida a los intereses generales y que esté prohibido el ejercicio antisocial de los mismos, en el otro platillo de la balanza van a figurar fundamentalmente, los intereses culturales de la sociedad (32).

[1] Ahora bien, recordemos para qué intereses a proteger fueron creadas las instituciones que conforman el derecho de autor contemporáneo. ¿Qué intereses deberá salvaguardar la regulación de la propiedad intelectual?

En una primera etapa de privilegios a impresores —y en casos aislados, a autores— las primeras normas que regulaban la impresión

(32) Los intereses individuales frente a los sociales es un tema recurrente de tribunales y doctrina. Piénsese que ELSTER (1934) y DE SANCTIS (1933) publican artículos monográficos sobre el tema. Recuérdese la sentencia del Tribunal griego, cit. nota 19 bis, excepcional, que se decanta absolutamente por los intereses generales (esto sería discutible). En la literatura moderna, vid., HUBMANN, *cit.*, pp. 43-50, 5 Aufl.; es especialmente interesante el cuadro de intereses del autor que dibuja STROMHOLM (*Le droit moral d'auteur dans le droit français, allemande et scandinave*. Stokholm 1967) y la monografía del italiano BUCCI: *Interesse Pubblico e diritto di autore*, Padova, 1976.

de libros fueron dictadas con una doble finalidad de censura y regulación de la competencia, para localizar al responsable de las ediciones y para proteger de la competencia desleal de otros editores, remunerando los esfuerzos y los costes de capital invertidos (33).

En el transcurso de los siguientes siglos (XVII y XVIII) las Reales Ordenes Españolas, el Estatuto de la Reina Ana declaraban expresamente el objetivo de «fomentar y adelantar el comercio de los libros en estos reinos, de cuya utilidad resulta tanto beneficio a las Artes y las Ciencias» (Real Orden de 1762, Carlos III) o de «estimular las artes, las letras y las ciencias y de su conocimiento general» (Estatuto de Ana, 1709).

Empezaron a circular las primeras ideas sobre protección de los intereses espirituales de los autores. Era razonable que si se establecía un discurso entre el autor y el público (Kant), se diera a éste la posibilidad de proteger su contenido y la reputación comprometida en ello.

Las primeras regulaciones francesa y prusiana (Código Civil) cubrieron el mundo de los contratos entre autores y empresarios de teatros y editores. La autorización del autor, requisito previo para toda reproducción o representación, y ulteriores ampliaciones del privilegio en favor de herederos, viuda o su intransmisibilidad fueron el núcleo de dichas regulaciones. Finalidad básica: ordenar el tráfico y la contratación de obras artísticas y literarias.

Difusión de la cultura, evitar el empobrecimiento injustificado de quien ha invertido dinero o trabajo (o talento) para sacar a la luz una obra y perseguir competencias desleales, proteger la reputación y los intereses personales de aquéllos y, en definitiva, ordenar el uso y explotación de las obras del ingenio, por su naturaleza inmaterial, fácilmente multiplicables, son finalidades que aún hoy persisten y están formuladas en todo catálogo de derechos, libertades o principios de la vida cultural y económica de una comunidad.

[2] ¿Qué es lo que hoy es distinto o qué puede hacer variar la valoración de los intereses en juego?

a) Los medios de reproducción y de difusión, complicados o simplificados —perfeccionados en suma— han hecho posible que el autor o el productor o el que invierte en una obra del ingenio esté *más indefenso* —por desinformación o falta de control— ante las innumerables posibilidades de utilizar sus obras sin su permiso.

b) Los medios nuevos de difusión de las obras intelectuales nos han llevado, por otra parte, a una sociedad de consumo de bienes culturales, lo que significa por lo menos dos cosas: uno, que las *obras* tienen consideración de *bienes de consumo* y la sustracción al público

(33) Vid. HUBMANN, *cit.*, p. 11: «...*Dem Drucker oder Verleger sollte ermöglicht werden... einem Lohn für seine Aufwand an Mühe und Kapital zu erhalten...*»

de las mismas debe estar fuertemente justificada; y dos, que los usuarios de la obra que no la explotan pueden alegar tanto sus *derechos culturales* como sus derechos de *consumidor*.

c) La proclamación de un Estado social de derecho, a diferencia del Estado liberal que alumbró el contemporáneo derecho de autor, no puede limitarse a dar pautas para salvaguardar el libre mercado y la competencia entre editores. La intervención del Estado social reclama, por una parte, la protección de los *intereses de la comunidad* y, por otra, la imposición de una serie de normas de derecho imperativo que dibuje un *orden público* en materia de propiedad intelectual.

Por ello nos encontramos ante un imperativo constitucional, acudiendo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, esto es, proteger los intereses materiales y morales de los autores. Pero existen en suma un conjunto de intereses dignos de tutela:

— Individuales: de autores, de productores y de financiadores de obras del ingenio, con base en los artículos 20 y 38 de la Constitución española.

— Colectivos: de acceso a la cultura y de protección del consumidor, artículos 44 y 51 de la Constitución española.

La armonización de todos ellos, no siempre fácil de obtener, da lugar a una auténtica y paradigmática norma-transacción, como puede ser hoy la Ley 22/1987, de Propiedad Intelectual, que deberá imponerse los siguientes objetivos:

a) Dotar de un status distinto respecto de una obra a aquellos que la han creado o producido, otorgando una serie de derechos exclusivos, por el hecho de su creación sin necesidad de formalidades.

b) Derecho a la remuneración por el trabajo o dinero invertido, estableciendo una serie de derechos económicos, sujetos a la negociación, sujetos al consentimiento.

c) Proteger la personalidad y la reputación de los autores, otorgándoles un poder de controlar en todo momento la difusión y las condiciones de difusión de sus obras. Para que esto sea efectivo, es esencial que no estén sujetos a negociación ni se vean arrastrados por la negociación de valores patrominiales.

d) Facilitar a la sociedad el acceso a los avances de la ciencia y de la cultura contemporánea, estableciendo:

1) Plazos de caducidad, más urgentes en los casos de invenciones y patentes, o términos de caída en el dominio público de las obras no industriales.

2) Estableciendo derechos de uso o disfrute de obras ya divulgadas, lo que no lesiona el derecho de inédito, sin perjuicio de la íntima decisión de cada autor.

3) Obligando a los titulares (no autores) de derechos exclusivos a explotar efectivamente las obras que tengan cedidas, evitando que se sustraigan del conocimiento general.

4) Obligando a los herederos de los autores ya fallecidos a no ejercer antisocialmente sus derechos, sin justificación y sin más efecto que la lesión de intereses culturales.

e) Como acceso directo (no mediatizado) a la cultura y como derecho de los consumidores a la obtención de productos por medio de información veraz es imprescindible (y en ningún sentido incompatible) otorgar al autor el control, por el ejercicio de los derechos morales, de las utilidades de su obra. La inconstitucionalidad de la censura y los derechos morales en favor del autor impiden que el Estado o los titulares de intereses económicos sobre la obra resten autenticidad a las obras puestas en conocimiento del público.

Que las obras literarias y artísticas tienen consideración de bienes de mercado es algo que no puede ni debe evitarse. Sería ir contra corriente prohibir la aplicación de las nuevas tecnologías a la reproducción y difusión de estas obras, por espirituales que sean. Qué mejor o más típica ley de mercado que la moda ha regulado durante décadas la suerte de obras y autores. Lo único que puede hacer un Estado social de derecho, cuya Constitución reconoce derechos como la intimidad o derecho a la creación y producción intelectuales, es establecer mecanismos de corrección a dicho mercado libre (art. 38), en atención a valores superiores del ordenamiento (dignidad de la persona, libre desarrollo de la personalidad, art. 10 de la Constitución española): ¿Cómo si no explicar el derecho de suite (art. 24 de la Ley de Propiedad Intelectual) que hace participar al autor de la fortuna de su obra en enajenaciones de las que él no ha sido parte? ¿Cómo explicar si no el derecho de arrepentimiento que permite retirar una obra del comercio? Como no se puede evitar la reproducción por todo tipo de canales y métodos, el canon de compensación de autores, editores y productores por las copias gráficas o audiovisuales de sus productos realizadas a sus espaldas trata de corregir un mercado al que se suministran bienes de multiplicación potencial ilimitada y del que se recibe en muchas ocasiones poco más que la mención en la portada de un libro.

Resultado: Contenido esencial (enfoque teleológico)

Un derecho que remunere al autor y al productor por el trabajo y el dinero invertido en una obra (que les dé ocasión a recuperarlo), un conjunto de derechos que protejan la personalidad del autor comprometida en la circulación de su obra y que garantice a la sociedad al acceso directo a las obras auténticas, una serie de derechos de libre

uso de obras ya divulgadas que pueda ser compensado por vía indirecta, constituyen el contenido esencial del derecho a la creación y producción intelectuales, en armonía con los intereses culturales de la sociedad.

d) Conclusión: La nueva Ley desde el contenido esencial del derecho reconocido en el artículo 20.1.b) de la Constitución española.

La nueva Ley de Propiedad Intelectual afecta de manera directa al derecho a la creación y producción literaria artística, científica y técnica y por tanto deberá respetar el contenido esencial del mismo. Aunque se discuta la concepción o el enfoque de este trabajo, que pretende proponer a voces más autorizadas puntos de reflexión sobre la materia que ha sido objeto de reforma, a nadie le cabría duda —creo yo— que una Ley que otorgara derecho al editor o al Estado para controlar los contenidos de una obra o para obligar a una difusión de la obra o que otorgara derecho al Estado para expropiar los manuscritos inéditos en vida del autor, una Ley que permitiera la omisión o alteración del nombre del autor o del título de la obra que se explotase estaría afectando de manera directa al derecho a la creación reconocido en el artículo 20 de la Constitución española ¿Qué titular va a tener dicho derecho respecto de una obra, si la paternidad de la misma puede ser usurpada? Bien, el autor de este estudio pretende ir algo más allá. Y si es cierto que invocando el artículo 20 de la Constitución española simplemente ante los Tribunales no se puede pretender toda una protección propia de una Ley ordinaria (34), sí creo que se puede exigir al legislador que regule después de 1978 la propiedad intelectual en España conservar aquellos rasgos esenciales que dan sentido dogmático a la institución y que protegen eficazmente los intereses en juego. Por ello, debe reconocerse un conjunto de derechos morales que den auténtico sentido a ese primer derecho moral (divulgación e inédito) que hemos definido como rasgo esencial. En esa línea parece haberse movido el legislador español (véase el último capítulo de este estudio las concordancias del nuevo sistema desde el artículo 14, que reconoce los derechos morales irrenunciables).

Pero existe un margen de maniobra en el que puede moverse el legislador, como dijimos más arriba, guiado por concepciones cambiantes no vinculadas a mandatos constitucionales y decidido por razones de oportunidad política. Un punto decisivo en este campo es la delimitación del que he llamado más arriba orden público en materia de derecho de autor. Este orden público coincidiría en el fondo

(34) Debo aceptar sin reservas la tesis de R. Bercovitz sobre este punto concreto, expuesta en *Derecho de autor y destrucción de obra plástica* (com. a la STS de 9 de diciembre de 1985), «ADC», 1986, pp. 217-260.

con los rasgos del contenido esencial y vinculan tanto al legislador como a los sujetos beneficiados por la atribución de derechos resultante. De manera notable, el orden público vendría puesto de maniifiesto en las normas de derecho imperativo que obligan a sus beneficiarios, decretando su indisponibilidad y su **irrenunciabilidad**. Esto ocurre de manera clara en la atribución de derechos morales.

La irrenunciabilidad de los derechos morales encaja, por una parte, en una concepción dogmática paralela o semejante a los derechos de la personalidad (postura ampliamente rechazada por la doctrina y jueces españoles) o por lo menos semejante a trabajadores, arrendatarios o consumidores. En cualquiera de los casos, la irrenunciabilidad de dichos derechos vendría exigida precisamente por la contrariedad con el orden público (art. 6.2 del Código Civil): el legislador no ha diseñado un conjunto de reglas protectoras de los autores para que sean ineficaces, por razones exclusivamente económicas. A nadie escapa que la posibilidad de ceder absolutamente todos los derechos o renunciar a los derechos morales podría conseguirse con una elevación del precio de la cesión. Las razones que motivan legislar sobre la propiedad intelectual, concilian intereses de fomento cultural y de equiparación de autores con trabajadores o profesionales.

Pero queda por saber si dos aspectos sobre los que el legislador debe pronunciarse afectan o no al contenido esencial predicado anteriormente: la duración de los derechos de autor y el ejercicio póstumo de los mismos. ¿Se infiere del contenido esencial una duración mínima o máxima de la propiedad intelectual? Dado que hemos ligado propiedad intelectual a creación, dado que los derechos morales son personalísimos y el consentimiento para usar una obra ajena debe ser de su autor ¿Cómo encaja esto con el ejercicio póstumo por otras personas de los derechos del autor?

1. Si consideramos los derechos de autor como especie de propiedad parece que el punto de partida —que el legislador podría variar siempre que lo justificara— sería la perpetuidad de la misma y la transmisión post mortem siguiendo —con particularidades— el régimen general de sucesiones. Si, por el contrario, enfocamos la institución de los derechos de autor desde la teoría de los monopolios (Fikentscher) o la teoría de las donaciones implícitas (Boulding), parece que la interpretación sería más bien restrictiva y lo que habría que presumir es que no hay monopolio más allá de lo que la Ley establezca: no hay monopolio presunto.

No puede evitarse, en este punto, comparar los derechos de autor con los vecinos derechos de propiedad industrial. Entre el nombre comercial o la marca —destinados fundamentalmente a la designación o identificación del empresario o producto— y la invención patentable —destinada básicamente a su aplicación industrial y/o su

perfeccionamiento—, se encuentran los derechos de autor que giran sobre obras que pueden ser de utilidad (incluso industrial), pero sobre las cuales la sociedad tiene una urgencia menor en disfrutar y que también sirven de identificación a sus autores, aunque conserven su propia entidad, comprometiendo valores personales. Tal vez por ello no sea esencial que las obras caduquen en vida del autor como sí lo hacen las invenciones patentables. Pero la utilidad social (cultural) que pueden tener reclama, en vida del autor, ciertos derechos de uso que podrían ser arbitrados con licencias obligatorias o, en todo caso, que caigan en el dominio público muerto el autor, que no sea perpetuamente transmisible y privada como la ordinaria.

El legislador anterior establecía un régimen de caducidad en vida por falta de reimpresión de una obra publicada durante veinte años. Esto acercaba el régimen de la obra literaria a la propiedad industrial (la caducidad por falta de uso). El legislador de la reforma española ha suprimido dicho sistema. Son, en mi opinión, opciones que el legislador puede tomar, en contravención de los derechos morales si opinamos que éstos son irrenunciables y cuando menos vitalicios —si protegen la personalidad del autor—. Pero tal decisión u orientación sería perfectamente constitucional, si apartándonos del contenido esencial dibujado líneas más arriba consideramos que estamos ante un supuesto de propiedad privada infrautilizada. En ese caso, los artículos 33.2 y 128 de la Constitución española autorizarían al legislador para mantener el sistema instaurado por la Ley de 1879. En mi opinión, entrando como entran en juego otros intereses, la supresión de este sistema era necesaria.

Me atrevería a afirmar que es esencial al derecho de autor, teniendo en cuenta los intereses tutelados, y respondiendo a los presupuestos dogmáticos enunciados, que la duración esencial del derecho de autor sería la misma vida del autor. Una duración menor haría ineficaz la protección pretendida (no es menos digno de protección un autor al final que al comienzo de su carrera). Una duración más allá de la muerte queda en mi opinión en manos del legislador determinar, atendiendo como es lógico a los intereses subsistentes entonces: la memoria del difunto, la reputación artística, la eficacia de sus disposiciones testamentarias estarían a un lado; los intereses culturales de la comunidad, pero también los intereses individuales de aquellos causahabientes en vida que tuvieran un derecho cedido al tiempo de morir su causante, operarían como contrapeso de la transmisibilidad «post mortem».

Como es sabido, la nueva Ley española de Propiedad Intelectual ha reducido el plazo de duración de los derechos de autor de ochenta años (art. 6 de la Ley de 1879) a los sesenta años (art. 26 de la Ley de Propiedad Intelectual) «post mortem» como regla general, existiendo plazos especiales para las obras en coautoría (la muerte del

coautor superviviente determina el comienzo de los sesenta años) obras colectivas, obras póstumas o anónimas y pseudónimas (sesenta años desde su divulgación), con la particularidad del artículo 119, que reforma radicalmente lo establecido en el artículo 2.4.º, en relación con el artículo 6.º de la Ley de 1879. La opción de reducir el tiempo no afecta en mi opinión al contenido esencial. Refleja una mayor sensibilidad hacia las necesidades colectivas sin dejar de proteger el privilegio de dos generaciones de sucesores del autor difunto que pueden disfrutar en exclusiva de la explotación económica de su causante.

Por otra parte, en la medida en que la memoria del autor difunto quede tutelada, no sólo los sucesores, también el Estado puede defender la paternidad y eso es independiente de cuánto dure la propiedad intelectual. Ya la vieja Ley exigía el respeto a autor e integridad cuando se utilizaran obras caídas en el dominio público (art. 40). La nueva Ley de 1987 confirma la vigencia perpetua de dichos derechos (art. 41).

Lo que no ha diferenciado, en cuanto a la duración, la nueva Ley de Propiedad Intelectual es la subsistencia de las cesiones o adquisiciones de la propiedad de una obra tras la muerte del autor. La Ley de 1879 establecía un régimen de venta global de la propiedad intelectual y ésta permanecía en manos del adquirente ochenta años «post mortem» en exclusiva a menos que hubiera herederos forzosos, que la adquirirían por derecho de reversión, a los 25 años de muerto su causante (era una forma de establecer la legítima de los forzosos respecto a la propiedad intelectual de su causante, pero en el tiempo: de los ochenta años, dos tercios (55 años) en favor de los forzosos; un tercero, libre, en favor del adquirente en vida o del heredero voluntario (35).

Esto, sin embargo, sólo se podría afirmar de aquellos adquirentes que hubiesen «comprado» la obra, sin mención alguna de plazos, pero no de aquéllos que por contrato hubieran adquirido alguno de los derechos, normalmente con un plazo de duración concreto. Transcurrido éste, no podrían pretender para sí la propiedad de la obra, en perjuicio de herederos, forzosos o voluntarios.

La nueva Ley no distingue, como hacía el viejo artículo 6, porque sólo se adquieren bajo su imperio, derechos aislados, quedando la duda de si un contrato de cesión por tiempo indefinido —que no significa sin mención del tiempo, como prevé el artículo 43.2 —transfiere al cesionario el derecho o derechos hasta los sesenta años «post mortem».

(35) Esto no es más que una conjetura mía, pero creo que no absurda. Al promulgarse la Ley de Propiedad Intelectual de 1879 todavía regía en el Derecho común la legítima de cuatro quintos, pero ya se estaba en la preparación del nuevo Código civil. Tal fragmentación del plazo «post mortem» entre adquirentes y forzosos no tiene antecedente en la Ley de 1847, que se limitaba a establecer plazos simples de 50 o 25 años desde la muerte o divulgación, sin más distinciones.

2. Queda por ver si es justificable el ejercicio «post mortem» de unos derechos que hemos considerado personalísimos e intransmisibles o, al menos, si puede admitirse un ejercicio «post mortem» sin afectar al contenido esencial del derecho a la creación.

Desde el punto de vista de protección de la personalidad del autor, fundamento de los derechos morales, las teorías sobre la personalidad pretérita o sobre la continuación de la persona o incluso sobre la subsistencia de la memoria del difunto, atribuir el ejercicio de los derechos morales encaminados a proteger las condiciones de circulación de la obra parece bastante razonable y en consonancia con la finalidad pretendida al instituir los derechos de autor. Lo único que cabría que objetar es que estamos ante derechos intransmisibles e irrenunciables «inter vivos» que, sin embargo, son disponibles «mortis causa».

Ni dicha objeción ni la voluntad presunta del autor puede admitir pacíficamente que los herederos o sucesores cualesquiera «mortis causa» del autor puedan tomar iniciativas sobre divulgar obras inéditas. Aquí las justificaciones teleológicas (qué intereses se defienden permitiendo a los herederos divulgar algo que el causante dejó inédito) y las exigencias dogmáticas (el personalísimo carácter del derecho de divulgación tenía consecuencias exorbitantes frente a los terceros) nos impiden reconocer a los herederos o sucesores «mortis causa» el derecho de divulgación que tuvo en su día el difunto.

La cuestión no es nueva. La doctrina extranjera ha venido aceptando que, muerto el autor, es aceptable un papel de los sucesores encaminado a proteger la voluntad de su causante (sus obras, su reputación), pero en ningún caso a suplantarla. El título de atribución de los derechos morales era la creación de la obra (no se le reconocen a ningún adquirente de derechos sobre la obra). Una decisión como la de publicar o divulgar algo inédito debería estar reservada sólo al autor o caer en el dominio público pasado cierto tiempo, pero es discutible que pueda pasar privativamente a las manos de cualquier otra persona.

Tanto la vieja Ley de 1879 —véase especialmente el artículo 44 sobre el inédito solemne— como la nueva Ley de 1987 (art. 15.2) admiten que los herederos o sucesores «mortis causa» del autor tomen decisiones referentes al inédito de una obra. Aún más, el Juez puede decretar la publicación de una obra que los herederos mantuvieran en el inédito vulnerando el artículo 44 de la Constitución (art. 40). Esto no supone expropiación de la propiedad intelectual globalmente considerada, sino exclusivamente del derecho de mantener inédita determinada obra del causante, pero no así del de divulgación, pues los herederos podrán controlar en todo momento las condiciones en que se divulga la obra que su causante dejó inédita. Lo

único que se ha expropiado es la decisión, por considerar el legislador que el causahabiente «mortis causa» no puede tener tantas objeciones como su causante, y que en ningún caso puede atribuírsele una posición equivalente. El artículo 40 de la Ley de Propiedad Intelectual habla de que el Juez ordene las medidas adecuadas y esto puede entenderse como acto de divulgar y —probablemente— establecer una licencia forzosa sin expropiar (sin perjuicio) de los derechos económicos de los causahabientes. Aquella decisión supondría, por una parte, un plazo distinto a la duración de la propiedad intelectual (ver art. 27.1 de la Ley de Propiedad Intelectual) en favor precisamente de los causahabientes forzados a divulgar. El legislador español, siguiendo la línea francesa (art. 20 de la Ley de 1957) ha considerado más importante la protección de los intereses culturales de la sociedad que los intereses morales y patrimoniales de los sucesores del autor difunto. Sigue la línea, aunque por otra vía, de presencia del Estado español en materia de derecho de autor (36).

Por ello, para no forzar el esquema dogmático dibujado, debemos afirmar que el ejercicio «post mortem» no contradice la intransmisibilidad de los derechos morales ni su carácter personalísimo. No sólo los bienes de la personalidad de un difunto (lo que subsista de ellos) son protegibles por sus parientes. Es que en cierta forma, lo que adquiere el derechohabiente «mortis causa» es algo distinto que el derecho que tuvo el autor fallecido. Las prerrogativas que tuvo el autor en vida no las va a tener ninguno de sus sucesores. El derecho adquirido por el heredero, según el artículo 15.2 de la Ley de Propiedad Intelectual está condicionado, en mi opinión, por las disposiciones testamentarias del difunto: no creo yo que pudiera vulnerar sin intervención del albacea o de otros herederos una prohibición expresa de divulgar; por otra parte, dicho albacea debería divulgar o encargarse de que se divulgue aquello que el autor expresamente dispuso. El Juez podrá decidir que se divulgue una obra inédita, si estima vulnerado el artículo 44 de la Constitución española a instancias, no sólo de los poderes públicos, sino también de particulares con interés legítimo. El derechohabiente «mortis causa» carece de los derechos de retirada, modificación, ac-

(36) La Ley de Propiedad Intelectual de 1987 ha calcado literalmente el artículo 20 de la Ley francesa (ordenar toda medida adecuada), aunque ésta habla de abuso notorio o desuso del derecho de divulgación. La Ley italiana da entrada al Juez para divulgar un inédito póstumo sólo si hay discrepancia entre los legatarios o herederos del autor (art. 24), si bien no queda excluido de la expropiación (art. 112) el derecho de divulgar tras la muerte del autor.

Respecto a la intervención del Estado en la propiedad intelectual española, es notable la persecución gubernativa de las infracciones (civiles) de la Propiedad Intelectual (LPI de 1979, art. 49; R.L.P.I., art. 63), lo que llamó la atención de la doctrina extranjera (HENRIÓN: *La protezione preventiva del diritto di autore in alcune legislazioni*, «Il diritto di autore», 1953). El R.L.P.I. de 1880 recordemos que no ha sido derogado por la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 más que en aquello que contraía la nueva norma.

ceso al original (así hay que entenderlo literalmente) y de variar la paternidad propia, anónima o seudónima de las divulgaciones que realice. Con propiedad puede afirmarse que está ejerciendo un derecho absolutamente distinto del que ejerció en su vida el autor, quien detentaba unos derechos intransmisibles. Que un heredero pueda divulgar una obra no expresamente prohibida por su causante se debe, a mi juicio, más a un acto de administración de la herencia o legado recibido (se ha recibido la propiedad patrimonial de las obras y nadie ostenta ya el veto para decidir su divulgación). Si administra su herencia o legado en perjuicio de intereses culturales generales podrá verse forzado a publicar. En realidad, nadie detenta el derecho de inédito una vez muerto el autor (37).

Duración y ejercicio «post mortem» de los derechos de autor reflejan decisiones del legislador que debe tutelar tanto los derechos de la herencia como los intereses culturales de la sociedad. La transacción se ha producido una vez más.

4. SIETE DERECHOS EN BUSCA DE AUTOR. EL ARTICULO 14, NUCLEO DE LA NUEVA LEY

El título del presente estudio tenía por objeto sugerir la protección de las obras literarias, artísticas y científicas ya desde su misma denominación por el autor.

Pero el pretexto no dejaba de ser informativo y sugerente del núcleo sustantivo de la reforma del Derecho español de autor: el reconocimiento de siete derechos morales irrenunciables e inalienables al autor de cada obra.

Los párrafos conclusivos de este estudio legislativo, lejos de valorar globalmente el proyecto, para lo que no me siento autorizado ni creo que el tiempo de aplicación sea suficiente para realizarlo—, pretenden introducir al lector en el análisis de la Ley a partir del análisis del artículo 14. Después de haber visto la Ley como reguladora de un derecho y su contenido esencial, con el que se explica prácticamente la razón de ser de todas sus normas, veamos, aunque sólo sea para justificar el título —quién sabe si plagiarlo— de estas páginas qué puede extraerse de los siete números del artículo 14, eso sí, de manera muy somera y a modo de primera lectura de concordancias internas de la nueva Ley (38).

(37) A una conclusión semejante llegaba, en su día, con el derecho anterior (o mejor dicho, a pesar del derecho anterior), ALVAREZ ROMERO: *Significado de la publicación en el derecho de propiedad intelectual*, Madrid, 1969, pp. 93-101, en especial.

(38) La Ley italiana de 1941, en su artículo 20, reconoce derechos en defensa de la personalidad del autor; inalienables según el artículo 22; la ley francesa proclamó en 1957, en su artículo 6, un derecho inalienable, perpetuo e imprescriptible. Pero

Artículo 14. *Corresponden al autor los siguientes derechos irrenunciables e inalienables:*

a) Estos derechos corresponden al *autor*, que no al propietario ni al cesionario como podía entenderse de la lectura de la vieja Ley de Propiedad Intelectual de 1879 o de la Ley del Libro de 1975. No obstante, debe repararse en:

1.º Que conforme al artículo 119 de la Ley de Propiedad Intelectual corresponderán a los editores de obras inéditas que están en el dominio público los mismos derechos que hubieran correspondido a sus autores, durante diez años (art. 120). Estos editores podrán hacer valer su derecho moral sobre dichas obras (se sigue la línea marcada por el artículo 2.4.º de la Ley de Propiedad Intelectual de 1879).

2.º Que sobre la obra audiovisual el derecho moral de los autores sólo puede ser ejercido sobre la versión definitiva de la misma (art. 93.1), establecida por pacto entre director-realizador y productor (art. 92.1). Esto no significa que guionista y autor de las composiciones musicales para la obra audiovisual no tengan derecho moral sobre su guión o su partitura, de forma aislada, pero no como tal guión o banda sonora de la obra si no coinciden con la versión considerada definitiva.

3.º Que el derecho moral es reconocido en España a todos los autores, sea cual sea su nacionalidad (art. 145.4).

4.º Que dichos derechos son predicables y exigibles por todo autor, aun de obras creadas con anterioridad a la vigencia de la nueva Ley (disposición transitoria 4.^a), incluso cuando sus obras hubieran caído en el dominio público, por falta de inscripción registral, conforme a los artículos 38 y 39 de la Ley de Propiedad Intelectual de 1879 (disposición transitoria 2.^a).

transmitible «mortis causa», al respeto del nombre, de su cualidad de autor y de la integridad de la obra; la ley alemana, en sus artículos 12 al 14, reconoce un derecho sobre la aparición pública de la obra, sobre su paternidad y contra toda deformación de la obra en perjuicio de sus intereses, derechos intransmisibles «mortis causa» (art. 28), pero no «inter vivos». La Ley portuguesa de 1985, en su artículo 56, reconoce un derecho inalienable, irrenunciable e imprescriptible a reivindicar la paternidad de la obra y a protegerla de deformaciones que puedan afectar a su reputación, independientemente de los derechos patrimoniales o de que hayan sido enajenados, así como a retirar la obra de la circulación, indemnizando (art. 62). Preceptos todos ellos producto de la consolidación doctrinal de los derechos morales y de su concreción legislativa, siendo el artículo 6 bis de la Convención de Berna, introducido en la revisión de Roma de 1928, el precedente más significativo, que sin embargo no influyó en el legislador español. La revisión de Bruselas de 1948 vino a establecer la obligación «iure conventionis» de reconocerlo durante la vida del autor y la facultad de cada Estado para reconocerlo o no después de la muerte de aquél, aunque la idea mínima (de Berna-Bruselas) es mantenerlos durante la vigencia de los derechos patrimoniales.

5.^a Respecto a los llamados intérpretes o ejecutantes, al artículo 107 de la nueva Ley reconoce el llamado derecho moral del intérprete de alcance más limitado que el del autor y siempre sin perjuicio de los derechos de éste último (art. 121).

b) Estos derechos son **irrenunciables e inalienables**. Esta condición personalísima debe ponerse en contraste con:

1.^o Las normas vigentes sobre coautoría, básicamente el artículo 7. No hay renuncia ni transmisión cuando todos los coautores consientan la divulgación o modificación o aun menos cuando el Juez decida a falta de acuerdo de los coautores.

2.^o Los derechos de explotación, reconocidos en los artículos 17 a 23 son transmisibles «mortis causa» (art. 42) e «inter vivos» (arts. 43 y ss.)

3.^o Cuando el autor publica bajo seudónimo o de forma anónima no se están transmitiendo los derechos morales al editor o a la persona jurídica o física a quien se haya encargado la divulgación. El instituto de la revelación del seudónimo o anónimo no debe considerarse la revocación de los derechos morales concedidos (de la concesión de derecho de paternidad no cedido), sino la modificación de las condiciones de la divulgación o modificación de la obra, a la que, como veremos de inmediato, tiene derecho siempre el autor.

4.^o El llamado por la doctrina comparada *droit de suite* (Folgerecht en Alemania), reconocido en el artículo 24, en un derecho también irrenunciable e intransmisible. De ahí que la naturaleza de este derecho sea a primera vista patrimonial (otorga un derecho a participar en plusvalía), pero de base o fundamento moral o personal (impedir la ruina o miseria de autores cuyas obras gozan de éxito en el mercado). La irrenunciabilidad e intransmisibilidad acercan este «otro derecho» —según terminología de la Ley— al derecho moral, pero no parece que lo hacen retroactivo (disposición transitoria 4.^a).

5.^o La irrenunciabilidad que la misma Ley de Propiedad Intelectual de los beneficios otorgados a los autores en el Título regulador de la transmisión de derechos de explotación, en la línea de las leyes de arrendatarios, consumidores, etc. (art. 55).

6.^o La norma derogada de la Ley del Libro de 1975, artículo 19.1.d), que permitía un pacto en contra al respeto de la integridad de la obra.

7.^o Que los derechos de divulgación, de reivindicación de la paternidad y de respeto de la obra son transmisibles *mortis causa* (art. 15).

c) No debe confundirse la infracción de los derechos morales o con los *daños morales* aludidos en los artículos 123 y 125 de la Ley. Aunque es frecuente establecer una correlación automática entre uno

y otro, hablando de derechos de autor, no es pacífico ni que la lesión de derecho moral exija daños morales ni es posible que hayan sido conferidos daños morales a un autor sin lesionar su derecho moral, sino sus derechos económicos. Véase STS (2.^a) de 23 de mayo de 1975 (R. 2.325), entre otras.

d) El Registrador del nuevo R.P.I. deberá *calificar la legalidad* de los actos y contratos relativos a los derechos inscribibles (art. 130.2). En consecuencia, no podrá practicar el asiento de un documento donde se haga constar que alguno de los derechos morales reconocidos en el artículo 14 no corresponden al autor de la obra, así como todo contrato o pacto por el que se transmita algún derecho moral (o de suite) o la renuncia de cualquiera de ellos.

e) Las Entidades de gestión reconocidas por la Ley sólo pueden *gestionar* derechos de explotación u otros de carácter patrimonial (art. 132).

Artículo 14-1.º. *Decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma.*

a) *La decisión* puede plasmarse técnicamente en un contrato, como de forma paradigmática regula la nueva Ley de Propiedad Intelectual, los contratos de edición y de representación. Por ello, una vez contraído el acuerdo en estos casos, el autor asume la obligación de entregar la obra al editor o empresario de espectáculos (arts. 65.1 y 77.1), lo que puede suponer acto necesario para la divulgación, que se llevará a cabo, en sentido propio (art. 4 de la Ley de Propiedad Intelectual), sólo cuando el editor o el empresario la hagan accesible al público por primera vez. Por ello, entre la entrega, a la que estén obligados por contrato y cuyo incumplimiento daría lugar a resolución y la auténtica divulgación de la misma— su conocimiento por el público, no por el editor o empresario teatral—, el autor podría ejercer su derecho de retirada si se estima que ya la ha divulgado (o que ha consentido su divulgación) o, interpretándolo de otra forma, tiene en su mano todavía la decisión de divulgar, en el período de cumplimiento de los contratos de edición o representación, respectivamente. Esto es predicable de toda cesión atípica de derechos en que la entrega del original al cesionario no suponga divulgación.

En todo caso, el negarse a estrenar la obra ya entregada o a que se publique la ya editada, si supone derecho de retirar la obra del comercio, exigirá indemnización.

La divulgación puede realizarse de forma instantánea, sin necesidad de contrato, cuando el autor mismo procede a la edición o representación de sus obras o cuando realiza cualquiera de los actos de comunicación pública, que a modo de ejemplo son descritos en el artículo 20.2, haciendo accesible por primera vez la obra al público.

Decidir si lo que ha hecho el autor es o no divulgación será trascendente para que entren en juego las limitaciones o derechos de uso libre permitidos por los artículos 31 a 39, siendo precisamente el artículo 40 la excepción, referida a publicar de forma forzosa a instancias del Estado una obra inédita, pero siempre que se trate de un autor fallecido o declarado fallecido y que el Juez estime vulneración por sus sucesores «mortis causa» del artículo 44 de la Constitución española.

b) El autor decide también sobre la *forma de la divulgación*. Sobre las condiciones en que ésta es accesible al público por primera vez. Pero también sobre toda ulterior comunicación de la obra que no suponga cita, parodia o reproducción para uso personal.

Forma ha de entenderse desde un punto de vista jurídico por sí mismo, por un tercero, mediando o no contrato como desde un punto de vista técnico, la forma en que la comunicación al público se efectúa. Pero no parece que suponga descender, en determinados terrenos a los llamados formatos. No obstante, determinados medios pueden pretender para sí la forma de emisión de una obra según los usos de programación o de trabajo del medio. De ahí que se establezcan presunciones no legales de autorizar la modificación o adaptación a cada medio de aparición (obras audiovisuales, art. 92 «in fine») o de darle difusión *conforme a los usos* del sector editorial (art. 64. 4.º) de la edición musical (art. 71.1.º) o de la actividad del cesionario exclusivo (art. 48.2), no contando cuando se trate de divulgar una obra con la exclusiva opinión del autor en cuanto a su forma.

Porque decide cuál va a ser la forma de divulgar su obra, el autor tiene el título originario para conceder o ceder derechos de explotación sobre la misma, en forma de contratos, que si ha llegado a firmar será porque ha llegado a un acuerdo sobre dicho extremo. Pero aún más, hay normas expresas que detallan dicho control sobre la forma de divulgación:

— El editor debe someter y el autor corregir las pruebas de la tirada (arts. 64.2 y 65.3) salvo pacto en contrario.

— Las copias necesarias para la representación de obras deben ser visadas por el autor (art. 80.1).

— El autor elegirá, de acuerdo con el cesionario, tanto los intérpretes y ejecutantes como la publicidad de los actos de comunicación (arts. 80.2.^a y 3.^a), aunque en este caso no de forma omnimoda, sino con el límite, entre otros, de respetar el «derecho moral» del artista: sería contrario a Derecho (art. 107) la redacción de un programa o un cartel con omisión de los intérpretes y sus nombres, por ejemplo.

— El autor-director-realizador de la obra audiovisual elige de acuer-

do con el productor de la misma cuál será la versión definitiva de la obra. Aquí parece que ni autor del guión ni compositor de la música de la obra audiovisual, a pesar de su condición nominal de coautores (art. 87, en relación con el artículo 7) no deciden hasta las últimas secuencias las formas de la divulgación de sus aportaciones, pues si se puede decir que conservan y ejercen derechos morales sobre cada aportación originaria, la decisión de divulgación de su «parte» viene condicionada por el no perjuicio a la explotación de la obra común (arts. 7.3 y 88.2).

c) La decisión de divulgar y la forma de divulgar (con todas esas facultades de control atribuidas al autor) coloca al autor en situación de *responder* de aquello que ha lanzado al mercado de las ideas y las obras. Por ello es necesario, dado que va a obtener una protección del sistema de propiedad intelectual, que responda:

— Ante el editor (art. 65.2) y ante el empresario de espectáculos (art. 77.2) de la originalidad y de la autoría de la obra cedida.

Por ello creemos que cuando el autor haya sido obligado a entregar una obra, en virtud, por ejemplo, de una relación laboral, en virtud del poder de dirección del empresario, no puede en tal caso responsabilizarse de que no sea original —el autor no quiso o plagió inconscientemente ideas ya vistas—, aunque sí podría exigírsele que, obligado a entregar determinado material, boceto u obra acabada, advirtiera de qué objetos entregados no era autor.

— Ante cualquier otro autor, por la vía penal, de usurpar la condición de autor y plagiar parcial o totalmente sus obras.

— Si la forma de divulgación se arbitró técnicamente por una cesión exclusiva, deberá responder ante el cesionario de la ruptura de la misma, ya fuera explotando la obra por sí solo (art. 48) o cediendo por segunda vez, pendiente la primera exclusiva, asegurando, por tanto, el goce pacífico de los derechos (arts. 65.2 y 77.2).

d) Paralelamente, dada la responsabilidad asumida por la divulgación decidida por el autor (*incommodum*), debe admitirse que sea el autor el que goza del *título originario para la explotación de la obra* (art. 2) y por tanto que sea él (art. 17) el que pueda ceder en primer lugar dichos derechos de explotación (arts. 43 y ss.).

— La suerte de la obra quedará aparejada a la suerte del autor, ya otorgándole el poder de autorizar, normalmente mediante contratos (de cesión genéricamente hablando), aunque también habrá mecanismos de corrección de los acuerdos iniciales, ya sea cesión de derechos simples (art. 47) o ya se haya producido enajenación del soporte —en las artes plásticas— (art. 24), dando opción a que el autor participe del éxito económico de su obra aun después de las primeras cesiones.

— Aparece como tipo cualificado del delito contra la propiedad intelectual haber infringido el derecho de divulgación (art. 534 bis 2.º).

a') Debe repararse, no obstante, que *no supone divulgación* de una obra sin el consentimiento del autor (art. 4, a contrario) el hecho de que se venda el original de la obra, de manera especial, las obras plásticas, porque la enajenación a un particular no significa voluntad implícita de que el público lo conozca. No podría decirse lo mismo de tratarse de una venta realizada a una galería de arte, museo o pesona natural o jurídica dedicada a la exposición y difusión. El legislador ha establecido una presunción (art. 56) de enajenación del derecho de exposición y por tanto consentimiento a su divulgación, si la obra era inédita, cuando se venda el original, a menos que se haya reservado dicho derecho en la venta. Aquí opera un giro la legislación española (el artículo 9 de la Ley 1879 establecía la presunción contraria).

Artículo 14-2.º. *Determinar si tal divulgación ha de hacerse con su nombre, bajo pseudónimo o signo, o anónimamente.*

Esta norma es una concreción de la anterior en cuanto a la forma de divulgación. Ya hemos visto que sobre ella el autor tiene un absoluto e irrenunciable derecho para cuyo ejercicio, por razones de mercado —en tal divulgación o en ulteriores difusiones de su obra— intervienen colaboradores instrumentales que realizan una inversión económica y que lógicamente deben instrumentar un acuerdo.

La divulgación bajo anónimo o pseudónimo, a no ser que éste sea notorio, otorga «ex lege» (art. 6) el ejercicio, que no la titularidad, de los derechos de propiedad intelectual a la persona que saque a la luz dicha obra.

La revelación de la identidad del nombre encubierto puede considerarse una revocación de la transmisión «ex lege» de dicho ejercicio, pero puede mantenerse, perfectamente, la situación anterior, si bien en este caso, el ejercicio de los derechos morales no puede ser efectuado más que por el autor.

Conforme al Reglamento de la Ley de Propiedad Intelectual de 1880, no derogado por la nueva Ley, establece tanto el derecho de que el nombre de los autores figure en el programa y cartel de las representaciones (art. 85), como que, en lo concerniente a estrenos (caso de divulgación), el autor puede exigir o impedir que su nombre figure en el cartel y que se publique antes del estreno (art. 86).

Artículo 14-3.º. *Exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra.*

El reconocimiento puede darse en cada uno de los actos en que la explotación o difusión de la obra se lleva a cabo: por tanto, bien los cesionarios, bien los usuarios, acogidos a los derechos estable-

cidos en los artículos 31 a 39 de la Ley de Propiedad Intelectual (art. 32 expresamente) de supuestos de libre uso de obras ajenas (Límites del derecho de autor) deberán en todo caso atribuir y correctamente la autoría de la obra explotada o utilizada sin autorización. Especialmente importante será el reconocimiento de cada uno de los coautores o de la persona natural o jurídica titular de la obra colectiva, así como el respeto absoluto al autor de la obra preexistente por el autor, cesionario o usuario de la obra compuesta o derivada (art. 9.1).

— El reconocimiento es obligado cualquiera que sea la suerte de los derechos económicos sobre la obra:

a) La muerte del autor no impide que sus sucesores en la propiedad intelectual defiendan el reconocimiento de su paternidad (art. 15.1).

b) El tránsito de una obra al dominio público no exime de respetar la autoría, esto es, de utilizar libremente, pero con atribución correcta de la paternidad de la misma (art. 41).

— La tipificación del plagio (art. 534 bis 3.º) no es sino la cobertura penal del reconocimiento y protección de la paternidad intelectual.

— Las normas reglamentarias citadas más arriba (arts. 85 y 86 de la R.L.P.I.) suponen protección tanto de la forma de divulgación del nombre como de la paternidad de las obras en cartel.

Artículo 14-4.º. Exigir la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación.

Plasmación en el derecho interno del final del primer párrafo del artículo 6 bis 1.º de la Convención de Berna de 1886, suscita dudas sobre la conexión entre infracción de este derecho y la lesión —imprescindible o no— con la producción de un daño moral (menoscabo a su reputación o a sus legítimos intereses). Parece que la alternativa ofrecida o daño a su reputación o daño a sus legítimos intereses sumado a que sólo es predicable de los atentados contra la obra parece desvincular la existencia de uno y otro.

Se está pensando fundamentalmente en obras plásticas —hablando de atentados—, pero la alteración, deformación o modificación, y de forma figurada, también el atentado, puede producirse sobre obras no plásticas, esto es, sobre el llamado «corpus mystichum» de la obra el contenido de la obra literaria, artística o científica:

— Esto no impide la inclusión a modo de cita de parte o totalidad de la obra ajena, en los términos del artículo 32, pero obliga al que se acoja a este derecho a no tergiversar, modificar o deformar el fragmento citado.

— Las normas que obligan al editor (art. 64.1) y al cesionario

del derecho de representación (art. 78.2) y que permiten al autor corregir las pruebas (arts. 64.2 y 65.3) o visar las copias (art. 80.1.^a) e inspeccionar las representaciones (art. 78.3.^o) no son más que concreciones del derecho reconocido en el artículo 14.4.^o.

— La prohibición de destruir el soporte original de la obra audiovisual en su versión definitiva (art. 93.2) garantiza, con independencia de las aportaciones separadas de los coautores, según el artículo 87, de la obra audiovisual, fundamentalmente la integridad física de la aportación definitiva del director-realizador.

— No debe confundirse la integridad de la obra (su contenido) con la integridad física del original (su corporeización). Pero también es protegible, en cierta forma la integridad física de los ejemplares o copias, por ejemplo, de una obra editada, dando opción al autor a recuperarlos o impedir su destrucción (art. 67.3).

— El atentado a la integridad constituye una de las circunstancias integrantes del tipo agravado [art. 534 bis 1.^o-d) del Código Penal].

La caída de una obra en el dominio público no impide exigir el respeto a la integridad de la obra en su explotación (art. 41). Este derecho normalmente será exigible por los herederos dado que habrá que esperar sesenta años desde la muerte del autor, pero conforme a la legislación anterior, cabía la posibilidad de caer en el dominio público una obra, en vida del autor, por falta de inscripción de una obra ya publicada (Ley de 1879, arts. 38 y 39, contemplados por la disposición transitoria 2.^a de la nueva Ley, lo que implicará, tanto por la retroactividad de las normas del artículo 14 como por la salvedad de los derechos de terceros, que también dichos autores podrán exigir el respeto a la integridad de la obra (el artículo 40 de la derogada Ley de 1879, respecto de las obras caídas en el dominio público exigía también el respeto: sin alterarlas).

— Un límite a la notificación o alteración por terceros se encuentra en el derecho a la parodia que no infunda confusión o lesione la consideración de la obra parodiada o de su autor (art. 39).

14-5.^o. *Modificar la obra respetando los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de bienes de interés cultural.*

a) La modificación es, en cierta forma, la otra cara de la moneda del derecho a exigir el respeto a la integridad. Pero, en esta ocasión, el concepto de obra originaria y sucesivas modificaciones es más espiritual, se refiere básicamente a la modificación del contenido respecto de aquél —originario— con que fue divulgada o hecha pública. Concreción de este derecho de modificación son las normas especiales sobre contrato de edición que permiten la corrección aunque dentro de un límite razonable, que puede ser pactado, de los originales entregados al editor (art. 66).

Sin embargo, el alcance de la modificación a que da derecho el artículo 14.5.º de la Ley de Propiedad Intelectual es mucho mayor y no queda constreñido por pactos. Lo que limita la modificación son los derechos adquiridos de terceros:

— Esto significa básicamente que el autor pueda modificar una obra ya divulgada —la obra en proceso de edición es discutible que ya esté divulgada, a no ser que se trate de una reimpresión— y la lance al mercado. Los terceros que tuvieran derechos adquiridos sobre versiones de la obra anteriores a la modificación no podrán ser perjudicados, de manera que, o bien queda subsistente la autorización pretérita a explotar la obra según versión antigua, o bien, si es revocada, ejerciendo el derecho de retirada, reconocida en el artículo 14.6.º, deberán ser indemnizados previamente o tendrán opción a contratar en circunstancias semejantes la versión modificada de la obra.

— Los terceros no tendrán en ningún caso derecho alguno a modificar la obra, pues como todo cesionario, o usuario acogido a los límites del derecho de autor o a la caída en el dominio público de la obra modificada por el autor, deberán respetar en todo caso la integridad de la misma (en el caso de citas: no podrá tergiversarse —debe respetarse la integridad de las ideas vertidas o contenidas en el fragmento utilizado—). Como prohibición expresa al cesionario, vid. artículos 64.1.º y 78.2.º.

— Los terceros con derechos exclusivos sobre la versión anterior de la obra que ha sido modificada por el autor, no pueden impedir al autor que explote por sí mismo la versión modificada de la obra, si éste no ha retirado la obra (en su versión anterior) o si ha ofrecido a los antiguos cesionarios explotar la versión nueva, después de la modificación.

b) Modificación no es lo mismo que transformación, en el sentido que tiene este último término en los artículos 17, 22, 11.5.º, 39, 89 y 98 (sin que se emplee en esta última norma el término transformación).

Mientras la modificación atañe principalmente a un cambio de contenido, la transformación se refiere a una alteración de la forma expresiva sin que sustancialmente varíen las ideas contenidas en la obra. Sin embargo, tratándose de obras literarias y artísticas, la distinción forma-contenido es bastante discutible y peligrosa. Es necesario precisar aún más cuándo estamos ante una versión modificada y cuándo ante la transformación de una obra.

Obra modificada sería aquella cuyos rasgos ideales han sido variados. La modificación puede ser parcial o total, pero los diálogos, la caracterización de un personaje, la estructuración de la novela, obra científica, la disposición de los colores, las masas y volúmenes, la

luz, las melodías, armonías o ritmos de una obra plástica o musical han sido variados. Lo mismo puede decirse de la obra científica, alguna de cuyas tesis son variadas, actualizadas o comentadas o demostradas de manera diferente a la primera aparición de la obra. En todos estos casos, el autor pretende variar los rasgos de la obra anterior —incluso alterando el orden de los actos de una obra dramática, aunque no haya un solo diálogo diferente—. El sentido que el autor da a la obra modificada es diferente y pretende que se identifique su obra por la versión nueva.

Obra transformada, en cambio, sería aquélla en que el medio expresivo, aunque efectivamente repercute de forma innegable en los valores estéticos de la misma y por tanto en su contenido, ha sido alterado o variado respecto de una versión original, pero pretende portar un sentido sustancialmente idéntico al de la obra original transformada. Cuando una obra es adaptada de un género artístico a otro, cuando es vertida de un idioma a otro o cuando, guardando identidad sustancial con la obra original, ha sido retocada en algunos datos accidentales: nombre de los personajes, denominación de las unidades estructurales de la obra (lo que era capítulo para a llamarse libro o acto, etc.), estamos ante las versiones distintas de un programa de ordenador (art. 98), ante la traducción, arreglo (la instrumentación de una obra musical ha sido variada), la adaptación del formato cine al video de 625 líneas (art. 89) o a la fotografía editada de un libro. Aunque artísticamente sean diferentes la obra y sus transformaciones jurídicamente son una misma obra y sus versiones en otro lenguaje.

c) Las exigencias de protección de bienes de interés cultural obligarían al autor a no modificar una obra si su obra ha sido declarada como tal. No obstante, para que ocurra esta declaración, instruido el expediente correspondiente, debe mediar consentimiento expreso del autor o adquisición de la obra por la Administración (art. 9.4 de la Ley 16/85, de 25 de junio, reguladora del Patrimonio Histórico-Artístico). Dicha afirmación, a modo de principio, debe ser valorada con ciertas reservas, en tanto el consentimiento expreso del autor puede permitir que su obra, una obra suya, estando vivo él, sea declarada bien de interés cultural. Pero su consentimiento no puede significar ni la transmisión ni la renuncia a sus derechos morales. Por tanto, los derechos de visita pública gratuita y de estudio para investigadores sobre los bienes de interés cultural no eximen a mi juicio al autor su derecho a arrepentirse de una obra ante la imposibilidad ulterior de modificarla.

d) El autor parece que puede destruir su propia obra si no perjudica intereses de terceros —no está vigente una cesión de derechos ni un bien declarado de interés cultural.

Si tiene derecho (art. 14.4.º) a impedir cualquier atentado, esto parece facultarle tanto a tolerar dicho atentado por parte de otro

como a realizarlo él mismo, siempre que la propiedad del soporte original sea suya.

Los herederos, que tienen derecho a impedir la alteración, atentado o cualquier otra persona que adquiera «mortis causa» el derecho reconocido en el artículo 14.4.º de la Ley de Propiedad Intelectual, no pueden, sin embargo, destruir la obra, aunque no perjudique a terceros, porque no adquieren el derecho reconocido en el artículo 14.5.º (en ningún sentido pueden modificar la obra).

Artículo 14-6.º. Retirar la obra del comercio, por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación.

Si, posteriormente, el autor decide reemprender la explotación de su obra deberá ofrecer preferentemente los correspondientes derechos al anterior titular de los mismos y en condiciones razonablemente similares a las originarias.

La retirada de la obra se realiza del comercio. Eso quiere decir que no necesita ser una obra divulgada para ejercer el derecho reconocido en el artículo 14.6.º:

a) Comercio implica que la obra ha mostrado un valor patrimonial y que ha generado derechos —o está en condiciones de generarlos— en favor del autor (explotación) o de terceros, pero también que ha sido objeto de simple compraventa sin finalidad de explotación que la obra por el adquirente.

b) Es irrelevante a efectos del derecho de retirada que el público la conozca o no. Por ello, si se retira una obra que había sido entregada al editor, desconocida por el público, no divulgada no se está ejerciendo el derecho de divulgación o, mejor dicho, además del derecho de divulgación (decidir en todo momento si ha de ser divulgada o no) el autor ejerce el derecho de retirada, por lo que deberá indemnizar al editor.

c) Las convicciones intelectuales o morales cambiantes no pueden ser objeto de prueba obligada. Prima la previa indemnización (en contraste con las normas de los artículos 91 y 93 del R.L.P.I. de 1880 vigente, aunque no en este punto concreto).

d) El ejercicio de retirar una obra y ofrecer una versión modificada de la misma han de entenderse simultáneos o debidos a una misma causa. Por ello, si el autor decide reemprender la explotación de la obra, debe entenderse la obra o sus versiones modificadas, por lo que se refiere al derecho de los causahabientes anteriores.

e) Las convicciones intelectuales o morales alteradas aparecen más como implícitas que como explícitas. Lo que se trata de evitar es que la única causa alegable por el autor es que ha recibido una oferta

económica de explotación mejor a la presente, estando pendiente una cesión de derechos y el cumplimiento de un contrato. Aparece como límite al derecho moral que puede legitimar la ruptura del contrato —siempre que no se deba a causas exclusivamente económicas—.

f) No parece que el autor deba indemnizar al tercero titular de derechos de explotación cuando, habiendo sido rechazada plenamente por el público y el cesionario decidiera mantener en cartel dicha obra de estreno (art. 82, que extingue el contrato, a diferencia del artículo 89 de la R.L.P.I., que exime al empresario teatral de dar las tres representaciones de una obra de estreno; norma que parece facultarle para prolongarlas a pesar de su fracaso inicial).

g) Concreción del derecho de retirada debería ser la retirada de la aportación de cualquiera de los coautores de una obra audiovisual (art. 91) por negativa injustificada, pero dicha no justificación no tiene valor paralelo a la alegación de cambio de convicciones y, en todo caso, debería haber previa indemnización, cuando lo que hay es «expropiación», uso forzoso de la parte ya realizada por el coautor disidente, respetando los derechos de éste. Como tiene el derecho irrenunciable reconocido en el artículo 14.6.º, hay que concluir que la negativa *justificada* es ejercicio legítimo del mismo, sería la concreción, en el campo de las obras audiovisuales, del derecho reconocido en el artículo 14. ¿Cabe ampliarlo a todo ejercicio del derecho de retirada? Esto es, negativa justificada significa negativa por cambio de convicciones que basta alegarlas —difícil sería demostrarlas— o por el contrario, el cambio de convicciones debe ser además justificable y justificado.

h) No existe deber de indemnización cuando el autor retira del comercio una obra que su cesionario —de manera significativa el editor— había decidido vender como saldo (art. 67.2) liquidar los ejemplares restantes extinguido el contrato de edición (art. 70) o destruir los ejemplares (art. 67.3). Dicha retirada —de hecho— de la circulación, no obliga a indemnizar, pero no permite, a cambio, explotar los ejemplares por el autor. Si el autor decidiera reemprender su explotación —una obra que ha fracasado en sus primeros años, pero que puede ponerse de moda posteriormente— no parece vinculado por el segundo párrafo del artículo 14.6.º si el editor (anterior titular) había decidido saldarlos o destruirlos.

Que el autor no pueda destinar a usos comerciales los ejemplares saldados o salvados de la quema, se refiere a esos concretos ejemplares, pero no parece que obligue a explotar la misma obra con el editor que quiso deshacerse de ella.

14-7.º. *Acceder al ejemplar raro o único de la obra, cuando se halle en poder de otro, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda.*

Este derecho no podrá permitir el desplazamiento de la obra y el acceso a la misma se llevará a efecto en el lugar y forma que ocasionen menos incomodidades al poseedor, al que se indemnizará, en su caso, por los daños y perjuicios que se le irroguen:

a) Cuando se trate de una compraventa del soporte físico original de una obra, el autor vendedor conserva todos los derechos que no haya cedido y, en todo caso, los derechos morales (art. 56.1).

b) Si se trata de una obra de arte plástica o fotográfica, deberá hacer reserva expresa del derecho de exposición pública de la misma en el acto de enajenación para conservarlo. En todo caso conservará los demás derechos no expresamente transmitidos (art. 56.2). Es muy difícil admitir una derogación del derecho de divulgación, pues el artículo 56.2 entiende consentida la divulgación de obra no divulgada por el hecho de su enajenación, salvo reserva, pero quedando el mecanismo de las medidas cautelares para reforzar y hacer efectiva su oposición a que sea divulgada la obra vendida.

c) El editor debe restituir al autor el original de la obra una vez finalizada la impresión y tirada de la misma (art. 64.6.º). Cabría pensar en un ejercicio del derecho de acceso al original en el período de edición, si bien deberán conciliarse las obligaciones contractuales y la buena fe en su cumplimiento con el segundo párrafo del artículo 14.7.º.

d) Queda prohibida la destrucción del soporte original de la obra en su versión definitiva (art. 93.2). Es la única manera de hacer posible la norma del artículo 14.7.º, teniendo en cuenta que sólo pueden ejercer derechos morales sobre la versión definitiva de la obra audiovisual (art. 93.1), pero no podrán destruirse igualmente las aportaciones originales de los coautores (guión y partitura de la banda sonora, especialmente) sobre la que cada autor tiene sus derechos morales y, por tanto, derecho a acceder a las mismas si estuvieran en manos de un tercero (posiblemente, el productor audiovisual). Lo que sí parece destructible» son las versiones primera e intermedias de la obra audiovisual en conjunto, a salvo lo establecido en el contrato de producción. Tanto sobre las aportaciones separadas como sobre el original de la versión definitiva podrán ejercer los coautores el derecho de acceso.

e) Parece comprendido en ejemplar único las instrucciones del programa de ordenador, si bien en la mayoría de los casos los problemas vendrán dados en obras de arte plástico y no en objetos de tan fácil reproducción, como los programas donde original y copia son difícilmente diferenciables. En el caso de que el autor quiera acceder al ejemplar raro de un programa de ordenador, parece que tendrá derecho a acceder a las instrucciones, aunque esté siendo explotado por otro.

Conclusión

Baste por el momento de concordancias y terminemos aquí una primera lectura de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre. Como he dicho más arriba no cabe una valoración de la Ley mientras no entre en rodaje su aplicación. Podemos resumir el camino andado.

El contenido esencial del derecho a la creación y producción artística reconocido en el artículo 20.1.b) CE exige reconocer a los creadores y productores de una obra en un status diferente respecto a los adquirentes, usuarios y respecto al propietario ordinario protegido por el artículo 33.1 de la Constitución española. Si bien se ha estimado que la creación es un modo de adquirir la propiedad similar a la ocupación o hallazgo y en algunos casos coincidente o concomitante con la especificación, el sólo hecho de la creación debe dar lugar a una protección del autor respecto de su criatura. No basta con decir que en el artículo 20.1.b) se reconocen genéricamente los derechos morales. Ni el artículo 27 de la Declaración de Derechos Humanos ni la eficacia pretendida al crear el derecho de autor autorizan para afirmar que la protección esencial al autor reside únicamente en el campo moral (bastaría de manera indirecta la invocación del artículo 18 de la Constitución española). Es esencial para la protección atribuir originalmente la explotación económica de la obra, para dar sentido al ejercicio de los derechos morales y para no crear desde el comienzo un conflicto por la Ley, que el derecho moral se atribuya a una persona y el económico a otra («cessio legis» o no) como regla general. La regulación de la Ley que respete el contenido esencial del artículo 20.1.b) deberá atribuir un derecho personalísimo sobre la divulgación de la obra (como parece haber hecho la Ley 22/87) y deberá exigir el consentimiento del autor para utilizar su obra, salvo excepciones legalmente tasadas que no vulneren el derecho de divulgación (como parecen hacer los artículos 31 a 40 de la nueva Ley, aunque no totalmente el artículo 56), excepciones que sólo pueden tener justificación, bien en la función social de los derechos, bien en el derecho reconocido en el artículo 44 de la Constitución española. En algunos casos, como en la copia para uso privado no comercial ni colectivo (art. 31.2) además de la función social, parecen haber primado criterios de pragmatismo (es imposible controlar todo tipo de copias).

En lo único que la Ley 22/1987 parece apartarse de la exigencia constitucional, que genéricamente reconoce su derecho a los creadores (y los creadores no lo son en abstracto, lo son de obras concretas) es en el rango de Ley Orgánica que el Parlamento no ha estimado procedente al caso. No creemos que vaya a ocurrir lo que en el caso de la Ley de Control de Cambios, por lo que dicha Ley de Propiedad Intelectual se mantendrá durante lustros, vigente, como Ley ordina-

ria. En todo caso el Parlamento está más autorizado que el que esto firma para interpretar la Constitución.

La Ley puede empezarse a leer por el índice, ver la estructuración en cuatro libros, la tabla de disposiciones transitorias y las derogaciones que muestran cómo la Ley 22/87 ha refundido el mar de disposiciones anteriores, quedando vigente el Reglamento de 1880 y pendientes de dictarse por la Administración reglamentos sobre el derecho de suite (art. 24) sobre el canon de compensación (art. 25).

Yo me permito, sin embargo, invitar a una lectura a partir del artículo 14 de la Ley. Si las piezas encajan, parece que estamos ante una Ley imperfecta o discutible, pero que responde sistemáticamente a los intereses para los que fue creado el derecho de autor. La eficacia de dicha protección la mostrarán los próximos años.

INFORMACION LEGISLATIVA *

A cargo de
PEDRO DE ELIZALDE Y DE AYMERICH

I. DERECHO CIVIL

1. *Parte general*

1. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Convenio de la Haya, de 4 de marzo de 1971, sobre Ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera. Instrumento de ratificación de 4 de septiembre de 1987 («B.O.E.» del 4 de noviembre).

El presente Convenio determina que la Ley aplicable a la responsabilidad civil extracontractual derivada de accidentes en que intervengan vehículos que circulen por la vía pública o por espacios frecuentados por una pluralidad de personas, será la Ley interna del Estado en cuyo territorio haya ocurrido el accidente.

No se aplica este Convenio a otras responsabilidades distintas, aunque relacionadas, de la indicada, como la de los fabricantes o vendedores de vehículos, titulares de las vías de circulación, reclamaciones de compañías de seguros u organismos de seguridad social.

La aplicación general de la Ley del lugar del accidente se excluye cuando concurren puntos de conexión que imponen otra Ley como propia del accidente. Tal cosa ocurre cuando intervenga sólo un vehículo matriculado en otro Estado, pues su Legislación interna determinará la responsabilidad del conductor o titular y los derechos de las víctimas que tengan residencia habitual en el mismo Estado. Esta misma Legislación se aplicará si concurren varios vehículos y varias personas si todos están matriculados o tienen su residencia habitual en un mismo Estado.

Como puede observarse, estas excepciones suponen una novedad sustancial respecto del artículo 10, número 9, del Código civil español, que remite el tema a la Ley del lugar del accidente en todo caso.

2. *Derechos de obligaciones*

2. CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES. Medidas urgentes para reparar los daños de las inundaciones ocurridas en Valencia y Murcia. Real Decreto-Ley 4/1987, de 13 de noviembre («B.O.E.» del 14).

* Se refiere a las disposiciones publicadas en el «B.O.E.» durante el último trimestre de 1987.

En noviembre de 1987 se produjeron importantes inundaciones en varias zonas de la Comunidad Valenciana y de la Región de Murcia. La presente disposición contiene diversas medidas administrativas encaminadas a paliar los daños producidos o conceder un trato especial a los afectados, como son la declaración de zona catastrófica, varias exenciones fiscales, aplicación de un régimen especial en la tramitación de procedimientos laborales, contratación de obras de reparación y ayudas financieras.

Además de tales medidas, el Decreto-Ley declara inhábiles los días 3 a 11 de noviembre a todos los efectos civiles, notariales, mercantiles, administrativos y judiciales en los términos municipales afectados, que determinará el Ministerio del Interior. Esta declaración se completa con el establecimiento de una moratoria para todos los créditos que venzan entre el 4 de noviembre de 1987 o el 5 de febrero de 1988, cuando los bienes afectados en garantía o los deudores de los mismos hayan sufrido daños producidos por las inundaciones. Concluirá la moratoria el 5 de febrero de 1988, siendo entonces exigibles los créditos. El protesto de letras o efectos impagados debería hacerse en los 8 días hábiles siguientes.

3. *Derechos reales*

3. PROPIEDADES ESPECIALES. Regulación de la propiedad intelectual. Ley 22/1987, de 11 de noviembre («B.O.E.» del 17).

La propiedad intelectual se encontraba regulada por la Ley especial de 10 de enero de 1879, a la que se remitía el Código civil (art. 429), su Reglamento, de 1880, y algunas disposiciones legales posteriores que parcialmente incidieron en su régimen contemplando nuevas modalidades.

Evidentemente las normas vigentes no llegaban a contemplar situaciones surgidas como consecuencia del desarrollo tecnológico del presente siglo, que precisan de una regulación particular. De ahí que la justificación principal de la nueva Ley sea la necesidad de modernizar la institución y atender a su actual complejidad. Al tiempo se ha tratado de sistematizar su contenido y perfeccionar los mecanismos protectores.

El nuevo texto legal consta de 148 artículos distribuidos en cuatro Libros, debiendo hacerse una referencia general a las disposiciones transitorias que determinan el alcance temporal del nuevo régimen.

Teniendo en cuenta las ideas reflejadas en el preámbulo de la Ley, su contenido puede sistematizarse en los siguientes apartados.

A) Derechos de propiedad intelectual: Distingue aquí la Ley los correspondientes al autor de los que se atribuyen a otras personas.

a) Derechos de autor: Son aquéllos de carácter personal y patrimonial que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra.

Estos derechos corresponden al autor por el solo hecho de crear una obra literaria, artística o científica y son compatibles con los derechos que recaigan sobre la cosa en que la obra se plasma, con los de propiedad industrial y con las otras formas de propiedad intelectual. La Ley contempla los casos de autor anónimo, obras colectivas y obras compuestas.

Cualquier tipo de creación reflejada en algún soporte puede ser objeto de propiedad intelectual, que, además, cabe que incida sobre transformaciones o arreglos de una obra preexistente.

En la regulación del contenido de los derechos de autor se dedica atención especial al derecho moral, que se configura con gran amplitud (comprende los derechos irrenunciables e inalienables a decidir la divulgación, exigir el reconocimiento de la condición de autor, exigir la integridad de la obra, modificarla, retirarla del comercio y acceder al ejemplar único). Los derechos a la divulgación, al reconocimiento de la autoría y a la integridad de la obra pasan, por fallecimiento del autor, a la persona designada por éste o a los herederos, limitándose la duración a 60 años para el derecho de divulgación.

La explotación de las obras corresponde al autor, definiendo la Ley las actividades a que se extiende. Reviste novedad el derecho del autor a participar en el precio de reventa de sus obras y a ser reenumerados por las reproducciones para uso personal.

En general, los derechos de explotación tendrán una duración de hasta 60 años después de la muerte del autor; transcurrido el plazo pasarán al dominio público. La Ley determina también los casos en que el autor no podrá oponerse a la reproducción de sus obras.

La transmisión de los derechos de explotación de la obra podrá realizarse por contrato «inter vivos» y con el alcance que en éste se establezca. En caso de lesión para el autor (manifiesta desproporción entre su remuneración y los beneficios del cesionario) el contrato será revisable.

Se dedica una regulación especial a los contratos de edición, de representación teatral y ejecución musical.

El contrato de edición, antes regulado en la Ley del Libro, de 1975, es tratado de forma completa; la Ley precisa sus requisitos de formalización, las obligaciones de las partes y sus formas de extinción. Por su parte, los contratos de representación o ejecución de obras son regulados por vez primera en el texto legal.

Separadamente la Ley se refiere a las modulaciones del régimen general aplicables a las obras cinematográficas, demás audiovisuales y programas de ordenador.

b) Otros derechos de propiedad intelectual: Son los que corresponden a los artistas, intérpretes o ejecutantes de una obra sobre sus interpretaciones o ejecuciones; a los productores de fonogramas en relación con su distribución; a los productores de grabaciones audiovisuales; a las entidades de radiodifusión; a los autores de fotografías y a los editores de obras que estén en el dominio público.

Merece destacarse la duración de los derechos de los artistas o intérpretes, reducida a 40 años.

B) Protección de la propiedad intelectual: La segunda parte de la Ley arbitra una serie de medidas protectoras de diversa naturaleza. Tales son:

1. Acciones judiciales: Contra los atentados a la propiedad intelectual podrán aplicarse medidas cautelares de protección por el Juez, tramitándose la solitud a través de un procedimiento especial abreviado.

En caso de violaciones de estos derechos, los titulares podrán instar el cese de las actividades ilícitas y la indemnización de los daños materiales y morales sufridos.

2. Registro de la propiedad intelectual: Continúa revistiendo carácter potestativo su utilización.

3. Utilización de símbolos externos: Que evidencia la existencia de derechos protegibles.

4. Actuación de entidades gestoras: Se trata de entidades autorizadas por la Administración y encargadas de gestionar derechos de propiedad intelectual,

velando por su respeto. Los conflictos que pueden surgir entre las entidades y sus asociados podrán someterse a la Comisión Arbitral que se crea en el Ministerio de Cultura.

5. Protección internacional: Las medidas protectoras que la Ley establece se aplicarán a los autores españoles y a los ejecutantes españoles de forma general. Los extranjeros gozarán de igual protección cuando se den las circunstancias que prevé la Ley. Igualmente se regula la aplicación del régimen de protección para fonogramas, grabaciones audiovisuales, fotografías, etc...

En todo caso los extranjeros gozarán del régimen previsto en los Convenios y Tratados Internacionales de los que España sea parte.

4. PROPIEDADES ESPECIALES: Ordenación de las telecomunicaciones. Ley 31/1987, de 18 de diciembre («B.O.E.» del 19).

Las telecomunicaciones se consideran por esta Ley como servicios esenciales de titularidad estatal reservados al sector público salvo algunas excepciones; por consiguiente el régimen que se establece es principalmente de carácter administrativo, aunque incida en derechos de índole privada.

En general, se atribuye al Estado la gestión del dominio público radioeléctrico, que no es definido por la Ley, debiendo aplicarse el Derecho Internacional para cuanto afecte a la utilización de satélites de comunicaciones. La defensa de este dominio público puede llevar a imponer limitaciones o servidumbres a las propiedades privadas.

La Ley define los distintos servicios de telecomunicación: Servicios privados, finales y portadores, de valor añadido y de difusión. Tratándose de servicio público, su explotación quedará sujeta a un régimen especial, bajo el control de la Administración.

4. *Derecho de familia*

5. ADOPCION. Aprobación de una nueva regulación de la materia. Ley 21/1987, de 11 de noviembre («B.O.E.» del 17).

A) Exposición:

La presente Ley modifica los preceptos del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil reguladores de la adopción; dada la doble naturaleza de la institución, las normas de procedimiento serán reseñadas en el apartado correspondiente al Derecho procesal.

1. Normas de Derecho Internacional Privado: Reciben nueva redacción los apartados 4 y 5 del artículo 9 del Código civil, que llegan a contemplar ahora una gran variedad de supuestos.

En general, la filiación y, en particular, la adoptiva se regirá por la Ley personal del hijo. No obstante, al ser el acto constitutivo de la adopción de carácter procesal, se dispone la aplicación por el Juez español o por los Cónsules españoles en el extranjero de la Legislación española. Incluso aunque la adopción se

realice en España la Ley personal del adoptando regirá su capacidad y consentimientos que sean precisos, pudiendo tenerse en cuenta lo dispuesto en otras legislaciones en presencia cuando convenga al interés del adoptando.

Finalmente se llegan a prever algunas cuestiones planteables en adopciones realizadas ante autoridades extranjeras.

2. Régimen de la guarda y acogimiento de menores: Los artículos 172 a 174 del Código civil se dedican a regular estas figuras, que gozaban de precedentes administrativos en España, y se diseñan, ahora, como fases previas al establecimiento de la adopción.

La guarda se configura como una forma de protección o tutela dispensada a los menores que se encuentren en situación de desamparo, es decir, cuando de hecho y por cualquier razón éstos se vean privados de asistencia.

Se atribuye «ex lege» la guarda a las instituciones públicas creadas al efecto en cada territorio y a las privadas o personas que, bajo el control de aquéllas acojan a los menores.

Como es lógico esta figura aparece como transitoria y sólo durará mientras se mantengan las circunstancias de hecho antes señaladas o el Juez lo disponga.

El acogimiento supone la integración del menor en la vida de una familia, de forma que quien le reciba deberá velar por él, tenerle en su compañía, alimentarle, educarle y procurarle una formación integral. Para su constitución deberán prestar consentimiento todos los interesados; aunque el consentimiento de los padres podrá ser suplido por el acuerdo del Juez en interés del menor. El acogimiento deberá formalizarse por escrito, expresándose si es remunerado.

Esta situación cesará por nuevo acuerdo de los interesados o por resolución judicial.

Corresponde al Ministerio Fiscal la superior vigilancia del funcionamiento de estas situaciones de guarda, acogimiento o tutela.

La regulación de estas situaciones se refleja en materia de patria potestad y tutela, al suponer, para la primera, una limitación de sus efectos y, para la segunda, una ampliación de su ámbito de aplicación.

Para los padres, el acogimiento de su hijo supondrá que su derecho a visitarle y relacionarse con él sea regulado por el Juez, que podrá suspenderlo (art. 161).

Por otra parte se declaran sujetos a tutela los menores en situación de desamparo (art. 222, núm. 4), correspondiendo ejercer las funciones tutelares a las instituciones competentes en materia de protección de menores, a no ser que existan personas con especial vinculación al menor cuya tutela le sea más beneficiosa (art. 239).

La disposición adicional primera de la Ley determina que las entidades aludidas serán las públicas designadas por el Estado, Comunidades Autónomas o Entes Locales, según su competencia, y las privadas, «Asociaciones o Fundaciones no lucrativas» habilitadas por las Comunidades Autónomas. Estas instituciones privadas colaboradoras ejercerán funciones de guarda y mediación para acogimientos o adopciones.

3. Régimen de la adopción: La nueva regulación vuelve a establecer un único tipo de adopción, desapareciendo la forma simple (antes, menos plena), aunque las ya constituidas surtirán sus propios efectos (disposición transitoria segunda).

Para la adopción serán exigibles las siguientes condiciones personales (art. 175):

a) Adoptante: Deberá tener 25 años y, por lo menos, 14 años más que el adoptado.

No cabe la adopción por varias personas, salvo cuando adopten los cónyuges o el «hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de efectividad (sic.) análoga a la conyugal». En estos casos el requisito de edad basta con que lo cumpla uno de los adoptantes.

Será posible la adopción sucesiva, cuando la primera haya quedado ineficaz (por muerte del adoptante o privación judicial de sus funciones).

b) Adoptado: Habrá de ser menor no emancipado. Sólo cabe adoptar a mayores cuando desde antes de los 14 años estuviere en situación no interrumpida de acogimiento o convivencia.

No puede adoptarse a los descendientes, parientes en segundo grado ni pupilos (por su tutor, como es tradicional).

La constitución de la adopción requiere, también, la intervención de una pluralidad de personas, cuya eficacia se gradúa por la Ley, distinguiendo:

a) Personas que deberán prestar su consentimiento: Son los adoptantes y adoptandos mayores de 12 años, que deberán prestarlo en presencia del Juez.

b) Personas que deberán asentir a la adopción: El cónyuge del adoptante, salvo en caso de separación legal o de hecho, y los padres del adoptando, a no ser que se encuentren incurso en causa de privación de la patria potestad.

c) Personas que deberán ser oídas: Los padres cuyo asentimiento no sea preciso, el tutor o guardador, y el adoptando menor de 12 años.

La constitución de la adopción aparece ya en la nueva regulación como un procedimiento judicial estricto, prescindiendo de actuaciones privadas (el otorgamiento de escritura pública, antes necesaria) que distorsionaban su naturaleza. De esta forma la adopción precisará de la tramitación de un expediente a propuesta de la entidad pública competente en la materia y nacerá con la resolución judicial que le ponga término (el procedimiento establecido por la Ley de Enjuiciamiento Civil se regula también por esta Ley y queda reseñado en el apartado de Derecho Procesal).

No será precisa la propuesta referida cuando el adoptante sea pariente del adoptando huérfano o cónyuge del progenitor, exista acogimiento previo o cuando el adoptando sea mayor o emancipado.

Excepcionalmente se contempla la retroacción de los efectos de la adopción al momento de la prestación del consentimiento cuando el adoptante haya fallecido durante la tramitación del expediente.

En la regulación de los efectos de la adopción la nueva Ley simplifica notablemente las normas realizando una general equiparación del vínculo de filiación adoptiva con el de la filiación por naturaleza. De esta forma el ejercicio de la patria potestad por los padres adoptivos no reviste especialidad alguna y la sucesión entre padres e hijos adoptivos tampoco es objeto de ninguna norma singular.

Respecto de impedimentos matrimoniales se hace remisión al establecido por el artículo 47, número 1, del Código civil para el parentesco por adopción, siendo aplicable el régimen general respecto de la familia por naturaleza; en lo demás, la adopción extingue los vínculos jurídicos entre el adoptado y la familia anterior, salvo dos casos tasados: cuando el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante o cuando medie solicitud especial y sólo uno de los progenitores esté legalmente determinado (art. 178).

Las funciones del adoptante quedarán excluidas por resolución judicial cuando incurra en alguna causa de privación de la patria potestad. También podrá el

Juez declarar extinguida la adopción a instancia del padre y la madre que no hayan podido, sin culpa, intervenir en el expediente.

Aparte de los casos indicados, la adopción surtirá sus efectos, siendo irrevocable y sin que le afecte la determinación de la filiación por naturaleza que fuese desconocida. Además, incluso en caso de extinción, ésta no afecta a la nacionalidad, vecindad o efectos patrimoniales producidos por la adopción.

B) Observaciones:

Esta nueva reforma del Código civil incide sobre una parte del mismo que ya ha sido objeto de reformas sucesivas, las cuales, por una u otra razón, no llegaron a dar el fruto pretendido.

El nuevo régimen de la adopción responde, según la exposición de Motivos de la Ley, a dos principios básicos: configurar la adopción como instrumento de integración familiar y lograr siempre el beneficio del adoptado. Con estos objetivos previos, del nuevo régimen destaca la supresión de la forma atenuada de adopción, inoperante, y la formalización jurídica de las figuras preparatorias de guarda, que se daban en la práctica. Aparte de ello, informa el nuevo régimen un criterio general de publicación de la institución, no sólo por la intervención judicial, sino, especialmente, por hacer gravitar su funcionamiento sobre las entidades administrativas surgidas para la protección de menores. Parece evidente que el desarrollo de la adopción dependerá básicamente de la eficacia de la actuación de estas entidades.

III. DERECHO MERCANTIL

6. COOPERATIVAS. Adaptación a la nueva Ley General Reguladora. Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 22 de diciembre de 1987 («B.O.E.» del 29).

La Ley 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas (reseñada en este Anuario, XL-III, disposición número 14 de la Información Legislativa) impuso a las entidades ya existentes la obligación de adaptar sus Estatutos al nuevo régimen; la presente Orden desarrolla la forma de llevar a cabo tal adaptación. Esta operación se realizará con los requisitos establecidos para la modificación de los Estatutos, pero bastando la mayoría de los votos emitidos. La escritura de adaptación deberá recoger el texto íntegro de los Estatutos y expresar el total desembolso del capital social.

IV. DERECHO PROCESAL

7. JURISDICCION VOLUNTARIA. Nueva regulación de los procedimientos de adopción. Ley 21/1987, de 11 de noviembre («B.O.E.» del 17).

La reforma del régimen sustantivo de la adopción introducida en el Código civil va acompañada de la correspondiente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dándose nueva redacción a los artículos 1.825 a 1.832, que se agrupan en el Título denominado: «Del acogimiento de menores y de la adopción».

La Ley establece unas disposiciones generales aplicables a todas las actuaciones judiciales en la materia, como son:

— La competencia del Juez del domicilio de la entidad actuante o del adoptante (regla 16 del artículo 63).

— La intervención del Ministerio Fiscal.

— El desarrollo por el Juez de cuantas averiguaciones convengan al interés del adoptando.

— La reducción de los casos en que el expediente pasa a ser contencioso.

Se regulan separadamente los procedimientos para constituir el acogimiento y la adopción. Respecto al primero, una vez iniciado, a propuesta del Ministerio Fiscal o de la Entidad Pública correspondiente, se prevé la intervención de todos los interesados. También se regula el expediente de cesación del acogimiento.

En cuanto a la adopción, se regula la propuesta que normalmente formulará la Entidad Pública repetida. Reviste alguna especialidad el régimen de prestación del asentimiento preciso para la adopción, en cuanto que se admite realizarlo no sólo ante el Juez, sino también ante la Entidad citada o en documento público. Es importante que la imposibilidad de realizar las citaciones o la falta de comparecencia de los citados no detiene ni vicia el procedimiento, sin perjuicio de que, en su caso, deba declararse la extinción de la adopción, según el Código civil. Los procedimientos de extinción de adopciones o de privación de funciones tuitivas del adoptante se sustanciarán por los trámites del juicio declarativo ordinario.

Las disposiciones transitorias prevén que los expedientes de adopción plena iniciados puedan someterse a la nueva Legislación, a solicitud de los interesados y que los de adopción simple se sobresean, al desaparecer esta figura.

V. OTRAS DISPOSICIONES

8. IMPUESTOS LOCALES. Regulación de los tipos de gravamen en las Contribuciones Territoriales. Ley 26/1987, de 11 de diciembre («B.O.E.» del 12).

La Ley 24/1983, de 21 de diciembre, facultó a los Ayuntamientos para fijar libremente el tipo tributario de las Contribuciones Territoriales. Dicho extremo fue declarado inconstitucional por la sentencia 19/1987, de 17 de febrero, del Tribunal Constitucional, por lo que la financiación de los entes locales perdió una fuente de recursos. Partiendo de los pronunciamientos de tal sentencia la presente Ley establece los criterios y límites aplicables por los Ayuntamientos para establecer en su territorio los tipos de las Contribuciones Territoriales Urbana y Rústica y Pecuaria.

Por otra parte, en las disposiciones adicionales de la Ley se aprovecha para modificar los extremos de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, relativos a las retribuciones en especie (derivados de la utilización de viviendas por razón del cargo) y a las rentas presuntas obtenidas por titulares de inmuebles urbanos (que se reducen al 2 por 100 del valor computable en el Impuesto sobre el Patrimonio).

9. **IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES.** Se aprueba la Ley reguladora. Ley 29/1987, de 18 de diciembre («B.O.E.» del 19).

El Impuesto de Sucesiones se encontraba regulado, hasta ahora, por el texto refundido de 6 de abril de 1967, que comprendía también el Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados.

Promulgada la nueva normativa de este impuesto indirecto, las adquisiciones a título gratuito «*inter vivos*» quedaron en una situación intermedia que daba lugar a posibles confusiones. Al tiempo las antiguas normas del gravamen sucesorio debían adecuarse a las nuevas figuras del sistema tributario español reformado a partir de 1977.

La nueva Ley, aunque es claramente sucesora de las regulaciones del Impuesto, altera su denominación ampliando su objeto y modifica aspectos básicos de su estructura.

Los elementos principales del Impuesto se regulan por la nueva Ley de la siguiente forma:

1. **Concepto del Impuesto:** El Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, de naturaleza directa y subjetiva, grava los incrementos patrimoniales obtenidos, a título lucrativo, por personas físicas.

2. **Hecho Imponible:** Lo constituyen las adquisiciones de bienes por título sucesorio o negocios gratuitos «*inter vivos*» y la percepción de cantidades por los beneficiarios de seguros de vida.

Los incrementos gratuitos de patrimonio obtenidos por personas jurídicas estarán sujetos al Impuesto de Sociedades.

3. **Sujetos Pasivos:** Serán, en general, los beneficiarios. El punto de conexión para aplicar el Impuesto será la residencia habitual del contribuyente o la situación de los bienes.

4. **Base Imponible:** El Impuesto se exigirá teniendo en cuenta el valor neto de los bienes recibidos, calculando a partir de su valor real y minorado con las deudas y cargas deducibles. Como es tradicional la Ley detalla los bienes que deben adicionarse y las cargas deducibles en caso de sucesiones.

5. **Base Liquidable:** Se incluye un nuevo criterio para realizar la progresividad del gravamen, consistente en reducciones a practicar en la base imponible.

Su cuantía depende del parentesco que medie entre los sucesores «*mortis causa*» o beneficiarios (no los donatarios) y los causantes, así como de sus circunstancias personales.

6. **Deuda Tributaria:** El segundo elemento de progresividad del gravamen es la tarifa: que incluye una sola escala de tipos variables, desde el 7,65 por 100 para bases de hasta un millón de pesetas, hasta el 34 por 100 para el exceso sobre cien millones.

Novedad de esta regulación es el tercer elemento que acentúa la progresividad del Impuesto; un coeficiente corrector aplicable a la cuota determinado según el patrimonio del contribuyente y del parentesco que le ligue al causante.

7. **Gestión del Impuesto:** Además de una serie de disposiciones especiales para regular situaciones concretas del fenómeno sucesorio o de las donaciones, la Ley incluye el régimen singular para el aplazamiento y fraccionamiento de pago.

Se prevé el establecimiento del régimen de autoliquidación y la prescripción se reconduce al plazo quinquenal previsto con carácter general por la Ley General Tributaria.

El nuevo régimen del impuesto se aplicará desde el día 1 de enero de 1988, continuando vigente el antiguo Reglamento del Impuesto de Derechos Reales de 1959 sólo en cuanto no se oponga a la nueva Ley. Desde entonces se suprime el Impuesto sobre los Bienes de las Personas Jurídicas, cuya aplicación ya era muy limitada.

Aprovechando esta Ley, la disposición adicional 2.^a introduce algunas innovaciones en el texto refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (Real Decreto Legislativo 3.050/1980, de 30 de diciembre). Se trata con ellas de identificar la base imponible del tributo con el «valor real» de los bienes o derechos transmitidos, permitiendo a la Administración comprobar en todo caso el mismo acudiendo a los medios de valoración previstos en la Ley General Tributaria.

10. CESION DE TRIBUTOS A LAS COMUNIDADES AUTONOMAS: Se amplía la del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Ley 32/1987, de 22 de diciembre («B.O.E.» del 23).

La Ley 30/1983, de 28 de diciembre, reguló de forma completa la cesión de Tributos del Estado a las Comunidades Autónomas (véase su reseña en este Anuario XXXVII-I, disposición número 49 de la Información Legislativa), refiriéndose por separado a los distintos tributos cedidos y a los puntos de conexión determinantes de la competencia liquidadora. En relación con el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados la cesión comprendía sólo los conceptos «transmisiones patrimoniales onerosas» y «operaciones societarias». La presente Ley lleva a cabo la cesión del concepto restante, el gravamen que recae sobre los actos jurídicos documentados. Al respecto, distingue la Ley los diferentes actos sujetos:

- Documentos notariales, cuya tributación corresponderá a la Comunidad Autónoma en cuyo territorio se autorice u otorguen.
- Documentos mercantiles que tributarán en la Comunidad Autónoma en que se liberen.
- Anotaciones preventivas, sujetas a tributar según la sede del órgano registral que las practique.

La cesión regulada surtirá efectos desde el 1 de enero de 1988 y será aplicable también en Cataluña, completando su específica Ley de cesión de tributos, de 28 de octubre de 1981.

11. PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO. Se aprueban los correspondientes a 1988. Ley 33/1987, de 23 de diciembre («B.O.E.» del 24).

Como viene ocurriendo en los últimos años, en el presente, la Ley de Presupuestos aprobada desborda su fin propio, de autorización de gastos y previsión de ingresos públicos para un ejercicio, convirtiéndose en un extenso y complejo texto legal que recoge gran pluralidad de modificaciones legislativas heterogéneas. Con ello, no sólo pasa a segundo plano el contenido básico y originario de la Ley de Presupuestos, sino que se aplica la específica tramitación parlamentaria de esta Ley a otras materias que deberían sujetarse al procedimiento ordinario.

En el ámbito presupuestario, la presente Ley, además de autorizar las previsiones de gasto correspondientes lleva a cabo una reforma parcial de la Ley General Presupuestaria de 1977 e incluye amplia regulación de los gastos de personal y pensiones públicas para 1988. De las reformas introducidas en dicha Ley cabe destacar el nuevo régimen de la Deuda Pública (arts. 101 a 106), más completo que el anterior y recogiendo las nuevas modalidades de instrumentos que se utilizan actualmente, la regulación de los avales del Estado y la centralización que se realiza de los ingresos y pagos del Estado y sus Organismos Autónomos en el Banco de España (art. 118), salvo las excepciones autorizadas (art. 119).

Contiene la Ley también una variedad de normas tributarias, unas repetidas año tras año y otras que innovan el régimen de los tributos. Afectan a los siguientes:

1. Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Se incluye una nueva tarifa, tipos especiales para no residentes y nuevos coeficientes correctores para las variaciones patrimoniales. También se eleva el límite para que surja la obligación de declarar y se retocan las deducciones. De su recaudación se destinará un porcentaje a fines religiosos y sociales.

2. Impuesto sobre Sociedades. La verdadera novedad aparece en la deducción por inversiones, al excluir los bienes adquiridos mediante «leasing».

3. Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados: Se prorroga la aplicación de los tipos actuales equiparándose la carga fiscal en las transmisiones de valores mobiliarios cualquiera que sea el fedatario que las autorice. También se amplía la exención de los préstamos y documentos que los representen.

4. Impuesto sobre el Valor Añadido: Incluye nuevos listados de las operaciones sujetas al tipo reducido y al incrementado.

5. Tributos, en general: Se modifica la Ley General Tributaria en la parte dedicada a la recaudación en vía ejecutiva, estableciendo un nuevo orden de prelación para el embargo de los bienes del deudor, así como en la regulación de las infracciones. Prevé también la Ley la generalización del número de identificación fiscal y su empleo obligatorio en las relaciones de los particulares con Entidades de crédito.

Finalmente, como se señaló más arriba, la Ley de Presupuestos contiene una larga serie de disposiciones que afectan a buena parte del ordenamiento positivo. De ellas pueden destacarse las siguientes:

1. Se introduce en la Ley General Presupuestaria un nuevo concepto y régimen de las sociedades estatales.

2. El Instituto de Crédito Oficial y la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre ven alterada su naturaleza, convirtiéndose el primero en Sociedad Estatal y la segunda en Entidad de Derecho Público, ambas del mismo grupo.

3. Se retoca el régimen de las Sociedades y Fondos de Capital-Riesgo.

4. El interés legal del dinero queda fijado en el 9 por 100.

5. Se reorganizan los Tribunales Económico-Administrativos, sustituyendo los provinciales por regionales, de nueva creación.

6. El Seguro Obligatorio de Viajeros será objeto de reforma ajustada a los principios que la Ley establece.

12. CONTRATO DE TRABAJO. Se fija el salario mínimo interprofesional para 1988. Real Decreto 1.681/1987, de 30 de diciembre («B.O.E.» del 31).

El presente Decreto establece los salarios mínimos para trabajadores fijos, eventuales y empleados de hogar, que serán aplicables en 1988. Concretamente, para trabajadores de cualquier actividad profesional y sexo con edad desde 18 años, queda fijado en 1.468 ptas/día ó 44.040 ptas/mes.

13. CONTRATO DE TRABAJO. Cotización a la Seguridad Social en 1988. Real Decreto 1.683/1987, de 30 de diciembre («B.O.E.» del 31).

Se establecen los topes y normas para las cotizaciones a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional durante el año 1988.

14. DEUDAS TRIBUTARIAS. Se fijan límites a las deudas tributarias objeto de procedimiento ejecutivo de recaudación. Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 30 de noviembre de 1987 («B.O.E.» del 29 de diciembre).

La Ley de Presupuestos del Estado para 1987 (Ley 21/1986, de 23 de diciembre) autorizó al Ministerio de Hacienda para cancelar los créditos tributarios de cuantía inferior a su coste de recaudación; ahora se ejercita la facultad concedida disponiéndose:

1. La baja de los créditos cuyo importe, excluido el recargo de apremio, no supere las 10.000 pesetas, siempre que se hayan realizado las gestiones de cobro ordinarias.

2. No se liquidarán intereses de demora en liquidaciones apremiadas cuando los devengados sean inferiores a 2.000 pesetas.

BIBLIOGRAFIA

Libros

ALVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio: «Curso de Derecho de familia. I. Matrimonio y régimen económico», Madrid, 1987, Editorial Civitas, S. A., un volumen de 323 páginas.

Con esta nueva contribución a su «Curso de Derecho civil», el profesor Alvarez Caperochipi va completando su sistematizada obra en la parte que se refiere al Derecho de familia. Concretamente, ahora aborda en este tomo la institución del matrimonio y su régimen económico.

Al igual que en los volúmenes anteriores, se destaca no sólo un criterio personal, que traduce su fundamentada y sólida preparación civilista, sino que abarca el pensamiento histórico de los clásicos, de la doctrina más depurada y de la praxis interpretativa jurisprudencial.

La obra viene compendiada en siete capítulos, con un peculiar e interesante tratamiento. El primero responde a los conceptos de matrimonio y familia y, en él se analizan los orígenes ideológicos y sociológicos de la sociedad humana (Totem y tabú), familia y Estado, el matrimonio en el Derecho de la Iglesia romana, el matrimonio civil y el religioso en la reforma protestante, y, los orígenes doctrinales y legislativos del matrimonio civil.

El capítulo segundo comprende el sistema matrimonial español, exponiéndose en el mismo, muy agudamente, la transformación experimentada en el sistema matrimonial (el concepto de familia y los principios constitucionales del régimen familiar), la eficacia civil del matrimonio religioso, así como el matrimonio formal y la relación familiar en el sistema matrimonial español.

El capítulo tercero se refiere al estado matrimonial, analizándose la inscripción y su eficacia, la forma matrimonial, el consentimiento matrimonial y el contenido del «affectus».

El capítulo cuarto trata de la separación de los cónyuges, ya como hecho o bien como acto jurisdiccional, los modos y procedimientos de separación jurisdiccional, la separación jurisdiccional-convencional, la separación judicial contenciosa, los efectos personales y patrimoniales de la separación de los cónyuges, la reconciliación de los cónyuges, las medidas cautelares, previas y provisionales, la disolución del matrimonio y los efectos de las sentencias dictadas por tribunales extranjeros.

El capítulo quinto examina el régimen patrimonial del matrimonio. En él hace unas consideraciones generales, comenzando por el régimen patrimonial del matrimonio en el Derecho romano, los problemas fundamentales del régimen económico del matrimonio en el Derecho histórico español y el tratamiento del régimen

económico del matrimonio en la codificación, concluyendo con la reforma del Código civil de 13 de mayo de 1981 y su significado.

El capítulo sexto presenta la sociedad legal de gananciales, como derecho común del régimen económico del matrimonio, concreta los bienes gananciales y los bienes privativos, para pasar a la codisposición y cogestión de los gananciales, así como la autonomía patrimonial de los cónyuges, las cargas y la responsabilidad de los bienes gananciales, la gestión del patrimonio privativo y la tutela del otro cónyuge, concluyéndose con la disolución y liquidación de los gananciales.

El capítulo séptimo finaliza el estudio con un planteamiento del ámbito de lo disponible en el régimen económico del matrimonio, refiriéndose a las capitulaciones matrimoniales, a otros regímenes económico-patrimoniales, a las donaciones «propter nuptias» y, por último, a la publicidad del régimen económico matrimonial.

Esta gran obra de síntesis viene avalada por una selecta y completa contribución bibliográfica a cada capítulo, que con sus posicionamientos críticos doctrinales y el aporte de las decisiones judiciales de la jurisprudencia, dan la medida completa del tratamiento óptimo alcanzado por este «Curso del Derecho de familia» en el tratamiento del matrimonio y su régimen económico.

JOSÉ BONET CORREA

DE OTTO, Ignacio: «Derecho Constitucional. Sistema de fuentes». Ariel Derecho, Barcelona, 1987, 315 págs.

Ha sido un acierto la realización y publicación del trabajo objeto de esta nota. El tema del sistema de fuentes en nuestro Derecho, tras la promulgación de la Constitución de 1978 y la adhesión de España a la Comunidad Europea, necesitaba de un estudio completo. Este de Ignacio de Otto constituye un importante paso en ese sentido, que sería muy deseable fuera seguido de otros trabajos que abordaran la misma temática, especialmente desde un punto de vista de Derecho privado, cosa que se echa en falta en nuestro actual panorama científico.

En los primeros cinco capítulos del libro, el autor aborda el estudio de la Constitución. El primero lo dedica al concepto de Constitución, tocando en él, entre otros puntos, la distinción entre el concepto histórico de constitucionalismo, organización de los poderes del Estado, que responde al fin de asegurar y garantizar la libertad del ciudadano frente a los poderes públicos, y el concepto actual de Constitución, como norma suprema a la que han de sujetarse todos los poderes del Estado que quedan limitados por ella. La diferencia entre Constitución en sentido material y en sentido formal. Y finalmente la Constitución como fundamento del orden jurídico positivizado.

En el segundo capítulo se examina la posición de la Constitución en el ordenamiento español y también el contenido de la misma. Es en este capítulo donde se trata de la nueva problemática que plantea la existencia del Derecho Comunitario en cuanto a la supremacía constitucional.

Las funciones de la Constitución se tocan en el tercer capítulo, y en el cuarto se habla de la elaboración y reforma de ésta.

El quinto capítulo termina el estudio de la Constitución, con el sistema de fuentes del Derecho español, regulación constitucional de las mismas, y la propia Constitución como fuente del Derecho.

El tema de los capítulos VI a VIII es el examen de la Ley, desde su concepto, Procedimiento Legislativo, Ley Orgánica, Tratados Internacionales y posición de la Ley en el Ordenamiento Jurídico, hasta concepto material de Ley.

Del Decreto Legislativo, Decreto-Ley y Reglamento se ocupan respectivamente los capítulos IX, X y XI.

Especialmente logrado es el estudio del principio autonómico en relación con el sistema de fuentes, que se encuentra en el capítulo XII.

Finaliza el libro en el capítulo XIII, que se dedica a la Jurisprudencia. El mismo título escogido para esta sección, «Creación del Derecho por los Jueces», nos advierte de que la tesis que el autor mantiene en cuanto al valor normativo de las sentencias choca con la que en este punto mantiene la doctrina civilista.

Al fin de cada capítulo Ignacio de Otto incluye la bibliografía que entiende es de obligada consulta para mejor comprensión de cada uno de los temas tratados.

Concluyendo, la calidad del trabajo junto con la oportunidad de la elección del tema a la que antes me he referido, hacen de este libro un instrumento de gran utilidad para cualquier estudioso del Derecho.

SILVIA DÍAZ ALABART

DOMINGO, Rafael: «Teoría de la “autoritas”», Pamplona, 1987, Ediciones Universidad de Navarra, S. A., un volumen de 324 páginas.

A propósito de la celebración de los cincuenta años de docencia del gran maestro de romanistas, el profesor don Alvaro d'Ors, uno de sus discípulos distinguidos presenta este precioso volumen sobre la teoría de la «autoritas». La preocupación intelectual del profesor d'Ors de distinguir la «autoridad» de alquien que se tiene por su saber personal socialmente reconocido, de la «potestad», o fuerza que viene atribuida socialmente como poder, implica un discurso sobre ámbitos y quehaceres sobre las conductas dirigentes, en una sociedad política e intelectualmente organizada, que ha sido elaborado a través de muchos escritos, durante treinta y cinco fructuosos años, algunos de los cuales inéditos hasta ahora, celebran en este volumen la primicia de su publicación.

La obra, después de una introducción, en la que se hace ver que la clave de toda la docencia y escritos del profesor d'Ors sobre el Derecho, la Política y la Filosofía social, aborda esta contraposición, típicamente romana, aunque pertenece a la misma naturaleza de las cosas y expondrá una historia de la cuestión, con su bibliografía básica de la «autoritas» y la «potestas».

El meollo de la obra abarca una amplia parte, o exposición sistemática, que comprende seis capítulos. El primero trata de la «autoritas» y de la «potestas» en la experiencia romana; el segundo analiza la autoridad y potestad en las fuentes del Derecho; el tercero hace aplicaciones de la distinción entre autoridad y potestad en el Derecho político; el cuarto, también ve las aplicaciones del binomio autoridad-potestad en el Derecho procesal; el quinto aborda la autoridad

y potestad en el Derecho canónico; y el sexto es para aplicar la autoridad y la potestad en la Universidad.

Por último, se sintetiza una teoría general de la «autoritas», precisándose los hitos de su evolución conceptual, los conceptos afines, el análisis de la definición orsiana de autoridad y de potestad, las características de la autoridad en relación con la potestad, el binomio autoridad-potestad y sus relaciones «ad intra» y los efectos de las declaraciones de autoridad.

Finalmente, el anexo contiene los tres escritos inéditos del profesor d'Ors sobre «Autoridad y libertad», «Cuarenta años después» y «El profesor». Un índice tópico y onomástico cierran esta bien realizada obra sobre uno de los grandes maestros del Derecho, tanto del romano como del actual, donde destaca como figura egregia de jurisprudente.

JOSÉ BONET CORREA

EMBED IRUJO, José Miguel: «Grupos de sociedades y accionistas minoritarios. La tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y de grupos», Ministerio de Justicia, Madrid, 1987, 280 páginas.

En el marco del complejo y multiforme fenómeno de los grupos de sociedades, la obra de J. M. Embid constituye una importante aportación reflejo del interés que reciben estas «nuevas formas de empresa» en nuestra doctrina mercantilista. No es ésta, sin embargo, una obra improvisada ni —diríamos más— imprevista. El libro ahora publicado constituyó en su tiempo la tesis doctoral de su autor, que fruto de un prolongado y paciente estudio llegó a obtener la más alta calificación. La perspectiva que asume Embid fue la de su consideración en el marco mismo de la estructura «organizativa» del grupo como fenómeno típico del Derecho de sociedades.

En el indicado ámbito, los problemas más graves que plantean los grupos son los derivados de la apreciación de que nos encontramos ante unas figuras respecto de las cuales es necesario abandonar el criterio tradicional del Derecho societario que partía de la integración unitaria de los conceptos de titularidad y ejercicio de la empresa por un lado y personalidad jurídica por otro. Efectivamente, se nos presenta en estos casos una tensión difícil de resolver entre la necesaria unidad económica del conjunto del grupo y la independencia jurídico-formal de cada uno de los elementos del indicado grupo. Desde esta perspectiva era necesario establecer en primer lugar cuáles son los elementos que permiten afirmar la existencia de un grupo, para lo que era imprescindible acudir a la noción de «dirección unitaria», concepto que desde la perspectiva de la economía de la empresa vendría definido por la presencia de por lo menos dos elementos (página 154): control en la financiación y en el nombramiento del personal que va a permitir la continuación de la unidad del grupo. Todos los demás elementos de control añadidos nos determinan a considerar la existencia de un supuesto más centralizado y rígido en el que las diversas competencias atribuidas al titular del control, suponen la progresiva pérdida de autonomía jurídica de los elementos que componen el grupo.

El tratamiento jurídico del supuesto planteaba diversas dificultades derivadas en gran parte de la escasa base jurídico positiva existente. Tan sólo la República Federal de Alemania y Brasil poseen una normativa societaria en materia de grupos. Por otro lado, existen otros ordenamientos en los que el tratamiento del tema se encuentra a nivel de proyecto (entre ellos debe destacarse el proyecto de reglamento de Sociedad Anónima europea y la propuesta de novena directiva comunitaria en materia de sociedades). En España tan sólo el Anteproyecto de Reforma de la Legislación de Sociedades Anónimas de 1979 establecía un régimen en materia de grupos. A la vista de tales razones era imprescindible plantear el estudio desde una perspectiva comparatista, prestando una detallada atención al estudio de estas materias en la doctrina de aquellos países que poseen un régimen de grupos. Por esta razón la consideración de los autores alemanes adquiere una destacada relevancia en esta obra.

Como hemos indicado, la labor asumida fue la de tratar de comprender el supuesto desde una perspectiva jurídico-societaria. En este ámbito se constató, que el Derecho de grupos tiene una acusada dimensión «tuitiva», en este caso, proyectada respecto de los acreedores y de los socios minoritarios. Efectivamente, reconocido jurídicamente el predominio del interés del grupo sobre el de las sociedades dependientes, con objeto de obtener una concentración que permita la constitución de empresas con una dimensión óptima, era necesario establecer mecanismos de protección para los socios minoritarios de las sociedades filiales, una vez constatada la «insuficiencia de los medios de protección de la minoría del Derecho común de sociedades» (página 30).

Esta perspectiva es la que va a caracterizar todo el planteamiento sistemático de la obra. En ésta se va a tratar la protección de los socios minoritarios desde una perspectiva dinámica que atienda a las diversas fases en la formación del grupo: durante la adquisición del control, en las situaciones de mera dependencia económica, y una vez consolidada formalmente la existencia del grupo.

Como hemos indicado, la primera fase de la obra está dedicada a la protección del socio minoritario durante el *proceso de obtención del control* de la sociedad de la que forma parte. Desde esta perspectiva se nos presenta un interesante tratamiento de las diversas técnicas de adquisición del indicado control: por un lado, se hace referencia a las de carácter societario en cuanto se produce mediante la adquisición de suficientes participaciones sociales; entre éstas destaca la consideración de las ofertas públicas de adquisición de acciones respecto de las cuales se puede citar el hecho de que se atribuye al órgano de administración de la sociedad oferente la decisión de realizar la oferta (página 43), la importancia a efectos del éxito de la operación de que la O.P.A. sea acordada con el órgano de administración de la sociedad cuyas acciones se pretenden adquirir (página 42), la protección de los socios frente a la perturbadora intervención de los *insiders* «como consecuencia de la utilización abusiva de información confidencial» (página 44), indicaciones que debe contener la O.P.A. o los supuestos de concurrencia de O.P.As. (página 49). Otras medidas de Derecho de sociedades que permiten obtener el control son la cesión del control de una sociedad por el socio que poseía el indicado control, o la adquisición sucesiva de paquetes de acciones. En todos estos casos son especialmente interesantes las consideraciones que se realizan sobre la determinación del precio de la operación que no abarca únicamente el valor de mercado de los títulos, sino que comprende el añadido «valor de control» de la sociedad cuyo dominio se va a adquirir. La otra posibilidad

de obtener el dominio de una sociedad es la celebración de «contratos de empresa», materia extrasocietaria, donde es más difícil encontrar peculiares medios de protección de los socios minoritarios.

La segunda parte de la obra viene dedicada a la protección del socio minoritario en una situación de *dependencia* fáctica que no posea los caracteres para apreciar la existencia de un grupo. Aquí no se verifican los supuestos que justifican el que el ordenamiento reconozca la preponderancia del interés del grupo, por ello los órganos de las sociedades dependientes quedarán vinculados a la promoción del interés social de tal sociedad. Ahora bien, nos enfrentamos con una auténtica situación de dominio económico, razón por la cual los ordenamientos que reciben el modelo contractual de grupo suelen contener normas que tratan de prevenir la intervención de la sociedad dominante que pueda perjudicar a la dependiente. Atendiendo a la falta de regulación en nuestro ámbito del tema de los grupos de sociedades como fenómenos reconocidos legalmente, tienen especial interés las páginas dedicadas a la protección de los minoritarios en estas situaciones de mera dependencia económica que no llegan a constituir auténticos grupos sujetos a una dirección económica unitaria. En este ámbito, las medidas de protección tendrán su reflejo en los «medios tradicionales de tutela de la minoría del Derecho común de sociedades» (página 93), que Embid clasifica desde una triple perspectiva: derecho a la *información* del accionista (páginas 94 y siguientes), facultades de *control y fiscalización* de la actuación de los órganos por los socios minoritarios directamente (a través de la impugnación de los acuerdos sociales de la Junta General, e hipotéticamente del órgano de administración) o indirectamente (a través de los censores de cuentas como órganos encargado de fiscalizar la contabilidad y —como ha señalado nuestra mejor doctrina— la gestión social, o de otras instituciones de carácter público, como ocurre en materia de sociedades que cotizan en bolsa) y, por último, a través de las acciones dirigidas a exigir la *responsabilidad de los administradores*. En este último sector (páginas 137 y siguientes) son de destacar las consideraciones que se realizan sobre la conveniencia de una reforma de la legislación tendente a facilitar el ejercicio de las indicadas acciones en la línea de la *derivativ suit* americana. Junto a las medidas de protección de carácter no patrimonial, se plantea la posibilidad de reconocer al socio minoritario el *derecho de separación* como medida patrimonial de tutela (páginas 147 y siguientes).

La tercera parte de la obra viene dedicada a la protección del socio en el seno de una *situación de grupo*. Es en este ámbito donde se delimita el supuesto de hecho económico y el debate en torno a la forma de configurar el supuesto de hecho jurídico al que se debe aplicar la normativa sobre grupos (modelo contractual u orgánico). Especial interés tiene la delimitación de quienes constituyen socios externos (páginas 172 y siguientes) como aquellas personas que están desvinculadas del interés del grupo porque sólo pertenecen a la sociedad dependiente.

Para conocer la protección que se depara a los socios minoritarios se debe acudir al estudio de los regímenes positivados o en proyecto (especial interés tienen las indicaciones que se realizan sobre Derecho comunitario o sobre el Anteproyecto de 1979) existentes en la materia, porque aquí se estudia el estricto «Derecho de grupos». Una vez más se opta por una clasificación que distingue entre «medidas patrimoniales» y «no patrimoniales». Respecto de las primeras —sin duda las más importantes— se comienza con un tratamiento de la protección del socio a través del establecimiento de un procedimiento de elaboración y apro-

bación de las medidas que la sociedad dominante debe ofrecer a los socios de la dependiente; en cuanto en el modelo contractual estas medidas se enmarcan en el mismo «contrato de dominación» y en cuanto éste refleja ya una situación de dependencia fáctica previamente existente, podemos dudar de la eficacia protectora que puede tener la aprobación de tales medidas por una sociedad dependiente, que carece de un poder de decisión autónomo. Una solución podría encontrarse si se adoptara el régimen previsto en alguna de las propuestas enmarcables en el modelo orgánico en virtud del cual sólo los socios de la sociedad dependiente que no lo sean de la dominante tendrán derecho al voto cuando se trate de aprobar o rechazar la oferta de la dominante. Después del tratamiento de las consecuencias derivadas del incumplimiento de la obligación de presentar las medidas patrimoniales a los socios minoritarios (páginas 187 y siguientes), se asume el estudio de las dos principales medidas patrimoniales de protección de los socios minoritarios: la *compensación* (páginas 207 y siguientes), como medida dirigida a la tutela del socio externo que desea permanecer en la sociedad y que suele consistir en la entrega de una cantidad de dinero o un porcentaje de ganancias como contraprestación a la pérdida de la influencia que experimenta, y la *indemnización* (páginas 222 y siguientes), como forma de protección alternativa que se ofrece al socio que opta por la separación de la sociedad, y cuyo contenido puede ser la entrega de dinero o de títulos-valores, normalmente de la sociedad dominante. También tienen interés las páginas (237 y siguientes) dirigidas al tratamiento de las «medidas no patrimoniales», entre las que destacan las relativas al deber de informar a través de la formulación de cuentas consolidadas. Es ésta una de las pocas materias del Derecho de grupos donde se ha producido un mayor progreso en la regulación positiva, incluso en los ordenamientos que carecen de un régimen «material» (téngase en cuenta así la directiva 83/349/C.E.E., de 13 de junio de 1983, que habrá de ser adoptada por nuestra futura legislación de sociedades), lo que puede deberse a que en este campo son también intereses de carácter público —fundamentalmente fiscales— los que deben protegerse (véase la nota 210 de la página 237, donde el autor hace referencia a la normativa fiscal existente en nuestro país en materia de grupos y a las obligaciones de consolidación).

No queremos acabar esta reseña sin dejar de destacar las notables cualidades que la obra refleja. En ella se aúnan la claridad y buen estilo expositivo con el rigor y la profundidad del estudio meditado y sustentado en un amplio soporte bibliográfico. Creemos que el valor de la obra de Embid trasciende el pretendido carácter provisional que el autor modestamente pretende atribuirle en el lema con el que introduce la misma. Estamos seguros que este libro será considerado como una importante aportación al ya considerable acervo de los estudios del Derecho de sociedades en nuestro país y en particular a los, en cambio más escasos, que guardan relación con esta compleja y difícil materia del Derecho de grupos de sociedades.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan B.: «Estudios de Derecho sucesorio. I. El fenómeno sucesorio. Principios, Instituciones controvertidas», 2.^a edición revisada y ampliada, Madrid, 1987, Editorial Montecorvo, S. A., un volumen de 623 páginas.

Este primer tomo de los «Estudios de Derecho sucesorio», dedicado en general al fenómeno sucesorio por nuestro ilustre jurisconsulto, ha tenido un éxito editorial paralelo al interés que suscitan las obras de este gran sabedor e investigador de nuestro Derecho.

Con la nueva edición no sólo se reimprimen los estudios anteriores, sino que se revisan y se añaden otros nuevos, como son los capítulos XIII y XIV de esta gran obra. Por tanto, en las dos grandes partes en que se divide este tomo, la primera mantiene los estudios dedicados a los principios sucesorios y su actual atenuación o derogación, como son: el principio de la necesidad de la institución de heredero, los principios de la universalidad de la institución de heredero y de la incompatibilidad de las sucesiones testada e intestada y su atenuación o derogación, y el principio de la perpetuidad de la institución de heredero: «semel heres, semper heres».

En la segunda parte, se vuelven a acometer aquellos estudios concretos que marcan los perfiles de algunas instituciones fundamentales, como la institución en cosa cierta, el legado de parte alícuota, las diferentes prácticas entre atribuir bienes a título de herencia o a título de legado, el modo testamentario, así como los dos nuevos estudios que añade a este tomo sobre la inclusión de la fideicomisaria como especie de sustitución y la relectura en torno a la comunidad hereditaria, que son del máximo interés por su análisis e interpretación histórica desde el Derecho romano, en especial los glosadores, hasta Pothier y el Código civil español, la Ley Hipotecaria y su reflejo en el Registro de la Propiedad. Las construcciones conceptuales sobre la «zur gesammte Hand», la cuota, la «actio familiae erciscundae», para concluir con la naturaleza de la partición de la herencia, su interpretación por los primeros comentaristas del Código civil, su revisión crítica y la obtención de conclusiones.

Este primer volumen de estudios viene coronado con tres índices: de autores, de conceptos y el general, que dan a la obra un mejor alcance y utilidad práctica para su fácil manejo.

JOSÉ BONET CORREA

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

I. Sentencias comentadas

EL PLAZO PARA EL INCREMENTO DE LA RENTA URBANA CUANDO SE PACTA UNA CLAUSULA DE ESTABILIZACION

(Comentario a la STS de 4 de febrero de 1987)

JOSE BONET CORREA

SUMARIO: 1. El caso de autos y las decisiones judiciales.— 2. El pacto de revisión de la renta según un índice económico oficial.—3. El plazo de prescripción de la acción de petición para actualizar la renta y la no retroactividad de los anteriores aumentos.

1. EL CASO DE AUTOS Y LAS DECISIONES JUDICIALES

El 24 de octubre de 1975 se conviene por las partes arrendadoras de un local de negocio una renta fija que, más tarde, al traspasarse a otro arrendatario, el 1 de mayo de 1980, se estipula una cláusula adicional por la que se incrementará dicha renta según «el índice fijado por el Instituto Nacional de Estadística —conjunto nacional—, que se ejercitará cada dos años», añadiéndose que dicha revisión de la renta pactada «podrá ser ejercitada tanto por el arrendador o por el arrendatario cada año a partir de los meses de noviembre».

El arrendador demanda al arrendatario para que se incremente la renta según los índices de precios al consumo a partir de su presentación en juicio, si bien el Juez de Primera Instancia declara no haber lugar a dicha demanda; apelada la sentencia por el arrendador ante la Audiencia, ésta desestima el recurso de apelación interpuesto y confirma la sentencia apelada.

La representación del actor interpone recurso de casación por infracción de Ley ante el Tribunal Supremo, quien declara haber lugar al recurso y casa la sentencia estimando la demanda, por lo que declara la obligación del demandado de incrementar la renta del local de negocio a partir del mes de abril de 1982 en el 26,4 por 100, esto es, en 12.038 pesetas mensuales, en base a los siguientes fundamentos de derecho: «En lo convenido se acuerda una cláusula de estabilización aplicando el índice fijado por el Instituto Nacional de Estadística —conjunto nacional—, que se ejercitará cada dos años». Posteriormente, también añade que «la estimación del recurso se basa, además, en la infracción por la sentencia recurrida de las normas de los artículos 1.255 y 1.964 del Código civil, alegadas en el motivo tercero, por no haber sido aplicadas, en cuanto al pacto contractual de elevación de renta se atuvo a las limitaciones que a la libertad de contratación señala el artículo 1.255 del cuerpo legal citado, y la petición de aumento de renta se efectuó dentro del plazo que para las acciones personales sin plazo especial de prescripción establece el artículo 1.964 también citado». Ello porque el arren-

datario no tuvo en cuenta «que el incremento de renta pretendido no deriva de los casos establecidos en la Ley según el artículo 99 (Ley de Arrendamientos Urbanos), sino de lo pactado en el contrato arrendaticio, para cuyo caso no interviene la expresada caducidad, sino el plazo de prescripción de 15 años que señala el artículo 1.964 del Código civil; tal conclusión se ha seguido para casos análogos al debatido por la doctrina de esta Sala —sentencias, entre otras, de 19 de junio de 1985, de 13 de mayo, y 27 de octubre de 1986—».

En cuanto al no pedirse por el arrendador la revisión de las rentas anteriores, el Tribunal Supremo está de acuerdo en base a que «conforme el artículo 101, párrafo 1.º, de la Ley de Arrendamientos Urbanos, no se da efecto retroactivo al aumento de rentas pedido, sino desde la conciliación, por entender que si ha transcurrido mucho tiempo desde la fecha en que proceda la elevación de la merced arrendaticia hasta aquella en que se solicite su efectividad, ello puede suponer para el deudor arrendatario una prestación excesiva y sumamente gravosa, frustrando así la confianza de la parte, nacida de la inactividad de la otra».

Son dos las cuestiones fundamentales tratadas en esta sentencia: A) la que se refiere a la validez de la modalidad contractual de la renta pactada por la que se elevará su cuantía, y B) la que confirma y concreta el momento oportuno o plazo para ejercitar la acción de elevación de la renta de acuerdo con lo pactado.

2. EL PACTO DE REVISION DE LA RENTA SEGUN UN INDICE ECONOMICO OFICIAL

En la sentencia actual se advierten las dos modalidades por las que se puede elevar la renta de un contrato de arrendamiento urbano, bien sea vivienda o local de negocio, cuales son: la establecida por el legislador, o legal, y la pactada por las partes, o voluntaria.

El legislador estableció en la normativa vigente, que data de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, varias posturas: una revisora y de escalonamiento de las rentas hasta entonces vigentes y otra negativa de congelamiento de dichas rentas respecto al futuro. En cambio, para los nuevos contratos que se celebrasen a partir de la Ley vigente se les otorga la libertad de pactar la renta.

La libertad de pacto de la renta no sólo va a ser respecto a la renta inicial (art. 97 de la Ley de Arrendamientos Urbanos), sino también en cuanto a la futura (arts. 98 y 100.1 de dicha Ley de Arrendamientos Urbanos), concretamente cuando las partes «hubieren convenido de modo expreso otro sistema de actualización». Sin embargo, la actual sentencia, no obstante reconocer que en lo conve-nido por las partes se acuerda una cláusula de estabilización, acude a un fundamento normativo más amplio y general sobre la validez del pacto contractual de elevación de la renta por las partes, cual es el basado en la libertad de contratación proclamado por el artículo 1.255 del Código civil, siempre que se atengan a las limitaciones en él establecidas.

Es indudable que en el caso de autos, tanto si se trataba de una cláusula de estabilización —según se califica por la sentencia— como si era sólo un pacto de incremento de la renta, si se había escogido «el índice fijado por el Instituto Nacional de Estadística —conjunto nacional—, que se ejercerá cada dos años», supone una actualización al alza o a la baja, tal como últimamente viene interpre-

tando la propia Sala (sentencias de 23 de enero y 21 de octubre de 1985, y 23 de junio y 13 de diciembre de 1986).

De este modo, la sentencia basa la estimación del recurso sin necesidad de plantearse la validez de la cláusula de actualización de la renta por lo que puede pasar a considerar la petición de aumento de la renta por el arrendador en cuanto a si se efectuó, o no, dentro del plazo correspondiente, o si había prescrito, tal como alegaba y pretendía el arrendatario.

3. EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE PETICIÓN PARA ACTUALIZAR LA RENTA Y LA NO RETROACTIVIDAD DE LOS ANTERIORES AUMENTOS

El arrendador alega infracción de Ley por interpretación errónea del artículo 106 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y la jurisprudencia que lo avala. El Tribunal Supremo así lo estima, al entender que se aplica por la sentencia recurrida el artículo 106, párrafo 1.º, de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y, por consiguiente, el plazo de caducidad que el mismo señala para los casos de aumento de renta en virtud de disposiciones legales, como son los que enumera el artículo 99 de la misma Ley, o sea, el que no pasen más de tres meses desde que la revisión pudo practicarse hasta la fecha de interposición de la demanda. Frente a ello, considera la diferencia que supone un incremento de la renta según los supuestos establecidos en la Ley, así como los del artículo 99 citado, y los procedentes de lo pactado en un contrato arrendaticio, en cuyo caso no interviene la expresada caducidad, sino el plazo de prescripción de 15 años que señala el artículo 1.964 del Código civil, puesto que la petición de aumento de renta se efectuó dentro del plazo que para las acciones personales sin plazo especial de prescripción establece el citado artículo 1.964.

Tampoco se produce un efecto retroactivo para las rentas de períodos anteriores que pudieron ser aumentadas, sino solamente respecto a las que resultan de inmediato. Según ya tiene expresado la Sala (sentencias de 19 de junio de 1985, 23 de junio y 27 de octubre de 1986), supone un abandono de la revisión de la renta o un ejercicio anómalo del derecho, ya que coloca al deudor arrendatario ante la realidad de una prestación excesiva, impensada o no esperada que le puede ser sumamente gravosa, frustrando la confianza de la parte, nacida de la inactividad de la otra y que el Derecho debe respetar. La oportunidad o momento adecuado para el ejercicio de los derechos es un criterio que refuerza la seguridad del tráfico jurídico, tanto como la eficacia social de un Estado de Derecho.

El momento adecuado para el ejercicio de un derecho es el convenido y señalado por las partes; por tanto, llegado el día de su cumplimiento deberá llevarse a cabo para la correcta satisfacción de los intereses del acreedor y deudor conforme a las exigencias de la buena fe; como advierte el artículo 7 del Código civil, por lo cual el ejercicio de un derecho no debe sobrepasar sus límites normales de manera manifiesta de acuerdo con su objeto y circunstancias.

En el contrato de arrendamiento urbano, cuya naturaleza de tracto sucesivo requiere pagos parciales y sucesivos de la renta, se sobrepasarían manifiestamente por el arrendador los límites temporales establecidos, por lo que inclinaría a la parte arrendataria a una creencia del abandono de la exigencia por la otra; ade-

más la pretensión extemporánea, inadecuada e impensada de las rentas vencidas y no exigidas, por acumulación provocan el que se haga más gravosa su realización para el deudor, al alterar la naturaleza y finalidad del tracto y la parciaridad que contiene el objeto de la prestación debida. De aquí que las instancias judiciales adopten las decisiones para evitar este abuso del ejercicio del derecho del acreedor frente al del deudor.

JOSÉ BONET CORREA

SOBRE NULIDAD DE ADOPCION PLENA (Sentencia de 18 de marzo de 1987)

FRANCISCO LLEDO YAGÜE

La res litigiosa que se discute en la sentencia que es objeto de nuestro comentario consiste en la impugnación del vínculo adoptivo por parte de la progenitora —madre biológica— de la adoptanda, solicitándose la nulidad de la formalizada adopción plena, en base a la omisión de su consentimiento en el expediente de adopción.

En síntesis, éste constituye el *dubium* del problema, que con las debidas y necesarias matizaciones y complementos expositivos intentaremos destrozarnos en el desarrollo del presente trabajo.

Entiendo que es de obligada observancia resumir los hechos significativos que extraemos del segundo expositivo de los fundamentos de derecho del fallo en casación.

A tal efecto, se arguye que la demandante (E.J.S.), el día 4 de agosto de 1973, dio a luz una niña, y bien horas antes o después del parto, firmó un documento cuyos términos literales que ahora explicitamos eran los términos siguientes: «La que suscribe E.J.S., mayor de edad y soltera, manifiesta que ha dado a luz una niña y por la condición civil de soltera de la firmante, por medio del presente escrito renuncia formalmente a dicha niña, entregándola a M.T.M. y su esposa para su cuidado y su posterior adopción legal. Asimismo, la nacida fue inscrita el 10 de agosto de 1973 con los apellidos de los demandados. El día 17 de noviembre de 1973 la demandante denunció la sustracción de su hija, sumario éste que fue sobreseído. El día 17 de diciembre de 1973 los demandados formalizaron sendos escritos solicitando la adopción de la menor, en el primero pidieron el desglose de los documentos y abandonaron su prosecución, y en el segundo, concluyó exitosamente para los instantes por auto de 22 de noviembre de 1976, aprobándose la adopción plena de la menor, otorgándose la escritura de adopción el 17 de diciembre de 1976, inscribiéndose a los efectos oportunos en el registro civil el 28 de diciembre del año en curso referido. No obstante, la demandante, el 18 de junio de 1975, otorgó testamento abierto reconociendo a su hija, procediéndose a la oportuna inscripción.

En consecuencia con lo expuesto, la demandante fija su pretensión en los siguientes extremos: la nulidad de la adopción y, en su caso, extinción de la adopción plena. Asimismo, la rectificación en el registro civil de la mentada inscripción de nacimiento y apellidos, con entrega inmediata de la menor, confiriéndosele al efecto a aquélla la patria potestad.

la resolución, tanto del Juez *a quo* como en apelación, fue denegatoria en sendas instancias, absolviéndose a los demandados. Recurriéndose en casación, se desestiman los motivos instados, declarándose no ha lugar al recurso de casación interpuesto por la demandante.

Procedemos a continuación a exponer nuestro comentario a las *quaestio facti* descritas, centrandó fundamentalmente nuestra reflexión en la pretendida nulidad de la adopción por falta de un requisito esencial del negocio familiar que supone la relación de filiación adoptiva y el prioritario interés del menor en cuanto a la integración en el círculo familiar que mejor favorezca el desarrollo integral de su personalidad.

En consecuencia, con estas premisas descritas en cuanto al análisis del caso, debo decir que comparto plenamente el criterio manifestado por el juzgador en casación, según el cual, prioritariamente debe considerarse ante todo los intereses del menor, a la sazón adoptanda en la constitución del vínculo adoptivo, de suerte que en aras a aquel *interés legítimo* subyacente, deben ceder obligatoriamente los demás intereses concurrentes. Esto se traduce que, en la dilucidación del caso concreto, deberá primar siempre la conveniencia del *favor minoris* frente a la instada enervación del vínculo adoptivo, por quien como ocurre en el presente caso razona su pretensión en la omisión del consentimiento en el expediente de adopción exigido ciertamente *expressis verbis* en la Ley sustantiva vigente a la sazón (art. 173, anterior redacción, del Código civil) al progenitor que ostente la patria potestad; es decir, quien resulte representante legal del menor, en nuestro caso la madre biológica que reconoció en testamento abierto a aquélla, y por tanto desencadenó una relación de filiación determinada legalmente al efecto, a *matre*; es decir, una relación materno-filial, desde el momento que la maternidad quedó establecida legalmente.

La consecuencia inmediata y obvia es que aquélla (la madre) como representante legal le compete *recta vía* como presupuesto general la prestación del consentimiento en la constitución del vínculo adoptivo, quizá para ser más riguroso desde una calificación técnica, mejor diríamos asentimiento como categoriza el legislador actual, al referirse a quienes tienen que asentir la adopción (art. 177, párrafo 2.º, del Código civil). Naturalmente, en la redacción precedente, con cuya inteligencia lógicamente se resolvió el litigio, si bien aludía explícitamente al consentimiento del mismo modo para los padres biológicos que hubieran determinado legalmente la filiación [vid. art. 173, apartado C)], no es menos cierto que *ab intrínseco* se configuraban más bien como meros asentimientos. Basta recalcar sobre el extremo que comentamos la *communis opinio* de la doctrina más autorizada (Gullón, Díez Picazo, etc.) para quienes, exceptuando los consentimientos básicos del adoptante y el adoptando, los demás consentimientos encajaban más bien en la figura del asentimiento, resultando en principio indispensables, aunque no en todos los casos, porque se mitigaba su prestación en el previgente párrafo 4.º del artículo 173 citado, cuando alguna de las personas mencionadas no pudieran ser citadas, o, citadas, no comparecieran, permitiéndole al Juez resolver lo más conveniente para el menor adoptando.

Esto supuesto, pudiera colegirse *prima facie* tanto en la redacción previgente (Ley de 1970) como *mutatis mutandis* en la actual que la discrepancia del Juez quedaría ciertamente menguada o restringida cuando se hubiera patentizado una expresa oposición al otorgamiento del consentimiento y/o asentimiento; sin embargo, cupiera entender, por el contrario, que en relación al análisis del articulado previgente, concretamente con el artículo 173, una interpretación generosa en sentido amplio del párrafo 4.º (si cualquiera de los llamados a prestar consentimiento, fuera del caso del adoptante y del adoptando, no pudiere ser citado o, citado, no concurriera, el Juez resolverá lo que considere más conveniente

para el adoptando...) permitía al Juez atendiendo al interés del menor favorecer la prosecución del vínculo adoptivo, aun a pesar de la no prestación del asentimiento del progenitor. Realmente se nos antoja harto dificultosa esta interpretación en su aplicación a nuestro supuesto, ya que la madre, a la sazón representante legal, no se encontraba subsumida en el supuesto de hecho tipificado en el mentado precepto («no pudiere ser citado o, citado, no concurriere»). Remitemonos en este sentido a los autos, de los cuales queda patente que la infrascrita demandante se personó en el procedimiento, compareciendo en el Juzgado, oponiéndose a la adopción, con lo cual manifestó su voluntad deliberada y su firme propósito de no consentir la adopción, que, no obstante, fue incoada (con total desconocimiento *ex parte* de la demandante) en otro Juzgado, consumándose el expediente de adopción plena.

En cuanto a la referencia que *supra* mencionábamos a la legislación ahora vigente, no existe en su articulado una fórmula tan explícita como la que contenía el texto precedente, cuyo tenor era el siguiente: «el Juez, aun a pesar de cumplirse todos los requisitos legales, valorará siempre su conveniencia para el adoptando»; si bien, por el contrario, el legislador actual zanja la cuestión en el párrafo primero del artículo 176, según el cual lacónicamente concluye que la adopción se constituye por resolución judicial, *que tendrá siempre en cuenta el interés del adoptando*.

A nuestro juicio, entendemos que de *lege lata*, incluso en ausencia de la debida cumplimentación de todos los requisitos legales, el Juez valorará, en todo caso, las circunstancias del supuesto a los efectos de proceder tanto a la constitución del vínculo como a su no extinción; incluso, aunque los progenitores de la menor adoptanda no hubieran intervenido en el expediente. Basta simplemente remitirse al vigente artículo 180, ordinal 2.º, cuando dice que: «el Juez acordará la extinción de la adopción a petición del padre o de la madre que sin culpa suya no hubieran intervenido en el expediente en los términos expresados en el artículo 177. Será también necesario que la demanda se interponga dentro de los dos años siguientes a la adopción y que *la extinción solventada no perjudique gravemente al menor*».

Significamos el párrafo *in fine* del mentado parágrafo en el sentido que la inteligencia más prudente y equitativa será aquella que valore en todo caso la relación paterno-filial establemente consolidada, ponderando *in aequo animo* la situación afectiva creada en beneficio de la menor, incardinada en una situación sólida, la cual debe prevalecer en favor de quienes ininterrumpidamente han asumido *ex voluntate* el rol de padres desde la constitución del vínculo adoptivo frente al rigorismo puramente biologicista de ser el progenitor, y reclamar la relación de filiación legalmente a su favor. Pero bien entendido que el conflicto de intereses en juego debe sopesar siempre al *favor iuris* del mejor beneficio, bienestar e interés del adoptando.

En congruencia con lo expuesto el Juez valorará el comportamiento paterno-materno filial dispensado por parte de los adoptantes a la menor, es decir, el mantenimiento, educación y colocación en calidad de padre y madre disfrutando aquella de todas las prerrogativas inherentes a la relación de filiación legal surgida tras la realización del negocio jurídico familiar que supone la adopción, en todos los órdenes (afectivo, ético, social, etc.). En conclusión, estas decisivas razones que afectan prioritariamente al interés y beneficio del adoptando coadyugarán a que el Juez mantenga la adopción, en aras insistentes a la

integración de la menor en el grupo familiar que mejor contribuya al desarrollo *in toto* de su personalidad.

Naturalmente, el criterio precedentemente expuesto sobre el interés del menor, cuestión ésta central a la hora de dilucidar su fallo el juzgador en casación (y al que dedicaremos *infra* una reflexión por argumentación *a simili* con la sentencia norteamericana sobre «Baby M») fue resuelto en orden a su decurso procedimental conforme a la Ley vigente a la sazón que era la de 1970, en la que el Juez entendemos que razonó conforme a lo establecido en el párrafo final del artículo 173 del Código civil en su redacción anterior, según la cual su tenor otorgaba gran discrecionalidad *ad arbitrium* del Juez. Recuérdese que decía lo siguiente: «el Juez, aun cuando concurren todos los requisitos necesarios para la adopción valorará siempre su conveniencia para el adoptado, conforme a las circunstancias del caso...». Lo cual significaba que el Juez valoraba en todo caso la oportunidad o no de constituir el vínculo adoptivo en función de la conveniencia del adoptando; asimismo quedaba claro que la resolución judicial no venía a ser una simple homologación que supervisase el cumplimiento o no de los requisitos legales; puesto que si así fuera, obviamente en el supuesto de autos hubiera procedido a la enervación del vínculo adoptivo; en razón a que el expediente de adopción no sólo se sustanció sin la audiencia de los progenitores a los que parece ser que se ignoró indebidamente, sino a sabiendas de sus deseos de recuperar su hijo; esto es, en contra de su consentimiento que era notorio y sobradamente conocido. Esto supuesto, insistimos que la resolución judicial, tanto *ex tunc* (Ley de 1970) como *ex nunc* (legislación vigente) es una auténtica decisión de autoridad, de *imperium* y por tanto discrecionalmente valorada por el Juez a pesar (o no) del cumplimiento de todas las exigencias legales.

Me parece claro, sin lugar a dudas, que con la legislación precedente (también con la actual), la que entonces regulaba el supuesto que comentamos, la intervención del Juez no se debía limitar a una simple homologación, sino que por el contrario era una auténtica aprobación, no una simple y mera autorización. La opinión doctrinal dominante de la cual ya nos hemos hecho eco en el presente trabajo, era del parecer que se revelaba como cuestión previa ineludible, un juicio valorativo de la conveniencia de la constitución del vínculo adoptivo conforme a las circunstancias de cada caso concreto. En mi opinión, es un criterio sensato que elude las consecuencias injustas de una solución formalista y literal.

En otro orden de cosas, referíamos a modo de breve inciso comparativo que conforme a la legislación actual entendíamos que la resolución judicial que, por ende, es ahora el título constitutivo de la adopción (al haberse prescindido en todo caso de la etapa de la formalización notarial) era del mismo una auténtica aprobación, con lo cual entiendo que en ningún caso se limitará a aquél de *iure condito* a constatar la concurrencia o no de los requisitos exigibles, sin que no pudiera entrar a valorar la conveniencia o no del establecimiento del vínculo adoptivo en favor del beneficio del menor.

Obsérvese, por otra parte (y permítasenos esta breve digresión) que de *lege lata* para iniciar el expediente de adopción es necesaria propuesta previa de la entidad pública (salvo las excepciones elencadas en el artículo 176 del Código civil). A tal efecto, podemos preguntarnos si *ab initio* el informe de la respectiva entidad —institución de integración familiar— es o no vinculante para el Juez. La respuesta categóricamente debe ser que no lo será en ningún caso, y que las funciones decisorias atribuidas al Juez son discrecionales, de suerte que el precep-

tivo informe de la entidad no debe mediatizar el arbitrio del juzgador, pudiendo éste decidir en beneficio e interés del menor (que no se olvide, la propia exposición de motivos lo eleva a rango de principio rector en la constitución tanto del vínculo adoptivo como, en su caso, de la relación familiar de acogimiento), contrariamente a la propuesta de la entidad y obrar quizá, según el caso y las circunstancias del supuesto concreto, en coincidencia con el parecer de los padres por naturaleza del adoptando para quien su preferencia sobre adoptantes determinados no tiene vinculariedad según el texto sustantivo.

En consecuencia con lo expuesto, se colige por el contrario que tanto del Código civil como de la Ley rituraria (Ley de Enjuiciamiento Civil) concretamente del artículo 1.831 que la regla general es que las adopciones que exijan propuesta previa, en ningún momento se admitirá que el asentimiento de los padres se refiera a adoptantes determinados. Naturalmente, a mi juicio y en coherencia con esa correcta intelección de lo que entiendo debe ser la autorización judicial —una auténtica aprobación— y en recta armonía con los mejores intereses del adoptando; nada obsta concluir el razonamiento entendiendo que examinando las circunstancias del caso concreto el Juez *a quo* dé más relevancia a la declaración de voluntad manifestada por los padres que a la de la propia entidad en cuanto a la selección de los adoptantes, con lo cual vendrá a ponerse de manifiesto que la resolución del Juez, como no podía ser menos, constituye una auténtica aprobación judicial.

Concluimos el presente apartado de referencia obligada a la nueva Ley de adopción tocando de soslayo un punto que es esencial, referido éste a que se ha prescindido en todo caso de la constitución de la adopción por particulares, con lo cual en el supuesto que examinamos, objeto de nuestro comentario, sería imposible ya proceder como se hizo, si no es a través de los intermediarios oficiales (instituciones de integración familiar), de manera que se sustituye en su lugar por el obligado encauzamiento de la adopción a través de las entidades públicas y/o privadas homologadas. No me parece que absolutamente venga a resultar este sistema en el futuro la panacea de los problemas derivados de lo que se ha venido en denominar «el odioso tráfico de niños». En mi opinión, creo que lo razonable hubiera sido no limitar tan drásticamente la libertad individual en pro de la voluntad determinista de la entidad respectiva. Considero, por lo tanto, que el texto de *iure condito* que cercena la voluntad e iniciativa de los sujetos, es criticable, como lo es, el sistema intervencionista adoptado a través de la voluntad institucional de la entidad para reconducir tanto los expedientes de adopción como el acogimiento familiar. Consecuentemente, el *modus operandi* aboca incomprensiblemente a un sistema restrictivo de la libertad individual y contradictorio además a las líneas directrices de la nueva Ley, máxime si se tiene en cuenta que con la filosofía de la nueva legislación el control judicial queda garantizado decisivamente en todo momento.

Después de este breve inciso, volvemos al examen específico del caso que comentamos. En coherencia con una pretendida explicación o solución voluntarista del caso litigioso (y no meramente formalista, según la cual esta última no se hubiera decantado por los intereses del menor, sino en la recta observancia del cumplimiento de los requisitos exigidos) el razonamiento del fallo no puede ser otro que atender a los intereses más dignos de protección, para un mejor y más justo juicio ponderando (lo que nos parece totalmente acertado) las circunstancias específicas de cada supuesto para alcanzar de este modo la solución más razona-

blemente justa y equitativa que ponga fin definitivamente a un litigio generador de insostenibles inseguridades y dudas a las que resulta obligado poner término en beneficio de todos y muy especialmente de la menor, cuyo interés debe presidir cualquier resolución.

Naturalmente, esa solución formalista a la que no nos adherimos, y que aludíamos previamente, hubiera conducido, a buen seguro, a la nulidad de la adopción por falta de consentimiento de los padres. En consecuencia, con esta rígida interpretación, resultaría entonces que en coincidencia con esa exégesis literal que reprochamos, el arbitrio y discrecionalidad del Juez para valorar la constitución del vínculo adoptivo sólo sería posible cuando concurrieran los requisitos esenciales del negocio jurídico, pero no a contrario. Curiosamente ésta es la inteligencia a la que se acoge la tesis demandante en cuanto a la interpretación del mentado precepto (ya derogado, pero aplicable al caso de autos), artículo 173 del Código civil, en cuanto expresa que el supuesto litigioso es diametralmente opuesto al que contenía la norma, pues falta el consentimiento de la madre, cuya identidad era conocida como la misma sentencia reconoce. En definitiva, subsume los hechos en el ámbito de la norma que equivocadamente estima aplicable.

A mi juicio, no estoy de acuerdo con dicho razonamiento, pues el texto de la norma permite una interpretación extensiva incluso, aunque no concurren los requisitos *in toto* del negocio jurídico familiar, que en nuestro caso es la adopción. Congruentemente a mi parecer, el tenor literal empleado por el previgente artículo 173 «El Juez, aun cuando concurren todos los requisitos necesarios para la adopción, valorará siempre su conveniencia para el adoptando, conforme a las circunstancias de cada caso...», conduce a estimar que el texto empleado, en concreto la proposición concesiva, «aun cuando concurren todos los requisitos», no entorpece u obstaculiza el sentido de la oración principal, de suerte que, desde un punto de vista lógico gramatical, en el párrafo citado se plantea de forma hipotética, el caso de máximo obstáculo, «todos los requisitos», a pesar de todo, la oración principal se cumple «podrá valorar». Parece evidente que si la principal se cumple, aun en el caso de máximo obstáculo, en caso de menor obstáculo (por ejemplo, un requisito, tres...) se cumplirá también porque en lo que es más, está comprendido siempre, lo que es menos (*in eo quod plus est semper inest et minus*). Por tanto, la proposición concesiva, causativa e hipotética del mentado párrafo «—aun cuando concurren—» afirma el cumplimiento de la acción principal. Referida esta breve digresión gramatical, su estado jurídico es el siguiente: «el Juez valorará la conveniencia del vínculo adoptivo; incluso aunque no concurren todos los requisitos, de suerte que prioritariamente en uno u otro sentido el interés preeminente será el *favor minoris*.

Además, existe otro argumento jurídico para no apreciar la nulidad de la adopción en el presente caso, y es que a diferencia de la redacción impuesta por la Ley de 24 de abril de 1958, que no es aplicable al supuesto de autos, sino la Ley de 4 de julio de 1970, no existía en la regulación aplicable al caso un párrafo como el que a la sazón se contenía en el articulado de la adopción redactado conforme a la Ley de 1958, según el cual aquél decía que se decretaba la nulidad de la adopción cuando no se cumplían los requisitos que exigía el artículo 176 (según el tenor de la Ley de 1958), cuyo texto exigía que el consentimiento debía manifestarse a la presencia judicial (curiosamente el actual artículo 177 de *lege lata* se manifiesta en el mismo tenor, con lo cual en la emisión de dichos consentimientos no se permitirá el apoderamiento o mandato) y si el adoptando estuviese

sometido a la tutela de una Casa de Expósitos u otro establecimiento de beneficencia, el expediente se tramitaba exclusivamente por la administración de éste, haciendo las comprobaciones necesarias y elevando al Juez el expediente, quien debía aprobarlo o señalar las causas que lo impedían. En consecuencia si no se cumplían estos requisitos la adopción era nula.

Por el contrario, la Ley de 1970, que era aplicable al supuesto de autos, no contenía una mención expresa de nulidad por el incumplimiento de los requisitos exigidos para la formalización del vínculo adoptivo, ni *mutatis mutandis* la Ley vigente de adopción de 1987, sino que tanto la una como la otra regulan *expressis verbis* y únicamente los supuestos de extinción de la adopción.

Tampoco entiendo que nos pueda servir a nuestro caso la doctrina que pretendiera la nulidad de la adopción cuando no se personaran en el procedimiento, sin culpa suya, los progenitores de la adoptanda, quienes resultaban, por tanto, ignorados indebidamente. En relación a esta cuestión es obligado remitirse a la sentencia de 28 de mayo de 1973, en la que se pedía la nulidad de la adopción —menos plena— por falta de consentimiento de los padres, a quienes se había ignorado a «sabiendas»; de suerte que dicha pretensión anuladora prosperó porque el caso litigioso aludido quedaba arropado bajo la hégira procedimental de la Ley de 1958, en la que se tipificaba explícitamente el supuesto de la nulidad de la adopción por no cumplimentar los requisitos esenciales (vide art. 176, párrafo final).

Resumimos por su interés a modo de breve extracto la inteligencia del fallo; si bien previamente fijamos las circunstancias fácticas: Don Cecilio C.R. y doña Concepción E. de la M. dedujeron demanda de juicio declarativo de mayor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Bilbao contra don Tomás B. P. y su esposa doña Natividad A. D. contra la Excelentísima Diputación de Vizcaya y contra el Ministerio Fiscal sobre declaración de inexistencia o en otro caso la nulidad y subsidiariamente la rescisión de la adopción menos plena de la hija de los actores M.^a Inmaculada E. M.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda y estimando en parte la reconvencción deducida por la Excelentísima Diputación Provincial de Vizcaya declaró válida y con plenos efectos legales la adopción menos plena realizada a favor de la niña M.^a Inmaculada B., condenando a los actores a pasar por esta declaración sin costas. Apelada la sentencia, la Audiencia la revocó, desestimó las reconvencciones y estimando la demanda declaró la nulidad de la adopción menos plena de M.^a Inmaculada E. M., decretando las cancelaciones obrantes en la inscripción de nacimiento, sin hacer especial imposición de costas causadas en ambas instancias.

Las representaciones de la Excelentísima Diputación Provincial de Vizcaya y de don Tomás B. P. y doña Natividad A. D. interpusieron sendos recursos de casación por infracción de Ley.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a ninguno de los dos recursos interpuestos y destacamos el siguiente considerando que expresaba lo siguiente: «Entre las afirmaciones que se contienen en la sentencia que se recurre, figuran la de que el conocimiento de los padres de la niña adoptada, por parte de la administración del Instituto de Maternología, era evidente, ya que ha quedado suficientemente acreditado, que ellos se interesaron por la hija y su recuperación, y que fue retenida indebidamente contra la voluntad de sus progenitores a los que se ocultó su paradero, resultando que el expediente de adopción no sólo

se sustanció sin audiencia de aquellos a los que ignoró indebidamente, sino que a sabiendas de sus deseos de recuperar a su hija, esto es, contra su consentimiento, declarando, asimismo, en la mencionada resolución recurrida, no haberse cumplido en el expediente el requisito relativo al trámite de audiencia de los padres de la adoptada, a pesar de que por las razones que expone, en relación con los hechos que aprecia eran sobradamente conocidos por la Administración del Instituto de Maternología, apreciaciones todas ellas de puro hecho que el Tribunal *a quo* deriva del examen conjunto de todos los elementos probatorios obrantes en el proceso, y contra los cuales se formalizan por parte de los demandados los dos recursos que son objeto de estudio en la presente resolución, y en la que se estima procedente al objeto de seguir un orden lógico examinar primeramente las motivaciones referentes a la congruencia denunciada en el motivo primero del segundo recurso formalizado por la representación de los adoptantes demandados, puesto que de accederse a la estimación del mismo, ello ocasionaría la casación total o parcial de la sentencia recurrida, haciendo innecesario dilucidar otras causas de casación.»

En fin, concluye declarando la nulidad como derivación del caso contemplado en el artículo 175, conforme a la Ley de 1958, en el que se contenía las causas de extinción, sino al amparo del artículo 176 *supra* referido —nulidad de la adopción— dada la falta de audiencia de los más próximos parientes del adoptando en el expediente.

Consecuentemente, volviendo a la interpretación de nuestro supuesto litigioso es evidente que no conteniendo la Ley sustantiva vigente (Ley de 1970), a la sazón un tenor literal como la precedente (Ley de 24 de abril de 1958), según la cual se decretaba la nulidad de la adopción por falta de alguno de los requisitos esenciales, y explicitar por el contrario un texto más flexible como era el párrafo final del artículo 173, examinado *supra*, se colige que la discrecionalidad y el arbitrio judicial actuaban siempre en beneficio del menor. Repárese a modo de comparación simple, que la redacción que establecía al efecto la legislación de 1958 no era tan categórica como la de su texto posterior, ya que entonces se expresaba del siguiente tenor: «El Juez ponderará los motivos alegados y muy especialmente la moralidad de los padres y el tiempo transcurrido desde la adopción oyendo al adoptado si su estado de razón lo aconseja y resolviendo lo que estime más conveniente para éste.»

Asimismo, del texto referido se deduce un dato revelador y que en el presente supuesto objeto de nuestro comentario ha influido decisivamente, es el concierne al tiempo transcurrido desde el nacimiento hasta el fallo en casación, más de catorce años en el que se ha consolidado una perfecta integración afectiva de la menor en una relación familiar (la constituida por el matrimonio adoptante) estable, firme, de suerte que recogiendo las palabras textuales del fallo, dicha incardinación de la adoptanda en el círculo familiar operó «desde el momento mismo del nacimiento y en cuyo seno lógicamente desea seguir viviendo la menor, oportunamente explorada y oída en instancia con resultados altamente satisfactorios para los padres adoptivos, a los que considera únicos a todos los efectos».

En congruencia con la finalidad que venimos insistiendo concentrada en la averiguación del mejor interés para la adoptanda, estimo pertinente y aplicable por argumentación *a simili* a nuestro supuesto los razonamientos de la sentencia conocida como el tema del «Baby M.» fallada por el Tribunal Superior de Nueva Jersey (Condado de Bergen del 31 de marzo de 1987) y que aludía al supuesto

de la gestación por sustitución o maternidad por subrogación. La cuestión primordial a determinar en ese litigio era igualmente a la que ocurre a nuestro caso de la adopción, valorar cuáles son los mejores intereses, de suerte que concluía que cuando los tribunales se ven obligados a elegir entre los derechos de uno de los padres y el bienestar de una criatura, la elección es y debe ser el bienestar y los mejores intereses de la criatura en virtud de la responsabilidad del tribunal como *parens patriae*. Significa la autoridad por la cual los Tribunales toman conocimiento de los casos y resuelven sobre ellos.

La cuestión central del pleito radicaba en la contestación al siguiente interrogante: ¿Qué significa el mejor interés para el menor? Se indicaba en la sentencia que tenía muchos significados porque era un concepto general en el significado, pero específico en la aplicación. Es más, que la felicidad del menor, su bienestar físico, mental y moral. Se decía que el mejor interés había sido definido de varias maneras por los testigos expertos, como la mejor custodia; bien todas las cosas que sean más idóneas para el buen crecimiento; un contorno y ambiente psicológico que mejor conlleve a una relación normal sana. Se significaba del mismo modo que los mejores intereses son dos necesidades básicas: fidelidad de ser amado y amar —sentirse criado— y un sentido de identidad y/o desarrollar su personalidad en un ambiente familiar estable.

Para concluir el presente comentario de la sentencia que hemos estudiado en estas breves reflexiones, quiero retrotraer de nuevo la atención en el expositivo primero de la sentencia de casación en la que se incide en el interés del hijo como principio programático impulsor y catalizador en las decisiones que pudieran adoptarse, de suerte que en la resolución de las litigiosas situaciones familiares, como las que enjuicamos y en el análisis jerárquico de los intereses legítimos subyacentes, el exponente prioritario para solucionar los conflictos concurrentes es, sin duda, el *favor minoris*; por lo que debe erigirse en el interés más digno de protección, supeditándose a él cualquiera pretensión individual de los otros sujetos intervinientes, subordinándose siempre el interés de éstos al beneficio y bienestar del menor en el círculo familiar más óptimo al desarrollo de su personalidad integral. Esto supuesto, se entiende la conclusión del expositivo primero, según la cual los intereses del menor, que son, sin duda, los más dignos protegibles no deben quedar postergados en el entrecruzamiento de las distintas y enfrentadas argumentaciones jurídicas, en las que, en no pocas ocasiones, trasciende la insuficiencia de las mismas ante problemas y situaciones de hondo contenido ético y humano.

FRANCISCO LLEDÓ YAGÜE

II. Sentencias

A cargo de: Ricardo DE ANGEL YAGÜEZ
Antonio CABANILLAS SANCHEZ
Gabriel GARCIA CANTERO
Luis FELIPE RAGEL SANCHEZ
M.^a Paz SANCHEZ GONZALEZ

I. DERECHO CIVIL

1. PARTE GENERAL

1. Doctrina de los propios actos.—La aplicación del principio de respeto a los propios actos se relaciona con el de la buena fe como límite del ejercicio de los derechos, proclamado, con carácter general, por el artículo 7.1 del Código civil.

Abuso del derecho. Abuso de la personalidad jurídica.—El artículo 7.2 del Código civil manifiesta que no se puede amparar el abuso del derecho, en este caso apreciable en la pretensión de llevar a sus últimas consecuencias la personalidad jurídica, cuando esa personalidad oficial no responde a la realidad, pretensión de apariencia legal correcta, pero social y éticamente insostenible y que, en el caso presente, ha producido daño, lo que hace aplicable la doctrina legal que sobre el abuso del derecho tiene establecida este Tribunal en general y, en particular, sobre el abuso de la personalidad jurídica, en evitación de que la confusión sembrada por sociedades que actúan en régimen de subordinación pueda perjudicar intereses de los acreedores de la subordinada, lo que lleva incluso a la orientación doctrinal de la responsabilidad solidaria, cuando no exista norma legal expresa. (STS de 16 de julio de 1987, no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad demandada estableció en sus Estatutos la admisión de imposiciones de fondos, tanto de sus asociados como de los no socios. Hacia el mes de abril de 1981, el actor abrió una cartilla de ahorro a la vista en la que fue efectuado diversos ingresos y reintegros, arrojando un determinado saldo. La entidad demandada se negó a reintegrar al actor la cantidad solicitada, aduciendo que cumplía un acuerdo de la Junta Rectora, por cuya virtud se congelaban por tiempo indefinido los saldos. En la demanda se suplicó que se dictara sentencia por la que

se condenara a la entidad demandada a reintegrar al actor la cantidad solicitada.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial admitieron la demanda. No prospera el recurso de casación.

2. Doctrina de los propios actos.—Los propios actos han de ser inequívocamente expresivos de la voluntad o conducta de quien los manifiesta por la trascendente repercusión vinculante para el agente ejecutor, y en el presente caso el denominar a la pared lateral izquierda del edificio del recurrente como «fachada» no puede implicar la voluntad de reconocimiento de que da frente a una vía pública.

Vía pública.—La existencia de una vía pública ha de hallarse catalogada como tal en el inventario municipal obligatorio conforme al artículo 3 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 27 de mayo de 1955, para poder viabilizar las acciones administrativas de apeo, deslinde y reivindicación, tira de cuerdas, etc. (arts. 44 y siguientes del citado Reglamento), no pudiendo conceptuarse como tal vía pública ni la esporádica, ni permanente utilización abusiva y subrepticia, como zona de paso por el público, de una propiedad privada, que es comúnmente tolerado por la propiedad por razones de comodidad, vecindad o amistad, sin repercusión jurídica alguna a tenor del artículo 444 del Código civil. (STS de 17 de julio de 1987, no ha lugar.)

HECHOS.—Las partes litigantes son propietarias de dos fincas urbanas, entendiéndose el demandante que hay una calle o vía pública de nueva apertura que separa ambos inmuebles. En la demanda se solicitó que se procediese a la demolición de lo edificado por el demandado en el solar de su propiedad, por impedir el acceso a las puertas y ventanas situadas en la fachada lateral izquierda del edificio de la pertenencia de aquél, por considerar que recaen sobre esa supuesta vía pública de nueva apertura.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial desestimaron la demanda. No prospera el recurso de casación.

3. Negocio jurídico de fijación: Inexistencia de novación modificativa o extintiva.—Del documento privado de 9 de abril de 1977 se deduce la intención de las partes de hacer constar, dar certeza, o dejar fijados los pactos arrendaticios que existían, determinando la fecha a partir de la cual tuvieron realidad, pero de ningún modo modifican nada, extinguen relación alguna, ni crean o sustituyen contractuales, sino todo lo contrario, de ahí que sea acertada la calificación que contiene la sentencia recurrida de «contrato de fijación jurídica» o «negocio jurídico de segundo grado», sin que pueda hablarse de novación extintiva de clase alguna, ya que no existe ninguna variación contractual, dado que incluso los firmantes del documento fueron, de una parte, los anteriores propietarios de la finca, y, de otro, el padre de los actuales arrendatarios, personas de quienes los litigantes traen causa (STS de 14 de julio de 1987, no ha lugar.)

NOTA.—*Inter partes* hubo un juicio de retracto arrendaticio rústico, que se resolvió negativamente para el retrayente por STS de 2 de febrero de 1982, por entender que el contrato de arrendamiento no era de los

protegidos del artículo 83 del R.A.R. de 1959, de forma que la presente *litis* puede considerarse desembolso lógico de aquella situación litigiosa. La presente sentencia invoca la doctrina de la citada, no como *res iudicata*, pues falta la identidad objetiva (ahora se discute sobre la duración del contrato y desahucio por expiración del plazo), pero sí como precedente jurídico no alterado por el transcurso del tiempo, dado que la finca ha seguido revalorizándose más si cabe. Obsérvese que bajo la L.A.R. de 1980 la resolución del contrato por esta causa (ahora contemplado en el artículo 7.1.3.º) está sujeta a exigencias más gravosas para el arrendador (cfr. art. 83.3). En relación con el negocio jurídico de fijación o de reproducción que la sentencia atribuye al contrato del siguiente tenor: «Reunidos doña E.R.F. y don F.P.M. hacemos constar que los pactos del contrato de arrendamiento relativos a la finca «Can Puig del Más» son desde 1942 el pago de: 12 litros de leche diarios, 252 kilos de trigo, 200 kilos de patatas; todo ello en metálico y al precio oficial de cotización. Desde el año 1957, además 3.500 pesetas en metálico. Tienen derecho para el uso de la casa, a las verduras y productos del huerto, y a partir de 1932 (sic.) recibe por la pavimentación de gallinero, ocho conejos anuales», parece acertada la calificación que se propugna, tal como se deduce de una interpretación del propio texto que aparece redactado en tiempo pasado. Y ello frente a la interpretación del arrendatario que le asigna eficacia novatoria extintiva del contrato anterior, con la consecuencia de que el nuevo contrato subsistiría por aplicación de las prórrogas. Sobre la problemática del negocio de fijación cfr. Díez-Picazo: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, pp. 180 y ss. Lacruz: *Elementos*, II-2.º, 2.ª ed., pp. 132 y ss. En la doctrina italiana: IRTI, *La ripetizione del negozio giuridico* (Milano, 1970) (G.G.C.).

2. DERECHO DE LA PERSONA

4. Ofensas al honor. Debe tenerse en cuenta la finalidad perseguida en la carta de despido. La publicidad debe manifestarse por actividades extraprocesales.—La protección jurisdiccional civil a los derechos de la persona, al honor y a la intimidad personal y familiar, tanto antes como después de la Ley 1/1982, de 5 de mayo, debe ser dispensada haciendo aceptación de la índole, características y circunstancias concurrentes en cada caso concreto, sin que sea legítimo, en supuesto de ofensas al honor, inferidas mediante expresiones verbales o escritas, el absolutizarlas mediante extraerlas y desligarlas del contexto del escrito que las contiene, pues, por el contrario, debe estarse siempre a la totalidad del mismo (sentencia de 4 de noviembre de 1986) para así inducir el verdadero sentido, siendo obligado asimismo el tomar en consideración el objeto para el que fue hecho y la finalidad perseguida. En el caso que aquí se enjuicia, la función del escrito no era otra que dar por resuelto el contrato de trabajo, lo que obliga a producir la notificación del despido precisamente «por escrito», pues tal es la exigencia del antes citado artículo del Estatuto de los Trabajadores, bajo sanción en otro caso de la nulidad que previene al párrafo segundo del artículo 102 del Texto Refundido de Procedimiento Laboral. Por lo mismo, la carta no tenía otro destinatario que el aquí actor. Atendidos el objeto y el fin y el destinatario de la

carta, resulta extremadamente difícil imputar a la entidad que la emanó el designio de atentar contra el honor del destinatario, ya que las expresiones supuestamente agresivas no son sino la expresión del fundamento del despido disciplinario del cual es inseparable cierto demérito del trabajador. Debe ser descartada la difusión que se alega en el recurso, ya que no resulta del «factum» y, además, para barajarse aquí debiera haber sido alegada antes en el escrito de la demanda, factor del juicio, y atribuirse a la entidad demandada no como efecto de la publicidad inseparable del juicio del despido, sino producida a impulsos del designio de desprestigiar al despedido, manifestado por actividades extraprocesales con ese objeto.

Prescripción de la acción ejercitada con anterioridad a la Ley 1/1982, de 5 de mayo.—El fundamento de la sentencia de la Audiencia se halla en el segundo de sus «considerandos», que admite la excepción de prescripción de la acción ejercitada por haber transcurrido el plazo de un año a que se refiere el número segundo del artículo 1.968 del Código civil, entre el auto de sobreseimiento provisional recaído en las actuaciones penales por los mismos hechos, de fecha «próxima al 11 de febrero de 1981» y la interposición el 11 de diciembre de 1982 de la demanda origen del juicio de que dimana el presente recurso; fundamento incólume ya que no ha sido combatido por el recurso en ninguno de sus motivos. (STS de 3 de julio de 1987, no ha lugar.) (L.F.R.S.)

3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

5. Conversión a pesetas de una deuda en moneda extranjera.—No es más que la aplicación de lo que en el artículo 1.170 del Código civil se establece cuando se trata de pago de deudas dinerarias y tal pronunciamiento no entraña gravamen alguno para el recurrente condenado, ni por tanto incongruencia de la sentencia.

Congruencia.—Basta para mantener la congruencia del fallo que resuelva las pretensiones de las partes aunque al hacerlo añada extremos accesorios que, sin alterar los pronunciamientos principales conduzcan a su efectividad en trámite de ejecución (STS de 16 de julio de 1987, no ha lugar.)

HECHOS.—Es un dato cierto la existencia de una deuda, si bien parte de ella se reconoce en pesetas y la otra parte en dólares, suma esta última que puede liquidarse, según la sentencia del Juez de Primera Instancia confirmada por la Audiencia Territorial, en pesetas, conforme a las reglas de la conversión vigentes en el momento en que el pago se efectúe. El Tribunal Supremo confirma dicha conclusión.

6. Operación compleja: adquisición por un matrimonio de la situación predominante en una sociedad. Interpretación de los contratos.—La adquisición de la mayoría, prácticamente la totalidad de las participaciones sociales y los elementos básicos de la explotación que pensaban emprender, determina la causa y el objeto del contrato en relación con un conjunto de prestaciones, cuya ejecución significaría la consumación del propósito inicial, por lo cual el contrato está bien calificado como único, aunque su cumplimiento requiere distintas fases.

Venta de cosa ajena.—La venta de cosa ajena obliga al vendedor a la entrega de la cosa, previa su adquisición realizando por ello las eficaces gestiones que la permiten, por lo que tal circunstancia no permite hablar de inexistencia o imposibilidad de objeto en este caso, en el que se compromete una actividad futura del vendedor para regularizar la situación.

Nullidad de la intercesión de mujer casada en favor de su marido (artículo 322 de la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña).—Las letras de cambio las aceptó la actora y no su marido. La norma ha sido quebrada en cuanto figura como comprador el matrimonio, por lo cual la situación que se crea, por parte de la mujer, es expresión de una obligación conjunta, por lo que, frente al acreedor de esa obligación responderá con carácter mancomunado simple, según contempla el artículo 322, en su párrafo 2.º, con independencia de un posible ejercicio, por terceras personas de buena fe, de las acciones cambiarias. (STS de 25 de junio de 1987, ha lugar en parte.) (M.P.S.G.)

7. Compraventa de solares para edificar: linderos.—La determinación de los linderos se hace usualmente por el nombre del propietario de la finca colindante, pero sin que ello especifique circunstancias físicas concretas de dicha pertenencia, que sólo sirven para su identificación, por lo que los recurrentes no pueden arrojar a favor de su derecho la frase «Este, casa de don Ignacio F.P.», en el sentido de que la linde de su propiedad alcance los muros de la edificación propiamente dicha, por ser un concepto de carácter físico, además de ambiguo en su expresión.

Alcance de los principios de legitimación y fe pública registral: Datos de mero hecho.—Desde antiguo la doctrina sostiene que la fe pública del Registro actúa asegurando la existencia y contenido jurídico de los derechos reales inscritos, pero no garantiza la exactitud de los datos de mero hecho relativos a la descripción de las fincas; la presunción *iuris tantum* del artículo 38 de la Ley Hipotecaria ha sido totalmente desvirtuada en cuanto a ese dato físico de colindancia, por lo que las afirmaciones fácticas de la sentencia, al permanecer incólumes, han dado una versión de la colindancia de las fincas que, sin destruir la descripción registral de las mismas, distingue y matiza sus expresiones en acto soberano, acorde con el artículo 1.3 de la Ley Hipotecaria.

Daños y perjuicios contractuales.—Artículo 1.101 del Código civil: por ser los daños y perjuicios reclamados derivados o con motivo de una obligación contractual, no es aplicable el artículo 1.902, sino el 1.101 y siguientes, conforme a la doctrina unánime de esta Sala; la fijación de la indemnización es materia reservada a la discrecionalidad del Tribunal de instancia, cuya valoración o fijación es cuestión de hecho (STS de 24 de julio de 1987, no ha lugar.)

8. Resolución de compraventa de bien inmueble. Compatibilidad de los artículos 1.124 y 1.504 del Código civil. Voluntad obstativa al cumplimiento.—Es doctrina reiterada de esa Sala la que proclama que el artículo 1.124 está estrechamente ligado al 1.504, ambos del Código civil, siendo compatibles uno y otro y el segundo una especialidad del primero. En el incumplimiento atribuible al comprador en orden al pago del precio, el dispositivo resolutorio del artículo 1.504 consiste esencialmente en la voluntad reacia y contraria al cumplimiento, circunstancia que es de la exclusiva apreciación del juzgador de instancia. Tanto

en los supuestos del ejercicio de la acción resolutoria de la compraventa que contempla el artículo 1.504, como en el que con carácter genérico hace el artículo 1.124 en caso de obligaciones recíprocas, para que la resolución pueda ser acogida no es bastante el simple retraso en el cumplimiento de las obligaciones, sino que ha de patentizarse, como dicho queda, la existencia de una voluntad obstaciva al cumplimiento de lo convenido. (STS de 25 de junio de 1987, no ha lugar.) (M.P.S.G.)

9. Compraventa de bienes muebles a plazos. Poder para transigir.—No cabe admitir como error de hecho toda una serie de pruebas documentales con las que se trata de demostrar, por vía de presunción, que el supuesto representante tenía poderes suficientes para llevar a cabo una transacción más aún teniendo en cuenta la revocabilidad del mandato conforme al artículo 1.733 del Código civil y la exigencia de mandato expreso para transigir conforme al artículo 1.713, párrafo 2.º.

Resolución de compraventa.—El artículo 11 de la Ley 50/1965, de 17 de julio, sobre Venta de Bienes Muebles a Plazos, contiene una norma especial de resolución de la venta hecha con tal modalidad concedida al vendedor para optar entre exigir los plazos pendientes de abono o la resolución del contrato que hace inoperante la facultad resolutoria del artículo 1.124 del Código civil, por ser esta norma más genérica que aquélla. El artículo 1.124 del Código civil no puede entrar en juego ante una norma específica como la prevista por la Ley Especial de Compraventa a Plazos. (STS de 30 de junio de 1987, no ha lugar.) (M.P.S.G.)

10. Permuta de solar por local en edificio a construir. Deber de informarse sobre la cabida real del inmueble. Prescripción de acciones: carácter dispositivo de los artículos 1.469, 1.470 y 1.471 del Código civil.—Si bien es cierto que tan breve plazo se refiere sólo al ejercicio de las acciones concedidas por los artículos 1.469, 1.470 y 1.471, suponiendo los dos primeros que las partes hayan querido obtener aquella determinada medida por aquel determinado precio, dado que no es preciso especificar las dimensiones, al construirse el concepto de finca sobre la ubicación en el espacio mediante la fijación de los linderos, parece obvio que si con posterioridad resulta que el inmueble tenía realmente dimensiones distintas, también el importe del precio debe modificarse proporcionalmente en más o en menos (hipótesis de la venta de inmuebles por unidad de medida o número), es igualmente verdad que el deber de informarse sobre la cabida real incumbe a ambos contratantes, cual se deduce del artículo 1.469; también revelan tales preceptos que se reducen las causas impugnatorias, pensando en el principio de conservación del contrato, pero sin que tengan carácter imperativo, sino dispositivo, por lo que las partes pueden regular la materia según el principio de autonomía de la voluntad; en el presente caso se radió la aplicación de los repetidos preceptos y el plazo prescriptivo es el general de las obligaciones personales, criterio que se ajusta a la justicia intrínseca del caso concreto, que no informa precisamente el instituto de la prescripción y obliga a tratarla de modo restrictivo.

Inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario.—El recurrente no puede alegar litisconsorcio, ya que actuó en su propio beneficio con el beneplácito de la sociedad, perviviendo su mandato para todas las consecuencias derivadas del negocio jurídico hasta su total cumplimiento y consumación, de tal manera que alegar

otra cosa constituye un mero formalismo jurídico, contrario a la fluidez negocial y próximo al fraude de Ley. (STS de 15 de julio de 1987, no ha lugar.) (L.F.R.S.)

11. Local de negocio aprovechado como almacén. Causa de denegación de la prórroga forzosa en el arrendamiento.—Según tiene declarado esta Sala, cuando se produce el hecho probado de que el local de negocio arrendado se aprovecha sólo como almacén, es decir, como instrumento de una necesidad pasiva para la guarda y depósito de objetos, o gestión del negocio sin contacto directo con el público, el hecho de cesar de servir de sede a una actividad creadora, a la que deja de estar adscrito, prueba que se incurre en la causa 3.ª del artículo 62 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. (STS de 15 de julio de 1987, no ha lugar.)

HECHOS.—La Audiencia Territorial, estimando el recurso de apelación, declaró resueltos los contratos de arrendamiento de locales de negocio, por darse la causa de resolución 11.ª del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. No prospera el recurso de casación.

12. Contrato de arrendamiento rústico. Disposición transitoria 2.ª Ley 1980. Arrendatario cultivador de tierras que exceden de la superficie máxima. Prueba.—La prohibición de prórroga a los contratos anteriores a la entrada en vigor de la Ley de 1980 se aplica imperativamente cuando el arrendatario es propietario de más de 50 hectáreas de regadío o más de 500 hectáreas de secano, pues la propiedad de los predios lleva aparejada la presunción de su posesión, y ésta, a su vez, su cultivo al no haberse acreditado que permanezcan incultos, juego de presunciones que debe destruir quien las niega, y, por otra parte, cuando el arrendatario es cultivador de tierras que excedan de la superficie máxima que señala la Ley, no es necesario esperar ningún desarrollo reglamentario o administrativo.

Reembolso de mejoras. Retroactividad de la Ley de 1980. Se entiende de grado mínimo. Incumplimiento de requisitos legales.—Como excepción al principio general de irretroactividad proclamado en el artículo 2.º del Código civil pueden las leyes disponer, implícita o explícitamente, su aplicación retroactiva, pero tal retroactividad, mientras no resulte lo contrario, debe entenderse como de grado débil o mínimo en aras al principio de seguridad jurídica que informa nuestro ordenamiento constitucional, es decir, como aquella que somete a su imperio la relación jurídica anterior, pero no los efectos ya consumados con anterioridad a su vigencia; además la nueva ley exige para que el arrendatario pueda realizar mejoras útiles o sociales, indemnizables, que comunique por escrito previamente al arrendador el plan circunstanciado de las proyectadas, que se entenderán consentidas por este último si no da respuesta en el término de un mes, necesitando el informe favorable del IRYDA para realizarlas, en la hipótesis de que éste se oponga, requisitos éstos que no se exigían en la legislación anterior; por lo que de aplicar la retroactividad fuerte o máxima se haría de mejor condición al arrendatario cuyo derecho se funde en un contrato anterior que al apoyado en un contrato posterior. (STS de 7 de julio de 1987, no ha lugar.)

13. Responsabilidad del promotor-vendedor por vicios de construcción. Plazo de prescripción de la acción indemnizatoria.—Al margen de la responsabilidad decenal que el artículo 1.591 del Código civil sanciona, corresponde a la deman-

dada aquella otra que por el incumplimiento de sus obligaciones como vendedora le correspondan, entre las que destaca por su importancia fundamental la de que la cosa objeto de la convención reúna las condiciones que la hacen apta para ser habitada, lo que no sucede cuando existen vicios en la construcción determinantes de su ruina, cuyo lapso de prescripción es el de quince años establecido en el artículo 1.964 del Código civil, y la raíz de inicio para su cómputo ha de contarse desde el día en que la acción pudo ejercitarse, a tenor del artículo 1.969 del citado Código, y en el caso de la controversia cuando se manifestaron externamente los indicios de la ruina.

Legitimación del promotor-vendedor frente al arquitecto por vicio del suelo.—Nada empece para que el promotor-vendedor, condenado por incumplimiento contractual, pueda exigir al arquitecto con quien contrató el proyecto la indemnización que crea corresponderle, en razón de la incidencia que el vicio del suelo haya podido tener en la ruina de la edificación. (STS de 13 de julio de 1987, no ha lugar.)

HECHOS.—En la demanda se postuló la declaración de la existencia de una negligencia por la omisión de los más elementales deberes de construcción por parte del promotor-vendedor, y la condena del mismo a la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda, aunque concediendo al promotor-vendedor la alternativa de llevar por sí mismo a efecto las obras necesarias. La Audiencia Territorial confirmó esta sentencia. No prospera el recurso de casación.

NOTA.—Nos parece muy acertada la doctrina de la sentencia reseñada, admitiendo la compatibilidad de las acciones generales de incumplimiento con las edicias y la de responsabilidad decenal del artículo 1.591 del Código civil, lo cual es especialmente significativo cuando el promotor vende pisos o locales terminados, como hemos expuesto en nuestro trabajo *La responsabilidad del promotor que vende pisos y locales defectuosamente contruidos*, en A.D.C., 1982, págs. 878-926. (A.C.S.)

14. Responsabilidad del aparejador.—Es reiterada doctrina jurisprudencial que el aparejador, como colaborador técnico de la construcción, viene sometido a responsabilidad en lo concerniente a la solidez del edificio y perfecta acomodación de las obras a los proyectos del arquitecto. (STS de 1 de enero de 1985).

Responsabilidad de los arquitectos directores de la obra.—La función de vigilar que la obra se adapte al proyecto incumbe a los arquitectos directores de la misma, por lo que, al no haberla cumplido, corresponde a los demandados la consiguiente responsabilidad. (STS de 15 de julio de 1987, no ha lugar.)

HECHOS.—Debido a los graves defectos de construcción que presentaban diversas viviendas, la Audiencia Territorial, estimando en parte el recurso de apelación, condenó a la empresa constructora, a los arquitectos y aparejadores subsanar los citados defectos. No prospera el recurso de casación.

15. Mandato expreso y mandato tácito.—El mandato expreso aludido en el párrafo segundo del artículo 1.713 del Código civil es perfectamente conciliable con las dos formas de exteriorización de tal negocio jurídico previstas en el artículo 1.710 del propio Código (sentencias de 10 de julio de 1935, 13 de junio de 1944, 26 de noviembre de 1960 y 28 de octubre de 1963). El artículo 1.713 al hablar en su segundo párrafo de mandato expreso se refiere más bien al mandato especial y, por tanto, no excluye la posibilidad de que aún dentro de la esfera de actos de riguroso dominio pueda ser suplida la falta de apoderamiento previo por la ratificación (sentencia de 7 de julio de 1944). El mandato tácito ha de derivar de actos que impliquen necesariamente de un modo evidente y palmario la intención de obligarse, debiendo acreditarse en debida forma las facultades conferidas al mandatario, lo que es cuestión de hecho reservada a la apreciación del Tribunal sentenciador.

Ratificación.—La ratificación tácita tiene lugar cuando el mandante sin hacer uso de la acción de nulidad por él ejercitable acepta en su provecho los efectos de lo ejecutado sin su autorización, poniendo con ello de manifiesto su consentimiento concordante con el del tercero. La ratificación tácita a que se contrae la preceptiva contenida en el párrafo segundo del artículo 1.727 del Código requiere una inactividad del mandante conjugada con una aceptación en su provecho de los efectos de lo ejecutado. (STS de 23 de junio de 1987, no ha lugar.) (M.P.S.G.)

16. Naturaleza del derecho de retención del mandatario ex artículo 1.730 del Código civil.—Por el Código civil español no ha sido regulado el derecho de retención como institución sustantiva, aunque sean numerosas sus aplicaciones en materia civil (arts. 453, 464, 502, 1.600, 1.730, 1.780 y 1.892, entre otros) y en materia mercantil (arts. 276, 704, 842 y 868, «ad exemplum») se da el caso, por falta de esa unidad conceptual y méritos de esa dispersión, de que sean también diversas las consecuencias jurídicas y económicas de ese derecho. En el caso de la presente controversia permite concluir que el artículo 1.730 del Código civil, al disponer que «el mandatario podrá retener *en prenda* las cosas objeto del mandato hasta que el mandante realice la indemnización y reembolso de que tratan los artículos 1.728 y 1.729», reconoce a favor del mandatario una garantía real pignoraticia con todos los efectos de este derecho real, es decir, con la facultad de poder enajenar las cosas objeto del mandato en la forma que autoriza el artículo 1.872 y con la preferencia que reconocen los artículos 1.922, número 2, y 1.926, regla 1.^a, y que ello, al propio tiempo, conlleva la consecuencia de que, como tal derecho real, sea oponible «erga omnes» y no sólo frente al mandante que entregó los contenedores con el encargo de hacerlos llegar a su propietario, sino también frente a este último. (STS de 7 de julio de 1987, no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad demandada y reconveniente recibió de otra entidad, a la que la sociedad actora tenía arrendados los contenedores, los referidos contenedores, para que los entregara a la actora. La sentencia de la Audiencia Territorial estimó parcialmente el recurso de apelación de la demandada, condenando a la actora a indemnizarle los perjuicios que se le hubieran podido irrogar, representados por los gastos realmente sufridos por la tenencia de los contenedores. La actora y recurrente en casación

sostenía que la obligación de pagar los gastos, daños y perjuicios que se produzcan en la ejecución del mandato incumbían al mandante —en este caso, el arrendatario de los contenedores—. (L.F.S.R.)

17. Estipulación de una renta vitalicia como forma de pago del precio de varias fincas. Naturaleza y calificación de los contratos.—Tiene sentado la doctrina de esta Sala que la naturaleza de los contratos y su calificación no depende de la que las partes —ni los terceros— le atribuyen y se consigne en el documento, sino de la que intrínsecamente le corresponda a tenor del negocio obligacional constituido en el negocio jurídico. Que es contrato de renta vitalicia el que aquí se contempla, lo corrobora la similitud de circunstancias que en él concurren con las previstas en la doctrina jurisprudencial de esta Sala en sentencias de 1 de junio de 1925, 2 de abril de 1928, 16 de mayo de 1940 y 28 de noviembre de 1949.

Falta de consentimiento e ilicitud de la causa.—La afirmación rotunda de la existencia real de un control específico de renta vitalicia subsumiría en su estructura negocial el respeto y obediencia de los artículos 1.275 y 1.261, números 1 y 3 del Código civil. (STS de 25 de junio de 1987, no ha lugar.) (M.P.S.G.)

18. Culpa extracontractual. Accidente de circulación ocasionado por vehículo militar. Lesiones graves. Culpa civil. Rotura de frenos. Carga de la prueba de la falta de culpa.—No puede deducirse que el conductor del vehículo militar causante del accidente no incurrió en culpa civil por el hecho de que se sobreseyera un proceso penal seguido con anterioridad; en el artículo 1.º del texto refundido de 1968 se establece una presunción de culpa en el conductor, al exonerarle de las consecuencias nocivas del accidente únicamente en caso de culpa exclusiva de la víctima o en virtud de un suceso de fuerza mayor que no sea rotura o fallo de los mecanismos del vehículo; por tanto la rotura de los frenos hace responsable al conductor de las consecuencias perjudiciales del accidente, pues la doctrina de la presunción de culpa, sancionada por la jurisprudencia desde la sentencia de 10 de julio de 1943, que carga al conductor con la prueba de su falta de culpa, actúa en casos de accidentes de circulación *ministerio legis*, tanto en el citado texto refundido como en el Decreto legislativo de 28 de junio de 1986, posterior a la Constitución, prueba que no realizó, ni el conductor, ni la entidad estatal de que dependía.

Valor del artículo 1.902 del Código civil.—El precepto del Código civil tiene un carácter general para los supuestos de culpa extracontractual, lo que no ha impedido que fuera del ámbito de la circulación vial se aplique a supuestos de mera responsabilidad por riesgo, como los derivados de la explotación de industrias, lo que evidencia que el concepto clásico de la culpa, basado en la omisión de la diligencia exigible según las circunstancias (art. 1.104 del Código civil) ha evolucionado en casos en que aun con la diligencia exigible según los reglamentos, al producirse el daño, ha habido menosprecio para bienes ajenos jurídicamente protegidos, en forma similar a como dentro de los accidentes de la circulación vial, al no tratarse de una pura responsabilidad objetiva, se va a parar, en definitiva, a una responsabilidad por el riesgo que supone manejar una máquina como el automóvil, que entraña peligros para los bienes jurídicos ajenos.

Carácter especial de la legislación sobre accidentes de circulación.—Frente a la generalidad del artículo 1.902 del Código civil, el artículo 1.º del texto refundido de 21 de marzo de 1968 tiene un carácter especial para los accidentes de circulación vial, lo que no excluye, al no tratarse de norma excepcional, la norma general y jurisprudencia recaída en su aplicación.

Liquidación de la responsabilidad civil.—Tanto el seguro obligatorio, como el voluntario, como meros medios liquidatorios de la responsabilidad civil, no alteran la naturaleza de la deuda que tratan de satisfacer, y no son ciertamente la única forma de liquidar tal deuda, como lo demuestran los casos en que no actúa el seguro, o en que el responsable del accidente es el que directamente soporta el resarcimiento económico a favor de los perjudicados.

Impugnación de la cuantía de la indemnización.—Las cuestiones relativas a la indemnización de daños y perjuicios lo son de hecho, correspondiendo al Tribunal sentenciador la apreciación de las mismas, a no impugnarse con éxito por error en la apreciación de la prueba; lo que no ocurre en el presente caso, pues tal impugnación se apoya en documentos de los que no resulta que las valoraciones hechas por la Sala de instancia sean inadecuadas, sino fundamentadas en los hechos, tales como el valor del vehículo destruido, los daños morales con base en los 633 días que duró el tratamiento de curación de las lesiones y los perjuicios indudables derivados de la incapacidad permanente parcial. (STS de 2 de julio de 1987, no ha lugar.)

NOTA.—Nada que objetar en orden al caso concreto, dado que la rotura de frenos (hecho al parecer frecuente en vehículos militares, por su vetustez) es el accidente clásico en la materia que el legislador tomó como punto de partida para responsabilizar al conductor; tampoco parece excesiva la cuantía de la indemnización decretada (3.675.000 pesetas) si se tienen en cuenta las circunstancias recogidas en la sentencia. Acaso interese recoger declaraciones de carácter general (Pte. Santos Briz): 1.º las relaciones entre el artículo 1.902 del Código civil y las distintas normativas sobre culpa extracontractual, que son las mantenidas entre *lex generalis* y *lex specialis*; 2.º la afirmación marginal de que la presunción de culpa ha sido recogida en un texto postconstitucional (el Decreto legislativo de 28 de junio de 1986), con lo que se sale al paso de que pudiera ir en contra de la presunción de inocencia del artículo 24 de la Constitución española, y 3.º la matización de ser responsabilidad por riesgo, y no objetiva, la derivada de accidentes viales (Lacruz: *Elementos*, II-1.º, 2.ª ed., p. 601, la califica de cuasi-objetiva, precisamente frente a la opinión doctrinal del Ponente de esta sentencia). (G.G.C.)

19. Daños derivados de un accidente de circulación. Culpa civil. Sobreseimiento de proceso penal.—No puede deducirse que el conductor del vehículo militar causante del accidente no incurrió en culpa civil por el hecho de que se sobreseyera un proceso penal seguido con anterioridad, ya que en el ámbito penal no existe un precepto como el artículo 1.º del texto refundido de 1968 que se cita, que establece una presunción de culpa en el conductor, al exonerarle de las consecuencias nocivas del accidente únicamente en caso de culpa exclusiva

de la víctima o en virtud de un suceso de fuerza mayor que no sea rotura o fallo de los mecanismos del vehículo.

Presunción de culpa del conductor del vehículo causante del accidente de circulación.—La presunción de culpa en el conductor, que viene sancionando la jurisprudencia de esta Sala desde su sentencia de 10 de julio de 1943 para cargarle con la prueba de su falta de culpa, actúa en casos de accidentes de circulación «ministerio legis» tanto en el Texto Refundido de 21 de marzo de 1968 como en el reciente Decreto legislativo de 28 de junio de 1986, posterior a la promulgación de la Constitución, desplazamiento de la prueba que en la litis objeto de este recurso no llevó a cabo el conductor ni la entidad estatal de que dependía.

Responsabilidad por riesgo.—Al no tratarse de una pura responsabilidad objetiva se va a parar, en definitiva, a una responsabilidad por el riesgo que supone manejar una máquina como el automóvil, que entraña peligros para los bienes jurídicos ajenos.

Analogía.—Frente a la generalidad del artículo 1.902 del Código civil, el artículo 1.º del Texto Refundido de 21 de marzo de 1968 tiene un carácter especial para los accidentes de circulación vial, lo que no excluye, al no tratarse de una norma excepcional, que a estos últimos se aplique por analogía, y por defecto en su caso de la normativa especial, la norma general y jurisprudencia recaída en su aplicación.

Indemnización de daños y perjuicios.—Es cuestión de hecho. (STS de 9 de julio de 1987, no ha lugar.)

HECHOS.—Un soldado que conducía en acto de servicio un camión, en un momento dado hubo de frenar por haberse detenido el vehículo que le precedía, sin que le obedecieran los frenos, lo que originó la colisión con el vehículo que venía en dirección opuesta, y como consecuencia de la colisión el conductor del mismo resultó con graves lesiones. En la demanda solicitó una determinada indemnización de daños y perjuicios, que fue estimada en parte por el Juez de Primera Instancia. La Audiencia Territorial acogió en parte el recurso de apelación, aumentando la cuantía de la indemnización. No prospera el recurso de casación.

20. Culpa extracontractual del personal sanitario. Principio culpabilístico.—En la conducta de profesionales sanitarios queda, en general, descartada en su actuación personal toda idea de responsabilidad más o menos objetiva, para situarnos en el concepto clásico de la culpa en sentido subjetivo, como omisión de la diligencia exigible en cada caso, sin que se le pueda atribuir cualquier consecuencia, por nociva que sea, que caiga fuera de su campo de imputación, máxime cuando en los tratamientos u operaciones quirúrgicas, aunque se persigue el resultado de la curación del paciente, el médico no se obliga a obtener en todo caso una curación, sino a poner en su actuación toda la atención y diligencia que deriva de su específica preparación científica y práctica.

Parálisis cerebral infantil derivada de amigdalectomía. Culpa del Médico. Carga de la prueba.—La culpa del médico y la relación causal entre la culpa y el daño sobrevenido incumbe probarla al paciente o a sus herederos o representantes legales, y la prueba *prima facie* será contraria al médico únicamente cuando la

causalidad de su culpa ofrezca concretos fundamentos fácticos, de forma que si se pretende deducir consecuencias perjudiciales para el enfermo de un tratamiento facultativo, para que dichas consecuencias puedan estimarse derivadas del tratamiento, a falta de pruebas directas, la utilización de la de presunciones exigirá una relación concorde entre el efecto dañoso y el tratamiento anterior, de manera que dicho efecto no pueda aplicarse a varias circunstancias.

Relación de causalidad.—El nexo o relación de causalidad entre culpa y daño es un vínculo jurídico que puede ser apreciado en casación; la doctrina científica ha considerado que como el acontecer causal procedente del hombre se halla en relación con su voluntad y su responsabilidad, ésta en el curso causal solamente llega hasta donde llegue su imputabilidad; de ahí que a la mera relación causal material ha de añadirse ese elemento intencional sin el cual no existe responsabilidad.

Pluralidad de causas. Imprevisibilidad.—En el caso litigioso, aunque la operación de amigdalectomía fue la causa material de la situación de gravedad del paciente, sin embargo ello no es suficiente para imputar a los demandados, cirujano ni anestésista, máxime cuando según las distintas versiones técnicas ella pudo ser debida a diversas causas, y también a factores emocionales, sin que resulte que pudieran ser previsibles por los demandados, muy avezados a esta clase de operaciones por su práctica diaria y continuada en el mismo centro sanitario; por ello no puede acusárseles de la falta de diligencia exigible según las circunstancias de personas, tiempo y lugar (art. 1.104 del Código civil), ni de falta de previsibilidad en situación de normalidad, medida aquélla en función de la capacidad intelectual y preparación profesional de los demandados, cuya actuación fue correcta en todo momento.

Doctrina de la causalidad adecuada.—No puede seguirse la llamada teoría de la equivalencia de las condiciones que dieron lugar al resultado; en primer lugar, porque no se ha averiguado con certeza la causa y, en segundo lugar, porque cualquiera que esa hubiera sido haría responsable al que la puso o dio lugar a ella, prescindiendo de su imputabilidad; por el contrario, ha de seguirse la doctrina de la adecuación que atiende, por un lado, al postulado de la tipicidad o a la aptitud general de la causa para la producción de las consecuencias de la clase dada, y, por otro, a determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos, o si, por el contrario, queda fuera de este posible cálculo; sólo en el primer caso el resultado se corresponde con la situación que lo originó, es adecuado a ésta, está en relación causal con ella y ha fundamentado el deber de indemnización.

Caso fortuito.—Las desafortunadas consecuencias de la operación sufrida por el hijo del recurrente han de estimarse fuera de toda previsión, imprevistas desde un principio, y, como se ha demostrado por los cuidados posteriores, no evitables en el estado actual de la Ciencia médica, por lo que procede aplicar el artículo 1.105 del Código civil. (STS de 13 de julio de 1987, no ha lugar.)

HECHOS.—El 30 de noviembre de 1982, el menor Alexis M.L. fue sometido a una operación de amigdalectomía, que llevó a cabo el cirujano demandado, previa anestesia realizada por el anestésista también demandado; mientras se recuperaba de la intervención en una dependencia próxima al quirófano, al cuidado de su madre, el menor sufrió un paro cardíaco

que provocó la inmediata actuación de ambos médicos, logrando que el paciente recuperase el ritmo cardíaco y horas después la respiración espontánea, aunque insuficiente, siendo trasladado al Hospital General Clínico, ingresando en la U.C.I. en estado de coma profundo, continuando en los días siguientes con dificultades y escasos progresos. Como secuela permanente le ha quedado una parálisis cerebral infantil con tetraplejia espástica, a cuya paliación tiende la actividad rehabilitadora que se le siguió prestando. La intervención quirúrgica referida, considerada como actuación global y compleja, fue la causa material determinante de la grave e irreversible situación del menor, sin que a la luz de los informes médicos obrantes en autos pueda deducirse una actuación descuidada ni negligente del cirujano ni del anestesista, en cuanto que se considera probado la suficiencia de las pruebas previas a la intervención y la adecuada preparación del niño para ella; que la anestesia suministrada fue correcta, tanto en las sustancias empleadas como en el método aplicado; que la intervención transcurrió sin incidencias, y que como posibles causas de la parada cardíaca se señalan broncoaspiración hemática o apnea con taponamiento con coágulo de la entrada en la tráquea, o bien debida a una llamada asfixia blanca o incluso debida a una fibrilación ventricular, descarga de adrenalina, por causa emotiva, que es capaz de causar la muerte; todas ellas hipotéticas causas no imputables a los facultativos demandados.

NOTA.—Sentencia importante (Ponente: Santos Briz), tanto por la cuantía de la indemnización solicitada (50 millones de pesetas) como los problemas jurídicos planteados y resueltos.

1. Afirmación del principio culpabilista en el campo de la negligencia profesional de los sanitarios. La realidad social muestra en España, acaso por mimetismo con los Estados Unidos, un crecimiento de reclamaciones civiles como consecuencia de tratamientos médicos. La sentencia extractada es muy clara afirmando el concepto clásico de la culpa en sentido subjetivo. Ni la responsabilidad objetiva, ni cuasi-objetiva, y tampoco la responsabilidad por riesgo, son aplicables a este importante sector de la vida social.

2. El principio culpabilista tiene vigencia tanto en la culpa contractual como extracontractual. Obsérvese que en el caso aquí resuelto hubiera podido invocarse el contrato de servicios médicos realizado por los padres del menor, bien con la Intitución bien con los demandados. Por otra parte, el Tribunal Supremo recuerda el carácter de obligación de medios y no de resultado que presenta tal contrato de servicios.

3. Es importante también la doctrina sentada a propósito de la relación de causalidad, rechazándose la teoría de la equivalencia de las condiciones (que conduciría a imputar un resultado, quizá a quien sólo es causante material del mismo), y aceptándose la de la causalidad adecuada.

4. La culpa profesional del médico ha de ser probada, de suerte que no cabe invocar la inversión de la carga de la prueba, ni la prueba por el resultado, siendo de notar que la probada pericia de los demandados en operaciones médicas similares juega en favor suyo, y no en su contra.

En resumen: una muestra más del constatado «giro jurisprudencial» hacia posiciones clásicas o tradicionales en la aplicación del artículo 1.902. (G.G.C.).

21. Culpa extracontractual. Alteración estructural del suelo por excavaciones en finca colindante. Responsabilidad del arquitecto.—Si se puede medir y prever el resultado por quien asumió el proyecto y dirigió la obra, es indudable que se omitió la diligencia que exigía la misma y le correspondía como arquitecto que además era conocedor del lugar.

Principio culpabilístico en la aplicación del artículo 1.902.—No se ha objetivado la responsabilidad, ni se ha invertido la carga de la prueba, ni se ha aplicado de modo aislado la doctrina del riesgo; por el contrario, se acreditó que no se adoptaron las precauciones y cuidados necesarios ni los que la prudencia profesional imponía para prevenir el evento dañoso, lo que significa respetar el principio culpabilístico que sigue informando el artículo 1.902 del Código civil.

Valoración de la prueba pericial.—La valoración de los dictámenes periciales, conforme a las reglas de la sana crítica, compete al juzgador según los artículos 623 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 1.243 del Código civil, no existiendo directrices legales preestablecidas que rijan el criterio estimativo de tal prueba, no pudiendo invocarse en casación la infracción de precepto alguno en tal sentido, y ha de mantenerse la realizada por la Sala de instancia, ajustada plenamente a la lógica, ya que no descartó ninguno de los informes obrantes en autos, los coordinó entre sí y los ponderó en relación con los demás medios probatorios (STS de 17 de julio de 1987, no ha lugar.)

NOTA.—Delimitado el *tema decidendi* en el ámbito o sector de la responsabilidad profesional, la sentencia extractada (Ponente: Fernández-Cid) pone especial énfasis en destacar los aspectos culposos de la conducta del arquitecto que dirigió negligentemente la construcción de un muro-pantalla en un solar con resultado de ruina en el edificio colindante. Se prosigue así el «retorno a la interpretación culpabilista» que parece detectarse en la última jurisprudencia de la Sala 1.^a; lo que no significa que otras veces no se aplique la inversión de la carga de la prueba y la responsabilidad por riesgo, sobre todo si lo imponen textos legales. Parece prematuro, con todo, hacer un balance del indicado giro jurisprudencial.

Quizá la mayor dificultad del caso haya radicado en la prueba pericial, plural y, al parecer, no totalmente coincidente. La fórmula utilizada en la sentencia: «no descartó (la Sala) ninguno de los informes obrantes en autos, los coordinó entre sí y los ponderó en relación con los demás medios probatorios», es una manifestación más de la soberanía valorativa del órgano jurisdiccional en la materia». (G.G.C.)

22. Culpa extracontractual. Lesiones en accidente de circulación. Carga de la prueba. Culpa exclusiva del perjudicado. Aplicación del artículo 1.105 del Código civil.—La absolución no se fundamenta en la falta de pruebas demostrativas de la culpabilidad del agente, causante material del evento dañoso, sino en que las existentes habían acreditado que en la ocasión de autos aquél actuó con la diligencia debida y que le era exigible conforme a una estricta interpretación del artículo 1.104 del Código civil, quedando desvirtuada la presunción *iuris tantum* de culpabilidad y consiguiente carga probatoria que se atribuye en determinados supuestos al agente productor del daño; además, al analizar la conducta de la víctima, se llega a la conclusión de que el accidente se originó por culpa exclusi-

vamente atribuible a su conducta, calificándose de «imprevisible» para el conductor del automóvil la conducta de la víctima, por lo que procede aplicar el artículo 1.105 del Código civil. (STS de 17 de julio de 1987, no ha lugar.)

NOTA.—La aplicación del caso fortuito a los accidentes de circulación vial parece más frecuente y menos difícil con la nueva orientación jurisprudencial que he calificado de «retorno al principio culpabilístico». En el tercer fundamento de Derecho se rechaza rotundamente la atribución de responsabilidad con base en la mera causalidad material del daño, y se reitera la última doctrina jurisprudencial. Cfr. mi nota a sentencia de 17 de julio de 1987 sobre responsabilidad de arquitecto. (G.G.C.)

23. Culpa extracontractual. Accidente aéreo en competición deportiva. Artículo 1.902. Diligencia exigible.—Si bien el artículo 1.902 del Código civil descansa en un básico principio culpabilista, no cabe desconocer que la diligencia requerida comprende no sólo las prevenciones y cuidados reglamentarios, sino además todos los que la prudencia imponga para prevenir el evento dañoso, a los que debe añadirse, como criterio complementario, dentro de pautas adecuadas, el de la responsabilidad basada en el riesgo, aunque sin erigirla como fundamento único de la obligación de resarcir, lo que permite entender que para responsabilizar una conducta no sólo ha de atenderse a esa diligencia exigible según las circunstancias personales y de tiempo y lugar, sino además el sector del tráfico o de la vida social en que la conducta se proyecta, para determinar si el agente obró con el cuidado, atención y perseverancia apropiadas y con la reflexión necesaria para evitar el perjuicio a personas o bienes jurídicamente protegidos, lo que en el caso presente no aconteció a la vista del resultado dañoso producido de forma individualizada en una sola de las avionetas participantes en la competición deportiva, lo que, en principio, parece traslucir el fallo o falta de previsión suficiente en quien manejaba la concreta aeronave accidentada, con resultado de muerte para sus ocupantes.

Prescripción de la acción. Inaplicabilidad del plazo de seis meses del artículo 124 de la Ley de Navegación Aérea.—El plazo excepcional de prescripción de seis meses que restrictivamente establece en el artículo 124 de la Ley de Navegación Aérea para el transporte de viajeros y mercancías no es de aplicación a los daños causados por aeronaves no utilizadas para el transporte, sino para prácticas deportivas en las que los ocupantes no tienen la condición de «viajeros», sino de «participantes» en la competición deportiva de que se trata. La prescripción aplicable es la del transcurso de un año establecido en el número 2.º del artículo 1968; la aplicación singular de la prescripción semestral constituiría una limitación añadida a una institución que, con su carácter excepcional, ha de ser interpretada restrictivamente (STS de 17 de julio de 1987, no ha lugar.)

NOTA.—En el accidente habían fallecido los tres ocupantes de una avioneta deportiva y la reclamación que la Audiencia Territorial estima se dirige por los herederos del segundo piloto y del periodista deportivo, contra los herederos del piloto y el Aeroclub organizador de la competición. Parece clara la exclusión de la prescripción semestral y la aplicación del plazo normal de un año. En cambio, para fundamentar la responsabilidad del piloto se invoca el «básico principio culpabilista» del artículo 1.902,

aunque, en definitiva, la prueba se fundamenta en el resultado dañoso (sólo una avioneta se accidentó), si bien se cuida de subrayar que la responsabilidad por riesgo no es «fundamento único de la obligación de resarcir» y se destaca el sector del tráfico o de la vida social en que el accidente se produce. En definitiva, parecen guardarse las formas de ese giro jurisprudencial que en otras sentencias se detecta (cfr. mi nota a sentencia de 17 de julio de 1987, dictada en un sector diferente de la vida social, el de la imprudencia de un arquitecto), si bien se mantienen con moderación los criterios interpretativos «progresistas». (G.G.C.)

4. DERECHOS REALES

24. Naturaleza pública o privada de los bienes.—Es competencia exclusiva de los órganos judiciales fijar o determinar la naturaleza pública o privada de los bienes.

Actos de deslinde.—Como tiene dicho esta Sala en diversas sentencias, las actas de deslinde sólo resuelven cuestiones de límite, más no contienen declaraciones de propiedad ni siquiera de posesión.

Desafectación de bienes de dominio público.—La discutible, pero legal y real facultad de desafectación de bienes de carácter público, estaba autorizada antes de 1959, y por tanto, de efectuarse el acto de deslinde que constituye una de las bases de las argumentaciones de ICONA y de este recurso. Consiguientemente, el Código civil podrá o no autorizarlo, pero ello no puede dejar sin efecto unos derechos adquiridos antes de su promulgación y con base en la legislación en aquellos tiempos vigente. (STS de 17 de julio de 1987, no ha lugar.)

HECHOS.—El abogado del Estado solicitó en la demanda que sean declarados de dominio público determinados azarbes, golas y encañizadas para el beneficio de la pesca, pertenecientes a la zona marítimo-terrestre.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial desestimaron la demanda. No prospera el recurso de casación.

25. Inmuebles por incorporación y reserva de dominio sobre muebles incorporados.—El artículo 34, número 5, del Código civil exige como requisito ineludible para que un bien mueble por naturaleza se transforme en inmueble por incorporación que el destino venga dado por el propietario pleno, sin cuya condición no puede entenderse que los bienes muebles adquiridos con reserva de dominio puedan convertirse en inmueble por incorporación cuando aquella reserva consta de modo fehaciente, como en el caso debatido, por estar inscrita en el Registro de reservas de dominio y prohibiciones de disponer. Precisamente el objetivo de esa inscripción es evitar que puedan ser gravados o transmitidos en perjuicio del titular inscrito, es decir, que la inscripción perjudica a tercero en cuanto a aquella disposición o gravamen. El mismo requisito de destino dado por el propietario de los bienes muebles afectados ha de exigirse para que queden incluidos en el gravamen hipotecario del inmueble que los contenga, sin cuyo requisito ha de estimarse ineficaz el pacto expreso de hipotecabilidad que prevé el artículo 111 de la Ley Hipotecaria; y ha de ser así, porque de otra forma persona no propietaria podría hipotecar bienes ajenos en perjuicio de su dueño y, sobre todo, por-

que el artículo 1.857, números 2 y 3, del Código Civil, establece como requisito esencial de la hipoteca en todo caso, pues no hace distinciones, que la cosa hipotecada pertenezca en propiedad (plena) al que la hipoteca, y que la misma persona propietaria tenga la libre disposición de sus bienes; lo que no puede predicarse de quien adquiere una cosa con reserva de propiedad a favor del transmitente, y menos del que adquiere de quien simplemente es titular con reserva de dominio en tanto la reserva subsista.

Posesión de muebles y buena fe.—También debe decaer el motivo cuarto que con el mismo apoyo procesal acusa la violación del artículo 464, párrafos 1 y 2, del Código Civil. Y ello porque el precepto legal invocado para atribuir titulación dominical exige que la adquisición de posesión de bienes muebles sea de «buena fe», requisito que, como se ha razonado, no concurre en el recurrente, que adquirió la posesión discutida sabiendo que los bienes objeto de ella pertenecían a un transmitente que se reservó el dominio sobre ellos; y de la misma forma no puede predicarse su adquisición de buena fe en venta pública, puesto que se le requirió repetidamente para que se abstuviera de consolidar la adquisición y, no obstante, primero participó en la subasta y después no atendió las declaraciones judiciales, anteriores a la subasta, en que se declaraban los bienes en cuestión de propiedad ajena. (STS de 3 de julio de 1987, no ha lugar.) (R.A.)

26. Propiedad horizontal. Las jácnas eliminadas constituyen parte de la estructura del edificio y, en consecuencia, elemento común.—Constituyendo las jácnas eliminadas por el recurrente parte de la estructura del edificio y, en consecuencia, elemento común del mismo, estamos en presencia del supuesto previsto en el artículo 11 de la Ley de Propiedad Horizontal, que es de aplicación al caso, en relación con los artículos 13.3 y 16.1 de la repetida Ley, de forma que por afectar al título constitutivo la obra de referencia inexcusablemente exigirá el consentimiento unánime de todos los copropietarios, lo que, como ha quedado visto, no se produjo en el caso presente. (STS de 23 de julio de 1987, no ha lugar.) (L.F.R.S.)

27. Buena fe como concepto distinto de justo título. Interrupción de la posesión. Justo título.—El análisis separado de las afirmaciones del recurrente en los motivos de casación expuestos lleva a las siguientes conclusiones: a) No se puede estimar una falta de buena fe, porque la buena fe se presume siempre y, especialmente, en materia de posesión como previene el artículo 434 del Código civil. Esta buena fe es compatible con la posible insuficiencia o inexistencia de justo título, porque, aunque justo título y buena fe son materias de íntima relación, cabe que, por parte del poseedor, se haya producido un error en la interpretación de los hechos o documentos, excluyente, en principio, del dolo, término equivalente al de la mala fe y contrario al de buena fe. b) Tampoco cabe admitir una interrupción válida de la posesión a título de dueño, por la existencia de un proceso penal anterior y otro posesorio de la Ley Hipotecaria, porque en el proceso penal se produjo un sobreseimiento y en el hipotecario, una sentencia absolutoria. En orden a lo dispuesto en el artículo 1.946-3.º del Código civil, ambas resoluciones significan la no prosecución de la reivindicación implícita en tales procesos y equivalen a la absolución, cuyas consecuencias son dejar sin efecto la interrupción, lo que equivale a la afirmación de que la interrupción de la posesión nunca

tuvo lugar. c) En cambio, tal como resulta de lo actuado, en su reflejo documental no contradicho, de las exigencias de los artículos 1.952, 1.953, 1.954 y 1.957 del Código civil y doctrina jurisprudencial (sentencias de esta Sala de 24 de mayo de 1986, entre otras), no concurre el requisito del justo título de los demandados para emprender la usucapación ordinaria, pues los demandados no tienen útil alguno sobre la finca descrita por la actora, de conformidad con escritura pública de fecha 3 de junio de 1953, inscrita en el Registro de la Propiedad que ostentan los demandados, contenido en la misma escritura pública que constituye el título de la actora contiene la afirmación y descripción de un resto de finca matriz de la actora, con la cual colinda al haber adquirido de ésta tres segregaciones en el mismo acto. Por tanto, ante la constancia documental de la colindancia de los demandados con resto de finca de la actora, de la que había adquirido tres segregaciones, no pueden los demandados alegar justo título, cuando de los que componen la titularidad de todo el terreno del que son propietarios resulta una finca colindante que su posesión hace desaparecer. No puede servir de justo título para la finca litigiosa el que corresponde a sus colindantes. d) A falta de justo título, la posesión de los demandados, no apta para la usucapación ordinaria, no es suficiente para la prescripción extraordinaria, pues aun nacida en el año 1951, la interrumpe la interposición de la demanda en este proceso en fecha 3 de enero de 1979, por lo que no han transcurrido los treinta años exigidos por el artículo 1.959 del Código civil.

Acción reivindicatoria. Identificación de la finca resultante de segregaciones.— Esta descripción da idea de tres linderos fijos; un camino y un arroyo (linderos naturales) y un olivar de persona tercera, por lo que, a partir de estos tres linderos se puede obtener, mediante la aplicación de la cabida, el cuarto lindero, que es común con los demandados. Da idea, pues, de una situación, incluso de una forma cuadrangular y de un cabida, suficientes para la identificación, con la exactitud exigible. *Por otra parte, alegada la usucapación por los demandados, tal alegación implica el conocimiento del lugar geográfico al que se refiere y que trata de amparar en un título inexistente. (STS de 10 de julio de 1987, no ha lugar.) (R.A.)*

28. Acción contradictoria de dominio inscrito a nombre de otro en el Registro de la Propiedad. Interpretación del número 2 del artículo 38 de la Ley Hipotecaria.—La cuestión queda definitivamente zanjada a partir de la doctrina establecida por esta Sala en sus sentencias de 9 de diciembre de 1981, 16 de mayo de 1983 y 29 de marzo de 1984, en las que, superando la anterior interpretación rigorista del precepto contenido en el número 2.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, que exigía el ejercicio previo, o a lo sumo coetáneo, con la acción contradictoria del dominio inscrito, de la acción dirigida a obtener la cancelación o nulidad del asiento registral, se pasa a la más actual, más acertada desde el plano hermenéutico jurídico-social, y flexibilizadora del tráfico jurídico, estableciendo que el hecho de haber ejercitado el actor una acción contradictoria del dominio que figura inscrito a nombre de otro en el Registro de la Propiedad, sin solicitar nominal y específicamente la nulidad o cancelación del correspondiente asiento registral, lleva claramente implícita una petición de nulidad o de cancelación del asiento contradictorio, y no puede ser causa de que por razón de un error u omisión en el súplico de la demanda se inadmita ésta, y, por tanto, se deniegue

la petición respecto a la titularidad dominical. (STS de 6 de julio de 1987, no ha lugar.)

NOTA.—El único motivo del recurso lo fundamenta la parte en el ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciando la infracción negativa del párrafo 2.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, al entender que al ejercitarse en el caso de autos la acción contradictoria del dominio inscrito a nombre de la demanda, y darse la estimación de tal demanda, sin que se decrete la cancelación o nulidad de las inscripciones a favor de la demandada, se produce una contradicción e incompatibilidad, que determinaría la imposibilidad de la ejecución de la sentencia, argumentación que rechaza el Tribunal Supremo. (A.C.S.)

29. Exceso de cabida. Criterio restrictivo cuando no existen linderos fijos.—Deberá también mantenerse la nulidad del exceso de cabida de 120 metros cuadrados de la finca 12.091, ya que se trata de finca, cual las otras litigiosas, carente de linderos fijos y no se ha justificado la adquisición del exceso, por lo que ha de extremarse un criterio que ya de suyo debiera ser restrictivo.

Inmatriculación del exceso de cabida. Cautela necesaria.—El precepto hipotecario para inmatricular el exceso de cabida cuestionado debe utilizarse con la cautela conveniente a un Registro desconectado del Catastro (a salvo lo que disponen los artículos 230 a 235 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario y de la correspondencia iniciada por el Real Decreto 1.030/1980, de 3 de mayo) llamado a nutrirlo con exactitud de sustancia física que garantice las circunstancias descriptivas de los inmuebles que ahora descansan sobre la deleznable base que les prestan las manifestaciones de los otorgantes y no se hallan garantizadas nunca por los términos de la inscripción. La medida superficial de las fincas, de que ahora se trata, si se quiere alterar incrementándola, habrá de ser, como el propio precepto aplicado prudentemente expresa, sólo cuando «no haya duda fundada», presupuesto que se reputa «indispensable».

Legitimación «ad causam» para solicitar cancelación de exceso de cabida.—El motivo 5.º, al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la no aplicación de la excepción dilatoria 2.ª del artículo 533 de la misma ley. El motivo alega la falta de «legitimatío ad causam» que aqueja, a su juicio, la parte demandada, debida a que en el escrito de la demanda se solicitaba la cancelación de la inscripción 11.º de la finca 12.091 en cuanto al exceso de cabida inmatriculado mediante la escritura de 14 de junio de 1977, y ello fundándose «en la suposición de que los 120 metros cuadrados de exceso de la finca 12.091 procedían de la finca 14.339». Según el motivo, carecía la parte demandante de interés para obtener, como así ha sido, pronunciamiento declaratorio de la nulidad de la inmatriculación y de cancelación del supuesto exceso de cabida, ya que es «exceso de cabida en una finca que en nada le afecta». El motivo es absolutamente inatendible por cuanto la cabida de la finca 18.465, propiedad de la parte actora y recurrida, pende de la cabida de las contiguas y con las que habrá de ser deslindada, según es obvio, por lo que dicha parte ostenta un interés legítimo y protegible, digno de amparo, en el particular de la existencia y suerte de esos 120 metros cuadrados. (STS de 22 de julio de 1987, no ha lugar.) (R.A.)

5. DERECHO DE FAMILIA

30. Gananciales. Derecho derogado. Presunción de ganancialidad. Falta de prueba del carácter privativo.—La sentencia recurrida ha hecho una aplicación correcta del ordenamiento jurídico (artículo 1.407 del Código civil, coincidente con el artículo 1.361 de la redacción vigente después de la reforma de 1981), siguiendo las pautas doctrinales marcadas por la jurisprudencia de forma unánime (sentencias de 11 de septiembre de 1915, 13 de septiembre de 1926, 10 de julio de 1935, 11 de mayo de 1957, 10 de junio de 1975, 23 de julio de 1979 y 15 de julio de 1982), como lo fuera por el Registro de la Propiedad al hacerse eco del mandato del artículo 95, regla 1.ª, del Reglamento Hipotecario en su redacción de 1959, a la sazón vigente, pues, como entendía la doctrina, la *vis atractiva* favorable a la ganancialidad de los bienes se había manifestado en la fuerte presunción establecida en el antiguo artículo 1.407 del Código civil, que motivó una rigurosa interpretación jurisprudencial acerca de la justificación necesaria para destruirla, que había de manifestarse de manera cumplida y satisfactoria para poder apreciar así el carácter privativo de la adquisición. (STS de 10 de noviembre de 1986, no ha lugar.)

NOTA.—El marido argumenta sobre una hipotética confesión que su esposa había hecho en pleito anterior al contestar a la demanda sobre el carácter privativo de la adquisición del bien, pero en el segundo fundamento de derecho se rechaza la argumentación con la indivisibilidad de la confesión y con el hecho de que, al absolver posiciones, no hay rastros de tal confesión de privatividad, aparte de que la sentencia recurrida refuerza la presunción legal con otra presunción ordinaria basada en la capacidad del patrimonio conyugal para realizar la adquisición del bien. En realidad, la doctrina de esta sentencia recoge la *communis opinio*. Dicen Lacruz y Sancho-Rebullida, *Elementos IV* (Barcelona, 1982), p. 378, que «basta la intensidad y continuidad de las relaciones conyugales para justificar la inversión de la carga de la prueba»; en este caso, el matrimonio ha durado dieciséis años, aunque después han iniciado los trámites de separación, en cuyo momento surge la discusión sobre la naturaleza del bien. La debilidad de la argumentación del marido se muestra en su afirmación de haberse olvidado mencionar ante Notario la procedencia del dinero con que se realiza la adquisición. En cuanto a la supuesta confesión de la esposa, alegada con escaso éxito, *vide* últimamente Gavidia Sánchez, *La confesión de privatividad de bienes de la sociedad conyugal* (Madrid, 1987) (G.G.C.)

31. Cambio de régimen económico matrimonial en virtud de capitulaciones matrimoniales. Protección de los derechos adquiridos por acreedores. Tercería de dominio.—La modificación del régimen económico matrimonial, a tenor del entonces artículo 1.322, hoy artículo 1.317 del Código civil, no puede perjudicar en ningún caso los derechos de terceros adquiridos con anterioridad a dicha modificación, por lo que si la sentencia afirma que los créditos por los cuales se embargaron los bienes cuyo dominio exclusivo alega la tercerista, eran anteriores a la escritura de capitulaciones matrimoniales en virtud de la cual se pasó del régimen legal de gananciales al de separación de bienes, con adjudicación a la

esposa de las fincas reivindicadas, que eran gananciales, y si no se ha discutido la facultad del marido para obligarlos en el ejercicio de su profesión, es manifiesta la improcedencia de la tercería para liberar tales bienes de las trabas a que están sujetos.

Bienes inscritos a nombre de la esposa en el Registro de la Propiedad.—En el supuesto aquí contemplado no entran en juego los principios hipotecarios que se mencionan, en cuanto que ni la esposa actora es tercero hipotecario al no concurrir los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, ni el principio de legitimación registral proclamado en el artículo 38 de dicha Ley es obstáculo a lo expuesto, ya que la Ley faculta a los acreedores para perseguir los bienes que ostentaran tal naturaleza (gananciales), aunque estén legalmente en poder y posesión de uno de los cónyuges como bienes privativos en virtud del cambio de régimen económico matrimonial, es decir, aunque registralmente estén a nombre de la esposa y el deudor que los obligó fuera el esposo, posibilitando la anotación preventiva de embargo el artículo 144 del Reglamento Hipotecario, siempre que, como ocurre en este caso, se haya dirigido la demanda contra ambos cónyuges. (STS de 21 de julio de 1987, no ha lugar.)

HECHOS.—La esposa interpuso demanda de tercería de dominio, ya que un acreedor del marido había embargado bienes que sólo a ella pertenecían en virtud de las capitulaciones matrimoniales otorgadas, con adopción del régimen de separación de bienes y liquidación de la sociedad de gananciales.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial desestimaron la demanda de tercería de dominio en atención a los derechos adquiridos por el acreedor con anterioridad al cambio del régimen económico matrimonial. No prospera el recurso de casación.

32. Filiación no matrimonial. Prueba biológica. Arbitrio judicial. Exégesis del artículo 135 del Código civil.—El legislador español, superando tradicionales desconfianzas, comienza, en cierto modo al menos, a consagrar la función del Juez como *magister interpretationis* de la norma, especialmente cuando se trata de las dirigidas a regular cuestiones propias del Derecho de familia o referidas al estado y condición de las personas; ello no supone convertir ni concebir al juzgador como un intérprete arbitrario, caprichoso y voluble, y sí como un árbitro que viene obligado a efectuar la labor de exégesis que la ley le encomienda conforme a los principios de la buena fe, la sana crítica y la lógica jurídica, esto es, convirtiéndole en un *arbiter boni viri* o *bonis familiae*, consecuencia de lo cual es que sus decisiones puedan ser objeto de crítica a través de los oportunos recursos; el artículo 135 del Código civil refleja un sistema en cierto modo parecido al francés, sin sancionar plenamente el principio de prueba libre ni admitir exactamente el de las presunciones legales, introduce en materia probatoria e interpretativa un criterio de gran amplitud que autoriza al Juez a declarar, o no, la filiación declarada, para lo cual, si bien habrá de tomar en términos generales y como punto de partida los hechos base que el legislador le señala (reconocimiento expreso o tácito, posesión de estado y convivencia con la madre en la época de la concepción), le concede en el último párrafo la facultad de poner en juego lo dispuesto en el artículo 4.º.1 del Código civil, permitiéndole

tomar en consideración «otros hechos de los que se infiera la filiación de modo análogo».

Relaciones de amistad íntima o noviazgo informal entre los litigantes.—La prueba biológica de investigación ofrece unas posibilidades del 98 por 100 en favor de la paternidad del recurrente, apareciendo igualmente acreditada la convivencia del recurrente con la actora, con cierta continuidad y coincidiendo con el período de la concepción; todo ello sin olvidar que existen otros hechos de los que se deduce la filiación de modo análogo, entre ellos, la confesión del demandado, concluyendo la sentencia de instancia que todas esas manifestaciones y actitudes se compadecen mal con aquel escaso conocimiento y con la existencia de meras relaciones superficiales alegadas en los escritos de contestación y dúplica, y constituyen un conjunto de significativos hechos circunstanciales probados que sirven, en perfecta relación de causa a efecto, para alcanzar aquella verdad real de las relaciones de amistad íntima o noviazgo, más o menos informal, entre los litigantes, de los cuales fue engendrado y nació el hijo de la actora (STS de 17 de julio de 1987, no ha lugar.)

NOTA.—Nada que oponer al tema de fondo, pues si la verosimilitud o fiabilidad de las pruebas biológicas alcanza el 98 por 100 (el demandado es, además, médico), poco más podrá añadirse en período probatorio, salvo el reconocimiento expreso (no sujeto a forma) del presunto padre. Sí parece oportuno, en cambio, hacer algunas observaciones a la argumentación de la sentencia extractada (Ponente: Martín-Granizo).

1.º) El sistema español no sigue puntualmente al francés implantado en la reforma de 1972, ya que en éste existen unos *fins de non recevoir*, o causas de inadmisibilidad de la demanda que funcionan con gran rigidez, en nada parecidos al artículo 127, párrafo 2.º, de nuestro Código civil; además se da en Francia una *action à fin des subsides* (art. 342 ss.), sin paralelo en nuestro ordenamiento.

2.º) La invocación de la relación de noviazgo (*promesse de mariage ou fiançailles* del artículo 340-2.º *Code civil*) parece conectar con la anterior jurisprudencia de la Sala 2.ª, recaída a propósito del delito de estupro simple, una de las vías procesales para obtener declaraciones judiciales de paternidad vedadas por la prohibición de investigarla. Pero hablar de «relaciones de amistad íntima o noviazgo más o menos informal», no deja de suscitar reservas. En el caso de la sentencia no parece se invocase la promesa de matrimonio (adviértase que ambos litigantes son mayores de edad) como fundamento de la acción, aunque sí se hace una alusión marginal al mismo; no hubo convivencia *more uxorio*, sino, todo lo más, relaciones de trato de no muy larga duración (al final de un verano hasta finales del siguiente mes de enero); obviamente, de lo que no hay prueba es de los encuentros en que consumaron las relaciones íntimas.

3.º) El artículo 135 del Código civil no posee una clara redacción ni su interpretación deja de suscitar serias dudas en la doctrina. La aplicación que de él se hace en esta sentencia, parece razonable, y cabe esperar, en el futuro, un uso moderado de las amplias facultades interpretativas que la norma atribuye a los Jueces. (G.G.C.)

6. DERECHO DE SUCESIONES

33. Usucapión de títulos nobiliarios. No puede apreciarse de oficio.—Los títulos nobiliarios son susceptibles de prescripción adquisitiva o usucapión basada en la posesión inmemorial, cifrada en cuarenta años. Pero constituyendo la prescripción una excepción perentoria renunciable, para ser apreciada por el juzgador necesariamente ha de ser esgrimida de forma expresa en fase de alegaciones, lo que no ocurrió en el caso de autos, por lo que la Sala de instancia no pudo ni, por tanto, debió estimarla de oficio, so pena de incurrir en manifiesta incongruencia.

Orden de sucesión en los títulos nobiliarios. Carácter inalterable.—En los títulos nobiliarios se sucede con arreglo a los tradicionales principios de primogenitura y representación, conjugados con los siguientes criterios preferenciales: en primer lugar, el grupo parental formado por los descendientes prefiere y excluye al de los ascendientes, y el de éstos, a los colaterales; en segundo lugar, la línea anterior prefiere y excluye a las posteriores; en tercer lugar, el más próximo en grado prefiere y excluye al más remoto, salvando siempre el derecho de representación; en cuarto lugar, en igualdad de línea y grado, el de más edad prefiere y excluye al menor. Ni la proximidad de grado ni la mayor edad operan más que cuando se trata de parientes consanguíneos de una misma línea, ya que si pertenecen a líneas distintas, la anterior —como queda dicho— prefiere y excluye a cada una de las posteriores. El derecho de representación opera, sin distinción ni salvedad alguna, tanto en las líneas rectas descendientes como en las colaterales (Ley 40 de Toro, interpretada y aclarada por la Real Pragmática de Felipe III de 5 de abril de 1615, convertida en Ley 9.17.10 de la Novísima Recopilación). Los poseedores de títulos nobiliarios tienen el derecho de uso y disfrute de los mismos, pero carecen del «ius disponendi», tanto en sus relaciones inter vivos como en las mortis causa, y como obligada consecuencia de ello, todo acto que se dirija al logro de modificar dicho orden ha de reputarse en principio nulo de pleno derecho, por cuanto no puede hacerse lo que la Ley prohíbe. El orden de sucesión en los títulos nobiliarios es inalterable, salvo que medie autorización expresa del Jefe del Estado, no presumible ni conjeturable de ningún acto por significativo que el mismo pareciere, ni incluso deducible de las reales cartas expedidas a favor de los cesionarios o de los favorecidos por una distribución si en ellas no se hace constar formal y expresamente la aprobación de tales cesiones o distribuciones. Y si bien es cierto que tanto en la escritura de cesión como en el Real Decreto de aprobación de ésta se hace constar que la misma se hace «con la calidad de perpetuamente para sí, sus hijos y sucesores, hasta que extinguidas sus respectivas líneas vuelvan a primogenitura actual», tal retorno no puede producirse en tanto existan descendientes del cesionario, condición que indubitablemente ostenta el demandado. Y por lo que respecta a los Reales Decretos de 1912 y 1922, en cuanto éstos disponen que tanto en las sucesiones como en las rehabilitaciones se consignará la cláusula de «sin perjuicio de tercero de mejor derecho», ha de tenerse presente, en primer lugar, que tales disposiciones no regían el tiempo de otorgarse la cesión, y en segundo, que frente a una cesión aprobada por el Jefe del Estado con los requisitos que ya se han expuesto, es

inoperante toda cláusula de estilo que suponga desvirtuar la voluntad regia». (STS de 27 de julio de 1987, no ha lugar.) (L.F.R.S.)

II. DERECHO MERCANTIL

34. Convocatoria de la Junta General de la Sociedad Anónima.—Si bien es cierto que la Junta debe convocarse por los administradores de la sociedad, ello no implica que en el anuncio deba consignarse este requisito, como lo han reconocido las sentencias de esta Sala de 30 de junio de 1981 y 25 de abril de 1986. (STS de 13 de julio de 1987, ha lugar.)

HECHOS.—La Audiencia Territorial declaró nulos los acuerdos adoptados por la Junta General Extraordinaria de accionistas de una Sociedad Anónima. Prospera el recurso de casación interpuesto por la Sociedad Anónima.

35. Inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario.—Debe estimarse el pericliamiento del motivo en examen atendidos, de una parte, a la inaceptabilidad del argumento de que el simple orden en que la Sociedad y el demandado figuran en la documentación relativa al envío, transporte y recepción de la mercancía remitida tenga, por sí, el inequívoco significado de atribuir a la Sociedad la condición de compradora que el recurrente le asigna, máxime cuando en algunos de los documentos aportados tal orden de colocación de los nombres del recurrente y entidad mercantil constan en sentido inverso al que el demandado resalta, y de otra, por la fundamental consideración en que descansa la Sala sentenciadora, de que la afirmación del demandado de que fue la sociedad que representa y no él la verdadera adquirente de la mercancía, quedó en situación al menos dudosa por omisión precisamente del demandado afirmante que, no obstante tener en su mano el acreditamiento de tal extremo trayendo a los autos la documentación social —que estaba en su poder— acreditativa de la recepción, en su momento, por la sociedad que representaba de la remesa discutida, no aportó, como le incumbía, una «prueba tan fácil de proponer y practicar», según el incontestable argumento de la sentencia recurrida.

Sociedad de responsabilidad limitada con titular y gestor único.—Aun dando por acreditado que el contrato se celebre entre el actor y la sociedad, la circunstancia de que el titular y gestor único de ésta sea el demandado, representa, no obstante, el principio de legalidad que en nuestra legislación no veda, llegar a tal situación, un serio obstáculo a la postulada irresponsabilidad del demandado que, en situación de unititularidad del ente social, contrató como gestor único con terceros, ostentando ante éstos un estado equívoco de apariencia societaria puramente formal propicia al fraude y contraria a la buena fe que ha de presidir el tráfico jurídico, por cuya vía y por la de la falta de «disociación típica entre propiedad y control directo de la gestión social» en que, una buena parte de la doctrina encuentra la justificación del privilegio de limitación de responsabilidad de los socios en Compañías como la presente, debe serle negada al recurrente, que utilizó, en su provecho, el organismo societario de que era titular único, la invocación, frente a los acreedores de buena fe, de aquella limitación de res-

ponsabilidad inherente a una entidad mercantil que, sólo en apariencia, funcionó con independencia de su persona. (STS de 9 de julio de 1987, no ha lugar.)

HECHOS.—El demandado efectuó un pedido por teléfono, que posteriormente le fue entregado. Cuando el vendedor reclamó el precio, el demandado alegó que la compradora había sido una sociedad de responsabilidad limitada de la que era titular y gestor único, que no había sido traída a juicio. (L.F.R.S.)

36. Inaplicación de la Ley de Contrato de Seguro. «Iura novit curia».—Por la fecha de celebración del contrato, dicha Ley no puede alcanzar a la póliza y el siniestro litigioso. Esta conclusión determina la inaplicación de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, lo que no supone, de por sí, casar la sentencia impugnada, sino, únicamente, en aquellos aspectos y consecuencias basados en exclusiva en sus preceptos, sin perder validez, por tanto, aquellos otros que tengan distinta fundamentación legal o se apoyen en el clausulado de la póliza. La precedente conclusión no puede quedar desvirtuada por la circunstancia de que la parte recurrente no hubiera expuesto en el escrito de contestación a la demanda la tesis hecha valer, después, en el recurso, llegando, incluso, a citar artículos de la Ley 50/1980, pues sostener lo contrario supondría desconocer el clásico principio «iura novit curia».

Interpretación del contrato de seguro.—Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe y las dudas que surjan en la interpretación de los contratos onerosos se resolverán en favor de la mayor reciprocidad de intereses. (STS de 17 de julio de 1987, ha lugar.)

HECHOS.—Debido al incendio acaecido en el local asegurado en la madrugada del 29 de abril de 1982, los asegurados demandaron a la Compañía aseguradora, reclamando el pago de la indemnización correspondiente de daños y perjuicios derivados del siniestro.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Territorial confirmó esta sentencia. El Tribunal Supremo acoge el recurso de casación tan sólo en lo relativo al abono del interés debido por la Compañía aseguradora.

37. Póliza de seguro de incendios. Cómputo del plazo de prescripción de la acción cuando se han promovido diligencias penales.—Conforme al artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no podría seguirse pleito alguno hasta que recaiga resolución en el procedimiento criminal promovido en la averiguación de un delito o falta, con lo que se veda a la jurisdicción civil entrar a enjuiciar hechos o actos que, como en el caso presente, condicionan sustancialmente la pertinencia de la reclamación, como se infiere del artículo 48 de la Ley de 1980, cuyas declaraciones al efecto operan con carácter prejudicial penal de la que son exclusivamente competentes los órganos de dicha Jurisdicción, a tenor de los artículos 8, 9 y 10 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En esta inteligencia entra en juego el artículo 1969 del Código civil, según el cual el tiempo para la prescripción se contará desde el día en que pudieron ejercitarse, es decir, desde el siguiente día del auto de sobreseimiento por la jurisdicción penal, dejando expedita la civil, o sea, desde el 19 de marzo de 1982, cuya data expresamente declarada por la sentencia recurrida no ha sido impugnada por la vía casacional adecuada, por lo que, tanto por aplicación del

artículo 5 del Código civil como del artículo 60 del Código de comercio, es obvio que no habían transcurrido los dos años establecidos en el artículo 23 de la Ley de 1980 para la prescripción de esta clase de acciones.

Legitimación del tomador del seguro por cuenta propia y por cuenta de quien corresponde.—Siendo el actor tomador del propio seguro según consta en la póliza, tanto por cuenta propia o de quien corresponda, es decir, por el concepto de cuenta ajena, según la designación dada comúnmente por la doctrina científica, ha de precisarse que, inteligentemente, la sentencia recurrida ha señalado con distinción el destino que las dos cantidades concedidas por vía de indemnización han de tener, porque en la nueva técnica del seguro, lo esencial para la determinación legitimadora no es otro factor que el del interés en la obtención de la indemnización del daño, sin que pueda ser motivo u ocasión de enriquecimiento injusto, según preceptúan los artículos 25 y 26 de la Ley Especial que regula el tema debatido. Por ello, el tomador del seguro, en cuanto lo hace en este caso «por cuenta propia», se le concede la correspondiente al daño sufrido en la instalación del negocio de bar-restaurante del que es propietario, según afirmación fáctica manifestada en la sentencia recurrida y no combatida, que le confiere obviamente el interés a que se refiere el texto legal y que le inviste de plena legitimación «ad causam» para propugnar el reconocimiento de su derecho a ser indemnizado; y en lo concerniente a su cualidad de tomador de su seguro por cuenta de quien corresponde en lo relativo al edificio continente, igualmente está legitimado para reclamar la indemnización correspondiente por cuanto el factor ya aludido, del interés en la indemnización, surge legalmente de su carácter de arrendatario del edificio, igualmente reconocido en la sentencia impugnada y no objetado en casación, dado que como tal arrendatario le incumbe la obligación de conservar la cosa arrendada frente al arrendador (artículos 1.555-2.º del Código civil y 1º1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos), con la especial significación que eventualmente pueda derivarse de una conducta más o menos negligente, cuyo riesgo perfectamente asegurable (artículo 4 de la Ley Especial) le confiere el derecho a la reclamación indemnizatoria, cuya contraprestación contractual es la prima satisfecha, como pago de la cobertura del «aleas»; en definitiva, que la «toma del seguro» por cuenta de quien corresponda cuando no se haga por el propietario personalmente, puede hacerse por quien como el arrendatario tiene contraída una obligación, tasada legalmente con aquél y que para cuya efectividad de presente o potencial se cubre este último, concretándose en su persona y a estos fines, elemento personal hábil para el ejercicio de la acción correspondiente, con la que queda dibujada su conducta diligente en punto al cumplimiento de su obligación de conservar la cosa misma o por sustitución (subrogación real) del valor de los deterioros sufridos por ella. (STS de 14 de julio de 1987, no ha lugar.) (L.F.R.S.)

III. DERECHO PROCESAL

38. Enfermedad mental del actor. Legitimación activa.—El Tribunal «a quo» no incurrió en error cuando desestimó la excepción de falta de legitimación activa en el actor, por cuanto que el estado demencial que viene padeciendo, en su fase final evolutiva, presumiblemente, anulará su personalidad, pero en tanto no exista una declaración judicial de incapacidad, puede ejercer sus derechos civiles y comparecer en juicio.

Manifestaciones testificales.—No tienen valor de documento auténtico.

Prueba testifical.—La apreciación de este medio de prueba es facultad discrecional de los Tribunales de instancia, además de que las reglas de la sana crítica son simples máximas de experiencia que no han sido codificadas. (STS de 6 de julio de 1987, no ha lugar.)

NOTA.—En el recurso de casación se alega que del propio contenido de la demanda de los diversos informes médicos aportados de adverso se advierte la existencia, al tiempo de la interposición de la demanda, de un estado de demencia en curso progresivo e irreversible en la persona del demandante, que conlleva su falta de legitimación activa para promover la demanda de indemnización de daños y perjuicios derivados de un accidente de circulación, argumentándose por el recurrente que la sentencia objeto de la impugnación recoge la situación de encefalopatía postraumática con estado demencial de curso progresivo irreversible. (A.C.S.)

39. Aprovechamiento de aguas privadas y jurisdicción competente.—El primer motivo denuncia, con sede en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la incompetencia de la jurisdicción civil con el consiguiente exceso en el ejercicio de la misma por parte de los órganos de instancia, al invadir el ámbito propio de la jurisdicción contencioso-administrativa conforme al artículo 1.º de la Ley Jurisdiccional de 27 de diciembre de 1956 y el artículo 51 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El motivo ha de decaer ante la sola consideración del tema debatido, con base sustantiva en los artículos 22 y 23 de la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879, aplicable al tiempo en que se suscitó la actual controversia, dado que en ella se pretende la declaración al mejor derecho a mantener el aprovechamiento de aguas privadas alumbradas en fincas de igual pertenencia, en las que el respeto de los derechos adquiridos se fundan en la prioridad del alumbramiento y utilización, sin que en ello se incida en sentido obstativo las omisiones de inscripción o autorización administrativas que, en su caso y conforme a la legalidad entonces vigente, no pueden ser objeto, a lo más y en todo caso, sino a la sanción administrativa que correspondiere por la eventual infracción de esta naturaleza en que hubiera podido incurrir a tenor de los artículos 2 y 7 del Decreto de 23 de agosto de 1934 (sentencias de 19 de junio de 1959 y 25 de abril de 1986), pero sin que la definición de estos derechos de naturaleza puramente civil, por tratarse de alumbramiento y aprovechamiento de aguas privadas en predios de idéntico carácter (artículos 350, 408-3.º y 418 del Código civil y 22 y 23 de la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879), pueda ser objeto de otro tratamiento jurisdiccional que el civil (sentencias de 6 de julio de 1917; 6 de febrero de 1920; 8 de febrero de 1921 y 12 de julio de 1982), lo que está perfectamente claro no ya en el dispositivo del artículo 51 de la Ley de Enjuiciamiento civil, sino más aún en el artículo 1.º de la propia Ley de 27 de diciembre de 1956, puesto que ni se ventila la legalidad de ningún acto administrativo ni la pretensión de la demanda va dirigida contra ningún órgano de la Administración Pública (artículo 29 de la Ley de 1956 citada), por lo que se está en el supuesto previsto en el primer inciso del artículo 2-a) del mismo texto legal de 1956 ya invocado, y todo ello viene confirmado por el mandato del artículo 256 de la Ley de Aguas de 1879.

Alumbramiento de aguas. Prioridad cronológica.—El tercer motivo, con sede en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la violación por interpretación errónea del artículo 23 de la Ley de Aguas, que no puede prosperar, porque sin apoyo fáctico que lo sustente y que lo desvirtúe la afirmación de la sentencia recurrida de que «ha quedado demostrado hasta la saciedad e incluso reconocido por la parte apelante (la hoy recurrente) en el acto de la vista de este recurso, que la puesta en funcionamiento del sondeo verificado en el año 1979 por don Luis Reyes Ruiz en otra finca próxima de su propiedad, interfiere los veneros de que se nutre aquel otro alumbramiento del señor Oliva hasta el punto de agotarlo totalmente, por lo que es evidente que, frente al derecho del señor Reyes amparado en el artículo 23 de la Ley de Aguas, debe prevalecer el del señor Oliva, también amparado en el mismo precepto y que le precede en el tiempo, aun a pesar de que la puesta en servicio haya sido autorizada por el organismo administrativo competente, puesto que la autorización se concede sin perjuicio de tercero»; decimos que tal aseveración puramente de hecho es premisa indeclinable para la aplicación del derecho o norma que se dice violada y que obviamente se ha hecho por la Sala de instancia en perfecta regla de hermenéutica. (STS de 9 de julio de 1987, no ha lugar.) (R.A.)

40. Incongruencia. Cauce de impugnación en casación.—El vicio de incongruencia, a la vista de la reforma de la casación en 1984, no tiene otro cauce de denuncia que la del número 3.º del artículo 1.692, en su actual redacción, en cuyo ámbito tiene apoyatura la infracción de «las normas reguladoras de la sentencia», vía que al no ser la utilizada por el recurrente, aboca la repulsa del motivo.

Doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional sobre la incongruencia.—«La supuesta incongruencia ha de surgir no de los considerandos o fundamentos de la sentencia, sino de su parte dispositiva en relación con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en el pleito» y «que a efectos de congruencia ha de tenerse en cuenta la adecuación entre lo pedido y lo concedido, que no requiere una identidad absoluta, siendo suficiente la existencia de una conexión íntima entre ambos términos, de tal modo que se decida sobre el mismo objeto, concediéndolo o denegándolo, en todo o en parte, y máxime cuando los considerandos forman un todo con la parte dispositiva, en el sentido de que contribuyen a esclarecer y vivificar los pronunciamientos que integran el fallo» (sentencias, entre otras, de 23 de noviembre de 1964, 23 de noviembre y 19 de diciembre de 1981, 26 de noviembre de 1982, 27 de mayo y 11 de julio de 1983), doctrina ésta coincidente con la mantenida por el Tribunal Constitucional en varias ocasiones, como se recoge en su sentencia de 10 de diciembre de 1984: «La incongruencia se mide por el ajuste o adecuación entre la parte dispositiva y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones y peticiones, y cuando la desviación en que consiste la incongruencia es de tal naturaleza que supone una completa modificación de los términos en que se produjo el debate procesal, puede entrañar una vulneración del principio de contradicción y, por ende, del fundamental derecho de defensa». (STS de 16 de julio de 1987, no ha lugar.)

HECHOS.—El actor era propietario de dos fincas limítrofes, que al oeste lindaban, según descripción registral, «por este Río Majares, carrete-

ra en medio». Demandó a los propietarios de unos terrenos situados entre la carretera y el río, reivindicando tales terrenos, por formar parte integrante de las fincas de su propiedad. La sentencia de la Audiencia Territorial, estimando en parte el recurso de apelación, dio lugar a la primera pretensión contenida en el suplico de la demanda, declarando que la sociedad de gananciales del actor y su esposa era propietaria y sin limitación alguna de las fincas descritas en el hecho primero de la demanda, desestimando las restantes pretensiones, entre las que se incluía la solicitud de declaración de que las fincas detentadas por los demandados formaban parte de las del actor. En uno de los considerandos, la Audiencia Territorial indicaba que las propiedades del actor sólo pueden extenderse hasta el muro de delimitación o de cerramiento inmediato al camino de referencia, sin traspasar esta carretera. El recurrente alegaba que esta manifestación era incongruente con la admisión de la primera pretensión, formulada en el suplico de la demanda. (L.F.R.S.).

41. Solicitud de declaración de derecho de justicia gratuita deducida con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil por Ley 34/1984, de 6 de agosto.—El artículo 15 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ha de relacionarse con el Estatuto de los Trabajadores y concretamente con el artículo 27.1. La prueba practicada en los presentes autos incidentales desprende, al ser apreciada en su conjunto y valorada según los principios de la sana crítica, que los ingresos por todos los conceptos del solicitante se reducen y contraen los rendimientos del trabajo personal significados en la percepción de los haberes pasivos que le corresponden como jubilado de su empleo de guarda forestal del ICONA y que para 1986 son de sólo 843.527 pesetas anuales. Para el periodo de tiempo siguiente, el Real Decreto 2.642/1986, de 30 de diciembre, fija en 42.150 pesetas mensuales el salario mínimo interprofesional mensual, siendo por consiguiente el total anual 505.000 pesetas, y el doble, 1.011.600 pesetas. (STS de 10 de julio de 1987, ha lugar.) (L.F.R.S.).

42. Responsabilidad civil de Jueces y Magistrados. Sentencia dictada por Audiencia Provincial en proceso arrendaticio rústico. Prescripción de la acción. Cómputo del plazo. Vencimiento en mes de agosto.—Concurre un obstáculo previo a entrar en la cuestión de fondo con todos sus pormenores, porque la sentencia firme fue dictada con fecha 11 de febrero de 1986 y la demanda se interpuso el 13 de septiembre del propio año, es decir, transcurridos más de los seis meses a que se refiere el artículo 905 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que determina la prescripción de la acción conforme al artículo 185 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que remite al artículo 5 del Código civil, en el cual se dice «si los plazos estuviesen fijados por meses o años, se computarán de fecha a fecha», por lo que, al no tratarse de un plazo de días, en el que se descuentan los inhábiles, sino de meses, no debe excluirse del cómputo el mes de agosto que, según el artículo 183 de aquélla, se refiere a que sus días son inhábiles, pero no el mes como tal.

Cultivador personal.—Se trata de combatir en esta demanda de responsabilidad civil de los Magistrados integrantes de una Audiencia Provincial, una apreciación de hecho, la de cultivo personal, en un proceso de resolución del contrato

de arrendamiento rústico por expiración de plazo, siendo de notar que tal concepto no está exactamente definido por la Ley, pues el artículo 16 de la L.A.R. de 1980 impide, en principio, la calificación de cultivador personal a quien utiliza asalariados fijos, pero no excluye de tal calificación a quien utiliza uno o dos en caso de enfermedad sobrevenida «u otra justa causa», de apreciación libre del Tribunal. (STS de 17 de julio de 1987, no ha lugar.)

NOTA.—Aunque el título VII del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil siga hablando del «recurso de responsabilidad civil contra Jueces y Magistrados», en realidad es una demanda, como la propia ley en varios preceptos así la califica (arts. 904, 905, 907, etc.) y lo confirma el artículo 413 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985. Es un nuevo proceso que interpone el agraviado de un proceso anterior cuando en el desempeño de sus funciones los Jueces o Magistrados han incurrido en dolo o culpa (art. 411 de la Ley Orgánica, mientras que el artículo 903 de la Ley de Enjuiciamiento Civil habla de «negligencia o ignorancia inexcusables»). Lo importante es que la sentencia que recaiga en esta demanda no altera la cosa juzgada del anterior proceso según ordenan en parecidos términos el artículo 413.2 de la Ley Orgánica y el 917 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Se ha aventurado la opinión de que el régimen establecido en los artículos 411 a 413 de la Ley Orgánica ha derogado el contenido paralelo de la Ley de Enjuiciamiento Civil (así, García Pérez y Gómez de Liaño y Botella, *Ley Orgánica del Poder Judicial*, Madrid, 1985, p. 255). No parece que globalmente pueda sostenerse tal opinión por ser más completa la ley procesal que la Orgánica, salvo en puntos concretos, como el ya aludido. Parece que habrán de integrarse ambas normativas, atribuyendo eficacia derogatoria a la posterior en los puntos de discrepancia.

Parece que la *ratio decidendi* es la prescripción extintiva de la acción. Se trata de un plazo especial de prescripción de seis meses, frente al anual del artículo 1.968-2.º del Código civil. Dado que hay un problema de *dies ad quem*, procede fijar con claridad el *dies a quo*, para lo cual han de coordinarse los artículos 905 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 413.1 de la L.O.P.J. El primero de los citados dista de ser claro, pues expresa que «dicha demanda deberá entablarse dentro de los seis meses siguientes al que se hubiere dictado la sentencia o auto firme que haya puesto término al pleito o causa». Literalmente interpretado parece que el *dies a quo* ha de ser el primer día del mes siguiente al que se dictó la resolución judicial firme. Por otra parte, el artículo 1.968-2.º del Código civil coloca dicho momento «desde que lo supo el agraviado», lo que aquí significaría que la sentencia firme tendría que ser notificada. En cambio, del artículo 413.1 de la L.O.P.J. no se deduce esta consecuencia, pues basta «que sea firme la resolución que ponga fin al proceso en que se suponga producido el agravio». Aunque cabría una interpretación integradora de ambas posturas, entendiendo que la prescripción no corre en tanto la resolución no adquiera firmeza, pero que debe ser notificada al interesado. En cualquier caso, la sentencia anotada lo fija en el 11 de febrero de 1986, fecha en que se dictó la de apelación causante del agravio.

En cuanto al término final, se invoca correctamente el artículo 5.º.1 del Código civil, a cuyo tenor «si los plazos estuvieren fijados por meses... se computarán de fecha a fecha». De seguirse el cómputo de la sentencia, el plazo de seis meses acabaría el 10 de agosto de 1986. Pero aquí surge el problema, pues el artículo 183 de la L.O.P.J. declara «inhábiles los días del mes de agosto para todas las actuaciones judiciales». Resulta que, al menos diez de los días finales del plazo de prescripción de la acción son inhábiles para presentar la demanda de responsabilidad civil contra los Magistrados de la Audiencia Provincial. ¿Es susceptible de interrumpir dicho plazo la reclamación extrajudicial? La respuesta afirmativa es difícil por tratarse de una acción con acusado interés público que no permitiría, por ejemplo, el allanamiento de los demandados. Por otro lado, no parece desatinado pensar que, siendo inhábil todo el mes de agosto para actuaciones judiciales, debe excluirse del cómputo de prescripción. ¿Hubiera habido soluciones procesales al problema? Según el artículo 184.2 L.O.P.J. cabría habilitación de fecha para iinterponer la demanda durante el mes de agosto. También hubiera podido invocarse el 185.2 de la misma Ley entendiéndolo prorrogado el último día del plazo al primer día hábil siguiente. Como la demanda se presenta el 13 de septiembre de 1986, el T.S. la declara, sin más, presentada fuera de plazo, sin entrar a analizar la problemática del mes de agosto, inhábil procesalmente.

En el segundo fundamento de derecho se entra brevemente en el fondo de la cuestión, que no es otro que definir la cualidad de cultivo personal que ha de reunir el arrendatario. Por los datos que contiene la sentencia parece claro que se trataba de una cuestión regulada por la legislación derogada (especialmente el artículo 83.3 de la R.A.R. de 1959). Pues bien, no deja de sorprender que se invoque como argumento el artículo 16 de la L.A.R. de 1980, que ha modificado en este punto aquella normativa.

En resumen: las razones apuntadas conducen a una cierta insatisfacción en cuanto a los argumentos básicos de esta sentencia. (G.G.C.).

43. Recurso de revisión. Maniobras fraudulentas para ganar sentencia firme.—Las maniobras artificiosas caben dentro de lo que la ley expresa como maquinaciones fraudulentas, según ha declarado muy reiteradamente esta Sala, dificultando o impidiendo el derecho de defensa por no haber tenido la demanda conocimiento del planteamiento de la demanda.

Computación de plazos.—Conforme a la normativa de computación de plazos, el día primero no se cuenta, regla tradicional que seguía ya el artículo 1.130 del Código civil y que es generalizada por su artículo 5, según la reforma del título preliminar de 31 de mayo de 1974. (STS de 4 de julio de 1987, no ha lugar.)

HECHOS.—El recurso de revisión se fundamenta en el artículo 1.796.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por entender la recurrente que la sentencia firme se ganó injustamente en virtud de maquinación fraudulenta, consistente en haberse seguido juicio de desahucio por falta de pago contra la entidad recurrente sin haber sido citada en su domicilio, que consta en el Registro Mercantil, siguiéndose dicho juicio sin su presencia, previa declaración en rebeldía, hasta llegar a la diligencia de lanzamiento, cuya

notificación al representante de la recurrente descubrió a ésta el expresado procedimiento sumario.

Prospera el recurso de revisión ante el Tribunal Supremo.

44. Condena en costas impuesta a dos partes recurrentes. No es solidaria, sino mancomunada.—Al ser inconcuso que, conforme a la preceptiva contenida en el artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su anterior redacción, aplicable al caso, cada parte sólo puede ser condenada al pago de las costas causadas con su propio recurso, se hace necesario discernir en el momento de su tasación, en lo atinente a la minuta de honorarios profesionales del Letrado que intervino en defensa de la parte recurrida, el montante de dichos honorarios que ha de ser atribuido para su saldo a uno y otro recurso, habida cuenta de que el esfuerzo profesional desarrollado por el Abogado para su estudio, con la consiguiente repercusión que conlleva al efecto de retribución de su trabajo profesional, puede ser distinto, por lo que no es consiguiente lícito ni atribuir su saldo con carácter solidario a las dos partes recurrentes, ni que la minuta del Letrado se refiera indiscriminadamente a ambos recursos. (STS de 17 de julio de 1987, se deja sin efecto la tasación de costas.) (R.A.)

45. Arbitraje de Derecho privado. Es apto para resolver controversias sobre una prestación complementaria de la pensión de jubilación, convenida entre la empresa y el trabajador.—El motivo único del recurso, con amparo procesal en el número 3 del actual artículo 1.733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil redactado según Ley de 6 de agosto de 1984, sostiene la nulidad del laudo por entender que la materia sobre la que resolvió el árbitro «no puede ser objeto de arbitraje privado, por los trámites de la Ley Especial de 22 de diciembre de 1953», todo ello en relación con el artículo 1.º de dicha Ley y artículo 1.º de la Ley de Procedimiento Laboral aprobada por Real Decreto Legislativo número 1.568/1980, de 13 de junio, en relación con el artículo 1.º de la Ley de 10 de marzo de 1980 y artículo 181 de la Ley General de la Seguridad Social, según texto refundido del Decreto 2.065/1974 y artículo primero de la Orden Ministerial de 28 de diciembre de 1966. El motivo ha de ser desestimado, ya que las cuestiones sometidas a arbitraje por ambas partes, con intervención activa y puntual de cada una de éstas en procedimiento sobre formalización judicial de arbitraje de equidad, han de calificarse de «materia disponible» en terminología del artículo 14.2 de la Ley de Arbitraje de 1953 y, en consecuencia, susceptibles tales cuestiones de sometimiento y resolución por el árbitro designado, pues no se trata en las mismas de pactar, negociar o cuantificar las pensiones que legalmente le corresponden al señor V.O., sino de asegurarle a éste o a sus familiares, por encima de aquéllos, una mejor y más desahogada situación económica en los casos de fallecimiento, jubilación, invalidez o cambio de titulares de las cuatro Empresas que se relacionan en el arbitraje, pertenecientes a los hermanos N.V. (la otra parte en el procedimiento), en las que aquél trabajó durante años.

Se trata, en definitiva, de pactos libremente convenidos a los que no cabe calificar, como las recurrentes pretenden, de materia indisolublemente unida al contrato de trabajo, pues aquellas cantidades son, en realidad, independientes de la pensión propiamente dicha, cuya referencia ha servido sólo a efectos de fijación del «quantum» de aquéllas, las cuales responden precisamente al deseo de recompensar más generosamente por parte de la empresa los servicios presta-

dos durante años por el señor V., pero sin que las repetidas cantidades, convenidas por las partes como un «plus» y sin nexo alguno con cotizaciones a la Seguridad Social, tengan un origen o exigibilidad «ex lege», razón por la cual tales cuestiones se sitúan dentro del ámbito de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado de 22 de diciembre de 1953, cuya delimitación se contiene en los artículos 1.º, 2.º y 3.º de dicha Ley. Todo lo cual comporta, como queda dicho, el rechazo del motivo único del presente recurso en el que los recurrentes incurrían, desde luego en manifiesta contradicción con su decidida y activa participación en el arbitraje impugnado por ellos mismos y en el que el árbitro hubo de pronunciarse sobre los temas y cuestiones señaladas tanto por don Manuel V. O. como los hermanos N. V. en escrito presentado por éstos, quienes con su proceder contradictorio y de efectos dilatorios intentan no someterse al arbitraje acordado, concebido siempre como procedimiento decisorio de conflictos en forma extrajudicial. (STS de 1 de julio de 1987, no ha lugar.) (R.A.)

46. Arbitraje de derecho. Impugnación en casación de la aplicación judicial de las presunciones de hecho.—Para destruir una conclusión presuntiva, deducida de unos hechos, ha de demostrarse que se ha seguido un camino erróneo, no razonable o contrario a las reglas de la sana lógica y un buen criterio (sentencias de 5 de noviembre de 1981, 26 de marzo de 1982, 25 de febrero de 1983 y 11 de febrero de 1984, siendo reiterada y constante la doctrina de esta Sala de que para impugnar en casación la aplicación judicial de las presunciones ha de seguirse una doble vía: si se ataca el hecho base de la presunción hay que citar el artículo 1.249 y demostrar que el juzgador cometió error de hecho, probándolo por la vía del número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en la redacción anterior por el número 7.º), y si se impugna la incorrecta deducción o nexo lógico, citar el artículo 1.253 y seguir la vía del número 5.º del propio artículo 1.692 (antes el número 1.º), por infracción de dicho artículo 1.253 del Código sustantivo.

Ratificación tácita de las gestiones realizadas por el mandatario.—La ratificación tácita se produce cuando el mandante, sin ejercitar acción de nulidad, acepta en su provecho los efectos de lo ejecutado sin su autorización, poniendo de manifiesto con ello su consentimiento concordante con el del tercero, de manera que el contrato no puede reputarse inexistente y queda dotado de validez, si no se hallare viciado por alguna de las causas que pueden determinar su nulidad con arreglo a derecho (sentencia de 5 de abril de 1950), purificando el negocio la ratificación posterior del representado según el conocido brocardo «rati habitio mandato comparatur», lo que hace válido el negocio desde su origen (sentencia de 27 de mayo de 1958). Finalmente, el efecto ratificador se produce también cuando el representado crea una apariencia de mandato o apoderamiento, o permite con su actitud que así se crea por terceras personas, en cuyo caso el principio de la buena fe exige que quede obligado y la apreciación de si tales circunstancias se producen, como la de la existencia de ratificación e incluso la del mismo consentimiento y la de los contratos, son materias o funciones que competen al juzgador de instancia.

Interpretación de los contratos.—La interpretación de los contratos constituye facultad exclusiva del juzgador de instancia, que ha de ser mantenida en casación salvo que conduzca a exégesis desorbitadas, erróneas, ilógicas o contrarias a las

reglas de la sana crítica, cosa que no ocurre en el caso contemplado, añadiéndose que incluso ha de ser mantenida en aquellos supuestos en que quepa alguna duda acerca de su absoluta exactitud.

Doctrina jurisprudencial del «levantamiento del velo jurídico».—La sentencia de 28 de mayo de 1984 considera función del juzgador «levantar el velo jurídico» y entrar en el *substratum* de las entidades o sociedades, a las que la Ley confiere personalidad jurídica propia, para evitar que bajo la mera apariencia, el formalismo o la ficción se abuse del derecho o se consume un fraude, perjudicando legítimos intereses, protegidos por la buena fe que ha de informar la contratación. (STS de 13 de julio de 1987, no ha lugar.)

HECHOS.—El señor A, vicepresidente del Consejo de Administración de la sociedad C, en cuyas Juntas Generales de accionistas se le concedieron amplias facultades para adquirir una finca determinada, concurre en un contrato, obligándose en nombre de esa sociedad a comprar las acciones que el señor B tenía en la sociedad D. Esta última sociedad tenía carácter instrumental respecto de la primera y había sido constituida a los únicos fines de adquirir la finca antes mencionada. Posteriormente, el señor B reclamó ante el incumplimiento de la obligación por parte de la sociedad C. Se procedió a la formalización judicial del compromiso y se dictó laudo arbitral de derecho, contra el que recurrió la sociedad C, alegando que el señor A carecía de mandato, poder o representación, puesto que la sociedad C no había ratificado, ni expresa ni tácitamente su actuación. (L.F.R.S.)

47. Compromiso arbitral.—Es jurisprudencia reiterada de esta Sala, interpretando el artículo 19 de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado, de 22 de diciembre de 1953, que para que se dé lugar a la excepción procesal de incompetencia de jurisdicción es preciso que se haya otorgado la escritura de compromiso, de la que nada se dice en este caso, ya que el contrato de compromiso o cláusula compromisoria extendido en documento privado no tiene otra eficacia que la de facultar a las partes que lo suscribieron a compelerse para la formalización judicial de lo convenido, y además para que el otorgamiento de un compromiso arbitral impida a los jueces y tribunales conocer de la controversia sometida a árbitros es necesario que la parte a quien interesa invoque el compromiso mediante la correspondiente excepción, lo cual aquí no ha sucedido. (STS de 8 de julio de 1987, ha lugar.)

NOTA.—Se alega en el recurso de casación que el Tribunal «a quo» no tuvo en cuenta la cláusula 3.^a del contrato de obra, que obliga en caso de desavenencias entre las partes a someterse al arbitraje del Presidente del Colegio Oficial de Arquitectos de Cataluña y Baleares, cuestión que implica alegar una excepción procesal de incompetencia. (A.C.S.)

48. Arbitraje de equidad. Límites.—Como tiene declarado esta Sala, aunque los árbitros no pueden traspasar los límites objetivos del compromiso, tampoco están constreñidos por una exégesis literalista y restrictiva apartándose de la misión amistosa que se les confió, pudiendo, en consecuencia, resolver no sólo las cuestiones consignadas en el compromiso, sino también las que deban reputarse

comprendidas en el mismo por una inducción necesaria de sus palabras o que sean consecuencia lógica u obligada de las que se han planteado. (STS de 16 de julio de 1987, ha lugar.)

NOTA.—La decisión que se solicita del árbitro es puramente declarativa, consistente en decidir si lo convenido entre las partes fue que el precio máximo de lo adjudicado a cada uno de los comuneros sería de 3.500.000 pesetas por todos los conceptos, o bien se podían exigir, además, otras cantidades, por lo que, según el Tribunal Supremo, el particular del fallo que compele al oportuno reconocimiento de deuda y a establecer la forma de pago en tales escrituras, excede de las potestades arbitrales. (A.C.S.)

