

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XLI
FASCICULO IV



OCTUBRE-DICIEMBRE
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
SEBASTIÁN MORO LEDESMA
Letrado de la D. G. de R. y Notariado
y Abogado del I. C. de Madrid

RAFAEL NUÑEZ LAGOS
Notario de Madrid

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

Secretario

ANTONIO MANUEL MORALES MORENO

SUMARIO

Estudios monográficos

VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms: <i>Joaquín Costa y el tema de la jurisprudencia en el Congreso jurídico de Barcelona en 1988</i>	969
PANTALEON PRIETO, Fernando: <i>Cesión de créditos</i>	1033
DÍAZ ALABART, Silvia: <i>La facultad de moderación del artículo 1.103 del Código civil</i>	1133

Estudios de Derecho extranjero

WEYERS, Prof. Hans-Leo; KADNER, Ayudante Thomas: <i>Apuntes sobre la evolución del Derecho civil en la República Federal de Alemania en 1987</i>	1225
--	------

Estudios legislativos

LLEDO YAGÜE, Francisco: <i>La Ley sobre las técnicas de reproducción humana asistida</i>	1241
BLASCO GASCO, Francisco de Paula: <i>Las presunciones de condonación</i>	1265

Información legislativa

A cargo de PEDRO DE ELYZALDE Y DE AYMERICH	1289
--	------

Vida jurídica

- CLAVERIA GOSALBEZ, Luis Humberto: *La responsabilidad contractual (Breves notas a una crítica)* 1305

Bibliografía

NOTA CRITICA

- BADOSA COLL, Ferrán: *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, por José Luis Lacruz Berdejo 1309

LIBROS

- VARELA, Antunes: *Direito da familia*, por Gabriel García Cantero.—
GABRIELLI, Enrico: *La consegna di cosa diversa. L'«aliud pro alio» nei singoli negozi giuridici: profili ricostruttivi, tendenze giurisprudenziali e tecniche interpretative*, por Antonio Ortí Vallejo.—LLEDO YAGÜE, Francisco: *Fecundación artificial y Derecho*, por Juan A. Pozo Vilches.—
MALAURIE, Philippe: *La Famille*, por Gabriel García Cantero.—
MAZZAMUTO: *Il finanziamento agevolato delle imprese. Profili giuridici*, por José Antonio Doral.—NAVARRO PEREZ, José Luis: *La cesión de créditos en el Derecho civil español*, por Remedios Aranda Rodríguez.—ORTI VALLEJO, A.: *La protección del comprador por el defecto de la cosa vendida*, por Nieves Fenoy.—SANTINI, Gerardo: *El comercio (Ensayo de economía del derecho)*, por Nieves Fenoy Picón. 1321

REVISTAS ESPAÑOLAS

- A cargo de Emilio BLANCO MARTINEZ 1337

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

I. SENTENCIAS COMENTADAS

- Otra vez la donación de inmuebles encubierta bajo la forma de compraventa en escritura pública. (Nota a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1987)*, por Francisco CAPON REY 1381
- Prenda de dinero y prenda de créditos. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 1987)*, por Alberto MANZANARES SECADES 1387

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 IV



OCTUBRE-DICIEMBRE
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.: 051-88-020-3

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

Depósito Legal: M-125-1958

**Herpa Fotocomposición, S.A.
Batalla de Belchite, 3.
28045 Madrid.**

Joaquín Costa y el tema de la jurisprudencia
en el Congreso jurídico de Barcelona en 1888 (*)

Por JUAN BMS. VALLET DE GOYTISOLO

I

La preparación del Código civil motivó la celebración de varios congresos jurídicos. Tengo conocimiento de estos cuatro:

— El *Congreso de Jurisconsultos* celebrado en Madrid en el año 1863.

— El *Congreso de Jurisconsultos Aragoneses*, que tuvo lugar en Zaragoza, siendo inaugurado en la Diputación provincial el 4 de noviembre de 1880 y concluso el 7 de abril de 1881.

— El *Congreso Jurídico Español* o *Congreso Nacional de Jurisconsultos* de 1886, celebrado en Madrid, en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

— Y el *Congreso Jurídico de Barcelona* de 1888.

Joaquín Costa intervino activamente en los de Zaragoza de 1880-1881 y fue uno de los ponentes en el de Madrid de 1886.

El mismo dio cuenta del primero en una conferencia que pronunció el 18 de febrero de 1881 en la Academia Matritense de Jurisprudencia y Legislación —que cambiaría su denominación el 18 de junio del mismo año por Real Academia de Jurisprudencia y Legislación— titulada *El espíritu del Derecho aragonés y del Congreso de Jurisconsultos aragoneses* (publicado en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 88, 1.º semestre, 1881, páginas 457 y siguientes, y 89, 2.º semestre, páginas 71 y siguientes; y después, ampliando y reordenando en sus últimos epígrafes, en *Estudios Jurídicos*, Madrid, imprenta de la «Revista de Legislación», 1884) y en su libro *La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos aragoneses* (Madrid, imprenta de la «Revista de Legislación», 1883).

(*) Debo a Antonio Ortega Costa su iniciativa de invitarme a trabajar entorno de este tema, para el que me facilitó fotocopias de la correspondencia entre Durán y Bas y Homs y Homs con su abuelo Joaquín Costa, así como de los borradores de las contestaciones de éste. Este artículo es ampliación del que le ha enviado para su publicación en el «Boletín de la Fundación Joaquín Costa».

En la ficha académica del León de Graus en la Real Academia de Jurisprudencia aparecen, entre otras, estas dos menciones:

— «1887, enero, 9. Se acordó un voto de gracias por su participación en el Congreso Nacional de Jurisconsultos.»

— «1887, julio, 6. Nombrado para representar a la Academia en el Congreso Jurídico de Barcelona.»

Tengo a la vista la notificación de su nombramiento firmada por el entonces Secretario General de esta Corporación Luis de Urquiola, con fecha 6 de julio de 1988.

En el libro de actas de esta Corporación, en la correspondiente a la Junta de Gobierno del 25 de septiembre del mismo año, presidida por Francisco Silvela, figura la referencia al acuerdo y el informe que, de los correspondientes apartados, transcribo a continuación:

«Seguidamente se dio cuenta de la invitación oficial dirigida a la Academia por el Ilustrísimo señor don Manuel Durán y Bás, Presidente, y don Juan Homs y Homs, Secretario de la Comisión organizadora del Congreso de Barcelona, en la cual con frases muy lisonjeras para la Corporación, la Comisión, suplica concurren al Congreso el Presidente y los Presidentes de la Academia y ocho delegados nombrados por la misma a tenor de lo dispuesto en los números 1 y 2 del Reglamento del Congreso y ruegan, además, se ponga en su conocimiento los nombres de dichos señores Presidentes y Delegados y se le remita nota de los escritores de Derecho pertenecientes a la Academia con el fin de invitarles a asistir.

»El Secretario que suscribe manifestó que apenas recibida la invitación y con fecha de 6 de julio último contestó a la Comisión organizadora aceptándolas; comunicó a la misma los nombres de los señores Presidentes y de los ocho Delegados que el Excmo. señor Presidente designó: señores Danvila, Romero Girón, Marqués del Vadillo, Costa, Maluquer, Macaya, Torres Campos, don Manuel y Gallardo; envió nota de 47 académicos que han publicado obras de Derecho a los efectos indicados en la invitación; remitió a los Delegados sus respectivos nombramientos; comunicó a los señores Presidentes de la Academia su carácter de miembros natos del Congreso y pidió al Secretario de la Comisión organizadora varios ejemplares de la circular, reglamento y cuestionario para distribuirlos entre los representantes de la Academia, los cuales fueron remitidos con atenta comunicación. Acto seguido se dio lectura de las aceptaciones remitidas a la Secretaría por los Delegados señores Torres Campos, Macaya, Maluquer y Gallardo; de la renuncia del Marqués del Vadillo y del nombramiento del señor Díaz Moreno acordado por el Presidente para reemplazarle; de dos expresivas comunicaciones de los señores Presidentes señores Groizard y Romero Robledo, excusándose de asistir al Congreso y de otra del señor Presidente y Ministro de la Gobernación señor Moret, manifestando que si los deberes de su cargo lo consentían, tendría una satisfacción en asistir al Congreso Jurídico de

Barcelona y que esta satisfacción sería mucho mayor por poder ostentar en él la representación de la Academia.

»La junta quedó enterada.

»El señor Danvila usó de la palabra para expresar a la Junta que podía estar satisfecha de la representación que la Academia había tenido en el Congreso jurídico de Barcelona porque no sólo sus Delegados habían tenido en las tareas del Congreso una intervención notable tomando parte en ellas los señores Romero Girón, Díaz Moreno, Torres Campos, Maluquer y el mismo, aún cuando la suya hubiera sido más modesta, sino que todos ellos habían merecido las mayores atenciones por parte del Congreso alcanzando el señor Romero Girón la honra de presidir alguna de sus sesiones y él la de desempeñar una Vicepresidencia, y todos habían recibido las más halagüeñas pruebas de consideración y de afecto por la Comisión organizadora y particularmente del Presidente Excmo. señor don Manuel Durán y Bas.

»La Junta oyó con la mayor satisfacción las manifestaciones del señor Danvila acordando consignarlo así en el acta, y a propuesta de dicho señor que se dirija una comunicación expresiva a don Manuel Durán y Bas, haciéndole presente la complacencia y el agradecimiento de la Academia por las atenciones que ha recibido en el Congreso jurídico de Barcelona.

»Asimismo, y a propuesta también del señor Danvila se acordó dirigir un oficio al señor Homs, Secretario de la Comisión organizadora del Congreso, encareciéndole se sirva remitir una colección de las ponencias presentadas en el mismo.»

Joaquín Costa había redactado para este Congreso una ponencia para el tema primero: *¿Qué condiciones debe reunir la jurisprudencia para disfrutar de la autoridad de doctrina legal?*, y, sin embargo, nada se dice en el acta de que asistiera. Como veremos, no asistió, pese a que había enviado su ponencia.

Efectivamente, en el temario del Congreso Jurídico de Barcelona, detrás del enunciado de este primer tema, figuran los nombres de sus ponentes:

«Ilustrísimo señor don Bienvenido Oliver, Subdirector de los Registros Civil y de la Propiedad y del Notariado.

»Don Enrique Gil Robles, Catedrático de la Facultad de Derecho de Salamanca.

»Don Joaquín Costa, Abogado del Ilustrísimo Colegio de Madrid.

»Don Magin Pla y Soler, Presidente de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona.»

Asimismo, en el número 16, año II, de la revista «La Reforma Jurídica», Barcelona, 15 de agosto de 1888, en el elenco de delegados designados para el Congreso Jurídico de Barcelona de 1888 figura Joaquín Costa entre los de la citada Real Academia de Jurisprudencia de Madrid. Enuméranse en dicha revista los designados por el Colegio de Abogados, por las Academias de Jurisprudencia y Le-

gislación, de Derecho administrativo y de Derecho, y por el Colegio de Notarios, todos de Barcelona, por la Comisión Española de la Fundación Savigny, por los Colegios de Abogados de Madrid, Zaragoza, Lérida y Valencia (indicándose, sin citar nombres, que también habían designado delegados los Colegios de Abogados de Albacete, Sevilla, Teruel, Granada, Málaga, León, Salamanca, Valladolid, Bilbao, Vitoria, Palma, Reus, etc.), por las Audiencias de Granada, Palma y Sevilla, por las Direcciones Generales del Registro de la Propiedad y el Notariado y de Instrucción Pública, por las Facultades de Derecho de Granada, Valencia, Zaragoza, por el Colegio Notarial de Madrid (y, sin dar nombres, indicaba que también habían designado delegados los Colegios de Notarios de Albacete, Burgos, Granada, Sevilla, Valencia y Valladolid), por el Supremo Tribunal de la Rota y por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid, y añadiendo otros invitados nominalmente sea como los jurisconsultos de Madrid o como escritores jurídicos que se citan con sus nombres y apellidos.

¿Qué ocurriría para que Joaquín Costa no concurriera a la celebración del Congreso? ¿Cuál pudo ser la causa de su inhibición después de haber redactado su ponencia?

II

Antonio Ortega Costa, Director del Boletín «Fundación Joaquín Costa», me ha facilitado fotocopias de las cartas cruzadas por su abuelo con Manuel Durán y Bas y con Juan Homs y Homs, Presidente y Secretario de la Comisión Organizadora del Congreso Jurídico de Barcelona, además de copias de los borradores de las escritas por Costa, mecanografiadas por personal de la Fundación, pues me resultaban ininteligibles por su letra los originales de los que me había adjuntado fotocopia.

Por orden cronológico tengo a la vista:

1. Carta de Manuel Durán y Bas, fechada en Barcelona el 25 de abril de 1888, dirigida a Joaquín Costa a quien da el tratamiento de «muy señor mío apreciable compañero»; en la cual le dice que, por encargo de la Comisión Organizadora, «tengo el gusto de suplicar a usted confidencialmente que se sirva aceptar la ponencia sobre el primer tema, para pedírselo oficialmente, si nos honra accediendo a nuestra invitación». Al dorso de la carta aparece el borrador de la contestación de Costa, que le dice a Durán: «Aceptaré gustoso la ponencia que se sirva brindarme confidencialmente para el Congreso Jurídico de Barcelona. Tema 1.º Felicítandole por la celebración que me parece provechosísima».

2. Oficio fechado el 26 de mayo de 1888, dirigido por el Presidente de ese Congreso Manuel Durán y Bas y el Secretario Juan Homs

y Homs, a Joaquín Costa —indicativo de que el Congreso jurídico debía celebrarse en septiembre con motivo de la Exposición Universal «recientemente inaugurada»— en el cual le expresan que, «deseosa la Comisión organizadora de dicho Congreso jurídico de que las ponencias de los temas que deben discutirse estén confiadas a juristas en quienes compitan el vasto saber científico con su amor al perfeccionamiento de la legislación patria y concurriendo en usted estas cualidades, tiene el gusto de ofrecerle oficialmente la ponencia sobre el tema primero del cuestionario que con el Reglamento y circular adjuntos le cabe el honor de remitirle, esperando merecerle que se servirá aceptarlo, y remitir oportunamente su autorizado dictamen en el plazo que el artículo 7 del citado Reglamento señala».

3. Carta de Durán y Bas a Joaquín Costa, fechada el 8 de agosto siguiente, en el cual le dice: «Mi estimado amigo y distinguido compañero: aguardando estos días el verme favorecido con la Ponencia de usted sobre el tema primero de los que deben discutirse en nuestro Congreso no había querido distraerle de sus ocupaciones; pero como de los cuatro hay impresos ya dos y Oliver me tiene ofrecido para antes del 15 el suyo, me permito suplicarle que para dicha fecha, si le es posible, me remita el que tenga redactado, pues deseamos que todos estén impresos y circulados cinco o seis días antes de la apertura del Congreso para que la Comisión de conclusiones pueda formularlas y se hagan conocer antes de la discusión por si alguien quiere presentar alguna enmienda». Sigue la carta hablando del Congreso ya en puertas.

4. Carta del 10 del mismo mes de agosto, también de Durán y Bas, contestando a otra de Joaquín Costa que le había llegado la víspera (de la que no tengo copia), en respuesta de la cual le aclara:

«Puede usted enviar su ponencia en cuartillas, como lo han hecho todos los demás compañeros. No pueden imprimirse las ponencias en Madrid, porque la impresión es uniforme y se ha combinado de manera que sirva para el tomo de Actas del Congreso. Si usted lo desea, le remitiremos las pruebas, si no se corregirán aquí con todo el esmero posible, insertándose fielmente el original.» Sigue una expresión de agradecimiento y lleva una amplia postdata alabando la Exposición e invitando a visitarla.

5. Borrador de una carta de Costa a Durán y Bas, sin constancia de su fecha, pero que debió datarse el 20 de agosto, según resulta de la contestación de Raymundo Durán, que después referiremos con el número 7. Su párrafo 1.º dice:

«Temo mucho no haber acertado a comprender el propósito de ustedes con respecto al tema 1º; no encontré manera de ceñirme a su tenor literal, lo uno, por la idea que tengo de que la jurisprudencia no debe recibir valor de la doctrina legal, de regla obligatoria con mérito para la casación; lo otro, por haber encontrado tan a mantillas, y puede decirse que por hacer, la teoría acerca de esta fuente

de Derecho; al menos a mi me ha cogido de nuevas, no obstante, el dictamen del Congreso jurídico de aquí. Luego, escrita en un estado de ánimo que no podría usted formarse idea, no extrañará que cien veces haya estado a punto de faltar a mi compromiso, arrepentido de haberlo contraído, al verme imposibilitado de corresponder a la confianza de la Comisión que usted preside y hacer un dictamen digno del Congreso.»

En el segundo párrafo pondera los esfuerzos de Barcelona con su Exposición y la vitalidad de la preparación del Congreso jurídico, y en el tercero y cuarto, escribe:

«Dios sabe cuanto siento no poder asistir a él. He tenido que retirarme absolutamente de todo. Dejé la geografía. En el Congreso Vinícola no quise tomar parte, aunque me enviaron una representación las Diputaciones Provinciales de Huesca y Zaragoza. El jurídico de Madrid lo presencie, y no todo, desde la tribuna del público, aunque había contribuido a organizarlo y redactarle los temas. El doctor Charcot y don Federico Rubio me han recetado, como suprema y única medicina a mi mal nervioso, para la vida de agitación de Madrid, que huya a la tentación de repetir el esfuerzo de años atrás que me descompuso.

»Acepte la invitación honrosa de ustedes como muestra de adhesión, y teniendo en cuenta que si el Congreso había de votar, como espero que vote, soluciones descentralizadoras en materia de jurisprudencia, convenía tal vez por razones obvias que la propuesta de ello procediese de aquí más bien que de ahí. No es ese trabajo descosido e inmaduro, lleno de nudos y de ripios, lo que yo esperaba, ni lo que ustedes tenían derecho a esperar, pero no he podido más.»

El párrafo 5.º explica que estaba diciendo a sus amigos de la Institución que debían de organizar una excursión a Barcelona antes del cierre de la Exposición. Después de la despedida añade en una postdata:

«Ruego a usted que no deje de encargar que me envíen pruebas de mi dictamen, tendré que corregir alguna frase, atenuar algún adjetivo demasiado crudo y pintoresco, necesito estas cuartillas, fueron sin corregir.»

6. Copia de una carta de Homs a Costa, fecha 21 del mismo mes, que, en sus dos primeros párrafos, dice:

«Con algún retraso, debido a la ausencia del señor Durán y Bas, a quien iba dirigida, recibí la parte de su ponencia con las instrucciones para la impresión, que han sido trasladadas ya al regente de la imprenta.

»No acusé antes el recibo de dichas cuartillas porque, diciéndome usted que el 18 mandaría las restantes, esperaba hacerlo cuando las hubiera recibido todas. No tome usted a mal, dada la premura del tiempo, que le importune pidiéndole la pronta remisión de las cuartillas que faltan.»

Siguen la expresión de gracias y la despedida, Costa debió contes-

tar esta carta el día 25, según se deduce de la siguiente de Homs, que referiré en el número 8.

7. Carta de Raymundo Durán del día 24 siguiente, en la que éste escribe a Costa:

«En ausencia de mi señor padre, que se halla en el Vernet, tengo el mayor gusto en acusar a usted recibo de sus cuartillas sobre su dictamen con respecto al tema 1.º de los que han de discutirse en el próximo Congreso jurídico.

»En postadata que leo en su carta de 20 del corriente veo manifestados sus deseos de usted de que se le envíen las pruebas del dictamen. Desgraciadamente no podrá ser esto por impedirlo la premura del tiempo, toda vez que a tenor de los artículos 8 y 10 del Reglamento del Congreso, que debe obrar en su poder, los dictámenes de los Ponentes han de estar impresos y a disposición de las personas invitadas y de las Comisiones de Conclusiones antes de la apertura del Congreso, o sea, antes del 1 de septiembre.

»Esta sencilla indicación convencerá a usted de que por imposibilidad material no es posible, contra nuestro gusto, remitir a usted las pruebas, ya que entre ir y venir se perderían los días que falta para inaugurarse el Congreso.

»La corrección de pruebas está encomendada al Secretario de la Comisión organizadora, o sea al Presidente de la Academia de Derecho don Juan Hons y Hons; si usted quiere designar por telégrafo alguna persona amiga de usted que haga la corrección, yo tendré mucho gusto en comunicarlo así en Secretaria.

»Dice usted también en su carta que no podrá usted venir, por haberle aconsejado los médicos que huya usted de la vida de agitación de Madrid. Pues precisamente por esto debiera usted venir a descansar unos cuantos días, aún cuando fuera con el propósito naturalísimo de no tomar parte activa en las tareas del Congreso. Su voto de usted a las conclusiones ha de dar mucha autoridad a la resolución adoptada; y no debe usted —cuyo talento conozco principalmente por relación a mi señor padre— abandonarnos y privarnos de su valiosa cooperación.»

Termina insistiéndole en que visite la Exposición y fiestas, pidiéndole y expresando su amistad, antes de la despedida.

8. Carta de Juan Homs y Homs a Costa, fechada el 27 de agosto, que dice en su primer párrafo:

«Acabo de recibir su apreciada del 25 y a su tiempo recibíéronse también las cuartillas mandadas por usted que se hallan ya en la imprenta y que cuidaré de comprobar, a fin de que la ponencia de usted pueda repartirse oportunamente.»

El tercer y último párrafo lamenta:

«Siento que no pueda hacer usted en la ponencia las rectificaciones de datos a que alude, pero ya se hará cargo usted de la presión

del tiempo que impide que se la complazca en este punto, como hubiese deseado este su afmo. s.s.q.e. y b.s.m.»

9. Otra carta, fecha 26 de septiembre, del mismo Homs a Costa contestándole una otra suya —de la que no tengo el texto ni su borrador—, diciéndole:

«Recibí su favorecida del 23, alegrándome sobremanera que haya terminado el consabido incidente, puesto que así tendremos el gusto los partidarios de la ponencia de usted de verla en el lugar que corresponde en el tomo de actas donde podrá ser leída y compulsada, más bien que en el cuaderno suelto.

»Ha de permitirme usted, pues, que en nombre de la Mesa, no dé por recibido su oficio, por lo que, y no por falta de atención, deja de considerarlo *oficialmente*, le ruegue que así que le sea posible se sirva devolver corregida su ponencia a fin de que pueda empezarse cuanto antes la impresión del tomo. Se le remitirán a usted las pruebas conforme le indiqué.»

Sigue la despedida y hay una postdata de Durán y Bas:

«Ruego encarecidamente al amigo y distinguido compañero don Joaquín Costa que no prive al Congreso de su luminosa ponencia sobre el tema 1.º, corrigiéndola como guste, pues hay que reimprimir la para contenerla en el tomo. La Comisión de conclusiones tuvo presente lo por usted sostenido y lo votado en el Congreso de Madrid. A este obsequio le quedaré permanentemente agradecido, así como a que se sirva votar sobre las Conclusiones por el valor que tiene su voto...»

10. Borrador sin fecha de una carta de Costa a Homs con este texto:

«No habiendo llegado mi dictamen a tiempo de ser tenido en cuenta en el debate y en las conclusiones, parte por culpa mía, parte por culpa del correo, escribí a usted diciéndole que lo retiraba y rogándole que tuviera la bondad de mandar que me devolvieran el original. Ahora que han quedado ustedes ya libres de la preocupación del Congreso, por cuyo brillante éxito cordialmente les felicito, me permito insistir en mi ruego, autorizando a la Comisión para que gire contra mí por el coste de la composición, si acaso hubiera sido impreso en todo o en parte. Con ocasión de escribirlo, he visto que el problema tiene suma trascendencia y que está todavía por estudiar; así que me propongo trabajarlo con más espacio para que mi conclusión sea menos indigna del asunto. Ruego a usted que tenga la bondad de dar la adjunta al escribiente del Congreso.

»Estimaría mucho el envío de los impresos del Congreso; deseo muy especialmente ver la Memoria de usted, sobre todo desde que leí a propósito de ella cierta censura de carácter chauvinista, escrita por ese periodista a quien no se le cae de los labios la frase aquélla de que España es una tribu de pretensiones. Creo que efectivamente estamos en punto a la ciencia del Derecho lo mismo que en todo

lo demás o en último término si se quiere, entre Europa y Africa: ni hay razón para que sea de otro modo; en la Historia estamos como en la naturaleza, todo se organiza.»

11. Carta del 14 de septiembre de José María Pereyra a Costa, que debe responder a la anterior de Costa a Homs y que alude a la contestación de éste que no conocemos:

«Tengo el gusto de devolver a usted los sellos de comunicaciones que me ha remitido, los que no son necesarios por las razones que dé a usted el señor Homs en su carta.»

12. Borrador de la carta, fechada a 16 de septiembre de 1888, de Costa a Homs, a quien le escribe quejoso, estos cuatro primeros párrafos:

«Recibo su favorecida de anteayer con los dictámenes no agotados que se ha servido remitirme (entre los cuales siento que no estén los del tema 1.º, y el discurso sobre Jurisdicción administrativa) y muy de veras le agradezco, que leeré con provecho y deleite; el otro paquete remitido a la calle de Almagro creo que llegará mañana.

»Me ha sorprendido y disgustado sobremanera la noticia de que mi Dictamen fue impreso y repartido. En mi carta del 25 yo le decía que “si mi ponencia no había de quedar impresa por todo el día 1.º, me devolviera el original”; le decía que era condición y pie forzado el que corrigiera yo pruebas, por razones que le expuse entonces, y antes al señor Durán; porque, como eso no podía ser ya, por haber llegado el original tan tarde a la imprenta, etc., daba, desde luego, por retirado el dictamen y le rogaba me lo hiciera devolver.

»Había propuesto yo al señor Durán que se imprimiera en Madrid, porque yo corrijo siempre dos veces cuando menos; no pudiendo ser, me ofreció que se enviaría pruebas, conté con esto al remitir la primera mitad el día 15, le supliqué que no olvidara ordenar dicho envío; se lo supliqué a usted luego, como pasaban tantos días sin recibir dichas pruebas y me reclamaba usted el original mucho después de haberlo remitido, comprendí que ya no podía ser que corrigiera yo despacio pruebas y llegaran a tiempo para el día 1, y como yo había hecho el dictamen para un debate, no para un libro (que para un libro había tenido que hacerlo más despacio y con otro desarrollo) decidí recogerlo como cosa que no había podido servir para ese objeto, pero que serviría en otra parte y se lo dije a usted.

»Esto, no obstante, no se atendió a que estuviera para el día 1, desatendiendo el que recibiera yo pruebas. Aún así, no estuvo para dichos días. Parecía natural que entonces siquiera, pasada ya la oportunidad, importando lo mismo que transcurrieran dos días o seis sin repartirlo, y aún supuesto que yo no hubiera querido retirarlo, se me hubiera enviado pruebas, primero porque había yo advertido que en el original había errores de hecho o hechos inseguros que comprobaría mientras se imprimían (verbigracia, la compilación criminal de 1875, en vez de 1879, etc.) y por respeto al Congreso y a las... [pala-

bras ilegibles], ya que no para dejar a salvo la seriedad del autor, no debiera llevarse a sabiendas inexactitudes al Congreso; 2.º, porque lo había puesto yo como condición reiteradamente y que era de satisfacer aunque fuera sólo un simple deseo; o hasta un capricho, y yo no creo que sea nunca un capricho el que el autor revise sobre el molde de la imprenta lo que escribe y ha de quedar con un cierto carácter de permanencia.»

Después de señalarle algunos ejemplos de casos, en que él personalmente tuvo el cuidado de que cada autor pudiera corregir sus pruebas, explica al comenzar el párrafo 6.º: «Digo a usted todo esto porque vea que no es una puerilidad el que insista en retirar mi dictamen»; y concluye este párrafo y el siguiente con este texto:

«...pues se trata de una condición con la cual conté al escribir el dictamen, pues a no haber contado con ella no se lo habría enviado o lo habría enviado más tarde.

»También insisto en que dicho dictamen, no obstante, el buen deseo y celo de usted, ha quedado extraño al Congreso, y, por tanto, no quedará el libro de Actas sin un miembro al separarlo de él. Usted lo entregó a la Comisión de Conclusiones, pero ésta no tuvo tiempo de tomarlo en cuenta (conozco la precipitación y aún atolondramiento con que no pueden menos de hacerse esas cosas). Mi dictamen fundamentalmente es: 1) no debe haber recurso de casación; 2) no debe haber Tribunal Supremo. Pues bien, ni yo mismo podría votar sobre esto, ni saber si alguien en el Congreso, y, por tanto, en España, piensa como yo, si es eso una genialidad excéntrica, por que no se ha puesto a votación, mientras que sí podrá votar sobre las conclusiones de las enmiendas. Ni siquiera sobre una cosa tan inocente como la enseñanza del Derecho aragonés, catalán, etc., en la Universidad de Zaragoza, Barcelona, etc., hay una conclusión para votar. Y si bien hay una igual a esta de mi dictamen, está copiada del dictamen del Congreso de Madrid. Por esto le decía que mi dictamen no llegó a tiempo y que no habiendo entrado en el Congreso podría recogerlo. De todos modos siento que no haya podido ser, pues no teniendo el original enviado ni copia, que no me quedé, no podré utilizar sus datos sin rebuscarlos otra vez en los libros de donde los tomé, por ignorar si en el impreso habrá erratas, cosa fácil teniendo yo tan mala letra.»

No disponemos de la carta que Homs escribió a Costa en contestación a ésta. Y en la cual, sin duda, adjuntaría el texto original de la ponencia de Costa para que éste pudiera corregirlas; pues así resulta de las siguientes cartas. También en ellas aparece que Costa envió su voto al tema 1.º

13. Carta fechada el 16 de octubre de 1888 de Homs a Costa, en la cual le dice:

«Se recibió oportunamente en esta Secretaría la hoja de votación del tema 1.º por usted suscrita.

»Me permito recordarle la conveniencia de que se sirva usted mandar su ponencia corregida a la mayor brevedad a fin de proceder a su reimpresión para el tomo de actas.»

14. Borrador de una carta de Costa a Homs, fecha de 22 de octubre de 1888, que dice:

«Creí poder leer los dictámenes y enterarme de los problemas ventilados en el Congreso a tiempo de poder votar sus conclusiones, pero me ha sido absolutamente imposible, y sólo en señal de adhesión al Congreso, con ánimo de escribir el mismo día o el siguiente, envié la votación sobre el tema 1.º, en que podía hacerlo con menos escrúpulos, aunque siempre con alguno, por no haber oído las razones de los restantes congresistas (no soy partidario de ese sistema de votaciones que inventó el Obispo de Barcelona Costa y Borrás).

»Por mi perezosa, dolencias, etc., estaba ahora en falta con usted y con el distinguido Presidente del Congreso (a quien saludo y contesto en ésta) por la carta con que me honraron últimamente. Estimando en lo que vale su insistencia por el afecto que demuestra a la persona, no, claro está, como juicio del dictamen a que sólo puede tenerse por digno de imprimirse en virtud de esa indulgencia... [palabras ilegibles] que nos caracteriza para juzgar cosas y personas —y sintiendo tener que recordar a costa mía el adagio aquél malo y rogado— me excusarán ustedes que les suplique que no retarden el dar pruebas a la impresión del tema 1.º por aguardar mi dictamen, pues yo de ningún modo publico cosa que, hecha, amén de tanta prisa y al par tan poco fundada, sin antes rehacerla, y en mi situación actual no puedo dedicarle ni siquiera un día, ni podré hasta el año que viene.»

15. Carta escrita por Durán y Bas el 30 de octubre de 1888 a Costa, en la cual, después de excusarse de no haber podido escribirle, como deseaba, durante ni a la terminación del Congreso jurídico, insiste en rogarle que haga «un esfuerzo para introducir en su Ponencia las correcciones que crea necesarias introducir y devolverla con ellas para su inclusión en el tomo». El resto de la carta, por su letra, me resulta difícil de descifrar; pero, al parecer, insiste en tratar de convencerle y de excusarse porque se hubiera publicado el fascículo de su ponencia sin haberlo podido corregir su autor.

16. Borrador de una carta de Costa a Durán y Bas, fechada en Madrid a 5 de noviembre de 1888, de cuyo texto, salvando errores de entendimiento de su difícilísima letra, resulta que le contesta:

«Me es muy sensible ver vivo todavía el incidente baladí de mi dictamen, al punto de que se distraiga por ello una persona como usted que en estos momentos ha de estar agobiada de atrasos de trabajo, después de tan larga serie de visitas y solemnidades ruidosas a que por su posición ha tenido que consagrarse en cuerpo y alma. Si no fuera mi desestimiento cosa tan llana y la insistencia y empeño de ustedes tan fuera de mi comprensión, sentiría remordimiento por

ello. Por Dios, señor don Manuel, ¿por qué dan ustedes importancia a cosa tan indiferente y tan insignificante? Aunque fuera un capricho mío, ¿qué mal hay en pasar por él? ¿A qué mantener preocupación por esa cosa ya vieja y olvidada? Independientemente de todo juicio y apreciación que pudiera dividirnos, hay estos dos hechos: 1) el dictamen se imprimió y repartió contra mi voluntad manifestada cuando aún era tiempo de retirarlo de la imprenta; 2) aun impreso contra mi voluntad no llegó al Congreso en tiempo hábil, quedó fuera de él, y es la hipótesis más favorable para dicho escrito, porque si se dice que lo estudió la Comisión de Conclusiones, entonces ya no es que no llegó a entrar, es que entró y lo echaron, pues que no fueron admitidas a discusión sus conclusiones. Si estas dos premisas no dan de sí para todo el mundo la consecuencia se venga a mí sin yo forzarlo ni llamarlo, declaro que no entiendo de lógica y que no se me ocurre nada que decir a ustedes para justificar mi conducta, en la cual no puede ver el más susceptible y puntilloso cosas que nadie pueda sentirse mortificado. Si yo hubiera pensado y dicho, verbigracia que tal vez se tuvo en cuenta alguna consideración relacionada con las conclusiones del dictamen para retardar su impresión, y que se repartió impreso a última hora como pago de una deuda, juzgando que el no circularlo había de molestarme, tendrían ustedes mucha razón en hacerme cargo, pero si lejos de eso, he extremado el lado contrario, tomando sobre mí sin pretensión de que me lo imputaran a delicadeza, toda la culpa: 1) diciendo que la no impresión en tiempo había sido efecto producto de mi tardanza (a pesar de que tal vez dista esto algo de lo cierto), y 2) diciendo que el trabajo es tan abominablemente malo que necesita una nueva mano, y aún muchas, para hacerse merecedor de la letra de molde.

»No me lleva ningún interés a defenderme y mantengo, por tanto, esta inculpación a mi propio, por librarme de las cuales habría de inculpar a alguien, y a fe que no valdría la pena [ilegible] «Yo me digo: O la Comisión Organizadora presentó oficialmente mi dictamen a la Comisión de Conclusiones para que pudiera darle el exequator y la Comisión de Conclusiones se lo negó, no haciendo presentación de él al Congreso (esto es, no sometiendo a discusión la del dictamen de que se trata), y en tal caso no llegó a ser dictamen, e imprimirlo como tal, por una complacencia sin objeto y sin justificación, sería doblar el desdoro que, a ser yo caviloso y de poco ánimo, pudiera haber sentido con la repulsa; o la Comisión de Conclusiones no pudo, con la precipitación, atender a más que a las enmiendas y dictámenes impresos y aún no a todos, en cuyo caso mi dictamen no fue admitido ni rechazado como tal, y podrá imprimirse al final sin inconveniente, como una de tantas memorias o dictámenes presentados para ilustración del Congreso, si yo no encontrase mejor el aplazar la publicación de mi *trabajo* [sigue un entre paréntesis ilegible] que se ha hecho para eso.

»En otro orden de consideraciones, y sin perjuicio de que yo entienda que tiene la gente demasiadas cosas a que atender para que vaya a preocuparse de si se imprimió o no imprimió con las actas un escrito más o menos, puesto que ustedes piensan de otro modo, para prevenir las posibles extrañezas parece que habría de bastar el que se diga que el dictamen del señor Costa no pudo imprimirse a tiempo, o no fue remitido, etc., para ser tenido en cuenta en la discusión del tema 1.º, por lo cual lo ha recogido el autor.

»Y si esto no basta, pueden sin escrúpulo alguno decir “que yo mismo lo condené por pésimo a la oscuridad”, descartando en absoluto por lo que a mi respecta toda cuestión de amor propio; que he comprado demasiado caro, a precio de algo que vale algo más que la propia vida, el derecho de no hacer caso de murmuraciones ajenas, para que fuera ahora a preocuparme del que dirán. Ni porque lo digan ha de ser, ni ha de dejar de ser porque lo callen. Yo encuentro esta cosa tan indiferente y sin otra consecuencia, como el no haberse enviado el dictamen de otro ponente: se anunciaron cuatro ponencias, se publican dos, esto es todo, no quita ni añade nada a esto, al menos con respecto a ustedes, el que no se repartiera por equivocación a última hora con el título de dictamen un folleto firmado por el que en el programa resultaba ponente; si añadiera o quitara algo sería para éste y éste toma sobre sí cuanto quiera decirse de él y de su escrito.

»Ultimamente, no se trata ya de la corrección de pruebas, las tengo corregidas en un ejemplar, y me sería bien sencillo remitirlo; es que no habiendo respondido al fin inmediato para que se escribió y sin el cual no se habría escrito, carece de razón de ser incluidos en el libro de actas como una más que es, no quiero que se publique. Se publicará otra cosa sobre ese tema y en igual sentido, cuando pueda ocuparme en ello, ahora no puedo. Sentiré mucho que esta explicación no satisfaga porque no tengo otra.

»Agradezco mucho las reflexiones que me hace, hurtando del tiempo que tanto necesita; estimo la intención y el afecto que se las dicta y siento mucho que mi manera personal de ver eso de la publicidad y los Congresos en relación con nuestro caso, no me permite deferir al consejo de una persona a quien tanto respeto como jurisconsulto y como patriota, a quien tanto aprecio como compañero y como amigo. Esperando ocasión en que poder serle útil, me reitero con la mayor consideración, suyo afmo. q.b.s.m.»

III

Tengo sobre mi mesa de trabajo para su cotejo:

— Una fotocopia del dictamen de Joaquín Costa para el tema 1.º del Congreso Jurídico de Barcelona de 1888, con este pie: «Barcelona, Imprenta de Jaime Jepús, calle del Notariado, número 9, 1888».

Me lo ha facilitado mi amigo y compañero Miguel Casals Colldecarrera, que la ha obtenido del ejemplar hallado en una caja que contenía las ponencias de los Congresos de Zaragoza y Barcelona.

— Y el libro de Joaquín Costa *Reorganización del Notariado, del Registro de la Propiedad y de la Administración de Justicia*, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1890-1893, abierto en la página 287, donde comienza el Apéndice: *La casación, el Tribunal Supremo y la jurisprudencia*, con esta nota indicativa a pie de página: «Ponencia redactada para el Congreso Jurídico de Barcelona, en 1888, sobre el tema 1.º: *Condiciones que debe reunir la jurisprudencia para disfrutar de autoridad de doctrina legal*, en el supuesto todavía de la subsistencia de las Audiencias territoriales».

He cotejado ambos textos y he hallado muy escasas y poco importantes diferencias.

1.º Los subtítulos, que en el folleto se destacan del texto dejando espacio entre ellos, en el libro se unen al texto, y en lugar de ordenarse en números romanos, éstos pasan a ser arábigos. La letra de esos subtítulos se cambia de versalitas a negritas.

2.º Hay palabras que en un texto comienzan con minúscula y en el otro con mayúscula, algún entre comillas se añade o se suprime expresando su contenido en cursiva, y también se ponen en cursiva algunas palabras que no lo estaban. La única errata de cierta importancia es la advertida por el mismo Costa, en su carta a Homs del 16 de septiembre, en la sexta línea comenzando por el final de la página 15 del folleto, que pone «de 1875», refiriéndose a «la compilación criminal», que era de 1879, tal como aparece, ya corregido, en la línea 9 de la página 305 del libro.

3.º Vemos interpoladas algunas adiciones. He anotado las siguientes:

— En el antepenúltimo párrafo del epígrafe 1.º, que comienza con las palabras «el problema se agrava y...», en la página 290 del libro, a diferencia de la página 5 del folleto, entre la penúltima frase que concluye con un signo de interrogación y la penúltima que comienza: «la materia de la jurisprudencia...», se intercala: «las únicas reglas de la sana crítica que el legislador había sancionado estaban en el Código de las Partidas, pero cuando se ha echado mano de ellas, el Tribunal Supremo las ha recusado, como derogadas o modificadas en su esencia por la Ley de Enjuiciamiento Civil».

— Al título el epígrafe 3.º, se añade: «la casación y el Tribunal Supremo».

— En el mismo apartado 3.º, al final de su tercer párrafo, detrás del entreparéntesis «(sentencia de 21 de febrero de 1867)», se adiciona una larga referencia a la Resolución de 27 de mayo de 1890, evidentemente posterior a su ponencia y a la correspondencia que hemos referido.

Al final del párrafo 6.º del mismo apartado 3.º en lugar de «(Giner de los Ríos)» pone «(F. Giner)».

— En el mismo apartado 3.º, al final del párrafo que concluye cerca de la mitad de la página 23 del folleto y detrás de las últimas palabras «recurso de súplica», se añade en la correspondiente página 315, «o de injusticia notoria, según han opinado muchos en España, a vista del quiebro dado al artículo 659 de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente, tan trascendental en la teoría y tan ilusorio y baldío en la práctica. Ya desde un principio habían resultado soberanas las audiencias (...)»; y aquí, donde he puesto los puntos suspensivos, sigue una larga cita de Manresa que concluye con el mismo párrafo hacia la mitad de la página 316.

— Al final de la primera línea de la página 24 del folleto, entre el punto y coma y el guión, se intercala en la página 317 del libro: «o como dice el señor Pla Soler, que “es más difícil precaverse uno contra el error, que conocer y enmendar el que otro haya padecido”».

— Y en el apartado 5.º, donde termina su transcripción de las conclusiones del Congreso Jurídico Español, celebrado en Madrid en 1886, segunda línea de la página 42 del folleto, se añade detrás de las comillas de cierre: «(Giner de los Ríos, Oliver, Pantoja, Costa)». Nada más ha advertido.

Siendo así, ¿cómo explicar las siguientes afirmaciones de Costa?

— Estando aún en pruebas la ponencia, «tendré que corregir alguna frase, atenuar algún adjetivo demasiado crudo y pintoresco» (Postdata de la carta a Durán y Bas del 20 de agosto).

— «Con ocasión de escribirlo, he visto que el problema tiene suma trascendencia y que está todavía por estudiar; así me propongo trabajarlo con más espacio para que mi conclusión sea menos indigna del asunto» (borrador de la carta a Homs, sin fecha, referida por nosotros en el número 10).

— «Como yo había hecho el Dictamen para un debate, no para un libro (que para un libro habría tenido que hacerlo más despacio y con otro desarrollo) decidí recogerlo como cosa que no había podido servir para ese objeto, pero que serviría en otra parte» (...) «porque había yo advertido que en el original había errores de hecho o hechos inseguros que comprobaría mientras se imprimían (verbigracia, la compilación criminal de 1875, en vez de 1879, etc.)» (carta a Homs del 16 de septiembre).

— «Pues, yo de ningún modo publico cosa hecha, amén de tanto prisa y al par tan poco fundada, sin antes rehacerla» (carta a Homs de 22 de octubre de 1888).

— «Se publicará otra cosa sobre este tema y en igual sentido, cuando pueda ocuparme en ello, ahora no puedo» (carta a Durán y Bas de 5 de noviembre de 1888).

No parece, pues, vistas las escasas correcciones y diferencias de ambos textos, que éstas fueran la verdadera razón de su negativa.

Pero, en dos de sus últimas cartas, resulta que Costa deja entrever otra razón distinta y, tal vez, decisiva de su negativa.

— «También insisto en que dicho dictamen, no obstante, el buen deseo y celo de usted ha quedado extraño al Congreso y, por tanto, no quedará el libro de Actas sin un miembro al separarlo de él, usted lo entregó a la Comisión de Conclusiones, pero ésta no tuvo tiempo de tomarlo en cuenta» (carta a Homs de 16 de septiembre).

— «Yo me digo: o la Comisión Organizadora presentó oficialmente mi dictamen a la Comisión de Conclusiones para que pudiera darle el *exequator* y la Comisión de Conclusiones se lo negó, no haciendo presentación de él al Congreso (esto es, no sometiendo a discusión la del dictamen de que se trata), y en tal caso no llegó a ser dictamen, e imprimirlo como tal por una complacencia sin objeto y sin justificación, sería doblar el desdoro que, a ser yo caviloso y de poco ánimo, pudiera haber sentido con la repulsa —o la Comisión de Conclusiones no pudo, con la precipitación, atender a más que a las enmiendas y dictámenes impresos y aún no a todos, en cuyo caso mi dictamen no fue admitido ni rechazado como tal, y podrá imprimirse al final sin inconveniente, como una de tantas memorias o dictámenes presentados para ilustración del Congreso, si yo no encontrase mejor el aplazar la publicación de mi *trabajo*» (...) «Ultimamente, no se trata ya de la corrección de pruebas, las tengo corregidas en un ejemplar, y me sería bien sencillo remitirlo, es que no habiendo respondido al fin inmediato para que se escribió y sin el cual no se habría escrito, carece de razón de ser incluido en el libro de actas como una más que es, no quiero que se publique» (carta a Durán y Bas de 5 de noviembre de 1888).

Ahora bien, de ser ciertas esas suposiciones de Costa, ¿cuál pudo ser el motivo por el cual la Comisión de Conclusiones no tuvo en cuenta su ponencia o dictamen?

Trataré de discernirlo en los siguientes epígrafes.

IV

El cuestionado dictamen del jurisconsulto altoaragonés merece un análisis, aunque sea hecho brevemente y en términos muy generales.

Está dividido en cinco partes, más la propuesta de conclusiones. El título puesto, a cada una, enuncia una tesis claramente definitoria y rotunda, conforme fue el estilo del León de Graus. Las seguiremos una a una para mayor fidelidad al pensamiento del autor.

«1. *La jurisprudencia, como fuente del Derecho, debe recibir una definición legal y precisa, dejando de ser este vocablo un enigma susceptible de los más contradictorios sentidos.*»

Lo primero que se advierte en este enunciado es que, además de aludir al significado de la palabra *jurisprudencia*, plantea una cuestión que se halla fuera de la pregunta objeto del tema.

Esta pregunta es: *¿Qué condiciones debe reunir la jurisprudencia para disfrutar de la autoridad de doctrina legal?* En cambio, el epígrafe de Costa plantea la consideración de aquélla como *fuerza del Derecho*, no como *doctrina legal*.

La expresión «doctrina legal» fue introducida en España por el Real Decreto de 4 de noviembre de 1832, como «la que surge de la ley misma o resulta lógicamente de su contenido». La misión de fijarla ha sido considerada tarea del Tribunal Supremo en la realización de su función. Y la Sala 1.^a del mismo lo ha definido como la establecida por ella misma, «en repetidas e idénticas resoluciones».

Antes de promulgarse el Código civil, ciertamente, las dudas podían parecer mayores y su distinción de las fuentes de Derecho resulta más imprecisa. Pero el Código no colocó la jurisprudencia entre las fuentes del Derecho enumeradas en el artículo 6, con lo cual quedaría claro que la determinación de la «doctrina legal» no constituía una nueva fuente, sino sólo una explicación, resultante de su labor interpretativa. Hoy, después de la reforma de 31 de mayo de 1974, el artículo 1.6 expresa: «*La jurisprudencia completará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho.*»

El planteamiento hoy es otro, aunque, sin duda, tampoco éste escaparía a las críticas desfavorables de Joaquín Costa, como podremos ver al comentar el apartado 2.^o de su dictamen.

Por otra parte, es sabido que la palabra *jurisprudencia* ha tenido y tiene diversos significados:

— En Roma fue definida: «*Divinarum atque humanarum rerum motitia, iusti atque, iniusti scientia*» (Dig. 1, 1, 10, 2); y no se estimó obra de los Jueces, sino de los Jurisconsultos.

— En Alemania, desde el siglo pasado, se entiende como expresión equivalente a *ciencia del Derecho*.

— Entre nosotros viene entendiéndose, en un sentido restringido pero de uso generalizado, como la doctrina expresada por el Tribunal Supremo en su labor de interpretación del Derecho.

Esta última acepción estaba menos clarificada hace cien años.

En este punto 1.^o de su dictamen, Joaquín Costa acusa confusión en la determinación de:

— cuáles son los Tribunales de quienes dimana la jurisprudencia; y de

— qué principios de ciencia corresponden a las «reglas de la sana crítica» de cuya infracción dimana la posibilidad de casar sentencias.

La primera causa de confusión —dice Costa— se sintió tan pronto como, en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, «se estableció

por primera vez el recurso extraordinario de casación para el caso de que se hubiese cometido en una ejecutoria infracción de la doctrina legal admitida por la jurisprudencia de los Tribunales».

No olvidemos que las sentencias de las *Reales Audiencias*, antes *Reales Chancillerías* o *Regius Senatus*, habían venido teniendo gran interés tanto para los jurisconsultos —en cuanto al análisis de sus fundamentos y razones— como para los jurisperitos por el conocimiento de las posibilidad o probabilidades de éxito en los temas objeto de fallos anteriores. Por ello, en especial en los siglos XVII y XVIII, abundaron las publicaciones de volúmenes de decisiones de las diversas Audiencias —comentados por prestigiosos autores.

El Tribunal Supremo fue el sucesor del *Real Consejo de Castilla*. Apareció en la Constitución de Cádiz (artículo 259) con el nombre de *Supremo Tribunal de Justicia*, y como órgano jurisdiccional específico para resolver los recursos de casación. Tuvo alternativas, determinadas por la alternancia política, y se llamó también *Supremo Tribunal de España y las Indias*. Su nombre y estado actual se sitúa en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 5 de octubre de 1855.

Costa recordó que, a los cuatro años de esa ley, un Fiscal del Tribunal Supremo, Seijas-Lozano, informando como tal, decía de ella que «reconoce, y con fuerza obligatoria, la jurisprudencia de los Tribunales, de todos los Tribunales, teniendo que refrendarla y darle el paso este Supremo, aunque sea contra su opinión»; y que, en tanto nuestra anterior legislación «denegó esa fuerza a la jurisprudencia, conteniéndola en su esfera doctrinal, al dársela hoy, se viene a introducir una nueva legislación general» (...) «multiforme, varia, contradictoria, como lo que constituyen todas las sentencias indistintamente de todos los Tribunales».

«Después —sigue Costa— ha mudado en la opinión de las gentes —no en el texto de la ley, que sigue siendo el mismo— este concepto, y se ha trasladado (...) el centro productor de jurisprudencia desde las Audiencias al Tribunal Supremo», y califica a aquélla de «enorme masa caótica, llena de vaguedades, de deficiencias y de contradicciones».

Por ello, repetía lo mismo que había formulado la ponencia 3.^a del Congreso Jurídico Español de 1886, en Madrid —que, con él, formaron Bienvenido Oliver, José María Pantoja y Francisco Giner de los Ríos—, que la jurisprudencia española adolecía del vicio capital de carecer de forma o de «tenerla tan vaga, tan incierta, tan poco definida, de contornos tan indecisos». «Enmarañada y tal como es la legislación, al fin tiene una expresión concreta» —sigue diciendo dicha ponencia y repite el dictamen de Costa—. «Por eso existe, a juicio nuestro, un problema que demanda solución con mayor apremio que la codificación de las leyes, y es la definición de la jurisprudencia». Costa, en su dictamen para el Congreso de Barcelona, con-

cluía ese primer apartado, pidiendo: pues, «hemos de vivir con ella, sepamos quién es y dónde podremos encontrarla».

«2. *Las doctrinas admitidas por la jurisprudencia de los Tribunales en ningún caso debe imponerse a éstos como obligatoria.*»

Antes de abordar este apartado me parece útil recordar cual había sido el criterio predominante en el *ius commune* acerca de las decisiones de los Tribunales como interpretativas del Derecho. Criterio que había sido seguido del modo más fiel, precisamente, en Cataluña.

Entre los autores —como en Cataluña repetía Tomás Mieres hacia la mitad del siglo XV— la interpretación de los Jueces se reputaba *necesaria* a diferencia de la de los Doctores, pero se estimaba *no general*, es decir, no extensiva fuera del propio caso resuelto. En esa perspectiva, siglo y medio después, Fontanella explicaría que las sentencias «*ultra non extendatur quam importat verborum sonus*», por lo que «*mínima mutatio facti mutat totum ius*»; y, en igual sentido Joseph Ramón dictaminaba que las decisiones de la Real Audiencia de Cataluña «*non obligat in futurum, nec habeant vim legis generalis*».

Esta concepción la compartía plenamente Costa; quien, por otra parte, frente a la escuela francesa de la exégesis, no consideraba la interpretación como una simple formulación de un silogismo, del cual la ley fuese la premisa mayor, el hecho la menor y la sentencia su conclusión. La cual, de ese modo, no tendría sino la función de subsumir el hecho en el precepto legal correspondiente.

Más de diez años antes de que Geny mostrara la imposibilidad de ese simplismo que ni siquiera seguían los Tribunales franceses, ya mantenía Costa la más pura concepción clásica de la interpretación, en unos términos que anticipan el concepto de la «concretización» del derecho que, en los últimos cincuenta años, se ha impuesto en la ciencia jurídica alemana.

«El carácter ordinario de la ley —dice en ese apartado de su ponencia— es la generalidad: contiene los casos únicamente por modo de potencia y hay que decidirlos de ella uno a uno por un trabajo reflexivo de adaptación que es a lo que llamamos interpretar la ley. La interpretación no es, en sustancia, otra cosa sino la medida o contraste de algo individual por algo específico, de otro modo, la reducción de un tipo específico a las proporciones de un hecho, a un hecho en proyecto, con el fin de determinar la conducta que debe seguir el sujeto autor para que el hecho resulte conforme al tipo propuesto e impuesto [no olvidemos que Costa aquella primavera había ganado su oposición a Notarías]; ora de un hecho ya ejecutado al objeto de decidir, caso de que no coincidan, lo que ha de restarse, añadirse o rectificarse en él para que quede lograda la conformidad. El legislador legisla para la especie, para una especie dada de hechos.» «Cada uno de los infinitos hechos homogéneos abarcados debajo de una ley, conserva, no obstante, esa homogeneidad un carác-

ter propio e incommunicable, que lo distingue de todos sus congéneres y hace que no sea aplicable a unos la interpretación, o sea, la adaptación del precepto hecho para otros, y que se requieran, por esto, tantas interpretaciones directas de él como casos vayan ocurriendo. Por otra parte, aún supuesta la identidad de los hechos, de dos concursos o combinaciones del hecho, de dos situaciones de Derecho, la relación entre estas situaciones o hechos y la regla o precepto general, no obstante, relación objetiva, necesaria, única, puede no presentarse al entendimiento del intérprete tal como ella es, puede el entendimiento apreciarlo de un modo y en el otro de un modo diferente, equivocado éste, acertado aquél, o en parte acertado y en parte erróneos entre ambos.»

No puedo estar de acuerdo con este final subjetivista y relativista al que llega —y en lo que se anticipa quince años a Eugen Ehrlich, el primero que proclamaría la *doctrina del Derecho libre*—; pues, pienso que entre todas las apreciaciones habrá siempre diferencias de razón y, entre ellas, debe buscarse mejor dotado tal como reclamaba Bartolo. El mismo Costa viene a admitirlo cuando, en la página siguiente, dice: «El formar juicio no es cosa arbitraria, como el querer o no querer, dados los términos “hecho jurídico” y “ley general”, fuera de nosotros, la verdad de ellos y de su relación se nos impone, a pesar nuestro, de modo objetivo». Sin embargo, enseguida vuelve a insistir en el subjetivismo de cada juzgado, en que cualquiera que sea su grado jerárquico, no debe ponerse trabas ni limitación de ningún género.

Dejando aparte esa expresión de subjetivismo relativista, la exposición de Costa en torno a lo que es la interpretación, concuerda con las más recientes posiciones metodológico-jurídicas alemanas, en la consideración de tipos y series de tipos —no de conceptos, a diferencia de como, en tiempo del León de Graus, hacía la dogmática pandectística—, de los concursos y combinaciones de supuestos de hecho y de su cotejo con el hecho tipo de la norma considerada, todo lo cual exige una labor de adecuación que el Juez ha de realizar en cada caso concreto. «Llamado a concretar la declaración impersonal del legislador para dar pauta a un estado jurídico determinado y personalísimo» —sigue el jurista altoaragonés— «lo que ha de poner de suyo es el juicio para interpretar entre ambos y relacionarla una con el otro».

En este apartado 2.º hallamos incluso un párrafo en el cual anticipa apreciaciones que el neohegelianismo jurídico formularía, ya entrado este siglo, con Binder y Schönfeld, y que recientemente vemos mantenidas por Larenz. Especialmente lo muestran así estas frases que espigamos del dictamen de Costa: «El juzgador no se limita a aplicar mecánicamente la ley, sino que, al aplicarla, la desarrolla, la aclara, la suple, la reelabora y perfecciona, la vivifica, en suma, conforme a las inspiraciones de la razón común y a impulsos de la nece-

sidad histórica para la que fue dada». Pero llega un día —sigue el dictamen— en que la letra de la ley se nos presenta en oposición «con las evoluciones interiores del Derecho», y entonces «esa oposición, esa antinomia, el juzgador tiene que resolverla de momento. La presión incontestable de la realidad le obliga a armonizar sus interpretaciones en el sentido vivo de la ley, salvando los respetos debidos a la letra por medios indirectos en que fueron maestros los pretoros en Roma».

Ahora bien, aquella afirmación de subjetivismo, sin traba ni limitación, pienso que, si bien podemos afirmarla del *juicio*, no cabe extenderla a su *pauta*. Esa diferencia entre «pauta» y «juicio» creo que nos la puede aclarar una distinción clásica: entre *intelección* de la norma —o sea, la inteligencia de su sentido, de su *mens* y *ratio*— y la *interpretación*, propiamente dicha, como mediación que es entre la ley y la realidad, entre norma y hecho. Mediación que *concreta* el derecho como *lo que es justo* en el caso contemplado. Este concepto de interpretación corresponde, sin duda, a lo que expone Costa. Pero la intelección, inteligencia o comprensión del *sensus legis*, es algo previo, en cierto modo, a la interpretación o mediación entre la norma inteligida y el hecho enjuiciado; aunque muchas veces la labor interpretativa sirva, a su vez, para aclarar aquella intelección, tal como aclara, asimismo, los perfiles jurídicos del hecho examinado. Por tanto, la intelección de la norma no puede depender de un juicio subjetivo del intérprete. Y, en ese sentido, no parece contradictorio, sino una garantía para la seguridad jurídica, que un Tribunal Supremo tenga la misión específica de determinar esa intelección, inteligencia o comprensión del sentido de la norma de que se trate. Esta podrá ser la pauta o una de las pautas del juicio; pero no debemos confundirla con este mismo, puesto que éste supone un paso hacia el hecho —respecto del cual, consiste en una concretización, mediación o acomodación, o sea, en la interpretación propiamente hablando—, paso que se opera entre la norma inteligida y el derecho jurídicamente diagnosticado.

Pienso que ahí radica el punto débil de la brillantísima y traslúcida tesis del León de Graus acerca del subjetivismo en la interpretación sin traba ni limitación de cada juzgador, que no puede alcanzar a la debida intelección de la norma.

«3. *Es preciso no perturbar la formulación de la jurisprudencia. La casación y el Tribunal Supremo.*»

Parte Costa de la necesidad de que los Tribunales disfruten de «un cierto grado de libertad» que, entiende, queda perturbado si «la jurisprudencia una vez formada la vincula a ella, dándole carácter de ley y autorizando la casación por infracción de sus doctrinas o de sus reglas».

Ciertamente, reconoce que en Francia, «teóricamente hablando y

según la letra de la ley, todo juzgador es libre en sus juicios e interpretaciones de la ley», y que, en España, Gómez de la Serna —siendo Fiscal del Tribunal Supremo— escribía en 1862: «Entre los errores jurídicos más trascendentales que oímos todos los días, es uno el de atribuir a los fallos que el Tribunal Supremo pronuncia en los recursos de casación una fuerza igual a las de las leyes» —Añadamos nosotros que tampoco en el siguiente año el Código civil atribuyó a la jurisprudencia fuera de fuente del derecho.

Pero Costa insistía: «Si tal fue la intención del legislador, no calculó bien el alcance de sus premisas, y como era natural, la lógica de los hechos se le ha impuesto hoy, lo mismo en Francia que en España, la única verdadera jurisprudencia es la del Tribunal Supremo, y no hay otra.» Expresa la razón de este resultado repitiendo palabras que Ortiz de Zúñiga, siendo Magistrado del Tribunal Supremo, había pronunciado veinte años antes: «Que al no haber una autoridad superior a la de este Tribunal, puede, por razón de su elevada jerarquía, declarar cuáles [de los principios, reglas y dogmas admitidos por la jurisprudencia de los Tribunales] merecen aquella calificación [de doctrina legal, a que alude la Ley de Enjuiciamiento Civil] y, como por otra parte su alta potestad no puede fraccionarse, porque faltaría la concentración indispensable para la unidad y la uniformidad de la doctrina, sólo este mismo Tribunal puede ser el competente para regular cuáles son los dogmas jurídicos aceptados por la jurisprudencia y cuáles deben repelerse como opuestos a los ortodoxos principios del Derecho.» Y así como recordaba Costa, el Tribunal Supremo había reiterado: «La jurisprudencia o práctica constante de una sola Audiencia no es bastante por sí para constituir doctrina legal ni puede invocarse como fundamento de un recurso de casación» (sentencias de 28 de noviembre de 1863, 21 de junio de 1864 y 3 y 30 de junio de 1866).

Por esto Costa plantea: ¿Qué es el Tribunal Supremo? Y en su examen analiza de modo especial el fundamento que le atribuían quienes habían teorizado en dicho tema, comenzando por Meyer, según quien dicha institución —explica Costa— es una consecuencia de:

— «la necesidad de garantizar la aplicación uniforme de las leyes en todo el territorio;

— »y la necesidad de que esa garantía no esté confiada al poder legislativo ni al ejecutivo, por exigirlo así el principio de la independencia de los poderes.»

El León de Graus se enfrenta con ambas razones:

a) A la primera contrapone este criterio suyo: «El amor de la unidad, de uniformidad, de la simetría de los pueblos llamados con más o menos propiedad neolatinos, incapacitados por herencia para sentir y tal vez aún para comprender eso que es la gloria y la fortuna de Inglaterra, la libertad individual, el “selfgovernment”; la variedad apenas distinguida de la anarquía, le causa vértigo y como dolencia

la huyen y la atacan por medios exteriores y de fuerza uniforme que puede suministrar el derecho concebido al modo material y mecánico que les es propio, según su dogma “a una nación, un sólo centro de poder y un Código único”». Y al final de este apartado agrega que en Inglaterra —mostrada por Meyer como excepción a la necesidad de unificar— la verdadera causa de darse ese hecho es que «no se ha desconfiado de los Tribunales, sino al contrario, que han hecho de ellos la clave de su constitución política; que en Inglaterra no padecen esa obsesión e idolatría de la unidad con que los pueblos del continente se gozan en violentar las leyes de la naturaleza para acomodarlas a los postulados de una teoría enteca, desmentida a cada paso por la realidad» (a este tema de la uniformidad volverá él y, con él, nosotros).

b) La segunda razón aducida por Meyer trata Costa de ponerla en contradicción consigo misma. Así toma la afirmación, que el mismo autor hace, de que «el Tribunal de Casación no decide entre un demandante y un demandado, sino entre el poder legislativo y la autoridad judicial», para objetar: «por consiguiente no es un órgano del poder judicial, porque de lo contrario se ostentaría juez y parte a un mismo tiempo. Si las Cortes evacuaran consultas que los Jueces les hicieran como trámite previo para mejor proveer dentro del juicio colaborarían directamente en el ejercicio de las funciones judiciales y serían poder legislativo y judicial a un mismo tiempo». Por ello, continúa, «no es otro el caso del Tribunal Supremo: no limitándose a decidir contiendas entre particulares, ejerciendo de hecho la potestad de establecer doctrina con carácter preceptivo y teniendo en la mano el medio de hacerle prevalecer contra toda oposición, y de imponerla a los Jueces, a los Letrados, al país, es órgano legislativo tanto como judicial; sus preceptos más que jurisprudencia son verdadera ley, sin que se oponga a ello la circunstancia de ser dictados en forma de considerandos o de fallos sobre casos concretos, que siga denominándose, a secas, Tribunal». Y concluye que sería «una jurisdicción mixta, no deducida analíticamente de la filosofía del Derecho y desde luego contraria a los dogmas políticos imperantes en nuestro siglo».

Costa avanza hacia el origen de la casación, surgida de la desconfianza que «en los mismos países inspira el poder judicial a los otros dos», y en la convicción de que, según palabras de Meyes, «era preciso asegurar el imperio de la ley sobre la autoridad del Juez y evitar que la jurisprudencia de los Tribunales alterase, modificase o abogase la ley». Los revolucionarios del 89, en Francia, creyeron resolverlo, convirtiendo el Consejo Real en Tribunal de Casación. La preocupación penetró en la llamada doctrina del «justo medio», iniciada por Montesquieu y desarrollada por los eclécticos de 1830 en el reinado de Luis Felipe, sistema de desconfianza que explica con una larga frase de Giner: «Por desconfianza del Rey, inmixión del Parlamento

en sus asuntos personales y domésticos; por desconfianza del Parlamento, inmisión del Rey en la composición del Senado; por desconfianza del Senado, privilegios de la otra Cámara en asuntos de capital interés; por desconfianza del Congreso, censo electoral y censo de elegidos; por desconfianza de los Tribunales, lo contencioso-administrativo y enjuiciamiento especial para los Ministros y altos funcionarios; por desconfianza del municipio y de la provincia, centralización, y a este tenor, la indiscutibilidad de las sentencias judiciales, las trabas de imprenta y de la asociación y tantos otros impedimentos, en fin, de la política constitucional y representativa.»

La desconfianza de los Tribunales como guardadores de la ley, llevó a idear el remedio —explica Costa— de «un cuerpo único, de naturaleza híbrida, encargado de asegurar el positivo cumplimiento y la aplicación uniforme de toda la nación. Pero, ¿quién guardará al guardador?» Porque, «si la influencia que ha de ejercer sobre todos los Tribunales le permite sentar una jurisprudencia general o uniforme que puede ser extraña u opuesta a las leyes, ¿cuál será la autoridad que reprima sus excesos?» Esta objeción la puso el mismo Mayer, pero la creía salvada si este Tribunal se limitaba a casar la sentencia, sometiéndose el asunto de nuevo «a uno de los Tribunales de apelación para que otra vez la ventilen y fallen en el fondo». Costa advierte que este procedimiento podría convertirse en el cuento de nunca acabar, si el Tribunal que dictase la nueva sentencia mantuviera la misma violación de ley que la casada. Y si la nueva sentencia la dicta el mismo Tribunal que cesó la recurrida, dice Costa, se concentra en dicho órgano «la totalidad del poder judicial y se deposita en sus manos la estampilla del Rey, de las Cámaras y del Ministerio, con facultad de dispensar o negar a su arbitrio el «*exequatur*» a todo género de leyes, de órdenes y de reglamentos».

El jurisconsulto altoaragonés señala que, así, se llega a un «callejón sin salida»; por lo cual, «por fuerza ha de ser equivocada una doctrina» que, una vez llegado a él, sólo exclame —en palabras de Meyer—: «Es que las instituciones del hombre no admiten una perfección absoluta.»

Esta crítica de Costa da en el blanco del fundamento político inicial de esta institución. Pero no agota el fundamento jurídico, basado en la estimación de la conveniencia de que, en su intelección, la ley se enriquezca por su contraste en la práctica de un Tribunal superior, que actúe por razones jurídicas y no políticas, tanto más tratándose de materias de Derecho privado.

Pero la crítica de Costa no se detiene ahí. Transcribe un dictamen del Consejo de Estado de Francia del 10 de enero de 1806, el cual —después de afirmarse que lo decidido por los Tribunales de apelación «se reputa ejecutorio e inapelable, porque de lo contrario, ¿en dónde habría de interrumpirse la serie de esos exámenes ulteriores?»— reconoce: «Sin embargo, la firmeza de las sentencias pronunciadas

por estos Tribunales descansa, no en la *certidumbre* de que son justas, sino en la *presunción* de su justicia. Pero está en la naturaleza que toda presunción el ceder a la verdad en contrario, cuando ésta se demuestra. Si se da, pues, un fallo en oposición formal, con un precepto de la ley, la presunción de su justicia desaparece, porque la ley es y debe ser la justicia de los Tribunales. He aquí porqué la casación tiene la potestad de anular las ejecutorias de los Tribunales.»

Está claro, y Costa lo resalta, que ese dictamen deja «en pié la antinomia sin resolverla»; pues, «los fallos del Tribunal de Casación son últimos y definitivos, y la sociedad pone su sanción coercitiva al servicio de ellos, para compeler a su cumplimiento, no porque tenga la certeza de que son justos, sino porque se presume que lo son», ya que «puede suceder que confirme errores del Tribunal sentenciador, y puede cometerlos donde no existan, *in peius reformando*, que diría Ulpiano. Por ello concluye que la lógica no ve en este (el Supremo), sino una de tantas estaciones de tránsito y sigue su camino acusando de antojadiza y arbitraria a la doctrina que se detiene aquí». Sin embargo, lo que Costa no señala es que el argumento de Consejo de Estado francés trata de destacar que no trata en la casación de ser «una estación más, sino del repaso a efectos de la intelección de las normas que efectúa un Tribunal especializado en ello».

Después de haber mostrado el que estima fallo lógico del razonamiento del Consejo de Estado de Francia, Costa contempla otro flanco de la tesis que combate: la idea de que es de interés público que exista una interpretación uniforme de la ley, acerca de lo cual, aquí en España, habían puesto el acento Arrazola y Gómez de la Serna. Y ataca la lógica de esa observación envolviéndola con su crítica: «Por esto no se permite restablecer el juicio, sino sobre la llamada cuestión de derecho, porque sólo la cuestión de derecho interesa a la sociedad. Ahora bien, pues es así, ¿la sociedad habrá de mostrarse parte en esos recursos, habrá de intervenirlos todos el Ministerio Fiscal, a fin de sostener la recta interpretación de la ley? Atendido el fin del recurso, efectivamente, así habría de ser; pero el legislador ha tenido que apartarse de los principios, porque “la intervención de dicho Ministerio podría desviar la condición de los litigantes, agregando sus esfuerzos a los de la parte a cuyo lado se colocase” (Ortiz de Zúñiga). Es decir, que se crea un recurso en interés público, no en interés de los particulares, y cuando parece que apunta un conflicto entre ambos, no se vacila en sacrificar el primero en aras del segundo...»

Y, en otro punto del mismo flanco, profundiza su ataque, aquí ya con argumentos jurídicos acerca de la interpretación: «La pretensión de abstraer en la realidad los dos elementos intelectuales del juicio, no ha servido más que para embrollar el procedimiento, penetrándole de sombras y resucitando en él antiguas contiendas de

nominalistas y realistas. Los litigios versan siempre no sobre *hechos* a secas, sino sobre “hechos de derecho”, sobre *hechos jurídicos*, y como es fácil comprender, no hay manera de colocar el adjetivo a un lado y el sustantivo a otro, porque aquél sin éste carece de existencia fuera del pensamiento, y éste sin aquél quizá a otras esferas de la actividad (industria, ciencia religión, etc.), pero es indiferente el Derecho, y no puede dar materia al procedimiento. Se trata de algo que consta de un sólo elemento, no de dos, hecho y Derecho, como solemos decir en fuerza de hábito o para abreviar; de algo, por tanto, indivisible, y no puede moverse contienda, sino sobre todo él».

Sin embargo, al realizar la diagnosis de un hecho jurídico, efectuamos dos operaciones distintas: una, la de comprobar su realidad y su conocimiento fiel, y otra, la de cotejarlo —en ese «ir y venir con la mirada», en palabras de Engisch—, como tal hecho jurídico, con las pautas posibles para calificarlo bien, primero, y enjuiciarlo correctamente, después. Operaciones distintas, aunque sean interdependientes, y que, sin separar el hecho y el Derecho, contemplan el hecho jurídico entero desde el punto de vista de su autenticidad, de una parte, y desde la determinación de las pautas adecuadas para su calificación y juicio, de otra.

Esto explica que —como reconoce el mismo Costa— el Tribunal Supremo pasó a considerar, no ya como error de hecho, sino como error de Derecho, que permite la casación, el error en la calificación del acto o del hecho sobre el que versó la prueba.

Cierto es que la cuestión abarca muchos aspectos, algunos de los cuales pueden ser estimados mejor por el juzgador ante quien se efectúa la prueba, dada su mayor inmediatez de conocimiento y otros aspectos que el Tribunal Superior, más especializado y experto en la intelección de las normas, puede contrastar con mejor amplitud de perspectiva.

Ello ha llevado a que nuestro Tribunal Supremo haya ido precisando, cada vez más, cuáles son las cuestiones que se reputan de hecho y por ello quedan sujetas a la apreciación de su prueba por el órgano decisor. Casals Coldecarrera, en su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, *Metodología de la aplicación del Derecho*, ha deducido de su cuidadísimo examen de las decisiones de este más alto Tribunal —aunque sin darle carácter exhaustivo— que éste ha señalado como tales:

— La determinación de la buena o mala fe de las partes en conflicto.

— La existencia o inexistencia de temeridad en las pretensiones y actuación de las partes en conflicto.

— La calificación del concepto de pública estimación que pueda merecer la conducta de la de una persona, o la repudiación de su torpeza.

— La valoración de las pruebas en orden a la existencia de incapacidades.

— La identificación de la finca objeto de la acción reivindicatoria como juicio de identidad.

— La valoración del contenido de los supuestos fácticos en que ha de apoyarse la interpretación de un contrato o de las declaraciones jurídicas negociales.

— La formulación del juicio de valor sobre la existencia y estimación de hechos en que se basa la calificación de nulidad de testamentos por dolo, error o fraude.

— La formulación de juicio de valor sobre el elemento de gratuidad que caracteriza la donación, así como la estimación de la concurrencia de ingratitud a efectos de revocación de la donación.

— La estimación del sentido de las cláusulas testamentarias y de la validez de los testamentos.

— La valoración de imputabilidad y de la concurrencia de dolo o negligencia en la acción de reclamación de daños y perjuicios.

Es decir, en general, en toda realización de juicios de valor que no estén efectuados directamente por la ley.

Joaquín Costa advierte la posibilidad de que el Tribunal de Apelación haya apreciado erróneamente la cuestión de hecho, pero calificado bien según esa mala apreciación; y dice que, en este caso, la Sala de Casación «tiene que lavarse las manos y además los oídos para no escuchar las leyes del verdadero dueño de la cosa litigosa, que resulta despojado por la torpeza o la malicia del autor de la sentencia cuya santidad se nos impone».

Sin embargo, es de advertir que no es así en el supuesto del motivo 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y que, cuando éste no quepa, tampoco se remediaría de no existir el Tribunal Supremo y el recurso de casación.

Y, por otra parte, es de destacar que el Tribunal Supremo nunca ha renunciado a hacer justicia en sus sentencias, aunque toda la técnica del recurso de casación por infracción de ley— como ha explicado muy bien Casals Coldecarrera en su referido discurso— se basa en el carácter limitativo que tiene la norma —en el sentido de que «ningún órgano decisor, pueda dictar una resolución a la cuestión debatida que contradiga o infrinja lo precisamente dispuesto en una norma jurídica»—, incluso en las normas que no son flexibles, sino rígidas, ocurre que tan sólo si su presupuesto de hecho «coincide exactamente de la *quaestio*, puede hablarse de que la norma jurídica constituye el límite de la actuación del órgano decisor»; y el funcionamiento estructural de las normas, aunque sean *rígidas* «no puede considerarse», mecánicamente, «como límite de la actividad valorativa del caso por el órgano decisor». Con esa perspectiva y dada la posibilidad de casación motivada por error en la calificación jurídica de los he-

chos, pierde bastante fuerza el último de los argumentos de Costa que hemos expuesto.

Es cierto, sin embargo, que la preocupación de nuestro Tribunal Supremo de resolver justamente ha dado lugar a que, algunas veces, haya sido acusado injustamente de contradecirse para hacer justicia en casos concretos. Este es, sin duda, el principal riesgo que comporta el sistema de casación —como comenté haya ya bastante años, y mostré en alguna materia concreta—, en el cual, la injusticia del caso recurrido para apreciarse ha de ir conjugada con alguna infracción legal, que permita casar el fallo estimado injusto, a fin de abrir paso para dictar otra sentencia más justa. Lo cual ha dado lugar a que, a veces, se fuerce la interpretación hasta retorcer la propia doctrina, y que, a fin de evitar contradecirse, y, a la vez hacer justicia concreta, se haya encerrado, en algunas materias, en una *techné* complicada, a fin de abrirse paso por donde, en otras ocasiones, lo había dificultado.

«4. *Debe renunciarse al imposible de reducir la jurisprudencia a unidad por fuerza exterior, tal como la ejercida por la institución del Tribunal Supremo.*»

«Mi dictamen —escribiría Costa a Homs en la carta del 16 de septiembre— es: 1.º) no debe haber recurso de casación; 2.º) no debe haber Tribunal Supremo.»

La primera negativa acabamos de ver que el altoaragonés la razonó en el epígrafe 3.º; la segunda trata de justificarla en este 4.º

Al comenzarlo, el León de Graus, dando por demostrado en el anterior el «ilogismo de la institución», pregunta: «¿No se redimirá tal vez y no se compensará o neutralizará esta perturbación que introduce en la Administración de Justicia, con el beneficio de la unidad elaborada en sus sentencias, sean éstas ejecutorias, sean simplemente de casación?»

«Para contestar con más desahogo a esta pregunta —sigue exponiendo— descartaremos la cuestión de saber si hay o no derecho a procurar esa unidad por imposiciones exteriores; si sería de cierto beneficioso el lograrla por tal camino, y si su ausencia representa positivamente una imperfección. Aunque el pleito había sido ya fallado hace mucho tiempo, con pronunciamiento favorable a la unidad, como la ciencia ni la opinión revisten de santidad la cosa juzgada por ellas, como una y otra mantienen sus juicios en revisión perpetua, se ha abierto desde hace poco una nueva instancia, donde una parte de la nación y de sus científicos impugnan los fundamentos de la anterior sentencia defendiendo los fueros y acreditando las excelencias de la variedad. Dejemos esto en tal punto y planteamos la cuestión en un terreno neutral: ¿es posible la unidad? ¿Puede traerla el Tribunal Supremo?»

Pienso que ese párrafo de Costa es muy significativo. Frente al

unitarismo, que proponía el Proyecto de Código Civil de 1851, la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 había aceptado la solución más ecléctica de los apéndices de Derecho foral, aún cuando no acababa de satisfacer a Costa, ni tampoco a Durán y Bas, quienes habrían preferido que, de momento, se comenzara por efectuar codificaciones diversas para cada uno de los derechos peculiares, y, especialmente, en lo referente al valor de las costumbres y al carácter supletorio o subsidiario de los preceptos legales que no fueran de Derecho necesario y como tal imperativo.

La diversidad en Derecho civil, que estaba en nueva instancia con buenas posibilidades de salvarse, al menos en la parte más importante, en el terreno de la codificación, ¿podría perderse por la vía de la unidad judicial, en la última instancia de casación del Tribunal Supremo?

Ya en el tercer párrafo del apartado 3.º de su dictamen, el altoaragonés, refiriéndose a la «compañía gallega» advierte que en ésta «tan importante» institución jurídica, dado su carácter consuetudinario y territorialmente limitado, resulta que es «una cuestión de Derecho, y como esa infinitas, acerca de la cual no puede formarse nunca jurisprudencia por muchas veces que se ventile en los Tribunales [correspondientes al territorio en que se vive] y por mucho que se escandalicen unánimes la ciencia y el sentido común».

Costa ni se planteaba —pues seguramente le resultaba inconcebible— que el Tribunal Supremo interpretase y formara jurisprudencia en materia consuetudinaria de territorios correspondiente a Derechos no regidos por el Derecho común español. Y de concebir su posibilidad, temería sus consecuencias.

Ciertamente, el Tribunal Supremo, después de la vigencia del Código civil, había venido extendiendo la aplicación de éste a materias no aplicables a las regiones forales según el criterio del originario artículo 12 del Código civil, apoyándose en diversas justificaciones, pero «sin fundamento serio para ello» —según escribió Castán Tobeñas—. Las razones aducidas por el Tribunal Supremo fueron:

— Porque las disposiciones de los derechos especiales coincidían con las del Código civil; verbigracia en Cataluña, las materias reguladas por el Derecho romano, como las de causa de los contratos (sentencia de 20 de diciembre de 1894), novación (sentencia de 2 de marzo 1897) y bienes parafernales (sentencia de 15 de febrero de 1908). En ese caso esa inomisión tuvo el agravante de que para la enajenación de éstos según el Derecho romano, que se venía aplicando en Cataluña, la mujer no necesitaba licencia de su marido.

— Simplemente, como expuso Castán Tobeñas, por el hecho de que los artículos del Código civil tuvieran «mayor sencillez y conocimiento más fácil o porque, a veces, resultan anticuados los preceptos del Derecho foral».

— Por vía «un tanto arbitraria y abusiva», como, el considerar

suprimidas en Cataluña las cláusulas derogatorias y las *ad cautelam*, invocando como razón los términos generales en que se halla redactado el artículo 793 del Código civil (sentencia de 27 de febrero de 1914).

— Por un craso error —como en materia de sucesión intestada, por entender equivocadamente que la Ley de Mostrencos de 16 de mayo de 1835, regulaba totalmente la sucesión intestada, repetido en muchísimas sentencias, que culminó al 1 de febrero de 1958, en la cual el Tribunal, ya percatado de su error, prefirió imponer su reiterado criterio, autodeclarándose fuente de Derecho y repitiendo la misma insostenible argumentación; sin atender a las contundentes razones de Gil Berges, en *Los mostrencos en el Tribunal Supremo*, de Isabal, Carner, Maspons, Areito, etc.; ni las serenas, pero rotundas críticas de Castán Tobeñas y de Castro y Bravo, que escribió a este respecto: «La Ley de 1835 ni por su letra ni por su fin regulaba la sucesión *ab intestado*. La solución judicial es totalmente injustificada».

Joaquín Costa, desde la posición por él defendida en materia de la formación del Derecho y de la prevalencia que reconocía a la costumbre del ámbito local o territorial más reducido, sobre las leyes en las materias que no son de Derecho necesario regulado racionalmente en éstas, podía haber mantenido, en este frente de la jurisprudencia, una actitud ajustada a aquélla. Y así pudo haber defendido que las sentencias de las Audiencias Territoriales debían constituir jurisprudencia respecto del Derecho correspondiente a su respectivo territorio sin que tuvieran aplicación general fuera de él; y que en estas materias no cupiera acudir en apelación ni en casación al Tribunal Supremo.

Pero atacó frontalmente, rechazando del modo más total que la jurisprudencia debiera declararse por el Tribunal Supremo, cuya existencia impugnó del mismo modo que la casación.

Ese ataque pienso que fue apasionado y enfocado con perspectiva unilateral, ahondando implacablemente en todos los efectos, omitiendo la menor atención a las ventajas que su superior competencia puede reportar, y sin considerar la posibilidad de corregir en buena medida aquellos defectos, ni tampoco las desventajas que su radical rechazo pudiera reportar.

El juriconsulto altoaragonés termina este apartado 4.º afirmando que: «Los hechos expuestos creo que son bastantes para llevar al ánimo el convencimiento de que si la unidad de la jurisprudencia, en sociedades numerosas y complejas, como son las modernas nacionalidades, no es una utopía irrealizable, ha de procurarse por medios *dinámicos* y dentro de la más absoluta libertad. En ésta, como en tantas otras esferas de la vida, el derecho es incoercible e incentralizable: al cabo de medio siglo de implecable ojeo, de combinaciones las más ingeniosas y sutiles, de ardides y sorpresas de todo género, no ha logrado el legislador tener la unidad a tiro ni una vez sola; cuando más comprimida y acorralada creía tenerla veíala dispersa por

los aires como impalpable aliento, para reaparecer a lo lejos, arco iris, seductor espejismo, y empeñarle a nueva persecución, igualmente estéril que las anteriores. Todo nacía de haber equivocado el camino. En vez de buscar la unidad viva, la unidad orgánica, en el movimiento interior de los hechos que lo llevan siempre latente, la hizo depender de condicionamientos exteriores y, lo que es más, accidentales (...), depongamos el miedo que siempre hemos tenido y seguimos teniendo a la libertad (...), prefiramos, también en esto del Derecho, la calidad, en vez de sacrificarlo como ahora al número y a la simetría; tengamos más confianza en la espontaneidad de la vida y dejemos de ser maquinistas del Derecho: lo mecánico, lo coactivo, para el mundo de la física, fuera del cual carece de toda eficacia, que no sea morbosa y perturbadora. Buscando el reino de Dios y su justicia, puramente y por ella misma, la unidad se nos dará por añadidura.»

«5. La jurisprudencia ha de producirse por todos los Tribunales puestos en relación y comunicación por medio de la imprenta.»

Veamos, pues, cuál es la solución defendida en el dictamen de Joaquín Costa para que se produzca ese resultado, internamente, con libertad y espontaneidad:

«Interpretar una ley, adaptarla a los infinitos casos particulares que van demandando su aplicación, es obra harto más difícil que decretar desde un punto de vista general esa misma ley. Cuando la obra de la interpretación está encomendada no a un Juzgado o Tribunal, sino a varios [él propugnaba que a todos], que juzgan conforme a ella cuestiones del mismo género simultáneamente, pero aislados unos de otros, se impone a todos y cada uno el arduo trabajo de relacionar motivos y designios de la ley con las necesidades concretas, individualísimas, a que atendió acudir con ella el legislador (...), no existiendo mediador alguno que le agite y renueve y lo precipite en una corriente de elaboración activa y continua, a una ley no le corresponderá una jurisprudencia, sino centenares de jurisprudencias; casos iguales serán apreciados con criterio diferente; habrá Juzgados, habrá Audiencias, pero propiamente no habrá un orden judicial (...). El Derecho nacional no alcanzará el beneficio de esa elaboración sorda, callada, molecular, que se obra en los Tribunales, y que contribuye más a su progreso que la acción atropellada y tardía casi siempre y a menudo irreflexiva del legislador.»

Los fundadores de la casación diagnosticaron ese mal, sigue Costa: «En su pensamiento, la unidad era la sustancia de la constitución; la libertad, un accidente en el juicio: si resultaban incompatibles, el accidente debía ceder a la sustancia.» Por eso, idearon la casación y el Tribunal Supremo.

Pero ahora —prosigue su dictamen— «aunque muy perezosamente van invirtiéndose los términos y apuntándose nociones jurídicas más generosas y amplias; reputamos la independencia del juicio atri-

buto esencial de las personas llamadas al ejercicio de las funciones judiciales, concebimos la unidad de un modo menos material, menos militar, menos matemático, viéndola quizá en conjuntos armónicos que habría producido mareos a la pasada generación; nos cabe en la cabeza, aunque todavía no sin dificultad y repugnancia, que una cosa puede ser todo y parte a un mismo tiempo, organismo total y miembro de otro organismo superior, centro de unas funciones y periferia para otras; que puedan, por tanto, conciliarse los fueros de la autonomía con las exigencias legítimas de la centralización». Para lo cual, consideraba necesario «sustituir la acción perturbadora y antijurídica de la institución del Tribunal Supremo, con otro instrumento regulador que no sea incompatible con la libertad judicial» [ya hemos visto en el apartado 1.º de este mismo dictamen, cómo lo estimaba y cómo entendí cuáles debían ser sus límites preciosos y convenientes].

A ese fin, el jurisconsulto altoaragonés no podía aceptar el remedio que, hacía más de treinta años, había pensado el Marqués de Gerona —según una cita que de éste hace— de instituir un sistema de interpretación auténtica; el cual —dice— «no podía ser más desdichado, entre otras razones, porque la interpretación auténtica no es propiamente interpretación, sino sustitución de una ley, quizá oscura en su expresión, por otra ley más explícita, la cual necesita, lo mismo que aquélla, ser entendida y adaptada, esto es, interpretada por el juzgador».

La solución propugnada por él era la misma que había sido propuesta al Congreso Jurídico Español de 1886 en Madrid, por la ponencia del tema 3.º, formada, como antes he anticipado, por Bienvenido Oliver, José María Pantoja, Francisco Giner de los Ríos y el propio Joaquín Costa.

Recordemos también que Costa, en su carta a Durán y Bas del 20 de agosto —excusando, por prescripción médica, su asistencia al Congreso de Barcelona—, le había escrito: «El jurídico de Madrid lo presencié y no todo, desde la tribuna del público, aunque había contribuido a organizarlo y a redactarle los temas». No sabemos en qué medida esta ponencia había sido redactada por Costa —aunque es evidente que las tesis defendidas corresponden a su pensamiento, tanto en lo referente a la costumbre como a la jurisprudencia con algunas salvedades que vamos a ver. Esa ponencia, en la parte referida a la jurisprudencia, tiene algo menos de un quinto de extensión que el dictamen de Costa, para el Congreso Jurídico de Barcelona.

La remisión y transcripción que él hace en su dictamen abarca más de dos páginas de la ponencia del tema 3.º del Congreso de Madrid. Comienza en el párrafo de ésta que se inicia: «No es extraño por todo esto que los más eminentes...», aunque Costa lo inicie por estas tres últimas palabras, «los más eminentes...». Era natural que, al no copiar lo referido, quitara la referencia. Pero la diversidad de

criterio entre él y la ponencia de la que formó parte y que tal vez él redactó —y en este caso, le fue rectificado—, se observa patentemente en dos lugares del primer párrafo del texto objeto de su transcripción:

— Uno, en la cuarta frase del párrafo de la ponencia que comienza: «Examinaría y clasificaría todas las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo por las Audiencias, por los Juzgados de Primera Instancia»; pero de la cual Costa, al transcribirla, suprime las palabras «el Tribunal Supremo, por», y las sustituye por puntos suspensivos.

— Otra, al final del mismo párrafo que, en su dictamen, Costa concluye de transcribir «en lo futuro, etc.», y hace punto y aparte, siendo así que la ponencia de Madrid, antes de llegar al punto y aparte, contiene estas dos frases más: «Al recurso de casación quedaría por objetivo el mismo de la apelación, el interés privado de los litigantes y respecto del interés público, ya queda dicho que las sentencias del Tribunal Supremo concurrirían, al igual que las de primera y segunda instancia, a formar la jurisprudencia o doctrina legal. Dicho elevado Tribunal seguiría creándola y definiéndola; sólo que no sería el único a definirla o crearla».

Es decir, la ponencia al tema 3.º del Congreso Jurídico Español celebrado el año 1866 en Madrid no proponía la total abolición del recurso de casación y mantenía la institución del Tribunal Supremo, que Costa pretendía que desaparecieran totalmente.

Veamos ahora la transcripción que Costa efectúa de la referida ponencia:

«“Los más eminentes jurisconsultos de nuestro siglo —dice aquel dictamen—, Filangieri, Holtius, Schrader, Savigny, Bornemann, Roeder, al contemplar la admirable regularidad con que se desenvolvía el Derecho en Roma bajo el imperio de las instituciones honorarias, han echado de menos en los Estados modernos el edicto del pretor, como complemento del Derecho legal y del Derecho consuetudinario, y propuesto su restauración. Tal vez con lo que precede encontrará justificada el Congreso la necesidad de que se constituya un centro reductor, presidido por un jurisconsulto, con la misión, no de crear la jurisprudencia, que esto incumbe privativamente a los Tribunales, sino de sistematizarla, sincretizándola en lo que llamaríamos, para abreviar, con una palabra del tecnicismo jurídico de Roma, el *Edicto*, y de refundir éste periódicamente, haciendo una edición nueva de él todos los años. Dicho centro sería distinto e independiente del poder judicial, para que el órgano uniformador no fuese, como ahora, Juez en propia causa, y pudiera tomar en cuenta la jurisprudencia de *todos* los Tribunales y Juzgados indistintamente. Examinaría y clasificaría todas las sentencias dictadas por las Audiencias y por los Juzgados de Primera Instancia; cotejaría las formas más comunes de interpretación observadas en ellas, con las leyes y doctrinas interpretadas, y de este estudio sacaría por consecuencia que tal regla debía

adicionarse al Edicto; que tal otra debía subrogarse en lugar de su correlativa, registrada en él anteriormente; que tal parte del Edicto renovado conservaba su aceptación y debía quedar en la edición nueva, etc.; junto con lo general y más frecuente, apuntaría las variantes, aún las más singulares, en que a las veces se anuncian sentidos nuevos llamados a desarrollarse y prevalecer en lo futuro, etc.

»'Las ventajas que esta institución, si se adopta algún día, ha de reortar, son muchas y muy calificadas.

»'Ese gran caudal de experiencia atesorado en los estilos de las Audiencias y de los Juzgados, se habrá puesto al alcance de todo el mundo; así como ahora, con un trabajo ímprobo, no se llega a poseer sino una parte mínima de la jurisprudencia, y aún ésta poco definida, entonces, gracias al Edicto, con un esfuerzo mínimo se conocerá toda, y no se dará otra vez el caso, sino a lo sumo por rara excepción, de que los Tribunales de justicia tengan que declarar que no es doctrina legal la invocada como fundamento de sus pretensiones o de su defensa por el litigante, de sus fallos por el juzgador: se habrá dado a la Administración de Justicia una nueva garantía de acierto, a la vida del individuo y de la familia una condición más de normalidad. Luego, no obstante, carecer de sanción obligatoria el Edicto y continuar siendo libre, a pesar de él, la interpretación judicial de las leyes, será medio eficaz para uniformar la jurisprudencia: por ministerio suyo se generalizarán rápidamente las variantes más racionales y más consonantes con el espíritu de la sociedad en cada tiempo: los Tribunales inferiores saldrán de su aislamiento; puesto cada uno de ellos en relación de pensamiento con todos los demás por medio del Edicto, se combinarán en él los resultados de su labor individual, haciéndose con esto más uniforme, más fecunda y menos penosa que ahora la obra del juzgador. Las sentencias consentidas concurrirán lo mismo que las casadas a la formación de la jurisprudencia, sin necesidad de abrir un proceso solemne con los inconvenientes gravísimos que hemos enumerado. Por otra parte, definida en términos precisos la *doctrina legal*, condensada y puesta por orden conforme a las categorías de los Códigos o de las leyes, sus progresos han de ser forzosamente más rápidos y visibles: la evolución del Derecho en ella se obrará con la misma regularidad que en Roma, no en el misterio y de un modo vago e impalpable, sino a la vista y al alcance de todo el mundo. Ya sabemos que tanto los yerros como los aciertos de la jurisprudencia son infinitesimales, porque no afectan cada vez más que a un hecho sólo; pero así como los primeros van siendo menos cada día y quedando desde luego eliminados en la selección artística que precede a toda refundición, los aciertos, al contrario, acumulándose año tras año, ora como elemento o materia constitutiva, ora como término de comparación o de crítica, sobre la obra objetivada de la jurisprudencia, la desarrollan paulatinamente, la purgan de errores y de deficiencias, la acercan cada vez más

a la perfección. Consolidada (el pretor romano habría dicho *traslaticia*) por el espíritu conservador que es propio de la función judicial, en aquello que significa atributos permanentes de la naturaleza humana, cualidades intrínsecas de una civilización o convicciones de una colectividad durante un período más o menos largo de su historia, la jurisprudencia puede decirse que es antigua siempre, penetra, al modo de los aforismos de la sabiduría popular, en el fondo de la cultura general y va rodeada de todos los prestigios de la tradición; por otro lado, hallándose sometida incesantemente al contraste de la realidad, revisada de todos los días, retocada todos los años, sin pretensiones de infalible y de sagrada como la ley, en continuo movimiento desde el hecho al Derecho y desde éste a aquél, viviendo sólo para el minuto presente, no tiene tiempo de envejecer y hacerse desusado: de esta suerte, siempre nueva y siempre antigua, vivifica la idea del Derecho y mantiene un perpetuo equilibrio y armonía el pensamiento con la realidad, los ideales relativos de cada tiempo con las máximas positivas a que tienen que atemperarse los actos humanos para ser legítimos; y descarga a los organismos legislativos de la grave responsabilidad que más o menos merecidamente se les suele achacar, porque dejan de hacer aquello para que son, y no pueden menos de ser incapaces, según tiene acreditado una larga experiencia. La jurisprudencia, organizada de esta suerte, sirve como depósito donde se van acumulando los cambios insensibles que experimenta en su sentido jurídico la comunidad social, y que no podría percibir el legislador, para que éste los recoja cuando formen un cierto caudal que haya persistido sin cambios apreciables durante cierto tiempo. La ciencia y la opinión común pasan así a la ley por una como infiltración incesante, después de haber hecho alto en esa estación intermedia de la jurisprudencia y de haber tomado en ella cuerpo y sangre” (Giner de los Ríos, Oliver Pantoja, Costa)».

El dictamen del León de Graus para el Congreso de Barcelona, aún sigue argumentando, en contra del Tribunal Supremo: «Que una institución como ésta, de origen casi sobrenatural, reglamentada por monarcas absolutos, consolidada por los revolucionarios de la Constituyente, recibida en todas partes como un presente de los dioses, obedece a las mismas leyes biológicas que los demás Tribunales; que podemos desprendernos de él sin que se note la falta del más insignificante tornillo o engranaje en la gran maquinaria del Estado, sin que se conmueva el edificio de la justicia, sin que sufra ningún peligroso retroceso la unidad legislativa de la nación».

A su juicio, «publicadas y reunidas en haz» cada año las sentencias de la Audiencias y Juzgados que se hicieran ejecutorias al año siguiente, «habría prevalecido la solución que obtuvo más votos, o la que pareciese mejor razonada y más conforme con el espíritu de la institución y con la letra de la ley, y de ese modo, sin fuerza ni conminación de ningún género repugnante al carácter de la función

judicial, por el libre y espontáneo acatamiento de la conciencia de los Jueces a una verdad que directamente se les revelaba, se habría llegado a la unidad en menos tiempo que por mediación del Tribunal Supremo, y desde luego con más probabilidades de acierto, porque todas las Audiencias y Juzgados juntos por fuerza han de saber muchísimo más que él. Y si la unidad no se lograba por entero, sería porque racionalmente no podía ni debía lograrse y lejos de implicar la diversidad forzosa negación de la justicia, como parece, sería al revés su más alta consagración: ¿qué mal habría, por ejemplo, en que las Audiencias de Zaragoza y Barcelona, atendiendo a las tradiciones legales del país, o los precedentes de sus Tribunales, y al sentido jurídico dominante en su foro y entre los contratantes, hubiesen admitido en aquella hipótesis la imprescriptibilidad de la acción de retroventa, mientras otras Audiencias lo declaraban prescriptible por veinte o por treinta».

«Conclusiones.» Joaquín Costa terminaba su ponencia o dictamen con las siguientes:

«Por la virtud de las reflexiones que anteceden, el ponente tiene el honor de recomendar a la Comisión de Conclusiones las que siguen:

»1.^a La formación de jurisprudencia acompaña necesariamente, por ley natural, a la función de interpretar y aplicar judicialmente las leyes, y, por consecuencia, deben concurrir a ella todos los Tribunales de la nación, de cualquier orden y grado que sean.

»2.^a La existencia de un Tribunal Supremo, lejos de regular, perturba la formación de la jurisprudencia y es incompatible con la vida normal de la misma.

»3.^a Las doctrinas de la jurisprudencia deben sistematizarse en una institua clara, según el orden mismo de los Códigos, y publicarse una edición nueva de ella todos los años, previa refundición, hecha a la vista de todas las sentencias que pronuncian los Tribunales y Juzgados de España, por un centro especial, distinto e independiente del poder judicial.

»4.^a El recurso de casación no responde a ninguna categoría racional en el Derecho, y debe suprimirse.

»5.^a La interpretación de las leyes debe ser siempre absolutamente libre, sin que el criterio personal del juzgador encuentre la menor traba en fallos anteriores, propio ni ajenos. Por consiguiente, la autoridad de las doctrinas admitidas por la jurisprudencia de los Tribunales, ora conserve su estado actual, ora se compendie y metodice en la forma propuesta en la conclusión 3.^a, ha de ser puramente moral y científica, y por *infracción* de ellas no ha de admitirse recurso de casación, en el supuesto de que éste subsista.

»6.^a Admitida la *infracción*, de la jurisprudencia de los Tribunales como mérito para producir la casación, es contraria al sentido racional de la Ley de Enjuiciamiento y a la doctrina sobre costumbre

local consagrada en el Código castellano de las Partidas y en las demás legislaciones civiles de la península, la declaración hecha por el Tribunal Supremo de que la práctica constante de una Audiencia, aún versando sobre costumbres vigentes exclusivamente en su territorio, no tienen bastante autoridad para que puedan invocarse útilmente como fundamento de un recurso de casación.

»7.^a Todas las sentencias pronunciadas por las Audiencias deben imprimirse y publicarse oficialmente dentro de los treinta días siguientes a su fecha; y de las pronunciadas por los Juzgados de Primera Instancia, únicamente aquellas que ofrezcan mayor interés desde el punto de vista de la jurisprudencia, si bien haciendo constar la aspiración de que todas ellas lleguen a obtener un día el beneficio de la publicidad.

»8.^a Otra condición de normalidad para la obra de la jurisprudencia es que el Derecho civil enseñado en cada Universidad sea el vigente en el territorio a que ésta corresponda; y que cuando un doctor o licenciado sea designado para desempeñar funciones judiciales en territorio cuyo Derecho civil no hubiese cursado oficialmente, deba sufrir, como trámite previo a la toma de posesión, un examen riguroso, donde pruebe que aquel derecho le es perfectamente conocido. Madrid, 19 de agosto de 1888.»

Cotejando estas conclusiones con las cuatro primeras propuestas por la ponencia del tema 3.º del Congreso Jurídico Español de Madrid —pues las cinco últimas del mismo tema se refieren a la costumbre—, que fueron firmadas por los ponentes B. Oliver, J. M. Pantoja, F. Giner de los Ríos y el mismo Costa, el 20 de noviembre de 1888, pero que fueron rechazadas por el Congreso en las votaciones, puede observarse:

— La primera de uno y de otro coinciden literalmente hasta las palabras «deben concurrir a ella»; y a partir de ahí, mientras Costa propone «todos los Tribunales de la nación de cualquier grado que sean», la ponencia del Congreso de 1886 terminaba «las Audiencias y los Juzgados de Primera Instancia, lo mismo que el Tribunal Supremo».

— La segunda de Costa, que aboga en contra de la existencia de un Tribunal Supremo, no aparece entre las conclusiones del tema tercero de 1886.

— La tercera de Costa es igual que la segunda del tema tercero de 1886, con la sola diferencia de sustituir el inciso de ésta «que reproduzca las categorías fundamentales de los Códigos» por «según el orden mismo de los Códigos».

— La cuarta del León de Graus, que pide la supresión del recurso de casación, diciendo que «no responde a ninguna categoría racional en el Derecho», no aparece en la ponencia tercera de 1886.

— La quinta del altoaragonés corresponde a la cuarta del tema tercero de 1886, con las diferencias: de que la llamada a la conclusión tercera hecha por Costa, en la ponencia de Madrid es a la segunda,

debido a que Costa intercala otra segunda, no existente en aquélla, y de que, en su inciso final, a partir de «infracción de ellas», la conclusión de la ponencia del Congreso de Madrid termina «no debe admitirse el recurso de casación, salvo en lo tocante a aquellas ramas del Derecho que no se hallen codificadas», mientras la propuesta de Costa dice «no ha de admitirse recurso alguno de casación, en el supuesto de que éste subsista».

— No aparecen entre las conclusiones de la ponencia del tema tercero del Congreso de 1886 en Madrid, las propuestas de Costa: sexta, impugnatoria también del recurso de casación; séptima, proponiendo la impresión de publicación oficial de todas las sentencias de las Audiencias y de las que ofrezcan mayor interés entre las de los Juzgados de Primera Instancia, con la aspiración de que un día pueden publicarse todas, y octava, propugnando que en cada Universidad se enseñe el Derecho civil vigente en el territorio que le corresponda y que quienes sean designados para ejercer en él funciones judiciales, deban pasar un examen riguroso del correspondiente derecho.

V

Tengo a la vista el ejemplar conservado en la Biblioteca Nacional de Madrid del volumen de *Actas del Congreso Jurídico de Barcelona, septiembre de 1888*, publicadas por la Comisión organizadora, Barcelona, Imprenta de Jaime Jepús y Roviralta, calle del Notariado, número 9, 1889. En él no aparece publicada la ponencia de Joaquín Costa. Y, al final de la página 140 del volumen, se halla esta nota aclaratoria:

«Nota. La notable ponencia del señor don Joaquín Costa, que para la discusión hubo de ser conocida manuscrita y no impresa (hemos visto que sí fue impresa), por causas superiores a la voluntad de la comisión organizadora, no ha podido continuarse [será contenerse] en este libro en virtud de razones de delicadeza del autor, que se han debido respetar, aún cuando sea sensible no tenga dicho importante trabajo la publicidad de que es digno.»

De los cuatro ponentes del tema primero: Bienvenido Oliver, no presentó ponencia; ya hemos visto lo ocurrido con la de Joaquín Costa, y, así, solamente presentaron las suyas: el catedrático de la Universidad de Salamanca, Enrique Gil y Robles, y el Presidente de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona, Magín Pla y Soler. Y tan sólo este último asistiría al Congreso, como él mismo expresó al comenzar su discurso (cfr. página 143) al que después me referiré: «Me veo precisado a hacer uso de la palabra, por ser el único aquí presente de los ponentes del tema que se discute.»

Un primer examen de este tema primero nos muestra que fue desarrollado durante todo el día 2 y su votación se efectuó en la mañana del 3 de septiembre.

El volumen de las actas publica, primero, las ponencias de Gil y Robles y de Pla y Soler, y, seguidamente, las enmiendas presentadas por José María Borrell y Soler, Buenaventura Agulló y José Milá y Pi.

a) La *ponencia de Enrique Gil y Robles* ofrece dos características fundamentales: una, su punto de partida filosófico-jurídico, y otra, su perspectiva práctica de moderar y matizar las conclusiones de la ponencia al tema tercero del Congreso Jurídico Español de Madrid de 1886.

El punto de partida filosófico-jurídico de este ilustre catedrático de la Universidad de Salamanca es el mismo concepto de jurisprudencia, considerado como «algo más que ciencia, porque es sabiduría del Derecho»; «es el saber filosófico del Derecho, de aquellas razones supremas que trascienden del orden propiamente jurídico»; que arranca «de la primera parte de aquella elegante y profunda definición»: *divinarum atque humanarum rerum notitiae*, que funde los conocimientos fundamentales y auxiliares del Derecho, y desde la cual «discierne lo que llaman los lógicos *ultima diferencia*, la segunda parte *iusti atque iniusti scientia*».

Pero —añade— la jurisprudencia no es sólo esto, sino que «brilla también por la importante nota que indica la composición etimológica del término *prudencia iuris*; mostrándose al propio tiempo que hábito del entendimiento, hábito de la voluntad, prudencia de la justicia, virtud con la que a la vida se atempera el Derecho, midiendo con razonable cautela las relaciones y circunstancias de eso que ahora se llama el momento histórico»; que, en definitiva «no puede significar otra cosa que la prudencia, el tema práctico que en la *realidad* discierne la justicia y la injusticia con el doble criterio de la idea y del hecho».

Por ello, Gil y Robles entendía que la jurisprudencia era labor que debía desarrollarse al legislar, al sancionar las costumbres y al interpretar las normas escritas o consuetudinarias; misiones, la primera, del legislador, y las otras dos de los Tribunales de justicia. Pero, en la segunda labor, en cada región de Derecho especial, una asamblea o comisión permanente debería ordenar cuanto expresara usos para facilitar la labor de los Tribunales.

En su perspectiva práctica, este ponente, mostró su discrepancia con la ponencia de Giner de los Ríos, Pantoja, Oliver y Costa en el Congreso de Madrid de 1886, por estimar ésta órganos jurisprudenciales al Tribunal Supremo (hemos visto que Costa no admitía este Tribunal, según expreso en la ponencia que presentó para el de Barcelona), a las Audiencias Territoriales y hasta los Juzgados de Pri-

mera Instancia. Gil y Robles estima que —aparte de la jurisprudencia puramente doctrinal y privada— el ministerio jurisprudente de los Juzgados y Tribunales, «no puede ser, sin embargo, igual, por no ser iguales ni el saber que se les supone, ni el arbitrio que se les encomienda, ni la extensión territorial de sus jurisdicciones respectivas». Y así lo razona —basándose especialmente en «la más cumplida experiencia y prudente madurez de Magistrados encanecidos» y en el menor agobio de asuntos— para deducir sus conclusiones.

Es de notar que —a su juicio, que resulta contrapuesto al radical rechazo del Tribunal Supremo que proclama Costa— el arbitrio jurisprudente «ha de estar, según buenos principios de filosofía del Derecho, sujeto a ciertas condiciones, que ni lo encadenen o anulen, ni le dejen una libertad ilimitada de que no suele gozar el mismo arbitrio inherente a la soberanía. El círculo en que haya de moverse es más bien que materia de disquisición científica, asunto de política prudencial, en consideración de la moralidad y cultura pública, del *sentido jurídico* del pueblo, de la consiguiente fuerza y significación de la costumbre, del adelanto de la legislación escrita, con otras muchas circunstancias, entre las cuales ninguna más digna de cuenta y reflexión que el estado de la magistratura».

De las conclusiones propuestas por el catedrático salmantino interesan, en especial, los siguientes particulares:

«2.^a La doctrina legal es un verdadero derecho honorario procedente: o de la *sanción delegada* que ciertas sentencias prestan al *uso* jurídico, declarando *habitual* y convirtiéndole *ipso facto* en costumbre, o de la *interpretación* que por justo y prudente *arbitrio* dan al Derecho consuetudinario o escrito los Tribunales de justicia.»

«3.^a Los Juzgados de Primera Instancia o Tribunales de Partido no podrán convertir el *uso* en *costumbre*, ni establecer jurisprudencia interpretativa con carácter de doctrina legal obligatoria para los casos sucesivos.»

«6.^a Las Audiencias regionales de cada Estado nacional son órganos y factores de jurisprudentes de doctrina legal en el territorio de su jurisdicción, en el doble concepto de interpretación del Derecho vigente y sanción del consuetudinario.»

(En nota a pie de página explica así las palabras «de cada Estado nacional»: «Por el espíritu y criterio del informe comprenderá el Congreso que no expresan éstas y otras frases parecidas el principio republicano federal, orgánico o sinalagmático, del Derecho nuevo, de cuya doctrina no puede estar más distante el autor». Es decir, Enrique Gil y Robles mantenía los conceptos clásicos de «Estado» y de «nación», y no los revolucionarios jacobinos y garibaldinos, ni el hegeliano, que hoy prevalecen.)

«8.^a El Tribunal Supremo de Justicia emite en los recursos correspondientes *doctrina legal*, interpretativa o *consuetudinaria*...»

«9.^a Contra toda sentencia definitiva fundada en interpretación

o uso jurídico contrarios a Derecho escrito o costumbre sancionada, se otorga apelación ante la Audiencia correspondiente y recurso de casación por *lesión de equidad*.»

«10.^a Contra la sentencia fundada en caso contrario a Derecho escrito o consuetudinario, que dictare en recurso de casación por lesión de equidad, en los juicios de mayor cuantía, la Sala correspondiente del Tribunal Supremo de Justicia, se otorgará, un recurso de *revista de suplicación*, en la forma siguiente:

»Para los negocios de Castilla, ante una Sala extraordinaria constituida por la otra de Castilla y de León y Galicia.

»Para los de estos reinos, por las dos Salas de Castilla.

»Para los de Aragón, por la Sala de Cataluña, por las Salas vasconavarra y aragonesa.

»Para los de Navarra y Vascongadas, por las Salas aragonesa y catalana.

»La sentencia en que se decida este recurso tendrá por objeto anular, confirmar o modificar el fallo anterior suplicado.»

Las propuestas 12.^a y 16.^a se refieren a la peculiaridades de la «*jurisprudencia honoraria en materia penal*», a la que señala un campo mucho más restringido.

b) La *ponencia de Magín Pla y Soler* es más empírica y ceñida al Derecho constituido, aunque muy bien documentada incluso doctrinal e históricamente.

El ilustre Magistrado, entonces Presidente de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona, partió de la necesidad de interpretación de las leyes ante cada circunstancia de hecho, tal como —dice— ya advirtieron los redactores del Código civil francés, a despacho de los sueños de Napoleón. A esta necesidad responde la jurisprudencia «llamada a determinar el sentido y alcance de las leyes y a llenar los vacíos que se encuentren en las mismas», y que puede ser «usual o judicial, obra la primera de los jurisconsultos y la segunda de los Tribunales», «que constituyen el Derecho científico» y que «podrían comprenderse bajo la denominación de jurisprudencia, tomando esta palabra en la acepción de ciencia o conocimiento del Derecho en sus aspectos teórico o especulativo o práctico».

La jurisprudencia doctrinal —explica Magín Pla— «ha disfrutado por largo tiempo de autoridad de doctrina legal, constituyendo una de las fuentes del Derecho»; pero —concluye después del análisis que efectúa— «se ha de concluir que actualmente en España no tienen autoridad de doctrina legal las opiniones de los jurisconsultos por sí solas, si no están robustecidas por la sanción de la autoridad».

Quedan sólo con «autoridad de doctrina legal» la jurisprudencia judicial o de los Tribunales, «que se encuentra en los fallos de las cuestiones deducidas en juicio, y que, por lo mismo, no tiene paridad con el *ius honorarium*, nacido de los edictos de los Magistrados que

en Roma estaban investidos del *ius discendi*». Como precedentes, cita el Digesto 2, 3, 38; la Partida 1, 2, 5, y la Pragmática de Pedro el Ceremonioso de 15 de marzo de 1374. Esta «revela la existencia de verdaderas costumbres judiciales; viniendo a confirmarlo el cuidado que se nota en los tratadistas en buscar las sentencias del antiguo Senado el apoyo de sus opiniones; y la circunstancia remarcable de llevar varias de sus obras el título de *resoluciones* o *decisiones* del mismo Senado».

A su juicio: «Puede afirmarse en términos absolutos y categóricos que es admisible y hasta necesaria, y está admitida en los juicios civiles, y que no tiene ni debe tener cabida en los criminales, para suplir el silencio de la ley, sino en todo caso únicamente para fijar su acertada inteligencia y recta aplicación y para la apreciación de circunstancias atenuantes no previstas en la misma.»

«Encomendada a aquel alto Tribunal [el Supremo] la formación de la jurisprudencia, claro es que ahora no pueden formarla las Audiencias, y esto, no sólo por virtud de la prescripción de la ley, sino también porque las sentencias que la constituyen han de ser las que tengan mayores presunciones de acierto; presunciones que suben de punto en las que ponen a término el juicio, después de repetida, y prolíja discusión de las cuestiones litigiosas y de las resoluciones recurridas.» Sin perjuicio de que los fallos de las Audiencias, «mientras no existía un centro judicial para este fin precisamente establecido, forzosamente hubieron de formarla, por lo menos en los territorios que tienen legislación especial, conforme ha reconocido el Tribunal Supremo, aceptando como doctrina legal la jurisprudencia admitida por la Audiencia de Barcelona, según puede verse en varias sentencias, entre ellas las de 20 de diciembre de 1863 y 28 de septiembre de 1867».

De las conclusiones propuestas por Pla y Soler —coherentes con su ponencia— extracto:

1.^a «Actualmente no disfrutan en España de la autoridad de doctrina legal las opiniones de los jurisconsultos, mientras no estén aceptadas por los Tribunales.»

2.^a «Podría, sin embargo, otorgársela sin este requisito cuando acerca de la naturaleza y efectos de determinados actos jurídicos que, en razón a no estar regulados por las leyes, debiesen regirse por los principios generales del Derecho, existiese una opinión común y constante que hubiese llegado a servir de guía para la formalización de los contratos y la ordenación de las últimas voluntades.»

Las propuestas conclusiones 3.^a y 4.^a se refieren a la inadmisión de jurisprudencia penal, según previene la 5.^a: 1.^o «para fijarla verdadera inteligencia de la ley penal», y 2.^o «para determinar circunstancias atenuantes equivalentes o análogas».

La 6.^a exige para formar jurisprudencia más de dos sentencias en un lapso de mínimo de diez o al menos de cinco años.

7.^a «La jurisprudencia, para disfrutar de tal autoridad, ha de reunir los requisitos intrínsecos de que deben estar adornadas las leyes para ser moral y legalmente obligatorias, y además el otro requisito de no ser contraria a las leyes».

(La exigencia del primero de estos dos requisitos internos nos muestra que Pla y Soler, aunque sólidamente ceñido al Derecho constituido, no era positivista.)

8.^a «Como requisito extrínseco es necesaria la publicidad.»

9.^a «Desde que se halla establecido el Tribunal Supremo, sus sentencias son las únicas que forman jurisprudencia autorizada.»

10.^a «Antes del establecimiento de este Tribunal, la formaban las sentencias de las Audiencias de los territorios que tienen legislación especial.»

10.^a «La publicación en la Gaceta de todas las sentencias del Tribunal Supremo ha producido inconvenientes en la práctica.»

11.^a «Para evitarlos podría adoptarse uno de los dos siguientes sistemas:

»Primero.—Que se publiquen las sentencias decisorias de cuestiones en que fuese precisa la jurisprudencia por oscuridad, ambigüedad, antinomia o deficiencia de las leyes.

»Segundo.—Que el Tribunal Supremo en pleno, o su Sala de Gobierno o la de justicia, que tiene a su cargo la decisión de los recursos de casación en el fondo, constituyese una Comisión legislativa, la cual, examinando periódicamente las sentencias, extrajese de ellas y publicase la jurisprudencia que resultare establecida.»

c) *La enmienda de José María Borrell y Soler*, delegado del Colegio de Abogados de Barcelona y que, en ella, se presenta como ocupado «por afición y por necesidad, más en el estudio y solución de casos prácticos que en desenvolver problemas científicos», expresaba su preocupación —que decía era común a quienes, por profesión o en defensa de sus derechos debían acudir a los Tribunales de justicia—, ante el lamentable desorden en que se encontraban las resoluciones, las soluciones contradictorias, «resultando una verdadera inseguridad jurídica en el foro y un temor quizá exagerado, pero con un gran fondo de verdad en letrados litigantes», resultando o «prolijo o difícil» el estudio de las sentencias precedentes por la «superabundancia de material», «incierto en sus resultados y apremioso en el modo de verificarlo».

A su juicio, debía circunscribirse la autoridad legal a las sentencias del Tribunal de Casación, es decir, las que resuelven asuntos que llegan «depurados, espurgados de las incidencias y superfluidades que los embarazan durante su curso limitada la discusión a un concepto puramente legal y partiendo de hechos que se tienen por indubitables, y la decisión se limita a sí, en lo en ellos establecido, fue o no acertada la aplicación que se hizo de la ley».

También razonó que la doctrina de los autores sólo debería considerarse fuente de jurisprudencia cuando se refiriese a «instituciones arraigadas sin ley expresa, hijas de un Derecho puramente consuetudinario o establecido quizá contra la misma ley por ese Derecho», y que debe excluirse la opinión de autores contemporáneos y las discusiones pendientes, sino circunscribiéndose «a causas que pueden llamarse finidas y para cuyo conocimiento la única luz es la misma doctrina».

Para precisar en qué consiste la jurisprudencia, señaló la necesidad de distinguir «dos cosas totalmente distintas: la solución de la contienda y la regla dogmática que la sirve de fundamento. Aquélla dará lugar a la cosa juzgada, de ésta debe nacer la jurisprudencia».

Mas, para formarla, entendía que no eran aceptables todos los fundamentos de aquellas declaraciones judiciales, debiendo distinguirse según el Tribunal de casación se hubiese: limitado a aplicar la ley, fijando la inteligencia de ésta, o si se vio «precisado a suplirla y hasta quizá apartarse de ella». Explicando que se podía dar este último supuesto, porque la ley «no es perfecta ni puede ser eterna»; y que ante los «nuevos horizontes de perfeccionamiento jurídico, las costumbres o modo de ser social, que se modifica y cambia a cada momento, por manera tan insensible como cierta, creando nuevas necesidades y apagando otras, dando vida a relaciones desconocidas y matando las existentes; ambos elementos hacen desaparecer los motivos de la ley, y, por tanto, exigen la anulación de ella. Mas este proceso de transformación es tan constante como paulatino: se siente en casos aislados antes que lo observe la generalidad, presentándose al Tribunal sin que la opinión pública la exhiba, tiene aquél que resolverlo primero que aquélla reclame su remedio y el Juez, mirando a la equidad, atendiendo a los principios, esos sí eternos, de Derecho natural, falla a veces el caso concreto, justamente, mas contra el Derecho positivo».

A juicio de José María Borrell y Soler en estos casos, «la decisión judicial, que no puede alcanzar a regla de jurisprudencia, debe empero ser tenida en cuenta como autoridad, como elemento preparatorio de la modificación de la ley».

Como conclusiones, propuso, consecuentemente:

«1.º Que la jurisprudencia, para disfrutar de la autoridad de doctrina legal, debe limitarse a fijar la inteligencia de la ley.

»2.º Que las sentencias del Supremo Tribunal de Justicia deben ser la única fuente de jurisprudencia.

»3.º Que no deben disfrutar de autoridad dichas sentencias, sino las reglas de ellas deducidas.

»4.º Que una Comisión de Magistrados del Tribunal Supremo, en periodos no menores de un quinquenio, fije la doctrina que con carácter legal de jurisprudencia (conclusión 1.ª) se deduzca de las sentencias dictadas hasta aquella fecha —concrete también en principios

o reglas la doctrina que no merezca aquel concepto y que no disfrutará de autoridad legal—. La publicación de estos resúmenes no excluirá la de las sentencias íntegras, en la forma que viene practicándose.

»5.^a Que ante todo se proceda a determinar las reglas de jurisprudencia que se deducen de la sentencias proferidas hasta el presente.

»6.^o Se excepciona de las conclusiones precedentes, y para las instituciones jurídicas que carecen de ley expresa, que en todo o en parte las regula, la admisión de las doctrinas de los autores como jurisprudencia a ellas aplicable.»

d) La *enmienda de Buenaventura Agulló*, registrador de la propiedad y publicista, formulaba, sin exposición de motivos, una propuesta negativa y radical. La primera, que cambiaba la cuestión al plano de las otras dos:

«1.^o La jurisprudencia no disfrutará de la autoridad de doctrina legal.

»2.^o El juicio arbitral y el de amigables componedores serán forzosos en materia civil.

»3.^o Los Tribunales se limitarán el nombramiento de los Jueces árbítrios o de los amigables componedores, en ciertos casos, y a la ejecución de las sentencias y laudos.»

d) La *enmienda de José Milá y Pi*, tampoco lleva razonamientos de sus propuestas; pero el día primero del Congreso, pronunciaría un discurso justificándolas. Eran estas tres:

«1.^a Las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, en materia civil, publicadas en la «Gaceta de Madrid», por acuerdo de la Sala de Gobierno de aquél, sentarán jurisprudencia para el efecto de que pueda alegarse violación como infracción de *doctrina legal* en los recursos de casación, *siendo apreciable su pertinencia en cada caso por el Tribunal sentenciador*.

»2.^o Los fallos de las Salas civiles de las Audiencias Territoriales, publicadas de análoga forma que las sentencias del Tribunal Supremo por acuerdo y juicio también de sus Salas de Gobierno, servirán, en su respectivo territorio, de autorizados precedentes doctrinales, sin que, empero, puedan imponerse como preceptos legales infringibles para el efecto de casación.

»3.^o Las opiniones de los autores de Derecho constituirán otro elemento científico de la jurisprudencia; mas no doctrina legal, sino en cuanto hayan sido aceptadas por el Tribunal Supremo.»

VI

La sesión del día 2 de septiembre de 1888 fue presidida por Durán y Bas; actuaron de Secretarios, Ricardo Sasera, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, y Manuel de Las Heras, Notario del Colegio de Madrid. Ocuparon asientos de preferencia en la mesa, como Presidentes Honorarios, Laureano Figuerola, José de Carvajal y Vicente Romero Girón, los tres de Madrid, siendo el tercero delegado de la Real Academia de Jurisprudencia, y, como Vicepresidentes, Federico Enjuto; Manuel Danvila, delegado de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, y Antonio Rodríguez de Cepeda, Delegado del Colegio de Abogados de Valencia. Leída el acta de la sesión inaugural, quedó aprobada, y Durán y Bas cedió la presidencia a Laureano Figuerola.

Presentadas las enmiendas al tema primero, y puesto a discusión éste, hicieron sucesivamente uso de la palabra: Acacio Charrín, José Milá y Pi, Martín Trías y Doménech, Mariano Ripollés y Magín Pla y Soler.

a) El *discurso de Acacio Charrín*, brillante juriconsulto y Abogado del Colegio de Madrid, fue una rotunda afirmación de que era necesaria la unidad en la jurisprudencia y que su unificación debía efectuarla el Tribunal Supremo a través del recurso de casación. Vino a ser una réplica breve a la ponencia de Joaquín Costa y, en parte, a la de Enrique Gil y Robles, e incluso a la de Magín Pla y Soler, en cuanto a lo referente a las antiguas instituciones consuetudinarias de los territorios con Derecho especial.

«¿Qué es jurisprudencia?» Su respuesta comenzó por excluir que el tema que se debatía se refiriera al concepto expresado en el *Corpus Iuris*.

Y si bien reconocía: «Jurisprudencia sabéis todos que son las máximas, las opiniones, las teorías que exponen los hombres dedicados al *estudio del Derecho*, para la interpretación y explicación de las leyes; máximas, teorías y opiniones que unas veces han venido a formar un cuerpo de Derecho, un verdadero Código, elevándose a la categoría, como se elevó la sabia jurisprudencia romana por virtud de la sanción que les prestó la autoridad imperial (...) o llegan a constituir un cuerpo de doctrina que bien merece el dictado de ciencia, como ocurre hoy con el *Derecho internacional*, porque esas opiniones y esas teorías vienen a sentar doctrinas jurídicas basadas en las relaciones naturales y necesarias de los individuos y de los pueblos y fundadas en los mismos principios de Derecho natural.» Y, en este sentido, «todos contribuimos a crear la jurisprudencia: los Tribunales que fallan, los profesores que enseñan, los escritores de Derecho, los que ejercemos la profesión».

«Sin embargo, señores —advierte—, no se refiere a estas opiniones y comentarios de los escritores de ayer, ni a los de hoy, el tema que discutimos, sino a la *jurisprudencia de los Tribunales de Justicia*; esto es, a los principios, a las reglas, a las doctrinas de Derecho que los Tribunales sientan al interpretar y aplicar la ley en los diferentes casos sometidos a su decisión.»

«Por *doctrina legal* entiendo yo —dice— la que tiene más o menos explícitamente su fundamento y apoyo en la ley o en las reglas de Derecho; que es una deducción, una consecuencia lógica de los preceptos mismos de la ley o que se deriva directamente de los principios de Derecho, las reglas, las máximas, las declaraciones que se fundan en esos principios y en esos preceptos como emanados directamente de ellos (...) constituyen, a mi juicio, lo que se llama *doctrinas verdaderamente legales*, y declaradas una y otra vez por los Tribunales de Justicia, interpretando y aplicando las leyes, bien aclarando o explicando sus variedades o incoherencias y contradicciones, o ya supliendo y llenando sus vacíos u omisiones deben tener fuerza legal para la resolución de los casos idénticos a aquellos en cuya decisión fueran declaradas y sentadas.»

Y aquí, en ese punto, se enfrentó con la ponencia de Joaquín Costa (sin citarla *nominatin*), en tanto negadora del carácter obligatorio y de la verdadera fuerza de ley a la jurisprudencia. Hoy, contrapone Charrín, «en el estado actual de nuestras legislaciones civiles, si la doctrina legal con tal carácter no existiera, no tendrían solución posible muchos de estos conflictos o cuestiones entre particulares que se someten diariamente a la decisión de los Tribunales de Justicia». Y no sólo porque «nuestras leyes civiles, ya viejas, se nos presentan en tal estado de confusión, de divergencia, de contradicciones», sino que, aún dándose una ley «todo lo perfecta y acabada, que la limitada inteligencia del legislador pueda hacerla, siempre resultará que esa ley, que no ha de ser casuística, necesita interpretación o explicación, y tiene, por tanto, la necesidad de las diferentes declaraciones de los Tribunales de Justicia, o sea, de la *jurisprudencia de los Tribunales...*» y «viene la *doctrina legal* en esa misma interpretación y explicación».

Dice Charrín que, «si esa doctrina legal no llega a tener carácter obligatorio, una vez reunidas ciertas condiciones; si todos los Jueces y Tribunales pueden interpretar y explicar la ley, y éstos la explicarán de distinta manera», no habría «verdadera interpretación de la ley», ni «solución a los conflictos o cuestiones entre particulares, o habrían distintas soluciones para casos idénticos, resultado de esa diferencia de interpretación la incertidumbre del Derecho, la confusión de la justicia, es decir, los males todos consiguientes a la vaguedad, oscuridad o deficiencia de una ley que no ha tenido ni puede tener una verdadera y derecha interpretación».

Por eso, concluye «que debe existir doctrina legal con carácter

obligatorio», y que debe ser la jurisprudencia de los Tribunales, que «disfrute de la autoridad de doctrina legal»; para lo cual, «ha de ser una, constante y repetida y declarada por un Tribunal único, y publicada en forma conveniente en el órgano oficial, o sea en la *Gaceta*»; y así: «tener carácter obligatorio para que los Tribunales ajusten a ella sus fallos debiendo ser la infracción de la doctrina que esa jurisprudencia siente, motivo y fundamento bastantes para el recurso de casación».

«La verdad es una —sigue— y no puede ser otra cosa; del mismo modo no existe más que una doctrina legal: la que se apoye más o menos explícitamente en la ley, o se derive o emane de ésta de una manera directa y legítima; la jurisprudencia, por tanto, ha de aspirar siempre a obtener esta unidad de doctrina que es la garantía única que podemos conseguir de esa doctrina que es la verdaderamente legal.»

Pero subraya «la imposibilidad de obtener la doctrina legal si no existiera un Tribunal único y supremo, encargado de formar jurisprudencia»; mas «porque ese Tribunal, que se compone de hombres, por grande que sea su sabiduría y mayores aún sus deseos de acuerdo, puede equivocarse, hay que exigir necesariamente la repetición de sus declaraciones en el mismo sentido, en la misma forma y con igual espíritu y tendencia, para reconocer en las máximas o reglas que asiente el carácter de verdadera doctrina legal.»

«He visto —advierte— en los dictámenes de los señores ponentes combatidas estas afirmaciones». Así sigue:

— «En alguna ponencia [la de Costa] se combate la unidad de la jurisprudencia fundándose de que no existe en España la unidad de Derecho, y se exponen opiniones contrarias al recurso de casación, y claro es que para este señor ponente, está de más el Tribunal Supremo.»

— «En otra ponencia [la de Gil y Robles] se pretende que la jurisprudencia sea establecida por los Tribunales regionales [no dice que toda, sino solamente la correspondiente a su Derecho peculiar], constituidos en una u otra forma; pero respondiendo a la diversidad de legislaciones civiles vigentes en España.»

El no estaba de acuerdo con estas dos posiciones: «Yo reconozco esta variedad; pero reconocedme también vosotros la necesidad de unidad de la jurisprudencia.»

Esta «no crea un Derecho nuevo»; «tiene sólo por objeto la recta interpretación, la debida aclaración y la justa aplicación de esas leyes; no hay pues motivo alguno para manifestar recelo de que la unidad de la jurisprudencia venga a matar, a concluir, ni siquiera a desvirtuar, la variedad del Derecho establecido». [Sin embargo —como hemos visto antes (IV, 4), resumidas por Castán Tobeñas—, en varias ocasiones, el Tribunal Supremo aplicó el Código civil en materias que

no debían regirse por él, según el originario del Código civil, artículo 12].

Sigue Charrín advirtiendo que «costumbres que no pueden invocar en su apoyo fuero alguno, y, sin embargo, han sido sancionadas y lo son hoy, por repetidas declaraciones de la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo»; y pregunta: «¿cómo se explica que los que más encarecidamente piden que se respeten esas costumbres se declaran contrarios a la jurisprudencia y a la doctrina legal con carácter obligatorio? Pues si esa doctrina legal, o esa, jurisprudencia, no deben llegar a tener nunca ese carácter, ¿cómo podrán dar lugar a esas costumbres?» [Costa contestaría, sin duda, que esa sanción no les debía ser necesaria, que había necesidad de ella].

Ante las soluciones: de crear Tribunales regionales [de Gil y Robles] y de que todos los Tribunales de Justicia puedan formar jurisprudencia [Costa proponía incluso la participación de los Juzgados de Primera Instancia], preguntó cómo la formarían todos, si cada uno «crearía una doctrina suya»: «¿Cuál de aquéllas sería la verdadera para fundar o impugnar el recurso de casación?» [recordemos que Costa no lo admitía]. E insistió: «Creo firmemente en la necesidad de una jurisprudencia establecida por un Tribunal único, como medio único también de obtener la recta interpretación de las leyes; pero a condición de que esa jurisprudencia reúna las condiciones de que (...) sea uniforme, constante y repetida».

Concluye su discurso: «Tendremos una ley [por el Código civil], expresión de la unidad y de la variedad de nuestro Derecho civil; más la aplicación de esta ley traerá consigo la formación de una jurisprudencia, la cual, si llega a reunir las condiciones que he señalado en mi discurso, debe tener y tendrá la autoridad de doctrina legal, porque será el complemento de la ley misma, y esa ley y esa jurisprudencia, creedme bien, harán en adelante más fácil que ha sido hasta ahora la realización de la Justicia en nuestra patria.»

b) El *discurso de José Milá y Pla* se puso en la línea del enfoque práctico que trataba de que se facilitase a particulares, Letrados y Jueces el conocimiento de la doctrina legal. Por ello, ya de entrada, enuncia: «No hablo de la jurisprudencia en la elevada esfera científica en que la definió Ulpiano, la entendió Justiniano y la explicó Heinecio; ni la tomo en el alto sentido de significar la *sabiduría del Derecho*, de que empieza ocupándose el señor Gil y Robles (...). Me refiero al auxiliar precio de la legislación a la función práctica encomendada por el legislador a los Tribunales de Justicia para que, interpretando la ley, supliendo sus vacíos, aclarándola, uniformándola en sus aplicaciones, forman, por su labor incesante y costosa, esto que se llama *doctrina legal*, y que según nuestro Derecho constituido viene a tener, en lo civil fuerza de ley, a lo menos para dar lugar a los recursos de casación.»

Milá y Pi entra en la polémica, ya planteada en las ponencias, enmiendas y discursos anteriores, para exponer su opinión:

— «Para mí no tiene duda: confiar la formación de la doctrina legal al mismo legislador, sería matar el Derecho consuetudinario, sería destruir, sería herir de muerte el elemento histórico del Derecho (...). Debe encomendarse, pues, esa función al poder judicial.»

— En cuanto a la opinión de los doctores, no compartía el parecer, «respetable y frecuentemente sostenido», del Magistrado Magin Pla, estimando que «debe ser sólo uno de los elementos científicos de la doctrina legal, uno de sus precedentes, en una palabra, una de las fuentes en que debe beber la función jurisprudente, pero no más (...) y por esto entiendo acertadas las declaraciones del Tribunal Supremo de Justicia sobre que las opiniones de los autores de Derecho sólo constituyen doctrina legal cuando son aceptadas por la jurisprudencia de los Tribunales». Si, en otro tiempo, la formulaban era porque «las distinciones de clase y la abundancia de fueros privilegiados torturaban la jurisdicción de los Tribunales» y «las obras de los jurisconsultos eran los únicos faros que iluminaban el mundo jurídico».

— Concretada la función judicial de la formación de la jurisprudencia como doctrina legal, discrepa en parte de la opinión de Acacio Charrín, opinando «que también las Audiencias Territoriales han de entrar en ese concierto de formar jurisprudencia». Aunque matizara su función del modo con el que creía que ambas esferas serían compatibles.

— «Soy partidario en lo jurídico —dice— de lo que llama uno de los ponentes, con feliz frase, la *unidad federal* del Derecho; quisiera para el Derecho civil la verdadera variedad de la unidad, principio en que estriba la Ley de Bases para el Código civil, aprobada por las Cortes de la nación, y a ese ideal creo nos acercáramos más y más dando mayor autoridad de la que hoy gozan a los fallos de las Audiencias, sin perjuicio de conservar íntegramente las atribuciones actualmente otorgadas al Tribunal Supremo.»

Para ello, deberían publicarse las sentencias de aquéllas en un boletín, que proponía se creara, propio de cada Audiencia.

Mas no para darles fuerza de doctrina legal; «pero sí para concederles en aquel territorio igual fuerza por lo menos que a las opiniones de los autores, a fin de que sirvan de precedentes autorizados al factor único reconocido de la doctrina legal, el Tribunal Supremo, constituyendo juntamente con las expresadas opiniones otro elemento científico de la jurisprudencia, otra fuente en que pudiera la jurisprudencia inspirarse».

Con ello estimaba que se reportarían las siguientes ventajas:

Primera.—«Cada territorio, cada comarca, cada provincia tiene su especial fisonomía, sus costumbres típicas; adapta a su modo de ser característico las leyes y hasta tiene su manera propia de litigar

o de plantear sus cuestiones litigiosas (...). En su virtud, algunas veces, el Tribunal Supremo no se halla en condiciones de interpretar fielmente las prácticas, usos, estilos y formas de contratar de cada una de equéllas, porque el eco de sus particulares necesidades no llega al centro de la Monarquía, en donde reside, con el virgor, con la claridad con que se perciben y conocen en el lugar de nacimiento (...). Créese por tanto, al efecto, un cuerpo de doctrina regional que temple la tendencia uniformista mal entendida, y al cual puede acudir el Tribunal Supremo para resolver con mayores garantías de acierto, los casos nuevos o dudosos, aceptando lo que estime aceptable y corrigiendo o rechazando lo que debe serlo.»

Segunda.—Hace falta «el norte de la jurisprudencia que guíe al litigante en sus pretensiones y al Letrado en sus consejos»; pues, «son numerosísimos pleitos que mueren después de la segunda instancia».

Tercera.—Hay juicios en los que la ley no autoriza el recurso de casación por quebrantamiento de ley, como los ejecutivos, los posesorios y otros, para los cuales, podrían llenarse «el vacío que hoy a veces se deplora», en sus puntos oscuros y dificultades».

Cuarta.—La ventaja de unificar criterios en las Audiencias en las que hubieran dos Salas de lo Civil.

Finalmente, abogó, para «evitar la avalancha de sentencias», por la propuesta de Gil y Robles y de Pla Soler de que «la Sala de gobierno del Tribunal Supremo escogiera las que debieran publicarse». Y afirmó que «las sentencias deben pesar, no por su número, sino por su calidad».

c) *El discurso de Martín Trías y Doménech*, miembro de la Junta de Gobierno de la Academia de Derecho de Barcelona —de la cual era presidente Juan Homs y Homs—, penetró en la discusión en el estado en que, según entendía, se hallaba en aquel momento en el Congreso.

— Respecto de la opinión de Magín Pla acerca de la doctrina de los autores en el supuesto en que —según hemos visto— éste le daba fuerza de doctrina legal, advirtió: «Bien se echa de ver que en estos casos, más que la opinión de los autores, constituye fuerza legal la costumbre generalizada, lo que se llama Derecho consuetudinario, base y fundamento de toda legislación sólida y estable».

— Respecto la jurisprudencia de los Tribunales, entró en la discusión de dos cuestiones:

Primera.—¿Cuáles Tribunales han de contribuir a formar jurisprudencia? ¿Cuál debe ser el órgano jurisprudente?

Resume: Según el ponente Pla y para Charrín, sólo debe formar jurisprudencia el Tribunal Supremo. Según Gil y Robles y Milá y Pi, han de formarla también las Audiencias Territoriales en el territorio de su circunscripción jurisdiccional. Frente a todos ellos, Costa estima que deben contribuir a forma jurisprudencia todos los Tribu-

nales [y Juzgados de Primera Instancia, no lo olvidemos] que existen en la nación.

Entrando ya en liza, parte del significado del verbo juzgar. El juzgador, dice Trías y Doménech, «conoce plena y perfectamente el hecho y la relación jurídica, el acto perturbatorio y la ley; pero no la ley en la letra muerta y fría, sino en su espíritu vivificador, en sus principios fundamentales (...) debe resolver el caso acudiendo necesariamente a los eternos e inmutables principios de la filosofía del Derecho, del Derecho natural, llamando en su auxilio a la lógica y aún al simple sentido común». La interpretación de la ley, «en su acepción más lata exige amoldar el Derecho, con la rigidez de sus preceptos, al caso concreto de que se trata».

Frente a la objeción, opuesta a las opiniones de que todos los Tribunales constituyan jurisprudencia, de que esto sería introducir la anarquía, consentir una diversidad de criterio, irritante a veces, lamentable siempre, pues ha de buscarse y obtener a toda costa la uniformidad, exclama: «Siempre la uniformidad ¡Cuántos sofismas se han sostenido, cuántos progresos se han hecho imposibles, y lo que es peor, cuántos atropellos se han realizado en aras de la uniformidad». Resume las afirmaciones de Costa —de que el Tribunal Supremo no obtiene la uniformidad, de la cual Trías y Doménech dice que es «un mito, una ilusión engañosa, no existe»; y concluye: «Tengo la convicción arraigadísima de que esta diversidad no puede menos de existir y existirá siempre, cualquiera que sea la organización que se dé al Tribunal Supremo, porque surge de la esencia de todo organismo humano que debe desempeñar la difícilísima y sagrada misión de aplicar el Derecho y, como se dice, está en la naturaleza de las cosas».

Segunda cuestión: ¿Cuál debe ser la fuerza de la jurisprudencia, ora nazca de un órgano único, ya se origine por los fallos de todos los organismos judiciales?

Después de destacar la diversidad de criterios que también advierte en las respuestas a esta cuestión, expresa:

— Que considerar sólo obligatoria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo «es petrificar e inmovilizar, como dice el señor Costa, una fuente de Derecho de suyo movable y continua, y además es correr el riesgo, como sucede hoy, de que se acojan por verdades inconcusas y obligatorias principios aún no bien depurados y acrisolados, pero que se contienen en un sólo fallo del Tribunal que impone su criterio».

— Y en caso de generalizar la autoridad de doctrina legal y el carácter de precepto obligatorio a la jurisprudencia que nace de los fallos de todos los Tribunales, pregunta: «¿Por qué negar tales carácter y autoridad a las opiniones de los jurisconsultos?» Y compara: «los considerados de las sentencias, dictadas dentro de un período breve y casi siempre premioso, bajo el peso de ocupaciones múlti-

ples» con «los dictámenes de los jurisconsultos que penetrados de las necesidades y del sentir de su época, consagran sus talentos y sus observaciones, en la soledad de su biblioteca al estudio de una sola rama del Derecho, tal vez de un punto concreto de la legislación positiva».

Concluye: «Mas no, señores: ni las opiniones de los jurisconsultos, ni las sentencias de los Tribunales, deben ir revestidas de la autoridad legal. Unas y otras son fuente valiosa de jurisprudencia; pero de jurisprudencia libre, con valor puramente doctrinal y científico». Y advierte que el propio Tribunal Supremo, en sentencia de 11 de diciembre 1865 lo expresó: «Las sentencias de este Tribunal Supremo, sólo son autorizados e indispensables precedentes para la uniformidad de la jurisprudencia, sin que sus determinaciones puedan imponerse como preceptos legales infringibles para el efecto de la casación a los que por razón de oficio tienen el deber de consultarlos y estudiarlos.» [He confrontado este considerando que es el antepenúltimo en la casación de la jurisprudencia civil de la RGL y J, volumen XII, número 438, página 460. Comienza: «Considerando, por lo que respecta a las sentencias que invoca dictadas por este Supremo Tribunal que éstas...» y sigue igual que la cita de Trías y Doménech. Y el siguiente considerando dice: «Considerando además que dichas sentencias sólo exponen doctrinas legales sin aplicación al presente caso»].

Trías y Doménech termina repitiendo una cita del Procurador General del Tribunal de Casación de Francia en 1837 —ya recordada por Costa, en su ponencia—, expresiva de que los fallos de los Tribunales no deben imponerse por la razón de la fuerza, sino por la fuerza de la razón: *non razione imperii, sed rationis imperio*.

Hemos visto antes (II, 9) que Juan Homs y Homs, en su carta a Costa del 26 de septiembre, se incluía entre «los partidarios de la ponencia de usted». También he dicho que Homs, además de Secretario del Congreso, era entonces Presidente de la Academia de Derecho de Barcelona; pues bien, Martín Trías y Doménech, al comienzo de su expuesto discurso, indicó que se veía compelido a levantarse «por las bondadosas instigaciones de mis compañeros». ¿Era la posición que expuso en su discurso la dominante en esta Academia de Derecho y, como las de Homs y del propio Trías Doménech, próxima a la de Costa? Digo «próxima» y no «idéntica» porque, como vamos a ver enseguida, Ripollés señaló una importante diferencia entre ellas.

d) *El discurso de Mariano Ripollés*, Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza y miembro de la Comisión de Conclusiones —conclusiones que cuando tomó la palabra ya habían sido propuestas a la Asamblea, según muestran este discurso y el siguiente de Pla y Soler— lo comenzó diciendo que no tomaba la palabra para defender el trabajo de esa Comisión —que no había sido atacado—, sino debido a que, «por obsequio» de ésta, se había

inscrita su nombre en los turnos; y advirtió: «Vengo a sostener opiniones completamente radicales y opuestas a las hasta aquí sostenidas.»

Incluía también, en su oposición, el discurso de Martín Trías, que le había precedido en el uso de la palabra, «que ha dicho que sostenía íntegra la opinión de la ponencia de don Joaquín Costa»; pero dijo Ripollés: «He notado cierta contradicción entre esta afirmación y la defensa que ha hecho».

Pienso yo que esa contradicción la encontraba en que no se había manifestado en contra del recurso de casación. «Yo vengo a sostener aquí —anunciaba Ripollés— que la jurisprudencia, en el tono y sentido que se le da en las ponencias todas, menos en la del señor Costa, es decir, como doctrina legal, como base y fundamento para dar lugar al recurso de casación y para que surta los efectos de un precepto legal sustantivo, a todos obligatorio, yo la rechazo en absoluto. Entiendo que no debe tener la jurisprudencia este carácter, que no debe tenerlo en el terreno de la teoría ni en el terreno de la práctica; que la doctrina legal no reviste esa fuerza en el orden jurídico, y que si la tiene en el orden de los hechos, no debería tenerla.»

«Vengo, señores —declaró—, a sostener íntegra la conclusión tercera, que he firmado con otros compañeros, para que sirviera, según el artículo 10 del Reglamento de base a la discusión y votación de esta Asamblea. La interpretación de las leyes debe ser siempre absolutamente libre.»

Hoy se dice «que debe ser la jurisprudencia base y fundamento de *doctrina legal*. ¿Qué significa esta frase? (...) ha venido a la ciencia, sin fijarse su valor dentro del tecnicismo del Derecho», con la última reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «pero no debe tener la significación que se le da en la práctica. Aunque la jurisprudencia sea efectivamente la vida real, la vida judicial y manifestación oficial del Derecho no puede servir para que se funden en ella recursos ante los Tribunales Superiores, ni menos puede servir para que, por ese medio, legislen los Tribunales».

Después, rectificó la tesis sostenida por Gil y Robles, en su ponencia, de que la jurisprudencia sancione la costumbre. «La costumbre —opone— no necesita la sanción de los Tribunales de Justicia (...). La costumbre es fuente del Derecho por sí sola, fuente soberana y más que eso la verdadera generadora, directora y sancionadora del Derecho.» «...sobre todo tratándose de pueblos que viven, como Aragón, bajo un régimen jurídico en que la costumbre no sólo suple la ley, sino que es fuente permanente de Derecho, aún para romper y derogar el fuero.»

«El Tribunal Supremo de Justicia —dice después— se creó para uniformar la jurisprudencia, y todo el mundo entendió que se trataba de uniformar la práctica y los procedimientos de los Tribunales inferiores; pero ha resultado que, en vez de uniformar la jurisprudencia, se pretende uniformar el Derecho, lo cual es muy diferente, y además

se legisla dando a sus decisiones una extensión y una preponderancia que no tienen». Y subraya que se ha dado a las sentencias del Tribunal Supremo de España «un alcance que el mismo rechaza», según la sentencia de 1865, citada allí aquella misma tarde por Trías y Doménech.

Contra la afirmación de Charrín de que —según le extracta Ripollés— «el ideal científico y nacional era la unidad de la jurisprudencia en la manera de ser de los Tribunales; la unidad del Derecho, como fundamento del poder social», pone que, la unidad del Derecho y de la jurisprudencia «no son posibles, porque una y otra significarían el estancamiento del Derecho: porque la unidad no puede concebirse allí donde existe una sociedad racional y libre, sino allí donde no es posible el progreso, porque mientras exista esta variedad, que tan mal se comprende y tanto se rechaza, pero que es la única fuente de adelanto jurídico, habrá choques de ideas y opiniones, diversidad de intereses; habrá, en una palabra, un modo de ser civilizador y progresivo; modo de ser que España puede alcanzar mejor que ninguna otra nación de Europa, por lo mismo que esta variedad se halla encarnada en toda su historia».

e) La sesión del 2 de septiembre terminó a las seis y media de la tarde, al concluir el *discurso* de Magín Pla y Soler que hizo uso de la palabra como único de los ponentes del tema discutido que se hallaba presente, y con el fin de exponer —dijo— «algunas breves y sencillas consideraciones sobre las conclusiones formuladas por la Comisión nombrada al efecto, lo cual me dará ocasión de contestar a algunas ideas vertidas en las brillantes peroraciones que con tanto gusto hemos escuchado».

De esas consideraciones que expuso, interesan las que refirió a la conclusión tercera —que acabamos de ver patrocinadas por Ripollés— y que la Comisión había recogido como alternativa de la primera, precisada por la segunda, Pla y Soler destaca que esta tercera «acertadamente se califica de antitética de las anteriores» y de ella dice que «si no hubiese dominado el criterio de dar mayor amplitud a la discusión no podría en rigor ser propuesta ni discutida porque, en mi humilde sentir, está completamente fuera del tema.»

Explica:

«El tema parte del supuesto de que existe realmente una jurisprudencia con autoridad de doctrina legal, y por eso pide la fijación de las condiciones que debe reunir la jurisprudencia para disfrutar de tal autoridad. Si no se diese por supuesta la existencia de la doctrina legal, no vendría al caso pedir la determinación de sus condiciones.»

«La Comisión organizadora se encontró con una Ley del Procedimiento Civil que establece el recurso de casación, no sólo por infracción de ley, sino también por infracción de doctrina legal, que, por tanto, ha de ser obligatoria como lo es la ley. Al admitir, pues, la autoridad de esta doctrina, partió pues de un hecho real e histórico».

Hasta aquí, las razones se centran en que la propuesta se salía fuera de la cuestión planteada. Pero, en seguida, entra a defender por razones de fondo su posición; al decir «que la admisión de esa autoridad de la doctrina legal, es a la vez un hecho racional. Rechazar la doctrina legal obligatoria equivale hasta cierto punto a negar la necesidad indiscutible de la legislación». Y dos párrafos más adelante continúa defendiendo su posición:

«La legislación como obra humana, no es de esperar que sea perfecta. Siempre han quedado y quedarán en ella, según tengo dicho en la ponencia, oscuridades que aclarar, ambigüedades que deslindar y precisar, antinomias que conciben deficiencias que suplir, crudezas que suavizar. Y, ¿qué recurso queda para remediar tales defectos?

»El poder legislativo no puede estar en funciones permanentes. Esta tarea ha de confiarse a la jurisprudencia, que viene a ser un complemento necesario de la legislación.

»Los derechos civiles no pueden dejarse en la incertidumbre.»

«Conviene, pues, que la jurisprudencia, reuniendo las condiciones que pide el tema, disfrute de autoridad obligatoria, a fin de que desaparezca en lo posible la incertidumbre. Interesa a los particulares, para saber a qué atenerse en sus actos jurídicos; interesa a los abogados, que estiman la dignidad de su profesión, para tener criterio seguro en los consejos que les piden y en la dirección de los litigios; interesa a los Tribunales, para tranquilidad de su conciencia.

»Y no cabe decir por esto que los Tribunales invadan las atribuciones del poder legislativo al formar jurisprudencia, limitada, como lo está, a aclarar oscuridades, deslindar y precisar ambigüedades, conciliar antinomias y suplir deficiencias de las leyes.»

Respecto de la conclusión cuarta —que planteaba si debía ser motivo de casación, ante la respectiva Audiencia Territorial, el quebrantamiento de práctica constante de la misma que versara sobre costumbres vigentes exclusivamente dentro de su territorio—, mostró su disconformidad; ya que, una vez establecido el Tribunal Supremo, las sentencias que formen su jurisprudencia «han de ser las que reúnen mayores presunciones de acierto»; pues, éstas, «suben de punto en las que se dictan, después de repetida y prolija discusión de las cuestiones litigiosas y del examen de las resoluciones recurridas», «llegado ya el límite que ha tenido que fijar la ley para evitar que se hagan interminables los litigios».

De la quinta, concreta «que sólo podría y debería atribuirse valor legal a la doctrina de los jurisconsultos cuando existiese opinión común y constante acerca de la naturaleza y efectos de determinados actos jurídicos que, en razón de no estar regulados por las leyes, deban regirse por los principios generales del Derecho, y cuando esa opinión común y constante, hubiese llegado a servir de guía para la formalización de los contratos y la ordenación de las últimas voluntades».

De su conformidad a la séptima y octava, dice: «Las sentencias, se ha dicho, reciben su valor, no de su número, sino de su conformidad con la ley y con los buenos principios de Derecho; inútil es, por consiguiente, atender al número. Pero de aceptar semejante doctrina, vendríamos a parar en el gravísimo inconveniente de que en cada litigio se habría de hacer juicio crítico de las sentencias que se invocasen, originándose cuestiones enojosas e interminables.»

»Los Tribunales no tienen la misión de legislar, sino tan sólo la de decidir cuestiones litigiosas y sus resoluciones, cuando quedan firmes, determinar irrevocablemente el Derecho controvertido para las personas a quienes alcance la cosa juzgada; mas no lo estatuyen con carácter general obligatorio. Sin embargo, si fallan repetidas veces en igual sentido, mediando entre la primera y la última resolución un espacio de tiempo dentro del cual haya sido posible equilar el valor científico de la primera, la conformidad de las resoluciones induce fundadas presunciones de acierto y concluye por formar jurisprudencia, a la cual puede racionalmente atribuirse el valor de doctrina legal.»

VII

Pienso que, antes de pasar al examen de las conclusiones del Congreso, puede ser útil tratar de poner en orden las distintas posiciones expuestas en ponencias, enmiendas y discursos:

a) Tenemos un sólo punto en el cual existe plena unanimidad. Ninguna de ellas toma postura exegética. Para todos, *interpretar es algo más que aplicar mecánicamente la ley al hecho sometido a juicio; no se trata de una simple subsunción del hecho en la norma.* Así dicen:

— Costa: «Cada uno de los infinitos hechos homogéneos abarcados debajo de la ley, conserva, no obstante, esa homogeneidad, un carácter propio e incommunicable, que lo distingue de todos sus congéneres y hace que no sea aplicable a unos la interpretación, o sea, la adaptación del precepto hecho para otros, y se requieren, por esto, tantas interpretaciones directas de él como hechos van ocurriendo.»

— José María Borrel y Soler: La ley «no es perfecta ni puede ser eterna»; el modo de ser social «se modifica y cambia a cada momento por manera tan insensible como cierta, creando nuevas necesidades y apagando otras»; «proceso de transformación, tan constante como paulatino», que «se siente en casos aislados antes que lo observe la generalidad, presentándose al Tribunal», el cual, «mirando la equidad, atendiendo los principios, eso sí, eternos de Derecho natural, falla en cada caso concreto justamente, mas contra el Derecho positivo».

— Charrín (que es el menos alejado de la doctrina de la exégesis): «Aún suponiendo que se diera una ley todo lo perfecta y acabada que la limitada inteligencia del legislador pueda hacerla, siempre resultará que esa ley no ha de ser casuística, necesita interpretación o explicación»; que puede ser, como antes ha dicho, bien aclarando o explicando sus vaciedades e incoherencias y contradicciones, o ya supliendo y llenando sus vacíos u omisiones.

Pla y Soler: «Siempre han quedado y quedarán en ella (la legislación), que como obra humana, no es de esperar que sea perfecta (...), oscuridades que aclarar, ambigüedades que deslindar y precisar, antinomias que conciliar, deficiencias que suplir, crudezas que suavizar.»

Esto explica la importancia de la jurisprudencia de los Tribunales, pero el problema comienza cuando se trata de determinar cuál es su *valor* y cuáles sus *límites*. Vayamos por partes:

b) En cuanto la *determinación de su valor*:

También hay acuerdo en que las sentencias deciden el caso y constituyen cosa juzgada cuando no quepa recurso a un Tribunal superior. Pero, a partir de aquí, comienzan las discrepancias en lo que se refiere a la *doctrina dimanante* de esas sentencias.

— Ha de ser puramente moral y científico (Costa, Trías y Doménech, Agulló, Ripollés).

— Constituye doctrina legal (Gil y Robles, Pla y Soler, J. M. Borrell y Soler, Milá y Pi, Charrín).

— Es fuente del Derecho, en cuanto tiene valor y fuerza de ley (conclusión 1.^a).

c) En cuanto a la determinación de los *Tribunales de quienes dimana la jurisprudencia*, hay variedad de criterios:

— Sólo el Tribunal Supremo (Pla y Soler, J. M. Borrell y Soler, Charrín).

— Además, las Audiencias Territoriales, para el Derecho peculiar y especial de su respectivo territorio (Gil y Robles, Milá y Pi); si bien Milá y Pi restringe: «No pueden imponerse como preceptos legales infringibles para el efecto de casación.»

— A todos (Costa, Trías y Doménech y Ripollés).

— A ninguno (Agulló).

d) En cuanto al valor de la jurisprudencia de Juzgados y Tribunales respecto de la costumbre:

— Gil y Robles creía que las sancionaba.

— Trías y Doménech y Ripollés, según estimaban el criterio de Costa, afirmaron que las costumbres no necesitaban esa sanción, que de por sí constituyen fuente de Derecho.

e) En cuanto a la conveniencia del *recurso de casación*:

— Lo defendieron como necesario Gil y Robles, Pla y Soler, J. M. Borrell y Soler, Milá y Pi, Charrín.

— No lo combatió ni defendió, Trías y Doménech.

— Lo rechazaron: Joaquín Costa —que incluso se mostró expre-

samente contrario a la existencia de un Tribunal Supremo por encima de las Audiencias Territoriales— y Ripollés.

— Para Agulló carece de sentido, dada la función que otorga a los Tribunales.

Ninguno profundizó si, dado el recurso de casación, cabía compaginar la autoridad de la jurisprudencia, como doctrina legal, con lo declarado por el mismo Tribunal Supremo en la sentencia de 11 de diciembre de 1865. Creo que sólo resultaría posible concordarlo si no se considera fija e inamovible la doctrina legal, sino, contrariamente, dinámica siempre en busca de la mejor razón para cada caso concreto.

f) En cuanto a la *doctrina de los autores*:

— Para quienes (Costa, Triás y Doménech y Ripollés) consideran la jurisprudencia de los Tribunales con valor únicamente moral y científico, no existe diferencia esencial con la de los Tribunales, y, en cada caso, deberán ponderarse una y otra.

— Según Pla y Soler, hemos visto que, a falta de ley aplicable, la opinión común de los jurisconsultos debe considerarse doctrina legal en materia de principios generales del Derecho.

— Para Milá y Pi constituye un elemento científico de la jurisprudencia, pero no doctrina legal, sino en el caso de que fuera aceptada por el Tribunal Supremo.

g) En cuanto al *modo de seleccionar la jurisprudencia*:

— Debería existir un centro reductor, presidido por un jurisconsulto, e independiente del poder judicial que, cada año, clasificara todas las sentencias dictadas por Tribunales y Juzgados, las cotejase con las leyes y doctrinas interpretadas, formando con ello como un edicto, que periódicamente debería refundirse con una edición nueva cada año (Costa, Triás y Doménech, Ripollés).

— La jurisprudencia establecida debe tener como requisito extrínseco la publicidad; y la Sala de Gobierno o el Pleno deberían seleccionar y precisarla, examinando periódicamente las sentencias dictadas (Pla y Soler y J. M. Borrell y Soler, con matices diversos).

— Ha de ser repetida, constante y publicada en la Gaceta (Charrín).

— Debe bastar la publicación de las sentencias: las del Tribunal Supremo en la Gaceta y las de las Audiencias respectivas en una publicación oficial de éstas, tratándose de materias de Derecho especial de su territorio.

La perspectiva que ofrece el repaso efectuado, creo aclara el fondo jurídico de la discrepancia principal. Esta dinama en la preocupación, para unos, de la seguridad jurídica, y, en otros, de la necesidad de no petrificar el Derecho y de mantener su dinámica adecuación a la vida real.

— Para aquéllos la seguridad jurídica se obtiene con una jurisprudencia unificada.

— Según los segundos la dinámica jurídica sólo se consigue si

el pueblo vive activamente el Derecho en sus costumbres; de cuyo respecto dinama, a la par, la mejor seguridad jurídica para ese pueblo, que las vive, y para sus juristas prácticos, compenetrados con él.

Creo importante destacar la advertencia de Enrique Gil y Robles de que se trata de un tema que es «más bien que materia de disquisición científica, asunto de política prudencial, en consideración de la moralidad y cultura pública, del *sentido jurídico* del pueblo, de la consecuyente fuerza y significación de la costumbre, del adelanto de la legislación escrita, con otras muchas circunstancias, entre las cuales ninguna más digna de cuenta y reflexión que el estado de la magistratura».

VIII

Llegamos al día 3 de septiembre de 1888 en el cual se votaron las conclusiones propuestas para el primer tema.

Durán y Bas cedió la presidencia a Federico Enjuto, y actuaron de Secretarios Homs y Charrín, los Presidentes Honorarios Laureano Figuerola y José de Carvajal y el Vicepresidente Manuel Danvila, ocuparon asientos de preferencia en la mesa.

Las conclusiones habían sido formuladas por una Comisión formada: por José Vilaseca Mogás, primer Delegado del Colegio de Abogados de Barcelona; por el Catedrático de la Universidad de Zaragoza, Mariano Ripollés, y por Eduardo Dato Iradier, Delegado del Colegio de Abogados de Madrid.

La Comisión de escrutinio, para este tema primero, estaba constituida: por el Notario de Barcelona y prestigiosísimo jurisconsulto Félix María de Falguera; por el Magistrado, Presidente de la Academia de Jurisprudencia de Barcelona y ponente, Magín Pla y Soler; por Ramón Castellar; por el Registror de la Propiedad y enmendante, Buenaventura Agulló, y por el Delegado del Colegio de Barcelona y comunicante José María Borrell y Soler.

Ante todo, llama la atención el hecho de que tan sólo las conclusiones segunda, décima y undécima obtuvieron voto favorable —de las cuales estas dos últimas eran referentes a los negocios criminales—. Tampoco obtuvieron votación favorable ninguna de las enmiendas presentadas por Buenaventura Agulló y José Milá y Pi. Las de J. M. Borrell y Soler no se pusieron a votación, éste, sin duda, debió retirarlas.

Las conclusiones que fueron propuestas y sus respectivas votaciones fueron las siguientes:

	<i>Votos</i>			
	<i>Sí</i>	<i>No</i>	<i>condic.</i>	<i>Abst.</i>
1. ^a «Entiéndese por doctrina legal la jurisprudencia contenida en las sentencias de los Juzgados y Tribunales, y revestida de carácter, valor y fuerza de ley, para los casos ulteriores formalmente idénticos y para fundar en su infracción el recurso de casación».	41	171	1	28
2. ^a «Entiéndese por doctrina legal la jurisprudencia contenida en las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia, a los efectos que se indican en la conclusión anterior.»	119	94	1	27
3. ^a (Antitética de las anteriores.) «La interpretación de las leyes debe ser siempre absolutamente libre, sin que el criterio personal del juzgador encuentre la menor traba en fallos anteriores, propios ni ajenos. Por consiguiente, la autoridad de las doctrinas admitidas por la jurisprudencia de los Tribunales, ha de ser puramente moral y científica, y por infracción de ellas no ha de admitirse recurso de casación.»	88	129	2	22
4. ^a «Admitida la infracción de la jurisprudencia de los Tribunales como fundamento para producir la casación, debe ser también motivo de recurso el quebrantamiento de la práctica constante de una Audiencia, cuando verse sobre costumbres vigentes, exclusivamente, en su territorio.»	90	117	1	33
5. ^a «A falta de precepto lega, claro y terminante, podría considerarse la opinión de los jurisconsultos como doctrina legal, para los efectos de interponer recurso de casación.»	51	164	1	25
6. ^a «El Tribunal Supremo de Justicia emite, en los recursos correspondientes, doctrina legal, interpretativa o consuetudinaria en la tercera de tres sentencias conformes, sobre hechos formalmente idénticos.»	94	114	1	32
7. ^a «Para que la jurisprudencia obtenga la autoridad de doctrina legal, son necesarias tres sentencias del Tribunal Supremo conformes, sobre hechos idénticos, siempre que hayan transcurridos cinco años entre la primera y la tercera, y no sean contrarias a las leyes.»	80	127	1	33
8. ^a «Para que la jurisprudencia tenga la autoridad de doctrina legal, bastará con una				

			<i>Votos</i>	
	<i>Sí</i>	<i>No</i>	<i>Cond.</i>	<i>Abst.</i>
so la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia.»	137	202		26
9. ^o «Sólo se publicarán en la <i>Gaceta</i> o <i>coleccion oficial</i> las sentencias en que fuese precisa la fijación de jurisprudencia por oscuridad, ambigüedad, antinomia o deficiencia de las leyes. La designación de las sentencias que hayan de publicarse estará a cargo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo.»	100	110		31
10. ^a «No es admisible, en los negocios criminales, la jurisprudencia con autoridad de doctrina legal.»	137	71		33
11. ^a «Podrá admitirse la jurisprudencia como doctrina legal:				
»Primero.—Para fijar la verdadera inteligencia de la ley penal.				
»Segundo.—Para determinar circunstancias atenuantes de igual entidad o análogas a las previstas en ella.»	129	72	8	32

Las conclusiones de la enmienda de Buenaventura Agulló arrojaron este resultado:

			<i>Votos</i>	
	<i>Sí</i>	<i>No</i>	<i>Cond.</i>	<i>Abst.</i>
1. ^a «La jurisprudencia no disfrutará de la autoridad de doctrina legal.»	75	117		49
2. ^a «El juicio arbitral y el de amigables componedores serán forzosos en materia civil.»	24	171		46
3. ^a «Los Tribunales se limitarán al nombramiento de los jueces árbitros o de los amigables componedores, en ciertos casos, y a la ejecución de las sentencias y laudos.»	23	176		42

Y las propuestas en la enmienda de José Milá y Pi, el que sigue:

			<i>Votos</i>	
	<i>Sí</i>	<i>No</i>	<i>Cond.</i>	<i>Abst.</i>
1. ^a «Las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia en materia civil, publicadas en la « <i>Gaceta de Madrid</i> », por acuerdo de la Sala de Gobierno de aquél, sentarán jurisprudencia para el efecto de que pueda alegarse su viola-				

	Votos			
	Sí	No	Cond.	Abst.
ción como infracción de <i>doctrina legal</i> en los recursos de casación, <i>siendo apreciable su pertinencia en cada caso por el Tribunal sentenciador.</i> »	46	140	3	52
2. ^a «Los fallos de las salas civiles de las Audiencias Territoriales publicadas en análoga forma que las sentencias del Tribunal Supremo, por acuerdo y a juicio también de sus Salas de Gobierno, servirán, <i>en su respectivo territorio</i> , de autorizados precedentes doctrinales sin que, empero, puedan imponerse como preceptos legales infringibles para el efecto de la casación.»	67	121	2	51
3. ^a «Las opiniones de los autores de Derecho constituirán otro elemento científico de la jurisprudencia; mas no <i>doctrina legal</i> , sino en cuanto hayan sido aceptadas por el Tribunal Supremo.»	75	106	2	58

Renuncio, por falta de otros datos, a valorar ese rechazo general.

Sólo hago notar que la única conclusión referente a la jurisprudencia civil, fue la segunda, pero mediatizada por el rechazo de la primera (de la cual, dijo Magín Pla y Soler, que era complementaria); es decir, parece, por ello, que su aprobación no proponía que se diera a la jurisprudencia valor ni fuerza de ley, para los casos posteriores formalmente idénticos, ni para fundar en su infracción el recurso de casación, puesto que esto se había quedado rechazado al votarse negativamente la conclusión cuarta.

IX

En posesión ya del máximo de datos posibles para explicar la queja manifestada por Joaquín Costa (en sus cartas a Homs del 16 de septiembre y Durán y Bas del 39 de octubre), voy a tratar de dar explicación a su negativa para la publicación de su ponencia en las Actas del Congreso.

A Homs le escribió que ninguna conclusión de su dictamen se puso a votación, siendo así que incluso se votaron las contenidas en las enmiendas. «Y si bien hay una igual a ésta de mi dictamen, está copiada del dictamen del Congreso de Madrid.»

De su dictamen comenta Costa a Durán y Bas: «Impreso contra su voluntad [la del propio Costa] no llegó al Congreso en tiempo

hábil y quedó fuera de él, y es la hipótesis más favorable para mi escrito, porque si se dice que lo estudió la comisión de conclusiones, entonces, ya no es que no llegó a entrar, es que entró y lo echaron, pues no fueron admitidas a discusión sus conclusiones.»

Hemos visto, que su conclusión tercera que, salvando la supresión de algunos incisos, era idéntica a la cuarta que la ponencia propuso del Congreso de Madrid de 1886, y éste rechazó, fue propuesta al de Barcelona por Mariano Ripollés. También hemos advertido que Magín Pla y Soler la tachó de estar completamente fuera del tema: «¿Qué condiciones debe reunir la jurisprudencia para disfrutar de la autoridad de doctrina legal?» Al pedir que se fijaran esas condiciones se daba por supuesto la existencia de doctrina legal. Todo el dictamen de Costa impugnaba la aceptación de ese supuesto previo.

Parece que algo de esto había sospechado Costa desde un principio; pues, en su carta a Durán y Bas del 20 de agosto, le decía: «Temo mucho no haber acertado a comprender el propósito de ustedes con respecto al tema primero, no encontré manera de ceñirme a su tenor ligeral...»

¿Fue, pues, por una cuestión de procedimiento que su ponencia no se tuvo en cuenta al redactar las propuestas de conclusiones? Sin embargo, sí se puso a votación la conclusión tercera, propuesta por Ripollés. ¿Se debió esto a una atención para éste, ya que estaba presente y había intervenido en la discusión? ¿Se pensó que, al hacerlo así, se contentaría, a la par, a Joaquín Costa? Tal vez se pensara así. Pero lo cierto es que no le contentaron, así como tampoco le convencieron los ruegos de Juan Homs y Homs —que se había declarado partidario de su dictamen— ni los de Durán y Bas.

Cesión de créditos

Por FERNANDO PANTALEON PRIETO

Catedrático de Derecho Civil. Santander

SUMARIO: I. CONCEPTO Y NATURALEZA DE LA CESION DE CREDITOS.—II. CESION Y CAUSA.—2.1. *La «cesión» con finalidad de cobro.*—2.2. *La «cesión» en garantía. La prenda de créditos.*—2.3. *La cesión «pro solvendo».*—III. CARACTER TÍPICAMENTE TRASLATIVO DE LOS CONTRATOS DE CESION.—IV. NOTIFICACION, CONOCIMIENTO Y EFICACIA DE LA CESION FRENTE AL DEUDOR. EL ARTICULO 1.527 CC.—V. CESION E INCERTIDUMBRE DEL DEUDOR SOBRE LA TITULARIDAD DEL CREDITO.—VI. EL ARTICULO 347 DEL CODIGO DE COMERCIO.—VII. SUJETOS DE LA CESION. LA CESION «EN BLANCO». CESION DE CREDITO AJENO, DOBLE CESION Y ADQUISICION DE CREDITOS «A NON DOMINO». EL ARTICULO 1.526 CC.—VIII. OBJETO DE LA CESION.—8.1. *Créditos integrantes de relaciones obligatorias sinalagmáticas.*—8.2. *Cesiones parciales.*—8.3. *Cesiones anticipadas de créditos futuros.*—8.4. *Causas de incredibilidad de los créditos. El «pactum de non cedendo».*—IX. FORMA DE LA CESION. DE NUEVO SOBRE EL ARTICULO 1.526 CC.—X. CONTENIDO Y EFECTOS DEL CONTRATO DE CESION.—XI. EL ARTICULO 1.528 CC.—11.1. *Transmisión de las garantías reales.*—11.2. *Transmisión de las garantías personales.*—11.3. *Transmisión de los privilegios.*—11.4. *Otros accesorios.*—XII. LA RELACION CEDENTE-CESIONARIO.—12.1. *Deberes secundarios.*—12.2. *Garantía de la existencia y legitimidad del crédito.*—12.3. *Garantía de la solvencia del deudor.*—XIII. LA RELACION CESIONARIO-CEDIDO: EXCEPCIONES OPONIBLES POR EL DEUDOR.—13.1. *Excepciones ya «fundadas» en el momento de la cesión.*—13.2. *Excepciones nacidas de hechos o negocios relativos al crédito, posteriores a la cesión, entre cedente y cedido de buena fe.*—13.3. *El artículo 1.198 II, III CC.*—13.4. *Excepciones relativas al contrato de cesión. Excepciones derivadas de las relaciones entre cesionario y cedido.*—13.5. *Casos especiales: excepciones y pluralidad de cesiones en cadena; excepciones y cesión anticipada de créditos futuros.*—13.6. *El artículo 1.198 I CC y la renuncia a sus excepciones por parte del cedido.*

I. Hablamos de cesión (*ex voluntate, inter vivos*) de créditos, cuando, por virtud de un acuerdo de voluntades entre el antiguo y el nuevo acreedor (cedente y cesionario), la titularidad del derecho de crédito se transmite del primero al segundo, quien se subroga o subentra en la posición jurídica del primitivo acreedor.

Regulada por nuestro legislador civil en sede de compraventa (arts 1.526 ss CC), no cabe duda, sin embargo, de que la cesión de créditos puede responder a muy diferentes finalidades o funciones: venta, permuta, donación, pago, aportación social, etc. ¿Cabrá entonces configurar la cesión de créditos como un tipo contractual unitario y autónomo?

Si, como ocurre por ejemplo en el Derecho alemán, el sistema de las transmisiones patrimoniales o adquisiciones derivativas *inter vivos* estuviera regido entre nosotros por el *Trennungsprinzip* y su correlato lógico el *Abstraktionsgrundsatz*, no habría ninguna dificultad al respecto: la cesión de créditos se configuraría como un negocio de disposición abstracto —consistente en la concorde voluntad de las partes, cedente y cesionario, de transmitir y adquirir la titularidad del crédito—, distinto e independiente de los negocios de obligación causales en los que pueda basarse (*cfr.*, por todos, SCHEYHING *Sukzessionen* § 2 I II, DÖRNER *Dynamische Relativität* pp. 164 ss, MünchKomm-ROTH § 398 RdNr 16, 18; PALANDT-HEINRICHS § 398 Anm 2 a).

Se habla de *Trennungsprinzip* para designar la sistemática separación, en el seno del supuesto de hecho adquisitivo, de dos negocios jurídicos diferentes, uno de obligación y el otro de disposición. Y se habla de *Abstraktionsgrundsatz* para referirse al hecho de que la validez y eficacia del negocio de disposición es, por principio, independiente de la validez y eficacia del negocio de obligación en que aquél se basa (de esta abstracción llamada «externa» se distingue a veces una llamada abstracción «interna» para indicar que el negocio de disposición es también eficaz aunque las partes disientan sobre la causa o finalidad de la atribución). Y decimos, en fin, que uno es el correlato lógico del otro, porque, cuando se rechaza el «dogma de la abstracción», el «principio de separación» carece de buen sentido; una vez se rechaza que este principio sirva de soporte técnico sobre el que apoyar el carácter abstracto de las transmisiones patrimoniales, con la consiguiente mayor facilidad y seguridad del tráfico jurídico, la muy artificial y complicada escisión del supuesto de hecho adquisitivo en dos negocios distintos pierde toda utilidad práctica que no sea la escasamente relevante de permitir una explicación simple (que no la única satisfactoria) de la estructura de la compraventa con reserva de dominio: negocio de obligación puro e inmediatamente eficaz, negocio de disposición sometido a condición suspensiva (sobre lo anterior, de entre una literatura inabarcable, MEDICUS AT § 20, LARENZ *SchuldR* II 1 § 39 II).

Es preciso evitar que la terminología nos juegue una mala pasada. La dualidad negocios de obligación/negocios de disposición se ha empleado hasta aquí exactamente en el mismo sentido que dan los juristas alemanes a la dualidad *Verpflichtungsgeschäfte/Verfügungsgeschäfte*: negocios por los que una persona se obliga frente a otra a realizar una determinada acción u omisión; cuyo efecto jurídico primario es el nacimiento de un

deber de prestación, la constitución de una relación obligatoria *versus* negocios que están inmediatamente dirigidos a actuar sobre un derecho ya existente, modificándolo, transmitiéndolo, gravándolo o provocando su extinción (por todos, LARENZ AT § 18 II c; BROX AT § 5 I; además BETTI *Negocio jurídico* pp 213 ss). Dualidad ésta que sería gravemente equivocado poner en paralelo con la dualidad *contratos obligatorios/contratos traslativos*, que emplearé en lo que sigue para distinguir entre aquellos contratos —los traslativos— que producen de manera inmediata, por virtud del mero consentimiento legítimamente expresado, la transmisión del derecho de que se trate, y aquellos otros —los obligatorios— respecto de los que, caso de ser parte integrante del supuesto de hecho de una adquisición derivativa (lo que no puede suceder con el arrendamiento, mandato, comodato, depósito, etc., contratos éstos a los que en propiedad habría que reducir la categoría de los *Verpflichtungsgeschäfte* en los ordenamientos en que no rige el *Trennungsprinzip*), es preciso algún requisito ulterior al mero contrato para que el efecto traslativo se produzca.

Algunos ejemplos aclararán lo que quiero decir. En el Derecho francés o en el italiano la compraventa de cosas corporales es, típicamente, un contrato traslativo (arts 1.583 CC francés, 1.376 CC italiano), mientras que en el Derecho español es un contrato obligatorio (arts 609 II, 1.095 CC). ¿Cabría calificar entonces a la compraventa francesa de negocio de disposición y a la española de negocio de obligación en el sentido antes indicado? La respuesta es no. La compraventa francesa no puede ser considerada un mero *Verfügungsgeschäft*, sino un *Verpflichtungs-* y *Verfügungsgeschäft* a la vez, por cuanto también es su efecto jurídico inmediato la constitución entre comprador y vendedor de una compleja relación obligatoria (*cfr* arts 1.602 ss CC francés). Y de la misma forma habría que calificar a la compraventa española, al menos si, con la generalidad de la doctrina continental, se acepta como algo incontrovertible que no cabe transmisión de un derecho sin un *Verfügungsgeschäft* sobre el mismo: no podría considerarse entonces a la compraventa española de cosas corporales un *Verpflichtungsgeschäft* exclusivamente, por la sencilla razón de que para que se produzca en nuestro Derecho una transmisión de propiedad en virtud de compraventa no es preciso ningún otro negocio jurídico intermedio de disposición: la tradición —luego volveremos sobre ello— no es un negocio jurídico [Yo estoy convencido de que la idea de que no quepa transmisión de un derecho sin una declaración de voluntad finalmente dirigida a la producción de un tal efecto jurídico no es sino un prejuicio derivado de la exageración del dogma de la autonomía de la voluntad, que impide comprender adecuadamente un sistema como el de nuestro Derecho en el que, por un lado, el contrato de compraventa es el único elemento negocial del supuesto de hecho de transmisión de la propiedad a título de venta, y por otro lado, dicho contrato no requiere para su validez y eficacia ni una voluntad de transmitir el dominio por parte del vendedor, ni una voluntad de adquirirlo por parte del comprador. Pero no es éste tema del que ahora podamos ocuparnos]. La compraventa alemana es, naturalmente, un *Verpflichtungsgeschäft* y el acuerdo o contrato real abstracto (*Einigung, Auflassung*) un *Verfügungsgeschäft*. Pero, de querer aplicar a este último el segundo de los criterios de calificación que nos ocupa, habría probablemente que afirmar que se trata de un contrato obligatorio y no de uno traslativo: no basta la concorde voluntad de las partes de transmitir y adquirir para que la transmisión de la propiedad se produzca, siendo precisa además, bien la entrega de la cosa mueble, bien la inscripción en el Registro de la transmisión de la finca (§§ 873, 925, 929 BGB).

Y digo «probablemente» pensando en la interminable polémica de la doctrina alemana sobre si sea o no vinculante el *Einigung* para las partes con anterioridad a la *Übergabe* de la cosa mueble (por todos, SCHÖDERMEIER-WOOPEN JA 1985 pp 622 ss, STAUDINGER-WIEGAND § 929 Rz 80 ss; sobre la eficacia vinculante de la *Auflassung*, STAUDINGER-ERTL § 925 Rz 111).

Me gustaría que este ya demasiado largo excursus sirviera, por un lado, para poner de manifiesto hasta qué tal punto son siervas del concreto ordenamiento en cuyo seno surgen incluso las aparentemente más generalizables clasificaciones. Y por otro, para llamar la atención de lo profundamente insatisfactorio de los tratamientos que nuestra mejor doctrina dedica al respecto (ALBALADEJO *Derecho Civil* I-2.º p 159, II-1.º pp 422 s, DIEZ PICAZO-GULLON *Sistema I* pp 494 s, II pp 38 s, LACRUZ *Elementos* I-3.º p 252, II 2.º p 233, II-3.º p 12; pero véase también TORRENTE-SCHLESSINGER *Manuale* pp 165, 266). Ante lo que me atrevo a proponer para nuestro Derecho las siguientes clasificaciones y terminología. *Negocios de disposición/negocios meramente obligacionales o de obligación*, según que el negocio de que se trate pueda o no formar parte integrante de un supuesto de hecho modificativo, transmisivo, de gravamen o extintivo de un derecho preexistente. Con arreglo a este criterio de clasificación, no plenamente coincidente —nótese bien— con el de la doctrina alemana, por cuanto permite considerar negocios de disposición a algunos cuyo efecto jurídico primario es la constitución entre las partes de una relación obligatoria, serían negocios de disposición la compraventa, la condonación, la novación objetiva, o la donación (también la llamada «donación obligatoria»), y serían negocios meramente obligacionales el arrendamiento, el mandato, el comodato, o el depósito. Entre los negocios de disposición *inter vivos* destacarían los *contratos de transmisión o gravamen*, que se subdividirían a su vez en *contratos obligatorios* y *contratos traslativos*, en el sentido antes indicado. La compraventa de cosas corporales sería un contrato obligatorio, mientras que, según algunos (p.e., LACRUZ *Elementos* II-3.º pp 126 s; *contra* ALBALADEJO *Comentarios* VIII-1.º pp 14 ss), sin negar la posibilidad de donaciones obligatorias, la donación sería un contrato típicamente traslativo.

Aceptadas tales clasificaciones y terminología —permítaseme avanzar ideas sobre las que volveré más adelante— la compraventa de créditos (la cesión de créditos a título de compraventa, si se prefiere decirlo así) habría de ser calificada de *negocio de disposición* (al igual que la de cosas corporales) y de *contrato típicamente traslativo* (a diferencia de la de cosas corporales). En el Derecho alemán, la compraventa de créditos es un *Verpflichtungsgeschäft*. Lo que es un *Verfügungsgeschäft*, y uno por cierto inmediatamente traslativo, es la *Abtretung*, el negocio abstracto de cesión de créditos.

Muchos juristas italianos denominan contratos *traslativos* a los negocios de disposición a los que yo he llamado contratos de *transmisión o gravamen*, denominando contratos *con efectos reales* a los que he llamado contratos *traslativos* (por todos RUBINO *Compravendita* pp 298 ss). Pero no me satisface una terminología que obligue a decir que una donación obligatoria es un contrato traslativo y que una venta de crédito es un contrato con efectos reales. Por lo demás, la expresión «contratos con efectos reales» se ha empleado también para designar a los que he llamado contratos de transmisión o gravamen y la expresión «contratos con efectos obligatorios» para referirse a los que he denominado negocios meramente obliga-

cionales o de obligación (GALGANO *Diritto privato* p. 306). Más aceptable sería llamar contratos de *función o finalidad traslativa* a mis contratos de *transmisión o gravamen denominando inmediatamente traslativos* a los que yo he llamado *traslativos* a secas.

Pero, como es bien sabido (por todos, DE CASTRO *Negocio jurídico* pp 296 ss, ROCA SASTRE *Derecho Hipotecario II* pp 104 ss) el sistema de las transmisiones patrimoniales o adquisiciones derivativas *inter vivos* en el ordenamiento jurídico español, se trate de derechos reales o de crédito, está regido por el «dogma de la causalidad» y, consecuentemente, por el que podríamos llamar «principio de la unidad» (*Einheitsprinzip*, como opuesto al *Trennungsprinzip*). La concorde voluntad de las partes de adquirir y transmitir en abstracto, o carece de una tal eficacia traslativa por falta de una *iusta causa*, o no es sino un añadido inútil al acuerdo de voluntades ya consumado, constituyente del negocio jurídico causal de que se trate. Para que una transmisión patrimonial se produzca es preciso un negocio jurídico verdadero y válido, legalmente bastante para transferir el derecho, real o de crédito, objeto de la misma; pero no hace falta ningún negocio jurídico más.

La tradición, necesaria como regla en nuestro Derecho para la adquisición derivativa *inter vivos* de la propiedad y demás derechos reales (arts 609 II, 1.095 CC), no es sólo que no pueda ser considerada un contrato o acuerdo real abstracto, sino que, sencillamente, no tiene en modo alguno carácter negocial (ROCA SASTRE *Derecho Hipotecario II* p 106; véase también DIEZ PICAZO *Fundamentos II* p 662). Sería un grave error calificarla de contrato o acuerdo real causal; figura ésta que, como ya hemos dicho, no sería sino un añadido, superfluo desde el punto de vista lógico y generador de complicaciones prácticas no compensadas por su escasa utilidad, a la voluntad común ya integrante del contrato de transmisión o gravamen (de función o finalidad traslativa, si se prefiere) de que se trate. A la tradición, acto de por sí incoloro, lo colorea la *iusta causa traditionis* a la que responde; no es precisa al efecto una concomitante voluntad común de las partes de adquirir y transmitir (*contra*, expresando ideas que han venido siendo moneda corriente en nuestra doctrina, CASTAN-GARCIA CANTERO *Derecho Civil II-1.º* pp 302 s).

Valga lo anterior como refutación del intento de apoyar la existencia de un contrato unitario y autónomo de cesión de créditos en nuestro Derecho sobre la idea de que la cesión de créditos cumple respecto de los contratos obligatorios que tienen a los créditos por objeto, el mismo papel que cumple la tradición respecto de los contratos obligatorios que tienen por objeto cosas corporales (CASTAN-GARCIA CANTERO *Derecho Civil III* p 338, ESPIN *Manual III* p 232; poco claro ALBALADEJO *Derecho Civil II-1.º* pp 349 s; *contra* MADRIDEJOS RDN 1961, pp 383 s, LACRUZ *Elementos II-1.º* pp 296 s, NAVARRO *Cesión* p 41). Idea que yo considero completamente errónea.

Parece, pues, lo más sensato unirse a aquellos que opinan que, de la misma forma que no existe un unitario y autónomo negocio jurídico de transmisión de la propiedad y demás derechos reales (ni

abstracto ni causal), no existe tampoco un negocio jurídico unitario y autónomo de cesión de créditos. Que la cesión del crédito (*Forderungsübertragung*) no es otra cosa que el efecto jurídico común a toda una serie de contratos distintos entre sí —compraventa de créditos, donación de créditos, dación de créditos *pro soluto*, dación de créditos *pro solvendo*, etc.— que tienen por objeto derechos de crédito (MINERVINI *Sconto* pp 28 s, FRANCESCHELLI *Appunti* pp 4 ss, CARRARO *Riv dir civ* 1957 I pp 118 s, PAVONE LA ROSA BBTC 1959 II p 536, CICALA *Cessione del contratto* pp 133 ss, RUBINO *Compravendita* p 228, PERLINGERI *Cessione* pp 32 ss, PANZARINI *Sconto* p 328 nt 504, DOLMETTA-PORTALE BBTC 1985 I pp 258 s; ésta es entre nosotros la postura de MADRIDEJOS RDN 1961 p 384, NAVARRO *Cesión* pp 37 s, 41 s, y a lo que parece de LACRUZ *Elementos* II-1.º pp 297 s). La única manera posible de configurar la cesión de créditos como un tipo contractual unitario y autónomo en el seno de un ordenamiento «causalista» como el nuestro es acudir a la categoría de los negocios o contratos con causa plural, variable, fungible o genérica (DE CASTRO *Negocio jurídico* pp 291 ss). La causa de contrato que nos ocupa consistiría en un elemento constante —la función de transferencia del derecho de crédito—, pero insuficiente por sí solo y que debe, por tanto, ser integrado por un elemento variable: la específica función o finalidad a la que en cada caso la transmisión del crédito responda (PANUCCIO *Cessione volontaria* pp 19 ss, *Cessione* pp 849 s; también MANCINI *Cessione* pp 379 ss, 383 y entre nosotros DIEZ PICAZO *Fundamentos* pp 802 s).

Debe rechazarse sin paliativos la calificación de la cesión de créditos como negocio abstracto (MADRIDEJOS RDN 1961, pp 382 s, DIEZ PICAZO *Fundamentos* I p 803, LACRUZ *Elementos* II-1.º pp 297 nt 8, NAVARRO *Cesión* pp 38 s, MINERVINI *Sconto* pp 19 ss, PANUCCIO *Cessione volontaria* pp 15 ss, *Cessione* pp 849 s, CICALA *Cessione del contratto* pp 130 ss, PERLINGERI *Cessione* pp 29 ss, DOLMETTA-PORTALE BBTC 1985 I p 258, MANCINI *Cessione* pp 381 ss; véase en cambio SOTGIA *Cessione* pp 156 s). Conviene advertir, sin embargo, como ya lo hiciera PANUCCIO *Cessione volontaria* p 18, que algunos de los autores que así la califican no emplean el adjetivo «abstracto» en su sentido propio (*cf* por ejemplo CASTAN-GARCIA CANTERO *Derecho Civil* III p 338).

Convencido como estoy, empero, de que entre una y otra posición existe una pura querrela terminológica sin consecuencia práctica alguna (RUBINO *Compravendita* p 228 nt 228-*bis*), dejo aquí la cuestión. Si en adelante hablaré de la cesión de créditos como si se tratase de un contrato unitario y autónomo (con causa genérica), no es en modo alguno porque esté convencido de que sea así en realidad —confieso que me atrae mucho más la simplicidad técnica de la postura contraria— sino por una pura razón de comodidad expositiva.

II. Negado el carácter abstracto de la cesión de créditos, habrá de resultar obvio que no cabe en nuestro Derecho una cesión plena de un crédito, por más que las partes estén de acuerdo en que la plena titularidad del mismo se transmita de la una a la otra, si no existe *causa suficiente* para que una tal transmisión se produzca; que no son admisibles en nuestro Derecho las cesiones fiduciarias (así para el Derecho italiano, CARIOTA-FERRARA *Negozi fiduciari* p 176, RUBINO *Negocio indirecto* pp 177 s, PANUCCIO *Cessione volontaria* p 20 nt 29).

2.1. A diferencia de lo que ocurre en el Derecho alemán, no cabe entre nosotros la figura de la cesión de créditos con finalidad de cobro (*Inkassozeession*: SCHEYHING *Sukzessionen* § 11 II, III, MünchKomm-ROTH § 398 RdNr 30 ss PALANDT-HEINRICHS § 398 Anm 7). Entiéndase bien lo que quiero decir: si la función económica que las partes quieren conseguir con la «cesión» es la de gestión de cobro del crédito en cuestión, por más que manifiesten su concorde voluntad de que, a los efectos de terceros, se transmita plenamente de uno a la otra la titularidad del derecho de crédito, tal transmisión no se producirá. El «cedente» seguirá siendo a todos los efectos único y verdadero acreedor. La «cesión» no producirá otra consecuencia jurídica que la de legitimar al «cesionario» para hacer valer el crédito, para exigir al deudor la prestación *en nombre propio*.

Como la *Einziehungsermächtigung* del Derecho alemán (STAUDINGER-DILCHER Vorbem 66 ss zu § 164, LARENZ SchuldR I § 34 V c, SCHEYHING *Sukzessionen* § 11 IV, GERNHUBER *Erfüllung* § 24, ESSER-SCHMIDT SchuldR I § 37 I 5 c, MünchKomm-THIELE § 185 RdNr 38 ss, MünchKomm-ROTH § 398 RdNR 33 ss, PALANDT-HEINRICHS § 398 Anm 8). Mucho ha discutido la doctrina alemana sobre cuál sea el soporte normativo, si alguno, de esta figura, terminando muchos por fundar su admisibilidad en el Derecho judicial o consuetudinario (además de los citados, RÜSSMANN JuS 1972 pp 169 ss). Creo que entre nosotros la cosa es mucho más sencilla.

Por un lado, contemplando las relaciones entre el titular del crédito y el autorizado para su cobro en nombre propio, basta acudir a los preceptos relativos al mandato o la comisión para encontrar el soporte normativo buscado. Porque estoy convencido de que, si bien es cierto que no todo mandato o comisión está acompañado de «poder», si por tal se entiende «el título de legitimación conferido a una persona para que pueda actuar *en nombre* de otra» (DE CASTRO *Temas* p 120), también lo es que en nuestro Derecho, a diferencia de lo que sucede en el Derecho alemán, resulta inherente a todo mandato o comisión la facultad del mandatario o comisionista de afectar de *manera inmediata*, en los límites del acto o negocio encomendado, a la esfera jurídico-patrimonial del mandante o comitente; si a la situación que confiere una tal facultad la llamásemos «poder» («autorización» en sentido amplio la llama DIEZ PICAZO *Representación* p 129) cabría afirmar que no existe en el Derecho español «separación» entre mandato/comisión y apoderamiento; que no es sólo que no sea éste un negocio jurídico abstracto (DE CASTRO *Temas* pp 121 ss, DIEZ PICAZO *Representación* pp 138 ss), sino que no existe como negocio jurídi-

co unitario y autónomo, independiente de los diferentes negocios de gestión de asuntos ajenos [pese a algunos errores serios, caminó en la dirección correcta GONZALEZ ENRIQUEZ *Rev Int Not* 46-47 (1960) pp 83 ss; *contra* DE LA CAMARA *Estudios* pp 39 ss] Aunque sin aceptar de manera expresa y tajante lo anterior —la sombra de Laband es alargada—, se impone cada vez más en nuestra doctrina la idea de que la llamada representación indirecta o mediata es una verdadera representación en la que la actividad del representante produce directamente efectos jurídicos en la esfera patrimonial del representado (ALBALADEJO *Derecho Civil* I-2.º pp 426 ss, DIEZ PICAZO *Representación* pp 45 ss, 264 ss, GULLON *Homenaje a Castro* I pp 759 ss, LACRUZ *Elementos* I-3.º pp 297, 339 s; *contra* DE LA CAMARA *Estudios* pp 75 ss).

Y por otro lado, contemplado las relaciones entre el autorizado para el cobro en nombre propio y el deudor (¿por qué está éste obligado a pagar a aquél?), habrá que convenir que todo mandato o comisión de cobranza *nomine proprio* implica una delegación al deudor para que se libere pagando al mandatario o comitente; *delegatio solvendi* ésta, a la que el deudor *debe hacer honor*, pues nada podría haber objetado a la plena cesión por el acreedor del crédito en cuestión (*cfr* ENNECCERUS-LEHMANN *Derecho de Obligaciones* § 80 III 2). Por fortuna no existe en nuestro Derecho ningún precepto como el § 787 II BGB: «El delegado no está obligado frente al delegante a la aceptación de la delegación o a la prestación al delegatario, por la sola circunstancia de que él sea deudor del delegante» (se comprende bien la extrañeza de SCHLESSINGER *Pagamento* pp 24 nt 29, 68 nt 36 ante el hecho de que la doctrina alemana favorable a la admisibilidad del *Einziehungsermächtigung* no se preocupara de coordinar tal afirmación con el § 787 II BGB) o como el artículo 1.269 II CC italiano: «El tercero delegado para efectuar el pago no está obligado a efectuar el encargo, aunque sea deudor del delegante. Se exceptúan los usos en contrario» (en sentido opuesto, p.e., art 468 II CO suizo). E incluso podría tratar de apoyarse lo aquí defendido en el artículo 1.162 CC: «El pago *deberá* hacerse a la persona en cuyo favor estuviere constituida la obligación, o a otra autorizada para recibirla en su nombre», habida cuenta que de la glosa de García Goyena a su antecedente en el Proyecto de 1851 (art 1.101) se deduce con claridad que se contemplaron con la frase subrayada los casos de «delegación o mandato del mismo acreedor, cuando manda que se pague a otro».

Por lo demás, si en el Derecho alemán, en el que —además del § 787 II BGB— existe una radical diferenciación entre representación inmediata y representación mediata, por principio sin eficacia directa esta última (por todos, STAUDINGER-DILCHER *Vorbem* 42 s zu § 164, MünchKommTHIELE *Vor* § 164 *RdNr* 14 s), la opinión dominante admite la figura de la *Einziehungsermächtigung* (también la *Verfügungsermächtigung* con base en el § 185 BGB; no, en cambio, la *Erwerbs*— ni la *Verpflichtungsermächtigung*: FLUME *Rechtsgeschäft* § 57, STAUDINGER-DILCHER *Vorbem* 69 ss zu § 164, MünchKomm-THIELE § 185 *RdNr* 42 ss), carecería de buen sentido no admitirla en el Derecho español, en el que, precisamente porque el «dogma de la causalidad» hace imposible admitir la figura de la *Inkassozeession*, resulta aquella mucho más necesaria en la práctica.

Manifiesto, en fin, mi pleno acuerdo con el cada vez más nutrido sector de la doctrina alemana que, contra la opinión del BGHZ, niega que sea preciso que el *Ermächtigte* tenga un interés propio en la realización del crédito para que pueda hacerlo valer judicialmente [además de la litera-

tura anteriormente citada, RÜSSMANN AcP 172 (1972) pp 520 ss]. Sin perjuicio, naturalmente, de la entrada en juego de los artículos 6.º 4 CC y 11.2 LOPJ, cuando pretenda utilizarse la figura analizada para obtener fraudulentamente ventajas procesales.

Salvo pacto en contrario, que tendrá la eficacia propia de los pactos de irrevocabilidad de los mandatos (por todos, DE LA CAMARA *Estudios* pp 191 ss), el «cedente» con finalidad de cobranza podrá revocar la «cesión» a voluntad (arts 1.733 CC, 279 CCom) y hacer valer el crédito por sí mismo; pero el deudor que, pese a la revocación, pague de buena fe a quien todavía cree «cesionario» quedará liberado (arts 1.164, 1.734 CC). En caso de embargo del crédito por los acreedores del «cesionario», dispondrá el «cedente» de la acción de tercería de dominio (arts 1.532 ss LEC); en caso de quiebra del «cesionario», de la *separatio ex iure dominii* (art 908 CCom). El embargo del crédito por los acreedores del «cedente» será plenamente eficaz y carecerá el «cesionario» de acción de tercería alguna; la quiebra del «cedente» extinguirá la «cesión» (art 1.732.3.º CC), el crédito se incorporará a la masa de la quiebra, y el «cesionario» carecerá de derecho de separación alguno. Por principio —pues cabe extender o restringir por pacto las facultades del «cesionario» (permitirle descontar el crédito; no permitirle hacerlo valer judicialmente...)— el «cesionario» no está legitimado para disponer del crédito «cedido». Una cesión suya a tercero será, como regla, inhábil para hacerle adquirir el crédito. Excepción: con base en la doctrina de los actos propios (art 7.1 CC), cabe afirmar que adquirirá la titularidad del crédito *a non domino* quien se lo haya comprado, aceptado *pro soluto*, etc. al «cesionario», creyendo de buena fe que era su verdadero titular por haber confiado en una *situación objetiva de apariencia* cuya creación sea *imputable al «cedente»* (p.e., éste documentó la «cesión» en escritura pública sin expresión de su finalidad de cobro y puso en posesión del «cesionario» los títulos probatorios del crédito «cedido»; índices de la titularidad del «cesionario» éstos, en los que confió *de buena fe* quien adquirió de él el crédito *a título oneroso*). Sobre si el cesionario puede delegar su encomienda o emplear dependientes al efecto, artículos 1.721 s CC, 261 s CCom. El deudor podrá oponer al «cesionario» todas las excepciones que pudiera alegar contra el «cedente» (*cf* art 21 II LCCh), aun las fundadas con posterioridad a la «cesión», o al momento en que el deudor hubiese tenido conocimiento de ella: en concreto, podrá oponerle la compensación de un crédito que haya adquirido contra el «cedente» con posterioridad al momento en que tuvo conocimiento de la «cesión» (*comp* art 1.198 III CC). Podrá oponerle también excepciones derivadas de la relación interna entre «cedente» y «cesionario». Pero no excepciones derivadas de sus propias relaciones jurídicas con el «cesionario»: en concreto, el deudor no podrá oponer al «cesionario» la compensación de

un crédito que tenga contra él (art 1.195 CC). En caso de incumplimiento por parte del deudor, la cuantía de la indemnización de daños y perjuicios habrá de calcularse con arreglo al interés del «cedente» (*comp infra* apartado X *in fine*). Que es, por supuesto, caso de proceder el crédito «cedido» de una relación obligatoria sinalagmática, a quien corresponderá en exclusiva decidir sobre la resolución o no de la misma por incumplimiento del deudor «cedido» (*comp infra* subapartado 8.1).

Para todo lo anterior, me remito a la literatura alemana ya citada sobre la *Einziehungsermächtigung*. Si el lector se molesta en leer también la mencionada sobre la *Inkassozeession* [adde SEETZEN AcP 169 (1969) pp 355, 357, 366, SCHWENZER AcP 182 (1982) pp 236 ss, 241, 244], comprobará como la doctrina y jurisprudencia alemanas han terminado por ofrecer para ella un régimen muy semejante al que acabamos de exponer. Con dos diferencias: eficacia, como regla, de los actos de disposición del crédito por el cesionario, y no revocabilidad de la cesión a voluntad del cedente. Dos diferencias, a mi juicio, nada recomendables.

2.2. En el Derecho alemán, en el que impera el «dogma de la abstracción», cabe perfectamente la cesión *plena* de un crédito con finalidad de garantía (*Sicherungszession*: LARENZ SchuldR I § 34 V a, SCHEYHING *Sukzessionen* § 11 I, ESSER-SCHMIDT SchuldR I § 37 I 5 a, BAUR SachenR § 58, MünchKomm-ROTH § 398 RdNr 74 ss, PALANDT-HEINRICHS § 398 Anm 6). No es así en el Derecho español.

Por lo que respecta a los Derechos francés y belga, la doctrina se encuentra dividida: DELVAUX *Mobilisation* pp 539 ss, VAN OMMESLAGHE *Transmission* p 90, PARDON *Transmission* pp 387 ss, FONTAINE *Transmission* pp 656 s. Lo mismo cabe decir de la moderna doctrina italiana, ante una jurisprudencia favorable a la admisión de la figura: referencias en PANZARINI *Sconto* pp 123 ss nts 228 ss, DOLMETTA-PORTALE BBTC 1985 I pp 278 ss; a favor, recientemente, PERLINGERI *Cessione* pp 37 ss, PANZARINI *Sconto* p 125 nt 230 y poco claro MANCINI *Cessione* pp 384 s. Conviene advertir, para evitar confusiones, que si bien es verdad que nuestros juristas citan entre las clases de cesiones de créditos las fiduciarias en garantía (DIEZ PICAZO *Fundamentos* I p 803, LACRUZ *Elementos* II-1.º p 297), también lo es que, tras DE CASTRO *Negocio jurídico* pp 379 ss, ningún jurista español de prestigio ha defendido la admisibilidad en nuestro Derecho de los negocios fiduciarios, según los concibe la llamada «teoría del doble efecto».

Si la finalidad económica de las partes pretenden conseguir con la «cesión» es la de garantía de un crédito del «cesionario» contra el «cedente» (o, menos frecuente, contra un tercero), por más que manifiesten su concorde voluntad de que, a los efectos de terceros, se transmita plenamente de uno a otro la titularidad del derecho de crédito, tal transmisión plena no se producirá. Quedará constituida

simplemente una, así llamada, «prenda de crédito». Esto es, de acuerdo con la tesis hoy dominante en materia de «derechos sobre derechos» (por todos, LARENZ AT § 13 II 10 y entre nosotros DE CASTRO *Derecho Civil I* pp 595 ss), se producirá un desgajamiento y transmisión al «cesionario» de determinadas facultades integrantes del crédito «cedido», cuyo contenido quedará distribuido entre «cedente» y «cesionario» de la forma que más adelante veremos. No tendrá lugar una sucesión ordinaria en el crédito, sino una, así llamada, «sucesión constitutiva» (VON TUHR *Tratado* p 325 nt 2)

El BGB contempla y regula con detalle la prenda de créditos (§§ 1279 ss). Requisito de eficacia de la misma, en los supuestos de créditos ordinarios (transmisibles por simple contrato de cesión), es la notificación de la prenda al deudor por parte del acreedor del crédito pignorado (§ 1280). Pues bien, es moneda corriente entre los autores alemanes la observación de que la falta de empleo de esta figura y su sustitución en la práctica por la *Sicherungszession* se ha debido en importante medida a la exigencia de tal requisito para la eficacia de aquélla, que ésta no precisa. Porque el cumplimiento del requisito de la notificación produce molestias a los clientes y puede resultar perjudicial para el crédito de los pignorantes —una *stille Sicherungszession* es posible (por todos, MünchKomm-ROTH § 398 RdNr 12 s, 37) pero no una *stille Verpfändung von Forderungen*— y porque no cabe la pignoración anticipada de créditos futuros, la identidad de cuyo deudor es aún desconocida (WOLFF-RAISER *Derecho de Cosas* § 175 nts 7, 16, § 179 I, II 3, STAUDINGER-RIEDEL-WIEGAND *Vorbem 1 zu §§ 1273 ss, § 1273 Rz 15, § 1279 Rz 2, BAUR § 58 I 1 a, MünchKomm-ROTH / 198 RdNr 78, MunchKomm-DAMRAU Vor § 1204 RdNR 5, WOLF SachenR § 30 V).*

También el artículo 2.800 CC italiano dispone que la prenda de créditos no tiene lugar, sino cuando su constitución ha sido notificada al deudor del crédito dado en prenda o ha sido aceptada por éste por escrito de fecha cierta. Puede comprenderse entonces que se haya sentido la necesidad práctica de admitir la figura de la cesión en garantía (MANCINI *Cessione* p 384). Peor aún están las cosas en los Derechos francés y belga. No sólo rige para la prenda de créditos un artículo paralelo al citado del Código italiano (art 2.075 CC), sino la jurisprudencia, pese a las críticas de la doctrina, se ha empeñado en aplicar a dicha figura el artículo 2.076 CC, en el sentido de considerar requisito constitutivo de la prenda la entrega al acreedor prendario del título en que el crédito conste; de donde la imposibilidad de dar en prenda los créditos no documentados (GROSLIERE *Gage* nn 171 ss, DELVAUX *Mobilisation* pp 520 ss).

Si se repasa la literatura española sobre la prenda de créditos (ROSENDE RCDI 1927 pp 561 ss, 642 ss, DIEZ PASTOR RCDI 1930 pp 447 ss, CAPO BONAFUS RCDI 1931 pp 282 ss, DE CASTRO *Derecho Civil* pp 598 s, GULLON *Subhipoteca* pp 36 ss, GUILARTE *Comentarios XXIII* pp 413 s, PEÑA *Derechos Reales* p 379 s) podrá constatarse práctica unanimidad en el sentido de que la notificación de la misma al deudor es también en nuestro Derecho requisito constitutivo de la prenda de créditos. Si ello fuera cierto, cabría plantearse la cuestión de hasta qué punto las necesidades del tráfico exigen de la doctrina y la jurisprudencia un esfuerzo en favor de la admisibilidad de las cesiones (plenas) de créditos en garantía. Pero yo creo que no lo es.

Escribió DE CASTRO: «La prenda de crédito no está reconocida, en general, en nuestro Derecho, seguramente, para evitar las dificultades técnicas que produce, y regula sólo la prenda de valores (arts 1.864 y 1.868 CC, 320-324 CCom), por ser sus títulos susceptibles de posesión. La prenda de un simple crédito, en otros casos, podrá tener eficacia en el Derecho español, mediante el mecanismo de la cesión, comunicada al deudor (art 1.527 CC), que conste en instrumento público (art 1.865), creando una legitimación útil en garantía en favor del acreedor prendario». Estoy plenamente de acuerdo en que, dejando a un lado la prenda de valores —a la que, en efecto, hay que entender se refiere, junto al art 1.872 *in fine*, el art 1.868—, la prenda de crédito no está contemplada en los artículos 1.863 ss CC: el artículo 1.864 termina con las palabras «con tal de que sean susceptibles de posesión», que no se encontraban en el artículo 1.772 del Proyecto de 1851 («Solamente pueden darse en prenda los bienes muebles»), y ha desaparecido la referencia a la prenda de crédito titulado en escritura pública o inscripción nominativa del artículo 1.774 II del citado Proyecto. Estoy también plenamente de acuerdo en que el régimen jurídico de la prenda de créditos ha de extraerse, por analogía, de las normas relativas a la cesión de créditos y de las relativas a la prenda (así también VON TUHR *Tratado* p 327). Pero me parece indudable —lo argumentaré con detalle en los apartados III y IV de este trabajo— que la notificación de la misma al deudor cedido no es requisito de eficacia de la cesión de créditos, ni *inter partes* ni frente a terceros, incluido el propio deudor. Cuestión distinta es que, si paga de buena fe al cedente, resulte liberado (art 1.527 CC); no por haber pagado a quien todavía era su acreedor, sino pese a haber pagado a quien sólo era ya acreedor aparente (*cf* art 1.164 CC). Y me parece indudable, por tanto, que la notificación al deudor de la pignoración del crédito existente contra él no es requisito de eficacia de la prenda, ni *inter partes* ni frente a terceros, deudor incluido (igual para el Derecho suizo VON TUHR *Tratado* p 328). Quien, eso sí, quedará liberado si, por no haber tenido conocimiento de la pignoración, paga de buena fe al acreedor del crédito dado en prenda, pese a no ser éste ya el exclusivo titular del crédito (art 1.527 CC por analogía).

Ningún obstáculo existe pues en nuestro Derecho frente a una prenda de crédito «secreta» (*stille*), ni frente a la pignoración anticipada de créditos futuros en su máxima amplitud: aunque no se haya celebrado todavía el contrato generador del crédito, ni sea conocida la identidad del futuro deudor (*comp* STAUDINGER-RIEDEL-WIEGAND § 1273 Rz 14 s, MünchKomm-DAMRAU § 1273 RdNr 4, GROSLIERE *Gage* nn 161 ss). En este último caso, la prenda sólo quedará constituida cuando el crédito llegue efectivamente a nacer. Si el pignorante cae antes en quiebra, únicamente si en la fecha de ésta el contrato generador del crédito en cuestión ya había sido celebrado (STAUDINGER-RIEDEL-WIEGAND § 1273 Rz 16).

Que para que la prenda de créditos pueda resultar probada en contra de terceros (otros acreedores del acreedor del crédito pignorado; ulterior cesionario o acreedor prendario) sea preciso que conste en un documento de fecha cierta anterior, es indudable. Puede dudarse, en cambio, si cabe que se trate de un documento privado (*arg* art 1.526 I CC), o debe tratarse necesariamente de un instrumento público (*arg* art 1.865 CC). Me inclino por la primera postura. Por un lado, porque es la que menos se separa del principio general de libre valoración de las pruebas. Y por otro, porque el artículo 1.865 —un precepto, por cierto, muy difícil de entender dentro del sistema de nuestro Derecho: ¿por qué no basta la «publicidad» que

supone el traslado posesorio (art 1.863 CC)?— procede del artículo 1.774 I del Proyecto de 1851, que rezaba así: «El derecho de prenda, sea cualquiera la cantidad de la obligación principal, no surtirá efecto contra tercero, si no consta en instrumento público o privado, cuya fecha sea cierta, con arreglo al artículo 1.209» (el art 1.209 del Proyecto fue el antecedente del actual 1.227 CC). Lo que ciertamente no es un argumento a favor, sino quizás todo lo contrario, para admitir por analogía el documento privado del artículo 1.227 a los efectos del artículo 1.865 (aunque no ha faltado polémica al respecto: GUILARTE *Comentarios XXIII* pp 422 s). Pero que sí debe serlo para, en la duda sobre si aplicar analógicamente a la prenda de créditos el artículo 1.526 I o el 1.865 CC, decidirse por el primero de ellos.

En nuestro Derecho —al igual que en el francés (art 2.081 CC) o en el italiano (arts 2.802, 2.791 CC)— la prenda de créditos es, salvo pacto en contrario, *anticrética* (art 1.868 CC por analogía); no es ya que la prenda se extienda a los intereses del crédito pignorado (como en el § 1.289 BGB), sino que es el acreedor prendario el exclusivo titular de las pretensiones para reclamarlos y hacerlos suyos, bien que se imputarán, en primer lugar, al pago de los intereses del crédito garantizado, y si nos los produce o en cuanto excedan, al pago del capital del mismo (*cfr* art 1.173 CC). La reclamación al deudor de los intereses que vayan devengándose no es sólo un derecho, sino también un deber del acreedor prendario, de cuyo incumplimiento habrá de responder, por ejemplo, si por su culpa los intereses prescriben (GROSLIERE *Gage* n 182, GORLA *Pegno* p 129).

Respecto del capital del crédito pignorado, se crea una especial cotitularidad entre el acreedor pignoraticio y el del crédito dado en prenda. Con el artículo 507 CC en la mano, parece que dicho capital sólo podrá ser reclamado al deudor por ambos conjuntamente, o por uno con el consentimiento del otro, o con autorización judicial en su defecto. Por aplicación de la jurisprudencia relativa al ejercicio por los comuneros de acciones en interés de comunidad (por todos, MIQUEL *Comentarios V-2.º* pp 81 ss), podrá seguramente sostenerse que, a falta de oposición por parte del otro, cualquiera de los dos estará legitimado para reclamar al deudor el capital para ambos conjuntamente. Realizada por el deudor la prestación, el acreedor del crédito dado en prenda adquirirá la propiedad del bien entregado y el acreedor pignoraticio el derecho de prenda (o de anticresis, si se trata de un inmueble) sobre el mismo. Si se trata de dinero, deberá ponerse a interés en la forma decidida conjuntamente por ambos o, en caso de desacuerdo, por la autoridad judicial (art 507 II por analogía). El artículo 2.803 CC italiano concede en exclusiva al acreedor pignoraticio el derecho-deber de realizar a su vencimiento el crédito recibido en prenda. No creo que pueda llegarse a una solución igual en nuestro Derecho (*contra* GULLON *Subhipoteca* pp 48 ss). El intento de argumentar que sí con base en la figura del usufructuario del artículo 507 CC que haya prestado la fianza correspondiente, conduciría a la absurda conclusión de que el acreedor prendario podría dar al capital cobrado el destino que estimase conveniente (*cfr* art 507 II *pr*). No parece posible siquiera llegar a la solución del § 1282 I BGB de atribuir la exclusiva legitimación para el cobro del crédito al acreedor pignoraticio (si se trata de un crédito de dinero, sólo en la medida necesaria para su satisfacción), desde el momento en que el crédito garantizado resulte vencido e impagado (de distinta opinión DIEZ PASTOR RCDI 1930 pp 453 s, CASTAN-MARIN PEREZ *Derecho Civil II-2.º* pp 497 s, ALBALADEJO *Derecho Civil III-2.º* p 255; *contra* GULLON *Subhipoteca* pp 54 ss).

Pero —nótese bien— *salvo pacto en contrario*. En el momento de cele-

brar el contrato de prenda del crédito, las partes pueden convenir, por ejemplo, que será el acreedor del crédito pignorado el único legitimado para reclamar su cobro al deudor. Se trataría de una prenda de crédito «secreta» (*stille*), en la que la autorización de cobro, por cuanto integrante del ensamblaje global del contrato de garantía, sería irrevocable, aunque se extinguiría de pleno derecho en el momento en que estuviesen en peligro los intereses del acreedor pignoraticio (*cfr* MünchKomm-ROTH 398 RdNr 37). O pueden convenir, por el contrario, que la realización del crédito pignorado corresponderá al acreedor pignoraticio, aunque su crédito no haya vencido todavía, quien retendrá la prestación del deudor en la parte necesaria para cubrir la deuda garantizada (*cfr* STAUDINGER-RIEDEL-WIEGAND § 1257 Rz 22, § 1281 Rz 7, MünchKomm-DAMRAU § 1284 RdNr 1, GROSLIERE *Gage* n 184, WEILL *Sûretés* p 98 nt 2). Facultad de cobranza ésta también irrevocable, en cuanto integrada en la estructura del contrato de prenda (VON TUHR *Tratado* p 330); y que conlleva para el acreedor pignoraticio un deber de conservación (no prescripción, mantenimiento de garantías y privilegios) y cobro ordenado del crédito pignorado (art 1.867 CC por analogía; *cfr* también § 1285 II BGB, art 2802 *in fine* CC italiano).

Resulta obvio que, una vez constituida la prenda, la remisión, el aplazamiento, o cualquier otro negocio relativo a la existencia o efectividad del crédito pignorado, sólo pueden llevarse a cabo por el acreedor del mismo con el consentimiento del acreedor pignoraticio, cuyo derecho concurrente sobre el crédito no puede quedar menoscabado sin su voluntad (VON TUHR *Tratado* p 329). De la *ratio* del artículo 1.527 CC, sin embargo, se deduce con claridad que el deudor podrá hacer valer tales negocios contra el acreedor pignoraticio no consentidor, si, por no haber tenido conocimiento de la pignoración, los realizó de buena fe con quien creía su exclusivo acreedor (VON TUHR *Tratado* p 330). El acreedor del crédito dado en prenda puede, eso sí, cederlo o volver a pignorarle libremente. Nada de ello podrá perjudicar la situación jurídica del (primer) acreedor pignoraticio, salvo que haya cometido la imprudencia de no proveerse de un documento de fecha cierta en que conste su derecho (arts 1.526 I, 1865 CC).

Es indudable que, por principio, el acreedor pignoraticio no está legitimado para realizar actos de disposición sobre el crédito dado en prenda. Ahora bien, tratándose, como de ordinario, de créditos de dinero, ¿cabría un pacto entre aquél y el acreedor del crédito dado en prenda en el sentido de que, resultando incumplido el crédito garantizado, el acreedor pignoraticio devendría (*pro soluto* o *pro solvendo*) titular exclusivo del crédito pignorado en la medida necesaria para su satisfacción? A mi juicio, sí [La doctrina y jurisprudencia francesas parecen ir incluso más lejos, afirmando con carácter general que los pactos comisorios no están prohibidos cuando se trata de prenda de créditos: GROSLIERE *Gage* nn 138, 184, 191, WEILL *Sûretés* pp 96, 98; dirección en la que se mueve en Italia PERLINGERI *Cessione* pp 40 ss. En la doctrina alemana, STAUDINGER-RIEDEL-WIEGAND § 1284 Rz 3, MünchKomm-DAMRAU 1284 RdNr 2. Entre nosotros, un apunte en GULLON *Subhipoteca* p 56]. No cabrá ninguna duda, para quien acepte que la prohibición del pacto comisorio (art 1.859 CC) no incluye el llamado «pacto marciano»: convenio según el cual, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, el bien constituido en garantía se transferirá al acreedor garantizado, pero quedando obligado éste a abonar a su deudor una suma igual a la diferencia entre el valor del bien, calculado de forma exquisitamente objetiva, y la cuantía del debito impagado (ALBALADEJO *Derecho Civil* III-2.º p 233,

GUILARTE *Comentarios XXIII* pp 370 s, BIANCA *Patto commissorio* p 718, CARNEVALI *Patto commissorio* p 505, ROPPO *Responsabilità* p 437). Pero aún quien no comparta lo anterior (WOLFF-RAISER *Derecho de Cosas* § 165 I 4, STAUDINGER-WIEGAND § 1229 Rz 7), tendrá que reconocer que —tratándose, insisto, de créditos de dinero— el supuesto analizado no es más peligroso para el acreedor del crédito dado en prenda, que una prenda regular de dinero —en la que, incumplida la obligación garantizada, se permite al acreedor pignoraticio apropiarse de la suma necesaria para su satisfacción— lo es para el deudor. Admitida, pues, su licitud, es claro que, de existir un pacto como el que nos ocupa entre acreedor del crédito pignorado y acreedor pignoraticio, podrá este último, vencido e impagado que sea su crédito, no sólo reclamar por y para sí al deudor el pago del crédito pignorado (cuando venza) en la medida necesaria para su satisfacción, sino también, en la misma medida de la cuantía del crédito garantizado, cederlo a título oneroso o gratuito, condonarlo, u oponerlo en compensación frente a un crédito que el deudor tenga contra él (*comp* STAUDINGER-RIEDEL-WIEGAND § 1282 Rz 17, MünchKommDAMRAU § 1282 RdNr 6).

Al igual y por idéntica razón que ocurre en la cesión de créditos, el deudor podrá oponer al acreedor pignoraticio legitimado para el cobro todas las excepciones que tuviese ya fundadas (en el sentido de existir ya su fundamento jurídico en la relación obligatoria fuente del crédito pignorado) contra su acreedor en el momento de constitución de la prenda. También, como ya hemos indicado, el pago, la condonación, el aplazamiento, o cualquier otro negocio jurídico relativo a la existencia o efectividad del crédito pignorado, realizado con quien creía su exclusivo acreedor, por no haberle sido notificada la constitución de la prenda. Y si no ha consentido la pignoración, podrá oponerle también al acreedor pignoraticio la compensación de los créditos contra el acreedor del crédito pignorado anteriores a la constitución de la prenda [*cfr* STS 19 septiembre 1987, CCJC 15 (1987) pp 5023 ss, con comentario de ROJO AJURIA] y de los posteriores hasta que hubiese tenido conocimiento de la pignoración (arts 149 II LH, 1.527, 1.198 CC por analogía: *cfr* apartado XIII de este trabajo; para el Derecho suizo, VON TUHR *Tratado* pp 329 s; para el Derecho italiano, art 2805 CC y GORLA *Pegno* pp 136 ss; para el Derecho alemán § 1275 en relación con §§ 404-407 BGB, STAUDINGER-RIEDEL-WIEGAND § 1275 Rz 2 s, § 1282 Rz 2 s, § 1282 Rz 14, MünchKommDAMRAU § 1275 RdNr 2, § 1282 RdNr 7). También podrá el deudor oponer al acreedor pignoraticio excepciones relativas a la validez de la prenda (GORLA *Pegno* p 138; *contra* DOLMETTA-PORTALE BBTC 1985 I p 284 nt 100). ¿Podrá oponerle, en fin, la compensación de un crédito que tenga contra él mismo? Sin duda sí, cuando, habiéndose pactado entre acreedor del crédito pignorado y acreedor pignoraticio la cesión *pro soluto* o *pro solvendo* (de la parte necesaria) del crédito dinerario dado en prenda, condicionada suspensivamente al incumplimiento de la obligación garantizada, dicho incumplimiento se haya producido y el acreedor pignoraticio esté reclamando por derecho propio (la doctrina alemana dominante admite la compensación que nos ocupa en el supuesto del § 1282 I BGB: por todos LARENZ *SchulDR* § 18 nt 49, GERNHUBER *Erfüllung* § 13 II 2, MünchKomm-VON FELDMANN § 387 RdNr 5). Creo que no, salvo que lo acepte el acreedor del crédito pignorado, en los demás cargos (*arg* art 1.195 CC; así para el Derecho italiano GORLA *Pegno* p 138).

Ni que decir tiene que, incumplida la obligación garantizada y no vencido aún el crédito pignorado, el acreedor pignoraticio podrá hacer uso

de lo dispuesto en el artículo 1.872 CC para la realización de la prenda común (con las necesarias adaptaciones: ROSENDE RCDI 1927 p 663, GULLON *Subhipoteca* p 54 nt 80). Según lo dispuesto en el § 1282 I *in fine* BGB y en el artículo 2.804 I CC italiano, el acreedor pignoraticio insatisfecho puede exigir que el crédito dinerario dado en prenda le sea asignado en pago (poco claro si *pro soluto* o *pro solvendo*) hasta la concurrencia de su crédito. No hay norma entre nosotros que permita sostener una solución paralela; si bien —como espero habrá quedado demostrado— es posible que un resultado así se produzca de forma automática, en virtud de un pacto al efecto entre acreedor del crédito pignorado y acreedor pignoraticio.

En todo lo anterior, hemos contemplado tres personajes: acreedor pignoraticio, acreedor del crédito pignorado y deudor (también del crédito pignorado). Podría haber dos personajes más: el pignorante y el deudor del acreedor pignoraticio; pero por regla general coincidirán con el acreedor del crédito pignorado. Por otro lado, es posible que el acreedor pignoraticio coincida con el acreedor del crédito pignorado (prenda sobre crédito propio) o, mucho más frecuente, que el acreedor pignoraticio coincida con el deudor (prenda sobre deuda propia, *pignus debiti*) o, en fin, que lleguen a coincidir deudor y acreedor del crédito (WOLFF-RAISER *Derecho de cosas* § 176 nt 1, STAUDINGER-RIEDEL-WIEGAND § 1279 Rz 5 s, Münchkomm-DAMRAU § 1273 RdNr 5 y respecto de la última hipótesis, GERNHUBER *Erfüllung* § 19 6 c).

La «cesión» del crédito en garantía, si instrumentada en documento público o privado *de fecha cierta* (lo que es preciso a los efectos de poder ser probada frente a terceros; art 1526 I CC por analogía), es, sin necesidad de ulteriores requisitos, perfectamente válida y eficaz (para constituir una prenda sobre el crédito en cuestión), tanto *inter partes* como frente a terceros, deudor «cedido» incluido. Ahora bien, si por no haber tenido conocimiento de la «cesión», el deudor paga de buena fe al «cedente», quedará liberado, aunque con arreglo al contrato de garantía no fuera el «cedente» el legitimado en exclusiva para el cobro (art 1.527 CC por analogía).

Si el crédito cedido produce intereses, el «cesionario» es, salvo pacto en contrario, el exclusivo titular de las pretensiones para reclamarlos y hacerlos suyos; bien que se imputarán, en primer lugar, al pago de los intereses del crédito garantizado, y si no los produce o en cuanto excedan, al capital del mismo (art 1.868 CC por analogía). El ejercicio ordenado de tales pretensiones no es sólo un derecho, sino también un deber del «cesionario» frente al «cedente». Que esté o no legitimado el «cesionario» para cobrar por sí solo el capital del crédito «cedido», es algo que depende del contrato de garantía. Si nada se ha previsto, habrá que responder que no, si todavía no ha vencido el crédito garantizado: legitimación conjunta de «cedente» y «cesionario» (en los mismos términos que la que se produce, en materia de prenda de créditos, entre el acreedor pignoraticio y el acreedor del crédito pignorado), sin perjuicio de que el deudor quede liberado *ex* artículo 1.164 CC, si paga de buena fe sólo a este último,

por creerle su exclusivo acreedor. Pero, precisamente porque la finalidad de garantía se ha tratado de conseguir mediante una cesión plena, habrá que responder afirmativamente, estimando concedida de forma implícita la correspondiente autorización de cobranza, en la hipótesis de que la deuda garantizada haya vencido ya y resultado insatisfecha por el «cedente». Si el crédito «cedido» era de dinero, el «cesionario» podrá retener lo necesario para la satisfacción del crédito garantizado, restituyendo al «cedente» el sobrante. Si de cosa distinta del dinero, no adquirirá el «cesionario» la propiedad de la misma (*arg* arts 1859, 1884 I CC); la propiedad corresponderá directamente al «cedente», adquiriendo a su vez el «cesionario» el derecho real de prenda (si cosa mueble) o de anticresis (si bien inmueble), que podrá ejecutar de inmediato. El «cesionario» no sólo puede, sino que tiene el deber frente al «cedente» ya incumplidor de velar por la conservación (no prescripción, mantenimiento de garantías y privilegios) y cobro ordenado del crédito «cedido» (art 1.867 CC por analogía). Lo mismo habría que afirmar si en el contrato de garantía se hubiese autorizado al «cesionario» a cobrar por sí solo el crédito «cedido», aun antes del vencimiento de la deuda garantizada. Salvo que así se pacte, sin embargo, no tiene el «cesionario» el deber de únicamente exigir al «cedente» el cobro del crédito garantizado tras haber intentado sin éxito satisfacer su interés con cargo al crédito «cedido». El pacto que impusiera tal deber, por lo demás, desnaturaría la operación que nos ocupa, convirtiéndola en una cesión *pro solvendo* (*infra* 2.3).

Una vez realizada la «cesión», el «cedente» no puede llevar a cabo por sí solo, sin el consentimiento del «cesionario», la condonación, el aplazamiento, o cualquier otro negocio relativo a la existencia o efectividad del crédito «cedido». De la *ratio* del artículo 1.527 CC, sin embargo, se deduce con claridad que el deudor podrá hacer valer tales negocios contra el «cesionario» no consentidor, si, por no haber tenido conocimiento de la «cesión», los realizó de buena fe con quien creía su exclusivo acreedor. Sí puede el «cedente» vender, donar, etc. a tercero el crédito «cedido» (o volver a «cederlo» en garantía); lo que en modo alguno podrá perjudicar la situación jurídica del (primer) «cesionario», si está provisto de documento de fecha cierta en el que conste la «cesión». Si los acreedores del «cedente» embargan el crédito «cedido», dispondrá el «cesionario» de la tercería de mejor derecho (arts 1532 ss LEC), no de la tercería de dominio; en caso de quiebra del «cedente», no de una *separatio ex iure dominii*, sino *ex iure crediti*, un derecho de ejecución separada (art 918 CCom por analogía).

A no ser que el «cedente» le haya autorizado expresamente al efecto en el contrato de garantía, es indudable que, con anterioridad al vencimiento de la deuda garantizada, carece el «cesionario» de legitimación para disponer por sí solo del crédito «cedido». Una cesión

suya a tercero será inhábil para hacerle adquirir el crédito, a excepción de los supuestos de protección de los terceros de buena fe y a título oneroso, por aplicación a la conducta del «cedente», al que quepa imputar la creación de una situación objetiva de apariencia de titularidad plena y exclusiva del «cesionario», de la regla *nemo potest venire contra factum proprium* (art. 7.1 CC). Ahora bien, yo creo que es perfectamente lícito —que no vulnera la prohibición de los pactos comisorios (art. 1.859 CC)— que las partes de un contrato de prenda de crédito, tratándose, como será lo ordinario, de un crédito de dinero, pacten que, de resultar impagada a su vencimiento la deuda garantizada, el acreedor pignoraticio devendrá titular exclusivo del crédito pignorado en la medida necesaria para su satisfacción. Y creo que en el caso ahora estudiado, precisamente porque la finalidad de garantía se ha tratado de conseguir mediante una cesión plena, un pacto de ese tipo —*pro solvendo*, en concreto— debe considerarse implícito. Así pues, vencida e impagada que resulte la obligación garantizada, y en la medida que resulte necesario para su satisfacción, el «cesionario» estará legitimado, no sólo para reclamar por y para sí al deudor el pago del crédito dinerario «cedido» cuando venza, sino también, siempre en aquella medida, para cederlo a título oneroso o gratuito, condonarlo, y oponerlo en compensación frente a un crédito que el deudor «cedido» tenga contra él. Si con anterioridad al vencimiento de la deuda garantizada, los acreedores del «cesionario» embargan el crédito «cedido», dispondrá al «cedente» de la tercería de dominio; en caso de quiebra del «cesionario», de la *separatio ex iure dominii*: a fin de hacer constar que el crédito «cedido» no es de la exclusiva titularidad del «cesionario», evitando así que sea realizado como integrante de la masa de la quiebra y su producto destinado a pagar a los acreedores del «cesionario» (de la masa de la quiebra formará parte el crédito garantizado, que indudablemente lo seguirá estando por el crédito «separado», correspondiendo a los administradores de la quiebra las facultades del acreedor pignoraticio en la prenda de créditos). Si el procedimiento ejecutivo, singular o universal, se entabla una vez vencida e impagada la deuda garantizada, lo único sensato es dejarlo seguir adelante, entregando finalmente al «cedente», en su caso, el *superfluum*.

El deudor «cedido» podrá oponer al «cesionario» todas las excepciones que tuviese ya fundadas (en el sentido de existir ya su fundamento jurídico en la relación obligatoria fuente del crédito «cedido») contra el «cedente» en el momento de la «cesión». También, como ya hemos indicado, el pago, la condonación, el aplazamiento, o cualquier otro negocio relativo a la existencia o efectividad del crédito «cedido», realizado de buena fe con el «cedente», por no haber tenido previo conocimiento de la «cesión». Y si no ha consentido la «cesión», podrá oponer también al «cesionario» la compensación de los créditos contra el «cedente» anteriores al momento de la «cesión».

y de los posteriores hasta que hubiese tenido conocimiento de la misma (todo lo anterior, con base en los arts 149 II LH, 1.527, 1.198 CC, según se analizará con detalle en el apartado XIII). También podrá el deudor «cedido» oponer al «cesionario» las excepciones derivadas de la relación interna entre éste y el «cedente». En cuanto a si podrá oponerle la compensación de un crédito que tenga contra el propio «cesionario, la respuesta es sí, de reclamar éste el pago del crédito «cedido» una vez vencida e incumplida la deuda garantizada y en la medida necesaria para su satisfacción. No es otro caso (*arg* art 1.195 CC); pero nótese que en este otro caso no estará legitimado el «cesionario» para la cobranza del capital del crédito «cedido», a no ser que el «cedente» le haya autorizado al respecto.

No puede negarse al «cesionario» a quien el «cedente» no hubiera satisfecho oportunamente el crédito garantizado, la facultad de instar la enajenación del crédito «cedido» según los trámites previstos en el artículo 1.872 CC. Lo que sólo llegará a ocurrir, razonablemente, en el raro supuesto de «cesión» de un crédito no dinerario.

Si cesa la finalidad de garantía —básicamente por pago del crédito garantizado— la «cesión» deviene sin más ineficaz. No es que el «cesionario» quede obligado a retroceder el crédito al «cedente»: la «retrocesión» se produce automáticamente, sin necesidad de negocio jurídico alguno entre ambos. Lo que no ocurre porque la «cesión» haya de entenderse sometida a una tal condición resolutoria, sino simplemente en virtud del carácter necesariamente accesorio de las garantías en un sistema jurídico «causalista» como el español.

Como regla, la cuantía de la indemnización de daños y perjuicios en caso de incumplimiento por parte del deudor «cedido» habrá de calcularse con arreglo al interés del «cedente». Que será también, caso de proceder el crédito «cedido» de una relación obligatoria sinalagmática, a quien corresponderá en exclusiva decidir sobre la resolución o no de la misma por incumplimiento del deudor.

Si el lector se molesta ahora en repasar la doctrina alemana sobre la *Sicherungszession* [adde SEETZEN AcP 169 (1969) pp 355, 357, 366, PEETERS JZ 1977 p 120, SCHWENZER AcP 182 (1982) pp 236 ss, 241, 244] estará, espero, de acuerdo conmigo en que los puntos en que más claramente se diferencia el régimen jurídico de dicha figura del expuesto en el texto —mucho más amplia posibilidad de abuso por parte del cesionario en garantía, no exigida por la justa protección de los terceros; no automática retrocesión del crédito al cedente al cesar la finalidad de garantía— no incitan en verdad a importarla entre nosotros. Es significativo que la generalidad de los juristas italianos partidarios de su admisión, afirmen como axiomático que toda cesión en garantía se encuentra sometida a la condición resolutoria, con retroactividad «real», de que cese la finalidad de garantía (*cf* DOLMETTA-PORTALE BBTC 1985 I pp 277, 283, 286).

2.3. La finalidad de pago de una obligación preexistente sí es, en cambio, causa bastante para justificar la plena transmisión del cré-

dito del deudor/cedente al acreedor/cesionario. Lo que no sólo vale para la cesión *pro soluto* —en la que la transferencia del crédito es contemporánea y funcionalmente coesencial con la extinción de la obligación originaria—, sino también para la cesión *pro solvendo*, en la que la extinción de la obligación originaria no es contemporánea a la cesión (el crédito cedido y el originario coexisten en la relación que enseguida describiremos), sino que sólo se produce en el momento en que el crédito cedido haya sido realizado por el acreedor/cesionario.

Si se haya querido uno u otro tipo de cesión de créditos, es cuestión de interpretación de la voluntad de las partes. En caso de duda, habrá que decidirse por la cesión *pro solvendo*: con el apoyo normativo que pueden suponer los artículos 1.170 II, 1.204 CC, y porque no se ve ningún motivo sensato, como regla, que pudiera inducir al cesionario a considerar extinguido su primitivo crédito y cargar sobre sí el riesgo de insolvencia del deudor cedido. Argumentos ante los que ninguna fuerza puede tener la observación de que la cesión *pro solvendo* es prácticamente idéntica a una cesión *pro soluto* con garantía de solvencia del deudor cedido por parte del cedente y que, con arreglo a los artículos 1.529 I CC, 348 CCom, la garantía de la *bonitas nominis* no puede presumirse. Sobre el tema, por todos, DIEZ PICAZO *Fundamentos* I p 811, GERNHUBER *Erfüllung* § 9 I 6, MünchKomm-HEINRICHS § 364 RdNr 11, STAUDINGER-KADUK § 364 Rz 21; además artículo 1.198 II CC italiano.

Que la eficacia típica de la cesión *pro solvendo* sea plenamente traslativa del crédito en cuestión —y no sólo atributiva de la legitimación para cobrarlo como mandatario o comisionista *in rem propriam*— es hoy opinión absolutamente dominante (por todos, BACCICALUPI BBTC 1954 II pp 377 ss, KÖHLER WM 1977 pp 246 S, PERLINGERI *Cessione* pp 44 ss, GERNHUBER *Erfüllung* § 9 I 3, ZACCARIA *Prestazione* pp 198 ss, MünchKomm-HEINRICHS § 364 RdNr 11). El crédito sale del patrimonio del cedente, quien ya no podrá disponer eficazmente de él ni exigir su pago, quedando por completo al abrigo de la acción de sus acreedores; el cesionario podrá disponer de él como suyo y tendrá el derecho exclusivo de hacerlo valer contra el deudor cedido. Compárense estas consecuencias con las que resultarían de la postura de reducir la cesión *pro solvendo* a un mandato o comisión de cobranza, aunque sea irrevocable (*cf* además de los citados DOLMETTA-PORTALE BBTC 1985 I p 276 nt 72) y no quedarán dudas sobre lo razonable de la opinión mayoritaria. La eficacia plenamente traslativa del crédito típica de la cesión *pro solvendo*, distingue a esta figura de la prenda de créditos (PAVONE LA ROSA BBTC 1959 II p 538, GORLA *Pegno* p 124, PERLINGERI *Cessione* p 55) y, si se aceptan las ideas expuestas en el subpartado 2.2 de este trabajo, de la «cesión» de créditos en garantía.

Atendida la presumible voluntad de las partes, el régimen específico de la cesión *pro solvendo* puede resumirse como sigue.

El acreedor/cesionario tendrá que tratar de satisfacer su interés, en primer término, a costa del crédito cedido. «Entretanto —por utilizar las muy precisas palabras del art 1.170 III CC— la acción derivada de la obligación principal quedará en suspenso».

Digo «muy precisas palabras», porque creo que la cesión *pro solvendo* de un crédito de fecha de vencimiento posterior a la del crédito originario, no conlleva necesariamente (aunque, por supuesto, pueda pactarse que sí y en muchas ocasiones así deba entenderse) una prórroga del vencimiento de este último o un *pactum de non petendo* —lo que impediría o haría cesar la mora del deudor/cedente—, sino sólo una exclusión transitoria de la accionabilidad de la primitiva pretensión, con la consiguiente excepción en sentido procesal a disposición del deudor/cedente demandado [KÖHLER WM 1977 pp 247 ss, MEDICUS SchuldR I § 24 II 1, MünchKomm-HEINRICHS § 364 RdNr 13. Para GERNHUBER *Erfüllung* § 3 V 2 b, § 9 I 9, se trata de una excepción en sentido material, pero con el único efecto de poder denegar la pretensión y no de impedir la producción de la mora. Por la postura tradicional del *pactum de non petendo*, ESSER-SCHMIDT SchuldR I § 18 I 1, BROX Allg SchuldR RdNr 165. Entre nosotros PAZ ARES *Naturaleza jurídica* pp 227 ss, que acertadamente rechaza la idea de la entrega *pro solvendo* de una letra con vencimiento posterior al del crédito *ex causa* comporte una prórroga del vencimiento de éste, lo configura como sometido a la condición suspensiva (potestativa) del previo intento de cobro de la letra; con la conclusión, entre otras, de que no devenga intereses moratorios (p. 231)].

Sea lo anterior como fuere, es aquel «quedar en suspenso la acción» la parte del régimen jurídico propio de la cesión *pro solvendo* que, poniendo con claridad de manifiesto su finalidad típicamente solutoria, caracteriza funcionalmente dicha figura frente a la prenda de créditos y la «cesión» en garantía. No puede negarse que la cesión *pro solvendo* desempeña de hecho un papel de «garantía» o reforzamiento de los intereses del acreedor/cesionario, que cuenta tras ella con dos posibles vías alternativas de satisfacción de los mismos; que tiene ahora frente a sí a dos deudores diferentes. Pero la subordinación de la accionabilidad de la obligación primitiva al intento infructuoso de realización del crédito cedido es, cabalmente, lo contrario de lo que cabe típicamente predicar de una garantía en sentido técnico-jurídico propio: que en modo alguno obstaculiza el libre ejercicio por el acreedor de la obligación garantizada, ni le impone la realización en primer término de la garantía a fin de satisfacer su interés; realización que no se desea de antemano y que se subordina al incumplimiento de aquella obligación (CAPO BONAFUS RCDI 1931 p 291, CARIOTA-FERRARA *Negozi fiduciari* pp 177 s, RUBINO *Negocio indirecto* pp 178 ss, PAVONE LA ROSA BBTC 1959 II pp 538 ss, PERLINGERI *Cessione* pp 53 s, GERNHUBER *Erfüllung* § 9 I 7,

PANZARINI *Sconto* pp 120 ss, DOLMETTA-PORTALE BBTC 1985 I pp 275 s).

No hará falta, empero, traer aquí a colación las polémicas sobre la naturaleza jurídica del *factoring* —en concreto: en el llamado «*factoring* impropio», en el que de acuerdo con la opinión dominante existe un préstamo del *factor* al empresario, ¿cede éste a aquél los créditos en garantía de las sumas anticipadas, lo hace *pro solvendo*, o, como afirma el BGHZ, ambas cosas a la vez? (cfr SERICK BB 1976 pp 429 s, BB 1979, p. 847, CARNEVALI *Riv dir civ* 1978 I pp 331 s, MUSIELAK *Entgeltliche Geschäftsbesorgung* pp 1252 s, CANARIS *Bankvertragsrecht* p 850, ESSERWEYERS *SchuldR* II § 4 IV 4, MEDICUS *SchuldR* II § 122 III 2 b, BAUR *SachenR* § 58 I 2 e, MünchKomm-ROTH § 398 RdNR 120, PALANDT-HEINRICHS § 398 Anm 9 b)— para darse cuenta de que las fronteras entre una y otra figura serán en ocasiones muy difíciles de trazar (cfr también BIGIAVI BBTC 1958 I pp 287 ss, GRIPPO *Contrato e Impresa* 1986 pp 378 ss). Baste señalar que, en mi opinión, no es incompatible con la calificación de «cesión» en garantía para una determinada operación (si bien no se tratará de una «cesión» en garantía típica, ni el hecho de que el «cedente» haya concedido al «cesionario» una muy amplia legitimación para hacer valer y disponer del crédito o créditos «cedidos», ni que hayan convenido que las cantidades que el «cesionario» reciba del deudor o deudores «cedidos» se imputarán de manera inmediata y directa al pago del crédito o créditos «garantizados» (cfr MünchKomm-ROTH § 398 RdNr 75). Sí lo es cambio, a mi juicio, un pacto en el sentido de que el «cesionario» únicamente podrá exigir al «cedente» el pago del crédito o créditos «garantizados» tras haber intentado sin éxito satisfacer sus intereses con cargo al crédito o créditos cedidos.

Este es, en fin, el momento oportuno para hacer la observación siguiente. Con alguna frecuencia se habla de cesiones *pro soluto* y cesiones *pro solvendo* en un sentido completamente distinto al aquí empleado: para contraponer aquellas cesiones en las que el riesgo de la insolvencia del deudor cedido queda a cargo del cesionario (*pro soluto*) de aquellas en las que queda a cargo del cedente (*pro solvendo*), con independencia de la función específica a la que cada concreta cesión responda, es decir, *aunque no se trate de cesiones con específica función de pago*. Así ocurre con bastantes autores italianos que se han ocupado del contrato de *factoring* (por todos, CARNEVALI *Riv dir civ* 1978 I *passim*, CLARIZIA *Factoring* pp 325 ss, PERLINGERI *Cessione* pp 57 ss y paradigmático TRIMARCHI *Istituzioni* pp 430 s), provocando un notable barullo terminológico. Pues nos dicen que en el seno de dicha relación contractual existen cesiones *pro soluto* (para los créditos «aprobados» por el *factor*; lo que los alemanes llaman «*echten*» *Factoring*) y cesiones *pro solvendo* (para créditos no «aprobados»; «*unechten*» *Factoring*). Dejándonos luego averiguar si dichas cesiones *pro soluto* son en realidad compraventas de créditos en las que, como es típico, el cedente no garantiza la solvencia del deudor cedido, o si, por el contrario, se trata de auténticas cesiones *pro soluto*, esto es, con función de inmediato pago (del préstamo que, también en estos casos, se entendería haría el *factor* a su cliente); y si dichas cesiones *pro solvendo* son en realidad «cesiones» en garantía o, por el contrario, verdaderas cesiones *pro solvendo*, esto es, *solvendi causa*. Nótese que, desde la muy imprecisa terminología a la que venimos haciendo alusión, no es ninguna incongruencia afirmar que, en el llamado «*factoring* impropio»

pio», se trata de cesiones *pro solvendo* en garantía de las sumas anticipadas; ocurre sólo que, en una afirmación así, las palabras «*pro solvendo*» no sirven más que para confundir (GERNHUBER *Erfüllung* § 9 I 7 y MünchKomm-ROTH § 398 RdNr 75 nt 187 nos informan de que en la teoría y práctica alemanas se dan imprecisiones terminológico-conceptuales parecidas). Es preciso resistirse con dureza —concluamos así— a la vez más extendida práctica de utilizar las palabras «*pro solvendo*» como forma pedante de decir «salvo buen fin». El descuento bancario, por ejemplo, es típicamente «salvo buen fin» (no *a forfait*); pero puede discutirse si se trata de una venta del crédito con garantía de pago del mismo, o de un préstamo a cambio de una cesión del crédito *pro solvendo* (además de la monografía de PANZARINI *Sconto*, véase por ejemplo FIORENTINO *Contratti bancari* pp 166 ss, STAUDINGER-KÖHLER Vorbem 20 zu § 433).

La «suspensión» de la acción derivada de la obligación primitiva cesará, precisamente por extinción de ésta, con la realización del crédito cedido por parte del acreedor/cesionario, quien habrá satisfecho así su interés en la forma indirecta prevista en el contrato de cesión *pro solvendo*. Se ha afirmado que, si la suma obtenida con la realización del crédito excede la cuantía de la obligación originaria, el cesionario habrá de restituir el exceso al cedente por falta de título para retenerlo (BACCIGALUPI BBTC 1954 II pp 326 s, PERLINGERI *Cessione* p 49; véase también PAVONE LA ROSA BBTC 1959 II p 537; *contra*, acertadamente, ZACCARIA *Prestazione* pp 201 s). En principio, tal afirmación carece del más mínimo sentido, pues no juega en esta materia la prohibición de los pactos comisorios (GORLA *Pegno* p 125), ni se admite con carácter general la rescisión por lesión. Cuestión distinta es que las partes hayan pactado expresamente tal restitución o, lo que es lo mismo, hayan acordado que sólo una parte del crédito se cede efectivamente *pro solvendo* y que el resto se «cede» con fines de mera cobranza (*cfr* ZACCARIA *Prestazione* p 203). Si la realización del crédito se produce mediante el descuento del mismo, habrá que entender subordinada la extinción de la obligación primitiva a la condición suspensiva/resolutoria de la desaparición/realización del riesgo de regreso del descontante por impago del deudor cedido (KÖHLER WM 1977, p 251, GERNHUBER *Erfüllung* § 9 I 12, MünchKomm-HEINRICHS § 364 RdNr 14, PAZ ARES *Naturaleza jurídica* pp 236 s). La extinción será en cambio inmediata/definitiva si la realización del crédito cedido se produce por la venta del mismo a tercero sin garantía de la *bonitas nominis*.

Cesará también la «suspensión» tras un intento bastante de cobro del crédito cedido por parte del acreedor/cesionario, que resulte infructuoso. Como regla, debe entenderse que es «intento bastante» para abrir las puertas a la acción derivada de la obligación primitiva la mera reclamación extrajudicial de pago hecha al deudor cedido y desatendida por éste, sin que sea preciso proceder judicialmente contra él ni hacer previa excusión de sus bienes [KÖHLER WM 1977

p 250, GERNHUBER *Erfüllung* § 9 I 13, MünchKomm-HEINRICHS § 364 RdNr 12, MEDICUS SchuldR I § 24 II 2, PAZ ARES *Naturaleza jurídica* p 228. Otra es probablemente la solución del Derecho italiano, por cuanto la remisión del art 1.198 II al art 1.267 II CC hace pensar que se ha configurado la cesión *pro solvendo* al modo de una cesión *pro soluto* sólo que con garantía de la solvencia del deudor cedido, o sea, únicamente si *no puede pagar*, no si *no quiere*, cfr BACCIGALUPI BBTC 1954 II pp 382 s, PAVONE LA ROSA BBTC 1959 II p 539, PERLINGERI *Cessione* pp 47, 53, 54 s, PANZARINI *Sconto* pp 144 ss, 382 s nts 602 s, ZACCARIA *Prestazione* pp 206 s, 222 ss]. Naturalmente, si en dicha hipótesis el acreedor/cesionario opta por valerse del crédito originario, quedará contractualmente obligado a retroceder al deudor/cedente el crédito cedido *pro solvendo* con los correspondientes documentos probatorios (no veo razón suficiente para predicar una retrocesión automática, como parece hacer PERLINGERI *Cessione* p 49; véanse en cambio GORLA *Pegno* p 125, PANZARINI *Sconto* pp 128 s). Y parece muy razonable sostener, con apoyo normativo en la idea que late tras del art 1.308 CC, que el deudor/cedente estará legitimado para retener la prestación por él debida hasta que dicha retrocesión tenga lugar (GERNHUBER *Erfüllung* § 9 I 13 b, PAZ ARES *Naturaleza jurídica* pp 233 s).

El acreedor/cesionario ha de emplear la diligencia razonablemente exigible a fin de mantener incólume el crédito cedido —de impedir que prescriba, de conservar sus garantías y privilegios— y de realizarlo en el modo, lugar y tiempo más adecuados. Lo que no significa necesariamente reclamar su pago al deudor cedido en el instante mismo del vencimiento: del artículo 1.530 CC cabe deducir que el legislador, como regla, no considera negligente una espera al efecto de menos de un año. ¿Qué ocurrirá si a causa del negligente actuar del acreedor/cesionario el crédito cedido prescribe, pierde alguna de sus garantías o privilegios, o deviene total o parcialmente incobrable por insolvencia sobrevenida del deudor cedido? Una posible respuesta —extraída de la brillante pluma del profesor PAZ ARES *Naturaleza jurídica* pp 244 s— sería ésta: el acreedor/cesionario perderá la posibilidad de hacer valer contra el deudor/cedente el crédito originario, que habrá de reputarse extinguido. Y éste, el argumento: aplicación análoga del artículo 1.170 II CC, en cuanto expresión del principio general que prohíbe el *venire contra factum proprium* (art 7.1 CC) y que específicamente prohíbe que alguien pueda pedir de otro el restablecimiento de una situación primitiva (la situación precedente a la cesión *pro solvendo* en la que el acreedor/cesionario podía ejercitar la acción derivada de la obligación primitiva), cuando por su parte no está en condiciones de reestablecerla, devolviendo intacto el valor que se le entregó; principio —nos dice el autor citado— que reconoce expresamente el artículo 1.295 CC en materia de rescisión (cabría añadir

el art 1.078 y los arts 1.308, 1.314 CC en la aguda interpretación de DELGADO ECHEVERRÍA *Comentarios XVII-2.º* pp 341 s nt 5). Argumentación que, cuando menos si se matiza en el sentido de exigir que la imposibilidad de reestablecimiento de la situación anterior *sea imputable a quien la reclama*, posee un extraordinario poder de convicción.

La matización parece necesaria, pues la «*culpa* del acreedor» exige al fin y al cabo el artículo 1.170 II CC —aunque tras la nueva regulación de la cláusula «sin gastos» en el artículo 56 I LCCh (*cf*r PAZ ARES *Naturaleza jurídica* p 242) y visto el artículo 64 LCCh un supuesto de perjuicio de la letra no imputable al acreedor parezca prácticamente imposible— y de «*dolo o culpa*» del que pudiera ejercitar la acción de nulidad habla también el artículo 1.314 I CC. La reducción teleológica de este último precepto que realiza Delgado Echeverría —con base en el art 1.188 del Proyecto de 1851 y el comentario al mismo de García Goyena— en el sentido de entenderlo sólo aplicable a los supuestos de anulabilidad en que hubiera existido mala fe de la otra parte (fue, por ejemplo, el autor del dolo, la violencia o la intimidación), rigiendo en los demás casos la regla general que el citado autor quiere ver en el artículo 1.308 CC, no es en modo alguno segura: el artículo 1.314 CC es bastante distinto, y cabalmente en el tema que nos ocupa, a su antecedente en el Proyecto de 1851; García Goyena nunca citó al artículo 1.194 del Proyecto de 1851, antecedente del actual artículo 1.308 CC, como el precepto que estableciera la regla general a que la excepcionasen los números 1.º y 2.º del artículo 1.188 y respondiera el número 3.º del mismo (citó el artículo 1.160 del Proyecto); en fin, no parece irrazonable pensar que el artículo 1.308 CC está sólo pensado para aquellos casos en que ambas devoluciones son posibles.

Ciertamente, el artículo 1.295 I prop 2.º se aplica con independencia de la causa por la que el que haya pretendido la rescisión (menor llegado a la mayor edad, ausente aparecido) no pueda devolver aquello a que por su parte estuviera obligado (lo que recibió a cambio su representante legal). Pero ocurre sencillamente que en tal hipótesis la rescisión se resuelve en una indemnización de daños y perjuicios a cargo del causante o causantes de la lesión (art 1.295 III CC, cuya aplicación también en el caso del párrafo primero del precepto ha argumentado convincentemente MORENO QUESADA *Comentarios XVII-2.º* pp 172 ss).

La otra posible respuesta sería —resulta obvio— la siguiente: el acreedor/cesionario responderá contractualmente frente al deudor/cedente de los daños y perjuicios que por su negligencia le haya causado (KÖHLER WM 1977, pp. 249 s, GERNHUBER *Erfüllung* § 9 I 11 b, MünchKomm-HEINRICHS § 364 RdNr 12, MEDICUS SchuldR I § 24 II 2). El resultado práctico de aceptar esta postura no debe diferir del derivado de la aceptación de la anterior, en aquellos supuestos en que, de haber actuado diligentemente el acreedor/cesionario, hubiese cobrado en su totalidad un crédito cedido *pro solvendo*, extinguiéndose correlativamente la obligación primitiva. Se trataría sólo de encontrar el medio técnico (¿compensación? ¿excepción correlativa a la pretensión de remisión de la deuda originaria, a modo de resarcimiento en forma específica? *exceptio doli* con arre-

glo a principio *dolo facit qui petit quod mox redditurus est?*) que permitiera al deudor/cedente oponer al acreedor/cesionario su crédito indemnizatorio contra él, a fin de rechazar íntegramente la primitiva pretensión (conservando el acreedor/cesionario, claro está, el crédito que le fue cedido *pro solvendo*, si bien ya prescrito, sin garantía o privilegio, o total o parcialmente incobrable). Igual será también la solución desde ambas posturas —pero ahora la de que el acreedor/cesionario podrá hacer valer plenamente el crédito originario—, de resultar probado que, en realidad, la negligente conducta del mismo no causó daño alguno al deudor cedente (p.e., aunque dejó que el crédito cedido *pro solvendo* prescribiese, se trataba de un crédito que ya en el momento de la cesión era absolutamente incobrable; aunque provocó la pérdida de una garantía del crédito cedido, la misma hubiera resultado ineficaz de cualquier forma, en cuanto excluida por otras de rango preferente). Porque me parece indudable que el artículo 1.170 II *in fine* CC debe ser reducido teleológicamente en el sentido de excluir aquellas hipótesis en que el perjuicio del pagaré o la letra no causa daño alguno al primitivo deudor (PAZ ARES *Naturaleza jurídica* pp 242 ss).

Diferirá, sin embargo, en los restantes casos. Piénsese, por ejemplo, en que el acreedor/cesionario haya dejado prescribir el crédito cedido *pro solvendo*, pero que el deudor de dicho crédito estuviera en quiebra, bien ya declarada en el momento de la cesión, bien declarada después, pero tras un período de tiempo lo suficientemente breve como para que no pudiera tildarse de negligente al acreedor/cesionario que hubiera aguardado un plazo así antes de reclamar el pago al deudor cedido. En hipótesis como éstas, la segunda de las vías de solución resulta equitativamente más generosa para el acreedor/cesionario y evita enriquecimientos difíciles de justificar en favor del deudor/cedente. Y ha de tenerse en cuenta que el artículo 1.488 CC dice así: «Si la cosa vendida tenía algún vicio oculto al tiempo de la venta, y se pierde después por caso fortuito o *por culpa del comprador*, podrá éste reclamar del vendedor el precio que pagó, con la rebaja del valor que la cosa tenía al tiempo de perderse». Ha de tenerse en cuenta, esto es, que nuestro legislador no ha dudado en ser generoso con el sujeto culpable de que no sea ya posible el restablecimiento de la situación primitiva (a resultados del ejercicio de la acción redhibitoria), a fin de evitar un enriquecimiento injustificado de la contraparte.

Visto todo lo cual, y reconociendo lo enormemente discutible del asunto, me atrevería a proponer la respuesta siguiente. Como regla, probado por el deudor/cedente que por culpa del acreedor/cesionario el crédito cedido *pro solvendo* no puede serle ya retrocedido en su integridad, habrá de considerarse extinguida la obligación primitiva. Como excepción, al acreedor/cesionario le cabrá demostrar, bien que en realidad su conducta culposa no ha causado daño alguno al deu-

dor/cedente —en cuyo caso podrá hacer valer plenamente contra éste el crédito originario, previa retrocesión al mismo del crédito cedido—, bien que el daño causado no puede considerarse equivalente a la cuantía de la primitiva obligación, porque, de haber él cumplido con la diligencia exigible sus deberes de conservación e intento de realización de crédito cedido *pro solvendo*, con retrocesión tempestiva del mismo al deudor/cedente, éste no podría haberlo realizado sino por una cuantía sensiblemente inferior a su valor nominal. En cuyo caso, el acreedor/cesionario, siempre previa retrocesión del crédito cedido, podrá hacer valer el crédito primitivo; pero sólo por la diferencia entre el valor nominal del crédito que le fue cedido *pro solvendo* y la cuantía por la que, de haber él actuado diligentemente, podría haberlo realizado el deudor/cedente.

Opinión ésta que cabe apoyar, además de en los argumentos anteriormente manejados, en la *ratio* inspiradora del artículo 1.852 CC que, en términos muy semejantes a los de los artículos 2.037 CC francés y 1.955 CC italiano, dispone que «los fiadores, aunque sean solidarios, quedarán libres de su obligación siempre que por algún hecho del acreedor no puedan quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo». Bastando señalar aquí que las doctrinas francesa, italiana y española parecen generalmente conformes en entender, por un lado, que el efecto liberatorio sólo se producirá si la pérdida del derecho, garantía o privilegio en que subrogarse, provocada por la conducta del acreedor, ha causado realmente un perjuicio al fiador, y por otro lado, en que dicha liberación no será necesariamente total, sino proporcionada al perjuicio efectivamente sufrido por el fiador [BETANT-ROBET *Rev trim dr civ* 1974 pp 343 ss, DELEBECQUE *Cautionnement* nn 294 s, FRAGALI *Fideiussione* p 471, RAVAZZONI *Fideiussione* p 288, GUILARTE *Comentarios XXIII* pp 337 s. Los autores franceses defienden también la solución de la liberación parcial del fiador en los casos en que la imposibilidad de subrogación sea debida a la culpa concurrente de acreedor y fiador: BETANT-ROBET *Rev trim dr civ* 1974 pp 342 s, DELEBECQUE *Cautionnement* n 290; *contra* GUILARTE *Comentarios XXIII* pp 336 s. En fin, sobre el reparto de la carga de la prueba, BETANT ROBET *Rev trim dr div* 1974 p 345, WEILL *Sûretés* p 54 nt 7]. Lo mismo cabe decir, en fin, de la doctrina alemana, con un texto legal —§ 776 BGB— de tenor literal mucho más favorable a una interpretación así (KNÜTEL FS Flume I p 590, STAUDINGER-HORN § 776 Rz 11; sobre la distribución de la carga de la prueba MünchKommPECHER § 776 RdNr 13).

III. Dentro de los sistemas de adquisición derivativa que se rigen por los que hemos llamado (*supra* I) «principio de la unidad» y «dogma de la causalidad», cabe hacer una subdistinción entre sistemas de transmisión por el mero consentimiento (regidos por el *reines Vertragsprinzip*) y sistemas de transmisión por el título y el modo (que

unen a los anteriores el llamado *Traditionsprinzip* o *Übergabegrundsatz*). En los primeros —Derecho francés e italiano, por ejemplo— los contratos de transmisión o gravamen son típicamente contratos traslativos; en los segundos, contratos obligatorios.

Que el sistema español de adquisición y transmisión *de la propiedad y los demás derechos reales* es uno de los integrantes del segundo grupo (uno de *Verbindung von Einheitsprinzip und Übergabegrundsatz*) es algo respecto de lo que los artículos 609 II y 1.095 CC y sus antecedentes no permiten albergar ningún género de duda. Pero igualmente indudable resulta, en mi opinión, que no ocurre lo mismo por lo que a la transmisión de los derechos de crédito respecta. La cesión de créditos es un contrato típicamente traslativo —*rectius*: la compraventa, donación, cesión en/para pago, etc. de créditos son contratos típicamente traslativos. Ningún acto de entrega o traspaso al cesionario de la (cuasi) posesión del crédito por parte del cedente es necesario para que se produzca la transmisión de su titularidad de éste a aquél [MADRIDEJOS RDN 1961 p 390, GARCIA CANTERO *Comentarios XIX* p 643, DIEZ PICAZO *Fundamentos I* p 806, ALBADALEJO *Derecho Civil II-1.º* p 350 nt 1, II-2.º p 61, LACRUZ *Elementos II-1.º* p 297; *contra* NAVARRO *Cesión* pp 103 ss. Igual ocurre en el Derecho alemán (MünchKomm-ROTH § 398 RdNr 3), por citar sólo otro sistema no regido con carácter general por el *reines Vertragsprinzip*]. Como sus antecedentes históricos y tenor literal prueban sin lugar a dudas, los artículos 609 II y 1.095 CC no son aplicables a la cesión de créditos. Y tampoco puede servir de argumento en contra lo dispuesto en el artículo 1.464 CC, por la sencilla razón de que una cosa es que el vendedor o cedente de un crédito tenga la obligación de «entregárselo» al comprador o cesionario por alguno de los medios que el citado precepto señala, y otra muy distinta, que la transmisión del crédito de uno al otro esté supeditada al cumplimiento de dicha obligación. Por lo demás, ¿se le ocurriría a alguien sostener que, no constando la cesión de un crédito en escritura pública, ni existiendo ningún «título de pertenencia» del mismo, la transmisión del crédito en cuestión no se producirá hasta el momento en que el cesionario haga uso de él, consintiéndolo el cedente?

El artículo 1.689 CC francés dispone que, en la transmisión de un crédito, «*la délivrance s'opère entre le cédant et le cessionnaire para la remise du titre*»; y pese a ello, es hoy opinión unánime entre los juristas franceses que la «*remise du titre*» no es requisito necesario para que, entre cedente y cesionario, la transmisión del crédito se entienda producida: ello sucede —nos dicen— por efecto del mero consentimiento (GHESTIN *Transmission* pp 17 s, RIEG *Cession* nn 119 ss, WEILL-TERRE *Obligations* p 943). Dice el artículo 1.262 CC italiano que el cedente debe entregar al cesionario los documentos probatorios del crédito que estén en su posesión; bien que precisando que, si lo cedido es sólo una parte del crédito, deberá dar al cesionario copia auténtica de los mismos (pues, claro está, necesita los originales para sí). En el mismo sentido se expresa el § 402 BGB, que

comienza disponiendo además que el antiguo acreedor está obligado a comunicar al nuevo la información necesaria para hacer valer el crédito. Que tales deberes accesorios los tiene también el cedente en el Derecho español, es algo indudable. No ya por lo dispuesto en el artículo 1.464 CC (los deberes existen aunque la cesión se haya hecho en escritura pública que equivalga a la «entrega»), sino con base en el artículo 1.258 CC: los contratos obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe. Pero, por supuesto, a ningún jurista italiano o alemán se le ha ocurrido sostener que el cumplimiento de los deberes previstos en los citados preceptos de sus Códigos Civiles sea requisito de la eficacia traslativa de la cesión de créditos (*cf*r PANUCCIO *Cessione* p 869, PERLINGERI *Cessione* pp 118 s).

De la lectura conjunta del artículo 24 LCCh y del artículo 347 CCom al que remite, parece deducirse que la entrega del título tampoco tiene valor constitutivo en materia de cesión ordinaria de (créditos incorporados a) títulos de crédito nominativos o a la orden, contemplada también en los artículos 14 II y 120 III LCCh. Entrega que, por supuesto, el cedente está obligado a realizar, siendo lo más sensato sostener que el derecho a la misma del cesionario es reflejo de su ya adquirida (desde el momento de la cesión) propiedad del título [PAZ ARES *Naturaleza jurídica* p 183. En la misma línea, para el Derecho italiano, FIORENTINO *Titoli di credito* p 188, PERLINGERI *Cessione* pp 122 ss. En el Derecho alemán, en cambio, es opinión dominante que la entrega del título es requisito constitutivo de la cesión ordinaria de un título a la orden, aunque no de un título nominativo: MünchKomm-ROTH § 398 RdNr 27 s, PALANDT-HEINRICHS § 398 Anm 3 b].

Fracasaría, en fin, cualquier intento de aplicar a la cesión de créditos la teoría del título y el modo por la vía de considerar «modo» a tal efecto la notificación de la cesión al deudor cedido. Veamos por qué.

El artículo 1.690 CC francés dispone que sólo tras la notificación mediante agente judicial de la cesión al deudor cedido, o de la aceptación de la misma por éste en acto auténtico, está investido el cesionario de la titularidad del crédito en relación con el deudor y los demás terceros. El artículo 1.264 I CC italiano nos dice que «la cesión tiene efecto frente al deudor cuando éste la ha aceptado o cuando le ha sido notificada» y el artículo 1.265 contiene una norma paralela por lo que respecta a la eficacia de la cesión respecto de terceros adquirentes. Como resulta incongruente en grado sumo afirmar por un lado la eficacia traslativa inmediata de la cesión entre cedente y cesionario, y negar por otro una tal eficacia respecto del deudor cedido —si afirmamos que el cesionario es el verdadero acreedor del deudor cedido, no podemos afirmar a la vez que el deudor cedido sigue siendo verdadero deudor del cedente, salvo que se quiera sostener que cedente y cesionario son acreedores solidarios del deudor cedido— no cabe duda de que, con artículos en la mano como los que acabamos de citar, sería bastante razonable llegar a la conclusión de que, salvo anterior aceptación de la cesión por parte del deudor cedido,

el momento traslativo del crédito coincide con el de la notificación de la cesión al deudor; a atribuir, esto es, a dicha notificación el papel de requisito constitutivo del supuesto de hecho de la transmisión del crédito del cedente al cesionario (así ALLARA *Vicende* pp 253 ss, MANCINI *Cessione* pp 386 ss).

Debe advertirse ya, sin embargo, que dicha postura es absolutamente minoritaria entre los juristas italianos, inclinados cada vez en mayor número hacia la tesis de la eficacia traslativa inmediata de la cesión de créditos, tanto *inter partes* como frente al deudor cedido, la tutela del cual *ex* artículo 1.264 CC no sería sino expresión del principio inspirador del artículo 1.189 CC: liberación por pago de buena fe al acreedor aparente (*cf* BUCCISANO *Surrogazione* pp 74 ss, BIANCA *Debitore* pp 22 ss, BILIAZZI GERI *Riv trim dir proc civ* 1968 pp 1326 ss, MARANI *Notifica* pp 19 ss, PERLINGERI *Cessione* pp 159 ss; pero véase ya FRANCESCHELLI *Appunti* pp 12 ss). Posición ésta que trata de apoyarse en la equiparación entre aceptación/notificación de la cesión y conocimiento de la misma por el deudor cedido, que se pretende consagra a estos efectos el artículo 1.264 II CC: «Sin embargo, aun antes de la notificación el deudor que paga al cedente no se libera, si el cesionario prueba que el propio deudor conocía la cesión acaecida». Equiparación que ha sido negada por otros que, aun partidarios también de la inmediata transmisión del crédito por efecto del intercambio de consentimientos entre cedente y cesionario (*arg* art 1.376 CC italiano) y de poner en conexión los artículos 1.189, 1.264 II CC, sostienen que la notificación del deudor es necesaria para hacer exigible frente a él el crédito cedido, quedando entre tanto «*quiescente*» la relación obligatoria (CARRARO *Riv dir civ* 1957 I pp 120 ss, DOLMETTA-PORTALE BBTC 1985 I pp 259 ss). Y que ha sido afirmada en cambio por PANUCCIO *Cessione volontaria* pp 69 ss, *Cessione* pp 850 ss, pero en la línea de sostener que, en el momento de la conclusión del contrato de cesión, el cesionario adquiere ya la titularidad «sustancial» del crédito (*erga omnes*: está legitimado para disponer de él, realizar actos de conservación, exigir su pago, u oponerse a la acción sobre el crédito de los acreedores del cedente; sus acreedores pueden actuar de inmediato sobre el crédito cedido, etc.) y que sólo tras el conocimiento de la cesión por el deudor cedido, adquiere el cesionario la titularidad «formal» del crédito; pudiéndose decir que, hasta entonces, la cesión es «ineficaz» frente al deudor, pero exclusivamente en el sentido de que conserva su derecho a liberarse en las manos del cedente.

Sin preocuparse, al parecer, por la flagrante incongruencia que una tal postura encierra, la generalidad de los autores franceses afirma que, entre cedente y cesionario, el contrato de cesión tiene eficacia traslativa inmediata de acuerdo con las reglas generales; pero frente a terceros, deudor cedido incluido, la cesión sólo es eficaz desde el momento de la «*signification du transport faite au debiteur*» o de «*l'acceptation du transport faite par le debiteur dans un acte authentique*» (REIG *Cession* nn 123 s, 137, 341, 492 s, 526 s, WEILL-TERRE *Obligations* pp 943 s). A partir de la tesis doctoral de Larroumet (1968), sin embargo, en la que se puso de manifiesto lo inconsecuente de sostener la eficacia inmediata de la cesión entre cedente y cesionario y negarla respecto del deudor cedido, ha ganado cierto predicamento la idea de que la cesión de créditos es también inmediatamente eficaz frente al deudor, respecto del cual, las formalidades del ar-

título 1.690 CC francés no son otra cosa que unos medios, y no los únicos, de que la cesión llegue a su conocimiento, al objeto de que no le quepa ya argüir que pagó al cedente de buena fe (*cf*r GHESTIN *Transmission* pp 26 ss, AYNES *Cession de contrat* pp 30 ss). La jurisprudencia francesa por su parte, con sentencias a veces contradictorias, ha llegado a soluciones sólo compatibles con el mantenimiento de una suerte de solidaridad activa entre cedente y cesionario desde el momento de conclusión del contrato de cesión hasta el de la «*signification*» o de la aceptación por acto auténtico de la cesión por parte del deudor cedido (*cf*r GHESTIN *Transmission* pp 23 s, RIEG *Cession* nn 500 ss, 506 ss, WEILL-TERRE *Obligations* p 945). Además de admitir una aceptación de la cesión por parte del deudor hecha en documento privado, e incluso una aceptación tácita, como bastantes para excluir que aquél pueda ya liberarse en otras manos que en las del cesionario; aunque sin llegar al extremo de aceptar que sea suficiente al efecto el mero conocimiento de la cesión por el deudor cedido (*cf*r GHESTIN *Transmission* pp 24 ss, RIEG *Cession* nn 261 ss, 278 ss).

Ningún jurista francés, que yo sepa, defiende que la notificación de la cesión al deudor sea requisito constitutivo del supuesto de hecho de la transmisión del crédito del cedente al cesionario.

Pues bien, en nuestro Código Civil no existe ninguna norma parecida a las de los artículos 1.690 CC francés o 1.264 I CC italiano. Su artículo 1.526 I procede del artículo 1.457 del Proyecto de 1851 que, como nos informa García Goyena, se separó en este punto de su modelo francés para resumir el artículo 1.193 CC de Vaud. De «*conocimiento* de la cesión» por parte del deudor cedido, y no de *notificación* al mismo de la cesión, habla nuestro artículo 1.527 CC; a comparar con el artículo 1.691 CC francés: «Si, antes de que el cedente o el cesionario hubiera *notificado* mediante agente judicial la cesión al deudor, hubiere éste pagado al cedente, quedará válidamente liberado». Y de «*conocimiento* de la cesión» por el deudor cedido, que no de *notificación* al mismo de la cesión, nos habla también nuestro artículo 1.198 III CC; a comparar con el artículo 1.295 II CC francés: «Por lo que respecta a la cesión que no haya sido aceptada por el deudor, pero que le haya sido *notificada* mediante agente judicial, aquella no impide más que la compensación de los créditos posteriores a esta *notificación*» y con el artículo 1.248 II CC italiano: «La cesión no aceptada por el deudor, pero *notificada* a éste, impide la compensación de los créditos nacidos con posterioridad a la *notificación*».

No existe, pues, en nuestro Código Civil dato normativo alguno que sirva para apoyar la tesis de que la notificación de la cesión al deudor cedido sea elemento constitutivo del supuesto de hecho de la transmisión del crédito del cedente al cesionario; antes bien, todo lo contrario (conformes MADRIDEJOS RDN 1961 p 393, ROCA SASTRE *Derecho Hipotecario* IV-2.º pp 877 s, LACRUZ *Elementos* II-1.º p 299; confuso NAVARRO *Cesión* pp 117 s). Tampoco, por lo que a la cesión de créditos hipotecarios respecta, en nuestra Ley Hipote-

caria: su artículo 149 debe ser leído conjuntamente con los artículos 151 LH y 243 RH, que demuestran que la cesión es válida y transfiere el crédito al cesionario, aunque no se haya puesto en conocimiento del deudor (ROCA SASTRE *Derecho Hipotecario* IV-2.º p 874, PEÑA *Derechos reales* pp 443 s, LACRUZ *Elementos* II-1.º p 299; lo dispuesto en el art 176 RH no es sino consecuencia de lo que prescribe el art 1.527 CC). No existe, en consecuencia, medio sensato alguno de defender que, en materia de cesión de créditos, rija en nuestro ordenamiento la teoría del título y el modo: la compraventa, donación, cesión *pro soluto*, cesión *pro solvendo* etc. de créditos son —insisto— contratos típicamente traslativos. Se explica así perfectamente que el artículo 1.529 CC comience diciendo que «el vendedor de buena fe responderá de la existencia y legitimidad del crédito *al tiempo de la venta*».

He venido reiterando el adverbio «*típicamente*» a fin de poner de manifiesto algo que creo indudable: al amparo del artículo 1.255 CC es perfectamente posible en nuestro Derecho, por ejemplo, una venta de crédito meramente obligatoria (sometida a condición suspensiva o a término inicial, de un crédito futuro, de un crédito de otro declarándolo así, etc.). Nótese bien, sin embargo, que en tal hipótesis el crédito resultará automáticamente transmitido al cesionario en el instante en que se produzca el sucesivo hecho o acto al que esté subordinada la eficacia traslativa de la venta (cumplimiento de la condición o el término, nacimiento del crédito anticipadamente cedido, adquisición del crédito a su titular por el vendedor, etc.), sin necesidad de ningún ulterior negocio jurídico (y aunque no persista el inicial acuerdo de voluntades de las partes), ni de acto ulterior alguno de (cuasi) tradición.

IV. Probablemente por influencia francesa e italiana, se ha escrito entre nosotros, apoyándolo en el artículo 1.527 CC, que «para ser eficaz frente al deudor cedido, debe serle notificado a éste el hecho de la cesión» (DIEZ PICAZO *Fundamentos* I p 805, quien precisa empero en p 809 que el conocimiento efectivo de la cesión puede suplir la falta de notificación), o que «la cesión carece de efectos para el deudor antes de su conocimiento» (GARCIA CANTERO *Comentarios* XIX p 649, citando a Panuccio). Se ha escrito también que la notificación o el conocimiento por otro medio de la cesión sirve para obligar o vincular al deudor cedido con el nuevo acreedor o cesionario (MADRIDEJOS RDN 1961 p 393, ROCA SASTRE *Derecho Hipotecario* IV-2.º pp 878 s); idea esta última de gran éxito en la jurisprudencia (STS *11 enero 1983*, CLJC núm 9 y las en ella citadas). Posiciones todas ellas que estimo incorrectas o, cuando menos, imprecisas.

No hará falta insistir en la grave incongruencia que supone afirmar por un lado —como lo hacen todos los autores que acabo de citar— la inmediata eficacia traslativa de la cesión entre cedente y cesionario (esto es, que desde el instante de la celebración del contra-

to de cesión el cesionario es el verdadero y único acreedor) y retrasar por otro lado la eficacia de la cesión respecto del deudor cedido al momento en que la misma le sea notificada o tenga conocimiento de ella (es decir, que hasta ese momento sigue siendo deudor del cedente): una titularidad de un crédito que sea inoponible al deudor es un absurdo lógico (GAZZARA *Vendita* p 43 nt 2, BUCCISANO *Surrogazione* p 74 nt 121, MARANI *Notifica* p 27, PERLINGERI *Cessione* p 168). ¿Por qué incurrir entonces en un absurdo tal, siendo así que, a diferencia de lo que ocurre en los Derechos francés e italiano, ningún dato normativo de nuestro ordenamiento civil obliga lo más mínimo a hacerlo?

Una vez rechazado, con las normas legales en la mano (*supra* III) que la notificación de la cesión al deudor sea requisito constitutivo de supuesto de hecho traslativo del crédito, y careciendo de buen sentido que la eficacia transmisiva de la cesión dependiese de un hecho perteneciente a la esfera psíquica interna de un tercero, como lo es el conocimiento de la misma por el deudor cedido (FRANCESCELLI *Appunti* p 13, MARANI *Notifica* p 22, PERLINGERI *Cessione* p 162), debe afirmarse de manera rotunda que la cesión de créditos es también inmediatamente eficaz frente al deudor cedido —en los casos típicos, desde el momento del acuerdo de voluntades entre cedente y cesionario— sin necesidad de que le haya sido notificada, ni de que haya tenido conocimiento de ella por cualquier otro medio. Y tener muy claro que el deudor que, según lo dispuesto en el artículo 1.527 CC, se libera pagando al cedente, no se libera porque pague a quien sigue siendo para él el verdadero acreedor, sino aunque paga a quien (también respecto de él) no es ya acreedor, a quien ya es sólo un acreedor aparente. El artículo 1.527 es expresión del mismo principio que inspira el artículo 1.164 CC [COSSIO *Instituciones* I p 327, GORDILLO *Representación aparente* p 411, LACRUZ *Elementos* II-1.º p 299. También HERNANDEZ GIL *Obligaciones* pp 310 s, AMOROS *Homenaje Castro* I p 52; pero afirmando a la vez la ineficacia de la cesión frente al deudor, mientras no le sea notificada o tenga conocimiento de ella. Lo que, o es una manifiesta incongruencia, o revela un empleo impreciso del vocablo «ineficacia»]. Bien que expresión adaptada a las específicas circunstancias del caso, por lo que a la carga de la prueba se refiere: en la hipótesis del artículo 1.164 —y un ejemplo puede ser, como veremos más adelante, el pago hecho a quien equivocadamente se toma por verdadero cesionario del crédito— es el deudor quien tiene que probar *prima facie* su buena fe, mediante la prueba de la situación objetiva de apariencia de titularidad del *accipiens*, en la que pudo legítimamente confiar; en la hipótesis del artículo 1.527, en cambio, corresponde al cesionario comenzar probando que el deudor tuvo conocimiento de la cesión con anterioridad al pago al cedente, pues la demostración *prima facie* de la buena fe del deudor cedido, la prueba de la situación objetiva

de apariencia en la que legítimamente pudo confiar, viene ya dada por el hecho de que no ha pagado a un «extraño» a la relación obligatoria, sino a la persona a quien, en principio, tenía perfecto derecho a seguir considerando su acreedor —de «histórica apariencia de legitimación del acreedor originario» ha hablado Bianca parafraseando a Heck—, siendo absurdo imaginar la existencia de un deber o carga del deudor de investigar si el crédito contra él ha sido cedido o no (*cfr* FRANCESHELLI *Appunti* p 16, BUCCISANO *Surrogazione* pp 75 s, GIORGIANNI *Creditore apparente* pp 1156 s, BIANCA *Debitore* pp 258 ss, BIGLIAZZI GERI *Riv trim dir proc civ* 1968 pp 1330 ss, MARANI *Notifica* pp 36, 48 ss, 55 nt 94, PERLINGERI *Cessione* pp 209 s, respecto de los arts 1.189 y 1.264 CC italiano).

No se trata, como apunta MANCINI *Cessione* pp 388 s, de que, mientras en el primer caso la buena fe es un hecho extintivo del derecho del acreedor —un hecho constitutivo de la eficacia liberatoria del pago, si se prefiere decirlo así—, en el segundo, la mala fe del deudor cedido, su conocimiento previo de la cesión, sea un hecho constitutivo del derecho del cesionario —un hecho impeditivo de la eficacia liberatoria del pago, si se prefiere. La buena fe es en ambos casos hecho constitutivo de la eficacia liberatoria del pago, hecho extintivo del derecho del verdadero acreedor. Ocurre sólo que el supuesto del pago al acreedor originario implica ya una situación objetiva de apariencia de la que inducir una prueba inicial de la buena fe del deudor cedido.

El artículo 1.527 —hay que concluir— no es dato normativo alguno a favor de la tesis de la ineficacia de la cesión de créditos frente al deudor cedido mientras aquella no le sea notificada [Antes bien, cabría afirmar que lo es en contra: si dicha tesis fuera acertada, el deudor que pagase al cedente después de tener conocimiento de la cesión, pero por otros medios y antes de que la misma le fuese notificada, habría de quedar liberado en principio, porque habría pagado a quien todavía era a sus efectos el verdadero acreedor, sin perjuicio de que se otorgase el cesionario una suerte de revocatoria, con base en el principio *fraus omnia corrumpit*, que tuviera como efecto la reconstitución del crédito a su favor (*cfr* MARANI *Notifica* p 22, PERLINGERI *Cessione* p 210, RIEG *Cession* nn 283 ss). Aunque habrá que reconocer, como luego quedará más claro, que, de caber alguno, será rarísimo en la práctica un caso en que, sin notificación de ningún género de la cesión pueda hablarse de «conocimiento» de la misma por el deudor, que excluya el juego a su favor del artículo que nos ocupa]. Tampoco puede considerarse un dato normativo favorable a la tesis de la ineficacia de la cesión frente al deudor cedido que no tenga conocimiento de ella. Todo lo contrario: el artículo 1.527 se explica como medida de protección del deudor cedido, que resulta necesaria precisamente por el hecho de que, como se deduce *a contrario* del artículo 1.526 CC, la cesión de créditos puede ser plenamente

eficaz *erga omnes* sin notificación de la misma al deudor, ni conocimiento de ella por éste.

Una explicación análoga nos ofrecen los autores alemanes del § 407 BGB —cuyo párrafo primero dice así: «El nuevo acreedor debe tolerar que se haga valer contra él una prestación que el deudor efectúe al anterior acreedor tras la cesión, así como cualquier negocio jurídico relativo al crédito que se realice tras la cesión entre el deudor y el anterior acreedor, a no ser que el deudor tenga conocimiento de la cesión en el momento de la prestación o la realización del negocio jurídico»—, en relación con el § 398 BGB (SCHEYHING *Sukzessionen* § 7 nt 2, MünchKomm-ROTH § 407 RdNr 1, MEDICUS SchuldR I § 63 IV, PALANDT-HEINRICH § 407 Anm 1 a; véase también DÖRNER *Dynamische Relativität* pp 268 ss, aunque creo que su idea de que el § 407 contiene una «*Fiktion der Gläubigerstellung*» confunde más que aclara: el propio autor se apresura a reconocer que se trata de una ficción limitada y facultativa para el deudor). Que en el Derecho alemán la plena eficacia de la cesión de créditos no requiere ni la notificación al deudor, ni el conocimiento de la misma por éste, es algo tan obvio que pocos lo estiman digno de mención separada (sí BROX Allg SchuldR RdNr 384).

Alguien podría contraargumentar que, si el artículo 1.527 no fuera sino expresión del mismo principio que inspira el artículo 1.164, el legislador se lo podría haber ahorrado, dada su evidente inutilidad (así MANCINI *Cessione* p 389, respecto de los arts 1.264 y 1.189 CC italiano). Pero —además de muy fácil de retorcer: sobraría, sin duda, el artículo 1.527, de ser cierta la ineficacia de la cesión hasta el momento de su conocimiento por el deudor cedido— se trata de una objeción muy débil, atendida la adaptación del principio a las especiales circunstancias del caso que el artículo 1.527 representa en materia de distribución de la carga de la prueba. Por lo demás, este precepto proviene literalmente del artículo 1.458 del Proyecto de 1851, en el que no existía ningún artículo como el actual 1.164. En la glosa a aquél decía García Goyena: «vé los motivos de este artículo en lo expuesto al último párrafo del artículo 1.128» (antecedente del actual art 1.198). Donde podría leerse: «Es un justo castigo de la negligencia o malicia del cedente y cesionario en no hacer saber la cesión al deudor, que ordinariamente no puede saberla sino por este medio: si pues pagó de buena fe al cedente, quedará libre: vé artículo 1.458».

La idea del comportamiento negligente del cesionario que pudiendo informar de la cesión al deudor no lo ha hecho, sigue presente en la doctrina (PERLINGERI *Cessione* p 209, ESSER-SCHMIDT § 37 I IV b, DÖRNER *Dynamische Relativität* pp 269 s); pero se ha señalado con acierto que el comportamiento del cesionario no es objeto de un juicio concreto y real, no siendo una negligencia por su parte requisito necesario de la liberación del deudor, que ha sido dispuesta en consideración al comportamiento de éste exclusivamente (MARANI *Notifica* p 32, GORDILLO *Representación aparente* p 411).

El correcto entendimiento del artículo 1.527 CC conlleva una importante consecuencia práctica: la afirmación del carácter *facultativo* de dicho precepto, por lo que al deudor respecta. En el sentido de que, conocida la cesión, será libre de acogerse a la protección que la norma le brinda y quedar liberado frente al cesionario, o de renun-

ciar a ella y continuar siendo deudor del cesionario, ejercitando una pretensión de cobro de lo indebido contra el cedente; forma de proceder esta última que, excepcionalmente, puede resultarle más beneficiosa: por ejemplo, si era a su vez acreedor del cesionario y éste ha sido declarado en quiebra con posterioridad a la cesión. La elección habrá de ejercitarla sin tardanza el deudor ante la reclamación del cesionario, bien amparándose en el artículo 1.527, bien volviendo a pagar, y será irrevocable. Un retraso injustificado en la elección puede vetarle la primera alternativa, si en el tiempo intermedio el regreso del cesionario contra el cedente se ha hecho imposible. También ha de considerarse efectuada la elección, igualmente de manera irrevocable: en el sentido de renunciar a la protección de la norma, si se reclama al cedente la restitución de lo pagado *ex* artículo 1.895 CC (o se acepta su restitución espontánea); en el sentido de ampararse en la norma, de acuerdo con la doctrina de los actos propios, si tras haber tenido conocimiento de la cesión, tal reclamación no se produce en un tiempo razonable (para todo lo anterior, con relación al § 407 BGB, SCHEYHING *Sukzessionen* § 7 I 3, ESSER-SCHMIDT SchuldR I § 37 I 4 b, MünchKomm-ROTH § 407 RdNr 9 s, DÖRNER *Dynamische Relativität* pp 272 s, MEDICUS SchuldR I § 63 IV 1, PALANDT-HEINRICHS § 407 Anm 2 b, BROX Allg SchuldR RdNr 398).

Otra consecuencia, ésta de carácter más «teórico», es la siguiente. Resulta obvio que si el deudor cedido queda liberado *ex* artículo 1.527 CC, el cesionario ha de tener acción para exigir al cedente la restitución de lo que el deudor cedido le pagó (aparte, en su caso, la pretensión indemnizatoria *ex* arts 1.101 ss CC del cesionario contra el cedente, por haber incumplido éste su deber accesorio de omitir cualquier conducta que pueda lesionar el derecho del cesionario). ¿De qué acción se tratará? Desde mis posiciones, la respuesta es muy sencilla: la acción de cobro de lo indebido del deudor cedido frente al cedente, en la que quedará subrogado el cesionario por aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 1.186 CC. Desde la postura contraria (el deudor que contempla el art 1.527 se libera porque paga al verdadero acreedor a sus efectos), habrá que recurrir a una supuesta genérica acción de enriquecimiento injusto, que, por decir lo menos, no es fácil de justificar normativamente en nuestro Derecho (cfr DIEZ PICAZO *La doctrina de enriquecimiento injustificado* 1987).

Mientras que un entendimiento incorrecto del artículo 1.527, en el sentido de inducir del mismo que la cesión es ineficaz respecto del deudor mientras éste no tenga conocimiento de ella, conduciría a afirmar que, hasta dicho momento, el cedente estaría legitimado para intimar y poner en mora al deudor, o para interrumpir la prescripción del crédito cedido (así, hasta el momento en que se cumplan las formalidades del art 1.690 CC, la doctrina y jurisprudencia francesas, que, sin embargo, afirman a la vez la legitimación al efecto del cesionario: RIEG *Cession* nn 503 s, 512 ss; entre nosotros NAVARRO *Cesión* pp 109 s). Lo que carece de buen sentido (cfr en la

doctrina italiana PANUCCIO *Cessione volontaria* p 86, *Cessione* p 852, PERLINGERI *Cessione* p 214, y en la alemana SCHEYHING *Sukzessionen* § 7 I 2, BÜLOW JA 1983 p 10, MünchKomm-ROTH § 407 RdNr 7, DÖRNER *Dynamische Relativität* p 271, MEDICUS SchuldR I § 63 IV 1, PALANDT-HEINRICHS § 407 Anm 2 b, BROX Allg SchuldR RdNr 398).

Una exégesis mínimamente rigurosa del artículo 1.527 exige añadir, finalmente, que este precepto no es sólo aplicable al pago o cumplimiento en su sentido más estricto, sino también a la consignación y a la dación o la cesión de crédito *pro soluto*. Que puede ser aplicado por analogía a la compensación que el deudor cedido haya opuesto al cedente, o viceversa, entre el momento de la cesión y el de su conocimiento por el deudor [nótese que el art 1.198 CC no contempla estos supuestos, en que el cedido opondrá al cesionario que «ha pagado ya *al cedente*, o que éste se ha cobrado ya, por compensación», sino aquellos en que, por hipótesis tras tener conocimiento de la cesión, el cedido podrá (o no) «pagar por compensación» *al cesionario*, utilizando al efecto un crédito suyo contra el cedente] así como a la condonación de la deuda y a la novación, celebradas entre uno y otro momento por el cedente y el deudor cedido. Y que el principio de protección a la legítima confianza del deudor cedido, inspirador de la norma analizada, permite afirmar que el cedido podrá oponer al cesionario una dación o una cesión de crédito *pro solvendo*, una cesión de bienes en pago (art 1.175 CC), una prórroga o aplazamiento, un *pactum de non petendo*, una transacción, un compromiso, etc. relativos al crédito cedido, celebrados entre el deudor y el cedente entre el momento de la cesión y el de su conocimiento por aquél (sobre todo lo anterior, PANUCCIO *Cessione volontaria* p 61 nt 87, CARNEVALI *Riv dir civ* 1978 p 321, PERLINGERI *Cessione* pp 218 s, RIEG *Cession* n 497, y naturalmente la generalidad de la doctrina alemana, con base en el § 407 BGB: por todos SCHEYHING *Sukzessionen* § 7 I 1-2, MünchKomm-ROTH § 407 RdNr 5 s, PALANDT-HEINRICHS § 407 Anm 2 a).

En los casos de solidaridad pasiva, el precepto analizado será aplicable al pago hecho al cedente, o negocio jurídico relativo al crédito realizado con él, por cualquiera de los deudores solidarios ignorante de la cesión, aunque el otro o los otros codeudores tengan ya conocimiento de ella (CAFFARENA *Solidaridad* pp 161 ss).

Parece sensato aplicar análogicamente el artículo 1.527 al pago hecho por el fiador o cualquier otro responsable de la deuda (p.e., tercer poseedor de finca hipotecada). Pero, como regla, el pago al cedente hecho por un tercero, aun de buena fe, no es oponible al cesionario. Otra cosa resultaría insensatamente lesiva de los intereses de éste (¿habría de procurar que todo el mundo se enterase de la cesión para consolidar su derecho?), y quien paga una deuda ajena lo hace a su propio riesgo. Una excepción lógica parece, sin embargo, la del pago hecho por tercero con la aprobación o ratificación del deudor, por cuanto dicha excepción sólo podría

jugar —resulta claro— de concurrir también el no conocimiento de la cesión por parte del propio deudor: luego al cesionario le bastaría procurar que éste se enterase de la cesión para consolidar su derecho frente a dicha eventualidad (*cfr* por un lado FRAGALL *Fideiussione* p 144, PERLINGERI *Cessione* p 137, SCHEYHING *Sukzessionen* § 7 I 2, MünchKomm-ROTH § 407 RdNr 8; por otro KNÜTEL JR 1985 PP 10 s).

V. Este es un buen momento para reflexionar sobre un importante grupo de problemas, sistemáticamente descuidado por nuestra doctrina: los relativos a la conducta a seguir por el deudor en las situaciones de incertidumbre sobre la persona del acreedor, a consecuencia de una (presunta) cesión del crédito. Los datos normativos a tener en cuenta son los ya reiteradamente citados artículos 1.527 y 1.164 CC, y el artículo 1.176 II CC, que permite la liberación del deudor mediante consignación judicial de la cosa debida, sin necesidad de previo ofrecimiento del pago, «cuando varias personas pretendan tener derecho a cobrar»; eso sí, anunciando previamente la consignación a tales personas (arts 1.177 I, 1.178 I CC).

Las reflexiones que siguen se han inspirado en la literatura siguiente. En la doctrina italiana, además de la básica monografía de MARANI *Notifica*, PANUCCIO *Cessione* pp 875 s, LISERRE *Riv trim dir proc civ* 1963 pp 314 ss, BIANCA *Debitore* pp 256 ss, *Riv trim dir proc civ* 1969 pp 799 ss, BIGLIAZZI GERI *Riv trim dir proc civ* 1968 pp 1314 ss, 1332 ss, PERLINGERI *Cessione* pp 174 ss. Y en la doctrina alemana LARENZ *SchuldR I* § 34 IV, SCHEYHING *Sukzessionen* § 7 I 7, IV 4 c, V, BACKHAUS JA 1983 pp 408 ss, ESSER-SCHMIDT *SchuldR I* § 37 I 4 b-c, MünchKomm-ROTH § 407 RdNR 12 ss, § 409 RdNR 1 s, 9, § 410 RdNR 1, DÖRNER *Dynamische Relativität* pp 273 ss, 283 s, MEDICUS *SchuldR I* § 63 IV 4, VI, PALANDT-HEINRICHS § 407 Anm 3, § 409 Anm 1, 2 bb, BROX *Allg SchuldR RdNr* 403. Entre nosotros, un inspirado apunte en PAZ ARES *Naturaleza jurídica* p 142.

En el BGB existen dos preceptos clave al respecto. El § 409: «Si el acreedor notifica al deudor que ha cedido al crédito, debe tolerar frente al deudor que se haga valer contra él la cesión notificada, aunque ésta no se realice o no sea eficaz. A la notificación se equipara el hecho de que el acreedor haya otorgado un documento sobre la cesión al nuevo acreedor designado en el documento y éste lo presente al deudor. La notificación sólo puede ser revocada con el asentimiento de quien ha sido designado como nuevo acreedor». Y el § 410: «El deudor sólo está obligado a la prestación frente al nuevo acreedor contra la entrega de un documento sobre la cesión otorgado por el anterior acreedor. Un aviso o requerimiento del nuevo acreedor es ineficaz si se realiza sin la presentación de tal documento y el deudor lo rechaza de inmediato por este motivo. Estas disposiciones no se aplican si el anterior acreedor ha notificado por escrito la cesión al deudor».

a) Como regla muy general, hará bien el deudor en no pagar a quien venía siendo su acreedor, cuando éste le haya notificado que ha cedido su crédito a otra persona, sin hacerle posteriormente partícipe de ninguna información contradictoria [la hipótesis de informa-

ciones contradictorias de parte del acreedor originario se analizará *infra* en c)]. Pues si a pesar de todo lo hace, en la creencia personal o provocada por terceros de que la cesión fue inválida o sobrevenidamente ineficaz (p.e., mediante consignación judicial por cuenta del originario acreedor ausente, o que se niega a recibir el pago —crea el deudor— por continuar bajo intimidación de quien indicó como cesionario), lo hará a su propio riesgo: de resultar equivocada su creencia, tendrá que pagar al verdadero acreedor/cesionario, en su caso con la correspondiente indemnización por mora, salvo que consiga probar que aquella creencia reposaba en datos que, pese al poderoso argumento en contrario que en principio suponía la conducta del acreedor primitivo, hubieran convencido a cualquiera, más allá de toda duda razonable, de la invalidez o ineficacia de la cesión [y siempre que se trate de un vicio negocial que, de haber sido cierta su creencia, él habría estado legitimado para oponer ante la reclamación del sedicente cesionario —habría de añadir quien piense que hay algunos que no puede oponer; no yo: *infra* 13.4].

El deudor podrá pagar a la persona a la que su originario acreedor le ha señalado como cesionario, en la seguridad de que, de resultar luego probado que la cesión fue inválida o ineficaz, él podrá oponer con éxito, frente a una eventual reclamación del acreedor originario, que ha quedado ya liberado *ex* artículo 1.164 CC. Siempre, claro está, que pueda demostrar que la notificación tuvo lugar y probar así la situación objetiva de apariencia/buena fe, que es elemento constitutivo del supuesto de hecho liberatorio. Y a no ser que el originario y verdadero acreedor consiga demostrar a su vez, no sólo que el deudor conocía positivamente o podía haber conocido con extrema facilidad —pues no tiene especiales deberes de investigación al respecto— la invalidez o ineficacia de la cesión con anterioridad al pago, sino también, caso de resultar necesarios (no p.e. si se trata de una cesión ostensiblemente contraria a una prohibición legal clara), que disponía de medios de prueba documentales y seguros, o podía haberlos conseguido con extrema facilidad, con los que la posibilidad de oponer con éxito dicha invalidez o ineficacia al sedicente cesionario estaba garantizada sin dificultades de importancia. Porque no puede considerarse de mala fe al deudor que paga a quien le reclama como cesionario, pese a dudar o incluso estar convencido de la invalidez o ineficacia de la cesión, para soslayar un riesgo sustancial de perder el pleito correspondiente por falta de pruebas. Ahora bien, puesto que, como vamos a ver de inmediato, el deudor no puede ser obligado a pagar a quien apoya su condición de cesionario exclusivamente en una notificación *verbal* al respecto del acreedor originario, habrá que matizar lo anterior en el sentido de que, en una tal hipótesis, bastará que el originario y verdadero acreedor pruebe que el deudor conocía, o podía haber conocido con extrema facilidad, la invalidez o ineficacia de la cesión, para que no pueda aprovecharse éste del efecto libe-

ratorio previsto en el artículo 1.164, por el mero hecho de demostrar la existencia de la notificación verbal de la cesión por parte de aquél.

Dijimos antes que la posibilidad práctica de liberación *ex* artículo 1.164 del deudor que paga a la persona a la que su originario acreedor le notificó que había cedido el crédito, siendo empero la cesión inválida o ineficaz, descansa en que pueda el deudor demostrar que dicha notificación tuvo lugar. Podemos añadir ahora: o de que pueda probar de alguna otra manera que existió una situación objetiva de apariencia de la titularidad del *accipiens* en la que legítimamente pudo confiar. De lo que se deduce, en nuestra opinión, lo siguiente: si la notificación del originario acreedor ha sido meramente verbal (o por escrito sin firma completa), ante la reclamación del indicado como cesionario, el deudor podrá retener legítimamente la prestación hasta el momento en que, bien la notificación de la cesión le sea reiterada mediante escrito adecuadamente firmado, bien el reclamante le entregue a cambio un documento en el que conste el contrato de cesión a su favor, convenientemente suscrito por el acreedor originario.

Del artículo 1.280 I 6.º, en relación con el artículo 1.279 CC, resulta que el cesionario puede compeler al cedente a elevar a escritura pública el contrato de cesión, si el crédito cedido procede de un acto consignado en escritura pública. Del artículo 1.280 II, que el cesionario podrá compeler al cedente a suscribir al menos un documento privado, cuando el valor del crédito cedido exceda las 1.500 pesetas. Pero ya de la combinación de los artículos 1.526 I y 1.258 CC se deduce con claridad que, cualquiera que sea el valor del crédito cedido, el cedente estará obligado, a petición del cesionario, a proporcionarle un documento, siquiera privado, en el que conste el contrato de cesión. Según el § 403 BGB, el anterior acreedor, a petición del nuevo, está obligado a otorgar un documento público sobre la cesión, si bien el cesionario ha de correr con los gastos y anticiparlos.

Porque sólo de una de aquellas formas podrá el deudor pagar al presunto cesionario en la seguridad de que, o bien ha pagado a un verdadero cesionario, o bien no tendrá dificultades en demostrar, ante una eventual reclamación del originario y verdadero acreedor, que quedó ya liberado frente a él *ex* artículo 1.164 por pago hecho de buena fe a un cesionario aparente. Y no tendría buen sentido colocar al deudor ante la alternativa de correr el riesgo de responder por incumplimiento frente a quien puede resultar verdadero cesionario, o correr el riesgo de acabar siendo condenado a volver a pagar en un pleito promovido contra él por el originario acreedor.

Si el originario acreedor le notificó la cesión mediante escrito adecuadamente firmado, y salvo que no dude de que podrá oponer con éxito y facilidad la invalidez o ineficacia de la cesión en el eventual pleito, hará bien el deudor en pagar a la persona indicada como cesionario, a fin de no correr un riesgo serio de responder por incumplimiento frente a ella.

b) Como regla muy general, el deudor hará bien en no pagar

a quien venía siendo su acreedor, cuando otra persona le haya notificado que es cesionario del crédito y exhibido para demostrarlo un documento convenientemente suscrito por el acreedor originario en el que conste el contrato de cesión en favor del sedicente cesionario, y no haya recibido el deudor ninguna información contradictoria de parte del originario acreedor. Porque si a pesar de todo lo hace, en la creencia personal o provocada por terceros de que la cesión fue inválida o ineficaz, lo hará a su propio riesgo, en el sentido indicado en a).

El deudor podrá pagar al sedicente cesionario, en la seguridad de que, de resultar luego probado que la cesión fue inválida o ineficaz, él podrá oponer con éxito, frente a una eventual reclamación del acreedor originario, que ya ha quedado liberado *ex* artículo 1.164. Siempre, claro está, que pueda demostrar la exhibición del documento de cesión del crédito por el *accipiens* y probar así la situación objetiva de apariencia/buena fe, que es elemento constitutivo del supuesto de hecho liberatorio. Y a no ser que el originario y verdadero acreedor consiga probar a su vez, no sólo que el deudor conocía positivamente o podía haber conocido con extrema facilidad la invalidez o ineficacia de la cesión, sino también, caso resultar necesarios, que disponía de medios de prueba documentales y seguros, o podía haberlos conseguido con extrema facilidad, con los que la posibilidad de oponer con éxito dicha invalidez o ineficacia al sedicente cesionario estaba garantizada sin dificultades de importancia. Porque —insistamos en esta idea fundamental— no puede considerarse de mala fe al deudor que paga a quien le reclama como cesionario, pese a dudar o incluso estar convencido de la invalidez o ineficacia de la cesión, para soslayar los gastos y riesgos sustanciales de una defensa judicial sin armas probatorias adecuadas. Y no cabe poner en duda la legitimación para reclamar el inmediato pago al vencimiento de quien apoya su condición de cesionario en la exhibición de un documento de cesión en su favor convenientemente suscrito por el originario acreedor y ofrece su entrega al deudor a cambio de la prestación: con ese documento en su poder, puede el deudor estar seguro de que, caso de resultar la cesión inválida o ineficaz, no tendrá dificultades en demostrar, ante una eventual reclamación del originario y verdadero acreedor, que quedó ya liberado frente a él *ex* artículo 1.164 por pago hecho de buena fe a un cesionario aparente.

En el supuesto que analizamos, y salvo que esté razonablemente seguro de que podrá oponer con éxito y facilidad la invalidez o ineficacia de la cesión en el eventual pleito, hará bien el deudor en pagar a la persona que afirma ser cesionario, contra entrega del documento de cesión, a fin de no correr un serio riesgo de tener que responder por incumplimiento frente a ella.

c) *¿Quid iuris* si, tras haber notificado por escrito a su deudor que ha cedido su crédito a otra persona, o tras haber proporcionado

a esta persona un documento en el que consta la cesión del crédito a favor de la misma, el originario acreedor comunica al deudor que la cesión fue simulada, inválida o sobrevenidamente ineficaz, conminándole a no pagar a nadie más que a él?

El deudor, a cuyo cargo no pueden predicarse especiales deberes de investigación al respecto, habrá sí de ponerse en contacto con el presunto cesionario, de resultar ello razonablemente sencillo. Terminará el problema, si el presunto cesionario manifiesta estar de acuerdo con las afirmaciones del acreedor: a quien pagará el deudor en su momento, bien tras la entrega de un documento en que se revoca la notificación de la cesión, suscrito por el acreedor y el antes aparente cesionario, bien tras la entrega por éste del documento de cesión del crédito. Si, por el contrario, el presunto cesionario insiste en que la cesión fue verdadera y válida y continúa siendo perfectamente eficaz —situación a la que debe parificarse la de que su localización resulte sensiblemente gravosa para el deudor— habrá que distinguir.

Si las alegaciones del acreedor originario en defensa de la inexistencia, invalidez o ineficacia de la cesión son plenamente convincentes —lo que conlleva explicar también de manera satisfactoria por qué no ha conseguido una orden judicial de retención de la deuda por la vía del artículo 1.428 LECiv— y, caso de ser necesarios (no p.e. si se trata de una cesión ostensiblemente contraria a una prohibición legal clara), aquél está en condiciones de ofrecer y ofrece a cambio al deudor medios documentales y seguros de prueba al respecto, sobre los que construir una defensa sencilla y sólida frente a una eventual reclamación del sedicente cesionario, hará bien el deudor en pagar a su originario acreedor, dando cuenta de ello y de sus razones, si es posible, a quien afirmó ser cesionario. Porque si lo hace así, y luego resulta que, contra todo pronóstico, tenía razón el cesionario, él habrá quedado ya liberado *ex* artículo 1.164, sirviendo los medios de prueba que le proporcionó el primitivo acreedor de demostración sencilla de la situación objetiva de apariencia de titularidad de éste, en la que legítimamente confió. Y si no lo hace —y bien paga al sedicente cesionario, bien consigna judicialmente por cuenta de uno y otro—, corre el riesgo de tener que responder por incumplimiento frente al originario acreedor, si resulta que en verdad lo ha seguido y sigue siendo: como lo indicaban las informaciones de que disponía el deudor, y no existiendo para éste, de haber obrado en consecuencia con aquéllas, riesgo relevante de un pleito costoso y difícil ante una eventual reclamación del sedicente cesionario, gracias, caso de ser necesarios, a los medios documentales de prueba que el originario acreedor ofrecía a cambio del pago.

Ha de llegarse a conclusiones análogas, aunque no pueda el acreedor originario ofrecer al deudor tales medios de prueba, si éste dispone ya de ellos, o puede conseguirlos con extrema facilidad (no tiene un especial deber al respecto) por otras vías.

Si las adecuadamente documentadas alegaciones del acreedor originario en favor de la inexistencia, invalidez o ineficacia de la cesión tienen poder de convicción suficiente para crear una duda razonable sobre la titularidad del crédito, actuará el deudor con sana prudencia, si consigna judicialmente el objeto de la prestación por cuenta de aquél y del presunto cesionario conjuntamente, previo anuncio a ambos de la consignación y sus motivos (arts 1.176 II, 1.177 I CC). Porque el pago a cualquiera de ellos sólo, lo hará a su propio riesgo: a riesgo de tener que volver a pagar al otro, si resulta que era el verdadero acreedor.

En fin, si las alegaciones del originario acreedor carecen de credibilidad suficiente, o teniéndola, no está aquél en condiciones de proporcionar al deudor medios de prueba documentales y seguros al respecto (ni éste dispone de ellos, ni puede conseguirlos por otras vías con extrema facilidad), pese a ser necesarios para defenderse con sencillez y garantías de éxito frente a una eventual reclamación del presunto cesionario, hará muy bien el deudor en pagar a este último, contra entrega, en su caso, del documento de cesión del crédito. Porque si lo hace así y luego resulta que tenía razón el acreedor originario, él habrá quedado ya liberado *ex artículo 1.164*: bien el escrito de notificación de la cesión, bien el documento de cesión del crédito servirán de demostración sencilla de la situación objetiva de apariencia de titularidad del presunto cesionario, de prueba *prima facie* de la buena fe del deudor; y no podrá el originario acreedor ofrecer prueba bastante en contrario, porque, como ya hemos reiterado, no puede considerarse de mala fe al deudor que paga a quien le reclama como cesionario, pese a dudar o incluso estar convencido de la invalidez o ineficacia de la cesión, para soslayar los gastos y riesgos sustanciales de una defensa judicial sin armas probatorias adecuadas. Y si el deudor no paga al presunto cesionario, correrá un riesgo serio de tener que responder por incumplimiento frente a él.

¿Quid iuris si sólo existió una notificación verbal de la cesión por parte del acreedor originario, con anterioridad a su comunicación al deudor de la inexistencia, invalidez o ineficacia sobrevenida de la misma? Dado que, según hemos argumentado ya, el deudor no puede ser condenado a pagar a quien apoya su condición de cesionario exclusivamente en una notificación verbal al respecto del originario acreedor, habrá que responder como sigue, dejando al margen el muy simple caso de que, consultado por el deudor el presunto cesionario, éste manifieste estar de acuerdo con lo que el acreedor afirma.

Salvo que las alegaciones del acreedor originario en favor de la inexistencia, invalidez o ineficacia de la cesión no tengan el mínimo poder de convicción —en cuyo caso hará bien el deudor pagando al presunto cesionario—, procederá que el deudor consigne judicialmente el objeto de la prestación por cuenta del originario acreedor y el presunto cesionario conjuntamente —caso de que tales alegaciones tengan poder de convicción suficiente para crear una duda razonable sobre la titularidad del crédito—,

o pague sin más al acreedor originario —caso de que sus alegaciones sean plenamente convincentes— aun cuando éste no se encuentre en condiciones de proporcionar al deudor medios de prueba documentados y seguros al respecto (ni el deudor disponga de ellos, ni pueda conseguirlos con extrema facilidad por otras vías). Por la sencilla razón de que, en la hipótesis ahora analizada, no necesita el deudor de medio de prueba alguno para negar legítimamente al pago al sedicente cesionario.

d) Una persona notifica al deudor que es cesionario del crédito, sin que haya existido previa notificación al respecto del originario acreedor, ni pueda aquella exhibir para demostrarlo un documento en el que conste el contrato de cesión a su favor, adecuadamente suscrito por el acreedor originario.

El deudor, a cuyo cargo no pueden predicarse especiales deberes de investigación sobre la existencia o no de la cesión, habrá sí de ponerse en contacto con el acreedor originario, de resultar ello razonablemente sencillo. Si éste se manifiesta conforme con las afirmaciones del sedicente cesionario, estaremos ante la hipótesis estudiada en a). Si, por el contrario, el originario acreedor niega que haya existido tal cesión o afirma que fue simulada, inválida o sobrevenida e ineficaz —situación a la que debe parificarse la de que su localización resulte sensiblemente gravosa para el deudor— habrá que distinguir.

Si quien afirma ser cesionario es alguien de cuya honestidad no debe dudarse, y sus alegaciones en defensa de la existencia, validez y eficacia de la cesión tienen poder de convicción suficiente para crear una duda razonable al respecto —incluida una explicación satisfactoria de por qué no ha conseguido una orden judicial de retención de la deuda por la vía del artículo 1.428 LECiv—, el deudor actuará prudentemente si, previa entrega de un documento suscrito por el sedicente cesionario que contenga su notificación y alegaciones —documento que servirá al deudor, si llega el caso, para defenderse frente a una demanda por incumplimiento del originario acreedor, arguyendo falta de culpa—, consigna judicialmente el objeto de la prestación por cuenta del originario acreedor y del presunto cesionario conjuntamente, previo anuncio a ambos de la consignación y sus motivos (arts 1.176 II, 1.177 I CC). Porque si paga sin más a su acreedor originario, correrá un serio riesgo de tener que volver a pagar, ahora al presunto cesionario, si resulta ser el verdadero acreedor: de que se considere que tuvo previo «conocimiento de la cesión», a los efectos del artículo 1.527 CC.

En los demás casos, hará bien el deudor en pagar al acreedor originario. Porque si lo hace así y luego resulta que, sorprendentemente, tenía razón quien afirmó ser cesionario, él habrá quedado ya liberado *ex* artículo 1.527: ni la mera notificación de un sedicente cesionario puede considerarse que constituye «conocimiento de la cesión» a los efectos del precepto citado, ni podría considerarse de mala fe al deudor que paga al originario acreedor, pese a dudar o inclu-

so estar convencido de la existencia de una cesión verdadera y válida del crédito, para soslayar un riesgo sustancial de perder el correspondiente pleito y resultar condenado por incumplimiento, por falta de medios de defensa adecuados.

En fin, si el deudor paga sin más al presunto cesionario, por más que la honestidad personal del mismo esté fuera de toda duda y sus alegaciones en favor de la existencia, validez y eficacia de la cesión resulten plenamente convincentes, lo hará a su propio riesgo: a riesgo de tener que volver a pagar, ahora al acreedor originario, si, contra todo pronóstico, resulta ser quien tenía razón. Pues, en la hipótesis que analizamos, el deudor no corría riesgo alguno de importancia no pagando al sedicente cesionario: el deudor —lo hemos dicho ya— no puede ser condenado a pagar a quien le reclame en condición de cesionario sin el respaldo, bien de una notificación por escrito de la cesión por parte del originario acreedor, bien de un documento otorgado por éste en el que conste el contrato de cesión.

e) *¿Y quid iuris* si la noticia de que ha existido una cesión del crédito llega al deudor por una vía distinta de la notificación de cualquiera de las partes del contrato pretendidamente existente; de ordinario, por informaciones de terceros?

Salvo que resulte razonablemente sencillo para el deudor —a cuyo cargo no cabe predicar especiales deberes de investigación al respecto— ponerse en contacto con el originario acreedor y/o el presunto cesionario y reciba de alguno de ellos confirmación de tales noticias, en cuyo caso nos encontraremos ante alguna de las hipótesis ya analizadas en las páginas anteriores, el deudor hará bien en atenerse a la llamada «histórica apariencia de legitimación» y pagar sin más al acreedor originario. Porque si lo hace así y luego resulta que la cesión efectivamente existió, el habrá quedado liberado frente al cesionario *ex* artículo 1.527: en modo alguno pueden considerarse «conocimiento de la cesión» las noticias a que nos venimos refiriendo. Y si no lo hace, corre un serio riesgo de tener que responder por incumplimiento frente al originario acreedor.

A lo más que podría llegarse, y con muchas dudas, es a defender la oportunidad de una consignación judicial del objeto de la prestación por cuenta del originario acreedor y del presunto cesionario conjuntamente, caso de resultar sensiblemente gravosa la localización de este último para el deudor y tener las informaciones de los terceros un extraordinario poder de convicción (mayor aun si, habiendo resultado sencillo para el deudor ponerse en contacto con el acreedor originario, éste hubiese negado sin ambages la existencia de la cesión), capaz de contrapesar el fuerte dato en contrario que supone el silencio del pretendido cesionario.

f) Ni que decir tiene que, en las hipótesis analizadas en las páginas anteriores, podrá concurrir, bien una responsabilidad contractual del originario acreedor frente al en verdad cesionario, por haber obs-

taculizado la realización del crédito por parte de éste, bien una responsabilidad extracontractual frente al originario acreedor del falso cesionario. Y que en los supuestos de consignación judicial, los gastos de la misma correrán de cuenta de quien resulte no ser el verdadero acreedor (o, en su caso, del tercero que comunicó al deudor la noticia de la inexistente cesión).

No sobraría añadir que, al igual que ocurría con el del artículo 1.527 CC, el efecto liberatorio previsto en el artículo 1.164 CC para el caso (entre otros) de pago al cesionario aparente, es *facultativo* para el deudor: si le interesa, puede renunciar a la protección de la norma y continuar obligado frente al originario y verdadero acreedor, ejercitando una pretensión de cobro de lo indebido contra el cesionario aparente (SCHEYHING *Sukzessionen* § 7 IV 4 d).

VI. En los apartados III y IV de este trabajo, creemos haber demostrado que, por lo que a nuestro Código Civil respecta, la notificación de la cesión al deudor, o el conocimiento de la misma por éste, ni es requisito constitutivo del supuesto de hecho de la transmisión del crédito del cedente al cesionario, ni es requisito de eficacia de la cesión respecto del deudor cedido. Cosas completamente distintas —pero que me temo se han venido tradicionalmente confundiendo con la anterior— son, por un lado, que el deudor pueda quedar liberado si, antes de tener conocimiento de la cesión, paga al cedente, pese a ser ya el cesionario su único y verdadero acreedor; y por otro lado que, según hemos visto en el apartado V, el deudor pueda denegar legítimamente la prestación al cesionario, mientras el cedente no le haya notificado por escrito la cesión, o el cesionario no le ofrezca a cambio un documento de cesión del crédito, otorgado por el cedente.

Cabe preguntarse ahora si tales afirmaciones valen también para la cesión de créditos mercantiles. Porque el párrafo primero del artículo 347 CCom dice así: «Los créditos mercantiles no endosables ni al portador, se podrán transferir por el acreedor sin necesidad de consentimiento del deudor, *bastando poner en su conocimiento la transferencia*». Y el párrafo segundo: «*El deudor quedará obligado para con el nuevo acreedor en virtud de la notificación, y desde que tenga lugar no se reputará pago legítimo sino el que se hiciera a éste*».

Cinco son las posibles lecturas de este precepto: *a)* Hasta el momento de la notificación al deudor del contrato de cesión, no se producirá la transmisión del crédito del cedente al cesionario. *b)* Hasta el momento en que el deudor tenga conocimiento de la cesión, no se producirá la transmisión del crédito del cedente al cesionario. *c)* El contrato de cesión, que producirá de inmediato la transmisión del crédito del cedente al cesionario, será ineficaz respecto del deudor cedido, mientras no le sea notificado. *d)* El contrato de cesión, que producirá de inmediato la transmisión del crédito del cedente al cesionario, será ineficaz respecto al deudor, mientras éste no tenga conoci-

miento del mismo. e) El contrato de cesión producirá de inmediato la transmisión del crédito del cedente al cesionario, naturalmente con plena eficacia respecto del deudor cedido. Sin perjuicio de que su pago al cedente, hecho de buena fe, le libere frente a su verdadero y único acreedor, el cesionario, si así lo desea; y de que pueda denegar la prestación al cesionario sin incurrir en mora, mientras el cedente no le haya notificado por escrito la cesión, o el cesionario no le ofrezca a cambio un documento de cesión del crédito, otorgado por el cedente.

Por razones que no creo preciso reiterar, me parece obvio que sólo la primera y la última de tales lecturas son lógicamente consistentes: por una de ellas habrá que decidirse, no resultando evidente que el legislador haya optado por alguna de las intermedias. Es indiscutible que la primera se acomoda muchísimo mejor al tenor literal del precepto. Pero, por un lado, si para algo sirve el ya relatado estado de la cuestión en las doctrinas francesa y, sobre todo, italiana (*supra*, apartado III) es para darse cuenta de que dicho argumento no puede considerarse decisivo. Y por otro lado: a) No tiene buen sentido, ni teórico ni práctico, predicar para la cesión de los créditos mercantiles una estructura y régimen jurídico diferentes a los de la cesión de los demás créditos; especialmente si se trata de defender para la cesión de los créditos mercantiles un régimen más «formalista» [notificación al deudor como elemento constitutivo de la transferencia del crédito, imposibilitando la cesión de créditos «secreta» (*stille Zession*) y la cesión anticipada de créditos futuros, la identidad de cuyo deudor sea aun desconocida (*vide supra* 2.2)] Y no se olvide, en el trance de elegir de dónde extraer la estructura y régimen jurídico unitarios, que el Código Civil es *lex posterior* al Código de Comercio, y su regulación de la cesión de créditos más completa en lo fundamental (art 1.198 CC). b) El artículo 24 LCCh ha remitido al artículo 347 CCom en materia de cesión ordinaria de la letra de cambio (también de la común, emitida a la orden). Y desde luego resultaría peregrino en tal hipótesis subordinar la eficacia traslativa de la cesión a la notificación de la cesión al deudor (*cf* por todos PERLINGERI *Cessione* pp 172 s, VERGEZ *Endoso* pp 504 s). c) En fin, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo es rotundamente contraria a aquella primera lectura. El cuarto considerando de la sentencia de la Sala Primera de 23 junio 1983 (CLJC 367) reza así: «Tampoco es de acoger el motivo primero, formulado [...] en pretendida violación, por inaplicación, del párrafo segundo del artículo 347 del Código de Comercio, en cuanto previene que “el deudor quedará obligado para con el nuevo acreedor en virtud de la notificación”, porque, como ya ha tenido ocasión de declarar esta Sala en sentencias, entre otras, de 15 abril y 23 junio 1924 y 11 enero y 4 julio 1927, dicho precepto legal, al exigir que la transferencia de los créditos mercantiles se ponga en conocimiento del deudor, no estable-

ce que tal notificación sea indispensable para la validez de la transferencia, sí que tan sólo la manera de obligarle con el nuevo acreedor, al sólo efecto de que no se repute pago legítimo desde aquel acto al que se hiciera en favor del cedente, pues la eficacia y consumación del contrato de cesión no puede hacerse depender de una notificación cuya finalidad está limitada taxativamente en Derecho».

Por todo lo anterior, estimo que hay que inclinarse en favor de la última de las lecturas del artículo 347 CCom antes enunciadas; en favor de una interpretación no apegada a la letra de un precepto que estoy seguro no existiría, si la codificación civil hubiese precedido a la mercantil. Y afirmar, en consecuencia, que en la cesión de los créditos mercantiles, al igual que en la de los civiles, la notificación de la cesión al deudor, o el conocimiento de la misma por éste, ni es requisito constitutivo del supuesto de hecho de la transferencia del crédito del cedente al cesionario, ni es requisito de eficacia de la cesión respecto del deudor cedido.

Quede muy clara una cosa, antes de seguir adelante: como lo importante no son las palabras, sino los contenidos y consecuencias, yo no polemizaría con alguien que afirmase que la cesión de créditos es ineficaz frente al deudor, mientras no le sea notificada o tenga conocimiento de ella, si dejara sentado a continuación, por ejemplo, que en modo alguno estará legitimado el cedente en el entretando para intimar y poner en mora al deudor cedido, o para interrumpir la prescripción del crédito objeto de la cesión; y que el deudor cedido que en el entretando pague al cedente podrá, si así le conviene una vez conocida la cesión, repetir lo pagado y continuar siendo deudor del cesionario, en lugar de ampararse en el efecto liberatorio previsto en los artículos 1.527 CC, 347 II a contrario CCom.

Y si se dejara sentado también —por hacer referencia a un tema sobre el que volveré más adelante— que la cuantía de los daños producidos entre el momento de la cesión y el de la notificación o conocimiento de la misma, de los que tenga que responder el deudor cedido *ex* artículos 1.101 ss CC, se calculará con arreglo al interés del cesionario, y no al del cedente, cuando menos si aquél es menor que éste (si los daños sufridos por el cesionario en el entretando son menores que los que hubiera sufrido el originario acreedor, de no haberse realizado la cesión). Lo que no puede ponerse en duda: SEETZEN AcP 169 (1969), pp 354, 357, 361, GERNHUBER FS Raiser pp 86 s, 88 nt 63, PETERS JZ 1977 pp 119, 120, 122, SCHWENZER AcP 182 (1982) pp 234 s, 239, LARENZ SchuldR I § 34 I nt 7, RÖDER JuS 1984 pp 619 s, ESSER-SCHMIDT SchuldR I § 37 I B, DÖRNER *Dynamische Relativität* pp 257 ss, PALANDT-HEINRICHS § 398 Anm 5 a.

Ahora bien, una vez dejara sentado todo lo anterior, sí pediría a ese alguien que reflexionase sobre la impropiedad de hablar entonces de *ineficacia* respecto del deudor de la cesión que no le haya sido notificada, o no haya sido conocida por él.

VII. Sujetos del contrato de cesión son, típicamente, el antiguo y el nuevo acreedor, el cedente y el cesionario. Como regla, el consentimiento o asentimiento del deudor cedido no es necesario para

la validez y plena eficacia de la cesión (opinión unánime; *cfr* art 347 I CCom). Excepciones: cuando exista un *pactum de non cedendo*, o cuando la cesión del crédito resulte en principio excluida a causa, exclusivamente, del interés protegible del deudor en no realizar la prestación de que se trata a persona diferente del originario acreedor, como ocurrirá en muchos casos en que el crédito tenga por objeto un *facere*. Aparte tales hipótesis, sin embargo, se procura en la práctica con cierta frecuencia que el deudor manifieste su conformidad con la cesión, que declare de manera expresa que la «acepta» o la «consiente»; con las consecuencias —junto a la obvia en relación con lo dispuesto en el art 1527 CC— en materia de excepciones oponibles por el deudor cedido al cesionario que más adelante estudiaremos (pero véase ya art 1198 I CC). Carece de interés bastante la polémica, a mi juicio puramente conceptual, sobre si en todos o algunos de los mencionados supuestos de intervención del deudor cedido, quepa calificar a éste de «parte» en sentido propio y de «trilateral» al correspondiente negocio jurídico de cesión (PANUCCIO *Cessione volontaria* pp 12 ss, *Cessione* p 848, BIANCA *Debitore* pp 315 ss, PERLINGERI *Cessione* pp 61 ss, 69 ss). Si el cesionario es el propio deudor, el crédito se extinguirá por confusión; aunque no si se trata de una cesión sometida a condición resolutoria, o de una «cesión» en garantía (MünchKomm-ROTH § 398 RdNr 11, PALANDT-HEINRICHES § 398 Anm 2 c). El régimen de la cesión de créditos ordinaria es también aplicable cuando el crédito se cede totalmente a un conjunto de nuevos acreedores mancomunados o en mano común, incluso si el originario acreedor es miembro de una tal comunidad. No, por el contrario, cuando se trata de configurar una solidaridad de acreedores entre el antiguo y el nuevo acreedor, o entre varios nuevos acreedores: estaremos ante un negocio atípico, que requerirá el consentimiento del deudor (MünchKomm-ROTH § 398 RdNr 42, PALANDT-HEINRICHES § 398 Anm 2 d).

Se habla de cesión «en blanco» (*Blankozession*: § SCHEYHING *Sukzessionen* § 2 II, ESSER-SCHMIDT *SchuldR* I § 37 I 2 d, MünchKomm-ROTH § 398 RdNr 21 s, PALANDT-HEINRICHES § 398 Anm 2 b), cuando, pensando en una eventual transmisión ulterior del crédito por el primer «tomador», el cedente emite y le entrega un documento de cesión en el que el nombre del cesionario se deja en blanco, quedando autorizado el «tomador» para designar como tal, bien a sí mismo, bien a un tercero. El hueco será normalmente rellenado con el nombre de la persona que constituya el eslabón final de la eventual cadena de transmisiones del crédito, que será la única que aparezca al exterior como nuevo acreedor. Se trata con ello, entre otras cosas, de impedir que el deudor cedido pueda oponer a este último excepciones que pudieran haberle correspondido contra el cesionario o cesionarios intermedios, también en casos distintos a aquéllos, posibles pero excepcionales, en los que el (entonces no ver-

dadero) «cesionario intermedio» actúe exclusivamente por cuenta y en interés del («primer» y único verdadero) cedente, o del («último» y único verdadero) cesionario; supuestos estos últimos que no plantean especiales problemas.

Es indudable que el sistema, en principio perfectamente lícito, logrará con frecuencia en la práctica aquel objetivo, al permanecer oculta para el deudor cedido la existencia o la identidad del cesionario o cesionarios intermedios; pero no garantiza jurídicamente la consecución del mismo. Para ello, habría que sostener que el último cesionario adquiere directamente el crédito del primitivo acreedor, sin que exista sucesión de ningún tipo entre aquél y el cesionario intermedio. Para sostener lo cual, o se afirma que mientras el espacio en blanco no se rellena el crédito permanece sin sujeto, o se afirma que el cesionario intermedio actúa a la vez por cuenta e interés propio y como representante sin poder (con posterior ratificación con eficacia retroactiva, art 1.259 II CC) del desconocido e indeterminado último cesionario, o se afirma que hasta que éste entra en escena sigue siendo acreedor el originariamente tal. Ahora bien, las dos primeras afirmaciones no parecen de recibo en nuestro ordenamiento, y la última contradice como regla la voluntad de las partes, que típicamente excluyen que, durante el período en que el espacio del documento de cesión reservado para el nombre del cesionario permanece en blanco, puedan todavía actuar sobre el crédito los acreedores del acreedor originario.

El cedente ha de ser titular del crédito y estar facultado para disponer de él. En los supuestos de solidaridad de acreedores, cualquiera de ellos lo está; en los de mancomunidad, sólo todos los acreedores mancomunados conjuntamente. Si el crédito no existió nunca o no existe ya, no perteneció nunca o no pertenece ya al cedente, o si éste convino con el deudor un *pactum de non cedendo*, el cesionario no adquirirá el crédito, como regla general (*cf*r LARENZ SchuldR I § 34 I, MünchKomm-ROTH 398 RdNr 19 s, MEDICUS SchuldR I § 62 I 3). Aparte las obvias, consistentes en la posterior ratificación del verdadero titular o en la legitimación sobrevenida del cedente, las excepciones a dicha regla general vendrán provocadas por el juego, bien del principio de fe pública registral, en materia de cesión de créditos hipotecarios (*cf*r art 144 LH, PEÑA *Derechos reales* p 445), bien del que prohíbe *venire contra factum proprium* (art 7.1 CC), cuando se trate de un cesionario de buena fe y a título oneroso, que confió en una situación objetiva de apariencia creada a sabiendas por quien resulte perjudicado por la adquisición del cesionario. El § 405 BGB, cuyas disposiciones creo trasladables a nuestro Derecho, dice así: «Si el deudor ha otorgado un documento sobre la deuda, no puede, si el crédito se cede bajo presentación del documento, alegar frente al nuevo acreedor que el contraer o el reconocer la relación obligatoria sólo se ha realizado con fines de simulación, o que la

cesión está excluida por pacto con el primitivo acreedor, a no ser que el nuevo acreedor conociera o debiera conocer el estado de las cosas en el momento de la cesión». Y como ya hemos apuntado en los subapartados 2.1 y 2.2 de este trabajo, constituyen otro buen ejemplo las cesiones a terceros de buena fe y a título oneroso llevadas a cabo por los aparentes cesionarios de anteriores cesiones simuladas o fiduciarias (*cfr* en este sentido CANARIS *Vertrauenshaftung* pp 93 s, 102, SCHEYHING *Sukzessionen* § 6 II, MünchKomm-ROTH § 405 RdNr 11, PALANDT-HEINRICHS § 405 Anm 2 c). Se trata, sin embargo, de excepciones. En los casos de doble o múltiple cesión del crédito por el acreedor originario, en concreto, lo adquirirá como regla el primero de los cesionarios: cualquier cesión posterior será inhábil para producir la adquisición, por no ser ya el cedente titular del derecho de crédito (GARCIA CANTERO *Comentarios XIX* p 654 nt 38, LACRUZ *Elementos II-1.º* p 300, MünchKomm-ROTH § 398 RdNr 19, § 408 RdNr 1, MEDICUS *SchuldR I* § 63 IV 2, PALANDT-HEINRICHS § 408 Anm 1 a; *contra*, desde sus erróneas premisas, NAVARRO *Cesión* pp 145 ss).

Distinta es, por expresa disposición legislativa al respecto, la solución del Derecho italiano (art 1.265 CC, por todos PERLINGERI *Cessione* pp 222 ss). Y la del Derecho francés, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.690 CC (RIEG *Cession* nn 589 ss, WEILL-TERRE *Obligations* p 946). En nuestro Derecho —no es impertinente señalarlo— no existe ningún precepto semejante a los citados; lo que debe ser motivo de aplauso a nuestro legislador, pues se trata de normas de muy difícil explicación racional: fruto, a mi juicio, de una histórica confusión del problema de quien adquiera en los casos de doble cesión, con los que a continuación se explican en el texto (ilustrativo al respecto, GRAZIADEI BBTC 1962 II pp 354 ss).

Cuestión por completo diferente a la anterior es la siguiente. Si ante la notificación por el acreedor originario de que cedió al segundo cesionario, o ante la presentación por éste de un documento de cesión otorgado por aquél, el deudor paga al segundo cesionario *sin tener conocimiento de la primera cesión* (en el sentido indicado en el apartado V de este trabajo), el deudor quedará liberado, si así lo desea, *ex* artículo 1.164 CC: no porque haya pagado al verdadero acreedor, sino pese a haber pagado a quien sólo era un acreedor aparente. Si lo prefiere, una vez conocida la primera cesión, el deudor podrá repetir lo pagado al segundo cesionario *ex* artículo 1.895 CC y continuar obligado frente al primero (*cfr* § 408 I BGB, cuyo carácter de norma *facultativa* para el deudor han señalado SCHEYHING *Sukzessionen* § 7 II 3, MünchKom-ROTH § 408 RdNr 2). Seguramente hay que afirmar también que el deudor podrá hacer valer frente al primer cesionario los negocios relativos a la existencia o efectividad del crédito, que de buena fe haya realizado con el segundo

cesionario, por creerle su verdadero nuevo acreedor (*cf*r igualmente § 408 I BGB).

Pese a la ya indicada regla de prioridad temporal en materia de doble cesión, y teniendo claro que en modo alguno se trata de una excepción en sentido propio a la misma, puede ocurrir en ocasiones, por el juego del artículo 1.526 I CC, que el segundo cesionario resulte victorioso sobre el primero en el litigio entre ambos. Como en el ejemplo siguiente. El 1 de enero *A* cedió verbalmente a *B*, ante testigos, su crédito contra *D*. Quince días después, sin que la primera cesión se hubiese aún documentado en modo alguno, *A* volvió a ceder el crédito contra *D*, ahora a *C*, documentándose esta cesión es escritura pública. Ante la reclamación de *C*, exhibiendo y ofreciendo a cambio la escritura de cesión, *D*, que no había tenido conocimiento de la primera cesión, realizó el pago. Ante la ulterior reclamación de *B*, *D*, exhibiéndole la citada escritura y el correspondiente recibo, le opuso que él ya habría quedado liberado mediante su pago a *C*, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.164 CC, caso de ser realmente el reclamante el verdadero nuevo acreedor. *¿Quid iuris* entonces? La respuesta es muy clara con los principios generales que gobiernan la cesión de créditos en la mano: *B*, que fue el único y verdadero acreedor, tendrá una pretensión frente a *C* —concretamente, la de cobro de lo indebido que hubiera podido ejercitar *D*, en la que quedó subrogado por aplicación analógica de lo dispuesto en el art 1.186 CC— para exigirle la restitución de lo que *D* le pagó; pudiendo a continuación exigir *C* a *A* la responsabilidad prevista en el artículo 1.529 I prop 1.^a CC (de tratarse, como de ordinario, de una cesión a título oneroso). Pero seguramente las cosas no funcionarán así, ya que, si *C* se niega a restituir a *B* lo que *D* le pagó, *B* no podrá ejercitar judicialmente con éxito su pretensión frente a aquél, porque no le será posible ofrecer la necesaria prueba de la prioridad en el tiempo de su cesión, al haber sido ésta verbal y venir tasados los medios probatorios al efecto por el artículo 1.526 I CC. Le quedará sí a *B* el recurso de exigir a *A* la indemnización correspondiente por la vía de la responsabilidad contractual.

Sobre el artículo 1.526 I hemos de volver más adelante. Espero, sin embargo, que las dos ideas fundamentales al respecto hayan quedado ya bien establecidas. Por un lado, que no se trata en modo alguno de un precepto que establezca para las cesiones de créditos una forma documental *ad solemnitatem*. Y por otro que, pese a su impreciso tenor literal, tampoco establece dicha norma un requisito de *eficacia* de la cesión contra terceros, sino, expresándose con propiedad, un requisito para la *prueba* de la cesión contra terceros. El ejemplo anterior ilustra muy bien lo que queremos decir: si *C* triunfa sobre *B* no es porque, dado que la primera cesión fue sólo verbal, *C* adquiriera efectivamente el crédito (*¿a domino* o *a non domino*?) en virtud de la segunda cesión hecha en documento público, sino sim-

plemente porque *B* no puede ofrecer la prueba que la ley le exige de lo que nosotros, porque el ejemplo es nuestro, sabemos que ocurrió: que *B* y sólo *B*, como primer cesionario, adquirió la titularidad del crédito y que nunca la adquirió *C* porque en el momento de la cesión en su favor *A* ya no era titular del mismo.

Escribió COSSIO *Instituciones* I p 328: «Es preciso aclarar, sin embargo, que a pesar de los términos del precepto que venimos examinando, la cesión afectará al tercero siempre que se pruebe por cualquier medio que había tenido conocimiento de ella, ya que los artículos del CC al que el mismo se refiere, no contienen formas constitutivas, sino tan sólo reglas de valoración de la prueba, que podrán en cualquier momento ser desvirtuadas mediante la demostración de los hechos contrarios». Sorprende enormemente el éxito que estas palabras han tenido en la doctrina posterior (GARCIA CANTERO *Comentarios* XIX p 652, LACRUZ *Elementos* II-1.º p 298, NAVARRO *Cesión* p 136). Porque, una de tres. O se sostiene que el artículo 1.526 I CC es un mero recordatorio de lo que se dispone en los artículos 1.218 y 1.227 CC y, consecuentemente, que se trata de una norma superflua. O se sostiene, como yo sostengo, que se trata de una norma «procesal», que tasa los medios de prueba contra tercero de la existencia de una cesión en una determinada fecha. O se sostiene que se trata de un precepto de carácter sustantivo, que representa en materia de doble cesión lo que el artículo 1.473 CC en materia de doble venta (MADRIDEJOS RDN 1961 pp 391 s), debiendo entonces explicarse cómo ha podido cometer nuestro legislador la insensatez de establecer como criterio de preferencia un hecho como la documentación de la cesión, que en modo alguno cabe considerar una medida de publicidad de la misma [Con relación a su art 1.690 CC, un sector de la doctrina francesa ha puesto en solfa la explicación de las formalidades previstas en la norma para la oponibilidad de la cesión a terceros (*signification*, aceptación) desde la idea dominante de que se trata de medidas de publicidad, proponiendo alguno de *lege ferenda* la supresión de las mismas al efecto (*cfr* GHESTIN *Transmission* p 28, FONTAINE *Transmission* p 623, RIEG *Cession* n 137). Con relación a su art 1.265 CC, la doctrina italiana dominante ha abandonado por completo aquella explicación, desviando consecuentemente el centro de gravedad del precepto desde la notificación o aceptación a la certeza de la fecha, a la que se califica de criterio normativo unificador y determinante (*cfr* por todos PERLINGERI *Cessione* pp 243 ss, 250 ss)] Pues bien, sólo desde la tercera de las indicadas lecturas del artículo 1.526 I, que lo equipararía funcionalmente con los artículos 1.690 CC francés y 1.265 CC italiano, tiene sentido cuestionarse si para que el tercero pueda ampararse en la norma es o no preciso que sea de buena fe (*cfr* PERLINGERI *Cessione* pp 246 ss, RIEG *Cession* nn 288 ss). Ocurre sólo que dicha lectura es, a mi juicio, completamente equivocada.

Desde el entendimiento del artículo 1.526 I que yo estimo acertado —que se trata de una norma «procesal», que tasa los medios de prueba contra tercero de la existencia de una cesión en una determinada fecha, a fin de evitar que los terceros (acreedores del acreedor, personas que han adquirido de él, bien la titularidad plena del crédito, bien un usufructo o derecho de prenda sobre el mismo) puedan

resultar defraudados mediante simulación de una cesión de fecha anterior; que no se trata de una norma «sustantiva», que establezca un criterio de preferencia distinto al de la prioridad temporal para los supuestos de conflicto entre dos o más personas que pretenden derechos incompatibles sobre el mismo crédito (a diferencia de los arts 1.690 CC francés y 1.205 italiano)—, se comprenderá que afirme que el artículo 1.526 II CC no tiene nada que ver con el problema de las adquisiciones *a non domino* de los créditos hipotecarios con base en el principio de fe pública registral (*contra* ROCA SASTRE *Derecho Hipotecario* IV-2.º pp 871 s, PEÑA *Derechos reales* pp 444 s), sino que ha de ponerse en conexión con el vigente artículo 313 LH. Precisión ésta sin otra consecuencia práctica (pues ciertamente se trata hoy de un párrafo superfluo) que la de evitar que el párrafo primero del artículo 1.526 pueda ser mal interpretado a causa de un equivocado entendimiento del párrafo segundo.

VIII. Como regla, de cuyas excepciones hablaremos más adelante, los créditos son transmisibles y pueden ser objeto de cesión (art 1.112 CC). También los sometidos a condición suspensiva o término inicial, los «créditos» correlativos a las obligaciones naturales y los prescritos (por todos, PERLINGERI *Cessione* pp 12 s, MünchKomm-ROTH § 398 RdNr 45, RIEG *Cession* nn 45 ss). También los créditos litigiosos, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 1.459.5.º, 1.535, 1.536 CC (sobre este tema, me limitaré a remitir al lector a DE CASTRO ADC 1953 pp 259 ss, GARCIA CANTERO *Comentarios* XIX pp 696 ss, NAVARRO *Cesión* pp 251 ss). Los créditos incorporados a títulos no al portador pueden ser también objeto de cesión ordinaria (arts 14 II, 24, 120 III LCCh).

8.1. Cedible es también el crédito integrante de una relación obligatoria sinalagmática, aunque la contraprestación no se haya cumplido todavía. La cesión afectará sólo al lado activo de la posición jurídica del cedente, permaneciendo a su cargo las obligaciones en que la contraprestación consista, que únicamente pueden ser transferidas con el consentimiento de la otra parte de la relación (art 1.205 CC). De acuerdo con los principios que, como veremos, regulan la oponibilidad de excepciones por parte del deudor cedido, podrá éste oponer al cesionario todas las derivadas de su contrato bilateral con el cedente, y entre ellas la *exceptio non adimpleti contractus* o las previstas en los artículos 1.467, 1.502 CC. Hasta aquí lo obvio (por todos, PANUCCIO *Cessione* p 857, MünchKomm-ROTH § 398 RdNr 71).

¿Mantendrá el cedente tras la cesión la posibilidad de oponer al cedido y acreedor suyo la *exceptio non adimpleti contractus*? Hay sin duda que inclinarse por la respuesta afirmativa [GERNHUBER FS Raiser pp 67 ss, SCHWENZER AcP 182 (1982) pp 225 s, LARENZ SchuldR I § 34 I, SCHEYHING *Sukzessionen* § 4 II 6 c,

MünchKomm-ROTH § 398 RdNr 72, DÖRNER *Dynamische Relativität* pp 324 s, PALANDT-HEINRICHS § 398 Anm 5 b; *contra* LUDEWIG NJW 1972 pp 516 s]. Ello resulta claro cuando se trata de una cesión *pro solvendo* o el cedente garantiza la *bonitas nominis*; pero también debe mantenerse para los demás casos: de otra forma se vendría a favorecer injustificadamente al cedido en perjuicio de los intereses del propio cesionario; intereses que como regla habrá de defender el cedente ejercitando la excepción que nos ocupa, so pena de tener que responder contractualmente frente al cesionario por incumplimiento de su deber accesorio de colaborar en la medida de sus posibilidades en la realización del crédito cedido. Si el cesionario concede un aplazamiento al deudor, privará ciertamente al cedente de la posibilidad de oponer a éste la excepción analizada [GERNHUBER FS Raiser p 72, SCHWENZER AcP 182 (1982) pp 228 s]; pero lo hará a su propio riesgo. También conservará el cedente tras la cesión la posibilidad de oponer al cedido y acreedor suyo las excepciones previstas en los artículos 1.467, 1.502 CC (así, respecto del § 321 BGB, DÖRNER *Dynamische Relativität* pp 325 s, refutando eficazmente los argumentos en contra de GERNHUBER FS Raiser pp 74 ss).

¿Quién estará legitimado, llegado el caso, para resolver la relación obligatoria *ex* artículo 1.124 CC? No se plantearán dudas, si cedente y cesionario han pactado al respecto [*cfr* STS 23 octubre 1984, CCJC 6 (1984) pp 2027 ss, con comentario de CLAVERIA GOSALVEZ]. Caso contrario, la cuestión es extraordinariamente discutible. Sigue teniendo importante predicamento la idea de que la facultad de resolución ha de corresponder al cedente, que continúa siendo «señor del crédito» (*cfr* PANUCCIO *Cessione volontaria* 48 ss, 53 s, CICALA *Cessione del contratto* pp 64 ss, PERLINGERI *Cessione* p 153, ESSER-SCHMIDT SchuldR I § 37 I 3 b, LACRUZ *Elementos* II-1.º p 300 nt 13); si bien es cada vez más frecuente que se añada que no podrá ejercitarla sin el asentimiento del cesionario, por cuanto tal ejercicio conlleva la extinción del crédito cedido o la pérdida de la pretensión indemnizatoria equivalente de la que aquél era titular [SEETZEN AcP 169 (1969) pp 364 ss. PALANDT-HEINRICHS § 398 Anm 5 a]. Desde que en un fundamental trabajo se puso de manifiesto lo endeble de las premisas de las posturas anteriores [GERNHUBER FS Raiser pp 78 ss, 92 ss; véase también SCHWENZER AcP 182 (1982) pp 218 ss, RÖDER JuS 1984 p 619, DÖRNER *Dynamische Relativität* pp 295 ss], ha ganado partidarios en la doctrina alemana la tesis de que la facultad de resolución corresponderá en exclusiva al cesionario [SCHWENZER AcP 182 (1982) pp 244 s, SCHEYHING *Sukzessionen* § 4 II 6 c, DÖRNER *Dynamische Relativität* pp 308 s]; aunque el autor de aquel trabajo acabó optando por la postura del ejercicio conjunto de la facultad resolutoria por cedente y cesionario, con el argumento de tratarse para éste de una facultad puramente «destruc-

tiva» (GERNHUBER FS Raiser pp 95 s; en la misma línea STAUDINGER-OTTO § 327 Rz 3, LARENZ SchuldR I § 34 I, MünchKomm-EMMERICH § 325 RdNr 23, MünchKomm-ROTH § 398 RdNr 72, MEDICUS SchuldR I § 61 II 2). Que la acción de resolución pase de pleno derecho al cesionario, en cuanto juega un papel de garantía, de medio de coerción contra el deudor cedido que no satisface su obligación, constituye opinión dominante entre los juristas franceses (*cf*r RIEG *Cession* n 361; como lo fue en la vieja doctrina italiana, según informa PANUCCIO *Cessione volontaria* p 52 ss nt 70), aunque con recientes contradictores (AYNES *Cession de contrat* pp 33 ss). Descabellada me parece la postura de quienes sostienen que dicha acción, que en ningún caso pasaría de derecho al cesionario, o corresponde al cedente, si éste ha garantizado al cesionario la solvencia del deudor, o no corresponde a nadie, en la hipótesis contraria, por falta de interés del cedente (PANUCCIO *Cessione* p 865, CICALA *Cessione del contratto* p 67 nt 23. NAVARRO *Cesión* p 278). Naturalmente, quien asigne la facultad de resolución exclusivamente al cesionario, habrá que tener muy claro que, si la ejercita, no podrá luego hacer valer frente al cedente la garantía de la *bonitas nominis* que eventualmente se hubiera pactado entre ambos: el cedente podrá sin duda oponerle la excepción del *venire contra factum proprium* [SCHWENZER AcP 182 (1982) p 245].

A mi juicio, la solución correcta ha de partir de la premisa de que la facultad de resolución corresponde al *cesionario*. Por la sencilla razón de él es «el perjudicado» del que dice el artículo 1.124 CC que «podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos», y que «también podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible»; no pudiendo existir duda alguna sobre que sea el cesionario el titular de la pretensión de cumplimiento y de la de resarcimiento de daños por incumplimiento. Lo único que puede discutirse es si el cesionario precisará o no el concurso del cedente para ejercitar la facultad resolutoria. Y con dudas me inclino por la respuesta afirmativa. Por un lado, porque la resolución afecta a la esfera jurídica del cedente, y no necesaria y exclusivamente de manera favorable. Piénsese en la hipótesis de que, habiendo cumplido ya el cedente lo que le incumbía, y no teniendo interés alguno en la restitución de su prestación, tuviese que responder frente al cedido, que no ha consentido un cambio de deudor, de la restitución de lo que el cedido hubiera ya entregado al cesionario, caso de resolver éste la relación obligatoria por cumplimiento parcial o defectuoso [No me convence el intento de superar esta objeción que ofrece SCHWENZER AcP 182 (1982) p 245 nt 123]. Y por otro lado porque, sin un previo acuerdo con el cedente sobre la manera en que habrán de ajustarse entre ambos las consecuencias de la liquidación de la relación obligatoria, el ejerci-

cio de la facultad de resolución no reporta beneficio alguno al cesionario. No veo la forma, por ejemplo, en que, de haber cumplido ya el cedente lo que le incumbía, podría el cesionario que autónomamente hubiera resuelto la relación obligatoria exigirle que le cediese la pretensión de restitución de lo que pagó al cedido. Se ha sostenido que con arreglo a las normas sobre enriquecimiento injusto (DÖRNER *Dynamische Relativität* p 309). Pero, aun dejando de lado que tales normas no existen en nuestro Derecho, y puesto que un ejemplo ilustrativo vale más que muchas palabras: si *A* y *B* son cada uno propietario de uno de los dos únicos ejemplares de un antiguo sello de correos, y voluntariamente destruye *A* el suyo, ¿se le ocurrirá a alguien afirmar que tendrá una pretensión contra *B* por el injustificado enriquecimiento que ha obtenido al multiplicarse el valor de su ahora único ejemplar filatélico? En el caso de que el cedente no hubiera cumplido todavía lo que le incumbía, resultaría ingenioso sugerir, en favor del cesionario que hubiese resuelto, la aplicación analógica del artículo 1.158 CC, equiparando al pago la liberación del cedente de su obligación frente al cedido a consecuencia de la resolución (*cfr* DÖRNER *Dynamische Relativität* pp 307, 309). Ingenioso, pero seguramente incorrecto: si el artículo 1.158 es una norma pensada fundamentalmente en beneficio de los deudores, no cabrá aplicarla por analogía a un medio de liberación del acreedor que no satisfaga el interés del deudor.

¿*Quid iuris*, en fin, si el cedente sufrió un error u otro vicio de la voluntad al celebrar el contrato fuente de la relación obligatoria sinalagmática? ¿A quién corresponderá la acción de anulación? Que seguirá correspondiendo al cedente, salvo que haya de verse una confirmación tácita en el negocio de cesión, es la opinión dominante (PANUCCIO *Cessione volontaria* p 51, *Cessione* p 866, CICALA *Cessione del contratto* pp 64 ss, PERLINGERI *Cessione* pp 152 s, RIEG *Cession* n 361), aunque añadiéndose con frecuencia que no podrá ejercitarla sin el asentimiento del cesionario [FLUME *Rechtsgeschäft* § 31 3, MünchKomm-ROTH § 398 RdNr 72, PALANDT-HEINRICH § 398 Anm 5 a. En un sentido muy diferente, ligado a la observación de CICALA *Cessione del contratto* pp 120 ss de que el cesionario es «tercero» respecto del contrato anulable, que podrá quedar protegido en los términos del art 1.445 CC, impidiendo así el ejercicio por el cedente de la acción de anulabilidad, ha afirmado PERLINGERI *Cessione* pp 154 s la necesidad del asentimiento del cesionario, cuando así resulte protegido, para el ejercicio de la acción por el cedente. En nuestro Derecho no existe ningún precepto como el art 1.445 italiano]. Una minoría propone, sin embargo, una solución diferenciada, según se trate de la cesión de un crédito de dinero (p.e. del crédito al precio de la venta del cedente al cedido, celebrada con error por el primero), en cuyo caso la facultad de anular seguirá correspondiendo al cedente, o se trate de la cesión de un crédito de

cosa (p.e. el objeto comprado por error por el cedente al cedido, y aún no entregado por éste), en cuyo caso —se nos dice— habrá de corresponder al cesionario, pues será él, no el cedente, el único interesado en el asunto. Piénsese —se nos pone este ejemplo— en el caso de que *A* ceda a *B* por algo más de 100 el crédito a la cosa que *A* compró a *C* por 100, cuando en realidad sólo valía 10, por error de *A* o dolo de *C* [SCHWENZER AcP 182 (1982) pp 250 ss, DÖRNER *Dynamische Relativität* pp 319 ss].

Mis posiciones son las siguientes. En los supuestos ordinarios, en que se ceden créditos de dinero, la acción de anulabilidad seguirá correspondiendo al *cedente*; éste podrá ejercitarla sin necesidad de contar con el asentimiento del cesionario; pero si lo hace, habrá de responder frente a éste *ex* artículo 1.529 I prop 1.^a CC [PANUCCIO *Cessione volontaria* pp 51 s nt 67, *Cessione* p 866, SCHWENZER AcP 182 (1982) pp 251 s; parecido DÖRNER *Dynamische Relativität* pp 323 s]. Creo que también seguirá correspondiendo al cedente, y no al cesionario, en los casos de cesión de créditos de cosa. El ejemplo antes mencionado sirve bien para argumentar mi punto de vista: o *B* compró a *A* el crédito por error, y entonces podrá anular la compraventa del crédito (y luego *A* anular la compraventa de la cosa), o *B* compró a *A* el crédito sin error alguno, y entonces no tendría el más mínimo sentido concederle la facultad de anular la compraventa de la cosa. Ahora bien, para poder ejercitar la acción en tales casos, el cedente habrá de contar con el asentimiento del cesionario, salvo que éste haya anulado previamente el contrato de cesión; porque el cesionario puede preferir pese a todo quedarse con la cosa de que se trate. Puesto que en nuestro Derecho el plazo de cuatro años de la acción de anulabilidad comienza a contar, en los casos de error o dolo, «desde la *consumación* del contrato» (art 1.301 III CC), no existe riesgo para el cedente de que el cesionario pudiese descubrir su error y anular el contrato de cesión en un momento en el que hubiera transcurrido ya el término en que poder ejercitar la acción de anulabilidad del contrato de compraventa de la cosa.

Para las acciones de saneamiento por vicios ocultos, valen las mismas soluciones que para la de resolución por incumplimiento [*cf* SEETZEN AcP 169 (1969) pp 370 s, SCHWENZER AcP 182 (1982) pp 245 s, SCHEYHING *Sukzessionen* § 4 II 6 c, ESSER-SCHMIDT *SchuldR* I § 37 I 3 b, MünchKomm-ROTH § RdNr 72, DÖRNER *Dynamische Relativität* pp 312 s]. Y las soluciones dadas para la acción de anulabilidad, valen también para la de rescisión por lesión (véase la bibliografía citada a propósito de la primera).

8.2. Cabe también la cesión de sólo una parte de un crédito, siempre que la prestación objeto del mismo sea divisible y la cesión parcial no esté excluida por pacto con el deudor; pacto que podrá excluir absolutamente las cesiones parciales, o permitir las sólo en determinadas condiciones (p.e. no por cuantía inferior a una determina-

da). Así se deduce con toda claridad del artículo 149 I LH: «El crédito hipotecario puede enajenarse o cederse en todo o en parte [...]», resultando imposible imaginar algún motivo por el que la admisibilidad de las cesiones parciales debiera limitarse a los créditos garantizados con hipoteca. Y es, por lo demás, opinión dominante en el Derecho comparado [cfr PANUCCIO *Cessione* p 858, DERDELER AcP 169 (1969) p 97, PERLINGERI *Cessione* p 14, LARENZ SchuldR I § 34 I, SCHEYHING *Sukzessionen* § 8 I, ESSER-SCHMIDT SchuldR I § 37 I 2, RIEG *Cession* n 43, PALANDT-HEINRICHS § 398 Anm 4 b; *contra* MünchKomm-ROTH § 398 RdNr 48, pero ya KOGEL NJW 1975 p 2063]. Un límite general se encuentra, eso sí, en el artículo 7.2 CC, que cabría oponer en los casos de un gran número de cesiones parciales de un mismo crédito a un gran número de nuevos acreedores [en general sobre la «intolerabilidad» para el deudor cedido de determinadas cesiones de créditos, BAUMGÄRTEL AcP 156 (1957) pp 265 ss].

Efecto de la cesión parcial es la división del crédito originario en una pluralidad de créditos, cuyas relaciones recíprocas obedecen a los principios de autonomía —cada uno de ellos seguirá su propia suerte, de acuerdo con las reglas relativas a los créditos parciarios— y de igualdad. No existe prelación de la parte cedida sobre la restante, ni viceversa; la secuencia temporal de las varias cesiones parciales carece de relevancia para el *status* recíproco de los créditos parciarios. El deudor es libre de preferir a uno de los acreedores y pagarle primero la totalidad de su parte (lo que no significa, claro está, que pueda no pagar al que primero le exija el cumplimiento). Cabe que el cedente pacte con el cesionario parcial que el crédito de uno de ellos sea preferente sobre el del otro; pero tal pacto tendrá sólo eficacia en las relaciones internas, y no frente al deudor cedido, salvo que éste haya concurrido o prestado su adhesión al mismo. Si el cedente cede luego a un tercero la parte restante del crédito, tampoco tiene el tercero que dejarse oponer el pacto de prelación, a no ser que haya asumido el correspondiente deber; pero habrá de contar con que el deudor, si ha concurrido a la celebración de dicho pacto, le oponga que debe pagar primero al otro acreedor. El significado del pacto de prelación consiste siempre en que el vinculado por él se obliga frente a su cocontratante a darle preferencia ante una solvencia insuficiente del deudor, esto es, a colocarle en una posición igual a la de si su crédito fuera de rango preferente. Si el deudor da su conformidad a dicho pacto, un cumplimiento en el orden contrario podrá generar deberes indemnizatorios a su cargo.

Sobre todo lo anterior, DERDELER AcP 169 (1969) pp 98 ss, LARENZ SchuldR I § 34 I, SCHEYHING *Sukzessionen* § 8 II 1, MünchKomm-ROTH § 398 RdNr 46, PALANDT-HEINRICHS § 398 Anm 4 b. Véase también RIEG *Cession* nn 347, 600 s, donde se comprobará que la doctrina francesa parece partidaria de la eficacia frente a terceros del pacto de

prelación. A mi juicio, en cambio, el cedente que pacta la prioridad frente a él del primer cesionario parcial se obliga, bien a no ceder la parte restante sin lograr que el tercero asuma también dicha preferencia, bien a garantizar al primer cesionario parcial la solvencia del deudor en la medida necesaria para hacer su situación equivalente a la de si el tercero hubiera asumido el pacto de prelación.

No será infrecuente que los varios acreedores parciarios tengan un común representante o autorizado para el pago: el propio cedente, por lo general. Si conociendo la existencia de la cesión o cesiones parciales, el deudor entrega a aquél una cantidad no bastante para satisfacer íntegramente todos los créditos, habrán de aplicarse las normas sobre imputación de pagos (arts 1.172 ss CC). Que dichos preceptos son también aplicables a una hipótesis como ésta, pese a que el artículo 1.172 comienza refiriéndose a «el que tuviere varias deudas de una misma especie en favor de *un solo acreedor*», lo afirma la doctrina más atenta (BERCOVITZ *Comentarios XVI-1.º* pp 165 s). Que afirma también la posibilidad de una imputación tácita del deudor (p 174), como la que seguramente habrá que entender realizada si, existiendo un acuerdo interno de distribución entre los acreedores, el deudor paga con conocimiento del mismo al representante o autorizado común, sin declaración en contrario (el supuesto es semejante al contemplado en el art 1.172 II CC). *¿Quid iuris* si, desconociendo la existencia de una cesión parcial, el deudor realiza un pago parcial a su acreedor originario; si, por poner un ejemplo, *D* paga 800 a *X*, desconociendo que éste ha cedido a *Y* la cuarta parte de su crédito de 1.000 contra *D*? En el momento en que tenga conocimiento de la cesión parcial, *D* podrá optar por ampararse en lo dispuesto en el artículo 1.527 CC; en cuyo caso, por aplicación del artículo 1.174 II CC, habrá que concluir que 600 de las 800 pagadas se imputarán al pago de su deuda de 750 frente a *X* y las otras 200, al pago de su deuda de 250 frente a *Y*. O podrá optar, por el contrario, por no ampararse en aquel precepto (*supra*, apartado IV); en cuyo caso, quedará plenamente extinguida su deuda de 750 frente a *X*, podrá repetir de éste las 50 de diferencia con las 800 que le pagó, y continuará siendo deudor de *Y* por 250 [Sobre todo lo anterior con ulteriores precisiones, DERDELER AcP 169 (1969) pp 100 ss].

X vende a *D* una cosa por 1.000 y cede a *Y* un crédito de 250, parte de su crédito de 1.000 contra *D*, notificándole a éste la cesión parcial. *Y* reclama a *D* el pago de su crédito de 250, pero *D* le contesta, alegando lo dispuesto en el artículo 1.486 *in fine* CC, que sólo le pagará 50, porque la cosa que *X* le vendió tenía vicios ocultos que disminuían su valor en una quinta parte. *¿Quid iuris*?

Si hemos de hacer caso a lo decidido por el *Bundesgerichtshof* en su sentencia de 8 diciembre 1966 (BGHZ 46 pp 242 ss), la respuesta sería la siguiente. El derecho de *D* a una rebaja de 200 en el precio de compra, sólo podrá ser opuesto a *Y* por 50, es decir, en la misma

proporción en que la parte del crédito que *X* le cedió se encuentra respecto del total del mismo ($250/1.000 = 1/4 = 50/200$); luego *D* habrá de pagar a *Y* 200 (y 600 a *X*, rebajando las 150 restantes de su crédito de 750). Ahora bien, si *X* e *Y* hubieran pactado que el crédito del segundo sería preferente al del primero, *D* podría oponer la reducción del precio en 200 únicamente a *X*, pagándole 550; en ninguna medida a *Y*, al que habría de pagar las 250.

La solución parece acertada [DERDELER AcP 169 (1969) pp 117 ss, LARENZ SchuldR I § 34 I, SCHEYHING *Sukzessionen* § 8 II 2, PALANDT-HEINRICHS § 398 Anm 4 b]. El derecho a la reducción del precio de venta funciona como una suerte de carga del correspondiente crédito, pareciendo sensato que, salvo pacto en contrario, dicha carga sea soportada a prorrata entre el cedente y el cesionario, entre *X* e *Y* en proporción de 3 a 1. Se trata de una solución que puede producir al deudor inconvenientes prácticos y procesales; pero tales perjuicios son consecuencia inevitable de la admisión legislativa de las cesiones parciales (para el Derecho alemán, se han utilizado como argumento en contra de la admisibilidad de la figura por MünchKomm-ROTH § 398 RdNr 48). El que un pacto entre *X* e *Y* dando preferencia al crédito del segundo sobre el del primero produzca aquí efectos frente al deudor *D*, es perfectamente lógico —se trata, en el fondo, de que *X* ha cedido a *Y* una parte mayor (sin «cargas») de su crédito— y en modo alguno incongruente con lo dicho más atrás: constando claramente la «prioridad» del crédito de *Y*, *D* puede, si lo prefiere, pagar primero a *X* sus 550, haciendo valer frente a él en su integridad su derecho a la reducción del precio de venta. Que exista o no un tal pacto de preferencia, es cuestión de interpretación del contrato de cesión parcial, siendo indicios a favor el carácter oneroso de la cesión y, mucho más claramente, el que concurra una garantía de la solvencia del deudor por parte del cedente [DERDELER AcP 169 (1969) pp 119 s, RIEG *Cession* n 347].

Los anteriores principios de solución valen también para casos análogos —reducción del precio por defectos de cabida o calidad del inmueble comprado (arts 1.469, 1.471 CC), redhibición parcial de la compra conjunta de dos o más cosas o animales por precio alzado (arts 1.491, 1.492 CC), etc.—, pero sería un error tratar de extenderlos a cualesquiera contraderechos del deudor cedido. Por ejemplo, si *X* cede a *Y* un crédito de 250, parte de un crédito de 1.000 que tenía contra *D*, y éste, que no consintió la cesión, era titular de un crédito de 200 contra *X*, podrá optar libremente *D*, existiera o no un pacto de prelación entre *X* e *Y*, por oponer la compensación de su entero crédito de 200 frente a la reclamación de *Y* (*cfr* art 1.198 CC), o frente a la reclamación de *X* [DERDELER AcP 169 (1969) pp 120 ss, MünchKomm-ROTH § 406 RdNr 14, PALANDT-HEINRICHS § 406 Anm 2].

8.3. Si dejamos de lado las prácticamente irrelevantes cesiones a título gratuito, evitando así el obstáculo que pueda representar el artículo 635 CC, caben también las cesiones (anticipadas) de créditos futuros, siempre que los caracteres definitorios del crédito de que se trate resulten adecuadamente determinados, a más tardar en el momento de nacimiento del mismo, sin necesidad de un nuevo acuerdo entre las partes (art 1.271 CC): no es indispensable que cuando la cesión anticipada se concluye se haya ya realizado el contrato o surgido la relación jurídica del o de la que nacerá el crédito en cuestión, ni que esté entonces determinada la persona del futuro deudor.

En este sentido, la jurisprudencia y doctrina dominante en Alemania (LARENZ SchuldR I § 34 III, SCHEYHING *Sukzessionen* § 9 II, ESSER-SCHMIDT SchuldR I § 37 I 2, MünchKomm-ROTH § 398 RdNr 60 s, aunque véanse también sus dudas en RdNr 67, MEDICUS SchuldR I § 62 I 2 b-c, PALANDT-HEINRICHS § 398 Anm 4 c, BROX Allg SchuldR RdNr 391). La jurisprudencia italiana, en cambio, ha venido exigiendo que la relación jurídica básica, fuente del crédito futuro, exista ya en el momento de celebración de la cesión anticipada, con el apoyo de un sector de la doctrina (MARANI *Notifica* p 238 nt 26, PANZARINI *Sconto* p 624 nt 482) y la acertada crítica de otro (DOLMETTA-PORTALE BBTC 1985 I pp 266 s; véase además MANCINI *Cessione* p 386). También en una línea más restrictiva que la aquí defendida, aunque muy poco clara, se mueven la jurisprudencia y doctrina francesas (RIEG *Cession* nn 45, 53 ss, 82, 197 s).

La efectiva transferencia del crédito del cedente al cesionario sólo se producirá en el instante del nacimiento del mismo, eso sí, sin necesidad de ningún ulterior negocio jurídico ni de que persista el inicial acuerdo de voluntades entre las partes y sin que resulte preciso acto alguno de (cuasi) tradición. Si en el período de tiempo intermedio realizase el cedente otra u otras cesiones anticipadas del mismo crédito, éstas resultarían como regla ineficaces, por falta de poder de disposición de aquél: rige también aquí el principio de prioridad temporal entre las cesiones. La cesión anticipada quedará sin objeto, sin embargo, si el crédito futuro en cuestión no llega finalmente a nacer (la relación obligatoria se extingue antes, por ejemplo, por mutuo disenso o por desistimiento unilateral del propio cedente), o si nace en cabeza de persona distinta a quien anticipadamente lo cedió (aquella que subentró en la posición contractual de éste antes del nacimiento del crédito); y el crédito se transferirá al cesionario con el contenido con que efectivamente nazca, configurado por los acuerdos entre cedente y deudor, aunque no se corresponda con lo previsto en el convenio de cesión anticipada. Aparte, claro está, la responsabilidad en que el cedente pueda incurrir frente al cesionario en todos esos casos [Sobre todo lo anterior, LARENZ SchuldR I § 34 III, SCHEYHING *Sukzessionen* § 9 III, ESSER-SCHMIDT SchuldR I § 37 I 3 a, MünchKomm-ROTH § 398 RdNr 60, MEDICUS SchuldR I §

62 I 2 c (quien se inclina, empero, por la no vinculación de quien cede anticipadamente), PALANDT-HEINRICHS § 398 Anm 4 c. Ya con gran precisión VON TUHR *Tratado* pp 302 s. Breves apuntes, en fin, en PERLINGERI *Cessione* pp 12 s nt 7, PANZARINI *Sconto* p 624 nt 482, DOLMETTA-PORTALE BBTC 1985 I p 267, NAVARRO *Cesión* pp 107 s].

En caso de cesión anticipada de un crédito futuro, ¿nacerá el crédito inmediatamente en cabeza del cesionario (*Unmittelbarkeitstheorie, Direkterwerb*) o, por el contrario, permanecerá al nacer durante un «segundo lógico» en el patrimonio del cedente, pasando desde éste al patrimonio del cesionario (*Durchgangstheorie, Durchgangserwerb*). Por plantear la cuestión en términos menos conceptuales y más prácticos: si entre el momento de la cesión anticipada y el del nacimiento del crédito cayera en quiebra el cedente, ¿se integraría o no el crédito al nacer en la masa de la quiebra? De acuerdo con la opinión dominante, se impone una respuesta diferenciada. Si en el momento de la cesión, o en todo caso antes de la fecha de la quiebra, se hubiera ya celebrado el contrato o estuviese ya constituida la relación jurídica fuente del crédito futuro objeto de la cesión anticipada —este es el caso, además de los créditos sometidos a condición suspensiva o término inicial, de los créditos que vendrán a surgir de relaciones obligatorias duraderas ya existentes—, el crédito en cuestión nacerá inmediatamente en cabeza del cesionario, con base en la expectativa de adquisición ya transmitida mientras el cedente tenía aún la libre disposición de su patrimonio, y no se integrará, consecuentemente, en la masa de la quiebra. En la hipótesis contraria —cesiones anticipadas de créditos que nacerán de contratos de compraventa, obra, arrendamiento, etc. proyectados, pero aún no celebrados—, el crédito de que se trate nacerá en cabeza del cedente, y, puesto que entonces estará ya éste privado de la libre disposición de sus bienes, se integrará el crédito en la masa de la quiebra (LARENZ *SchuldR* I § 34 III, SCHEYHING *Sukzessionen* § 9 III 3, MANCINI *Cession* p 386, MünchKomm-ROTH § 398 RdNr 64 s, PALANDT-HEINRICHS § 398 Anm 4 c; MEDICUS *SchuldR* I § 62 I 2 c sólo admite una *Direkterwerb* en los supuestos de créditos condicionados o aplazados, en los que el cedente tiene ya un verdadero derecho expectante que transmitir. En la medida en que admite las cesiones de créditos futuros, de acuerdo la jurisprudencia italiana: DOLMETTA-PORTALE BBTC 1985 I pp 267 s nt 38).

Los problemas que plantean las cesiones anticipadas en materia de excepciones oponibles al cesionario por el deudor cedido, tradicionalmente ligados también a la polémica *Direkterwerb/Durchgangserwerb*, serán analizados más adelante (*infra* 13.5).

Caben también, en fin: la cesión parcial de un crédito futuro, la cesión de una masa de créditos, la cesión de una masa de créditos

futuros, la cesión parcial de una masa de créditos y la cesión parcial de una masa de créditos futuros. Los problemas serán sólo de adecuada determinación del objeto del contrato y, si se tratara de «cesiones» en garantía de masas de créditos futuros, de ilicitud del contrato por sobreaseguramiento que limite de manera intolerable la libertad de movimientos del cedente en el campo económico. Nos encontramos, sin embargo, ante problemas muy ligados al caso concreto, cuyo análisis y solución, necesariamente tipológicos, requieren una previa o concomitante elaboración jurisprudencial, inexistente hoy en nuestro país. Habrá que remitirse, pues, a los tratamientos de la doctrina y jurisprudencia alemanas (*cf*r por todos SCHEYHING *Sukzessionen* § 10, ESSER-SCHMIDT *SchuldR I* § 37 I 2 a-b, MünchKomm-ROTH § 398 RdNr 48 ss, 99 ss, PALANDT-HEINRICHS § 398 Anm 4 d).

8.4. Las excepciones a la regla general de la transmisibilidad de los créditos mediante cesión, pueden clasificarse en tres grupos: las derivadas de prohibición legal (p.e. arts 151, 1.459.5.º CC, 152 LH), las derivadas de exclusión convencional o *pactum de non cedendo*, y las derivadas de la específica naturaleza del crédito en cuestión: bien porque la persona del acreedor determine el contenido (la identidad) de la prestación, o quepa reconocer al deudor un interés protegible en prestar sólo a una determinada persona, de manera que resulte intolerable para él un cambio de acreedor; bien porque se trate de un crédito accesorio, no separable de otro principal. Por su especial interés, me centraré en lo que sigue en el estudio del *pactum de non cedendo* (abundantes ejemplos del último de los grupos en SCHEYHING *Sukzessionen* § 3 II, MünchKomm-ROTH § 399 RdNr 7 ss, DÖRNER *Dynamische Relativität* pp 159 ss, PALANDT-HEINRICHS § 399 Anm 2).

Ante todo, conviene subrayar la radical diferencia de régimen jurídico entre las prohibiciones de disponer y los *pacta de non cedendo*. Salvo excepciones muy limitadas, nuestro ordenamiento civil común no reconoce eficacia (real) a las primeras: artículos 348 I («La propiedad es el derecho de gozar y *disponer* de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas *en las leyes*»), 781, 785.2.º CC, 26.3.º, 27, 107.3.º LH. Mientras que el artículo 1.112 CC dispone: «Todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, *si no se hubiese pactado lo contrario*». Precepto del que debe deducirse, a mi juicio sin duda alguna, la general admisibilidad en nuestro Derecho de un pacto entre acreedor y deudor por el que resulte excluida la transmisibilidad mediante cesión del crédito de que se trate (*pactum de non cedendo* en sentido propio); no sólo de uno, también perfectamente admisible, por el que el acreedor se obligue frente al deudor a no ceder el crédito en cuestión (obligación de no ceder). Cabe como regla, así pues, un *pactum de non cedendo* con eficacia, no ya de generar a cargo del cedente

que lo viole una obligación de indemnizar al deudor cedido los perjuicios que le haya reportado la transmisión del crédito al cesionario —que es la eficacia propia de una obligación de no ceder—, sino de hacer imposible, salvo autorización del deudor, la transferencia del crédito del cedente al cesionario. Los límites habrá que buscarlos, a modo de excepciones muy restringidas, en el artículo 7.2 CC: por la vía de considerar abusiva la negativa del deudor a autorizar una cesión concreta, sin interés alguno digno de protección que justifique su actitud. Dos precisiones, en fin, sobre la eficacia del *pactum de non cedendo*. Primera, que no se trata sólo de que la cesión que lo vulnere sea inoponible al deudor, pero eficaz respecto de los demás: el crédito seguirá permaneciendo *erga omnes* en el patrimonio del originario acreedor, donde, por ejemplo, podrá ser válidamente embargado por los acreedores de aquél, aun después de la pretendida cesión. Segunda, que el cesionario no adquirirá el crédito, aunque sea de buena fe, esto es, aunque no tuviese conocimiento en el momento de la cesión de la existencia del *pactum de non cedendo* (contra DIEZ PICAZO *Fundamentos* I pp 804 s, NAVARRO *Cesión* p 76). Salvo que el cesionario hubiera confiado legítimamente en una situación objetiva de apariencia, cuya creación sea imputable al deudor cedido: hubiera adquirido con base en documentos probatorios del crédito otorgados por el deudor, en los que no constase en modo alguno aquél pacto (*cf*r apartado VII de este trabajo).

Sobre todo lo anterior, LARENZ SchuldR I § 34 II 1, SCHEYHING *Sukzessionen* § 3 VI, VII, ESSER-SCHMIDT SchuldR I § 37 I 2 e, MünchKomm-ROTH § 399 RdNr 26 ss, DÖRNER *Dynamische Relativität* pp 141 ss, 213 ss, MEDICUS SchuldR I § 62 I 4 c, PALANDT-HEINRICHS § 399 Anm 4, BROX Allg SchuldR RdNr 388.

Necesariamente distintas son las soluciones del Derecho italiano, por cuanto el artículo 1.260 II CC dispone: «Las partes pueden excluir la cedibilidad del crédito; pero el pacto no es oponible al cesionario, si no se prueba que lo conocía en el momento de la cesión». Remito al lector interesado a MARANI *Notifica* pp 189 ss, PERLINGERI *Cessione* pp 20 ss, DOLMETTA-PORTALE BBTC 1985 I pp 269 s. Coinciden, en cambio, en Derecho suizo: VON TUHR *Tratado* p 301.

Pese al *pactum de non cedendo*, la transferencia del crédito del cedente al cesionario se producirá, como es lógico, si el deudor ha autorizado previamente la cesión. También se producirá si, realizada ésta sin su autorización, la aprueba posteriormente; y con efecto retroactivo (*ex tunc*), aunque sin perjuicio de los actos de disposición y las medidas de ejecución válidamente realizados en el entretanto. Caso de haber llevado a cabo el acreedor originario una pluralidad de cesiones vulnerando el *pactum de non cedendo*, el deudor podrá aprobar aquella que desee, sin sujetarse al criterio de prioridad temporal. De la autorización o aprobación de una cesión concreta, debe distinguirse el convenio entre deudor y acreedor dirigido a eliminar

de una vez por todas el *pactum de non cedendo*. Convenio que servirá para convalidar, ahora con efectos *ex nunc*, una previa cesión realizada por el acreedor sin la autorización del deudor. Si las cesiones previas no autorizadas llevadas a cabo por el acreedor fueron varias, adquirirá el crédito el cesionario primero en el tiempo.

Sobre todo lo anterior, consúltese la literatura alemana antes citada y DÖRNER *Dynamische Relativität* pp 206 ss. En la enconada polémica sobre si sea o no necesario un nuevo contrato entre acreedor y deudor para la eliminación de la pactada incedibilidad y sobre los efectos retroactivos o no de una tal eliminación, ha terciado acertadamente DÖRNER *Dynamische Relativität* pp 143 s.

Deudor y acreedor pueden pactar la incedibilidad del crédito bien en el momento de su creación, bien posteriormente. Pero todo lo dicho hasta aquí no resulta aplicable a un pacto entre el cedente y el cesionario por el que se excluya una ulterior cesión del crédito por parte del segundo; pacto al que habrá de aplicarse el régimen ordinario de las prohibiciones de disponer: como regla, no tendrá otra eficacia que la de una mera obligación de no disponer (MünchKomm-ROTH § 398 RdNr 15; véase también MARANI *Notifica* p 189; *contra* PERLINGERI *Cessione* p 23).

Muy difícil de responder es la pregunta siguiente. Acordada la cesión anticipada de un crédito futuro, ¿cabe que hasta el momento del nacimiento del crédito convengan deudor y acreedor un *pactum de non cedendo* con la eficacia ya indicada? Al margen de la responsabilidad en que el acreedor incurra frente al «cesionario anticipado», me inclino con la opinión dominante en Alemania por la respuesta afirmativa, cuando menos hasta el momento de celebración del contrato o constitución de la relación jurídica fuente del crédito en cuestión: es algo con lo que el «cesionario anticipado» debe conformarse, de la misma manera que con el hecho de que el crédito futuro no llegue finalmente a nacer, o nazca por una cuantía inesperadamente menor (SCHEYHING *Sukzessionen* § 3 III 5 b, MünchKomm-ROTH 399 RdNr 25, PALANDT-HEINRICHS § 399 Anm 3 a). Quien mantenga la postura contraria, con el argumento de que la cesión anticipada hizo perder al cedente su poder de disposición sobre el crédito futuro, habrá de admitir al menos que el deudor pueda oponer al «cesionario anticipado» el *pactum de non cedendo* que hubiese convenido con el «cedente anticipado» antes de tener conocimiento de la cesión anticipada.

Junto al *pactum de non cedendo* ordinario caben otros más restringidos, como los que subordinan las cesiones a determinada forma u otro requisito, las excluyen durante un determinado plazo o en favor de determinadas personas, excluyen las cesiones parciales o las permiten sólo en cuantía no inferior a una determinada, etc. (MünchKomm-ROTH § 399 RdNr 25).

IX. Es opinión prácticamente unánime entre nosotros que la cesión de créditos no precisa otra forma que la requerida para el «negocio utilizado como causa de originación» (recuérdese la polémica sobre la naturaleza de la cesión de créditos esbozada en el apartado I de este trabajo). O lo que es lo mismo, que salvo que se trate de una cesión a título gratuito (de una donación de crédito), en cuyo caso sería aplicable el artículo 632 CC (dudoso si el art 633 CC, de tratarse de un crédito hipotecario), la cesión de créditos no requiere para su validez ninguna forma especial [DIEZ PICAZO *Fundamentos I* pp 803, 805, GARCIA CANTERO *Comentarios XIX* pp 646 s, LACRUZ *Elementos II-1.º* p 298, NAVARRO *Cesión* pp 99 ss (confuso MADRIDEJOS RDN 1961 pp 389 s; mantiene incomprensiblemente que la cesión de créditos civiles, a diferencia de los mercantiles, requiere escritura pública FERNANDEZ ARMESTO RDBB 1987 pp 384 s). En el mismo sentido, las doctrinas italiana y francesa: PANUCCIO *Cessione volontaria* p 29, PERLINGERI *Cessione* pp 80 s, MANCINI *Cessione* p 385, DOLMETTA-PORTALE BBTC 1985 I p 259, RIEG *Cession* nn 118, 120, 127 s]. Ninguna excepción supone al respecto lo que dispone el artículo 1.280 I 6.º, II CC, por tratarse de normas que han de interpretarse en estrecha conexión con lo dispuesto en el artículo 1.279 CC. La misma regla general de libertad de forma rige, pese al tenor literal del artículo 149 LH, para la cesión de créditos hipotecarios (ROCA SASTRE *Derecho Hipotecario IV-2.º* pp 870 s, PEÑA *Derechos reales* p 443). La sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 12 marzo 1985 [CCJC 8 (1985) pp 2.527 ss, con comentario de CLAVERIA GOSALVEZ] afirmó la perfecta validez y eficacia de un contrato de cesión de crédito hipotecario hecho en documento privado. Ninguna formalidad es precisa tampoco para la validez y eficacia de las cesiones ordinarias de (los créditos incorporados a) títulos de crédito nominativos o a la orden: *supra*, apartado III.

En el apartado VII de este trabajo, expusimos ya las que consideramos ideas claves en la interpretación del artículo 1.526 I CC; un precepto que, en mi opinión, nunca ha sido comprendido de forma precisa por nuestros autores, probablemente por haber sido leído bajo el influjo de las doctrinas francesa e italiana sobre los artículos 1.690 y 1.265 de sus respectivos Códigos (*cfr* MADRIDEJOS RDN 1961 pp 391 s, DIEZ PICAZO *Fundamentos I* p 805, GARCIA CANTERO *Comentarios XIX* pp 651 s, LACRUZ *Elementos II-1.º* p 298, NAVARRO *Cesión* pp 127 ss). Estas son tales ideas: que en modo alguno se trata de una norma que establezca con carácter general para las cesiones de créditos una forma documental *ad solemnitatem*; y que, aunque otra cosa induzca a hacer pensar su impreciso tenor literal, tampoco establece dicho precepto un requisito de *eficacia* de la cesión frente a terceros, sino, expresándose con propiedad, un requisito para la *prueba* de la cesión contra terceros. Se trata de una

norma «procesal», que tasa los medios de prueba contra tercero de la existencia de una cesión en una determinada fecha, a fin de evitar que los terceros —acreedores del acreedor, personas que han adquirido de él, bien la titularidad plena del crédito, bien un usufructo o derecho de prenda sobre el mismo— puedan resultar defraudados mediante simulación de una cesión de fecha anterior. No se trata de una norma «sustantiva», que establezca un criterio de preferencia distinto al de la prioridad temporal para los supuestos de conflicto entre dos o más personas que pretendan derechos incompatibles sobre el mismo crédito.

Ahora debe añadirse algo de gran importancia, aunque sistemáticamente ignorado por quienes, entre nosotros, han dedicado su atención al tema objeto de este estudio. Es jurisprudencia muy reiterada de la Sala Primera del Tribunal Supremo que la norma del artículo 1.227 CC sólo es aplicable cuando el hecho a que se refiere únicamente puede quedar demostrado por el propio documento, lo que no ocurre cuando además existen otros medios de prueba que acreditan la realidad de la fecha que en él aparece: sentencias, entre las últimas, de 5 junio 1981 (CLJC núm 250), 6 julio 1982 (CLJC núm 319), 18 noviembre 1983 (CLJC núm 586), 5 junio 1986 (AC 768/86), 25 enero 1988 (AC 312/88) y especialmente 11 abril 1988 (AC 612/88). O, dicho de otra forma, que las hipótesis enumeradas en el artículo 1.227 no configuran una lista cerrada, pudiendo resultar averada la certeza de la fecha de un documento privado por cualquier medio de prueba (CORDON *Comentarios XVI-2.º* pp 193 s). Lo que viene a significar, en relación con nuestra materia, que la tasa de medios de prueba establecida por el artículo 1.526 I CC se limita a la exigencia de que el contrato de cesión conste documentalmente.

También en el apartado VII, ilustramos ya el funcionamiento «patológico» (por impedir la tasa de la prueba la demostración de lo efectivamente sucedido en la realidad jurídica) del artículo 1.526 I en los supuestos de doble o múltiple cesión. Tras insistir en que lo mismo vale en el caso de que una, varias o todas las «cesiones» no lo fueran de la plena titularidad del crédito, sino constitutivas de un usufructo o derecho de prenda sobre el mismo, no resta sino añadir que, de plantearse el conflicto entre cesionarios, ninguno de los cuales pueda ofrecer prueba documental de su contrato de cesión, será admisible cualquier medio de prueba en la demostración de la victoriosa prioridad temporal. Lo mismo, si todas las cesiones constan en documento privado. El cesionario provisto de documento privado de fecha anterior a la del documento público de cesión de otro, de no encontrarse, también en fecha anterior, en alguna de las hipótesis del artículo 1.227, tendrá la carga de aportar otros medios de prueba bastantes para convencer al juzgador de la certeza de la fecha del documento privado.

El otro gran grupo de casos en que entrará en juego el artículo 1.526 I CC es el de las tercerías o derechos de separación de quienes afirman ser cesionarios anteriores (plenos o titulares de usufructo o prenda), en los supuestos de embargo de crédito por los acreedores del acreedor pretendido cedente, o en los de quiebra de éste. La pretensión del sedicente cesionario sólo podrá triunfar si la cesión que alega consta en documento de fecha anterior y, de tratarse de documento privado, si puede aportar algún otro medio de prueba bastante para convencer al juzgador de la certeza de la fecha del mismo (STS // abril 1988). Espero que no sea ya necesario insistir en que la causa de ello no es la de que sea cierto —porque no lo es— que, respecto de los acreedores del cedente, la cesión sea ineficaz y el crédito permanezca en el patrimonio del cedente, mientras el contrato de cesión no conste en documento de fecha cierta.

De la combinación de los artículos 1.526 I y 1.258 CC se deduce el derecho de todo cesionario —no sólo en los casos del art 1.280 I 6.º, II— a exigir al cedente el otorgamiento de un documento, siquiera privado, en que conste el contrato de cesión.

X. Contenido esencial del contrato de cesión de crédito es la sucesión en la posición jurídica acreedora, la salida del anterior acreedor y la concomitante subentrada del nuevo. No hay problema en que se pacte que el cesionario sólo podrá ejercitar el derecho de que ha devenido titular tras un determinado período de tiempo o bajo determinados presupuestos, ni en que aquél encomiende al propio cedente la gestión de cobranza del crédito cedido. Pero no existirá cesión eficaz alguna, si en el contrato se excluye por tiempo indefinido y sin condiciones la legitimación del cesionario para hacer valer el crédito en su nombre (SCHEYHING *Sukzessionen* § 2 III 3, MünchKomm-ROTH § 398 RdNr 12, PALANDT-HEINRICHS § 398 Anm 2 d).

Un ilustrativo ejemplo de la hipótesis que acabamos de mencionar, se nos ha ofrecido en el seno de ese nuevo «producto financiero» que se conoce por el nombre de *crédito-subasta* (una aceptable descripción del mismo en FERNANDEZ ARMESTO RDBB 1987 pp 379 ss).

A las futuras Entidades Licitadoras Adjudicatarias —los bancos que prestarán dinero al Acreditado (la gran empresa prestataria), tras resultar adjudicatarios en las correspondientes subastas de partes de los créditos o «disposiciones» a corto plazo que el Acreditado irá solicitando en el curso de la operación— les interesaba, claro está, que se mantuviera la posibilidad de ceder a terceros sus créditos frente al Acreditado de la manera que estimasen más conveniente; que se mantuviera, esto es, la más amplia posibilidad de refinanciación por esa vía. Pero un tal interés, sostenido a la hora de convenir el acuerdo-marco del crédito-subasta por las Entidades Acreditantes —bancos consorciados, presididos por el Banco Angente, que abren al Acreditado el llamado «crédito base»: un crédito sindicado a largo plazo e interés variable, destinado a servir de «red» ante la eventualidad de que las subastas de disposiciones a corto no produzcan

el resultado apetecido—, que son además naturales Entidades Licitadoras, entraba en conflicto con el interés del Acreditado en ahorrarse las molestias y complicaciones resultantes del cambio y segura multiplicación de acreedores, que provocarían las cesiones de sus créditos, muy frecuentemente parciales, por parte de las Entidades Adjudicatarias.

No pudo la Banca imponer sus condiciones —en un mercado con bastante liquidez, la posición de los grandes prestatarios es muy fuerte y los créditos-subasta son operaciones que se sitúan en las decenas de miles de millones de pesetas— y se llegó al compromiso siguiente. Por un lado, se excluye en el acuerdo-marco que los futuros bancos adjudicatarios puedan ceder parcialmente sus créditos por cuantía inferior a una determinada, que se sitúa entre las decenas y cientos de millones según los casos. Y por otro lado, se permiten únicamente aquellos contratos de cesión cuyo contenido se ajuste a un concreto clausulado: al de un llamado «certificado» de transferencia o cesión, el modelo del cual se adjunta al propio acuerdo-marco.

Pues bien, en los modelos de «certificado» de los primeros créditos-subasta se incluía una cláusula en la que, tras advertir que el banco no respondía de la solvencia del deudor, se disponía que el banco conservaba frente al deudor la titularidad del crédito; que en la parte del crédito «cedida», dicha titularidad se entendería ostentada fiduciariamente por cuenta e interés del «cesionario», que asumía plenamente el correspondiente riesgo; y que el «cesionario» no tendría acción alguna para reclamar directamente al deudor el pago del crédito y sus intereses. A propósito de lo cual, se ha escrito (FERNANDEZ ARMESTO RDBB 1987 pp 385 s):

«En los primeros contratos de crédito-subasta, los prestatarios insistieron en que se negara contractualmente a los inversores el derecho a dirigirse directamente contra el acreditado, debiendo canalizar toda acción a través del banco, que actuaría como fiduciario suyo. Esta práctica, en mi opinión, es un contrasentido jurídico, ya que implica que se ceden unos derechos, pero no las acciones para exigir su cumplimiento. Esta solución, que sin duda favorece al acreditado, es sin embargo altamente peligrosa para los bancos, porque en la misma medida en que se están reduciendo los derechos del inversor, se está necesariamente incrementando la responsabilidad del banco.

»Un inversor que carezca de acción frente al acreditado, en el supuesto de que el deudor no pague, tendrá que dirigirse por fuerza contra el banco. Y en esta acción, el inversor alegará que al carecer de acción contra el acreditado, obligatoriamente tiene que existir una responsabilidad del banco, ya que en caso contrario se produciría una evidente indefensión. La cláusula de irresponsabilidad contenida en el certificado de cesión sería anulada con facilidad por el inversor alegando el art 10.1.c.6.º de la Ley de defensa de los consumidores, que prohíbe “las limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor”.

»En resumidas cuentas, creo que si no hay acción del inversor frente al acreditado, el banco responde en todo caso. Mi opinión se ve reforzada por una reciente circular del Banco de España [Circular núm 2/1987, de 6 de febrero (nueva redacción de 27 de febrero de 1987), normas 1.6 y 2], que considera como depósitos bancarios, y obliga a constituir coeficientes de caja y de inversión, en aquellas cesiones de activos donde “no se ceda íntegramente (la deuda) con todos sus riesgos y derechos incluso de defensa legal”».

Estoy plenamente de acuerdo en que lo que se prefiguraba en aquellos

primeros modelos de «certificado» no era un contrato de cesión de crédito. Pero todas las restantes afirmaciones del autor citado me parecen completamente erróneas, y equivocado también el criterio de la mencionada Circular del Banco de España. A mi juicio, el contrato que se prefiguraba en los primeros modelos de «certificado» era uno de *préstamo aleatorio*. Así como en el tipo más conocido de esta categoría de préstamos, el préstamo a la gruesa, el evento aleatorio al que se subordina el reembolso de la suma prestada y el premio por ella convenido, es el del buen fin de la empresa marítima financiada/asegurada (o limitadamente al valor que obtengan en caso de siniestro los efectos sobre que esté hecho el préstamo, art 719 CCom), en el supuesto que ahora nos ocupa, el evento aleatorio al que se subordinaba el reembolso al inversor de la suma prestada más sus intereses —el nominal de la porción del crédito que decía «cederse» más una parte de sus intereses—, era el del buen fin del crédito financiado/asegurado titularidad del banco (o limitadamente a las sumas que consiguieran cobrarse, empleando al efecto una razonable diligencia). Hablar de «indefensión» del inversor me parece absurdo: igual de absurdo que sería afirmar que en el préstamo a la gruesa se produce indefensión del prestador porque no es él el titular ni quien controla la empresa marítima financiada/asegurada. Por supuesto, si el banco no hubiera actuado con la debida diligencia en el cobro del crédito financiado/asegurado por el inversor y a ello fuese imputable el mal fin del mismo, el inversor tendría derecho a exigirle igualmente la suma prestada más sus intereses (art 731 CCom por analogía). En fin, en el supuesto de insolvencia definitiva del deudor acreditado (sin que pueda reprocharse el banco negligencia alguna en la cobranza), el inversor tendría derecho, a modo de liquidación del negocio, a exigir al banco la cesión del crédito en cuestión (art 72.3.º en relación con el art 70 LCS, atendida la función aseguradora, junto a la de financiación, de los préstamos aleatorios).

Como era previsible, sin embargo, la Circular del Banco de España antes citada ha provocado una inmediata modificación en el clausulado de los modelos de «certificado»: en todos ellos se dice ahora que el cesionario adquiere la plena titularidad de la parte del crédito cedida con todos los riesgos y derechos inherentes a la misma, incluso el de defensa legal. Documentan ahora verdaderas cesiones de créditos.

El resto del clausulado de los mismos no presenta problemas de importancia. Se encomienda al banco en los más amplios términos, pero revocablemente, la gestión de cobranza del crédito cedido (añadiendo a veces, con desprecio absoluto hacia el ordenamiento, que el cesionario exime al banco de cualquier responsabilidad derivada de sus actuaciones al respecto). Y en ocasiones se establecen límites a la nueva cesión del crédito por parte del cesionario: consentimiento del banco, asunción por el nuevo cesionario de las obligaciones del anterior, exclusión de cesiones parciales. Como ya advertimos en su momento (*supra* 8.4), la infracción de tales límites no provocará la ineficacia de la nueva cesión, sino sólo el nacimiento a cargo del primer cesionario/cedente de una obligación de indemnizar los perjuicios causados.

Dejando aparte las cesiones meramente obligatorias (*supra*, apartado III *in fine*), la sucesión en la posición jurídica acreedora se produce, como ya sabemos, en el instante en que se cruzan los consentimientos de cedente y cesionario. A partir de ese momento —también nos consta ya— sólo el cesionario, y ya no el cedente, estará legitima-

do para disponer del crédito en cuestión, y sólo los acreedores del cesionario, y ya no los del cedente, podrán actuar de forma válida sobre él; cuestión diferente es que, en la práctica, las cosas acaben sucediendo algunas veces como si así no fuera, a consecuencia de la tasa de medios de prueba de la cesión contra terceros establecida por el artículo 1.526 CC. A partir de aquel momento —conviene reiterarlo— sólo el cesionario, y ya no el cedente, podrá intimar y poner en mora al deudor o interrumpir con su reclamación la prescripción del crédito cedido. A partir de aquel momento, corresponderán al cesionario la totalidad de las acciones dirigidas a la conservación y a la realización del crédito cedido (por todos, PANUCCIO *Cessione* p 864; para las acciones de anulación, resolutorias y rescisorias, *supra* 8.1). También las que en su caso integren el *commodum representationis* [art 1.186 CC, SEETZEN AcP 169 (1969) pp 362 s, GERNHUBER FS Raiser pp 83 s, SCHWENZER AcP 182 (1982) pp 229 ss, DÖRNER *Dynamische Relativität* p 304].

La pretensión indemnizatoria de los daños derivados del incumplimiento del deudor, ya producidos con anterioridad a la cesión, seguirá correspondiendo al cedente, salvo que se pacte también su específica cesión; pero la de los daños posteriores, corresponderá al cesionario [SEETZEN AcP 169 (1969) pp 354, 364, GERNHUBER FS Raiser pp 85, 88, SCHWENZER AcP 182 (1982) pp 232, 236, 239, LARENZ SchuldR I § 34 I, ESSER-SCHMIDT SchuldR I § 37 I 3 b, DÖRNER *Dynamische Relativität* p 304, PALANDT-HEINRICHS § 398 Anm 5 a, § 401 Anm 3 b]. La cuantía de la indemnización debida al cesionario se calculará, también desde el instante mismo de celebración del contrato de cesión, con arreglo al interés de aquél en el cumplimiento, y ya no de acuerdo con el interés del cedente. Ello resultará indudable, cuando aquel interés sea menor que éste, cuando los daños efectivamente sufridos por el cesionario sean menores que los que hubiera sufrido el anterior acreedor, de no haberse realizado la cesión (*supra*, apartado VI *in fine*). Hay que afirmar que el principio será el mismo en el caso contrario, esto es, cuando los daños sufridos por el cesionario sean superiores a los que hipotéticamente habría sufrido el cedente. Pero haciendo notar de inmediato que, según el artículo 1.107 I CC «los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación», y que según el artículo 1.103 CC «la responsabilidad que proceda de negligencia [...] podrá moderarse por los Tribunales según los casos». Preceptos de cuya aplicación cabe esperar que, como regla (de la que será lógica excepción el supuesto de cesión consentida por el deudor, aceptando al cesionario como nuevo acreedor), la cuantía de la indemnización por incumplimiento que el deudor *no doloso* habrá de pagar al cesionario, no será superior a la que habría tenido que pagar al acreedor originario, de no haberse realizado la cesión.

En la doctrina alemana, se ha sostenido en solitario que, dejando de lado el supuesto de la cesión en que haya participado el deudor cedido aceptando al nuevo acreedor, la indemnización que el deudor habrá de pagar al cesionario en caso de imposibilidad sobrevenida o mora imputables a aquél, no podrá ser nunca superior a la que habría tenido que pagar al cedente, de no haberse realizado la cesión: por considerarlo acorde con la justa valoración de los intereses en conflicto y con el argumento normativo que, de otra forma, la cesión de que se trate vulneraría el § 399 BGB, al suponer en el fondo un cambio de contenido del crédito cedido (PETERS JZ 1977 pp 120 ss). Otros han propuesto acudir a las normas de la cesión de créditos protectoras del deudor, a fin de sostener que la cuantía de los daños que el deudor cedido habrá de resarcir al cesionario en caso de incumplimiento no podrá ser mayor que la de los daños que hipotéticamente habría tenido que resarcir al cedente, *mientras que el deudor no tenga conocimiento de la cesión* [SEETZEN AcP 169 (1969) pp 357 ss, MDR 1970 p 811, MünchKomm-ROTH § 398 RdNr 71]. La doctrina dominante, sin embargo, ha combatido con eficaces argumentos los anteriores intentos de limitación de la responsabilidad contractual del deudor cedido, sosteniendo que la indemnización que tendrá que pagar al cesionario se calculará (por supuesto, con arreglo al interés de éste y) de acuerdo con las reglas generales; entre las que se encuentra, eso sí, el § 254 II 1 BGB (culpa concurrente del dañado), que cabría utilizar para reducir la cuantía indemnizatoria en aquellos casos en que el cesionario no hubiera puesto en conocimiento del deudor cedido que un incumplimiento por su parte podría ser fuente de daños anormalmente elevados [GERNHUBER FS Raiser pp 86 s, 88 nt 63, SCHWENZER AcP 182 (1982) pp 234 s, 239, LARENZ SchuldR I § 34 I nt 7, RÖDER JuS 1984 pp 619 s, MünchKomm-EMMERICH § 325 RdNr 24, DÖRNER *Dynamische Relativität* pp 258 ss, PALANDT-HEINRICHS § 398 Anm 5 a; el recurso al § 254 II 1 BGB fue también defendido por SEETZEN AcP 169 (1969) p 358 para los supuestos de cesión ya conocida por el deudor cedido].

Si yo escribiera sobre el Derecho alemán, estaría sin duda de acuerdo con la opinión dominante entre los juristas alemanes sobre el tema que nos ocupa: porque estoy plenamente de acuerdo con ellos en que la cuantía indemnizatoria que el deudor cedido incumplidor habrá de pagar al cesionario tendrá que calcularse (por supuesto, con arreglo al interés de éste y) de acuerdo con las reglas generales, sin que las normas de la cesión de créditos protectoras del deudor —§§ 404, 406 ss BGB, arts 1.198, 1.527 CC español— tengan nada que ver con el asunto. Ocurre sólo que, entre aquellas reglas generales, ninguna hay en el Derecho alemán que establezca limitaciones de la responsabilidad contractual como las previstas en los artículos 1.107 I, 1.103 CC español. Que permiten sostener entre nosotros, para los deudores no dolosos, soluciones equivalentes a las defendidas en Alemania por la doctrina minoritaria.

XI. «La venta o cesión de un crédito —dispone el art 1.528 CC (*cfr* también art 149 III LH)— comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio». Es opinión unánime que no se trata de una norma imperativa, sino que admite pacto en contrario (MADRIDEJOS RDN 1961 p 397, DIEZ PICAZO *Fundamentos I* p 805, GARCIA CANTERO *Comentarios XIX* p 656, NAVARRO *Cesión* p 56; en el mismo sentido, respecto del art 1.263 I

CC italiano, PANUCCIO *Cessione volontaria* pp 31, 34 nt 50, *Cessione* p 862, PERLINGERI *Cessione* pp 147 s; y respecto del § 401 BGB, SCHEYHING *Sukzessionen* § 5 I 1).

11.1. Se transmiten junto al crédito los derechos reales de garantía, como la prenda, la hipoteca y la anticresis, salvo pacto en contrario: pacto que provocaría la extinción de los citados derechos, dado su carácter esencialmente accesorio (PANUCCIO *Cessione volontaria* pp 34 s nt 50, *Cessione* p 862; para el Derecho alemán, *cfr* §§ 1250 II, 1153 II BGB).

Para el supuesto de cesión de crédito garantizado con prenda, dispone el artículo 1.263 II CC italiano que el cedente no puede transferir al cesionario, sin el consentimiento del constituyente, la cosa recibida en prenda y que, en caso de disenso, la prenda continúa bajo la custodia del cedente. Norma que trata de justificarse con el argumento de que el constituyente puede haber estado inducido a entregar la cosa pignorada al acreedor originario por particulares motivos de confianza personal en él, que pueden no concurrir respecto del acreedor cesionario (PANUCCIO *Cessione volontaria* p 39 nt 50, FRANCESCHELLI *Appunti* pp 37 s, PERLINGERI *Cessione* pp 141 s). Por el contrario, el § 1251 BGB dispone que el nuevo acreedor prendario puede exigir al anterior la entrega de la prenda; que, con la adquisición de su posesión, aquél queda subrogado en las obligaciones de éste ligadas al derecho de prenda; y que, en caso de incumplimiento de dichas obligaciones, el anterior acreedor prendario (el cedente) también responderá de los daños causados, como si se tratase de un fiador que hubiera renunciado al beneficio de excusión (responsabilidad ésta que se excluye para las cesiones *ex lege* o en cumplimiento de un deber legal). Quienes entre nosotros se ha ocupado de este problema, han defendido una solución como la del Código italiano con apoyo en los artículos 1.870, 1.859 CC (GARCIA CANTERO *Comentarios XIX* p 658, NAVARRO *Cesión* pp 58 s). A mi juicio, tales preceptos nada tienen que ver con el asunto. Tampoco las palabras «de común acuerdo» al final del art 1.863 constituyen un argumento poderoso, salvo en la hipótesis de que la constitución se hubiera realizado poniendo la prenda en posesión de un tercero (*cfr* art 582 CC portugués). Una solución como la del BGB resulta más lógica y consecuente con la mención de la prenda, sin matización alguna, en el artículo 1.528 CC, y puede ser defendida sin dificultades para nuestro Derecho con apoyo en el artículo 489 CC: «El usufructuario que enajenare [...] su derecho de usufructo, será responsable del menoscabo que sufran las cosas usufructuadas por culpa o negligencia de la persona que le sustituya»; precepto éste, por lo demás, cuya existencia misma revela la escasa fuerza de un argumento como el utilizado por los juristas italianos en defensa de su artículo 1.263 II CC. Cabrá, eso sí, que el constituyente pacte con el acreedor prendario que el derecho de prenda se extinguirá, si el crédito garantizado se cede sin

su consentimiento; o que pacte sin más con él la incredibilidad del crédito, si, como ocurrirá de ordinario, el constituyente es el propio deudor (MünchKomm-ROTH § 401 RdNr 4).

Para el supuesto de cesión de crédito garantizado con anticresis, han de sostenerse iguales soluciones. El nuevo acreedor anticrético/cesionario podrá exigir al anterior/cedente la entrega de la finca dada en anticresis; con la adquisición de su posesión, aquél quedará subrogado en las obligaciones de éste conexas con el derecho de anticresis; pero el anterior acreedor anticrético/cedente será también responsable, caso de resultar incumplidas tales obligaciones por parte del nuevo acreedor/cesionario (TEDESCHI *Anticresi* p 664, FRAGALI *Anticresi* pp 101 s, frente a la opinión de los especialistas italianos en cesión de créditos, partidarios de la aplicación analógica del art 1.263 II CC: PANUCCIO *Cessione volontaria* p 40 nt 50, *Cessione* p 863, FRANCESCHELLI *Appunti* p 40, PERLINGERI *Cessione* p 144; véase también NAVARRO *Cesión* pp 60 s). El constituyente podrá pactar con el acreedor anticrético que el derecho de anticresis se extinguirá, si el crédito garantizado se cede sin su consentimiento; o pactar sin más con él la incredibilidad del crédito, si se trata del propio deudor.

Los especialistas italianos en cesión de créditos defienden también la aplicación analógica del artículo 1.263 II CC en materia de derecho de retención, no poniendo en duda que este derecho se transfiera con el crédito al cesionario (PANUCCIO *Cessione volontaria* p 40 nt 50, *Cessione* p 863, FRANCESCHELLI *Appunti* pp 34, 40, PERLINGERI *Cessione* p 144). Pero la premisa es extraordinariamente discutible: la doctrina alemana dominante niega dicha transferencia, al menos respecto del derecho de retención previsto en el § 273 BGB (MünchKomm-ROTH § 401 RdNr 7, PALANDT-HEINRICHS § 401 Anm 3 b; en Anm 2 aa, se admite para el derecho de retención del § 369 HGB). También la española (GARCIA CANTERO *Comentarios XIX* p 658 nt 11; propone una extraña distinción NAVARRO *Cesión* p 64). Postura ésta que ya defendiera VON TUHR *Tratado* p 307, a la que me sumo por parecerme poco sensato afirmar que el legitimado para retener, no titular de derecho real alguno, lo está para transmitir la posesión de lo retenido al sujeto al que haya cedido el crédito fuente del derecho de retención; derecho éste que, cabalmente, agota en la posesión su contenido.

Clara me parece, por el contrario, la transferencia con el crédito de la caución (PANUCCIO *Cessione volontaria* pp 40 s nt 50, *Cessione* p 863, FRANCESCHELLI *Appunti* p 42, PERLINGERI *Cessione* p 130). También la de la pretensión derivada de la promesa de constituir prenda o hipoteca (art 1.862 CC) y la del reforzamiento del crédito que conlleva una anotación preventiva (SCHEYHING *Sukzessionen* § 5 I 3 a-d, MünchKomm-ROTH § 401 RdNr 7, PALANDT-HEINRICHS § 401 Anm 2 aa).

11.2. La natural transmisión con el crédito garantizado de la fian-

za, puede ser también excluida mediante pacto, que conlleve la liberación del fiador. Indudable me parece que no cabe transmitir el derecho contra el fiador con independencia del crédito afianzado. Pero no parece insensato admitir la posibilidad de que el cedente que haya garantizado el buen fin del crédito cedido se reserve la facultad de exigir el fiador el pago del crédito al cesionario, caso de no hacerlo el deudor cedido (LARENZ SchuldR I § 34 I nt 5; también SCHEYHING *Sukzessionen* § 5 I 2 g, que, sin embargo, como MünchKomm-ROTH § 401 RdNr 6, PALANDT-HEINRICHS § 401 2 a, se manifiesta contrario a la última afirmación, que ya sostuviera VON TUHR *Tratado* p 307; en la doctrina italiana, *cfr* PERLINGERI *Cessione* p 136).

En materia de transmisión junto al crédito cedido, han de equipararse a la fianza, el aval y el mandato de crédito, tras el cumplimiento del mismo por el mandatario (PANUCCIO *Cessione* p 37 nt 50, FRANCESCHELLI *Appunti* p 41, PERLINGERI *Cessione* p 135). También la asunción cumulativa de deuda (SCHEYHING *Sukzessionen* § 5 I 3 b, MünchKomm-ROTH § 401 RdNr 7, PALANDT-HEINRICHS § 401 Anm 2 aa) y, a mi juicio, convencido como estoy de la estructura de la «mútua fianza» de la obligación solidaria en nuestro Derecho (*cfr* art 1.148 CC), la garantía que supone el vínculo de solidaridad pasiva (para el Derecho alemán, en cambio, SCHEYHING *Sukzessionen* § 5 I 3 c, MünchKomm-ROTH § 398 RdNr 44, § 401 RdNr 7).

No beneficiará al cesionario, por el contrario, salvo que así se pacte específicamente, la garantía del buen fin del crédito cedido que el cedente hubiera obtenido de su causante, o hubiera, por ejemplo, convenido con su comisionista (*star del credere*, art 272 CCom) (VON TUHR *Tratado* p 308, SCHEYHING *Sukzessionen* § 5 I 5 d, MünchKomm-ROTH § 401 RdNr 7, 11, STAUDINGER-KÖHLER § 439 Rz 12, PALANDT-HEINRICHS § 401 Anm 3 a). Respecto del seguro del crédito cedido, parece que habrá de aplicarse el artículo 34 LCS.

11.3. Por lo que a los privilegios respecta, sigue repitiendo nuestra doctrina una observación de García Goyena en el sentido de que se transmiten con el crédito los privilegios que se basan en la naturaleza del crédito o fuente de la que nace, y no los concedidos en mérito a la consideración o cualidades personales del cedente (GARCIA CANTERO *Comentarios XIX* p 658, NAVARRO *Cesión* p 63); pero, como es lógico, nadie puede ofrecer hoy un ejemplo de esto último (*cfr* SCHEYHING *Sukzessionen* § 5 II nt 47). La transferencia puede también ser excluida convencionalmente, pero con la inevitable consecuencia de la extinción del privilegio de que se trate (PANUCCIO *Cessione volontaria* pp 35 s nt 50, *Cessione* p 863, FRANCESCHELLI *Appunti* p 37, PERLINGERI *Cessione* pp 133 s, NAVARRO *Cesión* p 64).

11.4. Si se transmiten o no al cesionario las pretensiones de intereses del crédito cedido, es problema de interpretación de la voluntad de las partes. En la duda, habrá que contestar que sí las de los intereses todavía no vencidos en el momento de la cesión, y no las de los intereses ya vencidos (art 1.263 III CC italiano, SCHEYHING *Sukzessionen* § 5 I 5 c, MünchKomm-ROTH § 401 RdNr 8, PALANDT-HEINRICHS § 401 Anm 3 b, LACRUZ *Elementos* II-1.º p 301; por la atribución al cesionario también de los intereses vencidos, salvo pacto en contrario, art 170 III CO suizo, DIEZ PICAZO *Fundamentos* I p 805, GARCIA CANTERO *Comentarios* XIX p 657 nt 9).

En cuanto a las cláusulas penales, las respuestas han de ser paralelas a las ofrecidas más atrás para las pretensiones indemnizatorias de los daños derivados de incumplimiento: salvo pacto en contrario, seguirá correspondiendo al cedente la pretensión para exigir la pena convencional en que ya haya incurrido el deudor en el momento de la cesión; en lo demás, la cláusula penal beneficiará al cesionario [VON TUHR *Tratado* p 309, SCHEYHING *Sukzessionen* § 5 I 5 b, MünchKomm-ROTH § 401 RdNr 7, PALANDT-HEINRICHS § 401 Anm 3 b. En favor de la transferencia al cesionario sin más precisiones FRANCESCHELLI *Appunti* p 41, PERLINGERI *Cessione* p 131 s, GARCIA CANTERO *Comentarios* XIX p 658, NAVARRO *Cesión* pp 62 s; *contra* PANUCCIO *Cessione volontaria* p 41 nt 50, *Cessione* p 863].

El cesionario podrá hacer valer una cláusula compromisoria relativa al crédito cedido, pactada entre el cedente y el deudor; también un *pactum de foro prorogando*, al menos si dicho pacto hubiera sido igualmente válido, de haberlo pactado el cesionario con el deudor (VON TUHR *Tratado* p 310, MünchKomm-ROTH § 401 RdNr 9, PALANDT-HEINRICHS § 398 Anm 5 a).

Por el contrato de cesión del crédito al precio de la venta, no se transmite al cesionario el dominio de la cosa, que el cedente se hubiera reservado como «garantía» del cobro; pero el cedente queda obligado a transmitírselo al cesionario en virtud de dicho contrato (SCHEYHING *Sukzessionen* § 5 I 5 e, PALANDT-HEINRICHS § 401 Anm 5 a; también MünchKomm-ROTH § 401 RdNr 10).

XII. Es preciso completar ahora el análisis de la relación cedente-cesionario, con el estudio de los deberes accesorios del primero y de las llamadas garantías de la *veritas nominis* y de la *bonitas nominis*.

12.1. Del artículo 1.258 CC —[...] sino también a todas las consecuencias, que según su naturaleza, sean conformes a la buena fe [...]— se deduce sin duda que el cedente debe abstenerse de llevar a cabo cualquier conducta que pueda perjudicar el derecho del cesionario —en especial, cobrar el crédito y realizar aquellos actos y negocios a los que, según señalábamos en el apartado IV, puede ser

aplicado por analogía el art 1527 CC— y colaborar en la medida de sus posibilidades con el cesionario en la realización del crédito cedido (por todos, SCHEYHING *Sukzessionen* § 2 I·2 nt 7, MünchKomm-ROTH § 398 RdNr 17, DÖRNER *Dynamische Relativität* pp 317 nt 100, 325). Lo que se concreta, por ejemplo, en el deber de proporcionar el cesionario toda la información necesaria para hacer valer el crédito y de entregarle todos los documentos probatorios del crédito que se encuentren en su poder, o copias auténticas de los mismos, caso de continuar precisando los originales, por ejemplo, por tratarse de un cesión parcial (§ 402 BGB, art 1.262 CC italiano, RIEG *Cession* nn 368 ss; entre nosotros, es tan frecuente como erróneo calificar los documentos probatorios del crédito de «accesorios» a los efectos del art 1.528 CC: GARCIA CANTERO *Comentarios* XIX p 658, NAVARRO *Cesión* p 66 y en Italia PANUCCIO *Cessione volontaria* pp 42 s; véase en cambio DIEZ PICAZO *Fundamentos* I p 806). En fin, como he reiterado ya a lo largo del presente trabajo, de la combinación de los artículos 1.526 I, 1.528 CC se deduce el deber del cesionario de otorgar, a petición del cesionario, al menos un documento privado en el que conste el contrato de cesión.

12.2. Dice el primer párrafo del artículo 1.529 CC que «el vendedor de buena fe responderá de la existencia y legitimidad del crédito al tiempo de la venta, a no ser que se haya vendido como dudoso». Y el artículo 348 CCom, que «el cedente responderá de la legitimidad del crédito y de la personalidad con que hizo la cesión».

Dichos preceptos son aplicables a las ventas y demás transmisiones voluntarias de créditos a título oneroso, incluidas las cesiones *pro soluto*. No a las cesiones *pro solvendo*, porque al cesionario siempre le queda el recurso a la obligación primitiva, caso de no poder realizar el crédito cedido (art 1.170 II CC, *supra* 2.3; ZACCARIA *Riv dir civ* 1982 I p 379, STAUDINGER-KÖHLER § 437 Rz 5). Tampoco a las cesiones al título gratuito o donaciones de créditos, salvo que se trate de una donación modal y hasta la concurrencia del gravamen (art 638 CC, DIEZ PICAZO *Fundamentos* I p 807, NAVARRO *Cesión* p 191, con la sorprendente idea de que el donante también responde en caso de dolo).

La letra de nuestros artículos 1.529 I prop 1.^a CC, 348 prop 1.^a CCom no permite la menor duda sobre el hecho de que la garantía que nos ocupa abarca tanto la existencia objetiva del crédito, como la titularidad y poder de disposición del cedente (así también, respecto del art 1.266 CC italiano, PANUCCIO *Cessione volontaria* pp 128 ss, 146 ss; respecto al art 1.693 CC francés, RIEG *Cession* nn 381 ss; y respecto del § 437 BGB, STAUDINGER-KÖHLER § 437 Rz 6).

En la doctrina italiana, alguno niega que el art 1.266 CC sea aplicable a los supuestos de objetiva inexistencia del crédito, a los que propone aplicar la disciplina de la nulidad por falta de objeto (PERLINGERI, *Cessione*

pp 263 ss, 269 s, PANZARINI *Sconto* pp 284 ss nt 400), muchos niegan que lo sea a la cesión de crédito ajeno, proponiendo la aplicación de las reglas relativas a la compraventa de cosa ajena (FRANCESCHELLI *Appunti* pp 63 ss, CICALA *Cessione del contratto* pp 159 s nt 73, ZACCARIA *Riv dir civ* 1982 I pp 368 ss, MANCINI *Cessione* p 394; nótese que el art 1.266 menciona sólo «*l'esistenza del credito*»). Y alguno parece negar ambas cosas (CARRARO *Riv dir civ* 1957 I pp 123 s).

Naturalmente, afirmar que nuestros artículos 1.529 I prop 1.^a CC, 348 prop 1.^a CCom incluyen los supuestos de inexistencia objetiva del crédito, exige ofrecer alguna explicación del por qué el legislador haya decidido en este caso escapar del lógico molde de la nulidad por falta de objeto y adoptar el régimen estudiado, más favorable al cesionario, en cuanto no limitado a una indemnización del interés negativo. Explicación que se consigue haciendo observar que el comprador de un crédito tiene muchas menores posibilidades de comprobar la efectiva existencia de lo que va a adquirir que el comprador de una cosa corporal, por lo que debe depositar su confianza en mayor medida en la tácita afirmación de que el crédito existe deducible del consentimiento contractual del cedente: requiriendo, por tanto, del legislador una mayor protección, en cuanto especialmente expuesto a engaños de la contraparte (sobre esto y en general sobre la naturaleza de la responsabilidad que nos ocupa, ZACCARIA *Riv dir civ* 1982 I pp 340 ss; véase también STAUDINGER-KÖHLER § 437 Rz 2, 13).

En la doctrina española los temas están tremendamente confusos, en parte por la influencia italiana, pero sobre todo porque se parte de la equivocada premisa de que el artículo 1.529 II CC y su «sólo responderá del precio recibido y de los gastos expresados en el número 1.º del artículo 1.518» (interés negativo), es también aplicable a la garantía de la *veritas nominis*: DIEZ PICAZO *Fundamentos* I pp 806, 807, GARCIA CANTEIRO *Comentarios* XIX pp 663 nt 13, 664, LACRUZ *Elementos* II-1.º p 302, NAVARRO *Cesión* pp 177 ss, 182 ss, 187 ss.

Responderá, pues, el cedente de la inexistencia del crédito en el momento de la cesión, bien porque no haya existido nunca —simulación (pero salvo que, pese a todo, el cesionario adquiera el crédito: apartado VII, § 405 BGB), nulidad o anulabilidad (*infra* 13.1.a) del negocio en cuestión—, bien porque haya dejado de existir —por pago, condonación, compensación ya opuesta o declarada entre deudor y cedente, novación, transacción, etc.; por cumplimiento de la condición resolutoria o término final a que estaba sometido; por rescisión, redhibición o resolución del contrato fuente del crédito— siempre antes del momento de la cesión. También si en ese momento estaba ya fundada una excepción perentoria como la prescripción. Pero también si el crédito se extingue en un momento posterior, cuando el mecanismo extintivo tenga un origen anterior a la cesión: compen-

sación opuesta al cesionario por el cedido de un crédito contra el cedente anterior a la cesión (art 1.198 II, III prop 1.^a); cumplimiento posterior a la cesión de la condición resolutoria o término final a que el crédito, cedido como puro, nació sometido; rescisión, redhibición o resolución, posterior a la cesión, del contrato fuente del crédito, haya surgido o se haya completado la causa corespondiente antes o después de la cesión (ZACCARIA *Riv dir civ* 1982 I pp 364 ss, RIEG *Cession* nn 381 ss, 398, STAUDINGER-KÖHLER § 437 Rz 6, 12; contra la inclusión de la anulabilidad o impugnación en general del negocio fuente del crédito cedido con posterioridad a la cesión, PANUCCIO *Cessione volontaria* pp 160 ss, PERLINGERI *Cessione* pp 272 s).

Salvo lo que acabamos de decir, la garantía estudiada no cubre, por el contrario, la extinción o perjuicio del crédito cedido provocados por hechos o negocios posteriores a la cesión: por ejemplo, el crédito prescribe, aun sin culpa del cesionario, a no ser, quizás, que la prescripción se haya producido casi inmediatamente después de la cesión (ZACCARIA *Riv dir civ* 1982 I p 371, RIEG *Cession* n 400, GARCIA CANTERO *Comentarios XIX* pp 663 s, NAVARRO *Cesión* p 184). ¿Y si se extingue por alguno de los hechos o negocios imputables al cedente, que suscitan la aplicación directa o analógica del artículo 1.527 CC? Según algunos sí (PANUCCIO *Cessione* p 279, RIEG *Cession* n 394). Yo creo, por el contrario, que serán casos de responsabilidad contractual ordinaria, por violación por parte del cedente de su deber de omitir cualquier conducta perjudicial para el derecho del cesionario (así, ZACCARIA *Riv dir civ* 1982 I pp 271 s); aparte, en su caso, la pretensión restitutoria de éste contra aquél. En los supuestos en que el crédito se extinga por oponer el cedido al cesionario en compensación un crédito contra el cedente posterior a la cesión (art 1.198 III prop 2.^a CC), el cesionario dispondrá frente al cedente de una pretensión de reembolso por la suma compensada (art 1.158 CC por analogía).

Responderá también el cedente en virtud de los artículos 1.529 I prop 1.^a CC, 348 prop 1.^a CCom, si vende como propio un crédito ajeno, a no ser que, excepcionalmente, el cesionario adquiera el crédito a *non domino* (*supra*, apartado VII). También cuando, pese a ceder un crédito propio, lo haga en violación de un *pactum de non cedendo* (STAUDINGER-KÖHLER § 437 Rz 4; el supuesto es imposible en Italia, a la luz de lo que dispone el art 1.260 II CC, por ser la buena fe del adquirente requisito necesario para el juego de la garantía: ZACCARIA *Riv dir civ* 1982 I p 367). De nuevo con la excepción de que, pese a ello, el cesionario adquiera el crédito (*supra*, subapartado 8.4). Si la cesión ha sido contraria a una prohibición legal, estaremos como regla fuera del ámbito de los preceptos estudiados y ante una cesión nula de pleno derecho, por no concurrir la especialmente protegible confianza del cesionario que constituye el

fundamento de aquéllos; salvo que se trate de una prohibición exclusivamente ligada a la posición del cedente y no conocida por el cesionario en el momento de adquirir el crédito (ZACCARIA *Riv dir civ* 1982 I p 368, STAUDINGER-KÖHLER § 437 Rz 4).

La aplicación de los artículos que nos ocupan requiere la buena fe del cesionario: si éste conocía (no si sólo podía conocer) en el momento de la cesión la inexistencia o ilegitimidad del crédito, el contrato será nulo (salvo que se haya adquirido el crédito como futuro; sobre esta hipótesis ZACCARIA *Riv dir civ* 1982 I pp 359 s, PERLINGERI *Cessione* p 270 nt 4, STAUDINGER-KÖHLER § 437 Rz 3, 12, cuya opinión comparto), sin que existan razones para afirmar la responsabilidad precontractual de aquél (ZACCARIA *Riv dir civ* 1982 I pp 361 s, STAUDINGER-KÖHLER § 437 Rz 16).

Opina unánimemente nuestra doctrina que las consecuencias jurídicas de la responsabilidad estudiada son las previstas en los párrafos segundo y tercero del artículo 1.529 CC. A mi juicio, esto es completamente erróneo. Las consecuencias jurídicas hay que ir a buscarlas al mismo lugar donde las buscan los juristas franceses (por todos RIEG *Cession* nn 405 ss) e italianos (por todos PANUCCIO *Cessione volontaria* pp 155 ss, *Cessione* p 871, PERLINGERI *Cessione* pp 277 s): a la disciplina de la evicción y en concreto, en nuestro Derecho, al artículo 1.478 CC.

Las cosas estarían muy claras, si el artículo 1.529 II hubiera seguido literalmente a sus modelos (art 1.460 II Proyecto 1851, art 1.556 II Anteproyecto 1882-1888) y hubiera comenzado diciendo: «Aun en estos dos casos [...]» Pero aun tras la supresión del numeral —probablemente para evitar que se pudiera pensar que los dos casos eran los de insolvencia anterior e insolvencia pública—, la referencia no puede sino seguirse entendiéndola hecha a los dos supuestos de garantía de la *bonitas nominis*. Porque sólo respecto de ellos, en cuanto excepciones que son a la regla general contraria («pero no de la solvencia», art 1.529 I), tiene buen sentido comenzar diciendo «aun en estos casos».

La limitación de responsabilidad contenida en el artículo 1.529 II tiene su antecedente en el artículo 1.694 CC francés —así nos lo enseña García Goyena en su glosa al art 1.460 del Proyecto isabelino—, precepto exclusivamente relativo a la responsabilidad por la insolvencia del cedido. Se trata de un límite de *Derecho imperativo* («sólo responderá») con finalidad —como el art 1.535 CC— de represión de la usura: a fin de impedir a los usureros la adquisición de créditos incobrables, asegurándose un recurso integral contra el cedente (RIEG *Cession* n 477, WEILL-TERRE *Obligations* p 951). Un límite imperativo así tiene, pues, buen sentido en el campo de la garantía de la *bonitas nominis* (cfr también art 1.267 I CC italiano); pero no tiene ninguno, en el de la responsabilidad por la inexistencia o ilegitimidad del crédito cedido. ¿Qué razón podría haber para negar a cedente

y cesionario la posibilidad de pactar que, caso de no lograr hacerle adquirir el crédito vendido, aquél se compromete a abonar a éste su valor nominal, aunque el precio de venta hubiera sido inferior? Por no preguntarnos qué razón podría haber para tratar mejor al vendedor de una cosa ajena, que al vendedor de un crédito ajeno.

No es de extrañar que GARCIA CANTERO *Comentarios XIX* p 667 nt 27 haya optado por negar el carácter imperativo del artículo 1.529 II, pese a su rotundo tenor literal y sus claros antecedentes; y tiene gracia que utilice como argumento el artículo 1.475 III CC. NAVARRO *Cesión* pp 183 s, 208 ss, admite el carácter imperativo a regañadientes.

En consecuencia, en el supuesto de los artículos 1.529 I prop 1.^a CC, 348 CCom, el cesionario tendrá derecho a exigir al cedente (*cfr* art 1.478 CC): *a*) La restitución del precio del crédito (igual, salvo prueba en contrario, a su valor nominal), bien en el momento de la cesión, bien en el de su posterior extinción, ya sea mayor o menor que el de la venta. *b*) Los intereses o rendimientos, si el cesionario ha tenido que restituírselos al verdadero acreedor. *c*) Las costas de los pleitos que, en su caso, haya debido sostener con el verdadero acreedor y con el cedente. *d*) Los gastos del contrato, si los hubiese pagado él. *e*) Los daños e intereses y los gastos voluntarios, si el cedente lo fue de mala fe. Naturalmente, salvo pacto en contrario.

En el momento de concluir el contrato de cesión, aunque siempre con el límite insoslayable de la responsabilidad por dolo (arts 1.476, 1.102 CC), cedente y cesionario pueden excluir la responsabilidad que nos viene ocupando (también disminuirla o aumentarla, art 1.475 III CC). La exclusión será plena respecto del cedente de buena fe si, como nos dice el propio artículo 1.529 I, el crédito se ha vendido como dudoso. Lo que habrá que poner en relación con lo dispuesto en el artículo 1.477 CC y afirmar que, para que dicha plena exclusión de responsabilidad tenga lugar, el cesionario debe haber actuado con conocimiento de los riesgos de inexistencia o ilegitimidad del crédito y sometiéndose a sus consecuencias. Y que en caso de simple renuncia por su parte a la garantía legal estudiada, la responsabilidad del cedente se limitará a la entrega del precio del crédito, bien en el momento de la cesión, bien en el de su extinción posterior (*cfr* sobre estos temas PERLINGERI *Cessione* p 278 s, RIEG *Cession* nn 417 ss, STAUDINGER-KÖHLER § 437 Rz 17, NAVARRO *Cesión* pp 187 ss).

He dejado conscientemente para el final la cuestión más difícil de responder: si los artículos 1.529 I prop 1.^a CC, 348 prop 1.^a CCom sean también aplicables para garantizar, no estrictamente la existencia del crédito, sino su extensión, contenido y existencia de derechos accesorios, con arreglo a lo previsto o a lo que razonablemente podía preverse en el momento de la cesión. De acuerdo con la doctrina dominante en Francia y Alemania (RIEG *Cession* nn 388 ss,

STAUDINGER-KÖHLER § 437 Rz 7, 8), aunque contra la italiana (PANUCCIO *Cessione volontaria* pp 164 s, PERLINGERI *Cessione* p 213, ZACCARIA *Riv dir civ* 1982 I pp 372 ss), me inclino por la respuesta afirmativa. Las consecuencias jurídicas en estos casos serán las previstas para la evicción parcial (art 1.479 CC).

12.3. Salvo pacto en contrario, no responde el cedente de buena fe de la solvencia del deudor cedido —nos dicen los artículos 1.529 I prop 2.^a CC, 348 prop 2.^a CCom. Pero el primer texto legal añade otra excepción, ciertamente desafortunada: salvo que la insolvencia sea anterior y pública. De todas las importantes cuestiones que la cesión de créditos suscita, es a desentrañar el significado de este extraño añadido de García Goyena (que lo acarreoó desde la delegación, *cfr* art 1.206 *in fine* CC) al que nuestra mejor doctrina, por desgracia, ha dedicado con mucho la mayor parte de su atención. Como el profesor GIL RODRIGUEZ acaba de escribir una monografía sobre el tema (su «escrito de habilitación» *Fundamento y alcance de la garantía por bonitas nominis en el artículo 1.529 del Código Civil*) en la que se analizan y critican exhaustivamente todas las posturas sostenidas hasta hoy, y como se me informa que pronto será publicada, me limitaré a remitirme a ella, pues comparto además plenamente las conclusiones de su autor.

Los párrafos segundo y tercero del artículo 1.529 establecen las consecuencias de la responsabilidad analizada. Recuérdese que las previstas para el cedente de buena fe —devolución del precio recibido y reembolso de los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta— no pueden ser agravadas por pacto.

El grave problema interpretativo que frecuentemente plantean las cláusulas de garantía de la *bonitas nominis* sobre la extensión temporal de la responsabilidad del cedente, ha sido afrontado por nuestro legislador con la norma de Derecho dispositivo del artículo 1.530 CC:

«Cuando el cedente de buena fe se hubiese hecho responsable de la solvencia del deudor, y los contratantes no hubieran estipulado nada sobre la duración de la responsabilidad, durará ésta sólo un año, contando desde la cesión del crédito, si estaba ya vencido el plazo.

»Si el crédito fuere pagadero en término o plazo todavía no vencido, la responsabilidad cesará un año después del vencimiento.

»Si el crédito consistiere en una renta perpetua, la responsabilidad se extinguirá a los diez años, contados desde la fecha de la cesión».

La norma no plantea problemas de exégesis dignos de insistencia (*cfr* GARCIA CANTERO *Comentarios XIX* pp 668 ss, NAVARRO *Cesión* pp 210 ss). Sí convendrá añadir que, al igual que expresamente prevé el artículo 1.267 II CC italiano, la garantía cesa, si la no realización del crédito por insolvencia del deudor se debe a la negligencia del cesionario en iniciar o proseguir las instancias oportunas contra aquél; bien que, en principio, no haya de considerarse negligente entre nosotros al cesionario que aguarda al menos un año antes

de perseguir judicialmente al cedido. Que el cesionario puede ahorrarse dicha persecución judicial, cuando el deudor sea ya notoriamente insolvente; y debe ahorrársela, ya que de otro modo cargará con las costas y gastos (que en los casos normales podrá reclamar al cedente, a falta de precepto que específicamente lo prevea, con base en las normas sobre gestión de negocios ajenos). Y que, pese a que la garantía de la *bonitas nominis* no ha sido construida como una fianza por nuestro legislador, sino como una auténtica resolución del contrato de cesión, cabrá aplicar por analogía los artículos 1.851, 1.852 CC y afirmar que «la prórroga concedida al deudor por el cesionario sin el consentimiento del cedente hace cesar la responsabilidad de éste por la insolvencia del primero», y que «el cedente quedará libre de su responsabilidad siempre que por algún hecho del cesionario se hayan perdido las garantías y privilegios del crédito cedido» (aunque por lo que respecta al art 1.852 CC, *cfr* subapartado 2.3 *in fine*).

XIII. Procede analizar, en fin, la relación cesionario-deudor cedido, o más concretamente, afrontar el problema de cuáles son las excepciones (en sentido amplio: defensiones impeditivas o extintivas; excepciones en sentido estricto, dilatorias o perentorias, materiales o procesales; derechos potestativos cancelatorios) que el deudor podrá oponer al cesionario.

13.1. A propósito del contrato de cesión del crédito hipotecario, dispone el artículo 149 II LH: «El deudor no quedará obligado por dicho contrato a más que lo estuviere por el suyo». Se trata, evidentemente, de una norma generalizable a toda cesión de crédito, concreción de los principios *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habeat* y *res inter alios acta tertiis neque prodest neque nocet*: el cedente no puede transmitir al cesionario mejor derecho que el suyo y el deudor no puede resultar perjudicado por el contrato de cesión, que no requiere para su validez y eficacia el consentimiento de aquél. De lo que se deduce lo siguiente:

a) El cedido podrá oponer al cesionario que el crédito no llegó nunca a nacer en la persona del cedente, por ejemplo, porque el negocio en cuestión fue simulado (aunque con la excepción indicada en el apartado VII, tomada del § 405 BGB; *cfr* también RIEG *Cesión* nn 570 ss, WEILL-TERRE *Obligations* p. 950 nt 20), nulo por ilicitud de la causa, o anulable por incapacidad del cedido, o por error, dolo, intimidación, etc., sufridos por él.

Aunque no es tema que pueda profundizarse aquí, debo manifestar mi convicción de que, en nuestro Derecho, los negocios llamados «anulables» son, en parte válidos y eficaces mientras no sean anulados —para crear obligaciones a cargo de la contraparte de quien sufrió el vicio— y en parte nulos e ineficaces mientras no se sean confirmados: no nace de ellos obligación alguna a cargo de quien sufrió el vicio, ni, correlativamente, dere-

cho de crédito alguno en favor de la contraparte. Sólo así se explica, por un lado, que la parte que no sufrió el vicio pueda incurrir en mora, si no cumple tras la intimación al efecto de quien lo sufrió (aunque dicha intimación no suponga confirmación tácita por haberse hecho sin conocimiento de la causa de nulidad, o no habiendo ésta cesado, art 1.311 CC) y que, si cumple, no realice un pago de lo indebido. Y por otro lado, que el legislador haya considerado necesario dotar a la confirmación de eficacia retroactiva (art 1.313 CC) y que la excepción de anulabilidad sea perpetua. Lo que, según el art 1.301 I CC, dura cuatro años es la acción de restitución de lo indebidamente pagado por quien sufrió el vicio, cuya extinción hace desaparecer cualquier interés de éste en que se declare judicialmente la «anulabilidad» del negocio.

Así las cosas, no se plantea entre nosotros a este respecto un difícil problema que han tenido que afrontar los juristas alemanes, habida cuenta de que nuestros casos de «anulabilidad» por error, dolo o intimación son, en el Derecho alemán, supuestos en los que el afectado por tales vicios deviene titular de un derecho potestativo de impugnación (§§ 119 s, 123 BGB), hasta el momento de cuyo ejercicio, que lo anula con efectos retroactivos (§ 142 BGB), el negocio es plenamente válido y eficaz. ¿Frente a quién deberá o podrá hacerse la declaración de impugnación, caso de haber cedido su crédito la parte que no sufrió el vicio? La respuesta de la doctrina dominante es ésta: la declaración de impugnación sólo podrá hacerse eficazmente frente al cedente, que es quien fue parte del negocio impugnabile; pero, caso de resultarle transitoriamente imposible hacerlo así en la práctica, el cedido podrá oponer a la reclamación del cesionario una excepción dilatoria fundada en la existencia del derecho potestativo de impugnación, análoga a la prevista para el fiador en el § 770 BGB [NEUMANN-DUESBERG FS Nipperdey I pp 659 ss, NJW 1971 pp 271 s, LARENZ SchuldR I § 34 IV nt 41, ESSER-SCHMIDT SchuldR I § 37 I 4 a, MünchKomm-ROTH § 404 RdNr 6, PALANDT-HEINRICH § 404 Anm 3 a. Niegan, por el contrario, que pueda admitirse una tal *aufschiebende Einrede*, convincentemente a mi juicio, PICK 1972 (1972) pp 50 ss, DÖRNER *Dynamische Relativität* pp 232 s, KÖHLER JZ 1986 pp 517 s]. Un sector doctrinal minoritario ha abogado por la solución de que el deudor cedido pueda elegir libremente entre dirigir al cedente la declaración de impugnación, o dirigírsela al cesionario (NEUMANN-DUESBERG NJW 1971 p 272, SCHEYHING *Sukzessionen* § 4 II 5 a, DÖRNER *Dynamische Relativität* pp 246 ss; duda MünchKomm-ROTH § 404 RdNr 6; *contra* KÖHLER JZ 1986 pp 516 s, a mi juicio con razón). Recientemente se ha sostenido la postura que sigue: la declaración de impugnación sólo podrá hacerse de manera eficaz frente al cedente; pero si, antes de la reclamación del cesionario, el deudor cedido hizo todo cuanto razonablemente estaba en su mano para que aquella declaración llegase al cedente (p.e., lo que dispone el § 132 II BGB), podrá oponer al cesionario con éxito que está ejercitando su derecho contra las exigencias de la buena fe, ya que *dolo facit qui petit quod statim redditurus est*. Solución ésta que defiende al deudor cedido de manera suficiente, eliminando el privilegio que para él conlleva la que propone la doctrina dominante: poder denegar por el momento la prestación que debe, conservando la contraprestación y pudiendo especular todavía sobre si hará o no, efectivamente, uso del derecho de impugnación (KÖHLER JZ 1986 pp 517 s).

La última de las soluciones es la que yo defendería para los casos en que un problema análogo puede suscitarse en nuestro Derecho: resolución, retracto convencional. La rescisión por lesión y el saneamiento por vicios

tampoco están contruidos en nuestro ordenamiento como derechos potestativos o facultades de configuración jurídica del perjudicado, sino como pretensiones/excepciones del mismo.

b) El cedido podrá oponer al cesionario que, con anterioridad al contrato de cesión, el crédito había quedado ya extinguido por pago, consignación, dación o cesión *pro soluto*, condonación, compensación ya opuesta o declarada entre deudor y acreedor originario, novación, transacción, etc.

Podrá oponerle también que, antes o después de la celebración del contrato de cesión, el crédito quedó extinguido por cumplimiento de la condición resolutoria o término final a que nació sometido. Así como la rescisión, redhibición o resolución del contrato fuente del crédito: anterior o posterior a la cesión y haya surgido o se haya completado la causa correspondiente antes o después de aquélla.

c) El cedido podrá oponer al cesionario que, con anterioridad al contrato de cesión, el crédito había prescrito, o que él había convenido con el acreedor originario una prórroga o aplazamiento, o un *pactum de non petendo*. También la prescripción que, habiendo comenzado antes, sólo se haya consumado tras la celebración del contrato de cesión. Si el comienzo de la prescripción del crédito de que se trate está subordinado al conocimiento por el acreedor de una determinada circunstancia (*cfr* art 1.968.2.º CC), el cesionario habrá de tolerar que se haga valer en su contra el conocimiento del cedente anterior a la cesión.

Podrá oponerle también la *exceptio non adimpleti contractus*, así como las excepciones previstas en los artículos 1.467 y 1.502 CC, con independencia de que el supuesto de hecho de la excepción de que se trate se haya realizado o completado antes o después de la celebración del contrato de cesión. También las excepciones de rescisión/redhibición o *quanti minoris* por defectos de cabida o calidad del inmueble vendido o vicios ocultos de la cosa vendida, caso de haberse cedido el crédito al precio de la compraventa, y se haya entregado la cosa de que se trate antes o después de la cesión.

d) El cedido podrá oponer al cesionario las excepciones procesales derivadas, bien de un convenio de dación o cesión de crédito *pro solvendo* (*supra* 2.3), bien de una cláusula compromisoria o de un *pactum de foro prorogando* válido, que hubiera convenido con el acreedor originario con anterioridad al contrato de cesión. También la cosa juzgada intervenida en un litigio anterior a la cesión (art 1.252 III CC).

Sobre todo lo anterior, PICK 172 (1972) pp 42 ss, KORNBLUM BB 1981 pp 1.297 ss, LARENZ SchuldR I § 34 IV, BÜLOW JA 1983 pp 7 ss, SCHEYHING *Sukzessionen* § 4 II, MünchKomm-ROTH § 404 RdNr 5 ss, DÖRNER *Dynamische Relativität* pp 229 ss, PALANDT-HEINRICHS § 404 Anm 2, 3; pero ya perfectamente VON TUHR *Tratado* pp 316 ss.

Puede consultarse además PANUCCIO *Cessione volontaria* pp 56 ss, *Cessione* pp 866 s, FRANCESCHELLI *Appunti* pp 42 ss, PERLINGERI *Cessione* pp 215 ss, DOLMETTA-PORTALE BBT 1985 I pp 273 s; AYNES *Cession de contrat* pp 38 ss, RIEG *Cession* nn 545 ss; entre nosotros, DIEZ PICAZO *Fundamentos* I pp 809 s, GARCIA CANTERO *Comentarios* XIX pp 654 s, LACRUZ *Elementos* II-1.º p 301, NAVARRO *Cesión* pp 283 ss.

13.2. El segundo grupo de excepciones que el deudor cedido podrá oponer al cesionario son las que resulten de la aplicación, directa o analógica, del artículo 1.527 CC (*supra*, apartado IV).

El cesionario habrá de pasar porque el deudor cedido le oponga el pago hecho al cedente (o la consignación por su cuenta) antes de tener conocimiento de la cesión. También la dación o cesión *pro soluto*, la dación o cesión *pro solvendo*, la cesión de bienes en pago, la condonación, la novación, la prórroga o aplazamiento, el *pactum de non petendo*, la transacción, el compromiso, etc. relativos al crédito cedido, celebrados por el deudor y el cedente entre el momento de la cesión y el del conocimiento de la misma por aquél. También la compensación ya opuesta o declarada entre cedente y deudor cedido entre uno y otro momento. También, en fin, la cosa juzgada intervenida en un litigio posterior a la cesión entre cedente y cedido, a no ser que éste hubiera conocido la cesión antes de la contestación a la demanda (*cfr* § 407 II BGB).

13.3 Pasemos ahora al análisis del artículo 1.198 CC, o mejor, de sus párrafos segundo y tercero, dejando para más adelante el supuesto de la cesión consentida por el deudor.

a) El deudor cedido (no consentidor de la cesión) podrá oponer al cesionario una situación de compensación que existiera entre aquél y el cedente antes de la cesión (art 1.198 II, III prop 1.ª). La justificación de esta regla se encuentra en las ideas ya indicadas en 13.1: el cedente no puede transmitir al cesionario mejor derecho que el suyo —principio a quien recurrirá sin más un partidario del efecto automático *ex lege* de la compensación—, y el cedido no puede resultar perjudicado por un negocio en el que no ha participado.

b) El deudor cedido podrá oponer al cesionario una situación *putativa* de compensación entre aquél y el cedente, esto es, una situación de compensación que habría existido efectivamente entre cedente y deudor cedido, de no haber sido eficaz la cesión hasta el momento en que este último tuvo conocimiento de ella: artículo 1.198 III prop 2.ª, en la forma en que, a mi juicio, debe ser interpretado [los créditos «posteriores hasta que hubiese tenido conocimiento de la cesión» son, en el sentido de la ley, créditos *objetivamente compensables* con el crédito cedido; lo mismo que los «créditos anteriores a ella», con relación a lo que acabamos de escribir en 13.3.a)].

Lo importante es que el contracrédito del deudor haya llegado a ser objetivamente compensable con el crédito cedido antes de que

aquél haya tenido conocimiento de la cesión. Es indiferente que haya nacido y/o vencido y/o devenido líquido y exigible con posterioridad al vencimiento, liquidez y exigibilidad del crédito cedido. No importa, dicho de otra manera, que en el momento de celebración del negocio jurídico fuente del contracrédito, el deudor no pudiera razonablemente confiar en que la situación de compensación se produciría (no puede razonablemente confiarse en que el propio incumplimiento será soportado pacientemente por nuestro acreedor). Basta con que, en algún momento, el deudor haya podido creer de buena fe que se ha producido una situación de compensación entre él y su originario acreedor y que, consiguientemente, ya no tendrá que preocuparse del pago de su deuda o del cobro de su crédito.

Así ocurre también en el Derecho alemán, pues la *Fälligkeitsregelung* con que finaliza el § 406 BGB —«El deudor puede compensar también frente al nuevo acreedor un crédito que tenga contra el anterior acreedor, a no ser que tuviera conocimiento de la cesión en el momento de adquirir el crédito, o que el crédito haya vencido sólo tras la obtención del conocimiento y después que el crédito cedido»— no es aplicable cuando el contracrédito no sólo se ha adquirido, sino también ha vencido con anterioridad al conocimiento de la cesión por el deudor (LARENZ SchuldR I § 34 IV, DÖRNER *Dynamische Relativität* p 279 nt 45, PALANDT-HEINRICHS § 406 Anm 2 d). Sin poner lo anterior en duda, algunos autores parecen criticar al legislador por haber ido más lejos, en beneficio del deudor cedido, de lo que exigía la protección de su legítima confianza en el mantenimiento de la titularidad de la posición acreedora (SCHEYHING *Sukzessionen* § 7 III 3 c, MünchKomm-ROTH § 406 RdNr 9, MEDICUS SchuldR I § 63 IV 5 b). A mi juicio, en cambio, no hay por qué limitar la confianza protegible al momento de la celebración del negocio jurídico fuente del contracrédito (o del negocio jurídico fuente del crédito cedido, caso de ser posterior). Los autores últimamente citados parecen olvidar el perjuicio que de otra forma podría sufrir el deudor cedido, inicialmente no cumplidor, que, una vez vencido su contracrédito (el que él todavía piensa que es), deja de preocuparse de allegar medios con que cumplir la deuda cedida, de buscar o conservar otras vías de defensa distintas a la compensación, o de intentar de inmediato el cobro de su crédito contra el acreedor originario, que a lo peor deviene incobrable. Ha de tenerse también presente, en fin, el supuesto del deudor que, tras un periodo de tiempo sin cumplir y desconocedor de la cesión del crédito por parte de su originario acreedor, adquiere un crédito que acaba de vencer contra éste, con la exclusiva intención de extinguir su deuda por compensación.

Indiferente resulta también que el contracrédito del deudor, aun adquirido con posterioridad al crédito cedido, no haya tenido su fuente en un negocio jurídico, sino en la ley (no puede aceptarse la limitación sugerida al respecto en MünchKomm-ROTH § 406 RdNr 8). Insisto en que no es esencial para el funcionamiento de la norma analizada que el deudor cedido haya adquirido el contracrédito con la razonable expectativa de oponerlo en compensación al acreedor originario —lo que exigiría por hipótesis una adquisición voluntaria del

mismo—, sino que en algún momento posterior a la cesión y anterior al conocimiento de la misma por el deudor, la posibilidad «cobro/pago por compensación» haya podido parecerle garantizada, induciéndole a obrar en consecuencia: a no tratar, por ejemplo, de cobrar de inmediato su crédito contra el acreedor cedente, pese a existir un grave riesgo de que deviniera incobrable (*cfr* KORNBLUM BB 1981 p 1303).

c) Hasta aquí lo que, en mi opinión, resulta estrictamente de los párrafos segundo y tercero del artículo 1.198 CC. Tengo, sin embargo, la convicción de que el principio de protección de la legítima confianza del deudor cedido en el mantenimiento de la titularidad de la posición acreedora, que inspira tanto el artículo 1.198 III como el artículo 1.527 CC, permite además afirmar lo siguiente. El deudor cedido podrá oponer también al cesionario la compensación de un crédito que sólo haya llegado a ser objetivamente compensable con el crédito cedido tras el conocimiento de la cesión por el deudor, siempre que el hecho o negocio fuente del contracrédito se haya realizado con anterioridad a la obtención de dicho conocimiento y que el vencimiento, liquidez y exigibilidad del contracrédito no sean posteriores a los del crédito cedido.

Igual en el Derecho alemán, con base en el § 406 BGB. En cuya interpretación hay acuerdo general en que, para entender «adquirido» el contracrédito antes del conocimiento de la cesión por el cedido, basta que exista ya el *Rechtsgrund* del mismo, y en que, aunque la norma habla sólo del vencimiento de crédito y contracrédito, hay que entender la «*Voll-durchsetzbarkeit*» de uno y otro. Se discute sólo si la regla del orden de los vencimientos sea también aplicable cuando crédito y contracrédito provienen de la misma relación obligatoria, y si la existencia de un derecho de retención en favor del deudor permite afirmar que el crédito cedido no ha vencido todavía a los efectos del párrafo en cuestión. Sobre todo lo anterior, KORNBLUM BB 1981 pp 1302 s, 1304 ss, LARENZ SchuldR I § 34 IV, SCHEYHING *Sukzessionen* § 7 III 3, MünchKomm-ROTH § 406 RdNr 7, 10, 15, DÖRNER *Dynamische Relativität* pp 278 s, PALANDT-HEINRICHS § 406 Anm 2.

Pero con una diferencia: el § 406 BGB no permite distinguir en este grupo de casos entre créditos/contracréditos nacidos *ex voluntante* y nacidos *ex lege*. Distinción que ahora, frente a lo que ocurría en 13.3.b, resulta plenamente razonable, como veremos de inmediato.

Se trata ahora de proteger a quien consintió en devenir acreedor de su acreedor (p.e. prestándole dinero), precisamente en atención a la cobertura que su deuda representaba, a su razonable expectativa de, en su caso, «cobrarse por compensación». O a quien consintió en devenir deudor de su deudor precisamente en atención a la cobertura que su crédito representaba, a su razonable expectativa de «pagar por compensación». Por eso ahora es preciso además que, bien la fuente del contracrédito, bien la del crédito cedido —en concreto, la que resulte cronológicamente posterior— sea de carácter negocial.

d) No hay motivo alguno para permitir al deudor cedido oponer al cesionario la compensación de un crédito contra el cedente, que derive de un hecho o negocio realizado con posterioridad al momento en que el cedido tuvo conocimiento de la cesión. Tampoco si realizado antes, pero el crédito tiene un vencimiento posterior a dicho conocimiento y al vencimiento del crédito cedido.

Comentando el artículo 169 II CO suizo, inspirado en el § 406 BGB, escribió en contra VON TUHR *Tratado* p 319: «Esta norma descansa en la idea de que el deudor, aun sin cesión, no pudo nunca contar con oponer al cedente en compensación un crédito de vencimiento posterior. Pero dudamos que el legislador haya dado en el blanco. Pues si el cedente hubiese esperado para hacer valer su crédito de vencimiento anterior hasta que venciese también el crédito del deudor, éste hubiera podido oponérselo en compensación ¿Por qué no ha de ocurrir también así cuando el cesionario del crédito vencido espere a que se produzca el vencimiento del crédito del deudor? Si, en estas condiciones, se expone a perder por compensación su crédito, no tiene que achacárselo a nadie más que a él mismo». Argumentación ingeniosa que, sin embargo, parece olvidar la diferencia esencial entre el cedente y el cesionario al respecto: que el crédito del deudor lo es contra el primero y no contra el segundo. Y que, por ello, es precisa alguna poderosa razón especial para que dicho crédito pueda ser opuesto en compensación frente al segundo y no frente al primero (conservación de una situación de compensación ya adquirida, protección de la legítima confianza del deudor). Una razón que no puede consistir en el simple hecho de que el cesionario haya tardado un cierto tiempo en hacer valer el crédito cedido o, como también podría decirse, que el deudor haya omitido durante cierto tiempo realizar espontáneamente el pago.

El cesionario podrá hacer valer frente al deudor cedido, que pretenda oponerle en compensación un crédito contra el cedente, todos los medios de defensa que al cedente corresponderían, incluida una prohibición legal o convencional de compensar (MünchKomm-ROTH § 406 RdNr 11, 16, PALANDT-HEINRICHS § 406 Anm 2 e). Operada la compensación, el cesionario, o podrá ampararse en el artículo 1.529 I prop 1.^a CC —si la situación de compensación existía ya en el momento de la cesión a título oneroso—, o dispondrá frente al cedente de una pretensión de reembolso de la suma compensada (art 1.158 II CC por analogía). Como el cesionario puede compensar el crédito cedido con una deuda que él mismo tenga frente al deudor (art 1.195 CC), podrá ocurrir que lo haga e impida con ello que éste le oponga la compensación de un crédito suyo contra el cedente; aunque el resultado final sea perjudicial para el deudor cedido (*arg* arts 1.201, 1.172 I CC; MünchKomm-ROTH § 406 RdNr 12).

13.4 Considero indiscutible que el deudor podrá oponer al (sedi-cente) cesionario que éste no ha llegado a ser titular del crédito, por ejemplo, porque el negocio de cesión fue simulado (aunque ha de tenerse presente que la simulación ocultará en ocasiones una autorización de cobro), nulo por falta absoluta de consentimiento, indetermi-

nación del objeto, ilicitud de la causa o defecto de forma (en una donación de crédito), o contrario a una prohibición legal de ceder o a un *pactum de non cedendo* (aunque con la excepción indicada en el apartado VII y subapartado 8.4 de este trabajo, tomada del § 405 BGB); o porque aún no se ha cumplido la condición suspensiva o el término inicial a que se hallaba subordinada la eficacia del negocio de cesión. También podrá oponerle que ha dejado de ser titular del crédito, por haber quedado rescindido o resuelto el contrato de cesión; no, claro está, su mera rescindibilidad o resolubilidad. También, a mi juicio, la anulabilidad del contrato de cesión por haber concurrido en el cedente uno de los vicios que, según el artículo 1.301 CC, la provocan, mientras la confirmación del contrato no se produzca: momento hasta el cual, en mi opinión, la transmisión del crédito del cedente al cesionario no tendrá lugar en nuestro Derecho (*supra* 13.1.a). No se me contrargamente con el artículo 1.302 CC, porque se acabaría entonces por utilizar un precepto destinado a privilegiar a quien sufrió el vicio frente a su contraparte, para obtener una conclusión que beneficia a ésta frente a aquél: si el deudor no puede oponer la excepción de anulabilidad, habrá de pagar al cesionario, incluso en aquellos casos en que al cedente le haya sido imposible ejercitar todavía la acción de anulabilidad.

Ningún argumento en contra de todo lo anterior puede deducirse del hecho de que, *en ocasiones*, el deudor que no oponga, pese a conocerla, una de aquellas excepciones y pague al (sedicente) cesionario, pueda quedar liberado *ex* artículo 1.164 CC, según vimos en el apartado V de este trabajo.

Un sector de la doctrina italiana, con apoyo jurisprudencial, negó como regla que el deudor pudiera oponer la cesionario excepciones relativas al acto o negocio de cesión (PANUCCIO *Cessione volontaria* pp 61 s, *Cessione* pp 868 s, FRANCESCHELLI *Appunti* p 44 s; entre nosotros, NAVARRO *Cesión* pp 291 ss). Pero la doctrina dominante admite hoy las afirmaciones del texto, con excepción de las relativas a la anulabilidad (BIANCA *Debitore* pp 275 ss, MARANI *Notifica* pp 43 ss, PERLINGERI *Cessione* pp 198 ss; en especial para la simulación, LISERRE *Riv trim dir proc civ* 1963 pp 310 ss).

Por supuesto (*vide supra*, apartado I de este trabajo), la doctrina alemana excluye como regla que el deudor cedido pueda oponer al cesionario las excepciones relativas al negocio de obligación causal. Pero afirma, naturalmente, que podrá oponer las relativas a la *Abtretung*, al negocio de disposición abstracto contemplado en el § 398 BGB: LARENZ SchulR I § 34 IV, MünchKomm-ROTH § 404 RdNr 13 s (que excluye la *Anfechtbarkeit* del negocio por error, dolo o intimidación), MEDICUS SchulR I § 63 III 1, PALANDT-HEINRICHS § 404 Anm I c. Véase ya VON TUHR *Tratado* pp 313 s.

Por supuesto, puede el deudor cedido oponer al cesionario todas las excepciones derivadas de sus relaciones jurídicas con él: compensar, por ejemplo, su deuda con un crédito que personalmente tenga

contra el cesionario (VON TUHR *Tratado* p 310, MünchKomm-ROTH § 404 RdNr 2, § 406 12, RIEG *Cession* nn 566 s, PALANDT-HEINRICHS § 406 Anm 2 e).

13.5. En caso de pluralidad de cesiones en cadena, el deudor cedido puede oponer al último cesionario todas las excepciones que podría haber hecho valer contra cesionarios anteriores. En concreto, aunque siempre bajo los presupuestos indicados en 13.3, podrá oponer al último cesionario la compensación de un crédito adquirido contra cualquiera de los cesionarios intermedios (VON TUHR *Tratado* p 329, SCHEYHING *Sukzessionen* § 7 III 6, MünchKomm-ROTH § 404 RdNr 12, § 406 RdNr 13, PALANDT-HEINRICHS § 406 Anm 2 e; y ya así García Goyena en su glosa al art 1.128 del Proyecto de 1851).

Sobre las excepciones en los supuestos de cesión parcial, *supra* 8.2 *in fine*.

Extraordinariamente difícil de decidir es el problema siguiente. Se cede anticipadamente un crédito futuro, se pone dicha cesión anticipada en conocimiento del futuro deudor y, después de esta toma de conocimiento, pero antes que el crédito anticipadamente cedido nazca, el futuro deudor adquiere un crédito contra el «cedente anticipado». ¿Podrá el deudor, tras el nacimiento del crédito cedido, oponer al cesionario la compensación del crédito que adquirió contra el cedente? En su sentencia de 2 febrero 1976 (BGHZ 66 pp 384 ss), el *Bundesgerichtshof* se decidió por la negativa, argumentando principalmente que la finalidad del § 406 BGB es, en primera línea, la protección de la confianza del deudor en la existencia de una situación de compensación. Tal postura cuenta con importante apoyo doctrinal (SCHOMAKER BB 1966 pp 940 s, CANARIS *Bankvertragsrecht* pp 872 s, KORNBLUM BB 1981 p 1303, SCHEYHING *Sukzessionen* § 7 nts 42, 48, 93, MünchKomm-ROTH § 406 RdNr 17, aunque este último sólo si el contracrédito se adquirió negocialmente, no *ex lege*); pero no le faltan autorizados contradictores (DENCK DB 1977 pp 1493 ss, SERICK BB 1982 pp 874 ss, PALANDT-HEINRICHS § 406 Anm 2 c), que se apoyan básicamente en el principio de que la cesión no debe perjudicar en modo alguno las posibilidades de defensa del deudor cedido.

A mi juicio, hay que distinguir: cabrá la compensación, si el futuro deudor adquirió su contracrédito (negocialmente o *ex lege*) antes de que se hubiera celebrado el contrato o estuviese constituida la relación jurídica fuente del crédito anticipadamente cedido; y no cabrá en la hipótesis contraria. No veo razón para tratar al cesionario y al titular del contracrédito en este caso mejor ni peor que al cesionario y al acreedor en el caso siguiente: *X* cede anticipadamente a *Y* un futuro crédito contra *D*, cae en quiebra antes de que nazca el crédito anticipadamente cedido, teniendo un único acreedor, *A*, y siendo aquél crédito el único posible bien integrante de la masa de la

quiebra. Y véase en el apartado 8.3 cómo responderíamos a la pregunta, ¿se integrará o no el crédito anticipadamente cedido en la masa de la quiebra en el momento de nacer?, o lo que es lo mismo, ¿quedará destinado a la satisfacción del acreedor *A* o responderá sin más al cesionario *Y*? Nótese, por lo demás, que, de negar radicalmente al deudor la posibilidad de compensación en la hipótesis analizada, le induciríamos a concluir con el «cedente anticipado» un *pactum de non cedendo* en el momento de celebración del contrato fuente del crédito anticipadamente cedido (*supra* 8.4 *in fine*), garantizándose con ello la posibilidad de compensar.

Que pueda resultar muy raro que una cesión anticipada sea puesta en conocimiento del futuro deudor antes de que se haya celebrado el contrato o esté constituida la relación jurídica fuente del crédito anticipadamente cedido, permitiendo así la adquisición por el deudor del contracrédito en el período intermedio, significará sólo que la solución negadora de la compensación será la correcta en la generalidad de los casos; pero no excluye la necesidad de distinguir.

Igualmente difícil de resolver es el problema siguiente. El futuro deudor cedido adquiere primero su crédito contra el cedente anticipado, tiene luego conocimiento de la cesión anticipada y finalmente celebra el contrato fuente del crédito contra él, anticipadamente cedido. ¿Podrá el deudor cedido oponer al cesionario la compensación de su crédito contra el cedente? En MünchKomm-ROTH § 406 RdNr 18 parece sostenerse que no, bien que señalando que el deudor tendrá a su disposición concluir un *pactum de non cedendo* a la hora de celebrar el contrato fuente de su deuda. A mi juicio, la respuesta ha de ser indudablemente afirmativa. Porque, ¿cabría acaso negar a un deudor cedido la posibilidad de oponer al cesionario la compensación de un crédito suyo contra el cedente, anterior al crédito cedido y a la cesión, por el hecho de que, en el momento de contraer su deuda con el cedente, desconociera ser titular de un crédito contra él y lo hubiera seguido desconociendo hasta después de tener conocimiento de la cesión (de modo que nunca hubiese confiado en la existencia de una situación de compensación)? Respóndase con el artículo 1.198 II, III prop 1.^a CC en la mano.

En fin, por lo que respecta a las excepciones contempladas en 13.2, seguramente hay que afirmar que, en los casos de cesión anticipada de crédito futuro, la frase «antes de tener conocimiento de la cesión» debe ser sustituida por esta otra: «antes de tener conocimiento del contrato de cesión anticipada». Pues, a diferencia de lo que ocurre con el artículo 1.198, la única ratio del artículo 1.527 CC es la protección de la legítima confianza del deudor en el mantenimiento de la titularidad de la posición acreedora. Ahora bien, no se olvide que, aún después de la cesión anticipada y de su conocimiento, cedente y deudor siguen estando legitimados para configurar con sus acuerdos el crédito a nacer, en la forma que estimen conveniente (*supra* 8.3; MünchKomm-ROTH § 404 RdNr 12, § 407 RdNr 24).

13.6. Dice el artículo 1.198 I CC que el deudor que hubiere consentido en la cesión de derechos hecha por un acreedor a favor de un tercero —esto es, por considerar la hipótesis ordinaria, el deudor que, a instancia del cesionario, hubiera declarado reconocer, aprobar o aceptar sin reservas la cesión proyectada—, no podrá oponer al cesionario la compensación que le correspondería contra el cedente. Cabe preguntarse qué ocurrirá en tal hipótesis con las demás excepciones que, de acuerdo con lo escrito en las páginas anteriores, pudieran corresponder al deudor cedido.

La doctrina dominante en Francia en relación con el artículo 1.295 I CC —«El deudor que ha aceptado pura y simplemente la cesión que un acreedor ha hecho de sus derechos a un tercero, no puede ya oponer al cesionario la compensación que hubiera podido, antes de la aceptación, oponer al cedente»— admitiendo la posibilidad de una renuncia general a sus excepciones por parte del cedido, cuando resulte clara su voluntad al respecto, niega que la mera aceptación sin reservas haya de entenderse así, afirmando el carácter rigurosamente excepcional de la norma en cuestión (AYNES *Cession de contrat* p 40 nt 70, RIEG *Cession* nn 555 ss, 575 ss, WEILL-TERRE *Obligations* p 590 nt 20; *contra* CAPITANT *Causa* pp 397 ss). Lo mismo cabe decir de la doctrina italiana en relación con el artículo 1.248 I: «El deudor, si ha aceptado pura y simplemente la cesión que el acreedor ha hecho de sus derechos a un tercero, no puede oponer al cesionario la compensación que habría podido oponer al cedente» (PANUCCIO *Cessione volontaria* p 13 nt 21, CICALA *Cessione del contratto* p 158 nt 71, MARANI *Notifica* pp 24 ss nt 35, PERLINGERI *Cessione* pp 216 ss; apoyándose todos en un comentario jurisprudencial de BIGIAMI *Foro it* 1938 I cc 1306 ss, en relación con el artículo 1.291 I CC italiano de 1865: «El deudor que sin condición o reserva ha consentido en la cesión que el acreedor ha hecho de sus derechos a un tercero, no puede oponer al cesionario la compensación que habría podido oponer al cedente antes de la aceptación»).

En la doctrina alemana, no existiendo en el BGB precepto alguno semejante a los citados, algunos autores se han movido en la misma línea de negar que la aceptación sin reservas de la cesión por el deudor cedido conlleve la pérdida de sus excepciones, admitiendo sólo que pueda generar una responsabilidad por daños a su cargo por *culpa in contrahendo* (MARBURGER DB 1973 pp 2130 ss, BENÖHR NJW 1976 pp 174 s; véase también MünchKomm-ROTH § 404 RdNr 20, DÖRNER *Dynamische Relativität* pp 250 ss); idea esta última con antecedentes en la doctrina francesa e italiana (*cfr* RIEG *Cession* n 565, BIGIAMI *Foro it* 1938 I c 1308 nt 18). La opinión dominante, sin embargo, se ha inclinado por la postura contraria, cuando menos para las excepciones que el cedido ya conociera o con las que ya contara. Bien considerando que existe una renuncia tácita (referencias en CANARIS *Vertrauenshaftung* pp 102 s, MARBURGER DB 1973 pp 2125 ss, SCHEYHING *Sukzessionen* § 4 III 1, MünchKomm-ROTH § 404 RdNr 18, PALANDT-HEINRICHS § 404 Anm 4), bien con base en el principio de la responsabilidad por la confianza (CANARIS *Vertrauenshaftung* pp 104 ss; pero en parte ya BIGIAMI *Foro it* 1938 I c 1308).

Entre nosotros, se han inclinado por una extensión analógica más o menos amplia del artículo 1.198 I CC DIEZ PICAZO *Fundamentos* I p 810, PAZ ARES *Naturaleza jurídica* p 206. En contra, NAVARRO *Cesión* p 291.

Mis ideas al respecto se mueven en las coordenadas siguientes. Es indudable que el deudor cedido puede renunciar a todas o algunas de sus excepciones frente al cesionario, bien mediante pacto con éste y/o el cedente, bien de forma unilateral. La extensión de la renuncia será cuestión de interpretación que, en la duda, habrá de ser restrictiva, porque, salvo el muy infrecuente caso de que el deudor tenga un interés personal en que la cesión se lleve a cabo, carece éste de motivo razonable para perjudicar su propia posición y favorecer al cesionario. Precisamente por esto último, que induce a requerir para la renuncia una voluntad clara de realizarla, debe negarse como regla que la aceptación sin reservas de la cesión pueda ser considerada una renuncia tácita del deudor cedido a sus excepciones, siquiera se trate de las por el ya conocidas, o con las que ya contaba. Nos queda entonces la idea de la responsabilidad por la confianza o la apariencia creada. Respecto de las excepciones que el deudor cedido pudo razonablemente conocer, o con las que pudo razonablemente contar en el momento de su aceptación, a lo más que puede llegarse es a afirmar a su cargo y en favor del cesionario una obligación de resarcimiento de daños, limitada al interés negativo, por *culpa in contrahendo*. Ni siquiera a eso, claro está, respecto a las excepciones que ni conoció ni pudo razonablemente conocer y con las que ni contó ni pudo razonablemente contar. Resta el tema más difícil: el de las excepciones que, en el momento de aceptar sin reservas la cesión, el deudor cedido conocía o con las que ya contaba. Al menos para las primeras, creo que debe llegarse a la conclusión de su posterior inoponibilidad al cesionario *a título oneroso y de buena fe*, salvo que por las circunstancias del caso no cupiera dar a la «aceptación» del cedido otro significado que el de un mero «enterado» de la existencia del contrato de cesión, o que el del permiso con que se obvia un *pactum de non cedendo*.

Pienso, además, que el artículo 1.198 I CC debe interpretarse de manera congruente con las anteriores premisas y sostenerse que la inoponibilidad de la compensación no subsiste si el deudor cedido prueba que ignoraba ser titular de un crédito contra el cedente en el momento de consentir en la cesión (*contra BIGIAMI Foro it 1938 I c 1307 nt 8*), o que la cesión fue a título gratuito, o que el cesionario conocía en el momento de la cesión la existencia del contracrédito. Aunque en modo alguno cabría tachar de descabellada la idea de que el legislador haya querido establecer precisamente en el caso del artículo citado una regla excepcional y más dura con el deudor cedido, dada la peculiaridad de la excepción que en aquél se prevé: que no es una de las que «*ipsam actionem afficit*», sino una de las que «*personae cedentis cohaeret*» (art 1.195 CC; la terminología es de Olea, citado por BIGIAMI *Foro it 1938 I c 1306 nt 7*); que, a diferencia de las defensiones o hechos impeditivos o extintivos, no puede considerarse un «vicio inherente al crédito», que lógicamente haya

de transferirse con él. La generosidad con el deudor cedido que significaría la existencia misma del artículo 1.198, se vería compensada por la dureza de lo previsto en su párrafo primero.

BIBLIOGRAFIA CITADA

En la lista que sigue no se han incluido los manuales españoles más utilizados (los de Albaladejo, Díez-Picazo y Gullón, Lacruz, Castán), que se han citado por sus últimas ediciones. Tampoco los *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* EDERSA, dirigidos por Albaladejo, que se han citado con la palabra *Comentarios* seguida del número del tomo correspondiente. Tampoco, en fin, los *Comentarios al BGB*, que se han citado: el *Münchener* por su segunda edición, el *Staudinger* por la duodécima y el *Palandt* por la cuadragesimosexta.

ALLARA, *La teoria delle vicende del rapporto giuridico* (1950).

AMOROS GUARDIOLA, «El acreedor aparente», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro I* (1976) pp 37 ss.

AYNES, *La cession de contrat* (1984).

BACCIGALUPI, «I dati normativi della *cessio pro solvendo*», *BBTC* 1954 II pp 374 ss.

BACKHAUS, «Befriende Leistung bösgläubigen Schuldners im Fall des § 407 II BGB und verwandter Vorschriften?», *JA* 1983 pp 408 ss.

BAUMGÄRTEL, «Die Unzumutbarkeit der Forderungsabtretung», *AcP* 156 (1957) pp 265 ss.

BAUR, *Sachenrecht*¹³ (1985).

BENÖHR, «Einredevorzicht des Drittschuldners», *NJW* 1976 pp 174 s.

BETANT-ROBET, «La décharge de la caution per application de l'article 2037», *Riv trim dr civ* 1974 pp 309 ss.

BETTI, *Teoría general del negocio jurídico* (trad. Martín Pérez s. d.).

BIANCA, *Il debitore e i mutamenti del destinatario del pagamento* (1963)

— «Gli oneri del debitore con riguardo all'accertamento dell'avvenuta cessione», *Riv trim dir proc civ* 1969 pp 799 ss.

— «Patto commisorio», *Noviss Dig it XII* pp 712 ss.

BIGIAMI, «Opponibilità delle eccezioni nella cessione accettata», *Foro it* 1938 I cc 1306 ss.

— «Cessione di contributi statali per la ricostruzione e revocatoria fallimentare di pagamenti» *BBTC* 1958 I pp 287 ss.

BIGLIAZZI GERI, «Osservazioni in tema di buona fede e diligenza nel pagamento al creditore apparente (con particolare riferimento alla cessione dei crediti)», *Riv trim dir proc civ* 1968 pp 1314 ss.

BROX, *Allgemeiner Teil des BGB*¹¹ (1987).

— *Allgemeines Schuldrecht*¹⁵ (1987).

BUCCISANO, *La surrogazione per pagamento* (1958).

BÜLOW, «Grundprobleme des Schuldnerschutzes bei der Forderungsabtretung», *JA* 1983 pp 7 ss.

CAFFARENA, *La solidarietà de deudores* (1980).

DE LA CAMARA, *Estudios de Derecho Civil* (1985).

CANARIS, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht* (1971).

— *Bankvertragsrecht*³ (1981).

CAPITANT, *De la causa de las obligaciones* (trad. Tarragato, 1927).

CAPO BONAFUS, «Algunas consideraciones sobre la prenda de créditos», *RCDI* 1931 pp 382 ss.

- CARIOTA-FERRARA, *I negozi fiduciari* (1933).
- CARNEVALI, «I problemi giuridici del factoring», *Riv dir civ* 1978 I pp 299 ss.
— «Patto commissorio», *Enc del Dir XXXII* pp 499 ss.
- CARRARO, «Recesión a Panuccio, La cessione volontaria dei crediti», *Riv dir civ* 1957 I pp 117 ss.
- DE CASTRO, *Derecho Civil de España I* (1949, reimp. 1984).
— *El negocio jurídico* (1971, reimp. 1985).
— *Temas de Derecho Civil* (1972).
- CICALÀ, *Il negocio di cessione del contratto* (1962).
- CLARIZIA, «Factoring», *Dizionari del diritto privato Irti. Diritto civile* (1980).
- COSSIO, *Instituciones de Derecho Civil I* (1975).
- DELEBECQUE, «Cautionement» (1985), *Rep dr civ Dalloz II*.
- DELVAUX, *La mobilisation des créances à titre de garantie*, en «La transmission des obligations. Travaux des IX Journées Jean Dabin» (1980).
- DENCK, «Vorausabtretung und Aufrechnung», *DB* 1977 pp 1493 ss.
- DERDELER, «Teilzession und Schuldnerrechte», *AcP* 169 (1969) pp 97 ss.
- DIEZ PASTOR, «Notas acerca de la naturaleza y contenido de la subhipoteca», *RCDI* 1930 pp 440 ss.
- DIEZ PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979).
— *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial I*² (1983).
- DOLMETTA y PORTALE, «Cessione del credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano» *BBTC* 1985 I pp 258 ss.
- DÖRNER, *Dynamische Relativität* (1985).
- ENNECCERUS y LEHMANN, *Derecho de Obligaciones* (trad. y nts. Pérez González y Alguer, 1954).
- ESSER y E. SCHMIDT, *Schuldrecht I*⁶ (1984).
- ESSER y WEYERS, *Schuldrecht II*⁶ (1984).
- FERNANDEZ-ARMESTO, «Los créditos subasta», *RDBB* 1987 pp 379 ss.
- FIORENTINO, *Del conto corrente. Dei contratti bancari*² (1969), en «Comentario del codice civile Scialoja-Branca».
— *Dei titoli di credito*² (1974), en «Comentario del codice civile Scialoja-Branca».
- FLUME, *Das Rechtsgeschäft*³ (1979), «Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts» II.
- FONTAINE, *La transmission des obligations «de lege ferenda»*, en «La transmission des obligations. Travaux des IX Journées Jean Dabin» (1980).
- FRANCESCHELLI, *Appunti in tema di cessione dei crediti* (1957).
- FRAGALI, *Fideiussione. Mandato de credito* (1968), en «Comentario del codice civile Scialoja-Branca».
— *Anticresi*² (1974), en «Comentario del codice civile Scialoja-Branca».
- GALGANO, *Diritto privato*³ (1985).
- GAZZARA, *La vendita obbligatoria* (1957).
- GERNHUBER, «Synallagma und Zession», *Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen. Festschrift für Ludwig Raiser* (1974) pp 57 ss.
— *Die Erfüllung und ihre Surrogate* (1983), «Handbuch des Schuldrechts Gernhuber» 3.
- GHESTIN, *La trasmission des obligations en droit positif français*, en «La transmission des obligations. Travaux des IX Journées Jean Dabin» (1980).
- GIORGIANI, «Creditore apparente», *Noviss Dig it IV* pp 1156 ss.
- GONZALEZ ENRIQUEZ, «La distinción entre poder y mandato en el Código Civil español», *Rev Int Not* 46-47 (1960) pp 83 ss.
- GORDILLO, *La representación aparente* (1978).
- GORLA, *Del pegno, Delle Ipoteche*³ (1968), en «Comentario del codice civile Scialoja-Branca».

- GRAZIADEI, «La notificazione al debitore ceduto come condizione di efficacia della cessione dei crediti nei confronti dei terzi», *BBTC* 1962 II pp 347 ss.
- GRIPPO, «Garanzie atipiche e fallimento», *Contratto e Impresa* 1986 pp 377 ss.
- GROSLIERE, «Gage» (1972), *Rep dr civ Dalloz V*.
- GULLON BALLESTEROS, *El derecho real de subhipoteca* (1957).
- «Mandatario que adquiere en nombre propio», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro I* (1976) pp 761 ss.
- HERNANDEZ GIL, *Derecho de Obligaciones I* (1960).
- KNÜTEL, «Zur Frage der sog. Diligenzpflichten des Gläubigers gegenüber dem Bürgen», *Festschrift für Werner Flume I* (1978) pp 559 ss.
- «Probleme des Bürgenregresses», *JR* 1985 pp 6 ss.
- KÖHLER, «Die Leistung erfüllungshalber», *WM* 1977 pp 242 ss.
- «Forderungsabtretung und Ausübung von Gestaltungsrechten», *JZ* 1986 pp 516 ss.
- KORNBLUM, «Schuldnerschutz bei der Forderungsabtretung», *BB* 1981 pp 1296 ss.
- LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*⁶ (1983).
- *Lehrbuch des Schuldrechts*¹³ I (1982), II-1 (1986).
- LISERRE, «Cessione simulata del credito e interesse del debitore ceduto ad eccipere la simulazione», *Riv trim dir proc civ* 1963 pp 310 ss.
- LUDEWIG, «Abtretung von Gewährleistungsansprüchen an Bauwerken und Einrede nach § 320 BGB», *NJW* 1972 pp 516 s.
- MADRIDEJOS, «La cesión de créditos» *RDN* 1961 pp 381 ss.
- MANCINI, «La cessione dei crediti», en *Trattato di diritto privato Rescigno* 9 (1984) pp 379 ss.
- MARANI, *Notifica, accettazione e buona fede nella cessione dei crediti* (1977).
- MARBURGER, «Sicherungszeession und Schuldsbestätigung», *DB* 1973 pp 2125 ss.
- MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*² (1985).
- *Schuldrecht I*³ (1986), II² (1985).
- MINERVINI, *Sconto bancario* (1949).
- MUSIELAK, «Entgeltliche Geschäftsbesorgung», en *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts II* (1981) pp 1209 ss.
- NAVARRO PEREZ, *La cesión de créditos en el Derecho Civil español* (1988).
- NEUMANN-DUESBERG, «Die Einrede der Anfechtbarkeit gegenüber dem Zessionar», *Festschrift für H. C. Nipperdey zum 70 Geburtstag I* (1965) pp 659 ss.
- «Rücktrittsvorbringen des Schuldners gegenüber dem Zessionar» (§§ 404, 349 BGB), *NJW* 1971 pp 271 s.
- VAN OMMESLAGHE, *La transmission des obligations en droit positif belge*, en «La transmission des obligations. Travaux des IX Journées Jean Dabin» (1980).
- PANUCCIO, *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento* (1955).
- «Cessione dei crediti», *Enc del dir VI* pp 846 ss.
- PANZARINI, *Lo sconto dei crediti e dei titoli di credito* (1984), en «Quaderni di giurisprudenza commerciale Giuffrè» 64.
- PARDON, *La transmission des obligations en droit bancaire belge*, en «La transmission des obligations. Travaux des IX Journées Jean Dabin» (1980).
- PAVONE LA ROSA, «Apertura di credito, cessione *pro solvendo* e pegno di crediti, girata in garanzia di cambiale tratta con clausola di cessione della provista», *BBTC* 1959 II pp 531 ss.
- PAZ ARES, «Naturaleza jurídica de la letra de cambio», en MENENDEZ (ed), *Derecho cambiario. Estudios sobre la Ley Cambiaria y del Cheque* (1986) pp 95 ss.
- PEÑA BERNALDO DE QUIROS, *Derechos reales. Derecho hipotecario*² (1986).
- PERLINGERI, *Della cessione dei crediti* (1982), en «Commentario del codice civile Scialoja-Branca».

- PETERS, «Die Schadensberechnung bei der Verletzung zedierter Forderungen», *JZ* 1977 pp 119 ss.
- PICK, «Einwendungen bei dem gegenseitigen Vertrag nach Abtretung der Forderung» *AcP* 172 (1972) pp 39 ss.
- RAVAZZONI, «Fideiussione (diritto civile)», *Noviss Dig it VII* pp 275 ss.
- RIEG, «Cession de créance» (1985), *Rep dr civ Dalloz* II.
- ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*⁷ (1979).
- RÖDER, «Bürgerliches Recht: Das vergiftete Pferdefutter», *JuS* 1984 pp 618 ss.
- ROPPO, «La responsabilità patrimoniale del debitore», en *Trattato di diritto privato Rescigno* 19 (1985) pp 363 ss.
- ROSENDE, «La prenda de créditos», *RCDI* 1927 pp 561 ss, 641 ss.
- RUBINO, *La compravendita*² (1971), en «Tratatto di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo» XXIII.
- RÜSSMANN, «Die Einziehungsermächtigung im bürgerlichen Recht — ein Institut der richterlichen Rechsschöpfung», *JuS* 1972 pp 169 ss.
— «Einziehungsermächtigung und Klagebefugnis», *AcP* 172 (1972) pp 520 ss.
- SCHEYHING (y NÖRR), *Sukzessionen* (1983), «Handbuch des Schuldrechts Gernhuber» 2.
- SCHLESSINGER, *Il pagamento al terzo* (1961).
- SCHÖDERMEIER y WOOPEN, «Die diskriminierte Einigung», *JA* 1985 pp 622 ss.
- SCHOMAKER, «Aufrechnung des Schuldners bei verlängertem Eigentumsvorbehalt», *BB* 1969 pp 940 s.
- SCHWENZER, «Zession und sekundäre Glaubigerrechte», *AcP* 182 (1982) pp 214 ss.
- SERICK, «Rechtsprobleme des Factoring-Geschäftes», *BB* 1976 pp 425 ss.
— «Neuere Entwicklungen beim Factoring-Geschäft», *BB* 1979 pp 825 ss.
— «Aunrechnungsprobleme bei sicherungsrechtlichen Vorausabtretungen §§ 406, 404 BGB und §§ 53 ss KO», *BB* 1982 pp 873 ss.
- SEETZEN, «Sekundäre Gläubigerrechte nach Abtretung des Hauptanspruchs aus einem gegenseitigen Vertrag», *AcP* 169 (1969) pp 352 ss.
— «Positive Vertragsverletzung gegenüber Zedent oder Zessionar?» *MDR* 1970 pp 809 ss.
- SOTGIA, «Cessione di crediti e di altri diritti (diritto civile)», *Noviss Dig it III* pp 155 ss.
- TEDESCHI, «Anticresi», *Noviss Dig it I*¹.
- TORRENTE y SCHLESSINGER, *Manuale di diritto privato*¹² (1985).
- TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*⁶ (1983).
- VON TUHR, *Tratado de las Obligaciones* II (trad. Roces, 1934).
- VERGEZ, «La circulación de la letra de cambio», en MENENDEZ (ed.), *Derecho cambiario. Estudios sobre la Ley Cambiaria y del Cheque* (1986) pp 449 ss.
- WEILL, *Droit civil. Les sûretes. La publicité foncière* (1979).
- WEILL y TERRE, *Droit civil. Les obligations*⁴ (1986).
- WOLF, *Sachenrecht*⁷ (1987).
- WOLFF y RAISER, *Derecho de Cosas* (trad. y nts. Pérez González y Alguer, 1971).
- ZACCARIA, «La garanzia dell'esistenza del credito», *Riv dir civ* 1982 I pp 340 ss.
— *La prestazione in luogo dell'adempimento* (1987).

La facultad de moderación del artículo 1.103 del Código civil

Por SILVIA DIAZ ALABART

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. ANTECEDENTES HISTORICOS.— III. DERECHO COMPARADO.—IV. OPINIONES DE LA DOCTRINA ESPAÑOLA EN TORNO AL ARTICULO 1.103 DEL CODIGO CIVIL.—V. NATURALEZA DE LA CONDUCTA QUE PERMITE LA MODERACION.—VI. AMBITO DE APLICACION DEL ARTICULO 1.103 DEL CODIGO CIVIL.—VII. CONCURRENCIA DE CULPAS.—1. *Concurrencia de culpas en la responsabilidad extracontractual.*—2. *Concurrencia de culpas en la responsabilidad contractual.*—3. *El caso de que, junto a la culpa de uno de los contratantes, concurran en la producción del daño otras causas externas al contrato.*—VIII. CUANTIFICACION Y MODERACION.— IX. NATURALEZA DE LA FACULTAD DE MODERACION DEL ARTICULO 1.103 DEL CODIGO CIVIL.—1. *La moderación como forma de aplicación de la equidad.*—2. *Discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados.*—X. APLICACION DEL ARTICULO 1.103 DEL CODIGO CIVIL Y RECURSO DE CASACION.—1. *Casos en que el Tribunal Supremo ha casado una sentencia por no haber aplicado el artículo 1.103 del Código civil o por haber aplicado indebidamente.*—2. *Vía procesal para pedir la moderación que no se realizó o para impugnar la realizada indebidamente.*—3. *La motivación de la facultad de moderar.*—XI. APLICACION DE OFICIO O A PETICION DE PARTE.—XII. APLICACION DEL ARTICULO 1.103 FUERA DEL AMBITO DEL DERECHO CIVIL.—XIII. EL ARTICULO 1.103 Y SU POSIBLE CONEXION CON OTROS PRECEPTOS SIMILARES DEL CODIGO CIVIL.—XIV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCION

La facultad de moderar la responsabilidad por negligencia concedida a los Tribunales en el artículo 1.103 del Código civil, es un extremo que no ha sido objeto de estudios monográficos por parte de

nuestra doctrina (1). Quizá una de las razones de esta carencia estriba en la propia situación del precepto dentro del Código civil, tan cercano por una parte al artículo 1.101, compendio de toda la responsabilidad contractual, y por otra al artículo 1.104, o los propios artículos 1.106 y 1.107, cargados todos ellos de importantes y numerosos problemas. Contrastando con sus artículos vecinos, el artículo 1.103, con su aparente sencillez, casi puede pasar desapercibido. Pero este precepto también presenta una serie de problemas; aunque —como escribe Calderón en «La Dama Duende»— «las grandes dificultades, hasta sabidas, lo son; que, sabido, todo es fácil»; esos problemas son a veces difíciles de solventar. Tampoco es un artículo que carezca de vitalidad. Buena prueba de ello es la cantidad de sentencias en las que aparece.

El trabajo que he realizado tiene su base precisamente en la jurisprudencia, dejando aparte planteamientos dogmáticos de temas como el de la culpa o la responsabilidad.

También he utilizado, por supuesto, la opinión de la doctrina, aunque ésta sea escasa, en cuanto a extensión, como he señalado antes.

El estudio realizado me lleva a adoptar una posición sobre la función del artículo 1.103 del Código civil algo distinta de la que parece entender el Tribunal Supremo, el cual lo utiliza como un auténtico cajón de sastre o artículo comodín, donde tienen cabida demasiados supuestos.

II. ANTECEDENTES HISTORICOS DEL ARTICULO 1.103

En el Derecho de Partidas hay que tener en cuenta que la culpa engloba tanto a la culpa en sentido estricto como al dolo. La V Partida, Título XI, *De las promisiones, e pleytos, que fazen los omes unos con otros, en razón de fazer, o de guardar, o de cumplir algunas cosas*, en su Ley 35, *Que pena merece, el que promete de dar, o de fazer alguna cosa o dia cierto, e non la dio, nin la fizo*, dice así: «So cierta pena, e a dia señalado prometiendo un ome a otro, de dar, o de fazer alguna cosa; si aquel dia no ouiere dado, o fecho lo que prometio, tenuto es de pechar la pena, o de dar, o de fazer lo que prometio, qual mas quisiere aquel que rescibio la promission. E non se puede escusar que non lo faga, maguer el otro nunca gelo ouiesse demandado. Otrosi dezimos, que si aquel que fizo la promission, non señalo dia cierto en que la deuiesse cumplir; e despues desto, el otro le demandasse en tiempo conuenible, e enlogar guisado; que le cumpliesse aquello que la auia prometido, e non lo quisiesse cumplir, podiendolo fazer; o seyendo tanto tiempo pasado, en que

(1) Al tratarse de un precepto que no tiene paralelo en los de otros ordenamientos cercanos al nuestro, la doctrina extranjera no resulta útil.

lo pudiera fazer, si quisiesse; que de alli en adelante, seria tenuto de le pechar la pena. Otrosi dezimos, que faziendo algun ome promission, de dar, o de fazer a otro alguna cosa, non señalando dia cierto a que le deuisse cumplir, nin obligandose a pena ninguna; que si tanto tiempo dexasse passar, el que fizo tal prometimiento como este, en que lo pudiera cumplir, si quisiesse, e finco por su negligencia, que non lo quiso fazer [este último supuesto es claramente doloso]; que de alli adelante, quel puede demandar lo que le fue prometido, con todos los daños e los menoscabos, que rescibio por razón que non cumplio aquello que prometio [además del cumplimiento se exigen los daños y perjuicios por su rebeldía]. Pero si el que fizo la promission, quisiere luego començar a cumplir lo que auia prometido, en ante que respondiesse al otro en juyzio, deuele ser cabido. E si lo cumpliere, entonce non seria tenuto de pechar los daños, nin los menoscabos que de suso diximos».

También en las Partidas se contempla la gradación de culpas que llegó a ellas procedente del Derecho romano. Así la Ley 11, Título XXXIII, Partida VII, dice: «De la interpretación de otras palabras dubdosas. Dolus en latín tanto quiere dezir en romance, como engaño: e deste fablamos en su titulo complidamente. E lata culpa, tanto quiere dezir, como grande, e manifiesta culpa, assi como si algun ome non entendiesse todo lo que los otros omer entendiessen, o la mayor partida dellos. E tal culpa como esta es como necedad, que es semejança de engaño. E esto seria, como si algund ome tuuiesse en guarda alguna cosa de otro, e la dexasse en la carrera, de noche, o a la puerta de su casa, non cuydando que la tomaria otro ome. Ca, si se perdiessse, seria porende en grand culpa, de que non se podria escusar. Esso mesmo seria, quando alguno cuydasse fazer contra el mandamiento de señor sin pena, o si fiziesse otros yerros semejantes de alguno destes. Otrosi dezimos, que y ha otra culpa, a que dizen Leuis, que es como pereza, o como negligencia. E otro y ha, a que dizen Leuisima, que tanto quiere dezir, como non auer ome aquella femencia en aliñar, e guardar la cosa, que otro ome de buen seso auria, si la tuuiesse... e quando, e en que razones han lugar estas culpas, o estas ocasiones, diximoslo assaz complidamente en la quinta Partida deste libro, en el libro de los Empreritos, e de los Condesijos, en las leyes de fablan en esta razón».

En el Proyecto de Código civil de Cambronero (1836), en el capítulo 6.º, del efecto de las obligaciones, sección 2.ª, de la obligación de hacer o no hacer, el artículo 938 decía: «Toda obligación de hacer o no hacer supone el resarcimiento de daños y perjuicios en caso de inejecución por parte del deudor». El Proyecto no dice más en tema de incumplimiento de las obligaciones, pero sí lo hace en el capítulo 5.º, de la indemnización de daños y perjuicios o abono de intereses que puede tener lugar en los contratos.

El artículo 996 afirma que «la responsabilidad de las personas ne-

gigientes en la ejecución del contrato puede ser mayor o menor, según los diversos grados de negligencia y la calidad de los contratos en que se verifique». En los cuatro artículos siguientes se concretan los diversos tipos de contrato y la responsabilidad correspondiente:

Artículo 997: «En los contratos de cuyo otorgamiento resulte beneficio a todas las partes contratantes, estarán éstas obligadas a responder de los perjuicios que se sigan de no poner en el negocio que es objeto del contrato el esmero y atención que acostumbra un hombre diligente cuidadoso de sus cosas».

Artículo 998: «Cuando el contrato redunda sólo en beneficio del que entrega una cosa a otro, está obligado el que la recibe a responder de los perjuicios que se originen de su abandono o negligencia absoluta».

Artículo 999: «En los contratos cuya utilidad es sólo para el que recibe la cosa, es responsable éste de cuantos daños y perjuicios se sigan de no cuidar de ella con una diligencia muy esmerada».

Artículo 100: «Igual diligencia muy esmerada estará obligado a emplear el que se ofrece voluntariamente a prestar servicios o desempeñar encargos que exigen la mayor confianza, buena fe y cuidadoso esmero».

A diferencia de lo que ocurría en el Derecho de Partidas, en este Proyecto de Código civil de 1836 ya se distingue entre el dolo y la culpa o negligencia en sentido estricto, y los preceptos que acabo de transcribir son específicos para el incumplimiento culposo (2). El sistema que propugnaba el Proyecto de Cambronero estaba basado en la gradación de culpas copiada del Derecho romano postclásico y justiniano.

El Proyecto de 1851 lo cambia totalmente con su artículo 1.013: «La responsabilidad procedente de negligencia, tiene lugar en todos los contratos, cuando no se ha puesto la diligencia que se hubiere pactado, y en su defecto la que es propia de un buen padre de familia». Parece, pues, que han desaparecido las gradaciones de culpas que propugnaba el Proyecto del 36; tampoco existe aquí referencia alguna a que los Tribunales puedan moderar la responsabilidad del que no cumplió.

García Goyena en el comentario a este precepto reenvía en primer lugar el comentario al artículo 1.005 del Proyecto (3). En este comentario relata las tres especies de culpas que reconocía el Derecho romano y que las Partidas recogieron, señalando, con palabras del discurso 59 francés, su opinión al respecto: «La división de las faltas es

(2) El artículo 995 del mismo Proyecto establece que «las penas que hayan de imponerse en su caso a los que en la celebración o ejecución de los contratos se conducen con dolo se establecen en el Código penal».

(3) «El obligado a dar alguna cosa, lo está a conservarla con la diligencia propia de un buen padre de familia y a entregarla bajo la responsabilidad establecida en la sección 3.º de este capítulo.»

más ingeniosa que útil en la práctica, pues a pesar de ella será necesario, a cada falta que ocurra, poner en claro, si la obligación del deudor es más o menos estricta, cuál es el interés de las partes, cuál ha de ser su intención al obligarse, cuáles son las circunstancias. Cuando la conciencia del Juez se halla convenientemente ilustrada sobre estos puntos, no son necesarias reglas generales para fallar conforme a equidad. La teoría de la división de las faltas en diferentes clases, sin poder determinarlas, sólo puede servir para derramar una luz falsa y dar pábulo a innumerables contestaciones. La misma equidad se resiste a ideas sutiles, pues su rasgo característico es aquella simplicidad que cautiva el corazón a la par que el entendimiento. Por estas consideraciones se ha decidido que el que se obliga a la conservación de una cosa, debe poner en ello todos los cuidados de un buen padre de familia, sea que la convención tenga por objeto la utilidad de una sola de las partes o la de todas». A esto añade Goyena: «Pedir más al deudor sería la más injusta y exorbitante exigencia; creer que se cumple con menos, equivale a renunciar abiertamente a la justicia y a la delicadeza».

Después García Goyena continúa: «La fuerza de esta reflexión es igual en todas las obligaciones, y por lo mismo no se ha dado entrada a la excepción o reserva del Código francés... La regla es general para todos los contratos, y sin una sola excepción: así no volverá a hablarse más en ninguno de ellos sobre la obligación y cuidados del deudor en conservar la cosa» (4). Sigue este autor ensalzando la medida de la diligencia exigible a través de la conducta de un buen padre de familia, no dejando de apreciar que «...de todos modos, se echa de ver claramente que en esta materia entra por mucho el prudente y justificado arbitrio del Juez».

Ya dentro del comentario realizado por Goyena al artículo 1.013, se dice lo siguiente de la expresión «que se hubiera pactado»: «Desterradas ya las tres especies de culpa o diligencias, debe ser rarísimo y casi inútil el pacto especial para el caso del artículo».

Nuestro Proyecto de 1851 es en este punto un claro reflejo del Código Napoleón, en cuanto a que, al menos exteriormente, se trata de eliminar las gradaciones de culpa y diligencia exigibles y sustituirlas por un criterio general más justo y útil, el de la diligencia de

(4) Esta regla general quiebra en el supuesto de la gestión de negocios ajenos, contemplada en el artículo 1.893 del Proyecto: «El administrador o agente oficioso está obligado a desempeñar su encargo con toda la diligencia de un buen padre de familia, y a indemnizar los perjuicios que por su culpa o negligencia resulten al dueño de los bienes o negocios que ha tomado a su cargo. Los Tribunales, sin embargo, podrán moderar la indemnización según las circunstancias del caso.»

Aquí el propio García Goyena justifica la facultad concedida a los Tribunales, tomando en cuenta que normalmente la gestión de negocios ajenos tiene por causa la amistad o los vínculos de sangre y no hay que «castigar o ahogar estos dulces y generosos sentimientos con daño del propietario y hasta de la causa pública».

un buen padre de familia. Me parece importante subrayar la afirmación de García Goyena de la necesidad de que en esta materia entre el *prudente y justificado arbitrio del Juez*.

Sin embargo, en el Proyecto de 1851 no existen trazas de ningún precepto específico que, como el vigente artículo 1.103 del Código civil, permita moderar la responsabilidad del deudor según los casos. Es posible que semejante regla no se incluyera por entender que era innecesaria, puesto que se desprende de la buena fe, la equidad y el evitar un enriquecimiento injusto.

En el Anteproyecto del Código de 1882-1888, aparece el artículo 1.120, exacto al vigente artículo 1.103 de nuestro Código.

A la hora de tratar de averiguar de dónde procede nuestro precepto, y más concretamente la parte final, en la que se establece la posibilidad de que los Tribunales puedan moderar, vemos que carece de antecedentes directos en nuestro Derecho histórico, y que la regla más parecida a la actual es la que recoge el artículo 1.893 del Proyecto del 51 *in fine*, para la gestión de negocios ajenos.

Como puede constatarse, el Derecho histórico que he recogido no se puede calificar en sentido estricto de precedente del artículo 1.103.

Más bien la utilidad de su consideración estriba en que demuestra que no existen antecedentes del precepto y que éste supone una novedad en nuestro ordenamiento jurídico.

III. DERECHO COMPARADO

Veamos ahora cuál es la situación en los Derechos más cercanos al nuestro.

El artículo 1.137 del Código Napoleón dice: «La obligación de velar por la conservación de la cosa, tanto si el contrato no tiene por objeto sino la utilidad de una de las partes, como si tiene el de la común, somete al obligado a poner en ello toda la diligencia de un buen padre de familia.—Esta obligación es más o menos extensa en ciertos contratos, cuyos efectos al respecto se especifican en los títulos que les conciernen» (5) (6).

Este artículo, aunque literalmente se refiera tan sólo a las obligaciones de entregar cosas, se entiende aplicable a cualquier tipo de obligación (7). En él se apunta que aunque la regla general es la de

(5) «L'Obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille.—Cette obligation est plus ou moins étendue relativement à certains contrats, dont les effets, à cet égard, sont expliqués sous les titres qui les concernent» (artículo 1.137 del Código civil francés).

(6) Los casos a los que se refiere el artículo 1.137 francés son el de gestión de negocios ajenos, depósito y mandato.

(7) *Anteproyecto de Código civil belga*, comentado por Laurent, T. IV, L.uxelles, 1884, comentario al art. 1.146, núm. 2, pp. 141 y 142.

la conducta de un buen padre de familia, hay algunos casos concretos, recogidos en el propio Código, en que es posible ser más o menos riguroso por lo que toca a la responsabilidad. Esos casos son la gestión de negocios ajenos (artículo 1.374), el contrato de depósito (artículo 1.927) y el de mandato (artículo 1.992).

El Código italiano de 1865 contiene también una regla similar. Su artículo 1.224 es como sigue: «La diligencia que se debe emplear en el cumplimiento de la obligación, tenga ésta por objeto la utilidad de una de las partes o la de ambas, es siempre la de un buen padre de familia, salvo el caso del depósito recogido en el artículo 1.843.—Esta regla, por lo demás, debe aplicarse con mayor o mejor rigor según las normas contenidas en este Código para ciertos casos» (8).

Los casos de regulación especial a los que se refiere el artículo que he traducido son también: el contrato de mandato (artículo 1.746), la gestión de negocios ajenos (artículo 1.143) y el mencionado depósito (artículo 1.843).

El sistema del Código francés y el del italiano de 1865 son muy similares. Se establece una regla general por la que la medida de la diligencia exigible es la conducta de un buen padre de familia.

Pero la responsabilidad se medirá con mayor o menor rigor según las normas fijadas en el Código para algunos casos concretos, que son los mismos en ambos textos legales.

En el Proyecto de Código civil belga de Laurent el precepto paralelo al que acabo de transcribir es el artículo 1.146:

«El deudor debe prestar en la ejecución de su obligación toda la diligencia de un buen padre de familia, tanto si el contrato no tiene por objeto sino la utilidad de una de las partes como si tiene la común.—Esta regla sufre modificaciones en ciertos contratos, cuyos efectos se determinan en los títulos que les conciernen» (9).

El precepto es similar al del Código Napoleón con algún cambio en la redacción. En el comentario que del artículo hace Laurent se menciona que el segundo párrafo del artículo 1.137 del Código francés, prácticamente igual al artículo 1.146 del Proyecto belga, ha dado lugar a numerosas controversias, pues, aunque la intención de los legisladores franceses había sido eliminar la graduación de culpas, es tal la dependencia de los juristas con respecto a la tradición que siempre se sienten tentados de mantenerla. Laurent señala que su postura

(8) «La diligencia che si deve impiegare nell'adempimento dell'obbligazione, abbia questa per oggetto l'utilità di una delle parti o d'ambedue, e sempre quella di un buon padre di famiglia, salvo il caso di deposito accennato nell'art. 1843.—*Questa regola per altro si deve applicare con maggiore o minor rigore, secondo le norme contenute per certi casi in questo codice*». artículo 1.224 del Código civil italiano de 1865.

(9) «Le débiteur doit apporter á l'exécution de son obligation tous les soins d'un bon père de famille, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune.—Cette règle reçoit des modifications dans certains contrats, dont les effets son déterminés aux titres qui les concernent». Artículo 1.146 del Anteproyecto de Código civil belga.

personal en el tema no es la de participar en el debate, ya que no se trata de interpretar la ley, sino de revisarla. Se muestra este autor después contrario a la admisión de los distintos tipos de culpa, por poco práctica, y a favor del único criterio de la diligencia de un buen padre de familia.

En el Código portugués de 1867 el sistema es diferente y no hay ninguna regla similar a las que he expuesto de los Códigos francés, italiano y del Proyecto de Laurent. En él se utiliza como único criterio el del Juez. Así, en su artículo 717, apartado 3.º, se dice: «La calificación de la culpa o negligencia depende del prudente arbitrio del juzgador, conforme a las circunstancias de hecho, del contrato y de las personas» (10). Aquí como puede apreciarse, el criterio judicial es decisivo.

En el BGB, parágrafo 254, apartado 1.º, la regla es la misma, ya que hace depender el deber de la indemnización y la cuantía de la misma del arbitrio del Juez, quien libremente pondera las circunstancias concurrentes en el caso (11).

En el Código argentino, el artículo 512 se ocupa del incumplimiento culposo de las obligaciones: «La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y lugar». En el comentario a este artículo Velez Sarsfield cita a Zachariae, quien afirma que efectivamente hay culpas más graves o más ligeras, pero que «no hay culpa que considerada en sí misma, prescindiendo de las circunstancias del lugar, del tiempo y de las personas, pueda ser clasificada por datos abstractos y por una medida invariable y absoluta, como culpa grave, como culpa leve o como culpa levisima. La gravedad de la culpa, su existencia misma, está siempre en razón de su imputabilidad, es decir, con las circunstancias en las cuales ella se produce». Añade Velez Sarsfield que «el artículo del Código se reduce a un consejo a los Jueces de no tener demasiado rigor, ni demasiada indulgencia, y de no exigir del deudor de la obligación, sino los cuidados razonables, debidos a la cosa que está encargado de conservar, sea en razón de la naturaleza de ella, sea en razón de las circunstancias variables al infinito, que modifican su obligación para hacerla más o menos estricta».

Tras este examen de los Códigos que mayor influencia tuvieron en la génesis del nuestro y tratando de explicar la regla del artícu-

(10) «3. A qualificação da culpa ou da negligencia depende do prudente arbitrio do julgador, conforme as circunstancias do facto, do contracto e das pessoas» (Artículo 717.3 del Código civil portugués de 1867).

(11) «Si en la producción del daño ha concurrido culpa del perjudicado, la obligación a la indemnización, así como la cuantía de la indemnización a prestar, depende de las circunstancias, en especial de hasta qué punto el daño ha sido causado preponderantemente por una u otra parte». BGB, § 254, 1.º, traducción de C. Melón Infante.

lo 1.103 *in fine*, de nuestro Código, nos encontramos con tres posibles tesis:

El artículo 1.103 puede ser una copia mal hecha de las reglas existentes en los artículos citados de los Códigos francés e italiano de 1865, sólo que allí donde éstos hacen referencia a unos casos concretos previstos en los mismos cuerpos legales, en nuestro Código, por inadvertencia, se ha transformado en «según los casos», sin terminar de referirse a que estos casos son única y exclusivamente aquellos que recoge el propio Código, es decir, la gestión de negocios ajenos y el mandato.

Otra explicación del origen del artículo 1.103 del Código civil sería entender que dicho artículo es, al igual que ocurre con el artículo 1.104 del Código civil, un producto de dos distintas influencias: por una parte la de los Códigos francés e argentino y por otra parte la de los Códigos argentino y portugués. Se conserva como en aquellos Códigos el trato especial en el mandato y en la gestión de negocios ajenos (la del depósito desapareció en el Proyecto de 1851 y no volvió a incluirse, permaneciendo simplemente una referencia a las reglas generales [12]), pero la regla general es la de tener en cuenta las circunstancias de las personas, del tiempo y lugar, y la naturaleza de la obligación, que se contiene en nuestro artículo 1.104 y que probablemente procede del artículo 512 del Código civil argentino y del artículo 717.3 del portugués.

Por último, otra explicación a la existencia en nuestro Código del repetido precepto es la que ofrece Pantaleón (13). Este autor parte de un texto de Pothier, en el que hablando de los daños y perjuicios de los que responde el deudor incumplidor, se mantiene que cuando el deudor actúa sin ninguna clase de dolo, si los daños y perjuicios provocados por el incumplimiento son desproporcionados, no deben fijarse con rigor, sino con cierta moderación y dejando la fijación de los mismos al arbitrio del Juez (14). Esta idea de Pothier se acogió

(12) Decía el artículo 1.669 del Proyecto de 1851: «El depositario está obligado a guardar la cosa y restituirla al deponente siempre que se la pidiere: su responsabilidad en cuanto a la guarda y pérdida de la cosa depositada se regirá por lo dispuesto en el Título V de este libro [donde se encuentra el artículo 1.013 que dispone cuándo tiene lugar la responsabilidad por negligencia]».

En el comentario de García Goyena al precepto, se hace hincapié en que éste venía antes redactado como el del Código civil francés, que exige al depositario el mismo cuidado para la cosa depositada que el que sigue para sus propias cosas, y continúa después diciendo: «Nosotros habemos reducido este punto a su justicia y sencillez naturales por la regla general a todos los contratos sentada en los artículos 1.005 y 1.013. De consiguiente, o las reglas generales habían de ser inútiles, o había de bastar una simple referencia a ellas, como se hace en la nueva redacción que tiene nuestro artículo».

(13) *Del concepto del daño. Hacia una teoría general del Derecho de daños*, 1981. Obra aún sin publicar a la que he tenido acceso por cortesía del autor, pp. 561 y ss., y especialmente nota 70.

(14) *Traité des obligations*, vol. I, París, 1825, núms. 159 y ss., especialmente el 164, que dice así: «164. A l'égard des dommages et intérêts dont est tenu un débiteur

en el Proyecto del Código francés (15), aunque no llegó a incluirse finalmente en su articulado (16). Basándose en estos datos opina Pantaleón que «se quiso con ello [con la inclusión del artículo 1.103 en nuestro Código civil] solucionar en nuestro ordenamiento, por la vía del medio, la polémica que había surgido entre los exégetas franceses sobre si la previsibilidad en el momento del contrato del artículo 1.150 del Código civil se refería únicamente a la “causa” de los daños o, por el contrario, también a su cuantía. En favor de la primera solu-

faute d'avoir rempli son obligation, dans le cas auquel on ne peut lui reprocher aucun dol, il nous reste à observer que quand les dommages et intérêts sont considérables, ils ne doivent pas être taxés liquidés en rigueur, mais avec une certaine modération. C'est sur ce principe que Justinien, en la loi unique, *Cod. de sentent, qua pro eo quod interest*, ordonne que les dommages et intérêts, *in casibus certis*, c'est-à-dire, comme l'explique Dumoulin, *ibid*, n. 42, et seq. lorsqu'ils ne se rapportent qu'à la chose qui a fait l'objet de l'obligation, ne puissent pas être taxés au-delà du double de la valeur de cette chose, celle valeur comprise. La décision de cette loi peut s'appliquer à l'espece suivante. J'ai acheté, pour le prix de quatre mille livres, une maison de vignes dans une province éloignée. Lors de mon acquisition, le vin, qui fait tout le revenu de cet héritage, étoit à tres vil prix dans cette province, parce-qu'il n'y avoit alors aucun débouché pour l'exporter: depuis mon acquisition, le roi a fait un canal qui en procure l'exportation, et qui en fait monter le prix au quadruple et plus: ce qui a porté la valeur de mon héritage, qui n'étoit que de quatre mille livres, à plus de seize mille livres. Il est évident que si je viens à être évincé de cet héritage, mes dommages et intérêts résultants de cette éviction, qui ne son autre chose que *id quanti mihi hodié interest hunc fundum habere licere*, montent, dans la vérité, à plus de seize mille livres. Néanmoins, suivant cette loi, pour tous les dommages et intérêts qui me son dus, tant pour la plus value de l'héritage que pour le remoursement des loyaux outs de mon acquisition, le vendeur qui m'a vendu de bonne foi cet héritage, ne dois pas être condamné envers moi à plus grande somme qu'à huit mille livres, la restitution du prix de ces quatre mille livres comprise; la condamnation des dommages et intérêts, qui, comme dans cette espece, son dus seulement *propter ipsam rem non habitam et in casu certo*, ne devant jamais, suivant cette loi, excéder le double du prix de la chose qui a fait l'objet de l'obligation. Le principe sur lequel cette décision est fondée, est que les obligations qui naissent des contrats ne peuvent se former que par le consentement et la volonté des parties. Or le débiteur, en s'obligeant aux dommages et intérêts qui résulteroient de l'inexécution de son obligation, est censé n'avoir entendu ni voulu s'obliger que jusqu'à la somme à laquelle il a pu vraisemblablement prévoir que pourroient monter au plus haut les dits dommages et interets, et non au-delà: donc, lorsque ces dommages et intérêts se trouvent monter à une somme excessive, à laquelle le débiteur n'a pu jamais penser qu'ils seroient dans le cas de monter, ils doivent être réduits et modérés à la somme à laquelle on pouvoit raisonnablement penser qu'ils pourroient monter au plus haut, le débiteur étant censé n'avoir pas consenti de s'obliger à davantage. *Moulin. Tract. de eo quod interest*, n. 60. Cette loi de Justinien, en tant qu'elle borne la modération des dommages et intérêts excessifs, *précisément* au double de la valeur de la chose, est en cela une loi arbitraire qui n'a pas autorité de loi dans nos provinces. Mais le principe sur lequel elle est fondée, qui ne permet pas qu'un débiteur à qui on ne peut reprocher aucun dol, soit tenu des dommages et intérêts résultants de l'inexécution de son obligation au-delà de la somme jusqu'à laquelle il a pu penser qu'ils pourroient monter au plus haut, étant un principe fondé dans la raison et l'équité naturelle, nous.»

(15) Artículo 47 del Proyecto de Código civil francés: «Le Juge doit toujours taxer les dommages et intérêts avec une certaine moderation lorsqu'il n'y a point dol de la part du débiteur».

(16) Es de nuevo PANTALEON: *ob. cit., loc. cit.*, quien opina que la idea de Pothier se plasmó en el artículo 47 del Proyecto de Código civil francés.

ción, por todos, Laurent: *Principes...*, *cit.*, Tomo XVI, número 289, página 384 y siguientes; y *Avant-Projet...*, *cit.*, página 147; en favor de la segunda, también por todos, Aubry y Rau: *Cours...*, R. IV, página 159, nota 41. Nuestro Código, de seguir esta hipótesis, se habría inclinado por la línea media sugerida en el texto de Pothier. A saber, el artículo 1.107 haría únicamente referencia a la previsibilidad en el momento de conclusión del contrato, de las partidas del daño, por así decirlo, y no al *quantum* a resarcir por cada uno de los conceptos (se sigue así, en principio, la opinión de Laurent). Pero, a la vez, se concede al Juez la facultad de moderar dicho *quantum* cuando aparezca como excesivo. ¿Cuándo ocurre esto? Como indicaba Pothier, cuando supere notablemente las previsiones de las partes en el momento de la celebración del contrato (con lo que se acababa por dar indirectamente la razón a Aubry y Rau). En resumen, y si nuestras intuiciones son ciertas —concluye este autor— la facultad de moderación del artículo 1.103 del Código civil en los casos de responsabilidad por culpa debe ser utilizada por el Juez en aquellos casos y sólo en aquellos casos en que la cuantía de los daños previstos o previsibles en el momento del contrato excede sustancialmente la suma prevista o previsible en dicho momento. Otra utilización excedería la *ratio* del precepto» (17).

De las tres posibles explicaciones de la existencia del artículo 1.103 en nuestro Código civil no parece posible en principio optar por una de ellas y darla por segura. Pero, sin embargo, sí me parece factible hacerlo por eliminación. Así, creo que puede desecharse la que entiende que el artículo 1.103 del Código civil es una copia mal hecha de los preceptos que tocan el mismo punto en los Códigos civiles francés e italiano de 1865. Aunque hubiera sido así en la realidad, se trata de algo que no puede probarse. La existencia del artículo 1.103 en nuestro Código civil, con un texto distinto al de esos otros preceptos, implica una interpretación y una aplicación distintas para evitar resultados absurdos. Además, según esa teoría, el artículo 1.103 sería una referencia, por lo demás innecesaria, a lo ya dicho en los artículos 1.726 y 1.889 del Código civil.

También abandono la atractiva opción defendida por Pantaleón, pues aunque la idea de Pothier está muy clara, no veo que ésta haya pasado al Proyecto del Código civil francés. Su artículo 47: «El Juez debe siempre tasar los daños y perjuicios con cierta moderación, siempre que no haya dolo por parte del deudor» (17 bis), en absoluto menciona que la moderación deba darse cuando los daños producidos son más importantes que los que se previeron o pudieron prever al celebrar el contrato, sino que simplemente establece la posi-

(17) *Ob. cit.*, nota 70.

(17 bis) Secc. III, *Des dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation*. *Projet de la Commission du Gouvernement*, presentado el 24 thermidor año VIII.

bilidad general de moderar ante la inexistencia de dolo por parte del deudor incumplidor. Tampoco es nada seguro que el legislador español optara por solventar en este sentido la polémica sobre si la previsibilidad en el momento del contrato del artículo 1.150 del Código civil francés se refiere únicamente a la causa de los daños o también a su cuantía; entre otras razones, porque de haber querido hacerlo así, no cabe duda que el lugar adecuado para ello era nuestro artículo 1.107 del Código civil, que es prácticamente igual al Código Napoleón en este punto, y no en el artículo 1.103 del Código civil.

Esta interpretación del artículo tiene para mí otro grave inconveniente: lo muy reducido de su campo de aplicación, pues el supuesto presuntamente contemplado se dará en muy pocas ocasiones; y, como se dice en las Partidas: «Aun dixeron [los sabios], que non se deuen fazer las leyes, sinon sobre las cosas que suelen acaescer a menudo. E porende non ouieron los antiguos cuydado de las fazer sobre las cosas que vinieron pocas vezes; porque tuieron que se podría judgar por otro caso de ley semejante, que se fallasse escrito» (18). Evidentemente, ley para un caso que no se presenta a menudo no es una ley útil.

Opto, pues, finalmente, por la idea de que probablemente el artículo 1.103 procede de la suma de las influencias del Código civil francés y los Códigos civiles portugués y argentino. Esta tesis, aun cuando tampoco se puede probar, tiene la ventaja frente a las otras de que no hay argumentos en su contra y que además no condena al precepto a una práctica ineficacia.

IV. OPINIONES DE LA DOCTRINA ESPAÑOLA EN TORNO AL ARTICULO 1.103

La doctrina española en ningún caso se ha ocupado del artículo 1.103 del Código civil monográficamente, y es poco, por tanto, lo que se puede encontrar sobre él.

La mayoría de los autores no tocan este tema. Solamente lo hacen unos pocos, y en su mayor parte no directamente, sino cuando se ocupan de la culpa y su medida (artículo 1.104 del Código civil).

Los autores más antiguos, así, Clemente de Diego (19), Valverde (20), Manresa (21), Scaevola (22), y algunos más modernos como

(18) Lib. 36, Tit. XXXIV, 7.ª P.

(19) *Instituciones de Derecho civil*, T. II, Madrid, 1959, pp. 30 y ss.

(20) *Tratado de Derecho civil español*, T. I, 4.ª ed., Valladolid, 1935, pp. 584 y ss.

(21) *Comentarios al Código civil español*, T. VIII-1, 5.ª ed., Madrid, 1950, pp. 184 y ss.

(22) *Código civil concordado y comentado*, T. XIX, 1902, pp. 522 y ss.

Espín (23), Puig Peña (24) y de alguna manera Castán (25), opinan que la antigua gradación de culpas que tuvo su origen en el Derecho romano y se recogió posteriormente en nuestro Derecho histórico, ha pasado al Código civil, aunque en forma mucho más flexible a través del artículo 1.103.

Dentro de nuestra doctrina más actual, algunos como Díez-Picazo y Gullón (26), Jordano Fraga (27), O'Callaghan (28) (29) y León Alonso (30) estiman que la gradación de culpas a que me he referido no pasó al Código civil, sin por lo demás profundizar más en el problema.

Delgado Echevarría (31) y Badosa Coll (32) comparten el criterio de que el artículo 1.103 del Código civil toma en cuenta la buena fe del deudor incumplidor en un sentido subjetivo. Según el primero de estos autores, «la facultad de los Tribunales de moderar la culpa, conforme al artículo 1.103, es un nuevo elemento de flexibilidad del sistema. No se trata a mi entender —continúa Jesús Delgado— del establecimiento *ad casum* de criterios sobre la culpa prestable distintos de los hasta ahora explicados [los del artículo 1.104 del Código civil] sino de restringir el importe de la indemnización valorando el elemento subjetivo de la buena fe del deudor».

Badosa Coll dedica mayor atención al problema. Al examinar en su extensa monografía, el concepto de diligencia señala que la diligencia-esfuerzo (que no consigue el cumplimiento de la obligación debida porque no es la adecuada para ello) no tiene acomodo como

(23) *Manual de Derecho civil español*, vol. III, 5.ª ed., Madrid, 1978, pp. 236 y 237.

(24) *Compendio de Derecho civil español*, T. II, vol. I, Barcelona, 1966, pp. 192 y 193.

(25) *Derecho civil español común y foral*, T. III, 11.ª ed., Madrid, 1974, pp. 180 y ss.

(26) *Sistema de Derecho civil*, 4.ª ed., vol. II, Madrid, 1985, p. 277.

(27) *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987, pp. 132 y 133.

(28) *Compendio de Derecho civil*, T. II, vol. XI, Madrid, 1987, pp. 152.

(29) O'Callaghan dice seguir a Lacruz (Delgado) al afirmar que el Juez, al moderar, actúa valorando el elemento *objetivo* de la buena fe del deudor; supongo que se trata de una errata, pues ese autor dice elemento *subjetivo*.

(30) Comentando el artículo 1.726 del Código civil opina que: «Aunque el Código civil no da pie para seguir manteniendo hoy día la tan complicada distinción de grados en la culpa civil —particularmente no parece pueda ya mantenerse la tradicional equiparación entre culpa lata y dolo—, ello no obsta para afirmar la necesidad de revisar las categorías y criterios en base a los que imputar la responsabilidad contractual por incumplimiento; precisamente la afirmación viene corroborada por la facultad que a los Tribunales concede el artículo 1.103 del Código civil para moderar la responsabilidad proveniente de la culpa, así como para moderar la responsabilidad proveniente de la culpa, así como por la peculiar aplicación que de ello hace la propia ley cuando acoge la gratuidad o la retribución del mandatario como parámetros de esa responsabilidad». Comentario al artículo 1.726 del Código civil en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, de Edersa, T. XXI, vol. II, Madrid, 1986, p. 349.

(31) LACRUZ y otros: *Elementos de Derecho civil*, T. II, vol. I, Barcelona, 1985, p. 237.

(32) *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, 1987, pp. 73 y ss., 730 y 731

tal en el Código civil español, con lo que se puede contemplar que el esfuerzo del deudor no excluye necesariamente la culpa (no lo hace si es inadecuado y no produjo el cumplimiento), pero que aun así es posible que en nuestro sistema pueda tener alguna relevancia jurídica. Esa relevancia para Badosa se encuentra reconocida en el artículo 1.103 del Código civil, manteniendo este autor que: «El criterio moderador es precisamente la buena fe, ya no tomada en sentido negativo de exclusión del dolo, sino contemplándola en su posible dimensión positiva: conteniendo una voluntad de cumplir este deber jurídico. Será esta voluntad la que deberán apreciar los Tribunales en su función moderadora. Voluntad que deberá valorarse precisamente a través de su expresión a nivel de esfuerzo o atención que ha puesto el deudor en el cumplimiento frustrado. No a nivel de actividad o conducta, porque esta última queda excluida, por definición, desde el momento que partimos de la existencia de la culpa (que supone la ausencia de tal conducta exigible), en definitiva, deberá tenerse en cuenta la magnitud o intensidad del esfuerzo del deudor, esfuerzo que por otra parte ha sido técnicamente ineficaz, ya que no ha impedido la infracción y jurídicamente inútil, porque no ha impedido la obligación de indemnizar». Sigue Badosa diciendo que «la moderabilidad judicial del artículo 1.103, final, presupone la existencia de culpa prestable (según el artículo 1.104), ya que nos hallamos en un caso de responsabilidad por daños. El problema es saber en qué criterios se fundará esta posibilidad de moderar la indemnización. En el artículo 1.103, final, no se trata de discutir (como ocurre en el artículo 1.104) de tipos y grados de la diligencia exigible. El artículo 1.104 ha resuelto ya este problema definitivamente; dado que afirmamos la existencia de la obligación de indemnizar, el artículo 1.103, final, contempla algo distinto de la diligencia-conducta o actividad. De otra parte, se trata de criterios variables y sometidos a la libre apreciación del Tribunal» (33).

Por su parte Morales Moreno, hablando de culpa lata y dolo, no se adscribe a ninguna de las posturas anteriores. Para él, «del artículo 1.103, puede inferirse: 1.º) que la culpa admite niveles más o menos exigentes en cuanto diligencia, y 2º) que, no obstante, se presta, igual que el dolo, en todas las obligaciones. Conjugando una y otra proposición resulta que existen unos niveles mínimos de diligencia exigible, ciertas cotas de responsabilidad por la gravedad de la culpa, que no admiten posible exoneración. Esto refleja, correctamente entendido, el sentido del principio histórico que equipara dolo y culpa lata, en cuanto criterios mínimos de imputación de responsabilidad».

Continúa Morales diciendo que «puede quedarnos la duda de qué significa la facultad *moderadora* de los Tribunales. Pues si se entien-

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

de que los Tribunales gozan aquí de unos poderes totalmente discrecionales resultaría muy difícil de fijar una categoría mínima de diligencia. Quedaría desdibujada en una categoría inhilvanable. Mas la moderación de los Tribunales no supone discrecionalidad, exclusión de una regla o principio jurídico. Puesto que el nivel de diligencia varía de una obligación a otra, a los Tribunales corresponde determinar cuál es el nivel exigido en cada caso, y más concretamente, calificar como negligente el comportamiento de un deudor (en función de la diligencia exigible), para poderle imputar responsabilidad. Esta actividad moderadora no es discrecional; se realiza aplicando normas jurídicas» (34). En esta misma línea de Morales Moreno creo que puede situarse a De Angel, quien manifiesta que, «la justificación de la facultad moderadora del artículo 1.103 radica en la posible apreciación de diversas intensidades o grados de diligencia en el comportamiento del deudor» (35).

Pantaleón, siguiendo ideas de Pothier, cree —como ya he expuesto en el apartado anterior— en cambio, «la facultad de moderación del artículo 1.103 del Código civil en los casos de responsabilidad por culpa debe ser utilizada por el Juez en aquellos casos y sólo en aquellos casos en que la cuantía de los daños previstos o previsibles en el momento del contrato excede sustancialmente la suma prevista o previsible en dicho momento. Otra utilización excedería la *ratio* del precepto» (36).

Es opinión común en la doctrina española que lo que se modera por los Tribunales a tenor del artículo 1.103 es el *quantum* indemnizatorio, no la existencia de la responsabilidad.

Parece erróneo hablar de que el sistema antiguo de la gradación de culpas ha pasado, aunque flexibilizado, a nuestro Código civil a través del artículo 1.103 del Código civil. Evidentemente no es así. Nuestro Código quiso romper con esa idea; así resulta de sus antecedentes inmediatos. Como recoge con toda claridad García Goyena (37), el que el artículo 1.103 no haya tenido ningún antecedente en el Proyecto de 1851 no significa que la inclusión del mismo, primero en el Proyecto de Código civil 82-88 y posteriormente en el propio Código, equivalga a un cambio de opinión radical al respecto. De haber sido así, carecería de sentido una disposición como la contenida en

(34) *El dolo como criterio de imputación de responsabilidad*, en «ADC», julio-septiembre, 1982, p. 609.

(35) *La responsabilidad civil*, Bilbao, 1988, p. 247. Ricardo de Angel hace esta afirmación, en sede de responsabilidad extracontractual, estudiando la posibilidad de que el artículo 1.103 se aplique a supuestos de ese tipo de responsabilidad, mostrándose partidario de la postura negativa.

(36) En trabajo aún no publicado, *Del concepto de daño. Hacia una teoría general del Derecho de daño*, p. 712, nota 70, *in fine*. La razones por las que Pantaleón llega a esta conclusión se encuentran recogidos en el apartado III de este mismo trabajo (Derecho comparado) y también las que me hacen desechar esta tesis.

(37) *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*.

el artículo 1.103, siendo necesario en cambio un precepto o una serie de ellos que dejaran claro el cambio de criterio.

La postura propugnada por Badosa y Delgado (38) es sumamente ingeniosa, pero no la veo fácilmente aceptable en nuestro sistema jurídico.

Admitir que el esfuerzo-diligencia del deudor tenga un valor jurídico-práctico (reducción del *quantum* indemnizatorio) no siendo aquél bastante para borrar la tacha de culpa y siendo inútil, por otra parte, para dar satisfacción al acreedor, no resulta sencillo. No hay fundamento legal claro que permita, a mi juicio, mantener dicha tesis, al menos como criterio general (38, bis) o por sí solo. El Código civil maneja el concepto de buena fe en un sentido objetivo; existe en un caso determinado o no existe; y de acuerdo con ello el artículo 1.107 establece una mayor o menor responsabilidad en cuanto a los daños que el incumplimiento produjo. La buena fe que contempla nuestro Código civil es únicamente la entendida como carencia de dolo en la conducta del deudor incumplidor. Sin más apoyos, parece que lo menos arriesgado es dar al artículo 1.103 del Código civil el sentido que los autores antes citados propugnan. La buena fe en ese sentido subjetivo, de simple disposición psicológica del deudor para el cumplimiento de las obligaciones, puede tener relevancia de carácter moral, pero no jurídico-práctica. El acreedor tiene derecho al cumplimiento de la prestación pactada, y en el caso de incumplimiento, cuando no sea ya posible o útil para éste el cumplimiento en especie, al abono de los daños y perjuicios que se causaron (39). La limitación o moderación del *quantum* a que ascienden éstos para que resulte equitativo y no injusto, no puede producirse más que por causas objetivas (40).

Desde luego, lo que es incuestionable, después de haber examinado la jurisprudencia en torno al artículo 1.103 del Código civil, es que no es ese el concepto que del sentido del precepto tiene nuestro Tribunal Supremo.

Aunque ya he dicho más arriba que la gradación de culpas no ha pasado a nuestro Código civil, creo que ésta es una afirmación que conviene matizar. No ha pasado con el sentido que tenía antes, pero no es posible eliminarla totalmente porque va en la naturaleza de la negligencia que pueda ser más o menos grave.

(38) *Obs. cit.*, *locs. cit.*

(38 bis) Aunque pueda existir algún supuesto en que sea así.

(39) Eso sí, a tenor del artículo 1.107 es distinta medida según haya existido o no buena fe por parte del deudor, buena fe en este sentido objetivo que antes he mencionado.

(40) Cuáles son esos criterios, lo veré en el apartado final.

Ello no choca con el criterio de la diligencia que se puede exigir de acuerdo con el artículo 1.104 del Código civil, pues el mismo precepto, en su párrafo 1.º, obliga a tomar en cuenta la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas del tiempo y del lugar; lo que no está desnaturalizado por el segundo párrafo del artículo, ya que la diligencia de un buen padre de familia no es un valor inmutable, sino que variará de acuerdo con la naturaleza de la obligación, de las circunstancias, de las personas, del tiempo y del lugar.

En nuestro sistema ha desaparecido la exigencia de distintos grados de diligencia en el cumplimiento de las obligaciones. Se exige en cualquier caso la diligencia estándar reflejada en el juego de los dos apartados del artículo 1.104 del Código civil; lo que no quiere decir que ésta sea siempre la misma, sino que se mueve en los parámetros que el artículo marca, con la aplicación preferente del apartado 2.º del mismo, o bien, si se pactó, de acuerdo con lo establecido.

Cuando el deudor incumple y no medió dolo en su actuación, responderá ex artículo 1.107.1 de los daños causados «previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento».

La misión del artículo 1.103 es la de que, una vez fijado cuáles sean esos daños, resulte de alguna circunstancia concurrente que esa responsabilidad no sería equitativa, y en base a dicha circunstancia los Jueces pueden reducir la indemnización.

No se trata, pues, de que para el cumplimiento de cierto tipo de obligaciones se exija una diligencia menor que la establecida en general en el Código civil. Si se contrae una obligación como mandatario, sin recibir remuneración alguna, la diligencia exigida será la misma que si el encargo hubiera sido remunerado (41); pero, incumplida la obligación, la responsabilidad por los daños causados puede moderarse en razón de la gratuidad (artículo 1.726 del Código civil). A mi juicio esto no quiere decir que la moderación ha de producirse automáticamente por el mero hecho de la gratuidad, sino que tal hecho obliga al Juez a tomarlo en consideración, viendo el resto de las circunstancias que concurren, y decidir si en el caso es de equidad y procede la moderación o no.

V. NATURALEZA DE LA CONDUCTA QUE PERMITE MODERAR A TENOR DEL ARTICULO 1.103

De acuerdo con la letra del artículo 1.103 del Código civil, los Tribunales podrán moderar la responsabilidad cuando ésta proceda de negligencia. Por tanto, a *sensu contrario*, no será posible dicha

(41) En ese sentido BADOSA: *Ob. cit.*, p. 279. LEÓN ALONSO: *Ob. cit.*, p. 353

moderación cuando la responsabilidad proceda de un comportamiento doloso (artículo 1.102 del Código civil). Así lo ha entendido en forma unánime nuestra doctrina y también igualmente la jurisprudencia.

En todas las sentencias en las que se modera se trata de conductas culposas, aunque en la mayor parte de ellas no se toca esa cuestión de forma expresa. En otras se dice específicamente que la moderación sólo puede darse en casos de incumplimiento culposo: así, en las de 3 de abril de 1940, 17 de mayo de 1979, 15 de diciembre de 1978 y 10 de diciembre de 1986. Otras, en las que se pretendía por parte de alguno de los litigantes que se moderara su responsabilidad, se dice específicamente que ello no es posible al tratarse de conductas dolosas. En este sentido, cabe citar las de 3 de febrero de 1973, 16 de mayo de 1985, 28 de junio de 1974 y 16 de julio de 1982.

Ahora bien, dentro de la afirmación, que no plantea dudas, de que tan sólo es susceptible de moderación la responsabilidad en que se incurrió culposamente, interesa saber si esto es predicable de cualquier tipo de culpa o únicamente de algún tipo determinado.

Aunque en general la jurisprudencia no es muy explícita al respecto, hay varias sentencias que se refieren a ese extremo. Algunas de ellas recaídas en supuestos de incumplimiento contractual y otras para casos de responsabilidad extracontractual.

1. Sentencias sobre responsabilidad contractual

Sentencia de 15 de diciembre de 1978 (42).—Se trataba de un contratista de obras que deja la obra inacabada, a falta de un 10 por 100 del total, y que, ante la decisión de la corporación municipal que le encargó la obra de inhabilitarla como contratista y pérdida de la fianza que en su día depositó, recurre llegando hasta el Tribunal Supremo.

Nuestro más alto Tribunal explica que existen diferentes tipos de incumplimiento, que ni tienen la misma entidad ni producen los mismos efectos: «Desde el incumplimiento total por dolo al simplemente parcial por culpa o negligencia, existe notable diferencia en orden a los límites y extensión de la responsabilidad contractual susceptible de ser moderada en los casos de simple culpa o negligencia». Sigue el Tribunal Supremo explicando que en el caso contemplado en la sentencia procede la moderación por haberse efectuado el 90 por 100 de la obra y por no existir dolo.

No puede decirse —continúa la sentencia— que la contratista in-

(42) Los antecedentes de hecho de esta sentencia pueden verse con mayor detalle en el apartado XII.

cumpliese en términos absolutos el contrato, ni tampoco que la suspensión anunciada de buena fe a la administración, aunque basada en motivos erróneos, haya producido daños de gran trascendencia, dado que solamente una ínfima parte de la obra había quedado sin realizar al finalizar el plazo de ejecución.

Sentencia de 17 de mayo de 1979.—Un constructor celebró con varios compradores unos contratos de compraventa de pisos, que, según se estipuló en los mismos, quedarán sometidos a la normativa de las viviendas de protección oficial. Una vez terminada la construcción, se comprobó que el inmueble había sufrido ciertas alteraciones en relación con el proyecto original, que se traducían en una disminución de la superficie de las viviendas, imposible de subsanar. Ello excluía la posibilidad de catalogarlas como de protección oficial, privándoseles de los beneficios legales que tal condición conlleva.

Los compradores demandan al vendedor por incumplimiento de contrato, al no haberles entregado el tipo de viviendas que se pactó, y solicitan se les abonen los daños y perjuicios ocasionados por esta circunstancia. Esos daños son, entre otros, la elevación de la cantidad a pagar en concepto de contribución, el exceso de precio que habían pagado teniendo en cuenta que la cabida real era menor que la pactada, etc.

En primera instancia se estimó la demanda. Apelada la sentencia por el vendedor, la Audiencia la revocó en parte. Los compradores interpusieron recurso de casación, que se desestimó.

La sentencia recurrida, aun aceptando el hecho del incumplimiento, decía que, teniendo en cuenta que la disminución de superficie sobre la pactada en las viviendas era de escasa entidad (47 decímetros cuadrados y 85 decímetros cuadrados en dos de las viviendas de los actores), ese incumplimiento «determina a efectos civiles una culpa de carácter leve, susceptible de moderación de la responsabilidad conforme al artículo 1.103 del Código civil, que ha de apreciarse teniendo en cuenta el conocimiento probado de los compradores de dicha circunstancia antes de la entrega de las viviendas, ser el precio inferior al máximo consignado en la calificación provisional, como no menos la libertad contractual adquirida, al perder el carácter de viviendas de protección oficial». Basándose en los anteriores argumentos, la Audiencia condenó al vendedor a pagar lo que cobró de más, dada la superficie final de las viviendas, y a pagar la mitad del impuesto de transmisiones, absolviendo al vendedor de las demás pretensiones.

Entrando el Tribunal Supremo en el examen del motivo del recurso de casación en el que se alega aplicación indebida del artículo 1.103, en relación con la violación del artículo 1.124 del Código civil, afirmaba que es preciso tener en cuenta que, «al calificar de leve la culpa en que incurrió el demandado en el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, y en consecuencia con ello y teniendo el Juzgador

de instancia aquella serie de circunstancias concurrentes a las que se hizo anterior mención [la diferencia de la superficie de las viviendas con la que se pactó que era muy pequeña, y las ventajas de no estar incluidas las viviendas en la categoría de “protección oficial”], esto es, lo fue en atención al caso concreto examinado que motivó su responsabilidad, si bien entendiendo atenuada por las mismas... que no solamente aminoraban la responsabilidad del demandado, sino que también contrarrestaban el perjuicio que se atribuían los demandantes...».

Sentencia de 29 de octubre de 1983 (43).—Una empresa contrata con un Ayuntamiento la construcción del nuevo edificio para albergar a la Corporación municipal. A pesar de estar prevista la situación del edificio en zona de carácter monumental, el Ayuntamiento no recaba informe sobre el proyecto a la Dirección General de Patrimonio Artístico. Dicho organismo toma cartas en el asunto y, tras un período en el que la empresa se ve impedida de comenzar las obras, resulta que el proyecto original tiene que sufrir tales modificaciones que lo único viable es rescindir el contrato. La empresa pide daños y perjuicios. El Tribunal Supremo condena a pagar esos daños y perjuicios, pero modera el monto de los mismos. «El lucro cesante —dice el Tribunal Supremo— lo fija la parte actora en el porcentaje usual correspondiente al beneficio industrial, mas enseguida surge la simplista objeción de que no es lo mismo obtener esa ganancia a lo largo de año y medio de trabajos, riesgos e incertidumbre, que pasivamente por el mero devenir de una necesidad jurídica, que a su vez es consecuencia de la más elemental justicia, ello ha de ventilarse en cada caso concreto, en relación con el grado de culpa apreciado, pues si la negligencia existente es grande, resulta fácil salvar el argumento indicado, en el caso presente la conducta del Ayuntamiento creemos que no es merecedora de ese calificativo extremo; no se trata de un caso imprevisible, como trata de defenderse, pero tampoco incurrió en una culpa grosera, sino, digamos, normal o media; por ello sería justo traer a colación la norma contenida en el artículo 1.103 del Código civil; la cuantía de la indemnización podrá moderarse por los Tribunales según los casos».

De la jurisprudencia que he expuesto se puede concluir en principio que para el Tribunal Supremo:

1.º La culpa grave imposibilita la moderación, como si de dolo se tratase. En las sentencias recogidas se señala que se produce la moderación porque se trata de culpa leve o media. Cosa que por otra parte concuerda con la opinión doctrinal de que a todos los efectos la culpa grave se equipara al dolo.

2.º Existe cierta confusión sobre la culpa y el daño en las afirmaciones del Tribunal Supremo. En ellas parece entenderse que es

(43) Los antecedentes de hecho detallados se encuentran en el apartado XII.

lo mismo culpa leve que daño leve. Eso no es necesariamente así. Es probable que a una negligencia de carácter leve siga un perjuicio del mismo tenor. Pero no es ni mucho menos imposible que, aunque el descuido sea pequeño, los perjuicios que se sigan sean importantes. También puede ocurrir lo contrario: que a una negligencia de mayor trascendencia se sigan daños de escasa importancia.

El que los daños ocasionados por el incumplimiento sean más o menos importantes es algo que desde luego es preciso tener en cuenta, pero no a los efectos de moderar su cuantía, pues eso no es moderar, sino a la hora de cuantificar correctamente a cuanto ascienden aquéllos a tenor de los artículos 1.106 y 1.107 del Código civil.

Sin embargo, sí que parece un criterio adecuado para moderar el empleado por la sentencia de 17 de mayo de 1979 (44), en la que el incumplimiento, si bien produjo unos daños, también ocasionó ciertas ventajas. Los daños causados ascienden en este caso a un *quantum*, que era equitativo reducir, porque, por otra parte, a causa de ese mismo incumplimiento, se había producido ciertos beneficios, valorables económicamente.

Se plantea la duda de si sería posible o no moderar cuando se ha producido un incumplimiento total de la obligación, aunque la conducta seguida por el deudor sólo se pueda calificar de culposa en grado medio o leve.

En todas las sentencias que he examinado no hay un sólo caso en el que se haya aplicado el artículo 1.103 del Código civil a obligaciones incumplidas absolutamente, ni tan siquiera se menciona el tema expresamente en ninguna de ellas (45). Pero en la línea del Tribunal Supremo, que antes he señalado, de confundir el grado de culpa con la importancia económica del daño cuando, parece que nuestro Tribunal Supremo difícilmente moderaría si la obligación se incumplió absolutamente. Sin embargo, parece que tal posibilidad podría darse, aunque fuera en contadas ocasiones, porque:

1.º El artículo 1.103 del Código civil no dice nada que impida ese empleo, y podría haberlo dicho como hace el artículo 1.154 del

(44) Recuérdese que se trataba de un contrato de compraventa, cuyo objeto eran unos pisos, que por una pequeña diferencia no tenían las medidas que se pactaron y que los colocaban dentro de la categoría de viviendas especialmente protegidas. Los daños que se causaron consistieron en la pérdida de las ventajas fiscales inherentes a tal condición. Pero al no pertenecer a ella, se obtenían otras ventajas, como el hecho de poder fijar libremente la renta de los mismos, cosa que no puede hacerse en el caso de las viviendas especialmente protegidas.

(45) En la sentencia de 15 de diciembre de 1978 el Tribunal Supremo, al explicar los posibles tipos de incumplimiento en relación con la aplicación del artículo 1.103, dijo: «Desde el incumplimiento total por dolo al simplemente parcial por culpa o negligencia». Lo que de alguna manera da la impresión de que el incumplimiento total siempre procede de dolo, lo que es evidente que no responde a la realidad, puede haber incumplimiento parcial y, sin embargo, doloso, y también incumplimiento total simplemente culposos.

Código civil. Se trata de algo demasiado importante como para achcarlo a un simple olvido del legislador.

2.º Algunos de los criterios utilizables por los Tribunales a la hora de moderar pueden darse aún en casos de incumplimiento absoluto de la obligación: así, la gratuidad de la obligación incumplida o el desmesurado monto de los daños que no se previó o pudo prevverse en el momento de obligarse.

De todas formas, insisto en que difícilmente moderaría nuestro más alto Tribunal si se incumple la obligación pactada en forma absoluta, porque para él ese incumplimiento total, equivaldría a culpa grave, y al asimilarse ésta al dolo, se estimaría seguramente que el artículo 1.103 no se podía aplicar.

2. Sentencias sobre responsabilidad extracontractual

No parece oportuno transcribir aquí ninguna sentencia concreta de responsabilidad extracontractual en la que se haya aplicado el artículo 1.103 del Código civil. Una de las razones para no hacerlo es la gran uniformidad de las mismas, tanto en cuanto a los casos en que dentro de esa especialidad se aplica el referido precepto, siempre concurrencia de culpas. Como en cuanto al tratamiento que se le da.

Además esas sentencias (las que aun así pueden tener algún interés) ya están recogidas en el apartado referente al ámbito de aplicación del artículo 1.103 del Código civil (VI), o en el que toca la concurrencia de culpas (VIII).

En cambio, parece oportuno resumir cuáles son los criterios jurisprudenciales obtenidos del examen de todas esas sentencias y que se refieren a los grados de culpa.

Se puede advertir que, a la hora de distribuir el *quantum* de los daños ocasionados entre los cocausantes de los mismos, nuestros Tribunales tienen en cuenta el nexo causal entre la conducta negligente y el daño producido y la mayor o menor gravedad de las conductas culposas que dieron lugar a los daños.

Los Tribunales no siempre señalan cuotas en las que se reflejen los distintos niveles de responsabilidad, a veces lo hacen y a veces simplemente rebajan la cantidad pedida por entender que existió concurrencia de culpas, pero sin establecer cuotas o algún tipo de cuantificación de la concurrencia.

En algunas ocasiones la gravedad de ambas conductas ilícitas (causante y causante-víctima) se consideran de entidad análoga; así en las sentencias de 3 de marzo de 1978, 25 de marzo de 1980 y 11 de diciembre de 1981. En otras se hace hincapié en la mayor gravedad de una u otra: sentencias de 13 de febrero de 1971, 17 de diciembre 1979, 29 de mayo de 1980, 13 de octubre de 1981, 1 de julio de 1983, 15 de diciembre de 1984 y 20 de febrero de 1987.

A veces no se aprecia la concurrencia de culpas, pero no porque la víctima haya observado una conducta de diligencia irreprochable, sino porque, aún existiendo negligencia por su parte, ésta fue tan pequeña que no se toma en cuenta, o bien porque se ha constatado que, aun no habiéndose dado, no se habría evitado con el ello el resultado dañoso. En este sentido cabe citar las sentencias de 2 de febrero de 1976, 6 de mayo de 1983 y 29 de noviembre de 1985.

VI. AMBITO DE APLICACION DEL ARTICULO 1.103 DEL CODIGO CIVIL

De acuerdo con nuestra jurisprudencia, el artículo 1.103 del Código civil es aplicable tanto al campo de la responsabilidad contractual como al de la responsabilidad extracontractual.

Las sentencias del Tribunal Supremo se podrían clasificar en cuatro grupos:

a) Las que declaran explícitamente que el artículo 1.103 es de aplicación *exclusiva* al incumplimiento de las obligaciones contractuales. En ese sentido cabe citar las sentencias de 3 de julio de 1924, 18 de marzo de 1932, 13 de marzo de 1976 y, en menor grado, la de 24 de septiembre de 1983.

b) Las que dicen, también expresamente, que el artículo 1.103 del Código civil es aplicable a todo tipo de obligaciones, ya sean éstas de naturaleza contractual o extracontractual. Son las sentencias de 14 de diciembre de 1894, 14 de octubre de 1957, 13 de junio de 1961, 4 de julio de 1972, 3 de marzo de 1978, 24 de marzo de 1980, 13 de octubre de 1981, 15 de diciembre de 1984, 22 de febrero de 1985 y 16 de diciembre de 1986.

c) Las que, aun sin declarar nada al respecto en forma explícita, han aplicado el artículo 1.103 en casos de responsabilidad extracontractual, o, si no lo han hecho es porque en el supuesto que contemplaban no se daban las circunstancias necesarias para moderar, pero no porque considerasen que el precepto no sea aplicable a las obligaciones extracontractuales. Tal es el caso de las sentencias de 13 de febrero de 1971, 14 de junio de 1973, 3 de diciembre de 1979, 29 de mayo de 1980, 20 de diciembre de 1980, 3 de abril de 1981, 11 de diciembre de 1981, 27 de junio de 1983, 1 de julio de 1983, 10 de diciembre de 1985, 18 de junio de 1985 y 7 de diciembre de 1987.

d) Las más numerosas afirman la aplicación a la responsabilidad extracontractual de los artículos 1.101 y siguientes en general, sin mencionar en concreto el artículo 1.103. A estos efectos, los artículos 1.101 a 1.104 del Código civil forman un bloque homogéneo. De tal modo que simplemente asegurar, como hacen muchas sentencias, que uno de dichos artículos es aplicable tanto a las obligaciones contractuales como a las extracontractuales, implica, aunque no se

diga, que ello vale también para los demás. Son las sentencias de 2 de marzo de 1904, 24 de febrero de 1928, 5 de enero de 1949, 23 de octubre de 1952, 21 de noviembre de 1955, 14 de octubre de 1957, 13 de junio de 1961, 13 de mayo de 1965, 25 de mayo de 1965, 9 de junio de 1969, 8 de julio de 1972, 30 de octubre de 1975, 19 de junio de 1975, 27 de mayo de 1978, 18 de octubre de 1983, 18 de septiembre de 1984, 20 de junio de 1984 y 19 de febrero de 1985.

A primera vista ya se observa que el número de sentencias que, de una u otra forma, propugnan la aplicación general del artículo 1.103 del Código civil, independientemente o dentro del bloque de los artículos 1.101 a 1.105, es ingente comparado con el de aquellas que niegan tal posibilidad.

Las razones que da nuestro Tribunal Supremo para mantener ese criterio son varias. Aunque los artículos 1.101 y siguientes del Código civil son disposiciones dictadas originariamente para la responsabilidad contractual, la jurisprudencia ha extendido su aplicación al campo de la extracontractual por analogía: la constatación de que la responsabilidad contractual y la extracontractual, aún cuando evidentemente tienen diferencias, en lo básico son semejantes, cosa que hace perfectamente posible la aplicación de esos artículos a la responsabilidad extracontractual.

Se trata de disposiciones generales como prueba su ubicación en el Código civil bajo la rúbrica «De la naturaleza y efectos de las obligaciones», que señala que los artículos englobados en ella no se refieren a un tipo de obligación en concreto, sino a todas ellas. La redacción del propio artículo 1.103 dice textualmente que «la responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de *toda clase de obligaciones...*».

1. Sentencias que afirman explícitamente que el artículo 1.103 es aplicable únicamente a la responsabilidad contractual

Para dejar claro que, de acuerdo con nuestra jurisprudencia, los artículos 1.101 a 1.105 —especialmente el 1.103, que es objeto de este estudio— son aplicables tanto a la responsabilidad contractual como a la extracontractual, parece oportuno el examen pormenorizado de las pocas sentencias que mantienen la postura contraria.

Sentencia de 3 de julio de 1924.—Eulogio trabajaba como repartidor de cántaros de agua a domicilio, utilizando para transportarlos un carrito del que él mismo tiraba. Al atravesar una calle con su mercancía fue golpeado por un tranvía sufriendo la fractura de tres costillas. Tras el examen de esas fracturas ya consolidadas por un médico, éste le extendió un certificado en el que constaba que dichas lesiones entorpecían el libre funcionamiento del corazón del aguator,

imposibilitándole para realizar trabajos que, como el suyo, requirieran esfuerzo físico.

Estimando que la culpa del accidente era achacable al conductor del tranvía por circular a velocidad excesiva y por no haber hecho sonar a tiempo la campana de aviso, el accidentado interpuso demanda de reclamación de indemnización de daños y perjuicios contra dicho conductor y la Compañía de Tranvías y Ferrocarriles. La cantidad reclamada eran 36.400 pesetas o lo que «...el Juzgado estimara atendiendo las razones alegadas [el no poder continuar con su trabajo por las lesiones] u otras que considera de justicia y de aplicación al caso, en virtud de la facultad discrecional que para regular la cuantía de los perjuicios concede al juzgador el artículo 1.103 del Código civil».

En la contestación a la demanda la Compañía negó que su empleo hubiera actuado negligentemente. Alegó que había sido la víctima la que, con su imprudente conducta, produjo el accidente, ya que el tranvía iba a poca velocidad y su conductor, al ver al aguador, tocó repetidamente la campana de aviso. En cuanto a la lesión del demandante que le impedía trabajar, la empresa aportaba el informe pericial de tres médicos que aseguraban no ser indudable que dicha lesión se hubiese producido a consecuencia del accidente. Era posible que se debiera a otras causas, probablemente a una malformación congénita.

En 1.^a Instancia se absolvió al conductor y se condenó a la Compañía a pagar a la víctima 302,50 pesetas. Apelada la sentencia por el lesionado la Audiencia la confirmó. Se interpuso recurso de casación por el aguador por un único motivo: «La infracción del artículo 1.103 del Código civil, en cuanto que su verdadero alcance ha sido desconocido en la resolución recurrida, pues, no habiendo la menor base para suponer ocasionada la lesión por causa distinta del atropello, forzoso es derivar de éste la incapacidad para el trabajo que sufre el recurrente, porque si algún médico contestó que puede ser anterior, esa afirmación era consecuencia de una pregunta que necesitaba, para ser apreciada, el apoyo de alguna prueba, y la mejor prueba de que la incapacidad es consecuencia de la lesión es que ha surgido cuando ésta ha tenido lugar».

El Tribunal Supremo desestimó el recurso: «Considerando que no es de apreciar la infracción del artículo 1.103 del Código civil, que sirve de base al único motivo del recurso, porque *aparte de no guardar relación el contenido de dicho artículo con el error que se atribuye a la Sala sentenciadora por el recurrente, el repetido artículo sólo es aplicable a las responsabilidades que nacen del incumplimiento de obligaciones contractuales, pero no a las reguladas en el capítulo 2.º del título 16.º del libro 4.º del Código civil, que es el caso de autos.*— Considerando que, aún estimando errónea la cita del artículo indicado, tampoco procedería dar lugar al recurso, atendiendo tan sólo a

la infracción que se imputa a la Sala, por tratarse en realidad de un supuesto error en la apreciación de la prueba que no ha sido combatido en forma procesal, tratándose, en definitiva, de que prevaleciera el criterio personal del recurrente sobre el del Tribunal sentenciador».

Del resumen expuesto de la sentencia se puede concluir que aunque efectivamente afirma que el artículo 1.103 no es aplicable a las obligaciones extracontractuales, esa afirmación no es fundamento del fallo, porque el contenido del artículo 1.103 no guarda relación con el error atribuido a la Sala sentenciadora, que era error en la apreciación de la prueba. No se ha producido moderación alguna, sino que, al cuantificar los daños producidos realmente, la indemnización concedida nada tiene que ver con la que se pedía.

Sentencia de 18 de marzo de 1932.—Una sociedad anónima disfrutaba de una concesión administrativa para el aprovechamiento de un río. Por ello, construyó un canal para la flotación de maderas. El canal tuvo una avería y cierta empresa ribereña sufrió perjuicios. La empresa interpuso demanda en reclamación de cantidad por los daños contra la sociedad anónima por entender que ésta había sido negligente. En primera instancia y en la Audiencia se desestimó la demanda. Interpuesto por la actora recurso de casación, el Tribunal Supremo estimó no haber lugar al mismo.

En el tercer considerando de la sentencia se menciona que los recurrentes alegaban la inobservancia de los artículos 1.101, 1.103, 1.104 y 1.106 del Código civil. Ante esta alegación, el Tribunal Supremo dice que «es de notar que si por ejercitarse en la demanda la acción derivada de culpa o negligencia extracontractual no eran de aplicación al caso actual las disposiciones contenidas en los artículos que se refieren a la concurrencia de aquellas modalidades en las obligaciones dimanantes de los contratos, la inobservancia de los mismos en la sentencia recurrida no puede constituir la infracción por el Tribunal *a quo* de lo en ella dispuesto, ni debe prosperar en consecuencia el motivo tercero del recurso».

Este criterio no constituye, en realidad, la *ratio decidendi* de la sentencia. En ambas instancias se estimó que no había existido culpa por parte de la sociedad anónima en los perjuicios sufridos por la empresa. Con lo cual no existía responsabilidad alguna, ni contractual ni extracontractual.

Sentencia de 13 de marzo de 1976.—A consecuencia de unas excavaciones en un solar, realizadas por encargo de la sociedad propietaria del mismo, se descarnó el muro de la casa colindante, obligando a los inquilinos que la habitaban a desalojarla. Interpusieron demanda contra la empresa dueña del solar y contra sus arrendadores, reclamando los daños sufridos. Además del desalojo de sus viviendas, al declararse la casa en ruina, habían quedado resueltos sus contratos de arrendamiento. En 1.^a Instancia se condenó a los demandados

a pagar solidariamente a los inquilinos un total de 5.370.000 pesetas. Apelada la sentencia, la Audiencia la revocó reduciendo la indemnización a 2.700.000 pesetas. Se interpuso recurso de casación por ambas partes. El Tribunal Supremo desestimó el interpuesto por los actores, estimando, en cambio, el de los arrendadores y propietarios de la casa declarada en ruina, condenando a la empresa propietaria del solar donde se excavó a pagar, ella sola, a los inquilinos perjudicados la cantidad de 2.700.000 pesetas.

En el 5.º considerando, frente a una hipotética violación del artículo 1.101, en relación con el 1.103 y 1.104 del Código civil y doctrina de las sentencias que en el recurso se citan, el Tribunal Supremo señala que dicho motivo debe decaer, en cuanto a los arrendadores de la casa arruinada, «porque la sentencia ha examinado y excluido la existencia de culpa contractual [evidentemente, poca culpa podían tener esos arrendadores dueños de la casa en ruina, ya que esa situación se produjo exclusivamente por culpa de la empresa propietaria del solar contiguo, al mandar excavarlo sin tomar las precauciones necesarias] y, por tanto, no son de aplicación los artículos 1.101, 1.103 y 1.104 del Código civil, «pues —como sigue diciendo la sentencia— no son sino los reguladores de las responsabilidades nacidas del incumplimiento de los contratos...».

Sean o no aplicables los artículos 1.101, 1.103 y 1.104 del Código civil a las obligaciones extracontractuales, lo que desde luego es seguro es que no se aplicaban en el caso de la sentencia, con respecto a los arrendadores, pura y simplemente por que, aún tratándose de obligaciones contractuales con los inquilinos, no existió culpa alguna por su parte en los daños sufridos.

Tampoco cabía aplicar el artículo 1.103 a los dueños del solar, responsables de la excavación de éste y de los daños causados con ella a los actores inquilinos, ya que no existía ninguna circunstancia que aconsejara la necesidad de moderar la cuantía de la indemnización.

Sentencia de 24 de septiembre de 1983.—Doña Juana arrienda un local a don Antonio. Pasado cierto tiempo desde que éste lo ocupa como arrendatario, se origina un incendio que causa en el local daños de importancia. Doña Juana interpone demanda reclamando cantidad por los daños causados por el incendio. En 1.ª Instancia se absuelve al demandado. La Audiencia revoca la sentencia condenando a don Antonio a abonar a la actora medio millón de pesetas. Interpuesto recurso de casación, se declaró no haber lugar al mismo. En el penúltimo considerando se desestima el motivo 3.º del recurso basado en violación por implicación del artículo 1.103 del Código civil. El Tribunal Supremo rechaza dicho motivo, «ya que la *facultad de moderación de la responsabilidad por negligencia contractual que en el mismo se contempla*, tiene, según aclara una reiterada doctrina de esta Sala, un carácter eminentemente discrecional, como se deriva del término «podrá», que utiliza el artículo..., y aunque esa discrecionalidad

dad debe ponerse en relación con las circunstancias del caso, es facultad soberana de la Sala de Intancia, cuyo criterio en este punto no es revisable en casación».

El arrendatario recurrente pretendía que se moderara su responsabilidad en la indemnización de los daños producidos por el incendio en el local arrendado, alegando que en los mismos había existido culpa por parte de la arrendadora. Esa moderación solicitada no se llega a producir, porque ni el Juzgado, ni la Audiencia, ni el Tribunal Supremo encontraron indicio racional alguno de que pudiera existir ningún tipo de culpa por parte de la citada señora. La afirmación de la sentencia, de que el artículo 1.103 se aplica a la moderación de la responsabilidad solamente por negligencia contractual, no es, por tanto, fundamento del fallo.

Del análisis de las cinco sentencias expuestas, resulta que en realidad ninguna de ellas mantiene que el artículo 1.103 del Código civil no sea aplicable a la responsabilidad extracontractual.

2. Sentencias que afirman explícitamente que el artículo 1.103 es aplicable también al campo de la responsabilidad extracontractual

El estudio de estas sentencias muestra, por el contrario, que en ellas la afirmación sobre la extensión del artículo 1.103 al campo extracontractual tiene el carácter de *ratio decidendi*, y/o se afirma de forma clara e indubitada. Me limitaré a exponer la más antigua en el tiempo y algunas de las más recientes.

Sentencia de 14 de diciembre de 1894.—Eulogio falleció al caerse desde el muro de la fachada del frontón Jai-Alai, al ir a colocar allí unos banderines. Su viuda, en nombre propio y en el de sus hijos menores, demandó a los dueños del frontón reclamando los daños y perjuicios sufridos, por mediar culpa o negligencia de estos señores en la falta de seguridad que ofrecía la colocación de los banderines. La cantidad solicitada era 21.425 pesetas. Los demandados contestaron a la demanda pidiendo la absolución ya que —decían— no había existido por su parte culpa o negligencia: no habían ordenado a Eulogio que colocara los banderines, labor que hacía el fallecido de *motu proprio*.

El Juez de 1.^a Instancia condenó a los dueños del frontón al pago de 5.000 pesetas como indemnización por la muerte de Eulogio a su esposa e hijos.

La viuda apeló y también los demandados. La Audiencia confirmó la sentencia apelada. Los demandados interpusieron recurso de casación entre otros motivos por aplicación indebida del artículo 1.103, puesto que en el caso no se trataba de obligaciones contractuales, sino extracontractuales.

El Tribunal Supremo, sobre la base de estimar que la muerte de

Eulogio se debió a la negligencia de los demandados considera que «...la Sala aplica rectamente los artículos 1.093, 1.902 y 1.903, y no infringe los artículos 1.101, 1.103 y 1.104 del Código civil, porque, con arreglo al primero, las obligaciones que se deriven de actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia, no penadas por la ley, están sometidas a las disposiciones de dichos artículos 1.902 y 1.903, y según éstos, la indemnización del daño procede siempre que el acto u omisión hayan sido la causa del daño y no se haya empleado toda la diligencia de un buen padre de familia, tanto cuando el acto u omisión son propios como cuando son de personas por las que se debe responder, y *porque las disposiciones de los artículos 1.101, 1.103 y 1.104 son de carácter general y aplicables a todo género de obligaciones y no ofrecen contradicción con las especiales de los artículos 1.902 Y 1.903*».

Sentencia de 25 de marzo de 1980.—Un camión, haciendo caso omiso de la limitación de altura situada a la entrada de un puente, lo atraviesa, golpeando al hacerlo la parte superior de éste y ocasionando su caída. El Abogado del Estado interpone demanda reclamando al dueño del camión y al conductor 4.900.000 pesetas en concepto de daños y perjuicios. El Juez de 1.ª Instancia condenó a los demandados a pagar un 1.000.000 de pesetas por estimar que el puente era muy viejo, no había sido reparado desde su construcción en 1904 y además que la chatarra del desguace se vendió por medio millón de pesetas. Apelada la sentencia la Audiencia la confirmó. El demandante interpuso recurso de casación, que el Tribunal Supremo desestimó. En el primer considerando se señala que para fijar el *quantum indemnizatorio* se ha partido del valor que los peritos dieron al puente, entre 2.500.000 y 2.600.000 pesetas. Restando el valor de la chatarra y atribuyendo, como hace la Sala de Instancia, la culpa a ambas partes por igual, lo que tendrían que pagar los demandados era un millón.

En el recurso se acusa de aplicación indebida del artículo 1.103 del Código civil por tratarse el caso de responsabilidad extracontractual. El motivo se desestima porque el Tribunal Supremo considera que la facultad que el artículo 1.103 concede a los Tribunales no es privativa de las obligaciones contractuales y se extiende también a las extracontractuales.

Sentencia de 13 de octubre de 1981.—Una empresa constructora realiza unas obras para la RENFE, vertiendo negligentemente los residuos de las mismas en un arroyo. Provoca con ello una inundación que causa daños importantes. Según parece, el perjudicado contribuyó con su conducta culposa, al resultado dañoso. El perjudicado interpone demanda en reclamación de cantidad por los daños y perjuicios sufridos contra la empresa constructora y contra la RENFE. El Juez de 1.ª Instancia aprecia parcialmente la demanda condenando a los demandados a que abonen al actor solidariamente la cantidad

de 3.023.700 pesetas. Todos los litigantes apelaron y la Audiencia desestimó el recurso de la empresa constructora y el del actor. Estimó, en cambio, el recurso de la RENFE, a la que absolvió, condenando a la constructora a pagar ella sola la indemnización fijada por el Juzgado. Interpuesto recurso de casación por la constructora, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. En el tercer considerando se señala que el daño sufrido es real y que *el alcance del mismo ha sido «moderado conforme a la facultad que a los Tribunales concede el artículo 1.103, aplicable a la responsabilidad sea o no contractual»*.

Sentencia de 15 de diciembre de 1984.—En un paso a nivel sin barreras ni guarda un tren arrolla a un coche turismo, propiedad de una empresa y conducido por un ingeniero empleado de aquélla. A consecuencia de ese accidente fallece el ingeniero y sufren lesiones el interventor y el jefe del tren.

Se interpusieron distintas demandas por los perjudicados, que el Juzgado desestimó, pues no apreció negligencia en ninguno de los demandados, sino en la Administración, por haber aprobado la construcción de un paso a nivel en zona tan peligrosa.

Apelada la sentencia, la Audiencia condenó a la empresa de ferrocarril al pago de un millón y medio de pesetas a la viuda del ingeniero. Dicha empresa interpuso recurso de casación, que el Tribunal Supremo desestimó. En la sentencia el Tribunal Supremo mantiene una vez más que el artículo 1.103, *«aunque dictado para la responsabilidad contractual, fue extendido por la doctrina jurisprudencial a la que nace de culpa extracontractual...»*.

Sentencia de 22 de febrero de 1985.—En una casa, propiedad del Estado español, se produjo la rotura de unas conducciones de agua, lo que dio lugar a importantes daños en la casa contigua de propiedad particular. Los propietarios de la casa dañada interpusieron demanda, reclamando al Estado 3.295.000 pesetas. El Juzgado estimó la demanda condenando al demandado.

Apelada la sentencia, la Audiencia reduce la indemnización a 2.500.000 pesetas.

Los demandantes interpusieron recurso de casación, que el Tribunal Supremo desestimó.

En el primer considerando de la sentencia se señala por el Tribunal Supremo que la Sala de Instancia ha aplicado correctamente el principio de moderación de libre apreciación de los Tribunales *«sancionado en el artículo 1.103 del Código civil, aplicable a estos supuestos de responsabilidad extracontractual...»*.

Sentencia de 16 de diciembre de 1986.—En un piso arrendado por un matrimonio se hunde la techumbre. A consecuencia del accidente se ve obligado a buscar otro alojamiento y demanda a la propietaria de su vivienda para que tenga por subsistente el contrato de inquilinato, repare lo necesario y los indemnice por los daños y perjuicios

sufridos, ya que en parte éstos se produjeron por su culpa, al no haber realizado a tiempo las reparaciones necesarias.

El Juzgado apreció parcialmente la demanda y condenó a la demandada al pago de 256.644 pesetas. La Audiencia la revocó y resolvió basándose en la inadecuación del procedimiento seguido, pues entendió que debía haberse seguido el procedimiento especial de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y no el extracontractual de reclamación de daños. Se interpone recurso de casación por los demandantes y el Tribunal Supremo declara haber lugar al mismo y confirma el fallo del Juzgado. En el 5.º motivo del recurso se acusaba de violación por inaplicación, entre otros, del artículo 1.103 del Código civil. Basaba el matrimonio recurrente su postura en afirmar que entre la responsabilidad contractual y la extracontractual no existen diferencias esenciales, mientras que su fundamento y finalidad son comunes. El Tribunal Supremo estima el motivo afirmando que «no debe olvidarse que el artículo 1.101, sancionador de la infracción contractual, es aplicable a toda clase de obligaciones, cualquiera que sea su origen, y lo mismo los artículos 1.103 y 1.104 del citado cuerpo legal».

Sentencia de 1 de diciembre de 1987.—El propietario de una nave industrial la arrendó como almacén a una sociedad dedicada a comercializar pinturas. La sociedad arrendataria contrató con una empresa la instalación de unas estanterías metálicas en dicha nave. Los operarios encargados de colocar las estanterías utilizaron para esta labor un equipo eléctrico de soldadura.

En el curso de los trabajos, bien por el chisporroteo de ese tipo de soldadura o por deficiente conexión a la red eléctrica, unido a la gran inflamabilidad de las pinturas almacenadas, se produjo un incendio que destruyó totalmente la nave.

El propietario demandó a la sociedad arrendataria, a la compañía de seguros de ésta (existía una póliza de seguro contra incendios), a la empresa con la que se contrató la instalación de las estanterías y a los operarios encargados de su colocación. En la demanda por los daños y perjuicios sufridos solicitaba el propietario de la nave siniestrada, que se condenase solidariamente a todos los demandados a satisfacerle la cantidad de 5.369.267 pesetas.

En 1.ª Instancia se estimó la demanda. Apelada la sentencia por los demandados, fue confirmada por la Audiencia, exceptuando la responsabilidad de la compañía de seguros, que se limitó a 2.500.000 pesetas (límite de la póliza concertada). La sociedad arrendataria interpuso recurso de casación que no prosperó.

De los Fundamentos de Derecho de la sentencia, aquí tan sólo nos interesa el 5.º En él examina el motivo 4.º del recurso, basado en interpretación errónea de la doctrina legal sobre la solidaridad en la responsabilidad extracontractual. Parece ser, aunque de la sentencia no se desprende con absoluta claridad, que el recurrente pretendía que moderara su responsabilidad, por ser menor su negligencia que

la de los operarios. Ante dicha pretensión, el Tribunal Supremo dice que «si bien es cierto que la jurisprudencia de esta Sala *estima de aplicación a la responsabilidad por culpa extracontractual, la facultad moderadora prevenida en el artículo 1.103 del Código civil*, así como la supremacía de la responsabilidad individualizada sobre la solidaria, en aquellos casos en que sea posible», en el caso de Autos no existen elementos conducentes a diferenciar la concreta responsabilidad de cada uno; por lo que —se concluye— la condena solidaria es la adecuada.

Tras el examen de las sentencias que mencionan específicamente la cuestión no parece dudoso entender que el artículo 1.103 del Código civil es aplicable tanto a las obligaciones contractuales como al campo de las extracontractuales. En cambio, la doctrina no mantiene una tesis unitaria al respecto.

Algunos autores lo admiten (46), mientras otros niegan la posibilidad de que dicho precepto se utilice en el caso de la responsabilidad contractual (47). Por mi parte, estimo que la posibilidad de moderar la responsabilidad debe darse para cualquier tipo de obligaciones (48). A esta conclusión me llevan varias razones:

1.^a El artículo 1.103 del Código civil es un precepto aplicable «a toda clase de obligaciones», de acuerdo con su tenor literal.

2.^a La exigua regulación que existe en nuestro Código civil sobre responsabilidad extracontractual obliga a integrar lagunas a través de la aplicación por analogía de preceptos relativos a las obligaciones en general.

3.^a Aun existiendo incuestionables diferencias entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, también es indudable que tienen grandes semejanzas que posibilitan esa aplicación analógica de las normas de una para la otra.

4.^a Dicha aplicación analógica no conduce en este caso (el del artículo 1.103) a consecuencias absurdas (49).

5.^a Otros preceptos del mismo capítulo se aplican habitualmente tanto en el campo de las obligaciones nacidas de convención, como en el campo de los que nacen de acto ilícito; así los artículos 1.104, 1.106 y 1.107 del Código civil.

Una de las razones de la no admisión de la posibilidad de moderar la responsabilidad extracontractual estriba en la estimación de que se responde de los daños causados justamente por haberlos causado;

(46) ALBALADEJO, aunque dubitativo: *Derecho civil*, T. II, vol. II, Barcelona, 1982, p. 481.

(47) O'CALLAGHAN: *Compendio de Derecho civil*, T. II, Vol I, Madrid, 1987, p. 326. DE ANGEL: *La responsabilidad civil*, Bilbao, 1988, p. 247.

(48) DÍAZ ALABART: *La responsabilidad civil por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a la patria potestad o tutela*, en «ADC», 1988, p. 853.

(49) Muy al contrario, su no aplicación puede producir resultados contrarios a la equidad.

(50) En contra, ALBALADEJO: *Ob. cit.*, *loc. cit.*°

se trata de resarcir, no de sancionar, sin que quepa estimar que hubo mayor o menor grado de negligencia, cosa que, sin embargo, es posible en el caso de las obligaciones nacidas de convención. Pero no parece en absoluto razonable entender de mejor condición a las obligaciones nacidas de acto ilícito que a las que lo son de contrato. Es evidente, que quien con su conducta ilícita causó un daño deba responder de él y de todo él; pero no lo es menos que quien se comprometió por medio de un acuerdo a realizar determinada prestación y luego no lo hizo, causando un daño, también debe abonar esos daños por idénticas razones. Tampoco aquí el abono de esos daños es sanción, sino reparación.

La posibilidad de moderar debe, pues, existir en ambos casos siempre que la conducta que causó los daños sea culposa.

Si el suceso dañoso fue debido en parte a conducta dolosa y en parte a conducta culposa, la moderación se podrá producir en lo que toque a la conducta culposa y no a la dolosa (50).

Aunque, como ya he dicho, el artículo 1.103 del Código civil es aplicable también a las obligaciones extracontractuales (51), es posible constatar que de hecho el Tribunal Supremo siempre lo ha utilizado en supuestos de concurrencia de culpas, donde en realidad no corresponde aplicarlo (52).

Interesa, pues, aclarar en qué supuestos se podría aplicar dicho precepto a este tipo de obligaciones. Ciertamente que se podría dar un criterio general siempre que el pago de todos los daños causados sea inicuo. Pero quizá esta afirmación sea demasiado abstracta y resulte más clarificador mencionar algún supuesto concreto, sin pretender una enumeración exhaustiva:

a) Los daños causados con el acto ilícito, son especialmente importantes, desmesurados en relación con lo que podría preverse con la conducta que se siguió: si de la terraza de una casa se desprende una maceta, rompiendo en su caída un valiosísimo jarrón que en ese momento entraban en el portal de la casa. Evidentemente, hay un daño causado, sin dolo alguno, por negligencia en comprobar periódicamente las sujeciones de las macetas o sin negligencia (puesto que el artículo 1.910 establece una responsabilidad objetiva). Ahora bien, si el valor del jarrón es muy elevado, puede ser oportuno moderar la indemnización debida.

b) Otro supuesto en el que pienso que sería aplicable el artículo 1.103 del Código civil es en el de la responsabilidad extracontractual

(51) Es evidente que el artículo 1.103 del Código civil se pueda aplicar también a la responsabilidad civil por daños causados por un ilícito penal siempre que se trate de delitos culposos. Ya que la responsabilidad civil extracontractual es la misma, sin que importe que el acto dañoso que la originó tenga naturaleza civil o penal, el único obstáculo a su aplicación es la existencia de dolo en su caso, pero de ser culposo no se plantea problema alguno.

(52) El estudio sobre este punto se encuentra en el apartado correspondiente.

tual de los padres o tutores por los actos ilícitos cometidos por menores de edad.

A tenor del artículo 1.903 los padres y tutores responden de los daños causados por sus hijos o pupilos menores de edad. Sin embargo, algunos de éstos, los que podrían incluirse en la categoría de «grandes menores», por estar en edades cercanas a la de la mayoría y por sus capacidades naturales, son imputables. Resulta injusto frecuentemente que cuando estos «grandes menores» cometen un acto ilícito que causa daños, respondan por ellos sus padres o tutores. Mientras el artículo 1.903 del Código civil mantenga su redacción actual, el artículo 1.103 puede servir para alcanzar una mayor equidad en las soluciones judiciales, moderando la indemnización que los padres o tutores deban pagar por los ilícitos dañosos de esos menores.

c) Por fin, creo que igualmente resulta útil el artículo 1.103, aun cuando no sea su específica función, a la hora de valorar daños que carezcan de una base material u objetiva de cálculo, como lo son la salud o la vida o los daños morales.

VII. CONCURRENCIA DE CULPAS

De todas las sentencias en que se aplica el artículo 1.103 del Código civil en el campo extracontractual, la gran mayoría lo hacen en casos de concurrencia de culpas (53), es decir, cuando la propia víctima colaboró con su conducta al resultado dañoso. Entre las más recientes, cabe citar las sentencias de 13 de febrero de 1971, 14 de junio de 1973, 31 de marzo de 1978, 17 de diciembre de 1979, 3 de diciembre de 1979, 29 de mayo de 1980, 25 de marzo de 1980, 3 de abril de 1981, 27 de junio de 1983, 1 de julio de 1983, 15 de diciembre de 1984, 18 de junio de 1985, 17 de diciembre de 1985, 10 de diciembre de 1985, 8 de noviembre de 1985, 20 de febrero de 1987, etc.

Otras sentencias aplican también el artículo 1.103 del Código civil, asimismo, por concurrencia de culpas, pero en el campo del incumplimiento contractual. Tal es el caso de las sentencias de 25 de noviembre de 1959, 19 de junio de 1963 y 24 de febrero de 1976.

Y, por fin, en un caso se aplicó por existir concurrencia de culpa de uno de los contratantes, con causa ajena a ambos: sentencia de 29 de diciembre de 1978.

1. Concurrencia de culpas en la responsabilidad extracontractual

Por lo que toca al primer grupo de sentencias, el esquema de todas ellas es tan similar que huelga resumirlas una por una, así, pues,

(53) Aun consciente de que la expresión no es correcta la utilizo por ser la más empleada comúnmente.

lo haré sólo con la de 14 de junio de 1973, que podríamos emplear como modelo de este tipo de sentencias. Los hechos se produjeron así:

Don Francisco había consumido abundantes bebidas alcohólicas. En este estado propuso a su amigo D. X., que también las había consumido, que puesto que tenían que realizar varios encargos en dos localidades distintas de aquella donde se encontraban, lo hicieran juntos en el coche de don Francisco, pero conduciendo D. X. Emprendido el viaje en las circunstancias relatadas, D. X., que conducía, se distrajo, perdió el dominio del coche, saliendo éste de la carretera, y resultando el conductor despedido y falleciendo a consecuencia de las heridas sufridas. La viuda de D. X. demanda a don Francisco y a su compañía de seguros para que le paguen los daños y perjuicios por la muerte de su esposo, valorados en 600.000 pesetas. El Juez de 1.^a Instancia estimó la demanda. Apelada la sentencia la Audiencia la revocó estimando parcialmente la demanda y condenó al demandado a pagar a la actora la cantidad de 150.000 pesetas. El demandado interpuso recurso de casación por infracción de ley. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

En el segundo considerando de la sentencia se declara probado que existió imprudencia por parte de los dos ocupantes del coche y no sólo de la víctima del accidente. Puesto que ambos habían bebido abundantemente, habían pasado la noche en vela y el señor X, conducía porque así se lo había pedido don F.

En el último considerando, después de decir que la culpa de la víctima no absorbió en su totalidad la de don Francisco sigue diciendo el Tribunal Supremo, «siendo, por el contrario, más ajustado al caso, el principio de la moderación o de la disminución de la cuantía de la indemnización, conforme al cual, cuando a la realización del daño han contribuido causalmente la acción u omisión culposa del agente y la llamada culpa del perjudicado, ambas deben ser valoradas jurídicamente al efecto de determinar el *quantum* citado, reduciéndolo, en uso de la facultad conferida por el artículo 1.103 del Código civil, en proporción al grado de participación que en la producción del resultado haya tenido la conducta de la víctima, y habiéndose atendido a este principio la sentencia recurrida procede desestimar el motivo».

La repetida aplicación del artículo 1.103 del Código civil a supuestos como el que acabo de resumir ha merecido la atención de la doctrina principalmente en dos puntos, el de si el artículo 1.103 es o no aplicable a las obligaciones extracontractuales, y, de serlo, si es o no correcta la aplicación que en el sentido antes visto viene realizando nuestro Tribunal Supremo. De esos dos puntos me ocuparé aquí tan sólo del segundo, puesto que el primero ya lo estudié en el apartado 4.º, y a lo allí dicho me remito.

Algún autor como Lacruz y Soto Nieto se muestran partidarios de esa utilización. Según el primero, «se deduce del artículo 1.103

del Código civil que la presencia de culpa no exclusiva de la víctima es una de las posibles causas de moderación de la responsabilidad» (54). Soto Nieto señala que, «hay un criterio general de los autores respecto a un margen de libertad, propio del arbitrio judicial para repartir equitativamente el daño cuando concurren la culpa del agente y la del perjudicado (55); la facultad concedida por el artículo 1.103 del Código civil para *moderar*, según los casos, la responsabilidad procedente de culpas, no puede entenderse ceñida exclusivamente a las obligaciones contractuales» (56).

Otros, como De Angel (57) y O'Callaghan (58), critican el empleo del artículo en cuestión, pero lo hacen por entender que éste no es de aplicación a las obligaciones extracontractuales.

Diez Picazo y Gullón se limitan a constatar que «jurisprudencia y doctrina entienden que la obligación de reparar del agente debe verse disminuida en su intensidad o cuantía al concurrir la culpa del propio perjudicado en base al artículo 1.103 del Código civil, que faculta a los Tribunales para moderar la responsabilidad procedente de culpa». Continúan estos autores diciendo que a la misma conclusión se podría llegar por el camino de la causalidad (59).

Albaladejo estima que dicha aplicación es incorrecta, porque «la moderación [en el caso de concurrencia de culpas] supondría que el culpable es sólo uno, pero que su deber de indemnizar es atenuable. Lo que no cuadra al caso en estudio, en el que hay culpa de los dos; luego el que al otro se le aminore la cuantía de la reparación, no se debe a que se le libre de indemnizar parte del daño que él causó, sino a que no pueda exigírsele que repare todo el daño que sólo en parte procede de su culpa» (60).

Esta última postura es la que comparto (61). En todas las sentencias que antes he mencionado sobre la cita del referido precepto, puesto que en ninguno de los casos se moderó responsabilidad alguna, ni para el fallo se precisaba utilizar ese artículo.

(54) *Elementos de Derecho civil*, T. II, vol. I, Barcelona, 1977, p. 227.

(55) En apoyo de que existe ese criterio general de la doctrina, Soto Nieto cita una serie de autores que reproduzco: PÉREZ y ALGUER en sus anotaciones a Enneccerus: *Derecho de obligaciones*, 2.ª ed., Barcelona, 1954, T. II, vol. I, p. 84. BORJA SORIANO: *Teoría general de las obligaciones*, México, 1959, T. I, p. 286. DE BUEN en sus notas a Colín y Capitant: *Curso elemental de Derecho civil*, T. III, Madrid, 1951, p. 899. PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, Barcelona, 1956, T. II, vol. II, p. 686. Es obvio que lo que podía ser así en 1968 (fecha del trabajo de Soto Nieto) en la actualidad no es igual.

(56) *La llamada compensación de culpas*, en «RDP», 1968, p. 417.

(57) *La responsabilidad civil*, Bilbao, 1988, p. 281.

(58) *Compendio de Derecho civil*, T. II, vol. I, Madrid, 1987, p. 326.

(59) Efectivamente, se trata de causalidad, no de moderación, por eso sobra la mención al artículo 1.103 del Código civil; *Sistema de Derecho civil*, vol. II, 4.ª ed., Madrid, 1985, p. 629.

(60) *Derecho civil*, T. II, vol. II, Barcelona, 1982, p. 481.

(61) Ya mantuve este criterio en *La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a la patria potestad o tutela*, en «ADC», julio-septiembre, 1987, p. 853.

En los casos de la responsabilidad extracontractual bastaría con la aplicación del artículo 1.902 del Código civil para alcanzar el resultado perseguido. Cuando se produce un acto dañoso provocado por la conducta culposa de una persona, está claro que a tenor de dicho precepto éste resulta obligado a reparar el daño causado. Pues bien, si el acto dañoso fue provocado por varias conductas, cuya suma causó el daño, resulta evidente que cada uno de los participantes de acuerdo con el artículo 1.902 del Código civil tendrá que reparar la parte de daño que causó. Lo mismo ocurrirá cuando uno de los que contribuyó a que se produjera el daño fue la propia víctima. En ese caso resulta también indudable que cada uno de los que dieron lugar al daño responderá por su parte. Luego de la indemnización que deba recibir la víctima habrá que descontar la parte correspondiente a su culpa en la producción del daño que ella misma sufrió. Para llegar a esta conclusión no es preciso más que utilizar el artículo 1.902 del Código civil: si se responde por el daño causado, y el daño se causó por más de uno, entre esos varios causantes se repartirá la responsabilidad. En este sentido se manifiestan los autores españoles, y así lo entiende nuestra jurisprudencia; sólo que, en lugar de fundamentar esa conclusión donde está su raíz, es decir, en la regla del artículo 1.902, lo hace incorrectamente en el artículo 1.103, llamando moderación a lo que desde luego no lo es. No se trata de moderar las consecuencias de una conducta culposa, función del artículo 1.103 del Código civil. Lo que se hace es simplemente distribuir las consecuencias indemnizatorias del daño entre las conductas que lo causaron.

2. Concurrencia de culpas en la responsabilidad contractual

Resumiré únicamente una sentencia de las antes citadas, que puede servir de patrón. En este caso será la de 19 de junio de 1963 (62). Los hechos fueron como sigue:

Demandante y demandado celebran un contrato de arrendamiento rústico de una finca situada en Gran Canaria. Al finalizar el plazo fijado en el contrato, la finca presentaba serios desperfectos y el arrendador interpone demanda en la que pide los daños y perjuicios causados por su arrendatario, detrayendo de los mismos los deméritos causados por una plaga de mosca blanca. El demandado arrendatario opuso que por su parte había cultivado correctamente la finca, y que las causas de los perjuicios estribaban en que el arrendador no había proporcionado agua suficiente a lo que se comprometió en el contrato y a la sequía consiguiente. El Juez de 1.^a Instancia estimó la de-

(62) La razón de utilizar como patrón esta sentencia y no otra estriba en que en ella se contempla un caso, que podríamos llamar, tipo.

manda valorando los daños en 157.000 pesetas (la parte actora había pedido 196.000). La Audiencia confirma la sentencia. Se interpone por el demandado recurso de revisión. El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso y revisa la sentencia en el punto relativo a los daños y perjuicios que fija en 110.000 pesetas a cuyo pago condena el demandado.

En los considerandos o Fundamentos de Derecho se establece que existió conducta negligente por parte de los dos contratantes, el arrendador porque efectivamente no aportó al agua a que se había obligado y por parte del arrendamiento, porque actuó con incuria por falta de riego suficiente, mala calidad del agua utilizada, falta de abonos, podas inadecuadas, etc.

En el último considerando se dice: «Que apareciendo claramente la concurrencia de culpas, resta el decidir la forma en que han de ser compensadas y confrontadas, se percibe claramente la mayor gravedad de lo cometido por el arrendatario que revela una negligencia doblemente censurable porque hace caso omiso de las obligaciones que asumió, y del mandato del legislador [se refiere con esto al párrafo 2.º del artículo 13 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos] y teniendo presente que los daños causados en la finca se elevan a la cantidad de 157.351 pesetas, según correcta evaluación de la Sala sentenciadora, la lógica y equitativa compensación de las culpas respectivas y la facultad que concede a los Tribunales el artículo 1.103 del Código civil procede estimar como consigna la indemnización de 110.000 pesetas a cuyo pago debe ser condenado el demandado».

Aquí sucede exactamente igual que en el caso de las obligaciones nacidas de actos ilícitos. Ni se está moderando nada, ni hace falta el empleo del artículo 1.103 del Código civil. Sólo que en este caso el artículo del Código a utilizar no es evidentemente el 1.902, sino el que se ocupa de la culpa contractual, el artículo 1.101 del Código civil.

Si solamente incumplió sus obligaciones uno de los contratantes, está claro que los daños y perjuicios causados al otro correrán de su cuenta. Pero si ambos contratantes incumplieron sus obligaciones, los daños y perjuicios producidos serán de cuenta de ambos en la proporción que se determine de acuerdo con lo que hayan incumplido. La utilización en este supuesto del artículo 1.103 del Código civil es tan inútil como en el caso anterior de la responsabilidad contractual. Aunque en los supuestos de concurrencia de culpas contractual se hable de moderación, la realidad es que no está moderando nada, sino más bien determinando qué parte de los daños y perjuicios corresponde asumir a cada uno de los contratantes de acuerdo con su culpa.

Tampoco es aceptable que se utilice el artículo 1.103 para «moderar» en los casos tanto contractuales como extracontractuales de concurrencia de causas (o concurrencia de culpa y causa).

La razón de que el Tribunal tenga que disminuir el monto de la indemnización a satisfacer por el causante sobre el de los daños y perjuicios causados no estriba en que se modere la indemnización a que obliga una conducta negligente, sino en que dicha parte no fue causada por la conducta negligente de la persona a quien se pide la indemnización, sino por otra causa.

Es posible que la razón de que el Tribunal Supremo siga utilizando el artículo 1.103 del Código civil en los casos de concurrencia de culpas, y que hable en los mismos de una inexistente moderación, resida más que en la simple inercia, tan difícil en general de corregir, en que resulta un cómodo expediente para fundamentar en él, sin más razonamientos, los porcentajes atribuidos a cada uno de los co-causantes del daño, especialmente en aquellos casos en los que se producen lesiones físicas de importancia o incluso pérdida de la vida.

c) En el caso de que, junto a la culpa de uno de los contratantes, concurran en la producción del daño otras causas externas al contrato.

La sentencia de 29 de diciembre de 1978 contempla un caso de este tipo. Don Enrique compró a través de una cooperativa agrícola 15.000 kilogramos de abono complejo elaborado por una empresa de productos químicos. Dicho abono lo utilizó en tres parcelas de una finca de su propiedad, pero su composición no correspondía a la fórmula que lo individualizaba en el mercado, siendo más baja su calidad. La cosecha de cereales y patatas obtenidas en las parcelas de don Enrique fue inferior a la que hubiera correspondido de haber sido la debida la calidad del abono.

Don Enrique demandó a la empresa química, reclamando el abono de los daños y perjuicios sufridos. En 1.ª Instancia se estimó parcialmente la demanda, condenando a la empresa a abonar al demandante en concepto de daños y perjuicios la cantidad de 458.705 pesetas y al pago de las costas. Apelada la sentencia por la empresa, la Audiencia la revocó en parte, condenando a la empresa química a pagar a don Enrique la cantidad de 200.000 pesetas, por estimar que en la menor producción agrícola de las parcelas abonadas con el producto objeto de litigio pudieron influir otros factores desfavorables, como meteorología, calidad de las semillas utilizadas, etc. Don Enrique interpuso recurso de casación por infracción de ley. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso interpuesto.

En el recurso de casación se alegaba, en lo que aquí interesa, violación del artículo 1.103 del Código civil; argumento que desestima el Tribunal Supremo, «...toda vez que el artículo 1.103 del Código civil que en este motivo se denuncia, en cuanto posibilita la moderación de la cuantía indemnizatoria que correspondería al responsable de la misma, de una rigurosa apreciación de la prueba practicada sin la ponderación de otros factores que pudieran influir en aquella determinación en el caso supuesto de autos: relación producción obte-

nida y podido obtener fue aplicada por el Juzgador de Instancia, siendo determinante de la reducción de la cuantía indemnizatoria que por dicha relación es objeto de pretensión por la parte actora (63).

Sigue diciendo el Tribunal Supremo en el número 3 de su primer considerando que en orden a la cuestión de los daños y perjuicios y señalamiento de la correspondiente indemnización, es facultad que se atribuye a los Tribunales incluso sin sujeción a pruebas de tipo objetivo y en atención a las circunstancias del caso, y aunque en el de autos la parte demandante ha suministrado varios datos y elementos de prueba para deducir la cifra indemnizatoria, es también de tener en cuenta que, en la disminución del rendimiento del cultivo, aparte de la influencia de los fertilizantes, pudo también estar determinada por la de otros factores desfavorables, meteorológicos, semillas, etc.; lo que ha movido a la Sala a ejercitar la facultad que le concede el artículo 1.103, moderando la responsabilidad que estima procedente de la negligencia de la entidad apelante, cuantía que finalmente reduce a 200.000 pesetas.

Por más que aquí se hable de que se ha moderado la responsabilidad que se estima procedente de la negligencia de la empresa que fabricó el abono, la verdad es que lo que ha hecho el Tribunal Supremo es apreciar que presumiblemente existieron otros factores que contribuyeron a que la cosecha fuera menor, y que estos factores no eran responsabilidad de la empresa demandada. Por tanto, no se modera la responsabilidad de dicha empresa, sino que se trata de que no responda por causas que no le son imputables. Quizá se ha utilizado el artículo 1.103 en vez del 1.101 (se responde de los daños y perjuicios que se causaron, no de los que sucedieron por caso fortuito o por culpa de otra persona) porque así se podía salvar la dificultad de la prueba de los daños causados.

VIII. CUANTIFICACION Y MODERACION

En varias sentencias el Tribunal Supremo habla de moderación y del artículo 1.103 del Código civil, pero de verdad no se trata de moderación, sino de cuantificación, para lo que desde luego no es preciso utilizar ese precepto. Veamos algunas de esas sentencias:

Sentencia de 14 de diciembre de 1894 (64).—Se trataba de un guarda de un frontón que fallece al caer desde el muro de la fachada del edificio, al ir a colocar unos gallardetes. Su viuda demanda a los propietarios del frontón pidiendo en concepto de daños y perjuicios

(63) La redacción, algo confusa, es la literal de la sentencia.

(64) Los antecedentes de esta sentencia se pueden ver en detalle en el apartado VI de este mismo trabajo.

la cantidad de 21.425 pesetas. En 1.^a Instancia se condenó a los demandados a abonar a la viuda 5.000 pesetas. Apelada por ésta la sentencia, la Audiencia la confirmó. Interpuesto recurso de casación por los demandados, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo.

En el recurso se acusa de violación de los artículos 1.101, 1.103 y 1.104 del Código civil por aplicación indebida por proceder la responsabilidad del caso, de culpa extracontractual. Por tanto —se alegaba—, no le era posible al Tribunal de Instancia «guardar la culpa y fijar la indemnización de acuerdo con ellos [los artículos citados]». El motivo decae y las razones que se dan para ello es que los artículos 1.101 y siguientes no se han infringido, porque son disposiciones de carácter general.

Aunque en los considerandos no se habla de ello, parece que en la sentencia no se moderó en absoluto, sino que se cuantificó por una cifra diferente a la que había pedido la demandante.

Sentencia de 24 de diciembre de 1941 (65).—En el 5.º considerando se estudia uno de los motivos del recurso referido exclusivamente a la cuantía de la indemnización que la sentencia recurrida ordena pagar a los condenados. El motivo decae porque —dice el Tribunal Supremo— «declarada la existencia y realidad de la culpa y la del daño derivado de ella, la valoración de éste es función privativa del Tribunal de Instancia, al que corresponde fijarla sin que su apreciación, que, además de ser de puro hecho, es ejercicio de facultad discrecional no sujeta a reglas sustantivas, sea impugnabile en casación, según tiene declarada la jurisprudencia de esta Sala al interpretar el artículo 1.902 concordándole con el 1.103 y con el 1.106 del Código civil, cuando se trata de daños cuya valoración, como lo es la de la pérdida de la vida o de la integridad del funcionamiento corporal, no puede descansar, por lo menos de manera exclusiva, en pruebas objetivas; doctrina que no permite que se entienda que el Tribunal *a quo* ha infringido los preceptos legales y jurisprudencia que en el motivo se citan».

También aquí nos encontramos con que el Tribunal Supremo confunde la función de moderación del artículo 1.103 del Código civil con la de la valoración de los daños sufridos.

Sentencia de 10 de noviembre de 1978.—Los hermanos P. R. demandan a los hermanos A. C. sobre reclamación de pensión alimenticia.

Don Diego P. era dueño de la finca «La Alcaparra» y de sus instalaciones. En dicha finca vivían y trabajaban en la industria «Aceites Campanario», inscrita en el Registro Mercantil a nombre del cita-

(65) Los antecedentes de la sentencia se pueden ver en el apartado X, 2 de este mismo trabajo.

do don Diego, los hermanos A. C. A la muerte de don Diego le suceden sus hijos, hermanos P. R., que demandan a los hermanos A. C., para que se reconozca que no tienen obligación de pasar a éstos pensión alimenticia alguna, que entre ambas partes no existe actualmente ninguna relación de servicio, mandato o de cualquiera otra naturaleza que obligue a los primeros a respetar a los segundos en la ocupación gratuita de las viviendas sitas en la finca «La Alcaparra», que actualmente habitan, y que, por tanto, deben desalojarla.

Los demandados, hermanos A. C., reconviene pidiendo que se reconozca la existencia de una sociedad irregular para la explotación de las industrias «Campanario» entre el fallecido don Diego, como socio capitalista, y ellos, como socios industriales, y que, al ocupar los herederos de don Diego el lugar de éste y no continuar la sociedad, se les abonen los daños y perjuicios que se les han seguido.

El Juez de 1.^a Instancia estima la demanda principal, declarando, por tanto, que ningún derecho tenían los hermanos A. C. a recibir pensión alimenticia alguna de los P. R., y tampoco a las viviendas, por lo que se les ordenaba desalojarlas. A su vez estimó íntegramente la demanda reconventional, condenando a los actores a aportar a la sociedad formalmente constituida, «Industrias Campanario», la finca rústica «La Alcaparra», con todas sus edificaciones en el estado en que se encontraba cuando se constituyó la sociedad anónima. Apelada la sentencia, la Audiencia confirmó lo referente a las demandas principales y revocó el resto de lo resuelto en relación con la reconvencción, y en su lugar condena a los actores principales a que abonen a los reconvinientes la suma de 14.000.000 de pesetas.

La representación de los demandados interpuso recurso de casación por infracción de ley. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso y dictó segunda sentencia modificando la del Juzgado en lo referente al *quantum indemnizatorio*, decidiendo que, para hallarlo, hay que valorar en su totalidad la industria «Campanario», deducir de ese valor global el de los bienes inicial y posteriormente desembolsados por el socio capitalista don Diego, al que ahora sustituyen los actores, y distribuir la diferencia por partes iguales, mitad para los hermanos P. R. y mitad para los A. C.

Hubo dos recursos de casación, ambos de los hermanos A. C.; el primero de los cuales, entre otros motivos, por violación del artículo 1.103.

Como cuestión previa, el Tribunal Supremo establece que los demandados estaban en la industria por algo más que por relaciones de dependencia, que eran tenidos por hijos del causante, y existió entre ellos una especie de sociedad irregular. Se les trajo del lugar donde cursaban sus estudios a la finca y con su trabajo enriquecieron la industria, viéndose ahora privados de los beneficios que por su situación les correspondían.

Por todas esas razones —entiende el Tribunal Supremo—, el *quan-*

tum indemnizatorio no debe ser el acogido por la Sala de Instancia, sino el resultante de la índole de la relación social a que se hallaban vinculados, en ortodoxa aplicación de los artículos 1.689 y 1.708 del Código civil, que prevén que, a falta de pacto (como ocurre aquí), la parte de cada socio en pérdidas y ganancias debe ser proporcionada a lo aportado; de modo que el socio de industria (lo son los demandantes) tendrá una parte igual a la del que menos haya aportado. Las ganancias nunca llegaron a distribuirse, sino que se acumularon al capital. De ahí que lo justo sea repartir un 50 por 100 a cada uno de los grupos de hermanos.

Lo que más interesa es el considerando 7.º, que dice lo siguiente: «Tampoco empee a la solución acogida del examinado motivo 1.º del recurso de casación ejercitado por don Diego Luis A. C. la reiterada doctrina jurisprudencial sancionadora de que la apreciación del *quantum* indemnizatorio es de la libre apreciación de la Sala sentenciadora de instancia, puesto que ello a lo que estricta y rigurosamente afecta es a la cuantía del daño o perjuicio indemnizable, *pero no en lo que se contraiga al aspecto de las bases a tener en cuenta para fijarlo*, ya que éstas son los antecedentes precisos para efectuarlo y precisan ser inexcusables para concretar tal *quantum*, en el que desparece la facultad discrecional del Juzgador cuando, como en el supuesto contemplado sucede, existen reglas legalmente predeterminadas para llegar a su determinación exacta y adecuada».

En este caso el Tribunal Supremo parece distinguir entre la cuantificación del daño indemnizable y la fijación de la indemnización, aunque semejante distinción no resulta clara.

Sentencia de 9 de julio de 1979 (66).—En el primer considerando se dice que la fijación de su cuantía [la de los daños y perjuicios] es cuestión de hecho atribuida a la facultad discrecional del juzgador de instancia que sólo puede impugnarse por la vía del número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En el segundo considerando después de decir que en el caso de la sentencia no existió —como pretendía la parte recurrente— concurrencia de culpas, sigue diciendo textualmente que «...siendo cuestión distinta [de la de la inexistencia de culpas concurrentes] la de la moderación de los conceptos indemnizatorios en relación a las circunstancias concurrentes, pero esto constituye una facultad discrecional del Juzgador, conforme preceptúa el artículo 1.103 del Código civil, por lo que hacer o no hacer uso de ella no puede ser motivo de casación».

Igual que en las anteriores sentencias recogidas hay una confusión de la cuantificación del daño con la moderación de la indemnización.

Sentencia de 17 de noviembre de 1980.—El 2 de abril de 1974 don Juan conducía un turismo de su propiedad. Al tomar una curva,

(66) Para los antecedentes de la sentencia ver el apartado X, 2 de este trabajo.

en una maniobra imprudente, invadió el carril del sentido contrario colisionando frontalmente con otro vehículo, que circulaba correctamente, conducido por su propietario don Blas. A consecuencia de dicha colisión falleció don Blas. Su viuda interpuso demanda, reclamando que se le indemnizasen los daños y perjuicios sufridos por la muerte de su marido. En 1.ª Instancia el Juez estimó parcialmente la demanda, condenando al demandado a pagar a la actora 9.000.000 de pesetas, desestimando, en cambio, las pretensiones de ésta respecto a la compañía aseguradora del vehículo causante del daño. La actora apeló la sentencia. La Audiencia estimó parcialmente el recurso confirmando la condena de 9.000.000 de pesetas al demandado y condenó a la compañía de seguros solidariamente con el demandado. Interpuso recurso de casación por la representación de la compañía de seguros, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo.

En el 2.º considerando se rechaza el 4.º motivo del recurso, que denunciaba la interpretación errónea del artículo 1.103 del Código civil, «toda vez que se trata de la cuantía de la indemnización, facultad discrecional de los Tribunales de instancia, no pudiendo ser, por tanto, motivo de casación».

De nuevo hay confusión entre cuantificación de la indemnización, difícil por tratarse de un caso de muerte, con la moderación del artículo 1.103 del Código civil.

Sentencia de 20 de diciembre de 1980.—«Agromán, S. A.» causa daños a otras edificaciones contiguas (al construir unos edificios). La comunidad de propietarios de los edificios perjudicados interpone una demanda contra la constructora reclamando la indemnización de los daños y perjuicios producidos.

En 1.ª Instancia se estimó la demanda condenando a «Agromán, S. A.», a que abonase las cantidades de 251.000 y 18.435.000 pesetas y a abonar los gastos de la demolición y posterior reconstrucción de uno de los edificios. Apelada la sentencia, la Audiencia revoca en parte la sentencia de 1.ª instancia condenando a la empresa «Agromán» a que pague 18.435.000, 251.000 y además 900.000 pesetas a la comunidad de propietarios. Los actores interponen recurso de casación. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

En el primer considerando se analiza el motivo 2.º del recurso, infracción por aplicación indebida del artículo 1.103 del Código civil por entender que, al tratarse de un caso de responsabilidad civil derivada de culpa extracontractual, no es aplicable dicho precepto legal. El Tribunal Supremo rechaza el motivo. Entiende que la invocación que la Sala de instancia hace del artículo 1.103 es a mayor abundamiento, y, por tanto, no es determinante del fallo, *no dándose el recurso de casación contra los considerandos si no tienen su reflejo en la parte dispositiva de la sentencia*. Entiende también que «es facultad privativa de los Tribunales de instancia la de moderar a su

prudente arbitrio la responsabilidad del agente, reduciendo, en la proporción que estimen, la cuantía de la indemnización». En el caso de la sentencia —añade— valorando todas las pruebas y teniendo en cuenta además todas las circunstancias y factores concurrentes en los edificios dañados por la actuación culposa de la empresa constructora, que llevaba a efecto la erección de un edificio contiguo, el valor de tales inmuebles, en mal estado de conservación dada su antigüedad, las abundantes grietas existentes con anterioridad a los daños, cuya cuantía es objeto de la reclamación deducida en la demanda rectora del proceso, llega a la conclusión de ser la suma de 900.000 pesetas la adecuada a la finalidad de reponer las condiciones de habitabilidad de los edificios dañados». Continúa el Tribunal Supremo diciendo que con ese abono se cumple la obligación establecida en el artículo 1.902 del Código civil de reparar los daños causados, bien restituyendo la cosa dañada a su anterior estado, bien, como en este caso, indemnizando. Finaliza el Tribunal Supremo diciendo que «el Juzgador de instancia usando del arbitrio y discrecionalidad que la ley le concede, puede decidir cuál ha de ser la cuantía de la indemnización, como ha hecho en el presente caso, teniendo en cuenta el resultado valorativo de los diversos elementos probatorios utilizados».

Sentencia de 3 de abril de 1981.—José circula con su vehículo en una noche de niebla por un camino vecinal de firme irregular y poca anchura, a lo que puede sumarse escasa visibilidad por la existencia de hierba. En dichas circunstancias atropella a dos jóvenes.

Los dos muchachos fallecen a consecuencia del accidente. Los padres de los mismos interponen demanda contra el conductor del vehículo y su compañía aseguradora por los daños y perjuicios causados. En 1.ª Instancia se estima parcialmente la demanda y se condena al conductor a que abone a cada uno de los actores la cantidad de 800.000 pesetas, declarando la responsabilidad civil subsidiaria de la aseguradora hasta los límites del seguro obligatorio. Apelada la sentencia por la representación de los actores, se estimó en parte el recurso y se condenó al demandado y a su aseguradora (ésta con carácter subsidiario) a abonar a cada uno de los actores 1.000.000 de pesetas. Los demandados interpusieron recurso de casación y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

En el 1.º considerando se establece la culpa del conductor en el accidente, señalando que también existió culpa por parte de las víctimas (la sentencia dice que queda fuera de duda su conducta imprudente, pero no especifica en qué consistió dicha imprudencia), aunque no de tal entidad como para atribuir a ellos exclusivamente el siniestro ocurrido, «al ser éste el resultado de dos conductas de valoración jurídica distinta, pero que es preciso apreciar en su conjunto a fin de llegar a la compensación de culpas que determine el *quantum* de la indemnización que ha de concederse a los actores por el fallecimiento de sus hijos, que llega a establecer por aplicación de la facultad

moderadora que el juzgador otorga al artículo 1.103 del Código civil, y que fija en la cantidad de 800.000 pesetas por cada uno, aunque tal razonamiento no es aceptado por la segunda sentencia, que lo establece en la suma de 1.000.000 de pesetas para cada uno...».

Sentencia de 5 de octubre de 1983.—Una compañía mercantil celebró un contrato de compraventa en documento privado con don Valentín, la primera como vendedora y el segundo como comprador, de un local de negocio. En ese contrato existía una cláusula que establecía para el comprador la prohibición de destinar nunca el local adquirido a farmacia. El comprador vendió (sin hacer constar la existencia de la cláusula prohibitiva) a su vez el local en documento privado a otra persona que lo destinó a farmacia. La representación de la compañía mercantil formuló demanda contra su comprador y contra el segundo comprador. El Juez de 1.ª instancia desestimó la demanda, absolviendo, por tanto, a los demandados y estimando en cambio la reconvencción, condenó a la actora a otorgar escritura pública del contrato privado. Apelada la sentencia por la actora, la Audiencia, estimando el recurso, revocó en parte la sentencia apelada, en lo tocante a declarar la validez de la cláusula de prohibición, aunque sin más alcance que el obligacional estrictamente referido al demandado. Y condenó al primer comprador a indemnizar los daños y perjuicios sufridos por la actora con el pago de 2.350.000 pesetas. El demandado interpuso recurso de casación. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

En el 8.º considerando de la sentencia se estudia el motivo 4.º del recurso, que denunciaba la no aplicación de los artículos 1.101 y 1.106 del Código civil. El Tribunal Supremo declaró dicho motivo inviable, «porque lo que en él se hace es impugnar los hechos clave que se tuvieron en cuenta por la sentencia recurrida para declarar la existencia del incumplimiento o infracción contractual causa del resarcimiento establecido, tema que, como es sabido, es cuestión de hecho impugnabile sólo por la vía del número 7.º del artículo 1.692 y no por la del primero, es decir, con la demostración del error padecido en la apreciación de la prueba, cosa que no se hace, como tampoco se consigue al formular en el motivo 6.º la acusación de error de Derecho —éste sí por la vía del número 7.º— y la infracción del artículo 1.227 del Código civil, y ello con el fin de mostrar que el otro documento privado de venta que la Sala ponderó como guía para fijar la indemnización (venta del mismo vendedor a otro tercero de otro local para farmacia con la cuantía o precio que allí se especificaba) no podía afectar como tercero al recurrente, ya que es claro que la Sala sólo lo utilizó para ese fin, como simple referencia para fijar comparativamente el perjuicio sufrido por la vendedora (que por haberse establecido la farmacia en el local vendido por la recurrente, no pudo vender el otro local para lo mismo, por la prohibición legal de distancia entre esas oficinas), como un dato que el Tribunal tuvo

en cuenta para su cálculo, sin que ello significara vinculación para el recurrente, sino criterio orientativo, como pudiera haberlo sido otro, dentro del margen que para fijar cuantitativamente la responsabilidad contractual concede al Juez el Código civil (artículo 1.103)».

Sentencia de 22 de febrero de 1985.—En una casa propiedad del Estado español se produce la rotura de las conducciones de agua. Ello dio lugar a un corrimiento de tierras por reblandecimiento de las mismas; lo que afectó a una casa contigua de propiedad particular, produciéndole daños de importancia. Los propietarios de la casa interpusieron demanda en reclamación de los daños y perjuicios sufridos por valor de 3.295.000 pesetas (valoración de los daños causados realizada por perito). En 1.ª instancia se estimó la demanda y se condenó al Estado a pagar a los demandantes la cantidad pedida.

Apelada la sentencia por el Abogado del Estado, la Audiencia revocó en parte la sentencia, condenando al Estado a abonar a los propietarios de la casa derruida 2.500.000 pesetas.

La representación de los demandantes interpuso recurso de casación. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo.

Después de declarar probado que el hundimiento de la casa fue debido a negligencia del Estado, se dice (en la segunda parte del primer considerando) que «en lo que afecta al *quantum indemnizatorio* y su fijación, si bien la Sala de instancia pasa por la valoración que hizo el perito en el momento procesal oportuno de 3.295.000 pesetas, en aplicación del principio de la moderación de libre apreciación por los Tribunales sancionado en el artículo 1.103 del Código civil, aplicable a estos supuestos de culpa extracontractual, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes de la antigüedad de la edificación (más de 300 años) con la consiguiente debilitación de los materiales y la antigua apertura de huecos en la primera planta (balcones), lo que la hacen de una mayor vulnerabilidad ante el evento producido, y, por ende, que tenga un menor valor real, fija los daños en la cantidad de 2.500.000 pesetas».

Por más que en el caso se utilice el artículo 1.103 y su facultad de moderación, es indudable que lo que se hace no es moderar una responsabilidad que se debía, sino más bien disminuir el monto de los daños que se había fijado por ser éstos en la realidad inferiores. Así, pues, se trata de cuantificación y no de moderación.

Sentencia de 17 de diciembre de 1985.—Don Mohandas contrató con una empresa constructora la construcción de un edificio en un solar de su propiedad. Se había pactado que antes de realizar el vaciado de la obra se consultara al arquitecto que la dirigía, lo que no se hizo, ocasionándose como consecuencia una serie de daños, sin que se pudiera por el momento proseguir la construcción. Don Mohandas interpuso demanda contra la empresa constructora. Por motivos de carácter procesal que no interesan a nuestros efectos se desestimó la demanda en 1.ª instancia. Apelada la sentencia por el

actor, la Audiencia estimó el recurso declarando resuelto por incumplimiento el contrato de arrendamiento de obra. Además condenó a la empresa a indemnizar los daños y perjuicios que su negligencia provocó, con la cantidad que se fijaría en el trámite de ejecución de la sentencia. Ambas partes interpusieron recurso de casación. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a ninguno de los mismos.

En el 5.º Fundamento de Derecho de la sentencia se dice lo siguiente: «Cuestionado por el demandante el límite que la sentencia combatida pone en orden al tiempo durante el que han de computarse los perjuicios sufridos [se refiere el retraso en la ejecución de la obra, aumento de los costes de decoración y mobiliario (el edificio que se iba a construir se iba a destinar a viviendas amuebladas para alquilar) y pérdida de beneficios que resulten de no poder explotar la edificación, que dice la sentencia recurrida que tales perjuicios se entenderán sólo por el tiempo transcurrido desde la interposición de la demanda en esta litis] que es el tema del recurso del actor, ha de rechazarse este motivo en que tal pretensión se plantea, aténidos no sólo el principio de moderabilidad discrecional de la responsabilidad procedente de negligencia que proclama el artículo 1.103 del Código civil, sino la circunstancia de que tampoco se contradice razonablemente por el interesado la afirmación de la propia negligencia, que en la interposición de la querrela y actuaciones penales subsiguientes le imputa la sentencia recurrida...».

Aquí no se modera, puesto que lo que se hace es apreciar que, si bien el tiempo transcurrido sin poder continuar con la edificación ha perjudicado en los extremos antes vistos al demandante, también es cierto que éste tampoco se ocupó de ser lo bastante diligente a la hora de reclamar sus derechos; por lo que en el daño final tuvo también parte. Lo que hace el Tribunal Supremo, al disminuir el monto de éstos (con el sistema de que dichos daños se contabilicen desde la interposición de la demanda) por la parte de culpa que en su origen tuvo el propio demandante, es llevar a cabo una cuantificación de los daños atribuibles a la conducta del mismo.

No cabe duda de que el Tribunal Supremo yerra cuando no distingue con claridad la moderación de la cuantificación. Son dos tareas muy diferentes, la de hacer el cálculo del monto de los daños que se causaron y la de si se dan en el caso o no las circunstancias adecuadas para proceder a la reducción de ese *quantum* resultante por medio de la facultad de moderación. El que se trate de dos cosas tan distintas tiene consecuencias importantes. El cuantificar es una labor a realizar por la Sala de Instancia, estrechamente relacionada con la valoración de la prueba practicada, labor que frecuentemente entraña una gran dificultad, especialmente en supuestos de indemnización por daños morales, o bien por lesiones a las personas o incluso por muerte de las mismas. La traducción de estos daños a una

medida económica, como dice De Angel (67), precisa de «criterios siempre discrecionales (68), necesariamente circunstanciales y de imposible objetivación» (69). La cuantificación es una cuestión de hecho, no recurrible en casación salvo por la vía del error. La moderación, en cambio, es una cuestión de Derecho y, por tanto, es recurrible en casación por la vía de la infracción de ley (70).

Es esa misma falta de claridad en la distinción de los dos conceptos, la que ha hecho decir al Tribunal Supremo en alguna ocasión que no es posible moderar la responsabilidad procedente de una obligación cuando existe una norma legal que fija el *quantum indemnizatorio*. Siendo evidente que en esas circunstancias lo que no puede en modo alguno la Sala de Instancia es cuantificar de otra forma que la que marca el precepto legal que lo haya prefijado, eso nada tiene que ver con la posibilidad de moderar que existe también en esos casos, precisamente por ser algo diferente de la cuantificación.

Concretamente, toca este extremo la sentencia de 30 de junio de 1981, que se ocupa de un caso de incumplimiento de un contrato de transporte mercantil.

Sentencia de 30 de junio de 1981.—Celebrado un contrato de transporte de mercancías entre don José y «Transportes Ebro» las mercancías no llegan a su destino, al parecer por un accidente del vehículo. Don José interpone demanda reclamando los daños y perjuicios sufridos. En 1.ª instancia se condena al demandado a pagar al actor la cantidad de 1.859.000 pesetas. Apelada la sentencia, la Audiencia estima en parte el recurso y condena a la empresa «Ebro» a pagar 1.000.000 de pesetas. La representación del actor interpuso recurso de casación y el Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso dictando 2.ª instancia en la que confirmó la de 1.ª instancia.

En el 2.º considerando de la sentencia se menciona que los razonamientos de la de 1.ª instancia y de la Audiencia son similares, pero en la primera se condena al pago de la suma que representa el valor de las mercancías transportadas (fijado pericialmente en 1.859.000 pesetas) y en la segunda la Audiencia hace uso de la facultad de moderación reduciéndola a 1.000.000 de pesetas. Es contra ese pronunciamiento contra el que se alzan los tres motivos del recurso. Se denuncia la infracción por violación de los artículos 379, en relación con el 363, párrafo 1.º, ambos del Código de comercio, y la indebida apli-

(67) *La responsabilidad civil*, Bilbao, 1988, p. 235.

(68) La misma lesión física que deja como secuela una gran cicatriz que en la cara no ocasiona igual perjuicio a un hombre ya mayor que a una joven actriz cinematográfica.

(69) Ver el apartado XIV.

(70) La cuantificación en algunos casos podrá ser una mera operación matemática, pero en otros (daños corporales o morales de las personas) puede ser discrecional en sentido estricto.

cación del artículo 1.103 del Código civil, que ha sido indebidamente aplicado o erróneamente interpretado.

En el 3.º considerando se señala que, al no llegar las mercancías a su destino, la responsabilidad del porteador es, a tenor de los artículos 362, 363 y 379 del Código de comercio, la de abonar el importe de las mercancías, «o sea, el del valor que tuvieren los no entregados, en el punto donde debieron serlo y en la época en que corresponda hacer la entrega; a la vista de lo cual el *quantum indemnizatorio* no ha de ser la cantidad que el porteador ha de abonar al cargador, sin que tal suma pueda ser reducida, a la vista de tales preceptos, como estableció la sentencia de 19 de diciembre de 1944», al sentar que «estableciéndose en este artículo —se refiere al 363— en la obligada relación que guarda con el 361, que el porteador, cuando a ello viene obligado, ha de pagar el valor de las mercancías que no entregue, apreciado por el que tuvieran en el tiempo y lugar de la recepción», y —continúa el Tribunal Supremo— «ni es dado al juzgador separarse de esa norma, salvo en el caso de que otra cosa se hubiere convenido en el contrato, ni puede a pretexto de consideraciones de equidad, de mayor o menor relieve, prescindir de una norma reguladora de su conducta, de ahí que no sea dable a la Sala de Instancia hacer uso de la facultad de moderación, cuando existe una norma concreta que establece el *quantum indemnizatorio*».

De lo dicho por la sentencia podría entenderse, literalmente, que si hay un precepto que cuantifica los daños, ya no puede utilizarse el artículo 1.103. El Tribunal Supremo de nuevo aquí confunde la moderación con la cuantificación, sin darse cuenta que la cuantificación es actividad necesaria en todo tipo de daños, previa a la moderación que se dará o no según los casos. Pero luego siguiendo con el examen de los considerandos leemos lo siguiente: «A más que el uso de tal facultad sólo puede utilizarse cuando con la estimación de la pretensión actora se contravenga la equidad que siempre ha de presidir toda resolución judicial; además, la facultad de moderar podrá ser utilizada por los Tribunales según los casos, esto es, como se dice en la sentencia de 3 de abril de 1940, «atendidas las circunstancias y normas legales que los afecten», y, en todo caso, dando las razones que justifiquen el uso de tal facultad...». Si atendemos a todas las circunstancias del caso, vemos que en realidad el Tribunal Supremo revoca la sentencia de la Audiencia porque entiende que no había motivo alguno para proceder a la moderación de la responsabilidad del transportista y porque la cuantificación de los daños no era algo a apreciar libremente por la Sala de Instancia, sino que ésta debía ceñirse a los preceptos que se ocupan del asunto en el Código de comercio.

El fallo es correcto. No se modera porque no concurrían las cir-

cunstancias para ello. Pero es incorrecto el argumento utilizado de que no es posible moderar cuándo hay un precepto legal que cuantifica el daño.

IX. NATURALEZA DE LA FACULTAD DE MODERACION DEL ARTICULO 1.103 DEL CODIGO CIVIL

1. La moderación como forma de aplicación de la equidad

La naturaleza de la facultad de moderación concedida a los Tribunales en el artículo 1.103 del Código civil no es una cuestión que aparezca exenta de dudas, posiblemente porque como ya hemos visto no es claro el origen de tal regla ni tampoco su sentido último (71).

Una opinión al respecto es que dicho precepto responda a la idea hoy expresada (72) en el artículo 3.2 del Código civil: «La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, *si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita*». La regla contenida en el artículo 1.103 del Código civil brindaría —según esa postura— la posibilidad de aplicar la equidad en la responsabilidad, tanto contractual como extracontractual, siempre que la conducta cuasante del daño sea culposa.

Sobre este punto concreto la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha pronunciado expresamente en sentido afirmativo en varias ocasiones.

La *sentencia de 3 de marzo de 1978* se ocupaba de un caso con los siguientes antecedentes. D. X. terminó el día de autos las operaciones de laboreo agrícola en una parcela propiedad de D. Z., que le había contratado para ello. Al salir de la zona donde había efectuado las faenas de roturación, no detuvo el funcionamiento del motocultor ni, por tanto, la rotación de sus aspas, destinadas a levantar el terreno cultivable. Para alejarse de la zona cultivada no lo hizo por el punto usualmente utilizado, sino a través de una pequeña franja o arcén y una rudimentaria reguera de escasos centímetros, inmediatas al pasillo de grava que conduce a la vivienda. Allí los brazos del aparato rotatorio se engancharon con dos cables eléctricos, que desenterraron, produciéndose una descarga que provocó la muerte del trabajador por síncope cardíaco causado por la electrocución.

La viuda del trabajador demanda al propietario de la finca reclamando que se le indemnicen los daños y perjuicios sufridos. En

(71) Ver apartados I y II de este mismo trabajo.

(72) Sobre si este precepto tiene alguna utilidad o si carece de ella, vid. CARRASCO PERERA: *Comentario a la sentencia de 19 de abril de 1985*, en «CCJC», abril-agosto, 1985, T. 8, p. 2585.

1.ª instancia se absuelve al demandado, por estimar que el accidente se debió a culpa exclusiva de la víctima. Apelada la sentencia la Audiencia la confirmó. Interpuesto recurso de casación, éste prosperó, condenándose al demandado a pagar a la actora la cantidad de 300.000 pesetas (lo que se pedía era el doble).

El Tribunal Supremo en sus considerandos señala que la indemnización concedida a la viuda de la víctima es menor que la pedida por apreciarse la existencia de concurrencia de culpas, pues tanto el propietario de la finca como el trabajador actuaron negligentemente. El primero por no poner en conocimiento del obrero la existencia de los cables y su peligro. El segundo por no parar el motocultor al terminar el trabajo. Negligencias que el Tribunal Supremo considera de igual entidad, por lo que la moderación realizada es reducir la indemnización a la mitad de lo pedido.

En el último considerando se dice textualmente que, «la interferencia en el nexo causal de la actuación negligente de la propia víctima, concomitante con la del dañador, pero sin llegar a la ruptura de la causalidad, ocasiona una hipótesis de concurrencia culposa que, siendo equiparables por su rango y virtualidad las respectivas conductas, *determina la moderación de la responsabilidad exigible y la consiguiente reducción de la suma a satisfacer como indemnización, no sólo por el juego del artículo 1.103 del Código civil, que contempla una facultad moderadora no privativa de las obligaciones contractuales, sino por palmarias razones de equidad y lógica, según lo tiene declarado la jurisprudencia*, imponiendo en tales eventos una solución compensatoria proporcional a la influencia que las actividades culposas coeficientes (73) hayan tenido en la causación del daño».

Sentencia de 30 de junio de 1981.—Se celebra un contrato de transporte entre don José y «Transportes Ebro, S. A.» Las mercancías no llegan a su destino, al parecer por un accidente del vehículo que las transportaba. Don José interpone demanda en reclamación de cantidad por los daños y perjuicios sufridos contra el conductor del vehículo y el dueño de la empresa transportista. En 1.ª instancia se condenó a los demandados a pagar la cantidad de 1.859.000 pesetas. Apelada la sentencia por éstos, la Audiencia absolvió al conductor del vehículo y redujo la cantidad que debía pagar la empresa a 1.000.000 de pesetas. El demandante interpone recurso de casación por infracción de los artículos 279 y 363.1 del Código de comercio, y la indebida aplicación o errónea interpretación del artículo 1.103 del Código civil. El recurso interpuesto prosperó, confirmándose por el Tribunal Supremo la sentencia de 1.ª instancia.

En los Fundamentos de Derecho de la sentencia se hace hincapié

(73) Aunque la expresión es literal, evidentemente, se trata de un error y es *concurrente*.

en que, de acuerdo con los artículos del Código de comercio alegados por el recurrente, la responsabilidad del porteador es abonar el importe de las mercancías que no llegaron a entregarse y que no se debió moderar el monto de la indemnización, puesto que «el uso de tal facultad [la de moderar el artículo 1.103 del Código civil] sólo puede utilizarse cuando con la estimación de la pretensión actora se contravenga la equidad que siempre ha de presidir toda solución judicial» (74).

La *sentencia de 1 de julio de 1983*, se ocupa del caso de un matrimonio que contrata con una empresa la colocación de una moqueta en la tienda que regentan. En el curso de la colocación de la moqueta, el operario que la realizaba, al extender con la espátula el pegamento que debía adherirla al suelo, debió tocar uno de los enchufes existentes, bien con el mismo pegamento o con la espátula sucia. La composición altamente inflamable del pegamento originó un incendio que destruyó el local y las mercancías allí almacenadas. Los propietarios de la tienda interponen una demanda de reclamación de cantidad por los daños y perjuicios producidos contra el operario instalador y la empresa con que habían contratado. En 1.^a instancia se condena solidariamente a los demandados a que abonen a los actores los daños y perjuicios que se acrediten en el período de ejecución de sentencia y que paguen a las compañías aseguradoras de éstos (fue fueron demandantes con el matrimonio de comerciantes) 975.000 Y 2.380.000 pesetas, respectivamente. Apelada la sentencia, la Audiencia la revocó; estimando en parte la demanda, condenó a los demandados a pagar a las aseguradoras 713.000 y 1.750.000 pesetas, y al matrimonio 2.662.012 pesetas. Interpuesto recurso de casación por los demandados, éste no prosperó.

El único motivo en que se basaba el recurso era aplicación indebida de los artículos 1.103, 1.902 y 1.903 del Código civil, y de la doctrina que sobre la compensación de culpas se cita en la sentencia. El Tribunal Supremo desestima dicho motivo diciendo que «si bien es cierto que en los supuestos en que a la producción del resultado dañoso haya concurrido, junto a la culpa del agente, la propia del perjudicado, actuando ambas conductas negligentes como concausas en su producción, *los Tribunales tienen facultad para, tras la correspondiente ponderación o valoración del grado o intensidad de cada una, repetir equitativamente sus consecuencias económicas...*». Conti-

(74) La sentencia de la Audiencia decía textualmente: «Si bien el Tribunal en uso de la facultad que le confiere el artículo 1.103 del Código civil estima equitativo y justo fijar la cuantía de los daños reclamados en la cantidad total de 1.000.000 de pesetas». Actuación criticada por el Tribunal Supremo, puesto que estimaba, aunque lo diga de forma algo confusa, que el fijar, como hizo la Sala de instancia, la indemnización en el precio de las mercancías que no se entregaron, a tenor de lo dispuesto en el Código de comercio, no era algo contra la equidad (por más que literalmente en ella se apoye la sentencia de la Audiencia) y, por tanto, no moderable.

núa después exponiendo que en el caso había negligencia por parte del operario, pero que también la había por los dueños del establecimiento siniestrado, ya que la instalación eléctrica no se encontraba en condiciones adecuadas.

La *sentencia de 10 de diciembre de 1986* es bastante importante en el punto que ahora estoy examinando.

La empresa «Conver Suita» contrata a dos aparejadores, un arquitecto y un constructor. Les encomienda la dirección y ejecución de un grupo de viviendas. Una vez terminadas éstas, se aprecian en algunas de ellas defectos de cierta trascendencia. «Conver Suite» interpone demanda en reclamación de cantidad por los daños y perjuicios sufridos. En 1.ª instancia se desestimó la demanda. En apelación se estimó en parte el recurso interpuesto por la actora, absolviendo a los aparejadores y condenando al constructor y al arquitecto a pagar solidariamente los gastos de reparación de los defectos determinados en el informe pericial, según el valor referido a la fecha de su emisión. Lo que debía determinarse en el trámite de ejecución de sentencia, sin que el valor de la indemnización pudiese rebasar el 50 por 100 de la contrata inicial [que fue de 8.149.680 pesetas]. Interponiendo recurso de casación por la actora, el Tribunal Supremo lo desestimó.

En el recurso se acusaba de vulnerar los artículos 1.101 y 1.107, al haberse puesto límites a la indemnización, pues la facultad moderadora del artículo 1.103 —según la recurrente— sólo puede aplicarse al lucro cesante pero no al daño emergente; y en este caso el límite puesto a la indemnización hacía que ésta fuera inferior a tal daño.

El Tribunal Supremo estimó que tal motivo debía decaer porque la facultad de moderación del artículo 1.103 se extiende tanto al lucro cesante como al daño emergente. Además —añadía la sentencia—, el límite establecido para la responsabilidad de los demandados tiene una justificación que «resulta palmaria con sólo tener en cuenta que la ejecución total de la obra subió a 8.149.680 pesetas y, según se consigna en el 7.º considerando de la sentencia impugnada, la misma actora en la demanda de conciliación estimó los daños en 6.670.800 pesetas y en el contrato que se celebró el 8 de julio de 1976 con otra empresa constructora el coste de las obras de reparación se cifró en 12.800.000 pesetas, más otros 2.500.000 para imprevisos, todo lo cual lleva a la conclusión *de la razón de equidad* que indujo al Juzgador a establecer la indicada atenuación de la responsabilidad, so pena que la cantidad a satisfacer por los daños y perjuicios pudiera superar el importe de lo percibido por la total obra ejecutada por el constructor demandado, tanto la deficiente como la ajustada al proyecto».

En la *sentencia de 14 de diciembre de 1963* se pedía por los hijos de un primer matrimonio la nulidad de ciertos actos a favor de hijos del segundo matrimonio realizados por el padre común a todos.

El Juez de 1.^a instancia estimó en lo sustancial la demanda. Apelada la sentencia la Audiencia la confirma. Se interpuso por los demandados recurso de casación, que prosperó. El Tribunal Supremo dice, acogiendo el motivo del recurso de aplicación indebida del artículo 6.2 del Código civil, que «la Audiencia aplicó al caso —lo mismo que su inferior el Juzgado— la equidad; motivo que con toda evidencia debe acogerse, porque cualquiera que sea el concepto doctrinal que se tenga de la equidad (justicia íntima del problema puesto a debate, moderación de los rigores del Derecho objetivo, proporción de igualdad, etc.), no es regla de la actividad judicial decisoria en nuestro Ordenamiento jurídico a falta de ley y costumbre, fuera de los supuestos en que el legislador patrio remite la solución a la referida equidad en forma expresa, como lo demuestran los artículos 1.103, 1.690, 1.801 y 1.151 (75) del Código mencionado, por no citar otros congéneres; sin que esto quiera decir que el principio *aequitas in dubio prevalet* no tenga a veces aplicación en defecto de las normas supradichas (ley y costumbre), pero sólo si la duda resulta de los propios elementos del juicio».

En la *sentencia de 5 de diciembre de 1959* no se menciona para nada la palabra equidad, pero resulta bastante claro que la utilización del artículo 1.103 ha sido en este caso una forma de aplicar dicho principio general.

El señor X compra un terreno propiedad de varias personas, pero en el contrato de compraventa no prestaron consentimiento las esposas de los vendedores, quienes apoyándose en esa circunstancia incumplieron el contrato. El comprador interpone demanda de juicio declarativo contra los vendedores pidiendo que se declare la validez del contrato (por existir consentimiento tácito de las esposas) o, en última instancia, subsidiariamente la devolución del precio de la venta, más los gastos, daños y perjuicios causados al actor, que restituiría previamente a los demandados la finca.

Los vendedores se opusieron a la demanda en cuanto a la validez del contrato, allanándose a la petición subsidiaria. En 1.^a instancia se estimó parcialmente la demanda y, como consecuencia, la nulidad de la compraventa, condenándose a los vendedores a devolver al comprador el precio con los intereses legales y a pagar los daños y perjuicios, previa restitución de la finca. Declarada firme la sentencia, en su ejecución la parte demandada impugnó la liquidación propuesta por la parte actora, dando lugar al presente proceso.

En 1.^a instancia se dictó auto por el que se estimaba que la cantidad a pagar al actor como daños y perjuicios era 630 pesetas más el interés legal de la suma pagada por derechos reales. Apelado el auto, fue revocado por la Audiencia territorial, la cual declaró que

(75) Sin duda, se trata de una errata, y de verdad debe referirse al artículo 1.154.

la cantidad a satisfacer en concepto de daños y perjuicios era de 4.147,38 pesetas por el importe de los derechos reales de la transmisión declarada nula, otras pequeñas cantidades de diversos pagos realizados por el actor y 150.000 pesetas en concepto de indemnización por la revalorización de los terrenos vendidos. Los demandados interpusieron recurso por infracción de ley, que no prosperó.

En los considerandos de la sentencia se dice que «...en la precisa ejecución de ese importe extremo [fijación del monto de los daños y perjuicios en el trámite de ejecución de la sentencia] surgió el problema del alcance y contenido de la entidad de los daños y perjuicios que *in genere* aceptaron los demandados al allanarse en la formación antedicha, sin producir contra lo así resuelto el recurso de apelación, ni siquiera pretender aclarar el aludido fallo por la vía del artículo 373 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fijando el montante el Tribunal *a quo* en el auto de 22 de marzo de 1954, en la *suma de 150.000 pesetas, habida cuenta del mayor valor del terreno, sin atenderse exclusivamente al dictamen pericial y usando de la facultad conferida por el artículo 1.103 del Código civil, que permite moderar la responsabilidad derivada de culpa contractual, por entender que los demandados incidieron en ella al no contar con el consentimiento de sus esposas, dada la naturaleza de la cosa vendida*».

La suma de 150.000 pesetas que se obliga a pagar a los vendedores no se fija exclusivamente en el criterio pericial sobre el valor del terreno, sino en la elevación de precio del mismo que se produjo desde el día en que se celebró la venta nula al de la sentencia. La razón de que así se haga es una razón de equidad y el precepto utilizado para ello el artículo 1.103 y su facultad moderadora.

De todo lo dicho hasta ahora resulta que nuestra jurisprudencia ha considerado en varias ocasiones que el artículo 1.103 es uno de los casos en que, de acuerdo con el artículo 3.2 del Código civil, es posible que las resoluciones de los Tribunales descansen en la equidad.

Efectivamente, la posibilidad de moderar establecida en el repetido precepto, está basada en la aplicación de la equidad. Aunque el artículo no mencione en su letra específicamente el término equidad, como en cambio hacen otras normas (así el artículo 1.154 del Código civil), dicho concepto está en su espíritu. La regla del precepto es que la responsabilidad se exige en toda clase de obligaciones, pero si procede de negligencia (excluyendo tácitamente las conductas dolosas) y en el supuesto concreto, por las circunstancias que en él concurren, esa exigencia puede resultar injusta, habrá que moderar su cuantía. El adecuar la regla general a las circunstancias del caso, para que su aplicación a éste no resulte injusta, es precisamente el concepto clásico de equidad, recogido entre otros por *De Castro* (76). Así

(76) *Derecho civil de España, Parte General*, T. I, Madrid, 1955, p. 473.

pues, como dice este mismo autor (77), el que un precepto sea de *ius equum*, no está tanto en que en la letra del mismo se haga una referencia expresa al término equidad, como ocurre en los artículos 1.154 y 1.690 del Código civil, sino por lo que suponen de excepción a la aplicación estricta de una regla general, encomendándose al Juez la moderación o el control de sus disposiciones conforme a los principios de justicia. Parece bastante claro que el artículo 1.103 del Código civil es uno de estos preceptos de *ius equum*.

Refiriéndose específicamente a él algunos autores afirman que en ese precepto se contempla un caso de aplicación de la equidad (78). Así, Lacruz Berdejo (79) y Carrasco Perera, quien señalando las formas en que el juicio de equidad es viable en nuestro Derecho dice que «la equidad actúa, igualmente, en el marco de las pretensiones privadas, moderando o restringiendo los efectos de un derecho o una acción que, aplicados al caso, se revelarían como injustos. Este cauce de expresión del principio de equidad sólo tiene cabida como se desprende de los artículos 145, 147, 1.103, 1.124 y 1.154 del Código civil cuando la norma aplicable así lo permite o exige» (80). También Morales Moreno, el cual, aún no empleando la palabra equidad, parece que la comprende tácitamente cuando dice que la moderación de los Tribunales no es discrecional, sino de acuerdo con reglas o principios jurídicos (81). En el mismo sentido Santos Briz, quien lo menciona comentando el artículo 1.889 (82) del Código civil, y León Alonso, al comentar el artículo 1.726 del Código civil, pues, tras declarar que este precepto contiene un principio equitativo, dice también que es una matización por razón del supuesto de la regla del artículo 1.103 (83).

De las opiniones que he ido recogiendo podemos concluir que la doctrina española, en la medida en que se ocupa de este extremo, opina, como la jurisprudencia, que el artículo 1.103 es un precepto que contiene una regla de equidad.

Desde cierto punto de vista, la aplicación de la equidad puede considerarse como una de las formas de utilización de los principios generales del Derecho. En el artículo 1.103 y en otros semejantes a él en este punto (artículos 1.154, 1.690, 1.726 del Código civil, etc.),

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

(78) Estos autores que cito son los únicos que opinan sobre el tema; no es, por tanto, que haya opiniones encontradas al respecto.

(79) *Elementos de Derecho civil*, T. II, vol. I, Barcelona, 1977, p. 104.

(80) *Comentario a la sentencia de 19 de abril de 1985*, en «CCJC», núm. 8, p. 256.

(81) *El dolo como criterio de imputación de responsabilidad*, en «ADC», julio-septiembre, 1982, p. 609.

(82) Comentario al artículo 1.889 en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, de Edersa, T. XXIV, Madrid, 1984, p. 58.

(83) Comentario al artículo 1.726 en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, de Edersa, T. XXI, vol. II, Madrid, 1986, p. 353 y 354.

la propia ley teme que la aplicación de la regla general a cualquier caso de los englobados en el supuesto dé lugar a resultados injustos. Por eso remite al principio general que inspira el precepto concreto, para que, aplicándose éste y no la regla general, se resuelva el caso, de acuerdo con sus circunstancias particulares, de igual forma que si hubiera existido un precepto específico que tomara en cuenta todas ellas. El legislador parte de una regla general, pero ante la imposibilidad de alcanzar, con su aplicación, soluciones correctas para todos los casos posibles, introduce el principio general para que el Juez lo utilice en la resoluciones de los casos no regulados particularmente. Como dice Albaladejo: «Se trata, ni más ni menos, de una laguna voluntaria que se deja libre de regulación legal singular, remitiendo, mediante otra disposición legal, a un principio general para llenarla. Todo ello porque es con un principio, y no con disposiciones concretas, con lo que mejor se puede regular ciertos casos imprevisibles prácticamente en todos sus detalles» (84).

El «según los casos» del artículo 1.103 del Código civil es esa llamada al Juez para que utilice la equidad en la resolución de los casos concretos de acuerdo con la regla general, es decir, para que no olvide las modificaciones que ésta necesitará para adecuarse a las particularidades de cada uno de ellos.

Sin embargo, las sentencias del Tribunal Supremo usan una terminología que puede plantear ciertas dudas, pues en algunas de ellas se dice, sin más matización, que la del artículo 1.103 es «facultad discrecional» o de «prudente arbitrio» de los Tribunales. Tales son las expresiones utilizadas en las sentencias de 29 de mayo de 1897, 5 de enero de 1979 y 20 de febrero de 1987.

Otras sentencias, la mayor parte, si bien utilizan la mismas o parecidas expresiones que las anteriores, las completan añadiendo que «según las circunstancias del caso» (sentencias de 14 de mayo de 1920, 3 de abril de 1940, 3 de diciembre de 1979, 22 de febrero de 1985 y 9 de noviembre de 1985).

Finalmente, la sentencia de 30 de junio de 1981 es la única que, en contraste con las anteriores, dice, para un caso en el que la Audiencia había aplicado incorrectamente el artículo 1.103, que «tal facultad no es arbitraria ni discrecional en absoluto, sino limitada a los usos, la buena fe, las leyes de orden público, la naturaleza de la culpa y la desigualdad económica de los contratantes».

Conviene aclarar si la facultad de moderar contenida en el artículo 1.103 del Código civil es o no discrecional en sentido estricto. Para ello es preciso averiguar en primer lugar qué es la discrecionalidad.

(84) *Derecho civil*, T. I, vol. I, 10.^a ed., Madrid, 1985, p. 124.

2. Discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados

La discrecionalidad supone que la ley en algún caso remite a la estimación subjetiva de la Administración pública o a la del Juez algunas de las condiciones de ejercicio de una potestad o facultad. Esta discrecionalidad no es pues algo marginal al propio Derecho, sino todo lo contrario, porque el Ordenamiento jurídico ha configurado así esa potestad, realizando una remisión a ese criterio subjetivo. Su característica esencial es que utilizándola se puede llegar a una pluralidad de soluciones todas ellas igualmente justas, o mejor dicho, igualmente correctas, porque las razones que se manejan para llegar a adoptarlas no son de carácter jurídico, sino económico, de oportunidad, etc.

Sin embargo, con mucha frecuencia se ha confundido la discrecionalidad con los conceptos jurídicos indeterminados. Es necesario distinguir entre aquélla y éstas. García de Enterría y Tomás Ramón Fernández lo hacen con gran claridad: «Por su referencia a la realidad, los conceptos utilizados por las leyes pueden ser determinados o indeterminados. Los conceptos determinados delimitan el ámbito de realidad al que se refieren de una manera precisa e inequívoca. Por ejemplo: la mayoría de edad se produce a los dieciocho años (...), la aplicación de tales conceptos en los casos concretos se limita a la pura constatación, sin que se suscite (...) duda alguna en cuanto al ámbito material a que tales conceptos se refieren. Por el contrario, con la técnica del concepto jurídico indeterminado la Ley refiere una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante, lo cual es claro que intenta delimitar un supuesto concreto. Así: (...) buena fe; falta de probidad. La ley no determina con exactitud los límites de esos conceptos porque se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas, pero en todo caso es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que, no obstante, la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de la aplicación. La ley utiliza conceptos de experiencia (...) (premeditación, fuerza irresistible) o de valor (buena fe, estándar de conducta del buen padre de familia, justo precio), porque las realidades referidas no admiten otro tipo de determinación más precisa. Pero al estar refiriéndose a supuestos concretos y no a vaguedades imprecisas o contradictorias es claro que la aplicación de tales conceptos a la calificación de circunstancias concretas no admite más que una solución: o se da o no se da el concepto, o hay buena fe o no la hay, o el precio es justo o no lo es, o se ha faltado a la probidad o no se ha faltado. *Tertium non datur*. Esto es lo esencial del concepto jurídico indeterminado: la indeterminación del enunciado no se traduce en una determina-

ción de las aplicaciones del mismo, las cuales sólo permiten una “unidad de solución justa” en cada caso» (85).

La idea que late en la explicación de estos autores de Derecho público es la misma que usamos para diferenciar las normas rígidas o de Derecho estricto de las normas elásticas o de Derecho equitativo. Las primeras son aquellas en que «los supuestos de hecho y los efectos o consecuencias jurídicas son taxativos, de contenido concreto o invariable (por ejemplo, la mayoría de edad, artículo 314 del Código civil, o el plazo de prescripción de la acción hipotecaria, artículo 1.964 del Código civil); las normas elásticas son aquellas otras en las que bien el supuesto de hecho o bien los efectos jurídicos son flexibles, es decir, no están determinados concretamente, sino sólo indicados, en general, mediante conceptos cuyo contenido en cada caso singular es variable dentro de ciertos márgenes, de forma que es posible tomar en cuenta todas las circunstancias de cada hipótesis particular a que hayan de aplicarse...» (86).

Ya he dicho antes que pienso que la facultad de moderación concedida a los Tribunales en el artículo 1.103 es una aplicación de la equidad, y aunque ésta es objeto de un tratamiento propio por la doctrina, puede ser esclarecedor hacer un paralelismo entre la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados y la equidad. Parece bastante claro que la moderación impone más un razonamiento jurídico similar al que corresponde a los conceptos jurídicos indeterminados que el aplicable a la discrecionalidad. El artículo 1.103 del Código civil se confiesa pues como una norma elástica (87).

No parece que la posibilidad de moderar la responsabilidad de acuerdo *con las circunstancias del caso* sea un supuesto de discrecionalidad. Ante la imposibilidad de crear una norma útil para cualquier caso que se presente, cualesquiera que sean sus circunstancias, se opta por hacer una referencia a la equidad, que de alguna manera juega un papel equivalente al de los conceptos jurídicos indeterminados. Esta idea es más acorde con nuestro sistema jurídico, basado en el principio de legalidad y en la jerarquía normativa, y en el que para entender que existe una facultad discrecional del Juez tiene que ser indubitado, que así lo quiso el legislador.

El que el tratamiento del artículo 1.103 sea asimilable al de los conceptos jurídicos indeterminados, y no al de la pura y simple discrecionalidad, tiene como consecuencia práctica la posibilidad de un mayor control.

Aunque en cualquiera de ambos casos existe la posibilidad de control, éste no es del mismo tipo.

(85) *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, 3.^a ed., Madrid, 1983, p. 385.

(86) ALBALADEJO: *Derecho civil*, T. I, 1.^o, Madrid, 1985, p. 29.

(87) Así lo entiende ALBALADEJO: *Derecho civil*, T. I, 1.^o, Madrid, 1985, p. 29, que al definir este tipo de normas, entre las que utiliza como ejemplo de las elásticas cita el artículo 1.103 del Código civil.

Ya señalé que los conceptos jurídicos indeterminados no admitían para cada caso concreto más que una única solución justa, pero «es igualmente claro que la concreción... de esa única solución no siempre es fácil. En la estructura del concepto indeterminado es identificable un núcleo fijo (*Begriffkern*) o «zona de certeza», configurado por datos previos y seguros, una zona intermedia o de incertidumbre o «halo del concepto» (*Begriffhof*) más o menos imprecisa y, finalmente, una «zona de certeza negativa, también segura en cuanto a la exclusión del concepto. Por ejemplo: la zona de certeza del justo precio de esta casa puede situarse en 10.000.000 de pesetas, precio absolutamente mínimo según las estimaciones comunes; la zona de imprecisión puede estar entre diez y quince; la zona de certeza negativa, de quince hasta arriba... Supuesta esa estructura del concepto jurídico indeterminado, la dificultad de precisar la solución justa se concreta en la zona de imprecisión o «halo» conceptual, pero tal dificultad desaparece en las dos zonas de certeza, positiva y negativa, lo cual no es baladí desde un punto de vista de principio» (87 bis).

Trasladando esas consideraciones a nuestro caso, podemos decir lo siguiente. Aunque teóricamente no existe más que una única solución correcta para cada caso de moderación, en aplicación del artículo 1.103, en la práctica el control de dicha moderación judicial por los Tribunales superiores y concretamente por el Tribunal Supremo (en la casación), sólo puede afectar a las sentencias que incurran en la «zona de certeza negativa». El Tribunal Supremo tendría que respetar las sentencias de instancia que hayan aplicado el artículo 1.103 no sólo en consonancia con la «zona de certeza», sino incluso con la zona intermedia o de incertidumbre.

No obstante, la discrecionalidad implica, desde luego, un control menor. Aún así ese control existe y puede llevarse a cabo por varios caminos: control de los elementos reglados del acto discrecional (88), control a través de la veracidad de los hechos determinantes (89) y control a través del principio de iniquidad manifiesta.

Me importa concluir que, de acuerdo con lo expuesto, el Tribunal Supremo puede y debe ejercer un control en relación con la aplicación de la moderación llevada a cabo por los Tribunales haciendo uso del artículo 1.103 del Código civil, aunque ello tenga que producirse dentro de los límites señalados, es decir, aunque únicamente quepa casar las sentencias de instancia que se encuentren manifiestamente fuera de la «zona de certeza positiva», situándose manifiestamente en la «zona de certeza negativa».

(87 bis) GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ: *Ob. cit.*, p. 388.

(88) Pues aunque exista una remisión legal a la discrecionalidad del Juez, siempre existirán elementos no discrecionales, sino reglados, así la forma o la competencia. Este control no interesa a mis efectos, pues se trata de un control externo.

(89) Camino éste que tampoco resulta útil para mis fines.

X. APLICACION DEL ARTICULO 1.103 y RECURSO DE CASACION

1. Casos en que el Tribunal Supremo ha casado una sentencia por no haber aplicado el artículo 1.103 o por haberlo aplicado indebidamente

De las sentencias que a continuación se examinan se sigue que, aunque en otras se diga lo contrario, la utilización o la no utilización del artículo 1.103 del Código civil puede ser objeto de casación y, además, que aún cuando se ha repetido que la única vía procesal para ello es la del error de hecho o de Derecho, el propio Tribunal Supremo ha admitido a veces otras vías procesales.

Sentencia de 25 de noviembre de 1959.—Dos señoras propietarias de varias fincas rústicas nombran un administrador, otorgando a su favor un amplio poder. A la hora de rendir cuentas y liquidar su gestión surgieron ciertas diferencias. El problema principal era el derivado de la existencia de un pliego de cargos formulado por la Fiscalía de Tasas (6 de marzo de 1951) por la falta de entrega del cupo de cereales asignado a las fincas. Dicho pliego se entregó el 13 de marzo de ese año, con un plazo de diez días para contestarlo, cosa que no hicieron las citadas señoras hasta el 14 de abril siguiente, cuando ya había recaído resolución imponiéndoles una sanción.

En la Jefatura Agronómica existía una certificación acreditando que el administrador presentó, aunque tardíamente, una instancia solicitando la reducción de la superficie de siembra.

Las propietarias demandaron a su administrador, pidiendo que se le condenara a rendir cuentas detalladas de su gestión, entregando todos los documentos referentes a ella, que aún tuviese en su poder, y a que les abonase los daños y perjuicios sufridos por su dolosa y defectuosa administración (el importe de la sanción), a más del saldo que resultare a su favor. El monto del total se determinaría en el período de ejecución de sentencia. El demandado se opuso a esas pretensiones, reclamando a su vez el saldo a su favor que resultaba de las cuentas que en su momento presentó (16.875,95 pesetas).

En 1.^a instancia se desestima la reconvencción y se estima en parte la demanda, condenando al administrador al pago de las partidas que se detallan en aquélla. Apelada la sentencia, la Audiencia la confirmó. El demandado interpuso recurso de casación y el Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso, dictando 2.^a sentencia: en vez de condenar al demandado a pagar todos los daños y perjuicios, teniendo en cuenta la doctrina de la compensación de culpas y la facultad contenida en los artículos 1.103 y 1.726, ambos del Código civil, se reduce lo que tiene que pagar el demandado a un 25 por 100, quedando el 75 por 100 a cargo de las demandantes.

El Tribunal Supremo llega a tales conclusiones partiendo, en el

primer considerando, de que el mandato en cuestión era gratuito. En el segundo considerando se observa que los daños y perjuicios causados lo fueron conjuntamente por la conducta negligente de las demandantes, al no contestar en plazo el pliego de cargos de la Fiscalía de Tasas, así como por la negligencia del demandado, que presentó tardíamente la petición de reducción de la superficie cultivable de las fincas.

Apoyándose en los hechos anteriores, el Tribunal Supremo apreció el tercer motivo del recurso, formulado por la vía del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que alegaba violación por inaplicación de los artículos 1.103 y 1.726 del Código civil.

Nos encontramos con un supuesto en que el Tribunal Supremo modera una responsabilidad procedente de contrato, cuando no lo había hecho así ninguno de los Tribunales de instancia; y, además, aprecia el motivo del recurso no fundado en la vía procesal del número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Conviene fijarse en que no explica el Tribunal porqué la reducción es de un 75 por 100.

Es de señalar que en este caso la posibilidad de moderación procedía de dos preceptos: el artículo 1.726, específico para el mandato, y el artículo 1.103. El Tribunal Supremo no aclara la relación existente entre ambos.

Sentencia de 19 de junio de 1963.—Se celebra un contrato de arrendamiento rústico de una finca situada en Gran Canaria. Al finalizar el plazo fijado en el contrato, la finca presentaba serios deterioros. El arrendador interpone demanda reclamando los daños y perjuicios causados al arrendatario, detrayendo de los mismos los causados por una plaga de mosca blanca que atacó los cultivos de la finca. El arrendatario opuso a la demanda que no era culpable de los deterioros de la finca, pues éstos provenían de que su arrendador no había proporcionando el agua para regar a que se comprometió en el contrato y a la sequía consiguiente. El Juez de 1.^a instancia estimó la demanda valorando los daños en 157.000 pesetas (la parte actora había solicitado 196.000 pesetas). Recurrída la sentencia, la Audiencia la confirmó. Interpuesto recurso de casación por el demandado, el Tribunal Supremo lo estimó parcialmente, condenando al demandado a pagar sólo 110.000 pesetas.

El recurso de casación se interpuso por la vía del error de hecho o Derecho. En los considerandos de la sentencia se establece que existió una conducta negligente por parte de ambos contratantes: por parte del arrendador, puesto que efectivamente no aportó el agua que se comprometió a facilitar en el contrato; y por parte del arrendatario, porque utilizó agua de mala calidad para el riego, porque ésta no fue suficiente y por falta de abono, podas inadecuadas, etc.

En el último considerando se dice: «Que apareciendo claramente

la concurrencia de culpas, resta el decidir la forma en que han de ser confrontadas y compensadas. Se percibe claramente la mayor gravedad de lo cometido por el arrendatario que revela una negligencia doblemente censurable, porque hace caso omiso de las obligaciones que asumió y del mandato del legislador [se refiere con esto al párrafo 2.º del artículo 13 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos]. Y teniendo presente —continúa el Tribunal Supremo— que los daños causados en la finca se elevan a la cantidad de 157.351 pesetas, según correcta evaluación de la Sala sentenciadora, la lógica y equitativa compensación de las culpas respectivas y la facultad que concede a los Tribunales el artículo 1.103 del Código civil procede estimar como condigna la indemnización de 110.000 pesetas, a cuyo pago debe ser condenado el demandado».

Aquí el Tribunal Supremo modifica, no la valoración de los daños —señala específicamente que está bien hecha por la Sala de instancia que la fijó en 157.000 pesetas—, sino que procede a moderar sobre esa cantidad por haber concurrencia de culpas en el caso, siendo la del arrendatario más grave que la del arrendador, decide que lo que aquél deberá pagar a éste en concepto de daños se disminuya en 47.000 pesetas.

Sentencia de 3 de marzo de 1978 (90).—Se trata de un accidente sufrido por un obrero agrícola manejando maquinaria, a consecuencia del que fallece el accidentado. La viuda de la víctima reclama al patrono de ésta una indemnización por los daños causados. En 1.ª instancia se desestima la demanda por entender que el accidente se debió a la culpa exclusiva de la víctima. Apelada la sentencia la Audiencia la confirmó. Interpuesto recurso de casación, éste se estimó, condenando al demandado a pagar a la actora la cantidad de 300.000 pesetas, cantidad ésta que era menor que la solicitada por la viuda.

El recurso se interpuso por la vía del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El Tribunal Supremo entendió que en el caso había existido concurrencia de culpas de víctima y demandado y estimó que dichas culpas eran de igual entidad, lo que determinaba la moderación de la responsabilidad exigible y la reducción de la suma a satisfacer no sólo en base al artículo 1.103, sino «por palmarias razones de equidad y lógica».

Nos encontramos ante otro caso en que el Tribunal Supremo ha moderado *ex novo* (91), aun cuando la vía procesal adecuada (en teoría) no se empleó.

Sentencia de 15 de diciembre de 1978 (92).—Se trata de una sen-

(90) Para ver en detalle los antecedentes de esta sentencia, véase el apartado V.

(91) De la sentencia parece desprenderse que no se había solicitado la moderación.

(92) Cuyos antecedentes en detalle se encuentran en el apartado XII.

tencia de la Sala 4.^a del Tribunal Supremo de lo Contencioso-administrativo.

Un contratista de obras incumple su contrato porque no termina las obras que se le adjudicaron, alegando que se le había acabado el presupuesto. El Ayuntamiento que se las encargó resolvió rescindir el contrato, incautarse de la fianza, inhabilitar al contratista para obras futuras de la Corporación. El contratista, que había realizado un 90 por 100 de la obra contratada, recurrió. El Tribunal Supremo admite en parte la apelación promovida por el Ayuntamiento y revoca la sentencia de la Audiencia, declarando válida la rescisión del contrato, y no ajustados a Derecho, y, por tanto, nulos el resto de los acuerdos. En los considerandos se subraya el hecho de que el contratista había cumplido la mayor parte de su obligación, y que la responsabilidad contractual es moderable en los casos de simple culpa o negligencia a tenor del artículo 1.103.

También aquí el Tribunal Supremo aplica el artículo 1.103, cuando no lo habían hecho así las Salas de instancia.

Sentencia de 17 de diciembre de 1979.—En una factoría, cerrada por vacaciones y sin suministro eléctrico en ese período, fallece un obrero, que había ido allí a efectuar la lectura de los contadores, al caerle encima un armario muy pesado que estaba situado sobre una base de medio metro de altura y simplemente adosado a la pared, es decir, sin sujección alguna. No hubo testigos del accidente; por lo que éste hubo de reconstruirse a base de presunciones.

Los contadores se encontraban dentro del armario, por lo que para efectuar su lectura era preciso abrirlo. Para este menester tenía allí la empresa unas banquetas que no fueron utilizadas por el operario fallecido. Se subraya el hecho de que dicho armario se venía utilizando sin que hasta la fecha se hubiera producido accidente alguno.

Los padres y esposa del fallecido interpusieron demanda solicitando que la empresa les abonase la cantidad de 1.000.000 de pesetas en concepto de daños y perjuicios. En 1.^a instancia se estima parcialmente la demanda, condenando a la empresa demandada a pagar 500.000 pesetas. Apelada la sentencia, la Audiencia la revocó parcialmente condenando a la empresa a pagar un 1.000.000 de pesetas. Interpuesto recurso de casación por la demanda, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo modificando la cantidad a pagar que fijó en 750.000 pesetas.

La vía por la que se interpuso el recurso parece ser la del error de hecho o Derecho.

En los considerandos se señala que existen dos culpabilidades: la de la empresa y la propia víctima.

La de la empresa nace de su negligencia en la instalación del armario, que causó la muerte del operario al caer sobre él. Las dimensiones y peso del armario (teniendo en cuenta que la puerta pesaba 200 kilogramos, lo que representa una tercera parte del peso total)

y su ubicación sobre un soporte de medio metro de altura inducían a la imputación de culpa a la empresa. En el 4.º considerando se examina el motivo del recurso por el que se pide subsidiariamente [para el caso de que no se entendiera que el hecho dañoso acaeció por culpa exclusiva de la víctima] la aplicación del artículo 1.103 del Código civil, tomando como fundamento no estar probada la conducta de la víctima en los momentos precedentes al accidente. Aunque no hubo testigos, hay datos objetivos que no tomó en cuenta la sentencia de la Audiencia. Desde que se empezó a utilizar el armario no se había producido ningún tipo de accidente; lo que permite presumir que necesitó para precipitarse un impulso superior al habitual para abrirlo y que ese impulso no pudo ser ejercido sino por la propia víctima. Además, para el uso del armario se había habilitado una banqueta y se dio como cierto que no se había usado por el fallecido. Apoyándose en estos datos, el Tribunal Supremo entendió que la víctima contribuyó activamente a la caída del armario. En el único considerando de la segunda sentencia se dice: «Que la participación en el hecho de forma activa por la víctima, ha de conducir a este Tribunal a moderar, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 1.103 del Código civil, la cuantía de la condena a la empresa demandada, en una cantidad que, usando del arbitrio que para el caso tiene el Juzgador, se puede valorar en una tercera parte [evidentemente, quieren decir cuarta, porque el Tribunal de instancia fijó 1.000.000 y el Tribunal Supremo lo deja en 750.000 pesetas] de la indemnización total que fijaba la de instancia».

Sentencia de 30 de junio de 1981 (93).—Se trata de un contrato de transporte mercantil en el que las mercancías no llegan a su destino. El que encargó el transporte demanda al transportista el abono de los daños y perjuicios sufridos.

En 1.ª instancia se condena al demandado a pagar la cantidad de 1.859.000 pesetas. Apelada la sentencia, la Audiencia estimando en parte el recurso, condenó a la empresa a pagar 1.000.000 de pesetas. Se interpuso recurso de casación y el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo.

En el 2.º considerando se señala que los razonamientos de la sentencia de 1.ª instancia y la de la Audiencia son similares. Pero en la de primera se condena a pagar la suma que representa el valor de las mercancías transportadas, fijado pericialmente en 1.859.000 pesetas y en la segunda Audiencia hace uso de la facultad de moderación, reduciéndola a 1.000.000 de pesetas. Contra este pronunciamiento se alzan los tres motivos del recurso. Se denuncia (por la vía del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), la infracción por violación de los artículos 379, en relación con el 363,

(93) Para más detalles sobre antecedentes de la misma sentencia en el apartado XII.

párrafo 1.º, ambos del Código de comercio, y la indebida aplicación al caso del artículo 1.103 del Código civil.

En los considerandos de la sentencia del Tribunal Supremo se dice que no había motivo alguno para moderar la indemnización, y que el Tribunal de instancia debió sin más aplicar los artículos del Código de comercio que fijan la cantidad de la indemnización en el precio de la mercancía que se perdió.

En esta sentencia el Tribunal casa, pues, la de instancia, por haber moderado indebidamente la responsabilidad.

Sentencia de 27 de junio de 1983.—Varios niños penetran sin ser vistos en una caseta, donde se encontraban almacenados productos de pirotecnia. Estos productos se fabricaban en una empresa situada al lado de la caseta, encontrándose ambas edificaciones y los terrenos que los circundaban totalmente vallados, si bien existían sectores de la cerca que estaban deteriorados (por uno de ellos se introdujeron los niños) y la puerta de la caseta no estaba cerrada.

Los niños, ya dentro de la caseta, sustrajeron de ésta unas bengalas y una bomba o artefacto de plástico que al ser manipulada por uno de los niños (de doce años), golpeándola con una piedra, estalló, ocasionándole graves lesiones que dieron lugar a la amputación traumática de su mano izquierda.

El padre del menor interpone demanda contra la empresa de productos pirotécnicos, reclamando cantidad por los daños y perjuicios sufridos por su hijo. El Juez de 1.ª instancia absolvió a la empresa estimando que toda la culpa del daño sufrido era del menor. Apelada la sentencia, la Audiencia la confirmó. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo, revocando las anteriores sentencias; y, estimando parcialmente la demanda, condenó a la empresa a pagar al demandante 1.000.000 de pesetas.

El recurso se interpuso por la vía del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En los considerandos se declara que de los hechos probados se desprende que existió culpa tanto por parte del demandado como por la de la víctima. El demandado no tomó las medidas de seguridad pertinentes para este tipo de empresas, pues la valla que rodeaba las instalaciones estaba rota en varios sitios y la caseta-almacen carecía de llave y no existía vigilancia. El menor fue imprudente al llevarse los explosivos y manejarlos descuidadamente. La sentencia termina diciendo que «se está en el caso de, haciendo aplicación de lo que al respecto autoriza el artículo 1.103 del Código civil, moderar la indemnización reclamada en la demanda, cifrándola en 1.000.000 de pesetas.

Sentencia de 20 de febrero de 1987.—En un accidente de circulación están implicados dos camiones dedicados al transporte: uno de ellos conducido por un asalariado de una compañía y el otro por su propietario. De la colisión se siguieron daños tanto para los vehículos como para los conductores. El conductor-propietario interpo-

ne demanda contra el otro conductor, su patrono y la compañía aseguradora. En 1.^a instancia se estimó parcialmente la demanda, condenando a los demandados a pagar al actor 3.000.000 de pesetas por los perjuicios derivados de incapacidad física, daños morales y secuelas, y 1.070.000 en concepto de daños materiales del vehículo y perjuicios del transporte. Apelada la sentencia, la Audiencia la revoca, condenando a los demandados a pagar al actor 2.879.000 pesetas, de las que 200.000 en concepto de lo cubierto por el seguro obligatorio serán pagadas por la compañía. También se condena al actor a que pague al propietario del otro camión la cantidad de 36.389 pesetas. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo lo estimó, casando parcialmente la sentencia de la Audiencia y fijando en 140.000 pesetas la cantidad que debía pagar la aseguradora en vez de las 200.000 que señaló la Audiencia.

En los Fundamentos de Derecho se señala que existió concurrencia de culpas, pues si bien uno de los implicados en el accidente maniobró imprudentemente, el otro también obró con negligencia, al detener su vehículo sin orillararlo contra la cuneta, violando con ello las normas de seguridad viaria.

En el tercer motivo, interpuesto por la vía del artículo 1.692.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusaba a la sentencia recurrida de haber interpretado erróneamente la doctrina legal sobre compensación de culpas, pues, aun admitiendo que cooperaron ambos conductores al resultado dañoso, entiende el recurrente que las culpas concurrentes eran de igual cantidad, en contra de la sentencia recurrida, que las fijaba en un 70 por 100 de culpa para el demandado y un 30 por 100 para el actor.

Se desestima el motivo porque «es facultad privativa de los Tribunales la de moderar a su prudente arbitrio la responsabilidad del agente, reduciendo en la proporción que estime la cuantía de la indemnización, repartiendo el daño con el perjudicado cuando declaran la compensación de culpas, sin que el uso de tal facultad discrecional pueda dar lugar a interpretación errónea de preceptos o doctrina legal». Termina señalando el Tribunal Supremo que sin duda era más grave la conducta del demandado.

A pesar de lo visto en las sentencias anteriores, existe un gran número de sentencias que aseguran que la posibilidad de moderar es facultad exclusiva de la Sala de instancia: 24 de diciembre de 1941, 5 de abril de 1962, 13 de febrero de 1971, 24 de febrero de 1976, 29 de diciembre de 1978, 5 de enero de 1979, 17 de mayo de 1979, 9 de julio de 1979, 25 de marzo de 1980, 29 de mayo de 1980, 11 de diciembre de 1981, 24 de septiembre de 1983, 15 de diciembre de 1984, 29 de noviembre de 1985, 10 de diciembre de 1985 y 6 de abril de 1987,

En realidad no hay tanta diferencia entre unas y otras sentencias. Todas las que afirman que se trata de una facultad exclusiva de la

Sala de instancia se ocupan de casos en los que o bien no había razón alguna para moderar o bien la Sala de instancia lo había realizado correctamente. El Tribunal Supremo modifica lo que realizó la Sala de instancia cuando estima que el resultado alcanzado es incorrecto.

Así las sentencias de 25 de noviembre de 1959, 19 de junio de 1963, 17 de diciembre de 1979 y 20 de febrero de 1987.

El examen de la jurisprudencia recogida apoyó las conclusiones alcanzadas en el apartado anterior: cabe el control en casación de la facultad de moderación.

2. Vía procesal para pedir la moderación que no se realizó o para impugnar la realizada indebidamente

El Tribunal Supremo ha manifestado en varias sentencias que la única vía procesal aceptable para reclamar la aplicación del artículo 1.103 cuando debiendo hacerse no se hizo, o cuando se aplicó indebidamente, es la del número 4 del vigente artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo equivalente era el número 7 del mismo artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil en su antigua redacción. Para el Tribunal Supremo se trata, pues, de una cuestión de hecho a apreciar en principio por la Sala de instancia. Dichas sentencias son las de 18 de marzo de 1932, 24 de diciembre de 1941, 3 de febrero de 1973, 2 de febrero de 1976, 9 de julio de 1979 y 1 de julio de 1983.

Sentencia de 18 de marzo de 1932 (94).—En este caso las dos instancias y el Supremo estimaron que no existió negligencia culposa por parte de la empresa demandada, por lo que ésta carecía de cualquier tipo de responsabilidad y, consecuentemente, no se aplica el artículo 1.103. En la sentencia se insiste en la desestimación de uno de los motivos del recurso por no basarlo en el número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil «pretendiendo que su criterio sustituya al de la Sala *a quo* sin basarlo en error de hecho o de Derecho». De lo dicho se concluye que en realidad el utilizar una vía procesal inadecuada (según el Tribunal Supremo) no ha sido determinante para no casar la sentencia, sino más bien el estimar que no hubo culpa o negligencia en la actuación de los demandados.

Sentencia de 24 de diciembre de 1941.—En uno de los pozos registros del Ayuntamiento de Madrid, en el que, de acuerdo con un contrato, la empresa «X» había instalado conducciones eléctricas para las señales luminosas de tráfico, se produjo una explosión de gas. A consecuencia de la misma don Carlos R. sufrió lesiones que le

(94) Los hechos de esta sentencia se encuentran resumidos en el apartado VI.

ocasionaron incapacidad parcial permanente. El lesionado interpuso demanda, en reclamación de los daños y perjuicios sufridos, contra el Ayuntamiento, la compañía de gas y la sociedad instaladora de las conducciones eléctricas. La Audiencia condenó al Ayuntamiento y a la empresa eléctrica a pagar la indemnización solicitada (15.000 pesetas), absolviendo a la compañía de gas. Se interpuso recurso de casación por la representación de los demandados por infracción de ley (artículo 1.692.1) y el Tribunal Supremo lo desestimó. En el 5.º considerando de la sentencia se estudia uno de los motivos del recurso, referido exclusivamente a la cuantía de la indemnización que la sentencia recurrida ordena pagar a los demandados. El Tribunal Supremo desestima el motivo, porque «declarada la existencia y realidad de la culpa y la del daño derivado de ella, la valoración de éste es función privativa del Tribunal de instancia, al que corresponde fijarla, sin que su apreciación, que además de ser de puro hecho es ejercicio de facultad discrecional no sujeta a reglas sustantivas, sea impugnable en casación, según tiene declarada la jurisprudencia de esta Sala al interpretar el artículo 1.902 concordándole con el 1.103 y 1.106 del Código civil, cuando se trata de daños cuya valoración, como lo es la de la pérdida de la vida o de la integridad del funcionamiento corporal no puede descansar, por lo menos de manera exclusiva, en pruebas objetivas; doctrina que no permite que se entienda que el Tribunal *a quo* ha infringido los preceptos legales y jurisprudencia que en el motivo se citan, invocando además del número 1.º al 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con alegación de que el demandante no ha justificado la cuantía del daño a que antes se alude y combatiendo las apreciaciones de hecho del Juzgador relativas al daño fisiológico consistente en la disminución de la integridad funcional del actor, aunque sin citar ningún documento o acto auténtico o precepto relativo a la prueba demostrativa de que la Sala inferior ha incidido en error al apreciar las pruebas».

Sentencia de 3 de febrero de 1973.—Varios copropietarios venden a un matrimonio una finca de 480.000 metros cuadrados por un precio alzado de 90.000.000 de pesetas. En el documento privado de la venta se especificaba que los compradores no podían vender más que el 30 por 100 de la cantidad que a cuenta del precio total de la finca tuviesen satisfecho a los vendedores en el momento de la reventa. Los compradores incumplieron el contrato al no pagar uno de los plazos estipulados. Los vendedores optaron por la rescisión, demandando a los compradores, pidiendo que éstos les entregaran 15.000.000 de pesetas, estipulados en una cláusula penal indemnizatoria, y además 4.500.000 pesetas por haber realizado ventas a las que no alcanzaba la resolución del contrato. En 1.ª instancia se estimó la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia la confirmó. Recurrida en casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

En el primer considerando se señala que el incumplimiento fue

total por lo que no era posible aplicar el artículo 1.154 del Código civil como pretendían los recurrentes. Estos en el primer motivo del recurso acusaban de violación por no aplicación de los artículos 1.103 y 1.154, ambos del Código civil, diciendo que no se trataba de incumplimiento total, sino de mero retraso. Según el Tribunal Supremo hay que tener en cuenta que la vía procesal utilizada no es la adecuada, porque solamente puede serlo la del número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y que no procede la aplicación del artículo 1.103 por cuanto sólo rige cuando el incumplimiento es por culpa o negligencia.

La referencia a la vía procesal del Tribunal Supremo está hecha aquí también a mayor abundamiento, puesto que una vez que se apreció que se trataba de una conducta dolosa, ya no era posible aplicar el artículo 1.103.

Sentencia de 2 de febrero de 1976.—El chófer de un camión destinado al transporte de maderas estaba cargando el vehículo, como habitualmente se hacía en la empresa de transportes donde trabajaba, en una explanada donde existían unos cables de alta tensión. Al terminar de cargar el camión, el empleado arrojó sobre la carga una sirga metálica que al tocar los cables produjo una descarga eléctrica, dando lugar a la muerte del conductor. La viuda interpuso una demanda reclamando los daños y perjuicios sufridos contra el dueño de la empresa de transportes y contra la compañía eléctrica. En 1.ª instancia se estimó parcialmente la demanda, condenando a ambos demandados a pagar la cantidad de 200.000 pesetas. La actora apeló la sentencia y también lo hicieron los demandados. La Audiencia desestimó el recurso de los demandados, y apreció en parte el de la actora, condenando a pagar 800.000 pesetas en concepto de daños y perjuicios. Interpuesto recurso de casación por ambas partes, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo.

En base al número 1 del artículo 1.692 se alegó la violación del artículo 1.902 y la aplicación indebida del artículo 1.103, por entender que sólo hubo un culpable, la víctima, ya que la compañía tenía instalados los cables de acuerdo con lo exigido legalmente. El Tribunal Supremo opone a esta argumentación que la compañía, en el ejercicio de la obligación que tenía que vigilar el tendido, debió percatarse de que éste estaba demasiado bajo para la seguridad de las operaciones de carga y descarga de maderas que se venía realizando en la citada explanada desde hacía tiempo. Existía, por tanto, culpa de la compañía eléctrica, puesto que, aun reuniendo los requisitos pedidos por la ley, éstos demostraron ser ineficaces visto el resultado dañoso.

Se probó también que el dueño de la compañía de transportes eligió el lugar de autos para efectuar las cargas y descargas por ahorrarse gastos, a costa de un mayor riesgo para sus empleados, que no fueron advertidos del peligro que corrían. «Así pues —dice el Tri-

bunal Supremo— al no haberse destruido tales afirmaciones por la vía del número 7 del artículo 1.962 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, resulta claro que la culpa no fue únicamente de la víctima, sino que existió concurrencia de la de los dos demandados».

Sentencia de 9 de julio de 1979.—Se trata de una empresa que reclama a otra daños y perjuicios por un incumplimiento contractual. En 1.^a instancia se aprecia parcialmente la demanda condenando a pagar a la empresa demandada 24.000 pesetas, más 2.819 marcos alemanes pagaderos en pesetas y los intereses de esas cantidades desde la fecha de la interposición de la demanda. Apelada la sentencia por la empresa actora, la Audiencia la revoca en parte condenando a pagar 110.000 pesetas, confirmando la de instancia en el resto de sus pronunciamientos. Recurrieron en casación las dos partes. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a ninguno de los recursos.

En el primer considerando se dice que «la fijación de su cuantía [la de los daños y perjuicios] son cuestiones de hecho atribuidas a la facultad discrecional del juzgador de instancia contra las que no cabe el recurso de casación por la vía procesal del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues en estos supuestos el fallo del Tribunal sentenciador sólo puede impugnarse en casación por la vía del número 7 de dicho artículo».

Sentencia de 1 de julio de 1983 (95).—En esta sentencia se apreció concurrencia de culpas de demandantes y demandados en la producción del daño. Se interpuso recurso de casación por el motivo 1 del artículo 1.692, y el Tribunal Supremo vuelve a insistir en que en el recurso no se han destruido por la vía del error de hecho o de Derecho los presupuestos de los que el Tribunal sentenciador deduce la imprudencia o negligencia de ambas partes (artículo 1.692.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Cabe apreciar que en ninguna de las sentencias expuestas la razón de no haber utilizado la vía procesal adecuada fue la única para decidir la aplicación o no aplicación del artículo 1.103 del Código civil al caso en cuestión. En cada una de las sentencias examinadas existía además otra razón fundamental que llevaba al Tribunal Supremo a decidirse en uno u otro sentido.

Por otra parte, aún esa afirmación de que el único camino procesal correcto sea el del número 4 del vigente artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se contradice por el propio Tribunal Supremo. En efecto, las sentencias que casan las de instancia, por no aplicar el artículo 1.103 del Código civil o hacerlo incorrectamente, no corresponden siempre a la estimación de motivos interpuestos al amparo de la vía procesal prevista para el error de hecho o de Derecho. Así, las sentencias de 25 de noviembre de 1959, 3 de marzo

(95) Los antecedentes de hecho de esta sentencia están relatados en el apartado V.

de 1978, 30 de junio de 1981 y 27 de junio de 1983. En ellas la vía ha sido la de infracción del artículo 1.103. Así pues, la moderación no es una cuestión de hecho y la casación cabe tanto por la vía del error, como por la infracción de normas.

3. La motivación de la facultad de moderar

Del conjunto de las sentencias examinadas se sigue que lo habitual es que la Sala de instancia mencione las razones que en el caso concreto la llevan a moderar la responsabilidad al amparo del artículo 1.103 del Código civil. Suelen señalar que hubo concurrencia de culpas, en responsabilidades procedentes tanto de convenio como extracontractuales, que los prejuicios causados fueron menores que lo que a primera vista parecía, que se trataba de una culpa leve, que el contrato incumplido era gratuito, etc. Además, normalmente, aún no diciendo nada en concreto sobre ello, la causa o justificación de la moderación se desprende de los hechos.

Sin embargo, hay una sentencia del Tribunal Supremo, la de 30 de junio de 1981 (96), que plantea el problema de si es preciso que la Sala de instancia dé las razones de porqué procede la moderación.

Se trataba de un contrato de transporte, en el que la mercancía no llega a su destino por culpa del transportista. Se pide la indemnización por daños y perjuicios. En 1.^a instancia se condena al demandado a pagar en ese concepto el valor de la mercancía que no llegó de acuerdo con la estimación de los peritos.

Apelada la sentencia, la Audiencia la revoca en parte, reduciendo a la mitad el monto de la indemnización. Interpuesto recurso de casación por el demandante, el Tribunal Supremo declara que «la Sala de instancia no ha razonado por qué hace uso de la tal moderación, a toda luces además improcedente o injustificada, ya que se limita a decir en el último de sus considerandos: «Si bien el Tribunal en uso de la facultad que le confiere el artículo 1.103 del Código civil estima equitativo y justo fijar la cuantía de los daños reclamados en la cantidad total de 1.000.000 de pesetas».

En realidad, el Tribunal Supremo casó la sentencia de la Audiencia, más que por el hecho formal de no haber dado las razones existentes para moderar, porque no existía razón alguna para ello.

Aunque no parece que en sentido estricto exista para la Sala de instancia la exigencia de razonar el porqué de la moderación efectuada, y de hecho no se han revocado otras sentencias en las que estas razones se desprendían de los hechos, sin que se hubieran explicado,

(96) Los antecedentes más completos de esta sentencia se encuentran en el apartado XII.

no cabe duda que, existiendo la posibilidad de un amplio control de la facultad a través del recurso de casación, la tal motivación implícita o explícita es necesaria. Por tanto, la Sala de instancia debería exponer los motivos que la llevaron a moderar en el caso concreto si éstos no se desprenden con absoluta claridad de los hechos, sin que se hubieran explicitado, no cabe duda que, existiendo la posibilidad de un amplio control de la facultad a través del recurso de casación, la tal motivación implícita o explícita es necesaria. Por tanto, la Sala de instancia debería exponer los motivos que la llevaron a moderar en el caso concreto si éstos no se desprenden con absoluta claridad de los hechos.

XI. APLICACION DE OFICIO O A PETICION DE PARTE

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha afirmado en dos ocasiones que la facultad de los Tribunales de moderar la responsabilidad procedente de negligencia se aprecia de oficio por éstos (97). Se trata de dos sentencias muy distantes en el tiempo, una de 14 de mayo de 1920 y la otra de 8 de noviembre de 1985.

Sentencia de 14 de mayo de 1920.—Entre varias personas se constituyó una sociedad minera, cuyo presidente era el demandado. El objeto de la sociedad era explorar y explotar una serie de concesiones mineras. A más de las existentes en explotación la sociedad solicitó la concesión de una nueva demarcación, cercana a una de sus minas (Mina Salmerón). Se concedió la demarcación, que la sociedad pensaba llamar “demasía a Salmerón”, dando un plazo para presentar una serie de documentos que hicieran firme la concesión. El presidente de la sociedad minera no presentó dichos documentos a tiempo. A consecuencia de su conducta negligente, la demarcación en cuestión se concedió a otra sociedad minera, y aunque después de algunas vicisitudes se consiguió la adjudicación de parte de la concesión originalmente solicitada, otra parte de la misma quedó para la segunda compañía minera, con los consiguientes perjuicios.

La sociedad minera que primero solicitó la demarcación demanda a su expresidente, reclamando el abono de los daños y perjuicios causados por su negligencia en presentar la documentación, ya que, pese a sus posteriores esfuerzos, esa negligencia se tradujo en la pérdida de parte de la concesión. En 1.^a instancia se estima la demanda condenando al expresidente a la indemnización de los daños y perjuicios causados y a la devolución de unos documentos sociales que indebidamente retiene. Apelada la sentencia por ambos litigantes, la Audiencia revoca en parte la sentencia y condena al demandado a pagar

(97) No hay ninguna sentencia en que se desestime la apreciación de oficio.

los daños y perjuicios que causó, pero sin que el monto de éstos (los dimanentes de la pérdida de parte de la «demasia a Salmerón») pueda exceder de la cantidad de 500 pesetas. Contra esta sentencia los actores interponen recurso de casación.

En el segundo motivo del recurso se dice que «hay en el fallo la doble incongruencia de no amoldarse a las peticiones de las partes y otorgar más de lo pedido, pues entablado el litigio por la sociedad recurrente para que se declarara que la demasia se había perdido por culpa o negligencia del demandado y que se condenara a éste a indemnizar los daños y perjuicios que con ello se habían causado, y por parte de éste, reconocimiento de la certeza del hecho de la pérdida, pero pidiendo concretamente la absolución por negar que se hubiera incurrido en culpa ni en negligencia, sin que solicitara, ni aún subsidiariamente, que la condena se moderara, estando conformes las partes durante el debate en que la condena que se discutía era ilíquida, no habiendo ninguna de ellas intentado probar su cuantía en forma concreta, amoldando la prueba a los términos del debate judicial, la Sala fija una cantidad líquida como máxima de indemnización, incurriendo con ello en incongruencia y otorgando lo que no se había pedido».

El Tribunal Supremo no estimó el motivo, razonando que «la Sala, al determinar que no excediese de 500 pesetas la cantidad abonable a la sociedad por el demandado, en concepto de indemnización por haber caducado la «demasia a Salmerón» a causa de su negligencia, no hizo más que usar de la facultad discrecional que confiere a los Tribunales el artículo 1.103 del Código civil, y reconoce la sentencia de 29 de mayo de 1897, de moderar según los casos la responsabilidad procedente de negligencia, facultad que dado su carácter no requiere para ejercitarse petición concreta de las partes, bastando sólo que se solicite indemnización de daños y perjuicios por culpa o negligencia».

Sentencia de 8 de noviembre de 1985.—La empresa «Puratos, S. A.», concretó el día 31 de enero de 1979 un contrato de compraventa de 300 toneladas de ácido tartárico a 55 francos belgas el kilogramo con la empresa «Industrias Químicas y Tartáricas, S. A.» La primera como compradora y la segunda como vendedora. En el contrato se especificaba que el plazo para entregar la mercancía era el comprendido entre los meses de abril a octubre del mismo año de 1979. El 15 de marzo siguiente las partes acuerdan que antes de comenzar los envíos del género contratado la vendedora habría de esperar aviso de la compradora, que lo daría cuando tuviera autorización de importación. Antes de finalizar el plazo para la entrega, en agosto de 1979, la compradora requirió notarialmente a la vendedora para que cumpliera. Con anterioridad, en junio, había notificado a la vendedora que ya tenía el permiso de importación. La vendedora no había contestado ni realizado envió alguno. Al requerimiento notarial

contestó la vendedora diciendo que los envíos debían haber comenzado en abril por lo que no se consideraba obligada a cumplir.

En vista de dicho incumplimiento, la compradora adquirió el ácido tartárico que necesita a otra empresa a un precio de 79 francos belgas el kilogramo. La compradora, «Puratos, S. A.», interpuso demanda reclamando la diferencia entre el precio pactado con su vendedora y el que luego hubo de pagar por el incumplimiento de ésta a otra empresa, 7.500.000 francos belgas.

El Juez de 1.^a instancia desestimó la demanda absolviendo a «Industrias Químicas y Tartáricas, S. A.» Apelada la sentencia pro la actora, la Audiencia revocó la sentencia, declaró rescindido el contrato de compraventa por incumplimiento y condenó a la empresa demandada a que abonara a la actora en concepto de daños y perjuicios la cantidad de 4.000.000 de francos belgas (su valor en pesetas). La empresa demandada interpuso recurso por infracción de ley. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Aquí nos interesa el Fundamento de Derecho número 6. En él se contemplan los motivos del recurso en los que se alega la infracción de los artículos 329 del Código de comercio, y el 1.103 del Código civil y sentencias que cita: se impugna la fijación de la indemnización que la sentencia hace. El Tribunal Supremo señala que en este caso se ha apreciado «una especie de concurrencia de culpas contractual» y que «todos estos son datos de hecho [se refiere a la serie de circunstancias que hacen estimar que existió negligencia por ambas partes] que utilizó la Sala de apelación a su prudente arbitrio para moderar la suma pedida en la demanda y que al formar parte de un ejercicio discrecional, apreciando las circunstancias de hecho del caso en litigio, que no requiere petición concreta de las partes...».

En la primera de las dos sentencias se hace una afirmación tajante de la aplicación de oficio de la facultad de moderación, señalando que para ello sólo es preciso solicitar la indemnización por daños y perjuicios por culpa o negligencia. En la segunda sentencia la afirmación de que no se requiere petición de las partes parece dicho simplemente *obiter*, puesto que en el recurso no se alegó incongruencia por conceder algo no pedido.

Aunque no se toque este extremo expresamente, hay otras sentencias en las que se ha moderado la responsabilidad, en aplicación del artículo 1.103 del Código civil, sin que las partes lo hayan solicitado. Así las de 25 de noviembre de 1959, 5 de diciembre de 1959 y 23 de octubre de 1983.

Efectivamente, de acuerdo con la máxima *Iura novit curia*, ante los Tribunales no es preciso más que probar los hechos, el Juez conoce el Derecho y habrá de aplicarlo de oficio. Es obvio que la moderación debe aplicarse en su caso, aunque no haya habido petición de las partes.

En relación con otros preceptos en los que se trata de una facul-

tad de moderación semejante, también hay jurisprudencia que afirma que no es precisa la petición de los interesados para moderar. Tal es el caso de los artículos 1.154, 1.729, 1.801 y 1.889 del Código civil.

Aunque la doctrina en general no se ha preocupado de opinar en este tema, sí lo ha hecho incidentalmente algún autor como Santos Briz (98) y Soto Nieto Nieto (99); ambos se pronuncian en el mismo sentido aquí mantenido, coincidente con el de las sentencias citadas.

XII. APLICACION DEL ARTICULO 1.103 FUERA DEL AMBITO DEL DERECHO CIVIL

El Derecho civil es el Derecho privado general. El Código civil, además de su ámbito de aplicación propio, tiene valor supletorio general. Como dice De Castro: «Tanto respecto de las normas de Derecho privado, como de las de Derecho público, se refieran expresamente o no al Código, sean anteriores o posteriores a él» (100). El vigente artículo 4 del Código civil, en su tercer apartado así lo reconoce expresamente: «Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes».

Además, el Código de comercio reconoce también en su artículo 2, párrafo 1.º, esa función supletoria del Código civil como Derecho común: «Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza, y a falta de ambas reglas, por las del Derecho común».

El artículo 1.103 es por su naturaleza una norma de carácter general. Así lo confirma su inclusión en el Capítulo II, del Título I del Libro IV del Código civil: «De la naturaleza y efectos de las obligaciones». Además, su propio tenor literal se refiere a «toda clase de obligaciones». El espíritu de la norma también abunda en su carácter general.

El artículo 1.103 del Código civil es, pues, aplicable no sólo en el ámbito exclusivo del Derecho civil, sino también dentro del campo del Derecho privado y del Derecho público.

De hecho, así lo han entendido las Salas del Tribunal Supremo de lo Contencioso-administrativo, que lo han aplicado en algunas ocasiones.

Sentencia de 15 de diciembre de 1978.—Sala 4.ª del Tribunal Supremo.

A un contratista de obras se le adjudican por acuerdo municipal

(98) Comentario al artículo 1.902, en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, de Edersa, T. XXIV, Madrid, 1984, pp. 151 y 152, y *La compensación de culpas: su aplicación en el seguro de suscripción obligatoria de automóviles*, en «RDP», 1988, p. 776.

(99) *La llamada compensación de culpas*, en «RDP», 1968, p. 418.

las obras de reforma y adaptación de un centro para mendigos, con un presupuesto final de 8.774.526 pesetas. El plazo para realizar la totalidad de la obra, un año, expiraba el 2 de julio de 1971. Un mes antes del final del plazo el contratista comunicó por escrito al Ayuntamiento que desde esa fecha paralizaba los trabajos, motivando su decisión en haber solicitado anteriormente la rescisión de la contrata sin pérdida de la fianza, debido a tener agotado el presupuesto de la obra. Desde la citada fecha las obras quedaron suspendidas definitivamente. Hasta ese momento el contratista había realizado el 90 por 100 del total de la obra según acreditaban las certificaciones.

El expediente municipal que se instruyó al respecto se concluyó el 20 de octubre de 1971, resolviendo: a) rescindir el contrato de obra dejándolo en suspenso; b) incautación de las garantías prestadas por el contratista por un importe total de 220.000 pesetas; c) inhabilitación del contratista para contratar con la Corporación municipal, y d) aprobar la liquidación de la obra efectuada que ascendía a la suma de 8.198.309 pesetas. La fundamentación jurídica del acuerdo del Ayuntamiento fue lo que éste calificaba como paralización de las obras, incumplimiento del plazo previsto para su ejecución y abandono de las mismas sin causa justificada, hechos que se subsumían en los artículos 146, del pliego de condiciones, y 56, 65.1 y 71, 1.º y 2.º, del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales (101).

Ante este acuerdo el contratista interpone recurso contencioso-administrativo. Posteriormente el Ayuntamiento apela y el Tribunal Supremo da lugar en parte a dicha apelación, revocando en parte la sentencia de la Sala de lo contencioso de la Audiencia. Consideró válidos los acuerdos municipales que declararon la rescisión del contrato de obra adjudicado al contratista y que aprobaron la liquidación de la obra practicada. Consideró, en cambio, no ajustados a Derecho dichos acuerdos, y, por tanto, nulos, en cuanto en ellos se dispuso la incautación de fianzas y la inhabilitación del contratista.

El 4.º considerando de la sentencia subraya que en los acuerdos municipales se citan genéricamente un conjunto de disposiciones y se califica indiscriminadamente los hechos, tachándolos tanto de paralización como de abandono e incumplimiento. Ello obliga a discernir cuál de aquellas calificaciones corresponde de verdad a los hechos, pues ni tienen la misma entidad, ni producen los mismos efectos. «Desde el incumplimiento total por dolo al simplemente parcial por culpa o negligencia —añade la sentencia—, existe notable diferencia en orden a los límites y extensión de *la responsabilidad contractual, susceptible de ser moderada en los casos de simple culpa o negligencia, moderación que tiene su primer justificación en el artículo 1.103*

(100) *Derecho civil de España*, T. I, Madrid, 1955, p. 308.

(101) Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, 9 de enero de 1953.

del Código civil definidor de unos principios perfectamente aplicables a la contratación administrativa» (102).

Sentencia de 29 de octubre de 1983.—Contencioso-administrativa. Sala 4.^a

En esta sentencia se aplica también el artículo 1.103 del Código civil a la contratación administrativa aunque no se explicita como en la sentencia anterior.

El Ayuntamiento adjudica a una empresa constructora la construcción de un nuevo edificio para albergar a la Corporación. El presupuesto de la obra es de 68.157.253 pesetas. La fianza exigida es 1.000.000 de pesetas.

La realización de la obra, con sujeción al pliego de condiciones y al proyecto aprobado, tendrá un plazo de dieciocho meses a partir del comienzo de 1975, tras un replanteo estipulado expresamente en el pliego de condiciones. Ese replanteo se fue demorando por interferirse la Dirección General del Patrimonio Artístico. A tal punto llegó la demora que dos años después, en 1977, las dos partes (Ayuntamiento y contratista) se muestran conformes en llevar a cabo una rescisión de la contrata, puesto que la citada Dirección General imponía cambios sustanciales en el proyecto.

La única cuestión surgida entre las partes es la de si se atribuye o no algún género de culpa a la corporación municipal, que se defendió alegando tratarse de un caso fortuito o fuerza mayor. La empresa constructora reclamó que se le abonasen 992.853 pesetas en concepto de resarcimiento de daños y 8.890.077 pesetas por indemnización de perjuicios (lucro cesante y beneficio industrial de la obra, que importaba 68.000.000 de pesetas). El Ayuntamiento se mostró conforme con el pago de la cantidad pedida en concepto de daños y naturalmente la devolución de la fianza, pero se opuso al pago de la cantidad pedida en concepto de perjuicios.

La sociedad constructora interpuso recurso contencioso-administrativo. El recurso se estimó, declarando no ser ajustados a Derecho los acuerdos municipales, y en su lugar se condenó al Ayuntamiento a pagar a la actora el 1.000.000 de pesetas de fianza, las 992.000 pesetas por los daños y 8.890.077 pesetas por los perjuicios derivados para la empresa por la no realización de la obra.

El Ayuntamiento promovió recurso de casación. El Tribunal Supremo lo desestimó haciendo suyos los considerandos de la Audiencia.

En ellos se dice que existió negligencia por parte de la corporación municipal porque era inconcebible que, dada la índole de la obra y de su emplazamiento en el recinto antiguo de la ciudad, no hubiera previsto en el largo proceso previo a la contratación definitiva la conveniencia o necesidad de tener en cuenta el parecer de los organismos

(102) Obsérvese que en este caso no se pide, como habitualmente, moderar daños y perjuicios.

encargados de velar por el entorno artístico (la Dirección General de Patrimonio Artístico).

Prueba de que el propio Ayuntamiento reconocía su actuación culposa es que se mostró conforme con pagar los gastos efectuados y devolver la fianza.

En el 4.º considerando se señala que, al tener que resarcir el daño emergente y el lucro cesante y dadas las circunstancias del caso «lo justo sería traer a colación la norma contenida en el artículo 1.103 del Código civil; la cuantía de la indemnización podrá moderarse por los Tribunales según los casos». Aplicando la facultad del artículo 1.103 el Tribunal Supremo estima correcta la sentencia de la Audiencia. Modera la responsabilidad, simplemente al condenar a la corporación demandada a pagar a la empresa actora la cantidad que ésta solicitó en su demanda seis años antes. La devaluación sufrida por el dinero en ese lapso de tiempo es la cifra de la moderación.

Por lo que toca a la aplicación del artículo 1.103 del Código civil al Derecho mercantil, la respuesta debe ser también afirmativa, de acuerdo con lo antes indicado. El hecho de que en la sentencia de 30 de junio de 1981 el Tribunal Supremo casara la sentencia de instancia por entender que había aplicado erróneamente el artículo 1.103 del Código civil, no debe inducir a confusión. El caso era como sigue:

Se trataba de un contrato de transporte. Por una avería del vehículo, al parecer (103), las mercancías no llegan a su destino. El titular de éstas interpone demanda en reclamación de cantidad por los daños y perjuicios sufridos. En 1.ª instancia se condena a los demandados (la empresa de transportes y el conductor del camión) a pagar la suma que representa el valor de las mercancías transportadas (fijado pericialmente en 1.859.000 pesetas). Recurrida la sentencia por los demandados, la Audiencia hizo uso de la facultad de moderación reduciendo la suma a pagar a la cantidad de 1.000.000 de pesetas. Interpuso el demandante recurso de casación que prosperó. El recurso se basaba en la violación del artículo 379, en relación con el 363.1, ambos del Código de comercio; además de la indebida aplicación o errónea interpretación del artículo 1.103 del Código civil.

En los considerandos de la sentencia se admite que, en efecto, los daños y perjuicios son los fijados en los citados artículos del Código de comercio y que en el caso no es de aplicación el artículo 1.103 del Código civil, diciendo textualmente que no es «dable a la Sala de instancia hacer uso de la facultad de moderación, cuando existe una norma concreta que establece el *quantum indemnizatorio*» (104).

Se añade además, que la facultad de moderar se puede utilizar cuando se evite un resultado inicuo.

(103) En la sentencia no se aclara ese extremo, en cambio sí es seguro que se trata de negligencia y no de dolo.

(104) Sobre esta sentencia y la confusión entre cualificación y moderación, ver el apartado VIII.

En suma, en este caso no se aplicó la facultad de moderar del artículo 1.103 del Código civil pura y simplemente porque no existía en él ninguna circunstancia que aconsejara hacerlo.

Cosa que no significa, desde luego, que no pueda utilizarse el artículo 1.103 en los contratos mercantiles, incluido el de transporte, siempre y cuando existan razones para moderar la indemnización derivada de su incumplimiento.

XIII. EL ARTICULO 1.103 Y SU POSIBLE CONEXION CON OTROS PRECEPTOS SIMILARES EN EL CODIGO CIVIL

En nuestro Código civil existen varios preceptos que al igual que el artículo 1.103 hablan de la posibilidad, en distintos casos, de que los Tribunales moderen la responsabilidad nacida del incumplimiento de obligaciones, procedentes de contrato o «cuasi» contrato. Son éstos los artículos 1.154, 1.726, 1.801 y 1.889 del Código civil.

Interesa averiguar si dichos preceptos forman un todo con el artículo 1.103, una especie de sistema en el que éste fuera la regla general, por eso mismo bastante indeterminada, y estos cuatro artículos, simples concrecciones de esa regla para unos supuestos determinados, y si lo dispuesto para tales casos específicos podría sernos útil para la interpretación de la regla general. Para esa averiguación es preciso realizar un examen de esos preceptos uno por uno. No quiere decir esto que vaya a proceder a un examen exhaustivo de cada uno de ellos, sino tan sólo en cuanto a su relación con el artículo 1.103 del Código civil (105).

El artículo 1.154 establece que «el Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor». Este es un precepto que tiene su más inmediato antecedente, a más de en el Proyecto de 1882/88, en el de 1851, en el que su artículo 1.085, con alguna variante de redacción, era prácticamente igual al actual artículo 1.154 del Código civil (106). García Goyena, en el comentario al precepto, dice que si bien es cierto que el acreedor a falta de un pacto especial no puede ser pagado en partes contra su voluntad, pero que el artículo 1.084 (107) supone un pago o cumplimiento parcial consentido por el acreedor. Si se da este supuesto —sigue Goyena— el acreedor no

(105) En concreto, dentro de éste a su facultad de moderación.

(106) Artículo 1.085 del Proyecto de 1851: «El Juez puede modificar equitativamente la pena estipulada cuando la obligación principal se hubiera cumplido en parte y no en el todo».

(107) Artículo 1.084, Proyecto de 1851: «Si la obligación fuere divisible, regirá también lo dispuesto en el artículo anterior; pero si el acreedor admitió el pago parcial de la deuda u obligación de parte de alguno de los coherederos, deberá descontarlo de la pena, aun cuando la exija el contraventor».

puede tener parte de la cosa y exigir completa la pena que la sustituye o representa. No es lógico que una misma cláusula dé siempre lugar a la misma pena, que sea la misma para el deudor que ejecutó casi completamente su obligación, como para él que ni siquiera empezó a cumplirla. Termina este mismo autor señalando que el Juez tiene que tener en cuenta a la hora de moderar la posición de las parte y «todas las demás consideraciones de equidad que puedan ilustrar su prudente arbitrio» (108), sigue García Goyena citando a Pothier, quien pone varios ejemplos de supuestos como los del artículo 1.085 del Proyecto de 1851, alguno de obligaciones indivisibles en las que también tiene aplicación este precepto (109).

(108) *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, comentario al artículo 1.085.

(109) POTHIER: *Traité des obligations*, vol. I, Paris, 1825, núms. 351-252.: «352. Notre principe, que la peine n'est due qu'à proportion et quant à la part pour laquelle l'obligation principale n'est pas exécutée, a également lieu, soit que vous vous soyez engagé à une telle peine, au cas que vous fissiez telle chose; soit que vous me l'ayez promise, au cas qu'un tiers fit une telle chose. Par exemple, si vous vous êtes fait fort, sous peine de me payer cent écus, que Pierre ne revendiquera pas sur moi un certain héritage, la peine sera due seulement pour la moitié, si Pierre ne le revendique que pour moitié, à moins qu'il n'apparut d'une intention contraire des parties. *Molin. ibid. p. 3, n. 531.* 353. Ces décisions ont surtout lieu à l'égard des obligations de choses divisibles. Il sembleroit qu'elles ne pourroient recevoir d'application aux obligations de choses indivisibles; néanmoins elles s'y appliquent quelquefois. 1.º Quoique l'exercice d'une servitude prédale soit quelque chose d'indivisible, et qu'en conséquence l'obligation que contracte le possesseur de l'héritage servant, de souffrir l'exercice de la servitude, soit une obligation indivisible; néanmoins, lorsque cette servitude est limitée à une certaine fin pour laquelle elle a été constituée, la quelle fin se termine à quelque chose de divisible, la peine se divisera, si cette fin a été remplie pour partie; et elle n'aura lieu que pour la partie quant à laquelle elle n'aura pas été remplie; ceci va s'éclaircir par un exemple. J'ai un héritage qui a un droit de servitude sur le vôtre, lequel droit consiste en ce que les possesseurs de l'héritage servant sont obligés, au temps des vendanges, de souffrir que mes gens transportent ma vendange par cet héritage, à peine de cent écus en cas de trouble fait à mon droit de servitude. Dens cette espece, si, apres avoir, laissé passer la moitié de ma vendange, vous avez empêché le transport du surplus par votre héritage, vous n'avez encouru la peine de cent écus que pour moitié; car quoique la servitude de passage soit indivisible, et que l'obligation de souffrir l'exercice de cette servitude soit l'obligation de quelque chose d'indivisible, néanmoins, comme cette servitude est limitée à une fin, qui est le transport de ma vendange, et que ma vendange est quelque chose de divisible, on ne peut disconvenir que j'ai joui en partie de la fin pour laquelle la servitude a été imposée, et que vous m'en avez souffert jouir, en me laissant transporter par votre héritage la moitié de ma vendange. Je ne pourrai donc demander que la moitié de la peine; car je ne puis pas percevoir la peine pour le total, et jouir en partie de l'utilité de mon droit de servitude; je ne puis pas avoir tout a-la-fois l'un et l'autre. C'est ce qu'enseigne Dumoulin dans l'espece que nous venons de rapporter; *quia, dit-il, haec servitus de se individua, dividuatur ex accidenti, et ex fine dividuo... et debet judicari secundum regulam dividuorum. P. 3, n. 363.*

Article III.—Si le débiteur peut, en s'acquittant par parties de son obligation, évi-
ter la peine pour partie. 351. Un débiteur ne peut payer à son créancier, malgré lui,
partie de ce qu'il lui doit, tant que son obligation, quoique divisible, est encore indivi-
sée, suivant que nous le verrons *infra, p. 3, ch. 1, art. 3, & 2.* C'est pourquoi les
offres qu'il feroit à son créancier de lui payer partie de ce qu'il lui doit, ne peuvent
lui éviter aucune partie de la peine stipulée en cas d'inexécution, si le créancier refuse
ce paiement partiel. Mais si le créancier a volontairement reçu partie de sa dette, y

No cabe duda que este precepto, como el artículo 1.103, es un caso en el que lo que se pretende es aplicar la equidad, pero no ante cualquier situación en la que el cumplir la pena sea inicuo, sino tan sólo cuando esa falta de equidad se dé porque la obligación principal se cumplió en parte o irregularmente (110). Obsérvese que aquí lo que se modera únicamente es el *quantum* de la obligación subsidiaria, en absoluto el de la obligación principal. El artículo 1.103, en cambio, tiene un espectro de aplicación mucho más amplio; de su letra y espíritu se sigue que, siendo aplicable a «toda clase de obligaciones», lo será tanto a las principales como a las subsidiarias, y no sólo cuando se haya cumplido parte de la obligación, sino también en otros muchos posibles casos. En el artículo 1.103 es posible que se modere, por ejemplo, en base a la diligencia, aunque ésta no haya logrado resultados absolutamente prácticos.

El artículo 1.154 es inaplicable cuando no se produjo ningún tipo de cumplimiento; en cambio, aún tratándose de un caso extraño, ese

aurat-il lieu a la peine pour le total, en cas de défaut de paiement de la partie qui reste a payer? Ulpian, en la loi 9, & 1, ff. *si quis caution. in jud.* décide qu'encore bien que, selon la subtilité du droit, il put paroître que la peine doit en ce cas etre encourue pour le total, néanmoins il est équitable qu'elle ne le soit que pour la meme part qui reste a acquitter l'obligation principale. La vraie raison de cette décision est celle que donne Dumoulin, et que nous avons ci-dessus rapportée; savoir que la peine étant censée promise pour le dédommagement de l'inexécution de l'obligation principale, le créancier ne peut pas recevoir l'un et l'autre. Lors donc que le créancier a été payé pour une partie de l'obligation principale, il ne peut plus recevoir la peine pour cette partie; autrement il recevrait l'un et l'autre, ce qui ne se doit pas. C'est la dixieme clef de Dumoulin, dans son Traité de divid. et individ., p. 3, n. 112. *In omnibus sive individuis, sive dividuis, poena non committitur, nisi pro parte contraventionis efficacia, nec potest exigi cum principali; sed creditor non tenetur partem principalis et partem poenae accipere.* Ceci s'éclaircira par un exemple. En me vendant une métairie dénuée de bestiaux nécessaires pour la faire valoir, vous vous etes obligé de me fournir deux paires de boeufs, a peine de 500 liv. de dommages et intérêts, au cas que vous manquassiez de me les fournir. Vous ne pourrez pas, dans cette espece, m'obliger a recevoir une paire de boeufs, n'étant pas obligé de recevoir pour partie ce qui m'est dû; et conséquemment les offres que vous me feriez d'une paire de boeufs, si je ne veus pas la recevoir, n'enpecheront pas que vous ne soyez tenu envers moi de la peine entiere de 500 liv. Mais si j'ai volontairement reçu une des paires de boeufs que vous me deviez, faute par vous de me fournir l'autre paire, je ne pourrai vous demander que la moitié de la peine; car ayant reçu une partie de ce qui faisoit l'objet de l'obligation principale, je ne puis avoir la peine entiere, ne pouvant pas avoir l'un et l'autre.»

(110) JORDANO FRAGA: *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987, p. 349, en nota 28, dice que en el supuesto del artículo 1.154 del Código civil pueden darse otros casos en los que sin que se haya cumplido nada de la obligación principal resulte inequitativo pagar toda la pena, y para solventar ese problema defiende en contra de la mayor parte de la doctrina, que la circunstancia mencionada en el artículo 1.154 del cumplimiento parcial o irregular de la obligación principal, no es el único caso en que puede funcionar el precepto, ya que esa mención se hace *ad exemplum* y pueden existir otras causas, aunque no mencionadas expresamente. Pienso que tiene razón en cuanto a que pueden existir otras situaciones inequitativas, pero para esos supuestos no será de aplicación el artículo 1.154, sino el artículo 1.103 del Código civil.

podría ser un supuesto del artículo 1.103 (111). Por la misma razón, ya que el único criterio de moderación admitido en el artículo 1.154 es el hecho de haber cumplido en parte, para aplicarse es igual que la conducta que impidió el cumplimiento de la obligación principal haya sido dolosa o culposa (112), mientras que para aplicar el artículo 1.103 se requiere que no haya existido dolo. Ciertamente que semejante diferencia puede tener un resultado en alguna medida extraño, dependiendo de la función que tenga la cláusula penal si sirve para sustituir los daños y perjuicios (artículo 1.152), resultaría que, aún habiendo conducta dolosa, éstos se podrían moderar; en cambio, si no hubo cláusula penal, el artículo 1.103 no podría aplicarse por mor del dolo. De todas formas me parece que este contrasentido es aparente, porque en base al artículo 1.107 el deudor doloso podría argüir, para evitar el pago total de la pena que en parte en la medida en que cumplió no produjo daños y perjuicios.

Otra diferencia con el artículo 1.103 es que en éste siempre se modera el *quantum* de los daños y perjuicios producidos por el incumplimiento y en el artículo 1.154 no siempre, ya que dependerá de si en el caso concreto la cláusula penal sustituye o no a los daños y perjuicios (artículo 1.152 del Código civil). Además, la moderación prevista en el artículo 1.154 del Código civil opera en forma automática. Si se produce el cumplimiento parcial o irregular de la obligación principal el Juez tendrá siempre que moderar la pena. En cambio, en los supuestos del artículo 1.103 del Código civil no puede actuarse así, pues el propio precepto obliga a tomar en cuenta las circunstancias del caso y decidir según ellas. Luego falta ese automatismo.

Otros puntos comunes a ambos preceptos son la aplicación de oficio de los dos artículos y la posibilidad de revisión en casación.

Según el artículo 1.726 del Código civil, «el mandatario es responsable, no solamente del dolo, sino también de la culpa, que deberá estimarse con más o menos rigor por los Tribunales según que el mandato haya sido o no retribuido». En el Proyecto de 1851 no existe un precepto similar porque la idea de ese Proyecto era unificar la responsabilidad en cualquier caso a través de los artículos 1.013 (113) y 1.016 (114), sin dejar excepciones para casos particulares. Semejan-

(111) Así, por ejemplo, el supuesto que recoge POTHIER: *Ob. cit.*, núm. 164, o el que la obligación incumplida fuera de carácter gratuito, etc.

(112) Para el estudio del artículo 1.154 del Código civil, ver ALBALADEJO: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Edersa, T. XV, vol. II, Madrid, 1983, pp. 481 y ss.

(113) «La responsabilidad procedente de negligencia tiene lugar en todos los contratos, cuando no se ha puesto la diligencia que se hubiere pactado y en su defecto la que es propia de un buen padre de familia».

(114) «En el resarcimiento de los daños o perjuicios, sólo se comprenderán los que fueren consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento del contrato. En el caso de dolo, se extenderá la indemnización a los que hubieren sido conocidamente ocasionados por él».

te idea tuvo su excepción, como hemos visto, en el caso del gestor de negocios ajenos (115). Pero el mandato se recondujo en cualquier caso a las reglas generales; cosa lógica, por otra parte, ya que para el Proyecto del 51 todo mandato era gratuito: si mediaba cualquier tipo de compensación ya no era mandato, sino uno de los contratos innominados.

En el comentario de García Goyena al artículo 1.609 del Proyecto, artículo que allí se ocupaba de las obligaciones y responsabilidad del mandatario, aquél nos dice que «responde de los daños, etc.: esto es común a todos los contratos según el artículo 1.011». El texto del actual artículo 1.726 es igual al del Proyecto del Código de 1982/88. El que se estime con más o menos rigor la responsabilidad exigida al mandatario es una aplicación del principio de equidad (116). El precepto explicita que solamente se podrá moderar cuando la conducta del mandatario sea culpable. Es evidente —como dice León Alonso (117)— que no se trata de ninguna manera de que la diligencia exigible en este caso sea menor a la general del artículo 1.104, sino que la responsabilidad procedente de la falta de esa diligencia exigida en general puede moderarse por la concurrencia de circunstancias, cualesquiera en el artículo 1.103, en concreto por la gratuidad en el artículo 1.726. No exige este precepto para su aplicación que haya existido un grado de cumplimiento mínimo, aunque pienso por mera lógica que difícilmente ningún Juez moderaría una responsabilidad por negligencia en el cumplimiento del mandato cuando no haya existido actividad alguna por parte del mandatario. También aquí nos encontramos con una concreción de la regla del artículo 1.103 del Código civil, aunque en el artículo 1.726 tan sólo se hable de moderación por el criterio de la gratuidad (118). Ello no es óbice para que en un contrato de mandato no gratuito sea posible moderar la responsabilidad del mandatario por la concurrencia de algunas de las circunstancias subsumibles en el artículo 1.103.

La doctrina suele considerar que, en efecto, el artículo 1.726 es una concreción del artículo 1.103. Así lo mantienen Scaevola (119), Pérez y Alguer (120) y León Alonso (121), opinando este último que: «En definitiva, la medida del artículo 1.726 no constituye, en absoluto, una excepción a la general del 1.103, sino, más propiamente, una

(115) Apartado II, nota 4.

(116) Así lo dice MANRESA: *Comentarios al Código civil español*, T. XI, Madrid, 1931, p. 463.

(117) Comentario al artículo 1.726 del Código civil en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Edersa, T. XXI, vol. II, Madrid, 1986, p. 353.

(118) Está claro que un criterio manejable en la aplicación del artículo 1.103 del Código civil en la responsabilidad procedente del incumplimiento contractual sería la gratuidad de la prestación que se incumplió.

(119) *Notas a Ennecerus*, T. II, vol. II, p. 327.

(120) *Comentarios al Código civil*, T. XXVI, vol. II, Madrid, 1951, pp. 388 y 393

(121) *Ob. cit.*, p. 354.

matización del mismo por razón del supuesto, ya que ni el mandatario remunerado deberá ver excedida su responsabilidad más allá de la contractual propia del derecho patrimonial común, ni el gratuito devendrá punto menos que irresponsable ante su falta de diligencia objetiva».

Por lo demás, como ocurre con el artículo 1.889, el 1.726 del Código civil se aplicará de oficio y será revisable en casación.

Según el artículo 1.801: «El que pierde en un juego o apuesta de los no prohibidos queda obligado civilmente. La autoridad judicial puede, sin embargo, no estimar la demanda cuando la cantidad que se cruzó en el juego en la apuesta es excesiva o reducir la obligación en lo que excediere de los usos de un buen padre de familia».

Entre los antecedentes inmediatos de este artículo se encuentra el artículo 1.701 del Proyecto de Código civil de 1851: «El que pierde en un juego lícito queda civilmente obligado, en cuanto no exceda de la cantidad fijada por los reglamentos; y en caso de no estar fijada, podrán reducir los Tribunales esta obligación en lo que excediere de los usos de un buen padre de familia». En este precepto ya se prueba la posibilidad de los Tribunales de moderar el monto de la obligación, pero esta facultad existía tan sólo subsidiariamente, para el supuesto de que la cantidad debida no estuviese fijada en los reglamentos (122). Aunque la regla en cuestión se hubiese tomado en parte del Código civil francés, es preciso señalar que en él no se contemplaba la posibilidad de moderar la cantidad adeudada, sino simplemente la de no estimar la demanda (123).

En el comentario de García Goyena al artículo se ofrecen las razones de esta norma: «Hay cosas que, aunque lícitas en sí mismas, están proscritas por la consideración de los abusos y peligros que pueden acarrear; de consiguiente, si el juego, bajo el punto de vista que le miremos, no fuera ya reputado malo por su naturaleza, sería todavía preciso reprobalo por relación a sus consecuencias. Los juegos lícitos tienen en sí mismos un atractivo propio sin necesidad de buscarlo en un precio excesivo; pero dado este caso, los Tribunales podrán tratarlos como prohibidos, pues que en ellos igualmente que en los de suerte, había habido exposición a pérdidas ruinosas» (124).

(122) GARCÍA GOYENA, en sus *Concordancias, motivos y Comentarios del Código civil español*, dice al respecto en el comentario al apartado 1.701: «Se reconoce pues la competencia de la autoridad superior administrativa o de policía para hacerlos en esta materia; y creo que lo mismo debe sobreentenderse en los Códigos extranjeros, aunque no lo expresen».

(123) Artículos 1.965, 1.966 y 1.967 del Código civil francés. El texto que nos interesa aquí en concreto, es el segundo párrafo del artículo 1.967. Después de señalar en el primero cuáles son los juegos lícitos y que sobre ellos sí es posible cruzar apuestas, se dice: «Sin embargo, el Tribunal puede rechazar la demanda, cuando la suma le parezca excesiva».

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

En el Proyecto de 1882-88 el texto del artículo 14 del libro IV es igual al del actual artículo 1.801.

En relación con el artículo 1.103 hay que señalar que el artículo 1.801 procede, en lo que nos importa, del Proyecto de 1851, mientras que el artículo 1.103 —ya lo hemos visto— aparece por vez primera en el Proyecto de 1882-88.

Otra de las diferencias que se observan entre ambas normas es que a tenor del artículo 1.801 del Código civil, el Juez puede optar entre reducir la cantidad a pagar o no admitir la demanda. La letra del precepto no deja claro cuándo deberá aplicarse uno u otro criterio (125). La doctrina, en general, parece inclinarse por entender que se trata de una cuestión que se deja a la discreción judicial (126). En cambio, el artículo 1.103 del Código civil tan sólo permite la moderación. La verdad es que la existencia de los dos criterios en el precepto actualmente en vigor sin aclaración de cuándo hay que utilizar uno u otro, creo que procede de que en el Proyecto de 1851 se permitía moderar, pero sólo en el caso de que en los reglamentos que debieron haberse redactado por la autoridad competente, no se hubiera fijado cantidad límite alguna para el supuesto. Pues si estaba fijado y se sobrepasaba, sencillamente no se quedaba obligado civilmente en lo que excediere. Al eliminar en nuestro vigente artículo 1.801 la referencia a esos reglamentos y sustituirla por el criterio del Código civil francés de no admisión de la demanda y dejar subsistente la posibilidad de moderación, no se advirtió que éste ya no quedaba como subsidiario, pues se había perdido la referencia.

El artículo 1.801 lo que permite reducir a los Tribunales no es la responsabilidad por los daños y perjuicios que produjo el incumplimiento, supuesto del artículo 1.103 del Código civil, sino el monto de la propia obligación.

(125) Parece como si nuestro Código al eliminar en la primera parte la referencia a los reglamentos estatales, esto lo hubiera sustituido por el Criterio del Código civil francés de no estimar la demanda cuando la cantidad cruzada fuera excesiva y el criterio de moderación que subsidiariamente establecía el Proyecto de 1851 se ha mantenido, sin que ahora aparezca esa subsidiariedad de moderarla hasta los límites en que se estime no traspasa los límites de un buen padre de familia.

(126) Sobre este punto, GUILARTE ZAPATERO: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Edersa, T. XXII, vol. I, Madrid, 1982, quien en la página 379 dice, tras de poner de manifiesto el problema de interpretación, estima que el Juez tiene plena libertad para elegir la fórmula que considere mejor. En el mismo sentido SCAEVOLA: *Comentarios al Código civil*, T. XXVIII, Madrid, 1953, p. 180. Y para SANTAMARÍA: *Comentarios al Código civil español*, T. II, Madrid, 1958, pp. 820 y 821; «la facultad que este artículo [el 1.801 del Código civil] concede a la Autoridad Judicial... es una facultad discrecional, en cuyo ejercicio habrán de tenerse en cuenta, además de la especialidad del juego o apuesta, la relación de probabilidades, y las circunstancias de personas, ocasión, usos, consecuencias, etc., del caso. La resolución del Juez, no obstante, de ser discrecional, admitirá los recursos procesales correspondientes a su clase».

De lo dicho hasta ahora concluyo que aunque el artículo 1.801 del Código civil contiene una posibilidad de moderación, ésta no es en modo alguno concreción de una legal más amplia contenida en el artículo 1.103 del Código civil. Se trata de una norma independiente, cuyo único punto en común con la aquí estudiada es precisamente que en ambas se puede moderar algo.

Según el artículo 1.889: «El gestor oficioso debe desempeñar su encargo con toda la diligencia de un buen padre de familia, e indemnizar los perjuicios que por su culpa o negligencia se irroguen al dueño de los bienes o negocios que gestione. Los Tribunales, sin embargo, podrán moderar la importancia de la indemnización según las circunstancias del caso». También este precepto tiene sus antecedentes inmediatos en el Proyecto de García Goyena, cuyo artículo 1.893 es igual al actual, salvo variantes de redacción. En el comentario que del precepto hace ese autor se defiende esta excepción a la idea de un único tipo de responsabilidad en todos los casos en los siguientes términos: «Es necesario tener miramiento al parentesco, a la afeción, a la importancia del negocio, a las dificultades que ha sido preciso vender; en una palabra, no hacer al gerente víctima de su benevolencia, no pagar el beneficio por condenaciones, propias para retraerle y envenenar así el placer que siente el hombre honrado y sensible cuando hace bien a otro. Y como el legislador no puede apreciar por sí todos estos puntos, tiene que descansar en la discrección, sabiduría e integridad de los Magistrados». Esta actitud generosa para el que es generoso con otro ocupándose de sus asuntos abandonados, era tradicional en nuestro Derecho, pues en el Derecho de Partidas, Ley XXX, Título XII, Pártida V, no somete al gerente sino a culpa leve, etc.»

En este precepto como en el artículo 1.103 se trata de una aplicación de la equidad (127), y sólo para casos de conducta culposa y no dolosa. No se especifican cuáles sean las circunstancias que se habrán de apreciar con lo que es posible un amplio espectro de supuestos en su aplicación.

Aquí, aunque el momento histórico de nacimiento de los preceptos es diferente, creo que contemplan los mismos supuestos y que el artículo 1.889 es un caso concreto, de obligación determinada (la del gestor oficioso, nacida pues de cuasicontrato), en la que se aplica la regla general del artículo 1.103 (128). Podríamos decir, pues, que

(127) SANTOS BRIZ: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Edersa, T. XXIV, Madrid, 1984, pp. 57 y ss., comentario al artículo 1.889. También TRAVIEZAS, M. M.: *La gestión de negocios ajenos*, en «RDP», 1919, p. 139.

(128) SANTAMARÍA: *Comentarios al Código civil*, T. II, Madrid, 1958, p. 936, estima que el artículo 1.889 del Código civil es la manifestación en un caso concreto de la regla general del artículo 1.103 del Código civil. Igualmente, ALBALADEJO: *Derecho civil*, T. II, vol. II, 7.ª ed., Madrid, 1982, p. 458, nota 3.

la aparición posterior del artículo 1.103 convierte al 1.889 en un precepto un tanto superfluo.

Del examen realizado de algunos preceptos, por su relación con el artículo 1.103 del Código civil resulta que en ningún momento han formado un todo en la mente del legislador, en el que el artículo 1.103 estableciera una regla general y los demás preceptos lo aplicaran a una serie de supuestos concretos con las variaciones que pidiera cada uno de ellos.

Los artículos 1.154 y 1.801 del Código civil tienen importantes diferencias con el artículo 1.103 y son normas independientes con respecto a aquél. Lo que no impide que este precepto, por mor de su generalidad, pueda relacionarse con ellos. Y así se puede a su tenor moderar una pena sustitutoria de daños y perjuicios, aunque la obligación principal se hubiera incumplida totalmente o disminuir el monto de las deudas del juego.

En cuanto al artículo 1.726, surgió, como el artículo 1.103, en el Proyecto de Código civil de 1882-88, y, por sus características, constituye una aplicación del principio del artículo 1.103 a un caso particular (129), el de la gratuidad del mandato. Pero no es obstáculo para que se pueda moderar, de acuerdo con otros criterios que tengan cabida en el artículo 1.103, la responsabilidad del mandatario.

En lo tocante al artículo 1.889, resulta inútil o superfluo, puesto que la única diferencia con el artículo 1.103 del Código civil es que se refiere únicamente a los cuasicontratos mientras que éste se refiere a todas las obligaciones (incluidas las derivadas de cuasicontrato).

XIV. CONCLUSIONES

Nuestra jurisprudencia ha utilizado frecuentemente la facultad de moderación del artículo 1.103 del Código civil, pero a menudo esa utilización ha sido incorrecta.

Tales son los casos de su aplicación cuando existe concurrencia de causa en la realización del hecho dañoso, tanto en el ámbito de la responsabilidad como en el de la extracontractual. En éste puede decirse que esa aplicación ha sido la única que nuestra jurisprudencia ha dado al artículo 1.103 del Código civil. En ambos casos la utilización de ese precepto es errónea. En ninguno de los dos supuestos se produce realmente moderación alguna.

(129) Los artículos 1.103 y 1.726 del Código civil, se aplicaron juntos en la sentencia de 25 de noviembre de 1959, aunque el Tribunal Supremo no entró a hablar de la relación existente entre ambos preceptos, quizá precisamente por obvia. Para ver el resumen de la sentencia, apartado X.

Lo que ocurre es que, existiendo varias conductas ilícitas (130) (en múltiples ocasiones una de ellas, la de la propia víctima), que causaron conjuntamente los daños a indemnizar, nuestros Tribunales, por más que hablen de moderación y traigan a colación inútilmente el artículo 1.103 del Código civil, se limitan a fijar la cuota que corresponde indemnizar a cada uno de los concausantes. Ello depende de la relación de causalidad existente entre el comportamiento de cada uno de los responsables y el daño. Se trata de un reparto de responsabilidad. Para realizar estas operaciones no se precisa de la regla contenida en el artículo 1.103 del Código civil y basta con el contenido de los artículos 1.902 y 1.101 del Código civil, respectivamente.

En otras ocasiones, bastantes, se ha empleado el artículo 1.103 del Código civil para cuantificar el daño, confundiendo este concepto con el de moderación. Sin embargo, se trata de conceptos absolutamente diferentes. Cuantificar supone averiguar el monto o cuantía de los daños que se causaron. Esta tarea la debe realizar la Sala de instancia a partir de la petición de la parte perjudicada (132), y en consonancia con la valoración de la prueba practicada. Sólo después de efectuar esa cuantificación es posible pasar a moderar si procede, rebajando la cuantía previamente fijada. La cuantificación responde a la pregunta de cuál es el importe de los daños ocasionados. Para lo cual es preciso tomar en cuenta tanto el daño emergente como el lucro cesante y comprobar el nexo causal entre los mismos y la conducta ilícita del agente. La moderación, en cambio, contesta a otro interrogante: de esa cantidad previamente fijada, ¿hay que hacer algún tipo de reducción en atención a las circunstancias del caso?, ¿a cuánto ascenderá esa reducción?

El artículo 1.103 del Código civil contiene una regla de carácter general, si bien limitada a los supuestos de conducta no dolosa. Está basada en la equidad. Esa generalidad permite su aplicación indistinta en la responsabilidad contractual y la extracontractual, pues si bien es patente que no puede decirse que una y otra sean la misma cosa, también es palmario que tienen muchos puntos en común. Es por

(130) Evidentemente, la concurrencia de causas puede darse no sólo en cuanto éstas sean conductas ilícitas, sino, por ejemplo, concurrencia de una conducta ilícita con alguna circunstancia ajena, no controlable. Para esos casos sirve lo dicho con las diferencias procedentes de su distinta naturaleza.

(131) Otra cosa es que después de haber fijado las cuotas que corresponden a cada uno de los concausantes sobre el monto de la indemnización del daño, pueda ser procedente moderar la cuantía del mismo para todos o para alguno de los agentes, en cuyo caso evidentemente sí que entraría en juego la regla del artículo 1.103 del Código civil.

(132) Esa petición, frecuentemente, es de una cantidad concreta, pero también en algún caso se ha pedido que se abonen los daños causados de acuerdo con la determinación de los mismos que se haga en la ejecución de la sentencia. La necesidad de que la Sala de instancia de esa petición para cuantificar es una exigencia, que de no observarse llevaría a la incongruencia de la sentencia.

esa razón por lo que jurisprudencia y doctrina están de acuerdo en que preceptos originalmente dictados para la responsabilidad contractual se apliquen igualmente en la extracontractual. Uno de esos preceptos es el artículo 1.103, pues nada hay en él que choque con la esencia de la responsabilidad extracontractual.

Ese mismo dato de la generalidad, unido al valor expansivo y supletorio del Derecho común, hace útil el precepto aún fuera del campo del Derecho civil e incluso del Derecho privado.

Es moderable cualquier responsabilidad patrimonial, tanto la procedente de daños de carácter material como la nacida de daños morales. Dentro de los daños materiales la moderación puede alcanzar lo mismo el daño emergente como el lucro cesante.

La existencia de la facultad de moderación contenida en el artículo 1.103 del Código civil no significa que en nuestro Derecho se admitan distintos niveles de exigencia en cuanto a la diligencia, pues el único modelo de ésta es el del artículo 1.104 del Código civil. Ahora bien, la responsabilidad procedente de la negligencia admite ser disminuida «según los casos». Esta expresión supone remitir a una valoración acorde con la equidad de todas las circunstancias concurrentes en cada supuesto.

Al consistir la función del artículo 1.103 del Código civil en una aplicación de la equidad, es evidente que no precisa petición de las partes para su aplicación: *iura novit curia*. Por idéntica razón se puede asegurar que se trata de una facultad controlable en casación, y no sólo por la vía del error en su caso, sino por la infracción de normas.

Aunque no sea posible hacer una enumeración completa de los criterios que puedan justificar el ejercicio (como ya he dicho) de la facultad de moderación, sí se pueden mencionar algunos, siquiera a título de ejemplo.

De esos criterios, algunos surgen de la propia ley, de los artículos del Código civil que también se ocupan de la moderación de la responsabilidad. Así, a partir del artículo 1.726 del Código civil, cabe generalizar que es posible moderar cuando la obligación incumplida haya sido contraída gratuitamente.

Otros criterios pueden encontrarse en las sentencias en que se ha aplicado el artículo 1.103 del Código civil. Dicho artículo puede aplicarse cuando el incumplimiento contractual (o la actividad ilícita extracontractual) (133), que provocó los perjuicios de los que se responde, hayan proporcionado a la vez alguna ventaja.

(133) Pienso que este criterio tendría también posibilidad de ser utilizado en el campo de la responsabilidad extracontractual. Pensemos un ejemplo. Un canal bordea una serie de fincas rústicas. El dueño de uno de los predios ribereños utiliza el canal para transportar maderas por flotación. En esa actividad, por regular negligentemente el caudal del canal, se produce una inundación que arruina las plantaciones de uno

También cabe aplicar la moderación al siguiente supuesto a medio camino entre la moderación y la cuantificación. Habiéndose producido un incumplimiento que ha ocasionado daños y habiendo concurrido alguna otra circunstancia de carácter fortuito resulta imposible cuantificar cuál es la proporción de daños que corresponde a cada causa. En ese supuesto podría cuantificarse el total de los daños sufridos, y, en base al artículo 1.103 del Código civil, moderar esa suma de acuerdo con la equidad.

Otros criterios para la aplicación del artículo 1.103 del Código civil podrían ser los siguientes: a) cuando el monto de los daños supere notablemente las previsiones de las partes en el momento de la celebración del contrato; b) cuando el monto de los daños causados extracontractualmente supere notablemente lo previsto o previsible para el grado de negligencia observado; c) en el caso de los actos ilícitos realizados por los hijos o pupilos, que entren en la categoría de «grandes menores» por los que tengan que responder los titulares de la patria potestad o los guardadores legales; d) en los casos de responsabilidad objetiva, moderando sus consecuencias en determinados supuestos.

de los predios. Pero, a la vez, la avenida deposita en ese mismo predio gran cantidad de limo que arrastra y que hace que el fundo adquiera mayor fertilidad. Pues bien, está claro que el que utiliza el canal responderá de los daños causados en las plantaciones de otro por su negligencia. Pero también es cierto que esa negligencia ha producido una ventaja al dueño del fundo perjudicado, con lo que podría ser oportuno moderar en algo la cantidad a indemnizar.

ESTUDIOS DE DERECHO EXTRANJERO

Apuntes sobre la evolución del Derecho civil en la República Federal de Alemania en 1987 (*)

Profesor HANS-LEO WEYERS
Ayudante THOMAS KADNER
Frankfurt

I. LEGISLACION

En el ámbito del Derecho civil no se han producido modificaciones legislativas esenciales durante el año 1987 en la RFA.

La Directiva de la CEE sobre responsabilidad por productos defectuosos, a la que ya se hizo referencia en el informe del año 1985, aún no se ha introducido en el Derecho interno alemán; si bien, los trabajos legislativos al respecto se encuentran muy avanzados.

II. JURISPRUDENCIA

1. Derecho de contratos

a) En el ámbito del Derecho de contratos destaca una fundamental sentencia del BGH (*Bundesgerichtshof*) que examina la posibilidad de aplicar las normas de la compraventa (en particular, parágrafos 459 y siguientes del BGB relativos al saneamiento por vicios) a los vicios ocultos del software (1).

Dicha aplicación plantea diversos problemas, pues el valor económico del software radica en la información almacenada, aunque ésta, naturalmente, se encuentre incorporada a un soporte material. Mas la información en sí representa, en principio, una prestación incorpóral, puesto que se trata de un bien inmaterial («informativo» podría decirse): «El software no se puede tocar». Los defectos que pue-

(*) Traducido por Isabel González Pacanowska, Universidad de Murcia.

(1) BGH, NJW («Neue Juristische Wochenschrift») 1988, p. 406; JZ («Juristische Zeitung») 1988, p. 460.

dan tener los programas se refieren precisamente a este aspecto inmaterial.

En la jurisprudencia, los contratos referidos a cesión de software han recibido diversas calificaciones según las circunstancias del caso concreto: compraventa, arrendamiento de cosas, arrendamiento de obra, leasing; en alguna ocasión se ha hablado de «contrato de licencia», contrato de know-how, o de «contrato de intercambio similar a la compraventa». Los criterios utilizados para conceder una u otra cualificación han sido igualmente variados: atender a si el contrato tenía como objeto principal la elaboración de un programa especial individualizado o, por el contrario, la simple cesión del uso de software standard ya existente. También se ha valorado si la cesión se produjo en el marco de una relación contractual duradera, o si se trataba simplemente de un acto de adquisición aislado.

Parte de la doctrina compara la cesión de software con el aprovechamiento del derecho de autor sobre la obra del ingenio, lo que conlleva reconocer una transmisión de los derechos de explotación. La introducción del programa en la memoria se contempla como un supuesto de reproducción de la obra. Y, en esencia, se considera el contrato como una venta de derechos.

En la citada sentencia del BGH de 4 de noviembre de 1987 se declara en primer, que, a la hora de encontrar una solución al problema de los vicios, de poco sirve colocar el supuesto bajo la denominación de un contrato «especial» (sea de know-how, sea de licencia), ya que tales contratos, hasta el momento, carecen de una regulación sobre saneamiento por vicios.

De otro lado, se observa que no sólo en la cesión de software cabe decir que el vicio afecta en primer término al aspecto inmaterial de la prestación, pues también ocurre así, por ejemplo, cuando se vende un libro de instrucciones de contenido incorrecto, caso éste en el que el BGH había procedido a aplicar el parágrafo 463 BGB, una norma del contrato de compraventa.

El Tribunal destaca que en el presente supuesto el objetivo del contrato era un disco de datos con el programa grabado y, por lo menos desde este punto de vista, podía decirse que la prestación tenía por objeto una cosa corporal que debía servir como instrumento para el procesamiento de datos. Habiéndose cedido al cliente una copia de un programa standard, los eventuales defectos que presentare podrían equipararse con un defecto de fabricación de un producto fabricado en serie, mas que con el vicio o defecto de una creación intelectual.

Además, se estima que en el presente caso resulta más equitativo aplicar el plazo de caducidad previsto en la regulación de la compraventa (parágrafo 477: seis meses), que el plazo de 30 años dispuesto para pretensiones por inutilidad de una invención (cfr. parágrafo 195 BGB).

En definitiva, el Juez declara que las normas del BGB de la compraventa son aplicables por analogía a la cesión onerosa de las copias de programa

mas. Lo que no se resuelve es si al adquirente de software le corresponde o no un derecho de reparación en especie, como el que otorga el parágrafo 633 II BGB (una norma del contrato de arrendamiento de obra).

De la lectura de esta sentencia se deduce que los problemas jurídicos ligados a la introducción del procesamiento de datos pueden superarse, al parecer, con justicia aplicando las normas vigentes del BGB. No parece por el momento necesaria la promulgación de un «Derecho especial del procesamiento electrónico de datos».

En el ámbito de las condiciones generales de los contratos destacan las siguientes dos sentencias:

b) En una sentencia del 12 de marzo de 1987 (2) el BGH tuvo ocasión de controlar si la denominada «cláusula de pago anticipado» (*Vorleistungsklausel*), de frecuente aplicación en las condiciones generales de las agencias de viaje, podía conciliarse con las disposiciones de la ley sobre condiciones generales de los contratos (en adelante, AGBG).

La cláusula discutida establece que el cliente debe pagar la totalidad del precio del viaje proyectado, a más tardar, cuando se le entregue por el organizador toda la documentación del viaje.

Una asociación de consumidores reclamó contra esta cláusula y exigió, de acuerdo con el parágrafo 13, I, II, núm. 1 AGBG que en el futuro se prescindiera de su utilización.

El BGH en primer lugar examinó si la cláusula infringía lo dispuesto en el parágrafo 9 II 1 AGBG; esta norma declara la invalidez de aquellas condiciones que se apartan de los principios fundamentales de la regulación positiva y no pueden conciliarse con los mismos.

El problema en el presente caso era averiguar la regulación de la que se apartaba la cláusula discutida, y ello porque los parágrafos 651 a)-k) del BGB, en los que se contiene desde el año 1979 la regulación legal del contrato de viaje, carecen de disposición alguna sobre la fecha de vencimiento del precio del viaje. Según el BGH, el silencio del legislador sobre este tema no implica una aprobación de la «*Vorleistungsklausel*», aunque se conociera, por lo demás, su frecuente aplicación en la práctica.

Del análisis de los tipos contractuales a los que se recurre para cubrir las lagunas legales de la regulación del contrato de viaje (arrendamiento de obra, arrendamiento de servicios, contrato de suministro, así como normas aplicables en general a relaciones contractuales duraderas) se desprende que en ocasiones se prevén obligaciones de pago anticipado a cargo del contratista o del empresario (por ejemplo, parágrafos 641, 646, 541 y 614 BGB); en otras, se establece el cumplimiento simultáneo de prestaciones por ambas partes (parágra-

(2) BGHZ 100, p. 157; NJW 1987, p. 1931; JZ 1987, p. 767.

fos 320, 651). Pero en ninguno de estos preceptos se contempla una obligación de pago anticipado a cargo del deudor de dinero en los contratos antes mencionados.

En el caso del contrato de viaje, parece evidente la inviabilidad de un cumplimiento simultáneo, por lo que puede decirse que el espíritu de la ley se inclina en todo caso por imponer la obligación de cumplimiento previo al agente de viajes, no al cliente.

No obstante, según la opinión de la Sala, la nulidad de la cláusula se derivaba, ante todo, de lo dispuesto en el parágrafo 9 I AGBG. Según este precepto, son inválidas aquellas cláusulas contenidas en condiciones generales de los contratos que causen un perjuicio desproporcionado a una de las partes, vulnerando el principio de la buena fe. En el marco de este parágrafo, se llevó a cabo una completa ponderación de los intereses en juego, con la siguiente conclusión: los intereses del organizador y del agente de viajes en la imposición de la cláusula de pago anticipado son, ciertamente, muy comprensibles y, comparados con los intereses del cliente, de mayor peso en muchos aspectos; mas lo decisivo en el supuesto es que la cláusula hace recaer sobre el cliente el riesgo de insolvencia de la agencia de viajes (cfr. parágrafo 17 de la Ley de concurso). Habida cuenta del creciente número de situaciones de insolvencia de estas agencias, el BGH opina que la cláusula controvertida representa un perjuicio desproporcionado del cliente en el sentido del parágrafo 9 I AGBG. Además, se tuvo en cuenta que el cliente tendría que soportar ese riesgo de insolvencia en contra de lo que puede deducirse del marco legal aplicable, conforme a lo expuesto más arriba; y se trata de un riesgo frente al cual no cabe contratar un seguro.

La sentencia dice que sólo cabría aceptar este tipo de cláusula, en la que el precio a pagar por anticipado supere una módica cantidad en relación con el precio total, cuando el organizador del viaje utilice los recursos pecuniarios puestos a su disposición para asegurar en lo posible el cabal cumplimiento de todos los aspectos del contrato. El BGH exige a tal fin que por medio de los pertinentes contratos a favor de tercero, se garantice al cliente por escrito la titularidad de pretensiones directas contra los que ejecutarán las principales prestaciones del viaje (empresas de transporte, o de hostelería). Sólo en este caso podrá afirmarse que el cliente queda al amparo de una posible insolvencia del agente de viajes cuando paga por anticipado el precio total del viaje.

c) En una segunda sentencia sobre las condiciones generales y la AGBG, el BGH se ocupó del problema que presentan las condiciones generales contenidas en la denominada garantía del fabricante («*Garantiekarten*») (3).

(3) Sentencia del BGH de 23-3-1988, en NJW 1988, p. 1726.

Los hechos eran los siguientes: el demandado era un fabricante de aparatos electrodomésticos que comercializaba a través de comerciantes minoristas. Junto con el aparato eléctrico se entregaba una garantía en la que se reconocía al consumidor final —entre otros derechos— un derecho de reparación a cargo del mismo fabricante. Esta garantía se entregaba al adquirente en el momento de la compra junto con el aparato. Una asociación de consumidores entabló una reclamación al amparo del párrafo 13 I, II, 1.º AGBG para que la cláusula dejara de aplicarse en el futuro.

El BGH calificó esta tarjeta de garantía del fabricante como un contrato de garantía autónomo, por el que se otorgaban al consumidor final de los aparatos acciones directas de naturaleza contractual contra el fabricante, que vendrían a sumarse a las obligaciones de saneamiento a cargo del vendedor-minorista. Es decir, los derechos del adquirente frente a su vendedor en modo alguno resultaban afectados por la garantía ofrecida por el fabricante.

En la práctica, el problema planteado por este tipo de garantías radica en la confusión que a menudo crean en el comprador, quien no distingue con claridad las manifestaciones que proceden del fabricante y las del vendedor. Las denominadas «Garantiekarte» suscitan con frecuencia en el consumidor final medio, carente de conocimientos técnico-jurídicos, la falsa impresión de que sus derechos frente al vendedor se limitan al ámbito señalado en la tarjeta de garantía. Generalmente, los derechos que aquí se le reconocen son menos extensos que los otorgados por la propia ley a un comprador frente al vendedor; y la consecuencia que se obtiene es que el adquirente, inducido a error, se abstiene de hacer valer los derechos que legalmente le corresponden frente al vendedor.

Con todo, la aplicación de las normas de la AGBG a efectos de controlar esta cláusula, tropezaba con dificultades, pues el párrafo 8 de la ley declara sometidos a la AGBG aquellas condiciones negociales que contengan una regulación sustitutiva o complementaria de la regulación legal dispositiva aplicable al caso. La garantía del fabricante, como se ha señalado antes, da lugar a una relación de tipo contractual entre el fabricante y el consumidor final, pero no puede decirse que la cláusula sustituye o complementa la correspondiente regulación positiva (párrafos 459 y siguientes BGB), pues los párrafos 459 y siguientes que regulan el saneamiento en la compraventa no serían aplicables al faltar un contrato de compraventa entre fabricante y adquirente final de los productos.

En principio parece evidente que el fabricante es libre de otorgar al consumidor derechos suplementarios a los que por ley le corresponden, si así lo desea. El BGH, sin embargo, no se detuvo en esta consideración formal de la situación jurídica; lo decisivo era que el uso de esta cláusula inducía al consumidor a pensar que de alguna manera se habían modificado los derechos al saneamiento que legal-

mente le asisten frente al vendedor. La limitación derivada del párrafo 8 de la AGBG, a la que antes se ha hecho referencia, no tiene por finalidad, según el BGH, posibilitar al redactor de las condiciones generales una influencia de hecho sobre relaciones contractuales entre terceros, escapando a cualquier tipo de control.

De otro lado, el resultado al que podría conducir el sometimiento de la cláusula a las normas de la AGBG, si se declarara su invalidez, es la supresión total de la garantía, lo que empeoraría la posición jurídica del consumidor final. A pesar de ello, el BGH estima decisivo en el presente caso que la cláusula suscita en el comprador la errónea impresión de que sus derechos frente a tercero han sido cercenados; de hecho, en numerosas ocasiones, el comprador efectivamente se abstiene de hacer valer sus derechos legales frente al vendedor por esta causa.

Esta repercusión práctica de la cláusula de garantía llevó a someterla al control de las normas de la AGBG, aunque sea cierto que la garantía, en teoría, mejora la posición jurídica del cliente y, en principio, el fabricante es libre para otorgarle derechos complementarios a aquellos que la propia ley concede al comprador.

Si bien, el Tribunal manifestó que las condiciones generales contenidas en la garantía del fabricante no se controlan aplicando las normas de la AGBG que fijan los límites de cláusulas que sustituyen a la regulación legal en materia de saneamiento (párrafo 11, número 10, AGBG). El párrafo 11, número 10, de la Ley presupone la celebración de un contrato del que efectivamente se deriven obligaciones de saneamiento a cargo de las partes, lo que no ocurre en la relación fabricante-consumidor final. Aun cuando pueda decirse que el cliente sufre un error de derecho, eso no significa que el fabricante pueda identificarse con el predisponente suministrador directo del bien, contemplado por el párrafo 11, número 10, AGBG.

A lo anterior debe añadirse, según el BGH, que la promesa de garantía podría perfectamente moverse dentro de los límites válidos fijados por el párrafo 11, número 10, AGBG; y, a pesar de ello, sigue siendo susceptible de provocar en el adquirente final de los bienes la falsa impresión antes reseñada, dando lugar a que de hecho éste desista de hacer valer los derechos que legalmente le corresponden. El BGH opina que en este caso existe la necesidad de protección.

Por todo ello, el BGH decidió que la cláusula de garantía debía controlarse aplicando el párrafo 9 I AGBG. Se estima que la cláusula representa una violación del «principio de transparencia» («Transparenzgebot») que debe presidir la redacción de las condiciones generales, porque efectivamente el consumidor final se abstiene de hacer valer los derechos que le asisten contra el vendedor. Y el principio de transparencia exige que la posición jurídica de las partes en el contrato esté regulada de forma clara, que no haya cláusulas oscuras. Desde el punto de vista del Alto Tribunal, la promesa de garantía,

por ir en contra del principio de transparencia y por inducir a error al consumidor final, implica un «perjuicio desproporcionado» en el sentido del parágrafo 9 I AGBG y, en consecuencia, es nula.

d) También este año el BGH ha tenido que ocuparse del eterno problema relativo a indemnizabilidad de los daños provocados por la privación del goce de un bien (Nutzungsentgang) (4). Los hechos que dieron lugar a la sentencia (5) fueron como sigue: una mujer divorciada se había obligado en el convenio regulador a poner a disposición de su ex-cónyuge y de los hijos comunes de ambos la casa de vacaciones que tenía en Suiza durante las vacaciones escolares. En los años sucesivos, el ex-marido reclamó el disfrute del chalet, pero se encontró siempre con la negativa de la mujer. Por esta razón, exige indemnización de daños y perjuicios: por habersele privado de la posibilidad de disfrutar la vivienda.

En sentencias anteriores recaídas sobre el tema de la privación del goce de un bien y la posibilidad de conceder indemnización por esta causa, siempre se había tratado de supuestos en los que el propietario mismo de un bien se había visto privado temporalmente de la posibilidad de disfrute por actos de tercero; en el presente caso, en cambio, la facultad de goce no derivaba de un derecho de propiedad, sino de un acuerdo contractual que otorgaba esta facultad sobre bienes ajenos, y la limitaba a un ámbito temporal determinado (el de vacaciones escolares).

De nuevo se le plantea el BGH la pregunta de si la privación temporal de la posibilidad de usar y gozar de una cosa representa un daño material indemnizable, aun cuando, de hecho, durante el tiempo en que no se pudo utilizar el bien, no se hubiesen tenido que afrontar otro tipo de gastos para suplir su falta (en este caso, por ejemplo, gastos de hotel o de pensión).

En el Derecho alemán es absolutamente decisivo, a efectos de conceder indemnización, averiguar si se ha producido o no un daño material, porque el parágrafo 253 BGB limita a unos supuestos muy concretos y reducidos la posibilidad de indemnizar daños inmateriales o morales; y en ninguno de estos supuestos encaja el caso que aquí se plantea.

El BGH declaró en primer lugar que, en principio, la indemnización de daños por haber provocado una privación temporal de goce de un bien puede derivarse no sólo de una actuación ilícita extracontractual, sino también del incumplimiento de una obligación de origen contractual que tuviera por objeto precisamente procurar el goce de ese bien.

De otro lado, y prosiguiendo con el desarrollo de una teoría gene-

(4) Cfr. ADC 1985, p. 1014; 1986, p. 860 y s.; 1988, pp. 225 y ss.

(5) Sentencia del BGH de 16-9-1987, en BGHZ 101, p. 325; NJW 1988, p. 251; JZ 1987, p. 196.

ral sobre los problemas jurídicos derivados de la privación del disfrute de un bien, se hicieron las siguientes afirmaciones: en el caso debía concederse una indemnización pecuniaria teniendo en cuenta que la obligación contractual de ceder el disfrute de la vivienda había de cumplirse durante una temporada concreta del año, y el tiempo ya perdido no puede recuperarse. Además se tuvo en cuenta que el acreedor se encontraba de hecho en situación de poder servirse de la casa (Criterio del denominado «Fühlbarkeit»: ser un daño real, que se «siente» efectivamente). Con este razonamiento se siguen los argumentos utilizados anteriormente por el Grosse Senat en supuestos en que la privación de goce había sido consecuencia de una actuación ilícita extracontractual y había afectado al propietario (6).

Según el BGH la obligación de indemnizar resulta además incuestionable a la vista de lo que se denomina el fundamento mismo de la responsabilidad («Zweck des Haftungsgrundes»), pues la obligación contractual incumplida tenía por objeto precisamente procurar el disfrute del chalet; al impedirse totalmente el goce, se estaba evidentemente incumpliendo la prestación principal que incumbía al obligado.

Para determinar la cuantía del daño, el Senado estima que debe acudirse en primer lugar a la valoración que las partes mismas hubieran otorgado al disfrute de la cosa en el convenio. En su defecto, debe acudirse a los criterios del tráfico relativos a cesión onerosa de disfrute. De la cantidad resultante deberá deducirse lo que, según esos criterios, corresponde al lucro cesante, a la ganancia que se pudiera haber obtenido con una aplicación económico-productiva de la vivienda, ya que la vivienda se dejaba para uso personal, y no para ulteriores cesiones totales o parciales.

Con esta sentencia se pone nuevamente de relieve que la jurisprudencia sobre indemnización de daños por privación temporal del goce de un bien está resultando ser progresivamente un terreno de libre construcción jurídica («freier Rechtsfortbildung») del BGH, sin que apenas ofrezcan puntos de apoyo los parágrafos 249 y siguientes del BGB. El tratamiento de estos temas sigue ofreciendo muchos aspectos problemáticos: por ejemplo, todavía no se han alcanzado criterios generales que puedan servir de guía para una configuración global del supuesto. Jurisprudencia y doctrina habrán pues de acometer en el futuro el completo abordaje de todas las cuestiones relacionadas con la indemnizabilidad de daños provocados por la privación temporal del disfrute de un bien.

(6) Cfr. ADC 1988, pp. 225 y ss.

2. Responsabilidad extracontractual

De las sentencias recaídas durante el año 1987, quizá la que mayor expectación ha despertado en la opinión pública sea una sentencia (7) en la que la BGH se enfrentó a la cuestión de una posible responsabilidad civil del Estado por los daños forestales provocados por repetidas inmisiones procedentes de instalaciones fabriles e industriales, alejadas del lugar en el que el daño efectivamente se produce.

En el caso sometido a la consideración del BGH, la demanda se había presentado por el propietario de una explotación agrícola y forestal que había sufrido un descenso considerable en la producción ordinaria de madera, lo que le había causado perjuicios globales por valor, al menos, de un millón de marcos.

Los daños que sufren los bosques en su conjunto forma parte de lo que se denomina «muerte del bosque» («Waldsterben») y, en primer término, se deben a la contaminación atmosférica que causa estragos en grandes espacios. La contaminación, a su vez, tiene su origen en emisiones procedentes de instalaciones fabriles e industriales, de los sistemas de calefacción, así como de automóviles, aeronaves y ferrocarriles.

El demandante exigía al Estado federal, así como al Estado de Baden-Württemberg indemnización por los daños causados.

En esta amplia sentencia, el BGH se detuvo primero en examinar las pretensiones derivadas del párrafo 14, párrafo 2, de la Ley federal de protección contra inmisiones («Bundesimmissionsschutzgesetz», en adelante BImSchG).

El párrafo 14.1 de la BImSchG dispone que no podrá exigirse la suspensión o supresión de una explotación industrial que tenga efectos perjudiciales sobre la vecindad, si aquella hubiere sido autorizada sin reservas; únicamente cabe pedir que se adopten las medidas pertinentes a fin de impedir la producción de los efectos dañinos. La segunda frase del párrafo 14 de la BImSchG, por su parte, prevé una compensación económica para el caso de que tales medidas no sean técnicamente viables o no sean defendibles desde un punto de vista económico.

El BGH rechazó una aplicación directa o analógica de esta norma al presente caso, así como una aplicación mediante la denominada interpretación constitucional de la norma.

En efecto, el párrafo 14.2 BImSchG no es una norma de Derecho público, sino que pertenece al ámbito privado de las relaciones de vecindad. No obstante, la pretensión derivada del párrafo 14.1 de la BImSchG, así como la compensación económica prevista en el párrafo 14.2 de la misma Ley, se dirige, en principio, contra el titular de la ex-

(7) Sentencia del BGH de 10-12-1987, en NJW 1988, p. 472; JZ 1988, p. 453.

plotación perjudicial, y no contra el funcionario del negociado que concede la correspondiente autorización para el ejercicio de la explotación industrial.

A efectos de aplicar el párrafo 14 de la BImSchG podría ciertamente calificarse como «autor de la perturbación» a aquel por cuya voluntad se llega a la situación causante de un daño en la propiedad de un tercero. Sin embargo, el BGH estima que la mera autorización que concede el Estado federal o el Land, permitiendo la industria perjudicial, no puede equipararse a una propia autoría del daño.

Además, el párrafo 14.2 BImSchG está pensado para relaciones de vecindad en las que los causantes de las inmisiones perjudiciales están claramente individualizados. En la producción de daños forestales, por el contrario, concurren un elevado número de agentes causales, a menudo muy alejados en el espacio, sin que parezca posible una imputación individualizada. Según el BGH, la aplicación analógica del párrafo 14.2 BImSchG a este caso supondría sobrepasar los límites de la analogía.

En correspondencia con lo anterior, el BGH también desestimó que el presente caso pudiera encajar en alguno de las hipótesis de responsabilidad desarrolladas por la jurisprudencia; en particular, los supuestos de responsabilidad por las denominadas intromisiones «expropiatorias» o «equivalentes a expropiación» (8).

Asimismo, el BGH se negó a afirmar una responsabilidad del legislador por haber eventualmente descuidado el deber constitucional de protección de la propiedad privada, consagrado en el artículo 14 de la Ley Fundamental. Por último, se estimó que tampoco concurrían las condiciones necesarias para apoyar una responsabilidad de la administración derivada del párrafo 839 BGB en relación con el artículo 34 de la Ley Fundamental.

A lo largo de su razonamiento jurídico, el Alto Tribunal destacó expresamente en diferentes lugares que las facultades de la jurisprudencia en la construcción de instituciones jurídicas encuentra una serie de límites, derivados del sometimiento de los Jueces a la Ley, que se sobrepasaría inequívocamente si ese fuera el camino elegido para establecer la responsabilidad del Estado por estos nuevos tipos de daños forestales.

Una decisión en tal sentido en modo alguno puede proceder de la jurisprudencia, sino que, de acuerdo con el principio de la división de poderes, debe reservarse al Parlamento; considerando, sobre todo, las graves consecuencias que tendría esta salida a los problemas de la compensación económica de los daños sobre las arcas del Estado

(8) En el año 1982 fracasó un intento de codificar estos supuestos por falta de competencia legislativa del Estado federal. Cfr. BVerGE 61, p. 149.

(existe la amenaza de reclamaciones de indemnización por valor de millones de marcos).

El Tribunal llegó así a la conclusión de que el Estado, según el Derecho vigente, no responde a las nuevas formas de daños forestales; esta decisión se basó más en las consideraciones jurídico-políticas que se han expuesto, que en razones jurídico-dogmáticas, aunque en verdad cada uno de los motivos aducidos por el demandante hubiera sido susceptible de ser tratado con mayor amplitud. Al mismo tiempo, no obstante, el Senado declaró expresamente que considera los daños forestales como daños que merecen y deben ser indemnizados.

En definitiva, se dirige una llamada al legislador alemán para que se ocupe del tema.

b) En una sentencia del 22 de septiembre de 1987 (9), acogida de forma muy crítica por la doctrina, el BGH se ocupó del alcance del deber de información de los médicos (10).

En el caso planteado al Tribunal, una paciente había sido sometida a un tratamiento siguiendo un método convencional y con utilización de instrumental ya existente. Se le había igualmente informado de los eventuales riesgos que conllevaba el método aplicado y ella había consentido la intervención.

Lo que no se le había comunicado, sin embargo, es que para llevar a cabo ese tipo de operaciones en otras clínicas se disponía ya de una técnica con menores riesgos, y en el mismo hospital en el que ella iba a ser intervenida, la nueva técnica pronto habría de ser introducida.

La operación le dejó importantes secuelas, por lo que exigía indemnización de daños materiales y morales, de acuerdo con los párrafos 823 I y 847 BGB.

Desde el punto de vista de la jurisprudencia alemana y de gran parte de la doctrina, una intervención con fines curativos representa, en esencia, una lesión corporal que sólo puede calificarse de conforme a Derecho cuando el paciente la hubiere consentido válidamente.

En el presente caso, el BGH debía decidir si el consentimiento de la paciente estaba viciado por el defecto de la información que se le había facilitado.

En primer lugar se planteó el Tribunal si el método efectivamente aplicado debía considerarse en aquel momento obsoleto y, en consecuencia, «per se» defectuoso. La contestación fue que no siempre y necesariamente han de aplicarse las terapias más nuevas y los aparatos más modernos que existan; esto, a menudo, ni siquiera sería posible habida cuenta de los rápidos avances de la técnica médica, así como de los altos costes de nuevo instrumental. Y aunque se hubiera ya previsto la adquisición de nuevos aparatos, es lícito seguir

(9) Sentencia del BGH en NJW 1988, p. 763; JZ 1988, p. 411.

(10) Cfr. sobre Derecho médico, ADC 1984, p. 1057.

con el método anterior durante un cierto período de transición, incluso cuando el nuevo método implique indiscutiblemente un menor riesgo para el paciente. El tratamiento acorde con el sistema convencional anterior sólo deviene «per se» defectuoso cuando los avances médicos pongan de manifiesto su falta de fiabilidad.

Lo expuesto, según el BGH, no deja de afectar al contenido del deber de información del médico. Puesto que no cabe en todo momento contar con la aplicación del tratamiento más moderno que exista ni con la utilización de los aparatos más recientes, tampoco debe esperarse ni puede exigirse puntual información al respecto. Otra cosa sería si el nuevo tratamiento se hubiera impuesto ampliamente y ofreciera ventajas decisivas.

En el caso decidido ahora por el BGH, existía en los sectores especializados la unánime opinión de que en el futuro sólo se utilizaría el nuevo método; además, la intervención que había sufrido la paciente no era urgente y hubiera podido aplazarse hasta que el nuevo instrumental estuviese disponible. Finalmente, el nuevo método, comparado con el anterior, representaba una importante mejora en la prevención del riesgo de lesiones intestinales, provocadas con el antiguo.

Sin embargo, en la sentencia el BGH estima que lo decisivo era que la utilización del instrumental ya existente todavía era un procedimiento fiable. El tratamiento en sí no había sido modificado: sólo se habían introducido mejoras técnicas y las probabilidades de ulteriores complicaciones con el sistema anterior eran aproximadamente de uno por mil. Según el Tribunal sería contrario a los recursos prácticos de la previsión sanitaria establecer un deber de información sobre los métodos terapéuticos disponibles en otros lugares y más favorables para el paciente.

Queda por ver si con esta sentencia —como se ha dicho, muy criticada por la doctrina— el BGH simplemente perseguía un resultado deseable para el caso concreto que se le planteaba o si, por el contrario, es la manifestación efectiva de un cambio en la escala de valores de la jurisprudencia en el conflicto derecho de autodeterminación del paciente versus lo que el BGH denomina «posibilidades prácticas de la previsión sanitaria».

En la jurisprudencia anterior siempre se había concedido un lugar preeminente al libre consentimiento del paciente, a pesar de la opinión contraria de parte de la doctrina. También la jurisprudencia más reciente en materia de carga de la prueba en procesos de responsabilidad civil de médicos apoya la conclusión de que el BGH le sigue otorgando una importancia decisiva. Por ello, la sentencia comentada puede calificarse de carácter excepcional.

c) También destaca otra sentencia de 30 de junio de 1987 sobre responsabilidad civil de los médicos (11).

(11) BGHZ 101, p. 215; NJW 1987, p. 2925; JZ 1988, p. 150.

A un niño se le había extraído el único riñón que tenía, aunque, desde el punto de vista médico, la extracción no era lo adecuado. A consecuencia de la operación, la madre del niño le donó un riñón propio. El Juez tenía que resolver si el médico debía indemnizar a la madre, además de al niño, según los parágrafos 823 I y 847 BGB.

A diferencia del artículo 1.902 del Código civil, el parágrafo 823 I BGB presupone, a efectos de indemnización, que se ha producido un daño en un bien jurídico determinado protegido a través de la relación que contiene el propio parágrafo 823 I. Entre tales bienes se encuentra la salud, y el Senado había de comprobar si el médico había lesionado junto con la salud del niño la salud de la madre.

En este sentido, se decidió que el médico, al extraer, en contra de lo que era su deber, el riñón al niño, provoca una situación de peligro que puede inducir sobre todo a parientes próximos a plantearse una lesión de su propio cuerpo (en el caso, pérdida de riñón para donarlo) para salvar la vida y salud del niño. Podía hablarse, pues, de una relación de causalidad psíquica entre el comportamiento del médico y la donación de la madre, lo que era suficiente para afirmar que se había lesionado un bien jurídico de ésta: la conducta a la que se había visto «requerida» era comprensible y razonable, dadas las circunstancias.

Sólo podrá afirmarse que el causante de un daño no ha de responder también del riesgo que ha creado para un tercero (en este caso, la madre donante), cuando la conducta observada por este último hubiere sido desproporcionada al daño que se trataba de evitar.

El Senado recurre así a criterios que ya habían sido desarrollados por el Reichsgericht, así como por el propio BGH para supuestos en los que una persona hubiese sufrido daños al auxiliar o socorrer a otra en peligro. Parecidos son los argumentos de que se ha servido la Jurisprudencia para atribuir responsabilidad a una persona que causa daños a otra por medio de un tercero, o hubiese provocado una «auto-lesión» de otro (por ejemplo, en el caso de que el perseguidor de un delincuente sufre una caída y exige al delincuente indemnización por los daños resultantes de la caída).

Según el BGH, el hecho de ser «voluntaria» la donación de la madre, carece de significación por lo que respecta a la indemnización: aunque había donado su riñón voluntariamente, no puede negarse lesión de un bien jurídico propio por acto de tercero, que precisamente ha provocado ese acto de disposición sobre el propio cuerpo en la manera vista.

Finalmente, el BGH, teniendo en cuenta los valores imperantes y las circunstancias, considera que la donación realizada por la madre no podía simplemente calificarse de «mera ayuda» para que su hijo superase el daño sufrido, ayuda que a tenor del parágrafo 823 I BGB no sería indemnizable; más bien se había creado una situación de

urgente necesidad que había conducido a la lesión de un bien jurídico de la propia madre.

Sobre el tema de indemnización por daños morales («Schmerzensgeld») destacan dos sentencias de los Jueces de instancia.

d) En uno de los casos, sentenciado por el OLG (Oberlandesgericht, Audiencia territorial) Düsseldorf el 9 de noviembre de 1987 (12), la negligencia de un médico había causado la muerte de un niño pocas horas antes del nacimiento que debía haber tenido lugar. La madre alegó haber sufrido una lesión en su propio cuerpo, en el sentido previsto por el parágrafo 823 I BGB, y exigió indemnización por daño moral.

El OLG declaró que el feto no constituye una parte integrante del cuerpo de la madre, ni puede considerarse un órgano de la misma; desde el momento de la anidación del óvulo fecundado se trata de una vida independiente. Si el feto sufre daños en el seno materno, correspondería en todo caso al niño que naciera con secuelas por esa causa el derecho a obtener una indemnización, pero no a la madre.

Cierto es, según el Tribunal, que todas aquellas modificaciones anímicas, corporales y hormonales que sufre la madre a consecuencia del embarazo ya no tenían sentido y pueden decirse eran «inútiles» a consecuencia de la negligencia del médico. Mas, desde el punto de vista del Tribunal, eso no significa que los cambios provocados por el embarazo puedan ser calificados en sí de bienes jurídicos lesionados.

De otro lado, la mujer no había alegado una lesión corporal propia por shock psíquico. En definitiva, la demanda fue desestimada por no haberse producido daño de un bien jurídico propio de la demandante.

e) En una sentencia del 16 de marzo de 1987, el OLG Köln se ocupó del alcance que puede tener una indemnización por daño moral. El demandante, que a consecuencia de un accidente había necesitado una transfusión de sangre, temía que con la transfusión se le hubiese transmitido el SIDA. Por esta razón exigía una mayor indemnización por daño moral. El OLG, sin embargo, no concedió el aumento solicitado; lo que hizo fue llamar la atención del demandante sobre el hecho de que podía someterse sin peligro a un reconocimiento médico; si se abstenia de hacerlo, es una libre decisión suya que no puede correr a cargo del causante del accidente.

f) También durante este año los Jueces han proseguido con el desarrollo de la teoría jurisprudencial sobre la protección del «derecho general de la personalidad») («Allgemeines Persönlichkeitsrecht») en Derecho civil. Del extenso material cabe destacar las siguientes sentencias.

— El Tribunal Constitucional, ante una moción procedente del Tribunal de instancia de Tübinga, afirmó que la obligación que in-

(12) OLG Düsseldorf, en NJW 1988, p. 777.

cumbe a los cónyuges de llevar un apellido familiar común («Ehenamen») (cfr. parágrafo 1.355 I BGB), no lesiona el derecho a la personalidad, garantizado por el artículo 2 en relación con el artículo 1 de la Ley Fundamental, de aquel cónyuge cuyo apellido no ha sido el elegido para ser el apellido común del matrimonio (13).

— También el Tribunal Constitucional decidió que el dar publicidad a una sentencia de incapacitación por alcoholismo o por prodigalidad (cfr. parágrafo 657 de la Zivilprozessordnung) es incompatible con el debido respeto al derecho general de la personalidad (14).

— Según una decisión del OLG Stuttgart, aquellas llamadas telefónicas no solicitadas y procedentes de partidos políticos suponen una lesión del derecho general de la personalidad cuando se realizan durante el período de la campaña electoral (15).

— El mismo Tribunal se enfrentó con un caso en el que un hombre joven esperaba regularmente a su antigua novia ante la vivienda de ésta o en el camino al trabajo, y procedía a molestarla. El OLG llegó a la conclusión de que la prohibición de permanencia en un tramo de la calle con el fin de proteger el derecho general de la personalidad de la mujer es válida, por lo menos si es una prohibición temporal (16).

— El OLG Frankfurt declaró que existe una lesión del derecho general de la personalidad cuando un empresario realiza una toma de video de su empleado encontrándose éste ebrio y sin haber dado su consentimiento. Y lo mismo vale aunque la toma se hubiere realizado con el fin de probar precisamente el alcoholismo del trabajador (17).

— Según el «Landgericht» de Berlín, cuando un vecino se dedica a «vigilar» continuamente con una cámara de video la entrada al garaje que comparte con su vecino (que no consiente), lesiona el derecho general de la personalidad de éste (18).

Lo anterior pone de relieve que en la RFA el desarrollo de la protección jurídico-civil del derecho de la personalidad descansa todavía en la labor jurisprudencial —no se ha previsto por el momento introducir en el Código civil una regulación del tema. Según un punto de vista muy extendido, en el momento actual del Derecho alemán sería factible a lo más la formulación de una cláusula general. Presenta interés por tanto para el observador alemán seguir de cerca la legislación promulgada en España sobre protección de los derechos de la personalidad (19).

(13) BVerfG, Resolución del 8-3-1988, en JZ 1988, p. 451; la decisión del AG Tubinga se encuentra en FamRZ 1985, p. 1036.

(14) BVerfG, Resolución del 9-3-1988, en JZ 1988, p. 555.

(15) OLG Stuttgart, sentencia del 11-3-1988, en JZ 1988, p. 470.

(16) OLG Stuttgart, sentencia del 1-5-1987, en NJW 1988, p. 1270.

(17) OLG Frankfurt, sentencia del 21-1-1987, en NJW 1987, p. 1087.

(18) LG Berlín, sentencia del 22-8-1986, en NJW 1988, p. 346.

(19) Los proyectos realizados en los años 1959 y 1967 fracasaron.

La Ley sobre las técnicas de reproducción humana asistida

Por FRANCISCO LLEDÓ YAGÜE

Catedrático de Derecho civil en la Universidad de Deusto

I. EL NACIMIENTO ARTIFICIAL DE LA VIDA. EL ESTADO DE LA CUESTION

La Ley de la Fecundación Humana Asistida que recientemente ha aprobado nuestro Parlamento ha catapultado a nuestro país a ser el pionero en la regulación de las técnicas de reproducción (obviamente, sin omitir la reglamentación sueca de 1985, restringida al campo de la inseminación artificial en la *pareja*).

No se pretende en el presente estudio, más que exponer una reflexión crítica a la citada ley, sin ánimo de exhaustividad en su comentario.

El *dubium*, o la correcta fijación del problema a juicio del exponente, ha de situarse en las ingentes posibilidades que ofrece la ingeniería genética, la Biomedicina en el campo de la reproducción humana, en tanto en cuanto la imposibilidad «física» para llevar a cabo la generación o procreación, debido a la esterilidad o infertilidad del sujeto en la relación de pareja y/o *uti singuli*, se recurre como alternativa al empleo de las técnicas de fecundación asistida, en las que como *prius* o punto de partida el factor generativo queda separado del elemento unitivo —relación coital— produciéndose la procreación *a posteriori*, necesitándose la intervención de un tercero —médico— en el proceso causal fecundante.

Naturalmente, conviene precisar que el mencionado recurso terapéutico se produce no sólo en una situación de relación interpersonal de la pareja —unida o no por vínculo formal—, sino *mutatis mutandis* en mujer sola, ya que al respecto resulta expresivo tanto el punto segundo del artículo 1 de la ley (*finalidad de la misma la actuación médica ante la esterilidad humana, para facilitar la procreación*), como el artículo 6, en cuanto que posibilita a *toda mujer* ser receptora o usuaria de las técnicas que se regulan. Basta incidir al respecto que a mi modo de ver se focaliza el funcionamiento de aquéllas en una concepción patrimonialista, es decir, en un derecho *al niño*, o

lo que es lo mismo, a una realización sin límites a la maternidad, instrumentalizando al hijo y/o *in fieri*, cual si fuera un objeto, y no alguien *per se* dotado intrínseca y ónticamente de finalidad propia sin quedar supeditado como un simple medio para alcanzar aquélla.

Es notorio que en esta exposición del tema la revolución biológica convulsiona de raíz el orden jurídico familiar, en la propia configuración antropológica de los conceptos y categorías, tales como *paternidad*, *maternidad* y, asimismo, en la alteración subsiguiente en la determinación de las relaciones *a patre* y *a matre* en la filiación del hijo. Añadamos además la circunstancia que la fenomenología o sustrato en la normativa del Derecho familiar redundan en una auténtica revolución social, no ya en el cambio y evolución de los principios de orden público aplicables a la indicada materia, sino del mismo modo en la nueva concepción y base sociológica sobre la que han de aplicarse de *lege lata* las normas *ex novo*.

No se olvide, asimismo, que frente al supuesto de hecho científicamente tan innovador, no puede asegurarse que exista una concienciación social unánime que acepte sin reservas la heterogeneidad y variedad tan casuista de los distintos métodos reproductivos, no tanto en cuanto a la finalidad en su actuación (remediar el problema de la *esterilidad* humana), sino en las posibles desviaciones que comporta su utilización en el terreno de la manipulación genética. Congruentemente no debe obviarse el dato que la esencia del Derecho se desenvuelve dentro de una cosmovisión deontológica, es decir, «*de lo que debe ser*», y no, por el contrario, de lo que es —ontológico (*ex facto non oritur ius*)—. Es lógico, por tanto, que las normas dictan o prescriben *lo que debe hacerse o evitarse*, no lo que ocurre de *hecho* a diferencia de otras disciplinas. En razón a lo expuesto, el legislador, al abordar la licitud o no de los distintos métodos reproductivos, ha deslindado los supuestos lícitos de los que no lo son; así, por ejemplo, proscribió la nulidad del arrendamiento de servicios que supone la maternidad subrogada (artículo 10).

II. LAS RELACIONES PATERNO/MATERNO FILIALES EN LA REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

Procedemos a continuación a analizar someramente algunos aspectos de la regulación citada, centrándonos en el capítulo atinente a la filiación, que en la distribución sistemática de la ley se intenta explicar (defectuosamente, en pura técnica legislativa, a mi modo de ver) dentro del Capítulo III, en el apartado epigrafiado «Los padres y los hijos», al que el legislador dedica los artículos 7, 8, 9 y 10.

Prima facie, es indudable que *ex iure condito* al quedar separado como indicábamos con anterioridad, *el acto en sí* de la cohabitación de la acción o efecto procreativo los conceptos a la sazón tradiciona-

les de paternidad y/o maternidad, en el fenómeno de la reproducción humana asistida no nos sirven, en tanto en cuanto aquí la figura de padre no coincide con la de progenitor (excepción hecha de la llamada fecundación homóloga), con lo que el principio rector de la (no tan vieja) reforma de filiación, *patres ii sunt quos sanguis demonstrat*, no es aplicable *recta vía* en cuanto a la determinación efectiva del vínculo de filiación. Reafirma esta reflexión mi opinión personal, en cuanto al sentido de toda norma jurídica, de quedar desfasada en relación al momento en que se dictó, e incluso nacer ya con la tacha de extemporaneidad; ya que, por una parte, el ordenamiento jurídico suele ser *reactivo* más que innovador, y, por otra, tiene necesariamente vocación de permanencia, mientras (y es un hecho notorio en nuestro caso) la realidad social que toma en consideración es esencialmente cambiante (remito a nuestra obra *Fecundación artificial y Derecho*, Editorial Tecnos, 1988). La consecuencia inmediata es que se nos obliga a reconceptuar una nueva «relación jurídica familiar» donde la determinación de la filiación materna y paterna no derive necesariamente de los lazos sanguíneos o genéticos.

Esto supuesto, se entiende que si el legislador de 1981, al reformar el articulado de filiación, elevó a la categoría de *prius* o principio rector en las relaciones familiares la verdad biológica al punto de sustituir el viejo apotegma pauliano (*pater is quem nuptiae demonstrat*), por uno nuevo, donde la imputabilidad del dato génico se impusiera sin restricciones al causante de la cohabitación (*pater is quem sanguis demonstrat*), se entiende en base a este razonamiento que la nueva Ley de la Fecundación Humana Asistida, obviamente el desencadenamiento de la determinación del vínculo de filiación no debe establecerse en función de una mera relación consanguínea. Si así fuera, aplicando el principio de la verdad biogenética en la relación familiar de la receptora de las técnicas de fecundación asistida, aquél comportaría responsabilidad de la paternidad y/o maternidad a los *progenitores* —*donantes*— que en ningún momento hubieran actuado como padres. En base a este principio, el criterio *ex iure conditio* tipifica que la filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las normas vigentes, *a salvo de las especialidades contenidas en este capítulo*. Una de las consecuencias de aplicación del articulado vigente, y que juzgamos con una gran virtualidad práctica, es la situación fáctica permanente, que es la posesión de *estado*, en tanto en cuanto, su campo de aplicación no sólo nos va a servir para reformar la posición de quien actúa como padre sin ser progenitor, tutelando una situación familiar que no responda a lazos de sangre, sino en cuanto dicha *possessio filiationis* ininterrumpida, impedirá que con posterioridad en ningún caso, el progenitor (donante de gametos) pudiera plantear una reclamación de la filiación paterna o materna al carecer de la relación efectiva de la situación posesoria —constante y continua— con su presunto hijo. Consecuentemente,

la imposibilidad de la legitimación activa, en el progenitor (donante de gametos) para iniciar un proceso de paternidad derivará, por un lado, en la falta de la posesión de estado en la relación familiar, y, por otro, en la circunstancia explicitada por el legislador de la no imputabilidad en ningún caso al donante del material embriológico de vínculo de parentesco alguno con el hijo nacido en virtud de la aplicación de las técnicas. Esto supuesto, está en la inteligencia *legislatoris* que se desprende del tenor de su defectuoso articulado (artículo 8.3, «la revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda..., no implica, en ningún caso, determinación legal de la filiación»), según el cual no se podrá adjudicar ninguna responsabilidad jurídica, de ningún orden al donante. Es claro, por tanto, que al legislador lo que le ha interesado preeminentemente es favorecer la relación jurídica familiar en la que el hijo se encuentra establemente integrado disfrutando de una *possessio filiationis* reforzada con una situación formal o registral, de quienes han asumido *ex voluntate* el rol de padres; de suerte que nadie podrá *a fortiori* desencadenar una perturbadora y lesiva acción de filiación, ni el donante —progenitor genético a la sazón (artículo 5.3)—; ni, por otra parte, tampoco los padres «formales» en cuanto pretendieran *a posteriori* ir contra sus propios actos impugnando la filiación establecida. En este sentido, el texto legal, en concreto el artículo 8.1, consagra dicho principio al establecer que ni *el marido* ni *la mujer* (y *mutatis mutandis*, entendemos por nuestra parte en base a una interpretación contextual del defectuoso articulado, igualmente para el caso de pareja unida *more uxorio*) cuando hayan prestado su consentimiento, previa y expresamente, a determinada fecundación con contribución de donante o donantes (con lo cual, asimismo, entendemos por nuestra parte que contraviniendo líneas directrices establecidas en el Consejo de Europa, el material embriológico en su totalidad puede provenir de donantes. Se establece que la fecundación *in vitro* no será permitida usando gametos donados por dos personas ajenas) podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido por consecuencia de tal fecundación. La insuficiencia clarificadora del texto transcrito no despeja la incógnita concerniente a la situación del hijo, es decir, él ¿podrá impugnar la filiación que consta registralmente y reclamar la que por naturaleza genésica le corresponde? A nuestro modo de ver la situación filial que enjuicamos tiene una clara analogía con el supuesto del vínculo adoptivo, en donde, en todo caso la determinación de la filiación que por naturaleza le corresponde no afecta a la adopción (vide artículo 180 del Código civil) por lo que *mutatis mutandis* la solución puede adaptarse al supuesto de la fecundación humana asistida, máxime si nos sujetamos *ad pedem literae* al punto tercero del artículo 8 visto *supra*.

Uno de los problemas que resultan más polémicos, en razón directa a lo que acabamos de exponer, es si la presente ley incide o no

en una transgresión del texto constitucional en tanto en cuanto se prohíbe la investigación de la paternidad y/o maternidad (por clara argumentación *a simili*) del donante de gametos. ¿Por qué, en realidad, quizá prohibiendo el conocimiento de las raíces biológicas del individuo se infringe el derecho ontológico y fundamental del sujeto de acceder a su propia historia genética? En tal caso, si el hijo se acoge al mandato constituyente del artículo 39 para investigar la paternidad, ¿qué postura debe ser la más adecuada? La ley es categórica y clara en esta cuestión: el hijo no podrá acceder al conocimiento de la identidad del donante *ad hoc* —salvo en caso de peligro para la vida del hijo (artículo 5.3)—, en los demás casos la información se reduce a los datos inmunológicos o fenotípicos, sin que se incluya el dato de la identidad, de suerte que aunque se desvelase la identidad, la pretendida determinación de la filiación que genéticamente le corresponde al hijo no afecta en modo alguno a la filiación legalmente establecida (artículos 7 y 8 de la ley).

El legislador ha optado (en este punto con buen criterio) en dar preferencia al mantenimiento del círculo familiar en el que *formalmente* queda insertado el hijo.

En otro orden de cuestiones nos parece que el precepto constitucional, de ningún modo está pensado para los supuestos de la reproducción humana asistida, es decir, de procreación, prescindiéndose de la relación coital. Congruentemente, a mi modo de ver no puede imputarse jurídicamente la misma responsabilidad a quien mediando cohabitación (querida o no, el consentimiento en este punto es irrelevante) llegó a ser padre, que para el supuesto del donante de gametos, quien en ningún momento es responsable directamente de la fecundación efectiva por el acto procreativo, ya que su acción es sólo idónea para la generación, pero no la provoca *iure proprio*, sino que es un tercero (*médico ad hoc*) quien en última instancia decidirá tanto la finalidad procreativa o no —procediendo a la efectiva fecundación—, como, asimismo, la *elección* de la receptora idónea desconocida para el donante de gametos. Remito en este punto al artículo 5.5, párrafo segundo, donde se establece recíprocamente dicho desconocimiento. En resumen, en la fecundación por cohabitación se desencadena *naturalmente* el proceso gestativo; en cambio en la reproducción asistida, el donante, titular del gameto fecundante, con la ejecución de su acción —aportación del semen— sólo posibilita o faculta que pueda ponerse en marcha el desencadenamiento del proceso gestativo, pero por su mera acción, de ningún modo desencadena, sino que se requiere la intervención de otros factores que coadyuvarán a la procreación efectiva. Es, por tanto, a mi juicio claro que la correcta inteligencia del texto constituyente (artículo 39) se refiere *expressis verbis* al progenitor que *cohabitó*, y que precedió necesaria relación sexual, deviniendo ésta fecunda, y que, no obstante, no se le imputó a aquél la filiación paterna que le correspondía responsablemente por la co-

habitación causal; pues como explica en este punto el profesor La-cruz, de la Constitución no se puede deducir el derecho de cada uno a tener un padre, sino la responsabilidad del procreador por sus actos de procreación. Pero pensando siempre el legislador en la cópula carnal y no en otras posibilidades actuales de generación. Quiere que cada hijo tenga un padre —un progenitor responsable—, pero en su imaginación se representa exclusivamente a los nacidos de la cohabitación con la madre. ¿Podríamos pensar entonces que se pueda desplazar —extender— la idea del legislador desde el planteamiento decimonónico a la fecundación artificial con semen de varón desconocido? ¿Podríamos entender, por consiguiente, que la Constitución imponga una suerte de responsabilidad, por lo que podemos llamar la titularidad del gameto? Naturalmente, de la sucinta exposición que hemos razonado (con la parquedad propia del presente comentario), existe, asimismo, otro sector muy cualificado de la doctrina (Sancho Rebullida, Pantaleón, Delgado Echeverría, entre otros) quienes concluyen que con la Constitución en la mano, tampoco se puede negar la investigación de la paternidad genética, como tampoco se le puede negar al hijo de padres desconocidos que haya sido adoptado, la averiguación biológica de su progenitura, teniendo bien presente que la determinación de la filiación, que por su naturaleza le corresponde, no afecta al vínculo adoptivo. Por nuestra parte, podemos aseverar que quizá la postura más salomónica y ecuánime en este punto para no violentar o transgredir la norma constituyente, hubiera sido en todo caso permitir el conocimiento de la identidad del donante (no sólo en supuestos excepcionales, vistos *supra* —artículos 5.5, párrafo tercero, y 8.3—), pero explicitándose en la ley que de dicho conocimiento no se derivarían responsabilidades derivadas de la filiación, ni personales ni tampoco patrimoniales. A pesar de todo entendemos que una correcta exégesis conducirá en todo caso (trátase de conocimiento de la persona del donante en supuesto de grave peligro para la vida del hijo, como de igual modo de conocimiento de la identidad de aquél por otras causas) a la *inimputabilidad* de responsabilidad derivada del vínculo de filiación al donante de gametos.

Procedemos a continuación a explicar, sin ánimo de exhaustividad, algunos aspectos de *filiación* derivados de la procreación humana asistida en relación al articulado que el legislador dedica *ex profeso* a la materia. En congruencia con lo indicado vamos a partir de su somera explicación diferenciando según se trate de material embriológico propio de la pareja comitente, o, por el contrario, cuando en la formación del embrión ha intervenido material genético proveniente de personas distintas a la pareja comitente.

En primer lugar, en cuanto a la inseminación y/o fecundación «homóloga» (aunque desde un punto de vista científico se refiere a lo que acontece dentro de la misma especie). Lo único que ocurre en estos casos es que se prescinde del elemento de la cohabitación;

pero el rol de padre y el de progenitor no se separan, ya que corresponden al mismo sujeto impotente *coeundi*, pero no *generandi*. En tal sentido, si la pareja que recurre a estas técnicas está casada, el hijo será evidentemente matrimonial (artículo 116 del Código civil). Ahora bien, entendemos que en este caso la presunción sería *iuris et de iure*; puesto que desde el primer momento no existe dificultad en cuanto a la proveniencia en la identificabilidad del gameto fecundante. No debemos olvidar que en este caso existe un conocimiento apodíctico de la paternidad, con lo que la aplicación de la técnica comporta una prueba directa y positiva de la paternidad. Es evidente que, en este caso, las normas de filiación aplicables se regula por el articulado vigente (artículos 108 a 141 del Código civil). *Item mas*, el artículo 7 de la ley que comentamos brevemente, remite a aquél articulado, en tanto en cuanto expresa su tenor que la filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se *regulará por las normas vigentes*, a salvo las especialidades contenidas en este capítulo.

En relación a la pareja no casada en la que se proceda a la fecundación homóloga, la ley no es suficientemente clara en cuanto a la forma del consentimiento para que equivalga como tal reconocimiento, es decir, como título de determinación legal de la filiación, tiene que adaptarse a lo dispuesto tanto en el artículo 120 del Código civil, como, asimismo, al artículo 186 del Reglamento del Registro Civil, con lo que el reconocimiento tiene que ser formal, es decir, voluntad indubitada de reconocer por propio al hijo deliberadamente expresada con esta finalidad y existir un claro *animus recognoscendi*, explicitándolo en documento público. A *contrario sensu*, manifestarlo en otro documento, constituiría un reconocimiento no solemne que no servirá como tal título de determinación o legitimación; aunque pueda servir para declarar la filiación (vide artículo 135 del Código civil).

La Ley de la Fecundación Humana Asistida no acoge el criterio según el cual la expresión del consentimiento tenga que constar solemne y formalmente su formulación, sino que se decanta por una prestación del mismo de manera «libre, consciente, expresa y por escrito (artículo 6.1)». Obviamente, como se desprende de su tenor literal, su redacción desde un punto de vista de técnica legislativa deja mucho que desear, pero desgraciadamente es una desafortunada constante en todo su articulado (que en líneas generales es impenesable).

Naturalmente, dicha constancia «aformal» del consentimiento en ningún caso servirá *per se* para que pueda inscribirse dicha filiación, pues dicho consentimiento no equivale a un reconocimiento al no plasmarse en documento público, y, por tanto, no sirve para la determinación legal de aquélla. Por otra parte, lo que sí ocurrirá es que el documento médico en donde constan los consentimientos tanto de la mujer receptora como del cónyuge y/o varón conviviente se considera como escrito indubitado, según el cual podrá inscribirse la filia-

ción, mediante expediente gubernativo, promovido en base al escrito indubitado (artículos 120.2 del Código civil y 49.1 de la Ley de Registro Civil). En este sentido explicita el artículo 8 de la Ley de la Fecundación Asistida, que «se considera como escrito indubitado a los efectos previstos en el artículo 49 de la Ley de Registro Civil, el documento extendido ante el Centro o establecimiento autorizado, en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución del donante, prestado por varón no casado, con anterioridad a la utilización de las técnicas. Queda a salvo la acción de reclamación judicial de paternidad».

Consiguientemente, procediéndose de la manera indicada se inscribirá la filiación no matrimonial mediante el expediente gubernativo aprobado por el Juez de Primera Instancia, siempre que no hubiera oposición del Ministerio Fiscal, *o de parte interesada*, y que resulta desencadenado por el escrito indubitado, en el que expresamente se reconoce la filiación. Como explica con toda razón Bercovitz, el escrito indubitado (el documento médico de que nos habla el artículo 8.2) no puede ser considerado como reconocimiento a los efectos del artículo 120.1, por no tratarse de una escritura pública, por no tener como fin dicho reconocimiento expresamente o por ser anterior a la inseminación, si se entiende que no cabe el reconocimiento a favor del *concepturus*.

Simplemente cerrar este apartado, volviendo al párrafo segundo *in fine* del artículo 8: «Queda a salvo la acción de reclamación judicial de la paternidad». Es obvio entender *prima facie* que una de las causas que lo desencadenan será la *oposición* al expediente gubernativo, de suerte que al no poder inscribir la filiación, en virtud de la resolución recaída en el expediente, ello no obsta a que la reclamación se obtenga en el procedimiento ordinario. Entiendo que si éste es el único sentido de la locución comentada, me parece que incide el legislador en una redundancia tantológica completamente innecesaria, resuelta por el propio Reglamento del Registro Civil. No creo que tenga otro sentido, puesto que no se puede pensar que con dicha formulación el hijo y/o el donante pudieran reclamar la filiación paterna, puesto que, en cuanto al hijo, la ley que comentamos le impide reclamar la paternidad del donante, al no posibilitarle en ningún caso un establecimiento de la filiación y/o vínculo del parentesco en relación a su persona (artículo 8.3). Por otra parte, en cuanto al progenitor donante, no es necesario que la nueva regulación se posicione, ya que conforme a las normas vigentes del articulado de la filiación el *progenitor* no está legitimado para plantear la demanda de filiación, cuando como es en nuestro supuesto (donación de gametos) no exista posesión de estado en la relación familiar *ad hoc*.

En cuanto al supuesto de inscripción de nacimiento fuera de plazo de hijo matrimonial nacido en virtud de las técnicas de reproducción asistida, regirán los mismos principios que en el caso de hijo nacido

por fecundación natural (*vera copula*). Lo que significa que deberá acudir al expediente gubernativo (artículo 95 de la Ley de Registro Civil) y en cuanto a la inscripción de la filiación matrimonial (artículo 314 del Reglamento de Registro Civil), sólo añadir en este punto que rigiendo la presunción de paternidad, aun cuando no se disfrute en las relaciones familiares de la posesión de estado de hijo matrimonial, se inscribirá la filiación matrimonial, entre otras razones por el propio texto del artículo 113 del Código civil, en donde la presunción de paternidad es título de legitimación. Obsérvese, además, que la certidumbre de la proveniencia de los gametos fecundantes reforzará la presunción de paternidad, por lo que dicho documento médico consigue indiscutiblemente una *prueba positiva de la paternidad*.

Para concluir este apartado, téngase en cuenta que en el supuesto de pareja no casada entre sí, ello no obsta a que sea posible que cada uno de los convivientes individualmente considerados, resulte estar casado con persona distinta. Como es lógico, dicho supuesto debe encauzarse en virtud de los principios registrales vigentes (artículo 185 del Reglamento de Registro Civil, entre otros), de suerte que caso de que se tratase de una inscripción de la filiación matrimonial dentro de plazo, deberá comprobarse, antes de la inscripción, que no rige la presunción legal de paternidad de éste. Sólo añadir que en el caso de la fecundación humana asistida, a diferencia del supuesto normal, en que habrá que probar que ya antes de los trescientos días que procedieron al nacimiento existía la separación; en cambio, en la reproducción humana asistida la prueba de la separación no es en modo alguno relevante, puesto que existe certeza *indubitada* en cuanto a la identificabilidad de los gametos, y en tal caso la documentación médica será reveladora en cuanto a la constatación de la paternidad (cierta y/o asumida) del varón conviviente de la esposa. Remito en torno a estas cuestiones de incidencias registrales en las técnicas de reproducción humana asistida al estudio más exhaustivo realizado en nuestra obra (*Fecundación artificial y Derecho*, referida *supra*).

III. LA FECUNDACION HUMANA POST MORTEM

Otro de los aspectos que aborda la nueva regulación es la permisibilidad de la fecundación *post mortem*. Expongo *ab initio* mi opinión crítica a tal admisibilidad, en tanto en cuanto el legislador en este supuesto se aparta definitivamente de cualquier finalidad terapéutica en el uso de las técnicas, puesto que ya no se trata de dar una alternativa al problema de la esterilidad de la pareja, sino realizar póstumamente el deseo de alcanzar la maternidad, manipulando al hijo como un simple medio instrumental en aras a la consecución de un interés personal, cercenando o restringiendo el derecho de aquél a acceder a una relación familiar bifronte (donde se cumpla la existen-

cia del doble modelo) y no monoparental, voluntaria y expresamente admitida por el legislador de la reproducción humana asistida (vide artículos 6 y 9), de suerte que el destinatario efectivo de las técnicas no necesariamente tiene que ser pareja, sino que puede perfectamente ser receptora la mujer sola (soltera, viuda, divorciada...). Entiendo que establecer un vínculo de filiación de forma parcial contraviene la *mens legislatoris* del texto constitucional, en tanto en cuanto se exige a los padres que presten asistencia de todo orden a los hijos, con lo cual pudiera colegirse que se transgreden los principios ordenadores de convivencia y situación familiar, y lo que ocurre en la fecundación *post mortem* es que se condena al hijo a una orfandad deliberada.

Esto supuesto, el punto primero del artículo 9 dice que: «No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta ley y el marido fallecido, cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón». Al respecto el sucinto comentario que procede efectuar en el momento presente es el siguiente: el tenor de dicho párrafo es una clara transcripción de lo dispuesto por el Informe Warnock (*), que sirvió de base de estudio a nuestra Comisión. Es claro que dicha formulación obedece a una pura prohibición legal por la cual no disfrutarán los hijos póstumos concebidos después de fallecido su progenitor genético de derechos sucesorios, aunque biológicamente nadie puede dudar que son hijos consanguíneamente de aquél (causante a la sazón). En conclusión, no disfrutarán los hijos ni de derechos personales ni patrimoniales en relación al varón fallecido cuyo material genético se utilizó *ex post mortem maritii*, sin que constase el consentimiento del causante en cuanto a su utilización. Consecuentemente, parece que la solución al párrafo del precepto indicado será la de considerar al hijo extramatrimonial *a matre* (en el supuesto que a pesar de todo se hubiera usado el material genético, sin consentimiento del titular); con lo que sólo se establecerá la determinación legal de la filiación materna, pero no la paterna (obsérvese que al morir el cónyuge varón, la fecundación *post mortem* no es ya ciertamente homóloga, sino más bien heteróloga, dado que el matrimonio se ha disuelto); por lo que sólo se establecerá el vínculo con relación a la madre y no se hará constar la filiación paterna, por lo que el hijo no disfrutará de derechos de ningún tipo con relación al fallecido, aunque biológicamente sea cierto que el hijo ha nacido de su padre.

(*) El informe Warnock recomienda que se introduzca legislación en el sentido de que cualquier niño nacido fruto de la IAM (Inseminación Artificial Matrimonial), que no estuviera *in utero* en el momento del fallecimiento de su padre, no sea tenido en cuenta a objetos de sucesión y herencia de éste.

Los siguientes párrafos del artículo 9 establecen lo siguiente: «No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá consentir en escritura pública o testamento que su material reproductor pueda ser utilizado, en los seis meses siguientes al fallecimiento, para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial.»

El varón no unido por vínculo matrimonial, podrá hacer uso de la posibilidad contemplada en el apartado anterior, sirviendo tal consentimiento como título para iniciar el expediente del artículo 49 de la Ley de Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación judicial de paternidad.

El consentimiento para la aplicación de las técnicas podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas.

El comentario que al respecto nos merece dicha disposición es el que sucintamente explicamos: se considera al hijo como matrimonial (si el causante estuviera casado a la sazón) o bien como extramatrimonial (caso de progenitor que no estuviera unido por vínculo), siempre y cuando la fecundación *post mortem* se produjera en los seis meses siguientes al fallecimiento.

Es decir, que además de la presunción de paternidad que establece el artículo 116 para los nacidos antes de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio (porque fueron *concebidos* constante matrimonio); sin embargo, en la fecundación *post mortem*, el supuesto es distinto, ya que el hijo no es que nazca después de la muerte del causante, sino que al fallecer éste ni siquiera estaba concebido, y no nos tenemos que olvidar que el vínculo ha dejado de existir, por lo que incluso buscar su analogía *ad maiore ad minus* con el artículo 118 del Código civil (inscripción del hijo como matrimonial, si concurre el consentimiento de ambos) resulta a nuestro juicio muy forzada; en cambio, en el caso de la fecundación *post mortem*, el vínculo se ha disuelto por el fallecimiento. Esto supuesto, la Ley de la Fecundación Humana Asistida resuelve la cuestión estableciendo el *favor iuris* de la condición de hijo matrimonial o extramatrimonial en su caso con todos los beneficios y efectos que derivan de dicho *status*; siempre y cuando la fecundación *post mortem*, se hubiese llevado a cabo con los gametos, identificados, dentro de los seis meses siguientes al fallecimiento. Naturalmente, en el supuesto de matrimonio, esta situación excepcional de concepción y nacimiento *es post mortem maritii*, provocará que la fecundación producida en el término establecido nos lleve al establecimiento de una filiación matrimonial para el hijo (*nondum concepti* en el momento del óbito) arropado en el beneficio de una presunción de paternidad que prácticamente sería de las que no admiten prueba en contrario en razón a la constatación directa y positiva de la paternidad por el inconcuso conocimiento e identificabilidad del material reproductor. Ahora bien, entendemos por nuestra parte que el *status filii* de hijo matrimonial,

aún así puede ser refutado en el procedimiento ordinario siguiendo las normas vigentes del articulado de filiación (vide artículos 134, 136 y 137, entre otros); aunque si bien es cierto quedará muy restringida dicha posibilidad en base a la estricta legitimación y al presupuesto indefectible de la posesión de estado en el ejercicio de las acciones.

Es obvio decir que si la viuda contrae seguidamente matrimonio tras el fallecimiento de su esposo y nace un hijo antes de los trescientos días siguientes a la disolución de su primer matrimonio el hijo *ab initio* se inscribiría como matrimonial del primer marido, procediéndose *a posteriori* a la impugnación de la filiación correspondiente, conforme a las normas sustantivas y registrales vigentes de la filiación. Este evento puede ciertamente producirse desaparecida de nuestro Código civil la antigua prohibición de contraer matrimonio la viuda durante los trescientos días siguientes a la muerte de su marido, norma dictada para impedir que se produjera la *turbatio sanguinis*, es decir, los posibles conflictos de paternidad.

En igual sentido, en el supuesto de que la viuda dentro del período *ad hoc* (seis meses siguientes al fallecimiento) hubiera contraído nuevo matrimonio, y aquella se hubiera fecundado *post mortem* con el material genético de su esposo fallecido en el período establecido al efecto, el hijo tendría el *status de hijo matrimonial* del varón fallecido. Reforzaría dicho *status* el documento médico y/o la operación de fecundación *post mortem* en la que queda claro la identificabilidad del gameto (y/o embrión en su caso). *Item mas* si tras el fallecimiento contrae nuevo matrimonio, y la mujer deja transcurrir el plazo privilegiado de los ciento ochenta días para fecundarse con el material reproductor de su excónyuge, si a pesar de todo se fecunda después, el hijo no obtendría la condición de hijo matrimonial (aunque ciertamente es lo de menos) y además no disfrutaría de ningún derecho (ni patrimonial ni personal) en cuanto al progenitor fallecido. Quizá en esta rocambolesca situación *el hijo ex post factum* cupiera que reclamase daños morales..., a su madre en razón a su directa responsabilidad. Además, asimismo, *prima facie* a tenor de las reglas registrales vigentes, el hijo resultaría amparado en la presunción de paternidad matrimonial del segundo matrimonio; si bien resultaría fácilmente refutable dicha presunción por las normas generales (vide artículos 108 y siguientes del Código civil y 181 y siguientes del Reglamento de Registro Civil).

Para resumir el presente estado de la cuestión debemos fijarnos en que a diferencia de la fecundación natural en que la *presunción de paternidad* opera en todo caso para los hijos nacidos antes de los trescientos días siguientes a la disolución. Dicha regla encontrará su excepción en la reproducción humana asistida, por cuanto que a diferencia de aquélla, como estos hijos no estaban concebidos al ocurrir el óbito, la *presunción del pater is* (por hablar en términos presuntivos), sólo se produce siempre y cuando su concepción ocurra

dentro de los ciento ochenta días siguientes al fallecimiento; si no es así no se beneficiarían del *favor iuris* de hijos matrimoniales. A mi juicio, lo que el legislador de la Ley de la Fecundación Asistida quiere decirnos con el tenor del párrafo primero del artículo 9 («no podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna...») es precisamente a que al no estar el material reproductor del marido fallecido en el útero de la mujer, en la fecha de la muerte del varón, *no se desencadena ninguna presunción de paternidad*, de suerte que como excepción devendrá una sobrevenida «presunción de paternidad» si existe el consentimiento en documento público; aunque según lo que venimos razonando, resulta *a fortiori* una automática atribución de paternidad, en razón a la existencia de la prueba directa y positiva de la generación.

En conclusión, el artículo 116 del Código civil está pensado para el *nasciturus*, es decir, para el concebido y no nacido en el momento de la muerte del cónyuge varón, por lo que el hijo está amparado en la presunción del *pater is* si el nacimiento ocurre antes de los trescientos días siguientes al fallecimiento. Ahora bien, como es obvio, en la *mens legislatoris* de dicho precepto no acoge la hipótesis del *concepturus*. Por el contrario, la excepción la establece la fecundación humana asistida, en los términos establecidos en el artículo 9 de la ley, es decir (utilización del material reproductor dentro de los seis meses siguientes al fallecimiento).

En congruencia con lo expuesto, en líneas precedentes se entiende que necesariamente para los hijos concebidos y nacidos *post mortem* la presunción de paternidad del artículo 116 del Código civil tendrá que modificarse en el sentido que para aquéllos el plazo presuntivo del *pater is* (a tenor de lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley de la Reproducción Humana Asistida) deberá ampliarse a cuatrocientos ochenta días desde el momento del fallecimiento del causante (titular del material reproductor).

A los efectos de clarificar finalmente la presente cuestión diremos lo siguiente:

En primer lugar, si en el momento de la muerte del progenitor existía ya un *nasciturus*, rige sin lugar a dudas la presunción del artículo 116 del Código civil, en los términos establecidos, o sea, trescientos días desde el momento del fallecimiento del cónyuge.

En segundo lugar, si en el momento de la muerte del progenitor no había concepción, pero los cónyuges a la sazón decidieron en escritura pública o testamento consentir la fecundación *post mortem*, los trescientos días deberán computarse a partir del siguiente —día cierto—, en que ocurrió la concepción *ex post mortem maritii*. Es decir, que si bien en el momento de la disolución del vínculo no había concepción (sólo podía hablarse de un *nondum concepti*); no obstante, como hubo consentimiento formal a los indicados efectos, la presunción (en este caso de la fecundación *post mortem*, más bien

prueba positiva de la paternidad) operará sobrevenidamente cuando acontezca la concepción que ineluctablemente deberá producirse dentro del plazo legalmente establecido (artículo 9.2 de la Ley de la Fecundación Humana —ciento ochenta días—) para que el hijo *in fieri* disfrute de los derechos inherentes a la filiación establecida con respecto a su progenitor; pero tendrá que nacer dentro de los trescientos días siguientes a la concepción póstuma para ser considerado como tal «hijo del marido» a los efectos legales, aunque biológicamente lo fuera de modo indubitado.

En conclusión, si se trata de hijos concebidos *vera copula* (relación coital) rige el artículo 116 del Código civil, por lo que la presunción de paternidad no es aplicable al hijo nacido más allá de los trescientos días siguientes a la disolución del vínculo, presunción obviamente *iuris tantum* —vide artículo 127 del Código civil.

Por el contrario, si se trata de hijos concebidos *post mortem* en virtud de las técnicas de reproducción humana asistida, la presunción de paternidad no la disfrutarían los hijos nacidos después de transcurridos cuatrocientos ochenta días del fallecimiento del esposo (donante póstumo), con lo cual estos hijos «postumísimos» para beneficiarse de los derechos personales y/o patrimoniales en relación a su progenitor u otros derechos por Ministerio de la ley *ex conductio sine qua non* que la concepción ocurra en el período establecido al efecto (seis meses desde el fallecimiento).

IV. LA MATERNIDAD SUBROGADA

Otro de los aspectos que aborda la regulación que comentamos, concretamente el artículo 10 de la Ley de la Reproducción Humana Asistida, dedica su contenido al tema de lo que en términos vulgares se ha conocido como maternidad subrogada y/o locación de vientres o alquiler de úteros. Consiguientemente, dice la citada disposición que: «Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer, que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico conforme a las reglas generales».

Resumimos con la mayor parquedad la presente cuestión, tratando de explicar algunas dificultades:

En cuanto a la nulidad del contrato, su fundamentación a buen seguro debemos encontrarla en que se sitúa a la persona como objeto de dicho negocio jurídico, ora entendamos la calificación de dicho contrato como arrendamiento de servicios (donde la mujer que pare se obliga a efectuar una actividad), ora lo calificuemos como arrenda-

miento de obra (donde lo que importaría sería su resultado —el hijo—, como efecto de la actividad desplegada), de suerte que queda fuera de la autonomía de voluntad de las partes al contratar sobre una materia indisponible para los contratantes (la capacidad generativa). *Item* mas el hijo aparece como un *medio útil* instrumental para alcanzar una maternidad, de donde resulta notorio que se intenta que prevalezca siempre un derecho *al niño versus* derechos del niño subordinados a otros intereses. Por tal motivo, confirmamos la opinión de Vidal Martínez, cuando explica que ese derecho subjetivo al hijo puede resultar sumamente perturbador, ya que ese pretendido derecho no existe, en puridad, porque ello supondría convertir a un ser humano en objeto de un derecho subjetivo, es decir, en una cosa (*Las nuevas formas de reproducción humana*. Civitas, 1988). En resumen, no nos parece asumible que dentro del *ius dispositivum* de las partes quepa acceder a la posibilidad que una mujer (y quizá en un futuro no muy lejano sea indifente que se trate de útero humano) procreo o alumbré no para sí, sino en beneficio ajeno. Para una mayor exposición de la materia remito a nuestros estudios en II Congreso Mundial Vasco (Editorial Trivium, 1988).

En cuanto a la determinación de la filiación del hijo conviene brevemente hacer hincapié en las siguientes puntualizaciones: se nos dice en la citada disposición que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. Naturalmente, con la afirmación explicitada reafirma el criterio tradicional, según el cual la maternidad viene siendo determinada por el hecho del parto y la identidad del recién nacido, por lo que su constatación tanto desde un punto de vista de derecho sustantivo (artículo 120.4 del Código civil), como desde una óptica puramente de derecho registral, *madre* será la que ha gestado (vide, en otros, artículos 44, 47, 49.3 de la Ley de Registro Civil y 168 y 182 del Reglamento de Registro Civil). A tal efecto, la Ley de la Fecundación Humana Asistida refuerza dicho planteamiento, considerando que en el hipotético conflicto de maternidades madre genética/madre gestante, se prima el factor obstétrico frente al elemento genésico, derivado de la titularidad de la célula germinal (gameto femenino). Consiguientemente, en cuanto a la determinación de la filiación materna, sigue recalándose incluso con la utilización de estas técnicas la importancia en cuanto a su establecimiento por el hecho del parto (artículo 135 del Código civil).

En el texto del artículo 10 de la ley, la correcta inteligencia de su tenor literal supondrá que si la madre gestante no está casada se inscribirá la filiación materna no matrimonial (y ello aun cuando el gameto femenino perteneciera a la mujer de la pareja comitente); asimismo, si el progenitor varón es el miembro de la pareja arrendataria de los servicios, podrá inscribirse la filiación paterna extramatrimonial de aquél. Congruentemente, se procedería después a la adopción no sin grandes dificultades, pues en opinión de la doctrina más auto-

rizada (Bercovitz), nuestro Código civil no prevé la posibilidad de una adopción en la que el adoptante únicamente sustituye a uno de los progenitores naturales. Incluso cuando la mujer adoptante esté casada con el padre natural, no parece fácil acogerse a los artículos 176, párrafo tercero, y 178, párrafo primero, del Código civil, para que con consentimiento de la madre natural (y por supuesto del padre) aquélla pueda sustituir únicamente a esta última.

A mi juicio, esa dificultad se planteaba con la anterior regulación (de suerte que los preceptos transcritos *supra* deben ser entendidos conforme al tenor vigente a la sazón), en la que el vínculo de parentesco se establecía con el adoptante, puesto que la adopción rompía la relación familiar con la familia natural (aunque sobre esta cuestión existían fundadas dudas doctrinales en base a lo que se disponía en concreto en los artículos 176 y 179 —redactados conforme a la Ley del 13 de mayo de 1981—).

En el momento actual, de *lege lata* sí sería posible la adopción que explicamos en el ejemplo *supra*, puesto que el artículo 178 establece como excepción a la extinción de los vínculos jurídicos del adoptado con su familia por naturaleza, el caso que el adoptando sea hijo del cónyuge del adoptante, de suerte que según el caso subsistirán los vínculos con la familia paterna y/o materna, por lo que no encuentro dificultades para que en el ejemplo referido, precediendo el consentimiento de la madre natural, del padre biológico, y de la esposa del mismo, ésta ostente a los efectos legales el parentesco materno. Creo que nos encontramos dentro del supuesto de hecho del artículo 178.2, párrafo primero.

En conclusión, en este supuesto de *iure condito* no existe ni dificultad técnica —articulado vigente— ni práctica —en cuanto a la innecesariedad de contar como intermediario en la adopción con la presencia de la entidad pública (artículo 176.2 del Código civil).

Ahora bien, incluso dentro de la hipótesis de la gestación por sustitución, habrá otro tipo de adopciones que sin grandes dificultades teóricas —con cumplimiento del articulado vigente en cuanto a la prestación de los consentimientos y asentimientos necesarios—, sin embargo, en la práctica pueden existir dificultades técnicas, en cuanto a la ejecución y/o constitución del vínculo adoptivo. Para una mayor clarificación pensemos en el siguiente supuesto: si la madre gestante estuviera casada y el titular del gameto masculino fuera bien el cónyuge de aquélla o bien un donante desconocido, resultaría que inscrito como matrimonial en el primer caso o como extramatrimonial de mujer casada (vide artículo 185 del Reglamento del Registro Civil) en el segundo, la adopción ulterior por parte de la pareja arrendataria de los servicios de gestación (aun contando con el consentimiento de la madre gestante —y su cónyuge en su caso—) requerirá necesariamente propuesta previa de la entidad pública correspondiente con lo cual al final todo quedará *ad arbitrium* de la institución de integra-

ción familiar, puesto que conforme a la ley rituaría (artículo 1.830 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) en las adopciones que exijan propuesta previa en ningún momento se admitirá que el asentimiento de los padres se refiera a adoptantes determinados. Repárese en la circunstancia que puede incluso coincidir en estas hipótesis el dato de la aportación de «óvulos» por parte de la mujer arrendataria de los servicios de gestación. En tal sentido entendemos que aunque para la entidad pública como regla general no resulte vinculante la elección de los adoptantes por parte de los padres naturales, no obstante, estas hipótesis resultarán determinantes en el fondo para la institución de integración familiar intermediaria necesaria en la Constitución del vínculo adoptivo.

Por otra parte, si la mujer gestante estuviese casada y la pareja arrendataria de los servicios de gestación también, resultaría lo siguiente:

El hijo *prima facie* se le inscribiría como hijo matrimonial de la pareja gestante, con derecho por parte del cónyuge varón de la misma a impugnar la filiación matrimonial (más dificultoso si este sujeto fuera a la sazón casualmente el titular del gameto masculino reproductor). Esto supuesto, la gestante sólo podría inscribir la filiación no matrimonial de hijo de casada (partiendo de la hipótesis que el gameto masculino fuese de donante desconocido), si refuta la presunción de paternidad matrimonial, fácilmente destruye en el caso que ejemplificamos, ya que desde el primer momento existe certeza indubitada y prueba positiva de la no paternidad del cónyuge de la gestante a la vista del pertinente expediente médico, con lo que posiblemente no se inscribiría *recta via* la filiación matrimonial correspondiente a la pareja gestante. Pues como explica con razón Bercovitz, el hecho de la inseminación artificial equivaldría a una separación de hecho a los efectos de la procreación y, consecuentemente, la presunción de paternidad no regiría (artículos 185 del Reglamento de Registro Civil y 116 del Código civil). En congruencia con el planteamiento explicado podría procederse después a la adopción del hijo por parte de la pareja arrendataria de los servicios, según las normas vigentes de la adopción a las cuales nos remitimos (fundamentalmente, artículos 175, 176, 177 y 178). Añadir además que esta sobrevenida adopción impide *a fortiori* cualquier posible reclamación de la paternidad. Entendemos que en relación a este extremo, el ordinal tercero del artículo 10 resulta intemperante e innecesario en todos los supuestos (excepción hecha de que el donante fuera a la sazón el progenitor varón de la pareja comitente arrendataria de los «servicios» de gestación).

Es decir, que si el donante es anónimo (como en el ejemplo *supra* desarrollado) la explicación al ordinal tercero del artículo 10 según el cual —«queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico conforme a las reglas generales»— no tiene mucho sentido.

En primer lugar, porque conforme a las normas generales el posible reclamante carece de *lege lata* de acción para reclamar la filiación paterna extramatrimonial si no existe en las relaciones familiares de la posesión de estado (artículo 133 del Código civil).

En segundo lugar, porque el «donante de gametos» conforme a la ley que explicamos de la fecundación humana asistida carece *ex lege* de vínculo de parentesco con el hijo cuya herencia genética lleva (véanse, básicamente, artículos 5 y 8 de la citada ley).

En tercer lugar, además de lo dicho consumándose la adopción, y aun prescindiéndose de los argumentos anteriores, el vínculo adoptivo (en donde prima el *interés* del hijo) resultaría *a fortiori* inmovible (vide artículo 180 del Código civil).

Por el contrario, si el progenitor varón es el miembro de la pareja comitente que han acudido a la gestación por sustitución, aquél podría reclamar la filiación (pensemos que la gestante estaba casada y se ha inscrito la filiación como matrimonial del hijo nacido de la gestante) paterna extramatrimonial. Aunque habría que decir que, asimismo, conforme a las normas generales a las que nos remite el párrafo final del artículo 10, carecería aquél de legitimación para plantear la acción si el hijo no disfruta de la posesión de estado correspondiente (artículo 133). Sólo añadir al respecto que dada la parquedad del presente comentario remitimos a nuestro estudio más detallado de la fecundación artificial y Derecho (Editorial Tecnos, 1988).

V. LOS TEMAS DE LOS DESTINATARIOS EN LAS TECNICAS DE REPRODUCCION

Otro de los aspectos que merecen nuestra atención dentro de las sucintas reflexiones que efectuamos a la Ley de la Fecundación Humana Asistida es la cuestión concerniente a los destinatarios de las técnicas de reproducción. En este punto debemos remitirnos básicamente al artículo 6 de la citada ley, según el cual: «Toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la presente ley, siempre que haya prestado su consentimiento a la utilización de aquéllas de manera libre, consciente, expresa y por escrito. Deberá tener dieciocho años al menos y plena capacidad de obrar. La mujer que desee utilizar estas técnicas de reproducción asistida, deberá ser informada de los posibles riesgos para la descendencia y durante el embarazo derivados de la edad inadecuada. Si estuviese casada, se precisará además el consentimiento del marido, con las características expresadas en el apartado anterior, a menos que estuviesen separados por sentencia firme de divorcio o separación, o de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente. El consentimiento del varón, prestado antes de la utilización de las técnicas, a los efectos previstos en el

artículo 8, apartado 2, de esta ley, deberá resumir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal. La elección del donante es responsabilidad del equipo médico que aplica la técnica de reproducción asistida. Se deberá garantizar que el donante tiene la máxima similitud fenotípica e inmunológica y las máximas posibilidades de compatibilidad con la mujer receptora y su entorno familiar».

Nuestra opinión al respecto es que dicho tenor conculca en buena medida las líneas directrices del Informe de la Comisión Parlamentaria Especial, puesto que en el mismo el destinatario efectivo no era otro que la pareja casada y/o *more uxorio*. Consecuentemente, quedaba reducido su campo de proyección a las parejas estériles o infértiles, de suerte que el recurso a las técnicas aparecía como una solución terapéutica, correctora y/o sustitutiva de la esterilidad irremediable y en ningún caso como un método alternativo de fecundación. Asimismo, no se extendía el ámbito de aplicación de aquéllas a otras relaciones familiares monoparentales.

¿Qué es lo que definitivamente se ha regulado? La respuesta al interrogante es sencilla (basta remitirse al tenor del artículo 6); el legislador ha extendido el radio de acción de la aplicabilidad de las técnicas de fecundación humana asistida a cualquier *usuaria*, forme pareja o no. *Item mas*, no es imprescindible que en el caso de pareja no unida vincularmente, es decir, unida simplemente de *facto*, se exija algún requisito complementario a la situación objetiva de *estabilidad*. Repárese que a *contrario sensu*, en el caso de la adopción simultánea de parejas no casadas, la reciente Ley de Adopción, exige por una parte la *heterosexualidad*; sin embargo, por el contrario de la exégesis *in toto* de la Ley de la Reproducción Humana no se exige como *condictio iuris* tal requisito; con lo cual una interpretación «generosa»... permitiría ser destinatario de las técnicas incluso a parejas de lesbianas... En segundo lugar, se requiere en la Ley de Adopción que la pareja *estable* heterosexual esté unida de forma permanente y efectiva, sin que se nos clarifique, por cierto, su *modus probandi*. Al respecto, para no resultar prolijo sobre esta cuestión, me remitiré a un excelente artículo muy clarificador de Cerdá Gimeno (*Situación actual de las parejas no casadas ante el Derecho*, en «Boletín de Información del Ministerio de Justicia», año XLII, 15 de febrero de 1988). Por su parte la Ley de Reproducción Humana no se plantea en modo alguno la pertinente cuestión, por lo que basta ahora significar que una pareja heterosexual unida de *facto*, estará siempre en mejores condiciones (objetiva y subjetivamente hablando) para recurrir a la reproducción asistida que *ad maiore ad minus* a la constitución del vínculo adoptivo, puesto que en éste, como hemos visto, se exige determinados requisitos a la adopción en cuanto a la prueba de la estabilidad de hecho (véase Disposición Adicional tercera de la ley), y, por otra, en cuanto a los requisitos de edad, para adoptar se exige como mínimo en uno de los adoptantes veinticinco años (ar-

título 175 del Código civil); en cambio, para ser usuaria de las técnicas de fecundación asistida se exige la mayoría de edad —dieciocho años— (artículo 6, punto primero, de la ley).

En conclusión de la Ley de la Reproducción Humana se colige que existe una extraordinaria libertad en cuanto a la permisibilidad de las técnicas de fecundación artificial a cualquier usuaria, esté casada o no, forme pareja o prescindida de ella. A mi juicio, criterio tan expansivo y munificente instrumentaliza y subordina el interés del hijo como un simple medio para satisfacer los deseos de quien pretende ser madre, olvidando el legislador el sentido ontológico y la naturaleza intrínseca de la relación heterosexual en la que el hijo deba proyectar su propia identidad, menospreciándole su legítimo derecho a nacer en el seno de una unión familiar integralmente constituida por un hombre y una mujer, por lo que no se puede sensatamente acudir al artículo 14 de la Constitución y argüir que dicho razonamiento es claramente admisible en razón a la norma constitucional, y obrar en contrario resultaría un proceder discriminatorio. Participo en este sentido de la opinión del profesor Lacruz, cuando explica que dicho precepto constitucional no obliga a que cada ley trate igual a los que son distintos, a que extienda su radio de acción a todos los desiguales por razón de cualquier condición o circunstancia personal o social. Efectivamente, a nuestro modo de ver la referida igualdad no deja de ser una formulación abstracta que necesitará en cada circunstancia *ad hoc* de una exégesis particular, de suerte que la valoración del citado principio igualatorio tiene que compararse en cada caso con los intereses y valores concurrentes en conflicto.

En conclusión, como concluye certeramente Peña Bernaldo de Quirós, si es lógico que el Estado respete la libertad de tener hijos en el estado civil que sea, no ocurre lo mismo cuando los hijos sólo pueden venir al mundo con una colaboración oficial o cuasioficial (la del establecimiento sanitario autorizado); lo menos que se puede pedir a las decisiones oficiales es que sean racionales. Consiguientemente, estimamos que si la mujer puede *iure proprio* procrear naturalmente y los poderes públicos deben proteger a las madres, cualquiera que fuera su estado civil, la inteligencia de dicho párrafo no está pensada para estas hipótesis, puesto que como concluye Labrusse Riou (*Des motifs d'esperer. La procreation artificielle*, París, 1988), a quien completamos su razonamiento, es discutible pensar que el legislador deba reconocer a las instituciones médicas el deber de participar en la procreación de estos hijos y, asimismo, que en aras a un pretendido pluralismo cultural o ideológico el Estado deba organizar y potenciar modelos familiares distintos (monoparentales), tolerando cualquier alteración de la estructura familiar del doble modelo (padre y madre) en razón a un puro deseo individual —ser madre.

Insisto, no es un mero problema de discriminación por razón de estado, sino que deben confrontarse los valores en juego: el de la

mujer a tener hijos y el del hijo a que anticipadamente no se le planifique su futuro descartándole inicialmente una paternidad, de modo que en el planteamiento de esta dialéctica se desconozca e infravalore la finalidad del hijo a que pueda acceder a un modelo familiar integral en el cual pueda encontrar y desarrollar plenamente su identidad sexual.

VI. LA NATURALEZA JURIDICA DEL PREEMBRIÓN Y EL ASUNTO DE LA MANIPULACIÓN GENÉTICA.

Finalmente, para concluir el comentario general a la Ley de la Reproducción Humana Asistida reflexionamos sobre los temas referidos al *status jurídico* del «preembrión» y a la experimentación o manipulación genética.

El término de *preembrión*, a nuestro juicio, es una desafortunada expresión que intenta privar de la necesaria asistencia tuitiva a la vida humana naciente *in fieri* existente, sin paliativos, desde el momento de la concepción. No obstante, el legislador considera que esa protección debe otorgársele a la citada realidad biológica a partir del día 14 de la fecundación, queda así de manifiesto que para aquél el momento de la *implantación* es de necesaria valoración biológica. A mi juicio, el respeto a la vida humana potencialmente nacidera, debe dispensársele desde el preciso momento de la concepción. Entiendo, por tanto, que desde el instante de la formación del cigoto existe en una realidad biológica nueva que posee toda la información genética necesaria para que se desarrolle y viabilice *ad iuvante natura* el proceso de individualización de esa vida humana (*actio vita*) existente desde la fase de la concepción. A mi modo de ver no se ha sido coherente con el texto constitucional (artículos 10, 15 y 24, entre otros significativos preceptos) pues no se considera al «preembrión» como una autentica vida merecedora de la tución y protección jurisdiccional debida. En este planteamiento disuasivo el *conceptus sua sponte non viabilis* (es decir, el preembrión) no se le puede conceptuar, cual si se tratase de una etapa irrelevante, cuando dicha realidad biológica intrínsecamente tiene un proceso de continuidad (*iam inde irreversibile*). Puede decirse, por tanto, que el legislador le ha negado al *preembrión* esa dignidad ontológica, desconociendo su propia personalidad *in crescendo* en desarrollo, considerando que en esos 14 días (si bien es cierto que es una entidad humana), no tiene, por el contrario, una identidad sustancial. Ha olvidado el legislador que esa vida humana naciente tiene *per se* todos los elementos necesarios y propios que constituyen al hombre (*alia quibus cohaerent homines*). En conclusión, ese «minúsculo embrión» no es considerado por el legislador con calidad humana ni con sustantividad individual, desconociéndose que existe una vida y que a todos los efectos rige en su favor aquella

vieja máxima según la cual el concebido debe ser considerado como si estuviera *ya nacido* cada vez que se trate de tomar una decisión a su favor (*infans conceptus pro nato habetur*). Por el contrario, el legislador ha optado por desconocer ese estadio de vida en progresiva evolución y ha considerado, por el contrario, que el momento de la *anidación* es categóricamente decisivo, por lo que el período *precedente preanidatorio es irrelevante*; cuando a nuestro juicio esa fase de la anidación es sólo un devenir progresivo de la configuración de la vida humana naciente y no es *per se* válido para totalizar en ningún caso la propia realidad ontológica, que comienza en el momento de la fecundación, conteniendo aquella entidad humana *in fieri*, toda la programación necesaria para devenir en persona (remito para un estudio más detallado a nuestra obra citada *supra* «Fecundación artificial y Derecho»).

Finalmente, para concluir definitivamente el presente comentario, decir que el Capítulo IV de la ley incide en las materias atinentes a la manipulación genética, artículos 11 a 17 (crioconservación, diagnóstico y tratamiento, e investigación y experimentación) y en las que a modo de conclusiones finales se impone como *prius* de partida y/o imperativo categórico la correcta utilización del material embriológico, de suerte que el investigador no podrá interferir en dicho proceso para desviar obrando *contra natura* en la utilización del material reproductor (por ejemplo, fecundar óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana, utilizar preembriones con fines cosméticos, la ectogenesis, etc., remito en concreto el artículo 20 de la ley). En otro orden de cosas, como regla general se admite como lícita la mencionada manipulación genética, siempre y cuando ésta contribuya o coadyuve a mejorar las condiciones innatas del material reproductor humano que se dispone (vgr., la corrección de anomalías o malformaciones congénitas. Sobre esta cuestión versan fundamentalmente los artículos 12, 13 y 14 de la ley), dado que con dicha actuación terapéutica se ayudará a cumplir la finalidad para que «naturalmente» está predestinado el material genético.

¿Qué grado de manipulación genética es admisible? A mi modo de ver, en el fondo tan importante como una ley en la que objetivamente se señalen los límites y las prohibiciones es decisivo *iure proprio* el propio código deontológico del investigador, y que siempre en estos procesos de investigación debe respetarse el derecho a la vida, incluso en fase *preembrionaria*; aunque la *mens legislatoris* en este punto es contradictoria.

Esto supuesto, los límites aludidos en cuanto a la experimentación biogenética deben señalarse en la inalterabilidad del proceso humano generativo, que no se manipule la ontológica configuración entitativa de esa vida humana naciente *in fieri* inavilizándose su nacimiento y el natural desarrollo y continuidad de aquella, experimentándose sin intención de ayudar a cumplir su función vital. Como bien expre-

saba Higuera Urdias (Informe a la Comisión Parlamentaria) el legislador debe tener en cuenta el pluralismo social que de hecho exista, así como las distintas posturas éticas que se den, siempre y cuando ninguna de ellas se coloque al margen de los derechos humanos fundamentalmente reconocidos.

Tengo mis dudas que la presente ley defienda esos valores fundamentales, pues no es respetuosa con el principal y ontológico derecho de la persona, cual es el reconocimiento a la propia vida humana. No podemos negar que es precisamente la dignidad de la persona y/o *in fieri* (*conceptus non virtualiter nasciturus*) el punto de inflexión desde donde debe solucionarse cualquier conflicto de valores o intereses en juego ateniéndonos al propio texto constitucional (artículos 10, 15 y 24, entre otros). Es razonable, por tanto, concluir que cuando se habla de persona, la tutela y protección jurisdiccional debe llegar incluso al momento preembrionario (*etiam tunc*); por tanto, el contenido ético de actuación en la fecundación humana asistida supondrá no desconocer la dignidad del *nasciturus*, debiéndose respetar su primario natural y óntico derecho a nacer.

Siendo incuestionable que todos tienen derecho a la vida, no cabe establecer graduaciones técnicas en la amplitud de este derecho, pero no cabe duda de que si a alguien no se le puede discutir es a quien carece de toda capacidad de «ofender y defender».

Las presunciones de condonación

Por FRANCISCO DE PAULA BLASCO GASCÓ

Doctor en Derecho

SUMARIO: I. LA CONDONACION PRESUNTA POR ENTREGA DEL DOCUMENTO PRIVADO.—1. *Requisitos*.—2. *Efectos*.—II. LA CONDONACION PRESUNTA POR DEVOLUCION DE LA COSA DADA EN PRENDA.

La condonación de la deuda puede definirse provisionalmente como el acto o negocio jurídico gratuito en cuya virtud se extingue la deuda. Diversas son las cuestiones que la condonación y su regulación jurídica han planteado a la doctrina, si bien es cierto que ésta se ha entretenido fundamentalmente en investigar y asentar el carácter unilateral y/o bilateral del negocio de condonación o perdón, y en determinar su carácter esencialmente gratuito u oneroso. Abstracción hecha de estas cuestiones y de su relativa importancia, al menos desde una perspectiva formal o conceptual (toda vez que tales problemas deben presentarse, a nuestro entender, como un «posteriorius» y no como un «priorius» del análisis jurídico de la condonación de la deuda), nosotros vamos a centrar el objeto de nuestro estudio en una de las formas de la condonación: la llamada condonación presunta.

En la regulación jurídico-positiva que el Código civil establece de la figura de la condonación (artículos 1.187 a 1.191), se puede verificar una triple forma de extinguir la obligación mediante esta causa extintiva, a saber: la condonación expresa, la tácita y la presunta. Aquéllas están sometidas a los preceptos que rigen las donaciones inoficiosas; la expresa, además, debe ajustarse «de lege lata» a las formas de la donación, ex artículo 1.187 del Código civil. La condonación presunta o, mejor, los supuestos que conforman una presunción de condonación se contienen en los artículos 1.188 y 1.191 del Código civil. Ambos supuestos lo son de condonaciones presuntas y no de condonaciones tácitas. Es cierto que la conducta que contempla el artículo 1.188 ha sido configurada tradicionalmente como con-

donación tácita, más aún, era el supuesto por excelencia de condonación tácita (1); pero no es menos cierto que dicha configuración es un error conceptual, una técnica defectuosa en la dogmática jurídica.

Como ha señalado Díez-Picazo (2) y posteriormente González Porrás (3), debemos distinguir la condonación tácita de la presunta.

Aquella deriva de los «facta concludentia», de una conducta indubitada y sería del acreedor que revela su voluntad de condonar, de extinguir la deuda a través del perdón, de la condonación; la presunta, en cambio, se deriva de determinados «supuestos de hecho de los que se deduce una presunción» (4), la cual puede admitir o no prueba en contrario.

Así, los artículos 1.118 y 1.191 del Código civil no contienen sendas condonaciones tácitas, que concretarán la posibilidad de condonar tácitamente ex artículo 1.87, sino supuestos de hecho de condonaciones presuntas de los que la ley deriva la voluntad del acreedor de condonar bien la deuda (artículo 1.188), bien la obligación accesoria de prenda (artículo 1.191).

Como decíamos, los preceptos mencionados contienen dos presunciones de extinción de las obligaciones por condonación cuyo objeto es distinto: la primera de ellas, artículo 1.188 del Código civil, presume la extinción de la deuda principal; la segunda, artículo 1.191 del Código civil, presume la extinción de la obligación accesoria de prenda. Entre ambos preceptos coloca el Legislador una norma clara que recoge un principio lógico: la condonación de la deuda principal extingue las obligaciones accesorias; pero la de éstas deja subsistente aquella. Esta norma, situada entre las dos presunciones de condonación, aunque aplicable obviamente tanto a la condonación expresa cuanto a la tácita, no es más que una concreción en sede de condonación de la deuda del principio de que lo accesorio sigue a lo principal. Los caracteres de subordinación y dependencia implican que la obligación accesoria siga la suerte de la obligación principal. En cambio, lógicamente, no sucede al contrario: la extinción de la obligación accesoria no supone la extinción de la principal, la cual tiene una vida jurídica propia e independiente de aquella. Este principio es, pues, el que manifiesta la norma contenida en el artículo 1.190 del Código civil, cuya colocación sistemática es más que cuestionable.

(1) Así, por ejemplo, en los Proyectos de Código civil de 1836 y 1851, artículos 1.975 y 1.141, respectivamente.

(2) Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho civil Patrimonial*, 1.ª ed., 1979, vol. I, p. 659.

(3) GONZÁLEZ PORRAS, J. M.: *De la condonación de la deuda*, en «Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales», Madrid, 1980, T. 16.º, vol. I, pp. 321 y ss.

(4) Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, *cit.*, p. 659.

I. LA CONDONACION PRESUNTA POR ENTREGA DEL DOCUMENTO PRIVADO

El ya mencionado artículo 1.188 del Código civil establece una presunción de condonación de la deuda cuyo supuesto de hecho básico es la entrega del documento privado justificativo del crédito por el acreedor al deudor. Esta presunción se refuerza con otra presunción claramente «iuris tantum», que contiene el artículo 1.190 del Código civil: la presunción de voluntariedad en la entrega del documento privado justificativo del crédito.

Fundamentalmente, las cuestiones que plantea el técnicamente defectuoso artículo 1.188 son dos (5): a) los presupuestos o requisitos cuya concurrencia produce la presunción de condonación o, con palabras del propio precepto, «implica la renuncia de la acción» que el acreedor tenía contra el deudor, y b) los efectos que origina la dicha presunción, que nos conducirá al dudoso inciso final del primer párrafo del artículo 1.188 y al desasosegado párrafo 2.º del mismo precepto. Examinemos, pues, ambas cuestiones.

1. Requisitos de la presunción de condonación por la entrega del documento privado

Al hilo de la doctrina, principalmente francesa (6), podemos señalar los siguientes requisitos cuya verificación produce la extinción de la deuda por condonación:

1. *La entrega del documento privado del que resulte la deuda o «justificativo del crédito»*

Efectivamente, el primer requisito que deriva espontáneamente del propio texto del artículo 1.188 del Código civil es la «entrega del documento privado justificativo de un crédito». Tres órdenes de cuestiones cabe plantearse ante este presupuesto, a saber: que el documento no sea privado; que no sea justificativo del crédito; que no se produzca realmente la entrega, porque el documento privado nunca ha estado en poder del acreedor, sino siempre en el del deudor.

(5) El primer párrafo del artículo 1.188 concuerda con los artículos 1.975 y 1.141 de los Proyectos de 1836 y 1851, respectivamente; si bien en éstos se configura como quita o perdón tácito. El párrafo segundo es nuevo y fue introducido en el Anteproyecto de 1882-1888.

(6) Principalmente, DEMOLOMBE, C.: *Cours de Code Napoleon*, Paris, 1877, T. 28.º, pp. 285 y ss. JOSSERAND, L.: *Cours de Droit civil positif français*, 2.ª ed., Paris, 1933, vol. II, pp. 503 y ss. LAROMBIERE, L.: *Théorie et pratique des obligations*, Paris, 1857, T. 3.º, pp. 565 y ss.

La primera cuestión ha sido resuelta por la doctrina en sentido negativo. La entrega de documento o escritura pública no puede subsumirse en el primer presupuesto del artículo 1.188 del Código civil. La razón que alegan los autores es clara: la entrega del documento privado supone la entrega del arma defensiva del derecho por el acreedor, lo cual no sucede con el documento público, pues siempre habrá un archivo o protocolo para probar la existencia y subsistencia del crédito (7). Por tanto, el hecho determinante de este presupuesto es aquella conducta del acreedor que, con la entrega del documento privado de donde resulta la deuda, se coloca en una situación tal que no puede reclamar al deudor el cumplimiento de la obligación. De ello se deduce no sólo la imposibilidad de conformar este requisito la entrega del documento público, sino también que el documento privado ha de ser original o único, como exige el artículo 1.282 del «Code» (8).

¿Tiene, entonces, alguna relevancia jurídica la entrega del documento público? ¿Puede configurarse la entrega de tal documento como una condonación tácita o, acaso más técnicamente, como condonación presunta «iuris tantum» a la manera del artículo 1.283 del «Code»?

En general, la doctrina se manifiesta en contra de esta posibilidad argumentando, además de las consideraciones ya expuestas, el hecho de que el legislador de 1888-1889 haya omitido una disposición similar a la que contiene el mencionado artículo 1.283 del «Code», al tiempo que reproducía casi enteramente el resto de la sección (9).

Sea como fuere, el fundamento del primer presupuesto —la entrega del arma defensiva del derecho—, aún siendo un argumento importante, no está exento de salvedades y obstáculos. Si quiere decirse que el acreedor queda inerte y sin posibilidad de probar la existencia y eficacia de su derecho de crédito, podría argumentarse en contra señalando que el documento privado, aunque sea del que derive la deuda, no es el único medio de prueba de que dispone el acreedor. Concretada la cuestión en los anteriores términos, habría que concluir, por lo demás, que no se produce realmente la extinción de la deuda, sino la imposibilidad —en el supuesto de que el único medio de prueba de que dispusiera el acreedor fuera el documento privado original del que deriva la deuda— de probar su existencia, la imposi-

(7) Entre otros, VALVERDE, C.: *Tratado de Derecho civil español*, 3.^a ed., Valladolid, 1926, T. 3.º, p. 185. SCAEVOLA, Q. M.: *Código civil*, 2.^a ed., Madrid, 1957, T. 19.º, p. 1058. CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, 12.^a ed., Madrid, 1978, T. 3.º, pp. 396 y 397.

(8) Vid. GONZÁLEZ PORRAS, J. M.: *De la condonación de la deuda*, en «Comentarios al Código civil y compilaciones forales», Madrid, 1980, T. 16.º, vol. I, p. 334.

(9) MANRESA NAVARRO, J. M.: *Comentarios al Código civil español*, Madrid, 1901, vol. VIII, p. 785. CERRILLO, F.: *Voz Condonación*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica Seix», Barcelona, 1952, T. 4.º, p. 907. SCAEVOLA, Q. M.: *Op. cit.*, p. 1059.

bilidad de exigir su cumplimiento al deudor. ¿Habría, pues, una obligación inexigible, un derecho de crédito irrealizable por carecer del aparato coactivo necesario para su satisfacción? Esta hipótesis, que podría configurar la situación jurídico-obligatoria tras la entrega del documento privado al deudor como una llamada obligatoria natural, acaso tuviera algún apoyo en el propio artículo 1.188 del Código civil al señalar que la tal entrega —junto a los demás requisitos— implica la renuncia de la acción que el acreedor tenía contra el deudor. Se mantiene, por tanto, el derecho de crédito, pero carente de acción, por lo que si, a pesar de la entrega del documento privado, el deudor paga la deuda, dicho pago es válido y eficaz. No pensamos que sea esta la correcta interpretación del requisito al que nos referimos, pues si es difícil mantener en nuestro sistema la pervivencia de las denominadas obligaciones naturales (10), mayor dificultad presente defender que la entrega del documento privado al deudor, junto con la consiguiente renuncia de la acción que tal conducta implica, supone la conversión de lo que fuera una obligación en una, así llamada, obligación natural. De mantener la hipótesis anterior, tendríamos tres modos de condonar la deuda, de los que solamente dos (la condonación expresa y la tácita) producirían la extinción de la deuda, y el tercero tan sólo su inexigibilidad, la imposibilidad de obtener coactivamente, forzosamente, su cumplimiento. Una construcción de este tipo nos conduciría de nuevo a la distinción de los modos de extinción de las obligaciones en el Derecho romano clásico, en el que se separaban los modos extintivos «*ipso iure*» y la extinción «*ope exceptionis*», aquéllos en virtud del «*ius civile*» y éstos por razón del «*ius honorarium*». Aquéllos, por su parte, extinguían automáticamente la obligación; éstos concedían al deudor la posibilidad de enervar la pretensión procesal del acreedor en orden a exigir el cumplimiento de la obligación, pero no producían la extinción de ésta, sino la paralización de la acción del acreedor mediante una excepción. Esta bifurcación de los modos de extinción de las obligaciones se unifica, como es sabido, en el Derecho justiniano y se equiparan en virtud de la regla contenida en Digesto 50, 17 y 112, a cuyo tenor:

«*Nihil interest ipso iure quis actionem non habeat, an par exceptio-
nem infirmetur.*»

Actualmente, no puede mantenerse la distinción propia del Derecho romano clásico. Sólo en determinados supuestos no extintivos de la relación obligatoria se produce la pérdida de la acción de que dispone el acreedor (por ejemplo, en la prescripción), pero tal instituto jurídico, insistimos, no es extensivo de los derechos sino de las acciones.

Por tanto, la entrega del documento privado de donde resulte la

(10) DÍEZ-PICAZO, L.: *Op. cit.*, p. 343 y ss.

deuda —que, por lo demás, en principio, no es sino un acto meramente aséptico, vacío de carga jurídica o, al menos, de una determinada carga jurídica—, sólo puede configurar el presupuesto de la presunción que nos entretiene si, además de ser único u original, lo cual también es cuestionable, es no sólo principal arma defensiva y tuitiva del derecho del acreedor, sino acaso la única. Esta conducta de despojo, de desposesión del documento que, como veremos, no es necesario concretar en un acto de entrega, constituye el presupuesto material o de hecho de la presunción que nos ocupa. En sí misma, puede encerrar una pluralidad de significados jurídicos (el documento puede ser entregado al deudor por pago, como perdón, incluso en depósito), por lo cual precisa concretarse en relación con los demás presupuestos a que nos referiremos a continuación.

Por lo demás, si el presupuesto fundamental de la presunción que contiene el artículo 1.188 del Código civil es, como diremos, la voluntariedad de la entrega y la especial vocación del acreedor de beneficiar al deudor con un acto de tal naturaleza, posiblemente pudiera configurarse la entrega del documento público en el que constara la deuda como una condonación tácita, siempre que constara realmente dicha entrega, es decir, siempre que estuviera en poder del deudor el documento original o la copia expedida para el acreedor. Esta cuestión acaso se reduzca y concrete en un problema de prueba, en la que el deudor no podrá invocar la presunción del artículo 1.188 del Código civil.

Sin perjuicio de referirnos más adelante a esta cuestión, quizá convenga señalar, desde luego, que la entrega del documento privado de donde resulte la deuda debe comprender no sólo el hecho de la entrega material, sino también todos aquellos en los que el acreedor voluntariamente inutiliza —hace inútil jurídicamente— tal documento, así su destrucción, cancelación, etc.

La segunda cuestión que planteábamos respecto de este presupuesto era conocer si el documento privado debe ser necesariamente «justificativo del crédito», es decir, que de él resulte la deuda. Este es el tenor correcto del artículo 1.188 del Código civil y así lo ha manifestado el Tribunal Supremo en sentencia tales como la de 19 de octubre de 1897, de 20 de octubre de 1913 o de 13 de junio de 1928 (11). Especial importancia adquiere en este punto la sentencia de 21 de noviembre de 1935, la cual contempla el supuesto de hecho de un perdón de cantidad realizado por carta y niega su cualidad de condonación. En tal supuesto, el deudor no podía alegar ciertamente la condonación presunta ex artículo 1.188, pues la carta no es un documento justificativo del crédito; pero hubiera podido argüir

(11) Las citadas sentencias pueden hallarse en *Jurisprudencia civil*, Ts. 82,2.º de 1897, pp. 532-535; 128,3.º de 1913, pp. 572-5? y 183,4.º de 1928, pp. 32-40.

que se trataba de una condonación tácita ex artículo 1.187 del Código civil, pues ésta se manifiesta a través de conductas indubitadas que revelen la voluntad del acreedor de conformar la deuda o se infiere de los «facta concludencia» (12).

El Código civil, igual que el «Code», parte de la idea de remisión o entregá del documento privado y original justificativo del crédito o, como dice el artículo 1.189 del Código civil, de donde resulta la deuda. De esta manera, por documento privado justificativo habrá que entender, como señala Manresa, no cualquier documento probatorio, sino aquel que puede ser considerado como título escrito de la obligación (13). A nuestro entender, ello no implica que la entrega o remisión de un documento de distinta naturaleza —bien que no sea privado o que no sea justificativo de la deuda— no pueda valer, según los casos y las circunstancias, como condonación, aunque tácita, siempre que de tal entrega pueda derivarse la voluntad clara y terminante del acreedor de perdonar la deuda a su deudor.

Por último, la tercera cuestión que plantea el presupuesto del que nos ocupamos es la de la entrega del documento privado. Esta cuestión encierra, a nuestro juicio, dos problemas: la necesidad de la entrega material del documento privado —o sea, si es necesario dicha entrega— y si se requiere la conservación de tal documento por el deudor.

Una interpretación literal del artículo 1.188 exigiría que el acreedor entregara materialmente al deudor el documento privado justificativo de la deuda, o bien persona autorizada por el acreedor en su nombre y a persona autorizada por el deudor para recibirlo. La idea principal es que el acreedor haya tenido, haya poseído en algún momento el documento privado y posteriormente lo haya dado al deudor. Este acto de restitución, de entrega, manifiesta la voluntad del acreedor de condonar la deuda (14). De este modo, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1904 ha señalado que la presunción del artículo 1.189 supone, por su naturaleza, el hecho de que el documento privado a que se refiere haya estado en algún momento en poder del acreedor, pues de otra suerte no cabría imaginar siquiera la entrega voluntaria, ni puede tener, por tanto, aplicación al caso de que uno se crea en el deber de conciencia de haber declaración en favor del acreedor sin entregarle resguardo alguno. Igualmente, la sentencia de 13 de octubre de 1896 refiriéndose a la presunción de voluntariedad contenida en el artículo 1.189, estableció que no in-

(12) Para esta sentencia, *Jurisprudencia civil*, T. 221, 4.º de 1935, pp. 199-213, vid. Díez-PICAZO, L.: *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, Madrid, 1966, vol. I, pp. 508-510. Y PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho civil*, 3.ª ed., Barcelona, 1985, T. 1.º, vol. II, p. 371.

(13) MANRESA NAVARRO, J. M.: *Op. cit.*, p. 785.

(14) DEMOLOMBE, C.: *Op. cit.*, p. 285.

fringe dicho artículo la sentencia que niega eficacia a un documento de deber no entregado a quien en él aparece como acreedor y que siempre estuvo en poder y a disposición de su autor (15).

Sin embargo, creemos que la expresión legal «entrega del documento privado» no ha de interpretarse sólo materialmente —restitución del documento—, sino que cabría entenderla también como «inutilización del documento». Así, la locución legal abarcaría supuestos distintos del mero acto de entrega, pero cuya finalidad y efectos son los mismos que los perseguidos a través de la conducta de entrega o restitución del documento privado. La locución legal «entrega del documento privado» debe conformarse, a nuestro entender, con cuantas conductas voluntarias del acreedor conduzcan a su desarme de la principal defensa de su crédito. De este modo, no habría dificultad alguna en introducir en el supuesto de hecho de la presunción del artículo 1.188 actitudes, conductas y actos del acreedor tales como la destrucción física o material del documento o su cancelación. Lo fundamental es que un acto voluntario del acreedor haga jurídicamente inútil, inutilice, el documento privado del que deriva la deuda, de manera que no pueda aprovecharse de él. De lo contrario, las conductas indicadas tendrían que configurarse quizá como condonación tácita.

La opinión que mantenemos podría ser avalada por dos razones:

a) Un argumento histórico: la Partida V, Título XIV, Ley 9, precedente histórico en nuestro Derecho del actual artículo 1.188, configuró la condonación presunta con base precisamente en dos conductas del acreedor: la entrega del documento al deudor y la rotura o destrucción del mismo a sabiendas y con intención de quitar la deuda.

b) La presunción del artículo 1.188 se asienta esencialmente no tanto en la entrega del documento cuanto en la voluntariedad del acreedor: en la intención y deseo de éste de condonar la deuda al deudor manifestada, tal intención, en el hecho exterior y reconocible de la entrega del documento privado, que obviamente ha de ser voluntaria. La entrega, por tanto, no es más que un modo de exteriorización de una voluntad que bien puede manifestarse a través de otros actos que la hagan igualmente verificable y cognoscible en el mundo exterior.

De esta manera, incluso podría admitirse, aunque ciertamente fuera más problemático, que el documento nunca hubiera estado en poder del acreedor, sino siempre en posesión del deudor y éste lo cancelase o destruyese por orden de aquél.

El segundo problema consiste en conocer si el deudor debe conservar el documento privado que le entregó el acreedor. El artículo 1.188 habla solamente de entrega y no impone al deudor la carga o el deber

(15) *Jurisprudencia civil*, T. 98,2.º de 1904, pp. 255-266, y T. 80,3.º de 1896, pp. 386-392, respectivamente.

de conservar el documento. Así lo entiende también Manresa al señalar que la extinción de la obligación se produce no por la conservación del documento, sino por la entrega, junto con los demás requisitos que exige el citado artículo (16).

El deudor, pues, no debe conservar el documento privado que le entregue, en su caso, el acreedor para obtener la liberación de la obligación; pero si no lo hace, deberá probar, llegado el momento, que el acreedor se lo entregó y él lo poseyó —lo cual, obviamente, es más sencillo si conserva en su poder tal documento—; pues, así como antes de la entrega el documento privado era justificativo del crédito, ahora —tras la entrega— es justificativo de la condonación.

2. La voluntariedad de la entrega

Presupuesto esencial de la condonación presunta a que nos referimos es la voluntariedad de la entrega del documento o, como decía Partidas, la entrega «a sabiendas con intención...»

La voluntariedad de la entrega la presume el artículo 1.189 del Código civil, el cual sigue la tradición jurídica española, toda vez que una tal presunción se contenía en el artículo 1.142 del Proyecto de 1851; se podía deducir claramente del artículo 1.776 del Proyecto de 1836, y, finalmente, se deriva sin dificultad de la Ley 9, Título XIV de la 5.ª Partida, la cual imponía al acreedor la carga de probar «con omes buenos» que no había entregado el documento a sabiendas ni con intención de perdonar la deuda, sino por confianza en el deudor, o que se lo habían robado, etc.

Pothier (17) rechaza distinciones que hicieron «antiguos doctores» y asienta que debe presumirse la voluntariedad de la entrega porque, aunque la donación no debe presumirse fácilmente, la entrega voluntaria es el cauce ordinario y natural para que el documento pase de manos del acreedor a las del deudor. Estas mismas razones son recogidas también por García Goyena (18).

¿Ha de presumirse siempre y en cualquier caso la voluntariedad de la entrega? Basta una mera lectura del artículo 1.189 para contestar afirmativamente a esta cuestión: salvo prueba en contrario, se debe presumir que el acreedor entregó voluntariamente el documento privado al deudor siempre que el tal documento esté en poder de éste. Con otras palabras, basta el mero hecho enunciativo del artículo 1.189 para que la presunción que contiene despliegue su eficacia (19),

(16) MANRESA NAVARRO, J. M.: *Op. cit.*, p. 786.

(17) POTHIER, J.: *Tratado de las obligaciones*, Barcelona, 1839, pp. 387-388.

(18) GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, reimpresión de la edición de Madrid de 1852, Zaragoza, 1974, p. 609.

(19) En este, sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 1928, *Jurisprudencia civil*, T. 183,4.º de 1928, pp. 3-40.

sea cual fuera la causa por la que el documento privado se halle en poder del deudor y siempre salvo prueba en contrario del acreedor o de sus herederos.

No tiene sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 1897 al establecer que para que sea eficaz la presunción «*iuris tantum*» del artículo 1.189 es preciso, según determina el artículo 1.188, que la entrega del documento privado justificativo de un crédito, hecha por el acreedor al deudor, sea un acto voluntario de aquél (20). Evidentemente, el artículo 1.188 exige entre los requisitos que establece la voluntariedad de la entrega, pero esta voluntariedad no se precisa para que el artículo 1.189 despliegue su eficacia. En primer lugar, porque si consta fehacientemente la voluntariedad de la entrega, la presunción del artículo 1.189 no entra en juego, y, en segundo lugar, porque el artículo mencionado está presumiendo precisamente la voluntariedad de la entrega. Es el propio acreedor quien debe probar la falta de voluntariedad en la entrega. Decir que la eficacia del precepto que contiene el artículo 1.189 exige que el acto de entrega sea voluntario es, cuanto menos, una contradicción.

La presunción del artículo 1.189, por tanto, complementa la contenida en el artículo que le precede y traslada la carga de la prueba al acreedor, de modo que éste ha de probar, en su caso, que la entrega no fue voluntaria (21).

Pothier distinguió lo que podemos denominar, con García Goyena, la «calidad del deudor» para hacer depender de ella el alcance de la presunción de voluntariedad. Así, decía aquél, si el deudor fuera mancebo o dependiente del acreedor de manera que le fuera fácil apoderarse del documento, el hecho de tenerlo en su poder no sería motivo suficiente para presumir la condonación ni el pago (22). Ciertamente, la distinción de Pothier es sutil, pero creemos que no tiene cabida en la presunción del artículo 1.189 del Código civil. Este precepto no ofrece distingo alguno sobre la calidad del deudor ni siquiera acerca del motivo por el que el acreedor entregó el documento privado al deudor. Más aún, tampoco la presunción «*iuris tantum*» del artículo 1.189 permite calibrar el grado de intimidad o familiaridad entre el acreedor y el deudor. La voluntariedad de la entrega ha de presumirse siempre y ha de ser el acreedor quien pruebe en contrario: que el documento le fue sustraído o robado, que lo entregó bajo violencia, o dolo, o intimidación, o error, o en depósito, etc. (23).

(20) *Jurisprudencia civil, loc. cit.*, en nota 11.

(21) González Porras ha entendido que la presunción «*iuris tantum*» que establece el artículo 1.188 (sic.) es eficaz si la entrega del documento privado del que resulta la deuda responde a un hecho voluntario del acreedor, «voluntariedad que es menester probar» (sic.). *Op. cit.*, p. 347; obviamente, esta afirmación carece de sentido.

(22) POTHIER, J.: *Op. cit.*, p. 388. GARCÍA GOYENA, F.: *Op. cit.*, p. 609.

(23) Vid. MANRESA NAVARRO, J. M.: *Op. cit.*, p. 786.

En definitiva, el artículo 1.189 presume «iuris tantum» que la entrega del documento privado fue voluntario, lo cual encierra en sí la presunción de que fue hecha por el acreedor. Se trata, como hemos dicho, de una presunción «iuris tantum» que el acreedor puede dejar sin efecto probado que él no entregó el documento —ni persona autorizada por él a tal efecto— o que su voluntad no fue enteramente libre —y, por tanto, deberá probar que sufrió algún vicio de la voluntad ex artículo 1.265 del Código civil—, o finalmente que, aun siendo su voluntad enteramente libre y la entrega completamente voluntaria, su intención no fue condonar la deuda, sino cualquier otro motivo justo y legítimo.

3. *Que la entrega la realice el acreedor al deudor*

En principio, ningún problema presenta este requisito. La entrega del documento privado de donde resulte la deuda debe hacerla el acreedor voluntariamente al deudor. No es necesario que aquél la realice personalmente ni que la haga al deudor en persona. La condonación puede hacerla un representante o mandatario del acreedor; pero al ser un acto de disposición necesitará un poder expreso o especial ex artículo 1.713 del Código civil (24). Asimismo, puede recibir el documento privado una persona autorizada por el deudor, bien especialmente, bien en general; incluso cabría que el documento privado lo recibiera un tercero en nombre del deudor sin estar autorizado por éste, mediante una gestión de negocios ajenos.

¿Qué sucede si existe una pluralidad de acreedores o de deudores? Debemos distinguir diversos supuestos:

a) Si la obligación es solidaria, la entrega del documento privado por uno de los acreedores o a uno de los deudores extinguirá la obligación para con todos por imperativo del artículo 1.143 del Código civil. Igualmente, si uno de los codeudores hubiera pagado íntegramente la deuda, habrá que aplicar el artículo 1.146 del Código civil (25).

b) Si la obligación es mancomunada, hay que distinguir:

1.º En la mancomunidad activa, la entrega del documento por uno de los acreedores sin el consentimiento de los demás no perjudicará el derecho de los otros acreedores, o sea, de quienes no consintieron la remisión o entrega (26).

(24) Vid. GIORGI, G.: *Teoría de las obligaciones*, trad. de la 7.ª ed. italiana, 7.ª ed., Madrid, 1912, vol. VII, p. 372.

(25) POTHIER, J.: *Op. cit.*, p. 387. BORRELL SOLER, A.: *Cumplimiento, incumplimiento y extinción de las obligaciones civiles*, Barcelona, 1954, p. 179. BURON GARCÍA, G.: *Derecho civil español*, Valladolid, 1900, vol. III, p. 555. SANTAMARÍA, J.: *Comentarios al Código civil*, Madrid, 1958, vol. II, p. 138.

(26) BORRELL SOLER, A.: *Op. et. loc. cit.* GIORGI, G.: *Op. cit.*, pp. 372-373.

2.º Si la mancomunidad es de deudores, la condonación no alcanzará a la porción de los no favorecidos por ella; es decir, sólo se presumirá la condonación de la parte del deudor a quien se entregó el documento privado (27). Sin embargo, Santamaría añade que se acomoda mejor a la naturaleza de la condonación real que la entrega del documento privado, salvo circunstancias que desautoricen la presunción, extinga la deuda con respecto a todos los obligados (28).

En cualquier caso, parece que debemos estar a la voluntad o intención del acreedor condonante. Si éste no hace una manifestación expresa acerca de su voluntad de condonación total de la deuda, acaso debamos entender que quiere perdonar sólo al deudor a quien entrega el documento, pues ello se adecúa a las reglas generales sobre la mancomunidad, ex artículos 1.138 y 1.139 del Código civil. Pero si entendemos y solucionamos esta cuestión de esta manera, nos surge un desequilibrio entre tal solución y el fundamento que la mayoría de la doctrina atribuye a la presunción del artículo 1.188 del Código civil. Este, como hemos dicho antes, se basa en el hecho de identificar entrega del documento privado con la pérdida del arma principal de que dispone —disponía— el acreedor para la defensa y ejercicio de su derecho; ya entonces dijimos que este argumento no estaba libre de obstáculos, pues la mera entrega, en sí misma, puede tener un contenido jurídico muy amplio, vario, pero no único. Además, decíamos, el documento privado no es el único medio de prueba de que dispone el acreedor, aunque sea único y original. Así, si mantuviéramos este argumento habría que admitir que la entrega del documento privado por el acreedor a uno de los deudores mancomunados libera a todos los deudores, puesto que entrega la principal arma defensiva de su derecho. De lo contrario, debemos entender que lo fundamental no es tanto dicha entrega cuanto la voluntad del acreedor de liberar al deudor o deudores. Así lo hemos señalado y así lo entendemos. Por lo demás, de esta manera no se produce desequilibrio alguno entre el fundamento de la presunción, a que nos referimos, y el supuesto que ahora nos ocupa, pues, de un lado, ante el hecho de la entrega del documento privado a uno de los deudores mancomunados, acudimos —en principio— a la voluntad del acreedor como criterio que determine y dote de un concreto significado jurídico y alcance a dicha conducta; de otro lado, si tal voluntad no es clara, si no se manifiesta y exterioriza suficientemente, acudiremos a las reglas generales de la mancomunidad y entenderemos que sólo se libera el deudor a quien se entregó el documento privado. Obviamente, en este segundo supuesto será más difícil para el acreedor pro-

(27) MANRESA NAVARRO, J. M.: *Op. cit.*, p. 790. SANTAMARÍA, J.: *Op. cit.*, p. 137.

(28) SANTAMARÍA, J.: *Op. cit.*, pp. 137 y 138.

bar la existencia de la obligación, aunque el resto de los deudores —o sea, los no liberados— no podrán ampararse en la presunción del artículo 1.188 del Código civil.

2. Efectos

Establecidos los presupuestos que conforman la presunción del artículo 1.188 y determinado su alcance, la concurrencia de los mismos dota a esta presunción de una eficacia «*iuris et de iure*», como señala unánimemente la doctrina. El acreedor deberá —o podrá— probar, en su caso, la inexistencia o inexactitud de alguno de dichos requisitos, pero la concurrencia de los indicados presupuestos otorga a la presunción que nos ocupa, como decimos, una fuerza «*iuris et de iure*». Así el acreedor sólo podrá atacar el efecto producido —la extinción de la obligación— atacando el acto realizado, o su falta de capacidad, etc. Al deudor le basta mostrar que el documento privado de donde deriva la deuda está en su poder. No debe probar que le fue entregado por el acreedor, contra lo que pudiera pensarse, porque si se presume que la entrega fue voluntaria se debe presumir lógicamente que fue hecha por el acreedor; de lo contrario no tendría sentido la primera presunción de voluntariedad en la entrega. Siguiendo este hilo lógico, tendríamos que acabar señalando que la presunción de voluntariedad puede quebrarla el acreedor, tanto demostrando que la entrega no fue voluntaria cuanto probando que no fue él quien entregó el documento al deudor ni persona por él autorizada.

¿Qué efectos produce la presunción del artículo 1.188 del Código civil? El propio artículo dice que la entrega voluntaria del documento por el acreedor al deudor «*implica la renuncia de la acción que el primero tenía contra el segundo*». Esta locución es, a nuestro entender, técnicamente incorrecta o, al menos, confusa y desafortunada.

El artículo 1.283 del «Code» establece como efecto de esta misma conducta del acreedor la liberación del deudor («*...fait preuve de la liberation*»), si bien no especifica la causa o título de la liberación del deudor —condonación o pago—. En el mismo sentido se manifiesta el artículo 1.237 del «Códice civile».

¿Por qué el artículo 1.188 del Código civil establece como efecto de la presunción «la renuncia de la acción»? ¿Acaso se mantiene el derecho de crédito pero sin acción y la obligación se convierte en una, así llamada, obligación natural? ¿No sería más correcto y más lógico que implicara la extinción de la obligación por condonación de la deuda o, si se quiere, por pago o incluso que implicara simplemente la liberación del deudor a la manera del «Code»? Una interpretación literal de la expresión «*implica la renuncia de la acción*», la cual fue introducida en el primer párrafo «*in fine*» del artículo 1.205

del Anteproyecto de 1882-1888 (29), podría conducirnos, como ya hemos dicho, a mantener la existencia de una obligación natural como supervivencia, quizá, del antiguo «pactum de non petendo», pero con el obstáculo añadido de ser, además, un pacto presunto. Realmente, no creemos que fuera ésta la intención del legislador, porque, en primer lugar, como dice Sancho (30), el precedente inmediato del Código civil —el Proyecto de 1851— no habla de renuncia, sino de condonación tácita; en segundo lugar, apunta este mismo autor, puede argumentarse desde la perspectiva del sistemático encuadramiento del precepto y los analógicos argumentos de los artículos 1.190 y 1.191 del Código civil; claramente, si nos hallamos en sede de condonación de la deuda y ante una condonación tácita es lógico presumir la condonación y no la renuncia de la acción.

Posiblemente, la causa de esta desasosegada expresión se encuentre en el tradicional fundamento que sirve de base a la presunción: la voluntad del acreedor de no exigir el crédito manifestada y exteriorizada en el hecho de entregar al deudor el documento necesario y preciso para el ejercicio de su derecho. De ahí se puede deducir fácilmente que la entrega del documento privado justificativo del crédito supone una renuncia a reclamar su cumplimiento, una renuncia a actuar, a la acción... Por ello, Sancho, Díez-Picazo y Puig Brutau (31) han señalado que la expresión «renuncia de la acción» es equivalente, en este caso, a la renuncia al derecho y, en general, a la remisión de la deuda.

La primera contradicción que surge es palmaria: si se prueba que hubo pago, no puede sostenerse la «renuncia de la acción», sino la extinción de la obligación por pago o cumplimiento. Igual sucede respecto de la renuncia del derecho: el pago no implica una renuncia al derecho, sino la extinción de la obligación por su cumplimiento. De esta manera, creemos que donde el legislador ha dicho «implica la renuncia de la acción que el primero tenía contra el segundo», hay que entender «implica la extinción de la obligación» o la liberación del deudor, incluso aunque no se establezca en este primer momento la causa de la extinción o de la liberación.

Planteada la cuestión en estos términos, surge entonces el problema a dilucidar, porque, como ya hemos repetido, la entrega del documento privado puede tener un contenido jurídico diverso (pago, condonación...) al menos en la realidad social; es más, en principio podría

(29) Tanto en el Proyecto de 1836 (artículo 1.975) cuanto en el de 1851 (artículo 1.141), como hemos dicho, la entrega del documento privado era el supuesto típico de condonación tácita.

(30) SANCHO REBULLIDA, F. de A.: *Notas sobre la naturaleza jurídica de la condonación de las obligaciones*, en «Revista de Derecho Privado», XXXIX, febrero, 1955, 137.

(31) SANCHO REBULLIDA: *Op. et loc. ult. cit.* DÍEZ-PICAZO, L.: *Op. cit.*, p. 659. PUIG BRUTAU, J.: *Op. cit.*, p. 371, núm. 40.

pensarse que la tal entrega actúa a modo de recibo y, por tanto, supone o presupone el pago y no el perdón. Por el contrario, al permitir el párrafo segundo del artículo 1.188 que el deudor o sus herederos prueben que hubo pago real en el supuesto de una pretendida inoficiosidad, parece que lo que está presumiendo el artículo 1.188 es la condonación. La cuestión no es ciertamente baladí si pensamos los efectos que produce o puede producir uno y otro modo de extinción: éste, o sea, la condonación, como acto gratuito, puede ser atacado por inoficiosidad ex artículos 1.187 y 1.188.2 del Código civil, o puede ser sometido al ejercicio de la acción revocatoria o pauliana ex artículos 1.111 y 1.291.3 del Código civil.

Demolombe pensaba que el modo de liberación será aquel que el deudor invoque: o la condonación o el pago. Pero, especificaba, el deudor elegirá normalmente el pago por ser más seguro, porque es el modo ordinario y natural de extinción de las obligaciones, porque en la duda hay que favorecer al deudor y porque la presunción de pago será más segura en la práctica de acuerdo con la realidad. A pesar de todo ello, Demolombe admite que el acreedor pruebe en contrario, es decir, que pruebe que entregó el documento no por pago, sino por condonación (32); lo cual, dicen Baudry-Lacantaine y Barde, no se adecúa a la naturaleza de la presunción del artículo 1.282 del «Code», que es absoluta o «iuris et de iure» (33). Colin y Capitant entienden que, en principio, no puede presumirse el pago o cumplimiento por el encuadre sistemático del artículo 1.282 del «Code» y porque, de admitirlo, habría una contradicción con el artículo 1.283 que sitúa a un mismo nivel la condonación de la deuda y el pago. En definitiva, dicen estos autores, será la indicación del deudor la que determinará, en principio, el sentido que hay que darle al acto del acreedor (34). La doctrina mayoritaria opina que incumbe a la parte interesada probar, en su caso, el modo de liberación cuyas consecuencias se propone invocar; es decir, que la carga de la prueba gravita sobre el actor (35).

En la doctrina española no se discute que el artículo 1.188 del Código civil presume la condonación de la deuda, es decir, la liberación del deudor o la extinción de la obligación por condonación de la deuda. No de otro modo se explica la posición sistemática del precepto y el contenido del segundo párrafo del artículo 1.188 del Código civil que posibilita al deudor y a sus herederos probar el pago

(32) DEMOLOMBE, C.: *Op. cit.*, pp. 309 y ss.

(33) BAUDRY-LACANTANEIRE, G., y BARDE, L.: *Trattato teorico-pratico di Diritto Civile*, con addizione di N. Stolfi, Milano, 1914, vol. III, Delle obbligazioni, p. 111.

(34) COLIN, A., y CAPITANT, H.: *Curso elemental de Derecho civil*, con notas de D. De Buen, Madrid, 1924, vol. III, p. 237.

(35) Vid., por todos, BAUDRY-LACANTANEIRE y BARDE: *Op. cit.*, p. 110. Y CARBONNIER, J.: *Theorie des obligations*, Paris, 1963, p. 529.

para enervar la pretensión de inoficiosidad de la condonación alegada por los legitimarios del acreedor.

Por tanto, el artículo 1.188 no presupone la condonación o el pago, sino solamente la condonación. El pago ha de ser probado ex artículo 1.188, párrafo segundo. Por ello, Manresa, Castán, Díez-Picazo y Albaladejo han señalado que la presunción del artículo 1.188 es una presunción anómala, pues la entrega del documento privado normalmente debe presumir el pago y no la condonación. En cambio, en el tenor del artículo que nos ocupa, el pago es excepción y la condonación regla general (36).

La claridad que hemos podido liberar del párrafo primero del artículo 1.188 se oscurece ante el nebuloso y sombrío párrafo segundo del mismo artículo. La condonación presunta, al igual que la expresa y la tácita ex artículo 1.187 puede ser atacada de inoficiosidad por los legitimarios del acreedor en virtud de los artículos 656 y 1.188 del Código civil; pero el propio artículo 1.188 permite al deudor y a sus herederos, como ya hemos dicho, paralizar la pretensión de aquéllos y sostener la extinción de la obligación «probando que la entrega del documento privado se hizo en virtud del pago de la deuda».

¿Por qué lo permite así el legislador? ¿Cómo puede entenderse que primero se presume la condonación de la deuda y después se permita probar el pago? ¿Se trata de una presunción anómala?

Nosotros creemos que una recta interpretación del artículo 1.188 debe partir del artículo 1.282 del «Code». Este presume, como hemos dicho, que la entrega del documento privado original prueba la liberación del deudor, lo cual significa que aquel que invoque o quiera valerse de las consecuencias de uno de los modos de liberación —pago o condonación— deberá probarlo. Así, si los legitimarios quieren reducir la condonación por inoficiosidad han de probar que la liberación del deudor se produjo precisamente por condonación y no por pago, mientras que el deudor no deberá probar en este caso que el motivo fue el pago; si los acreedores de acreedor condonante quieren ejercitar la acción pauliana y revocar la condonación, deberán probar que la entrega del documento se hizo por condonación; si el deudor solidario a quien se entregó el título intenta reclamar en vía de regreso frente a sus codeudores, será él quien deba probar que la entrega se hizo en virtud de pago, etc. (37). Si traemos estos argumentos al supuesto del artículo 1.188, podríamos concluir como sigue:

1.º Que el deudor es siempre beneficiado por la presunción de condonación, la cual tiene eficacia «iuris et de iure».

2.º Que la entrega del documento privado justificativo de un cré-

(36) MANRESA: *Op. cit.*, p. 789. CASTÁN: *Op. cit.*, p. 397. Díez-PICAZO: *Op. cit.*, p. 659. ALBALADEJO, M.: *Derecho civil*, 5.ª ed., Barcelona, 1980, vol. II, p. 306. Téngase en cuenta el contenido del artículo 1.110 del Código civil.

(37) Vid. BAUDRY-LACANTINEIRE y BARDE: *Op. cit.*, p. 110.

dito no hace presumir el pago, el cual ha de ser probado, a salvo siempre los llamados títulos de rescate y la presunción que contempla el artículo 1.110 del Código civil respecto de la entrega del recibo del capital por el acreedor, excepto el supuesto del artículo 1.621 en sede de censos.

3.º El legislador, consciente de la realidad y mostrando un claro «favor debitoris», permite a éste probar que la entrega del documento privado se hizo en virtud de pago y, así, sostener no la condonación de la deuda, sino la extinción de la obligación por cumplimiento al entregar al deudor un arma defensiva contra la pretensión de inoficiosidad. Ello, a pesar de las afirmaciones de De Diego (38), nada tiene de inmoral ni de ilícito, pues el legislador no presume el pago habiendo condonación, sino que permite probar que el supuesto de hecho del cual se deduce la condonación obedezca realmente a una causa distinta, tenga por motivo, en definitiva, el pago o cumplimiento, real y efectivo de la obligación.

No permitir esta prueba sería francamente desfavorable para el deudor y, lo que es más grave, condenarle en más de una ocasión —sin defensa alguna y a pesar de haber pagado— a un doble sacrificio patrimonial: el realizado en virtud del pago o cumplimiento de la obligación, que es lícito, y el de sufrir las consecuencias de una reducción por inoficiosidad, ya que el deudor no podría probar el pago y la posesión del documento privado se consideraría una condonación de la deuda, sin opción a probar lo contrario.

Así, se salvaría la aparente contradicción —sólo aparente— y la figurada anomalía —sólo figurada— de la presunción del artículo 1.188 del Código civil.

En definitiva, el precepto que comentamos presume la condonación de la deuda, la cual no ha de ser probada ni por el deudor ni por el acreedor o sus causahabientes; y no presume el pago, el cual deberá probarlo quien lo alegue, es decir, el deudor o sus herederos en el supuesto del párrafo segundo del artículo 1.188 del Código civil.

II. LA CONDONACION PRESUNTA POR DEVOLUCION DE LA COSA DADA EN PRENDA

El artículo 1.191 del Código civil contiene la segunda presunción de condonación, si bien el objeto de ésta es distinto de la que estableció el ya comentado artículo 1.188 del Código civil. En este último

(38) CLEMENTE DE DIEGO, F.: *Curso elemental de Derecho civil español, común y foral*, Madrid, 1926, vol. VI, p. 366, donde censura al Legislador «por admitir un principio verdaderamente inmoral» y se pregunta «cómo puede la ley autorizar semejante falsedad?»

se presume la extinción de la obligación por condonación de la deuda; en el artículo 1.191 se presume remitida solamente la obligación accesoria de prenda, es decir, una obligación accesoria de garantía, pero no la obligación principal que garantiza (39). Por lo demás, la presunción del artículo 1.191 del Código civil no es sino una concreción de la norma que contiene el artículo 1.190, en cuya virtud la condonación de la deuda principal extingue las obligaciones accesorias pero la de éstas dejará subsistentes la primera.

El fundamento de la presunción que establece el artículo 1.191 ha sido y es claro en la doctrina: mediante la restitución de la cosa pignorada, el acreedor manifiesta una mayor confianza en la persona y en la solvencia del deudor (40). La devolución de la garantía es lógico que exteriorice una mayor fe y seguridad del acreedor en la conducta debida, o, en general, en el cumplimiento de la obligación por el deudor.

La primera cuestión que surge es saber si la devolución de la cosa dada en prenda ha de presumirse voluntaria. Nosotros no hallamos razón alguna para no hacerlo así; antes bien, diversos argumentos de distinta índole avalan la idea de que la restitución se presume voluntaria, a saber:

1.º Los antecedentes y precedentes históricos: de esta manera, la Partida 5.º, Título XIII, Ley 40, entendía voluntaria la restitución del peño al imponer la prueba en contrario al acreedor. Es éste quien debe probar, en Partidas, el miedo, o la fuerza, o el engaño «que le fuesse fecho en esta razón». ¡A mayor abundamiento, el mencionado artículo 1.144 del Proyecto isabelino presumía, en su párrafo segundo, la voluntariedad de la restitución «salva al acreedor la prueba en contrario».

2.º La aplicación analógica del artículo 1.189 del Código civil, que presume la voluntariedad de la entrega del documento privado justificativo del crédito al que se refiere el artículo 1.188 del Código civil. Obviamente, entre ambos supuestos, el del artículo 1.188 y el del 1.191, existe la identidad de razón que requiere el artículo 4.1 del Código civil.

(39) Antecedente del artículo 1.191 del Código civil es el artículo 1.144 del Proyecto de 1851, el cual presumía también de manera expresa y «iuris tantum» la voluntariedad de la devolución. El Proyecto de 1936 contenía una presunción negativa: la entrega de la cosa recibida en prenda no hace presumir el perdón del crédito principal (artículo 1.981), presunción idéntica a la que estableció el artículo 1.286 del «Code». Finalmente, el artículo 1.238 del «Codice civile», con una expresión más amplia, establece que la renuncia a las garantías de la obligación no hace presumir la remisión de la deuda.

En nuestro Derecho histórico, la condonación presunta de la prenda («peño») se reguló ya en la Ley 40, Título XIII, de la Partida 5.ª

(40) GARCÍA GOYENA, F.: *Op. cit.*, p. 610. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B.: *Códigos o estudios fundamentales sobre Derecho civil español*, 2.ª ed., Madrid, 1851, vol. III, p. 164. CLEMENTE DE DIEGO, F.: *Op. cit.*, pp. 367-368.

3.º Doctrinalmente, es unánime la opinión acerca de la voluntariedad de la restitución (41). Asimismo, podría alegarse que mientras el artículo 1.188 exige la voluntariedad de la entrega, el artículo 1.191 no menciona ni se refiere a este requisito. Para el sentido literal del texto, bastaría que la cosa pignorada, después de entregada al acreedor, se halle en poder del deudor para presumir automáticamente y de manera objetiva la condonación de la garantía de prenda. Entonces, deberá ser el acreedor que desee destruir dicha presunción quien deba probar la causa distinta a su propia voluntad por la que la cosa dada en prenda se encuentra nuevamente en poder del deudor.

La presunción de voluntariedad se halla, en efecto, implícita en el artículo 1.191 del Código civil, porque, de lo contrario, de no presumirse la voluntariedad, tampoco podría presumirse la condonación, y dicho artículo no impone al deudor la prueba de la voluntariedad. Es decir, de no presumir el carácter voluntario de la restitución, el artículo 1.191 debería establecer que se presume remitida la obligación accesoria de prenda siempre que el deudor probare que la devolución fue voluntaria, y no lo hace así.

Por tanto, la devolución de la cosa dada en prenda se presume voluntaria, pero esta presunción —igual que la contenida en el artículo 1.189— tiene una fuerza «iuris tantum» y admite, por tanto, prueba en contrario. Admitido, pues, el carácter voluntario de la devolución, ha de presumirse necesariamente que la restitución la hizo el acreedor (o persona por él autorizada), ya que de lo contrario no tendría sentido presumir siquiera la voluntariedad.

¿Cuál es el objeto de la presunción del artículo 1.191 del Código civil? Claramente la obligación accesoria de prenda, la condonación de la obligación accesoria de prenda, sin que sea posible extender el ámbito de la condonación a la obligación principal. Esta presunción, como ya hemos dicho, es una especificación de la regla general que contiene el artículo 1.190 del Código civil, Asimismo, como dice Fuzier-Herman (42), se trata también de una aplicación del principio a cuyo tenor las presunciones legales han de interpretarse estrictamente.

Díez Pastor y González Enríquez (43), para salvar la burla de la publicidad pignoraticia y obtener una prenda sin desplazamiento al margen de la Ley de 15 de diciembre de 1954, mediante la restitución de la cosa pignorada con pacto de que tal restitución no implica la extinción del derecho de prenda, entienden que el artículo 1.191 es

(41) GARCÍA GOYENA: *Op. et loc. cit.* SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho civil (Derecho civil español, común y foral)*, 2.ª ed., Madrid, T. 4.º, p. 424. DÍEZ PASTOR, J. L., y GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, M.: notas a *Derechos reales*, de J. W. Hedemann, Madrid, 1955, vol. II, p. 489. VALLET DE GOYTISOLO, J.: *La reivindicación mobiliaria como tema fundamental del artículo 464 del Código civil*, en «Anuario de Derecho civil», abril-junio, 1956, p. 424.

(42) FUZIER-HERMAN: *Code civil annoté*, Paris, 1936, T. 3.º, p. 682.

(43) DÍEZ PASTOR, J. L., y GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, M.: *Op. cit.*, p. 489.

«una forma elíptica de expresar dos normas diferentes»: a) la voluntariedad de la restitución, salvo prueba en contrario; y b), que «la restitución voluntaria implica necesariamente extinción del derecho de prenda». De este modo, configuran la presunción del artículo 1.191 como una presunción «iuris et de iure». Pero, como ha señalado Vallet, la restitución voluntaria sólo presume «iuris tantum» la condonación, no la implica necesariamente, pues el artículo 1.191 «atiende a la situación», es decir, al hecho de hallarse la cosa pignorada en poder del deudor y sólo mientras esté bajo dicho poder. Por ello, son extravagantes al presupuesto de este artículo «aquéllos casos en que habiendo sido temporalmente poseída por el deudor la cosa pignorada, después de entregada al acreedor, éste vuelva a poseerla de nuevo» (44).

De aquí podríamos extraer una consecuencia importante: así como respecto de la presunción del artículo 1.188 del Código civil hemos mantenido que no es necesario que el deudor conservara el documento privado, sino que bastaba la entrega junto a los demás requisitos o presupuestos que ya hemos señalado; en este caso, el deudor no sólo ha de conservar la cosa, sino que la presunción del artículo 1.191 despliega sus efectos solamente cuando y mientras la cosa está en poder del deudor.

Además, mientras se halle en poder del deudor, la prenda no será eficaz frente a terceros de buena fe. Pero «el acreedor podrá recuperarla del deudor o de terceros de mala fe: probando la pérdida o privación ilegal, al amparo del artículo 464, o por la acción contractual si demuestra que no la devolvió voluntariamente o que la devolución voluntaria obedeció a otra causa» distinta a la condonación (45).

Estas ideas plantean un problema temporal: ¿hasta cuándo debe el deudor conservar y mantener la cosa dada en prenda y devuelta? En principio, parece que esta carga de conservar la cosa deberá soportarla hasta la extinción de la obligación principal; pero no es menos cierto que esta solución puede ser demasiado gravosa para el deudor e inadecuada para las exigencias del tráfico jurídico. Además, esta situación del deudor habría que configurarla como una prohibición de no disponer, cuyo fundamento no resulta claro ni concorde con la presunta voluntad del acreedor de condonar o remitir la obligación accesoria de prenda mediante la restitución de la cosa pignorada. ¿Qué sentido tiene entonces esta restitución? Más aún, ¿qué sentido alcanza —en relación con la finalidad práctica de la prenda— el hecho de que el deudor no pueda disponer de la cosa cuya sujeción al cumplimiento de la obligación ha sido remitida? Estas cuestiones tienen una respuesta acaso demasiado simple: el deudor no puede ene-

(44) VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Op. cit.*, p. 424, nota 158.

(45) *Ibidem*.

jenar la cosa devuelta por el acreedor pignoraticio, porque la condonación de la prenda sólo despliega sus efectos en tanto en cuanto la cosa devuelta permanezca en poder del deudor; la presunción del artículo 1.191 se basa en el hecho de hallarse la cosa en poder del deudor.

Obviamente, este argumento conduce por sí mismo al absurdo. ¿Qué sucede si el deudor enajena la cosa y posteriormente la vuelve a adquirir? Si seguimos las ideas anteriores, habría que configurar la presunción del 1.191 como una presunción «guardiana». ¿Qué ocurre si la cosa se destruye o desaparece estando en poder del deudor? Entonces, ¿no deberá presumirse la remisión de la deuda por el sólo hecho de no hallarse la cosa en poder del deudor? Creemos que es absurdo basar la presunción del artículo 1.191 en el hecho de que la cosa se halle en poder del deudor y mantener dicha presunción mientras tal cosa se halle en el poder de éste.

Si fuera de esta manera, podría llegarse al siguiente caso límite: un acreedor pignoraticio devuelve a su deudor la cosa que éste le había entregado en prenda —por tanto, en principio, presunción de condonación de la prenda—; el deudor enajena la cosa a un tercero y éste, a su vez, a otro que resulta ser el acreedor. La cosa no sólo no está en poder del deudor, sino que está en el del acreedor. Si seguimos la tesis de la «temporalidad de la presunción» (o sea, sólo y en tanto la cosa esté en poder del deudor) tendríamos que mantener que no se presume la remisión de la obligación accesoria de prenda, puesto que la cosa no está en poder del deudor. Entonces, ¿debemos mantener la subsistencia de la prenda? ¿Y qué prenda es esa? ¿Qué garantía tiene uno mismo con sus propios bienes? La única solución sería desarticular la cadena de transmisiones —con todos los problemas derivados de terceros de buena y mala fe— y con el problema de saber quién está legitimado para ello, porque sería casi irónico responder que el propio acreedor que entregó la cosa al deudor. El acreedor podrá intentar, fuera ya del anterior y marginal supuesto, la subsistencia de la prenda probando que no devolvió la cosa voluntariamente o que su voluntad en la devolución no fue precisamente la de condonar la obligación de la prenda. Pero todo esto está muy lejos de exigir al deudor la conservación en su poder de la cosa primeramente pignorada. Por lo demás, esta idea tampoco aboca necesariamente en la configuración de la presunción del artículo 1.191 con el carácter de «iuris et de iure», como hacen Díez Pastor y González Enríquez. Las cuestiones acerca de la publicidad pignoraticia y de su posible burla (obtención de una prenda sin desplazamiento al margen de la Ley de 15 de diciembre de 1954) así como de la protección de terceros y del propio acreedor pignoraticio se deben resolver con las normas que a tal efecto establece el ordenamiento jurídico, fundamentalmente en materia de adquisiciones de terceros de buena fe.

En definitiva, entendemos que el objeto de la presunción del ar-

título 1.191 es la condonación de la garantía de prenda, la cual presunción tiene carácter «*iuris tantum*» y no exige que la cosa pignorada y posteriormente devuelta al deudor se halle en poder de éste (piénsese que la cosa pignorada puede no pertenecer al deudor, sino a un tercero ex artículo 1.857 del Código civil), ni que éste la conserve, sino que el acreedor se desprenda de ella o que no esté en poder de éste. Obviamente, sería bueno para el deudor conservar la cosa hasta la extinción de la obligación, pues en caso de litigio siempre le será más fácil de esta manera la prueba de la devolución. Acaso al deudor baste con probar que la cosa, después de entregada al acreedor, estuvo algún tiempo en su poder.

Respecto de los presupuestos de la presunción, parece que el artículo 1.191 exige expresamente un requisito objetivo (que la cosa se halle en poder del deudor) e implícitamente uno subjetivo (que la devolución de cosa pignorada sea voluntaria).

a) El presupuesto objetivo que literalmente exige el artículo 1.191 es que la cosa pignorada se halle en poder del deudor, lo cual exige, a su vez, un requisito previo: que la cosa haya sido entregada anteriormente al acreedor, tal como se desprende de los artículos 1.191 —«después de entregada al acreedor»— y 1.863 del Código civil. En cualquier caso, ya hemos señalado que a nuestro entender el presupuesto objetivo que requiere el artículo 1.191 no es tanto que la cosa se halle en poder del deudor, cuanto que, después de la entrega al acreedor, éste la devuelva al deudor o a su propietario —si fuera un tercero—, o sea, que la cosa no se halle en poder del acreedor (obviamente sin que se haya constituido expresamente una prenda sin desplazamiento). Como fuere, no creemos que conforme el presupuesto objetivo la carga de que el deudor conserve la cosa en su poder, la cual carga no le es exigible.

El elemento subjetivo —acreedor pignorático y deudor— a que se refiere el artículo 1.191 debe ponerse en relación con los preceptos que rigen la prenda. Así, el deudor del artículo 1.191 es tanto el deudor de la obligación como el tercero extraño a la obligación principal que, en virtud del artículo 1.857 «*in fine*», la asegura mediante la prenda de alguno de sus propios bienes. Igualmente, la locución «después de entregada al acreedor» debemos entenderla referida tanto al acreedor de la obligación o titular del derecho de crédito garantizado con la prenda, como al tercero que de común acuerdo la recibe ex artículo 1.863 del Código civil. ¿Qué ocurre si éste restituye al deudor la cosa dada en prenda sin el consentimiento del acreedor? En principio, podría pensarse que no produce efectos la presunción del artículo 1.191 del Código civil. Pero creemos que, dados el carácter objetivo de la presunción y la presunción de voluntariedad de la entrega, no cabe distinguir si el tercero devolvió la cosa dada en prenda «*motu proprio*» o por orden del acreedor. El deudor estará amparado por la presunción del artículo 1.191 y será el acreedor quien deba

probar que la devolución se efectuó sin su consentimiento o contra su voluntad o sin su conocimiento. Esta conclusión es realmente injusta si tanto el tercero como el deudor actúan de mala fe, pero ésta no se presume y al que afirma la mala fe de un poseedor corresponde la prueba (artículo 434 del Código civil).

b) El presupuesto subjetivo es la voluntariedad de la restitución, la cual, como hemos dicho, se presume. Así, el acreedor podrá probar que la devolución no fue voluntaria (que fue privado ilegalmente de la cosa, que existía un vicio de la voluntad ex artículo 1.265 del Código civil, la pérdida de la cosa, etc.) o que, siendo la restitución voluntaria, el motivo de la misma fue una causa distinta a la condonación, por ejemplo, que la devolvió para que el deudor la reparase o para que usara de ella por un tiempo, etc. Así se podría distinguir entre la simple devolución de la prenda y lo que López llamó, en la glosa a las Partidas, la devolución verificada determinando el uso (46). Esta no extingue derecho de prenda, pero debe ser probada por el acreedor, porque el artículo 1.191 presume la condonación de la obligación accesoria de prenda. Se trataría, por tanto, de una cuestión de prueba y de publicidad pignoraticia.

(46) LÓPEZ, G.: *Glosa a las Siete Partidas*, Salamanca, 1565, glosa a Ley 40, Tít. XIII. de la Par. 5.º

INFORMACION LEGISLATIVA (*)

A cargo de
PEDRO DE ELIZALDE Y AYMERICH

I. DERECHO CIVIL

1. *Parte General*

1. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Convenio de La Haya sobre conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, de 5 de octubre de 1961.

Instrumento de ratificación de 16 de marzo de 1988 («BOE» del 17 de agosto).

En virtud de este Convenio se consideran válidas las disposiciones testamentarias que cumplan los requisitos formales exigidos por las leyes de la nacionalidad, domicilio o residencia habitual del testador, del lugar de otorgamiento o del lugar de situación de los inmuebles. Y este criterio, tendente a garantizar la eficacia de las disposiciones, se amplía, además, al considerarse cuestiones de forma incluso las circunstancias personales del testador que supongan una limitación a las formas de disposición utilizables.

Finalmente, el derecho de reserva que puedan ejercitar los Estados contratantes se limita a los casos en que concurran circunstancias que pueden entrañar un intento de defraudar a sus propias disposiciones sobre la materia.

2. *Derechos de obligaciones*

2. TERMINOS Y PLAZOS. Medidas urgentes adoptadas como consecuencia de las inundaciones.

Real Decreto-Ley 5/1988, de 29 de julio («BOE» del 22 de agosto).

Producidas importantes lluvias y tormentas en Vizcaya, Guipúzcoa, Alava, La Rioja, Burgos, Palencia, Valladolid, Zamora, Zaragoza y Navarra durante el mes de julio, se adoptan medidas especiales para reparar los daños. Además de las medidas administrativas repetidas en estas circunstancias (declaración de zona catastrófica, exenciones fiscales, créditos extraordinarios, agilización de procedimientos), se adoptan también medidas que afectan al ámbito civil, como la declaración de inhábiles, a todos los efectos, de los días 19 a 29 de julio, y la concesión de moratoria legal para las deudas que venzan entre el 19 de julio

(*) Se refiere a las disposiciones publicadas en el «Boletín Oficial del Estado» durante el segundo trimestre de 1988.

y el 20 de octubre. Estas medidas afectan, claro está a las personas cuyos bienes hayan sido afectados por el acontecimiento catastrófico.

3. PRESTACION DE SERVICIOS. Régimen de la colocación «an pair», Acuerdo Europeo de 24 de noviembre de 1969.

Instrumento de 24 de junio de 1988 («BOE» del 6 de septiembre).

El presente Acuerdo se aplica a las situaciones especiales que define su artículo 2: «Acogida temporal, en una familia y a cambio de determinados servicios, de jóvenes de países extranjeros que desean mejorar sus conocimientos lingüísticos y tal vez profesionales, así como su cultura general, adquiriendo un mejor conocimiento del país en que son acogidos.» A este tipo de colocación se dispensa una regulación detallada, imponiéndose la celebración de un acuerdo escrito que especifique los derechos y obligaciones de las partes. Debe destacarse la obligación de abonar una cantidad como dinero de bolsillo, así como la de concertar un seguro de enfermedad de la persona colocada, que pesan sobre el empleador.

3. *Derechos reales*

4. PROPIEDAD RUSTICA. Normas para la conservación de suelo y la protección de cubiertas vegetales naturales en Castilla-La Mancha.

Ley de las Cortes de Castilla-La Mancha 2/1988, de 31 de mayo («BOE» del 9 de julio).

Fundada en las competencias que le atribuye el Estatuto de Autonomía sobre agricultura, ganadería, montes y aprovechamientos forestales, la Comunidad Autónoma castellano-manchega establece un régimen especial de protección de las zonas arbóreas y arbustivas con el fin de limitar la erosión y controlar las roturaciones de terrenos forestales.

Las medidas que se adoptan para los fines indicados consisten en su parte principal, en instrumentos administrativos, como los Proyectos de restauración hidrológico-forestal y los Planes de conservación de suelos agrícolas, pero también inciden sobre el régimen de la propiedad, imponiendo limitación a los titulares de los terrenos afectados.

Dichas limitaciones consisten en las siguientes medidas:

1. La transformación de montes o terrenos forestales en cultivos agrícolas requerirá la autorización previa de la Consejería de Agricultura y deberán cumplirse los requisitos, sobre pendiente del terreno, que la Ley detalla.

2. La corta o arranque de especies protegidas o de ejemplares singulares queda prohibida. En general, el arranque, corta y poda de especies arbóreas típicas de la zona (encina, alcornoque, quejigo...) o la roza, descuaje o quema de matorrales (mancha y garriga), precisarán autorización administrativa previa.

3. Se establece un régimen sancionador de las infracciones a esta Ley, sin perjuicio de que la Consejería de Agricultura pueda exigir la reimplantación de las cubiertas forestales destruidas.

5. PROPIEDAD URBANA. Régimen de los edificios e instalaciones fuera de ordenación en las Islas Baleares.

Ley de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares 8/1988, de 1 de julio («BOE» del 28).

Esta Ley se dedica a una situación urbanística especial para regularla de forma distinta a la establecida en la Ley del Suelo (artículo 60). Con este fin, el mismo concepto de edificaciones fuera de ordenación se amplía, para comprender no sólo las afectadas por operaciones de remodelación urbana, sino también las nacidas de infracciones urbanísticas (construidas en contra de las determinaciones de Planes, Normas o de la legislación urbanística, en general).

La calificación como «fuera de ordenación» acarrea la prohibición de efectuar en los edificios obras de consolidación, aumento de volumen o modernización; e, incluso, en las situaciones ilegales se prohíben hasta las pequeñas reparaciones. Los edificios construidos con posterioridad a esta Ley que sean calificados como «fuera de ordenación» verán imposibilitada la contratación de los servicios de suministro de energía eléctrica, gas, agua, alcantarillado y teléfono.

6. LIMITACIONES DE LA PROPIEDAD. Regulación de las Costas. Ley 22/1988, de 28 de julio («BOE» del 29).

A) Exposición

1. Bienes de dominio público marítimo-terrestre: La Ley atribuye esta condición conforme al artículo 132, página 2, de la Constitución, a la ribera del mar, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental. Los términos «ribera del mar», de honda raigambre en nuestro Derecho histórico, se utilizan ahora para abarcar la zona marítimo-terrestre y las playas o zonas de depósito de materiales sueltos.

Por conexión forman parte también del dominio público las accesiones, los terrenos ganados al mar o invadidos por éste, los acantilados, los terrenos originariamente destruidos como demaniales que luego vieron alteradas sus condiciones físicas, los islotes y, en general, todos aquellos incorporados a bienes de esta categoría o afectados a su servicio.

Perdura la norma tradicional que atribuye al Estado las islas formadas por causas naturales, salvo cuando procedan de propiedades de particulares, y sin perjuicio de la demanialidad de su zona marítimo-terrestre, playas y demás terrenos citados anteriormente.

2. Régimen para la protección del dominio público marítimo-terrestre: Los bienes que integran esta categoría son, según el artículo 132, página 1, de la Constitución, inalienables, imprescriptibles e inembargables. En consecuencia, sólo serán admisibles sobre estos bienes los derechos de aprovechamiento de particulares previstos en esta Ley, careciendo de valor obstativo del dominio público las detenciones privadas, por prolongadas que sean en el tiempo y aunque parezcan amparadas por el Registro de la Propiedad. La Ley repite este criterio al prohibir la existencia de terrenos no demaniales del Estado en las pertenencias del dominio público marítimo-terrestre.

La protección del dominio público se realizará con los tradicionales instrumentos de la investigación administrativa y el deslinde. La eficacia de éste queda potenciada, sin embargo, porque al constatar las condiciones físicas de los terrenos, base de la demanialidad, declara la posesión y la titularidad dominical del Estado. Pasa a un plano secundario la situación registral de las fincas, porque

no sólo es relegada al practicarse el deslinde, sino que, además, la resolución que lo apruebe será título bastante para rectificarla. En estos casos serán los titulares inscritos afectados los que soportarán la carga de ejercitar las acciones judiciales procedentes en defensa de sus derechos. También se recorta el plazo de prescripción de tales acciones a cinco años, contados desde la aprobación del deslinde.

Respecto a la inmatriculación de fincas en el Registro de la Propiedad, la Ley introduce dos novedades. Por una parte se considera título suficiente para realizarla, en favor del Estado, la resolución aprobatoria del deslinde. Con ello se afirma expresamente la posible publicidad registral del dominio público natural, frente al criterio que, según la doctrina más generalizada, recogía la legislación hipotecaria.

Por otro lado, se establece un régimen especial para la inmatriculación de fincas que lindan con terrenos demaniales o estén en la zona de servidumbre de protección. Se trata con ello de asegurar la inexistencia de invasiones del dominio público, al permitir a la Administración verificar la situación de los terrenos y, en su caso, practicar el deslinde.

Cuando los terrenos colindantes con el dominio público marítimo-terrestre sean patrimoniales del Estado podrán afectarse a aquél.

Recíprocamente, si procede desafectar bienes demaniales, pasarán a integrarse en el Patrimonio del Estado.

3. Limitaciones de la propiedad sobre los terrenos contiguos a la ribera del mar: Para la protección del dominio público la Ley recoge una serie de limitaciones y servidumbres legales que recaen sobre zonas adyacentes, compatibles con las medidas especiales que las Comunidades Autónomas pueden adoptar para la defensa del litoral o la ordenación del territorio.

Las medidas establecidas son:

a) Servidumbre de protección, sobre una zona de 100 metros desde el límite interior de la ribera del mar. De ella, la zona de los primeros 20 metros está sujeta además a la tradicional servidumbre de salvamento marítimo.

En esta zona se prohíben, con carácter general, las edificaciones y construcciones. Sólo en casos excepcionales y para usos de interés general podrá autorizar el Consejo de Ministros la realización de ciertas instalaciones.

b) Servidumbre de tránsito, sobre una franja de seis metros contigua a la ribera del mar, para el paso público peatonal y de los vehículos de vigilancia y salvamento.

c) Servidumbre de acceso al mar, que recae sobre los terrenos colindantes con el dominio público para garantizar el uso público de éste.

d) Zona de influencia, constituye una franja mínima de 500 metros de anchura en la cual los instrumentos urbanísticos deberán prever las dotaciones necesarias de aparcamientos, así como una edificabilidad limitada.

4. Utilización del dominio público marítimo-terrestre: en esta categoría de bienes demaniales pueden darse las formas de aprovechamiento tradicionales. El uso común general de estos terrenos se reconoce expresamente y no precisará de título administrativo alguno. Si precisarán autorización o concesión los usos que impliquen ejecución de obras o instalaciones especiales, pero en ningún caso supondrán la cesión de las facultades demaniales del Estado. Incluso consagra

la Ley la discrecionalidad en los otorgamientos de los títulos habilitantes del uso, aunque las solicitudes se ajusten a los planes o normas aprobadas.

Las autorizaciones y concesiones son reguladas con especial detalle. Las primeras, necesarias para usos no permanentes, no tendrán acceso al Registro de la Propiedad; mientras que las segundas, de efectos más dilatados, serán inscribibles, aunque se prohíbe su transmisión «inter vivos».

Con carácter general la Ley establece dos prohibiciones: el uso privado de las playas y la publicidad en los terrenos de dominio público. Cabe, finalmente, el aprovechamiento administrativo de los terrenos, mediante reservas demaniales o adscripciones a las Comunidades Autónomas.

5. Otras disposiciones: Una parte importante de la Ley contiene normas administrativas tendentes a ordenar las competencias concurrentes sobre la materia, a establecer el régimen económico de los aprovechamientos y a regular las sanciones aplicables. Las medidas previstas son siempre expeditivas para la protección de los bienes demaniales, abriéndose, además, la posibilidad de ejercitar acción pública para exigir el respeto de la Ley.

6. Aplicación de la Ley: Para la aplicación práctica de las innovaciones que la Ley realiza, se dictan un buen número de disposiciones transitorias, que abordan las siguientes cuestiones principales:

a) Revisión «ex lege» de situaciones preexistentes: En primer lugar, la Ley transforma los derechos de propiedad particular sobre terrenos de zona marítimo-terrestre, playas y mar territorial, declarados por sentencia firme anterior, en derechos de ocupación y aprovechamiento, imponiendo a los titulares la obligación de solicitar una concesión administrativa para ejercerlos en el futuro. Por otra parte, los terrenos no deslindados como dominio público por ostentar derechos sobre ellos los particulares quedan sujetos al régimen de uso de los bienes demaniales. Los titulares de derechos particulares sólo podrán continuar ejercitándolos si obtienen la oportuna concesión.

b) Práctica de deslindes: Se contempla, tanto la realización de un completo deslinde del dominio público marítimo como la revisión de los anteriormente realizados. También ordena la Ley la reintegración al dominio público marítimo como la revisión de los anteriormente realizados. También ordena la Ley la reintegración al dominio público de los terrenos sobrantes o desafectados que no hayan sido enajenados.

c) Eficacia de las servidumbres y limitaciones de la propiedad: La aplicación del régimen sobre servidumbres, distancias y limitaciones de usos queda ligada al régimen urbanístico de los terrenos afectados, ordenándose su integración paulatina en los instrumentos del planeamiento. Así, el contenido de las servidumbres y limitaciones resulta distinto según se aplique a suelo no urbanizable, a urbanizable programado o a suelo urbano.

d) Régimen de las obras e instalaciones construidas: Su situación dependerá de que se hayan realizado sin la autorización administrativa procedente, procediéndose a su demolición, o que se legalicen o estén amparadas por licencias, en cuyo caso la Ley arbitra distintas medidas, según su emplazamiento y la perturbación que irroguen al dominio público.

e) Recuperación de terrenos marítimos por la Administración: Se atribuyen a la Administración derechos de tanteo y retracto en caso de transmisión onerosa de terrenos desafectados o ganados al mar y de propiedad particular.

f) Derogación de disposiciones anteriores: Dada la pretensión innovadora de esta Ley, es lógico que lleve a cabo una derogación general de las normas anteriores sobre la materia. Así, conviene citar la derogación expresa de las leyes de Paseos Marítimos de 1918 y 1957, las disposiciones sobre la materia de las leyes de Puertos de 1880 y 1928, parte de la Ley sobre Centros de Interés Turístico Nacional, de 1963, la Ley de Costas de 1969 y la de Protección de las Costas de 1980.

B) Observaciones

La presente Ley se encuentra informada por el criterio básico de desarrollar el artículo 132 de la Constitución, que afirma tajantemente la demanialidad de las costas españolas. El desarrollo y precisión, en cada caso, de este principio básico ofrece, sin embargo, dificultades en cuanto pueda entenderse que supone de reacción frente a las normas anteriores y a su aplicación jurisprudencial. De este modo, la Ley excluye, para el futuro, cualquier discusión sobre la pervivencia de propiedades privadas sobre playas y zona marítima y al resucitar el término comprensivo de «las riberas del mar» viene a entroncarse con nuestro Derecho Histórico.

Precisamente los términos absolutos que emplea la Ley pueden suscitar dificultades al pretenderse su aplicación a situaciones jurídicamente consagradas. La disposición transitoria primera, en cuanto significa una confiscación de derechos de propiedad declarados por los tribunales choca directamente contra el artículo 33 de la Constitución, debiendo esperarse que el Tribunal Constitucional reconduzca a sus justos términos el conflicto de intereses producido.

Por el contrario, las relaciones entre el dominio público marítimo y el Registro de la Propiedad reciben en la Ley una regulación conforme con la mejor doctrina sobre la materia, permitiendo la publicidad registral del demanio y resolviendo los conflictos planteados dando prevalencia a la protección de interés público.

Finalmente, cabe advertir la excesiva intervención de la Administración en toda aplicación de la Ley, previéndose constantes actuaciones; tanto licencias, como concesiones, certificaciones, informes, etc., en cuanto conducta o procedimiento afecte al dominio marítimo. Se llega, en ocasiones, a consagrar la pura discrecionalidad administrativa, al desligar al órgano resolutorio de la obligación de ajustarse a los planes o normas aprobados anteriormente. Cabe esperar que el desarrollo reglamentario aumente, de alguna forma, la seguridad jurídica que falta en los términos legales.

7. LIMITACIONES DE LA PROPIEDAD. Se regulan los Parajes Naturales de la Comunidad Valenciana.

Ley de las Cortes Valencianas 5/1988, de 24 de junio («BOE» del 29 de julio).

Esta Ley regula un nuevo instrumento para la protección de zonas con valor científico, paisajístico o educativo que ocupa un escalón inferior a los previstos en la Ley de Espacios Naturales Protegidos, de 2 de mayo de 1975.

Se regula la declaración de una zona como Paraje Natural, lo cual supone la limitación de actividades a desarrollar en los terrenos delimitados, de acuerdo con los planes rectores de uso y gestión o planes especiales que se aprueben por el Consell de la Generalitat Valenciana.

La Ley atribuye a la Generalitat y a las Entidades locales gestoras los derechos de tanteo y retracto en caso de transmisión onerosa de los predios situados en el interior de los Parajes Naturales. Para el ejercicio de tales derechos se conceden los plazos de tres meses desde la notificación previa y de seis meses desde la inscripción registral, respectivamente.

8. LIMITACIONES DE LA PROPIEDAD. Régimen jurídico de las carreteras. Ley 25/1988, de 29 de julio («BOE» del 30).

La Ley de Carreteras, de 19 de diciembre de 1974, fue afectada de forma sustancial por la distribución de competencias en la materia realizada por la Constitución y los Estatutos de Autonomía. Promulgadas ya varias normas legales sobre carreteras en varias Comunidades Autónomas, procede ahora el Estado a definir y regular las carreteras de su competencia (la red de interés general del Estado).

La Ley considera carreteras a las vías de dominio y uso públicos proyectadas y construidas fundamentalmente para la circulación de vehículos automóviles. Teniendo en cuenta sus características (accesos, cruces, calzadas) se distinguen las autopistas, autovías, vías rápidas y carreteras convencionales.

Serán estatales las carreteras integradas en un itinerario de interés general o cuya función afecte a más de una Comunidad Autónoma. Se dedica, en la Ley, una regulación detallada a la planificación, construcción y explotación de las carreteras, previendo la aplicación del sistema de concesión administrativa.

Especial interés revisten las limitaciones de la propiedad que la existencia de una carretera supone para los predios colindantes, concretadas, como viene siendo tradicional, en la delimitación de varias zonas:

1. Zona de dominio público, constituida por los terrenos ocupados por la carretera y una franja de terreno, a ambos lados, de ocho o tres metros de anchura, según la categoría.

Evidentemente todo empleo de esta zona requerirá la oportuna autorización administrativa.

2. Zona de servidumbre, que alcanza hasta una anchura de 25 ó 8 metros, según los casos, contigua a la zona anterior. Los usos a realizar de estos terrenos deberán ser autorizados por la Administración.

3. Zona de afección, extendida hasta una distancia de 100 ó 50 metros desde las aristas de la explanación. Para realizar obras de separación, instalaciones, plantaciones o cambio del uso del terreno deberá obtenerse previa autorización, que sólo podrá denegarse si se prevén variaciones de la carretera existente.

4. Zonas exteriores. La Ley prohíbe, con carácter general, toda publicidad visible desde las carreteras fuera de los tramos urbanos. Por otra parte se establece la línea límite de edificación en los 50 ó 25 metros, según la clase de carretera, salvo para zonas urbanas o regiones determinadas cuando se fije especialmente por el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo. En las variantes o carreteras de circunvalación esta línea se fija siempre en los 100 metros.

Para el debido control y respeto de las zonas señaladas la Ley habilita a las autoridades gubernativas para que paralicen las obras y suspendan los usos no autorizados debidamente.

También contempla la Ley la posibilidad de que el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo limite los accesos a las carreteras y reordene los existentes, de forma que los propietarios colindantes sólo tendrán derecho de acceso directo a las calzadas de servicio.

Este régimen queda alterado en su aplicación a los tramos de carreteras que discurren por suelo urbano (redes arteriales, travesías) por corresponder a los Ayuntamientos el ejercicio de las funciones de control.

Finalmente la Ley establece un régimen sancionador de las infracciones de sus preceptos, previendo la aplicación de multas coercitivas hasta la corrección de la infracción.

9. PROPIEDADES ESPECIALES. Se aprueba el Reglamento de la Administración Pública del Agua y de la Planificación Hidrológica.

Real Decreto 927/1988, de 29 de julio («BOE» del 31 de agosto).

La Ley de Aguas (29/1985, de 2 de agosto, tiene un contenido que, por su amplitud y complejidad, ha de ser objeto de una pluralidad de Reglamentos para su ejecución. Aprobado ya el Reglamento del dominio público hidráulico (Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, véase su reseña en el número de la Información legislativa, volumen XXXIX-3 de este Anuario) sobre los aspectos sustantivos de esta materia, las cuestiones puramente administrativas y de organización son abordadas por el Real Decreto 650/1987, de 8 de mayo (Anuario, número XL-3,945) de la Información legislativa) que fijó los ámbitos territoriales de los organismos y planes y, finalmente, por el presente Reglamento.

El texto reglamentario que ahora se promulga acomete, en primer lugar, la regulación de las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas, con la especial actuación de los Delegados del Gobierno en las Administraciones Hidráulicas de estas últimas.

También se regulan el Consejo Nacional del Agua y los Organismos de Cuenca, es decir, las Confederaciones Hidrográficas, en las que se integran las respectivas Asambleas de usuarios.

La segunda parte del Reglamento se dedica a la Planificación Hidrológica, definiendo las clases de planes a elaborar, su contenido y eficacia, vinculante para los órganos administrativos, pero sin hacer surgir derechos en favor de los particulares.

III. DERECHO MERCANTIL

10. CONTRATO DE SEGURO. Se aprueba el Reglamento de la producción de seguros privados.

Real Decreto 690/1988, de 24 de junio («BOE» del 6 de julio).

El texto refundido de la Ley de Producción de Seguros, de 1 de agosto de 1985 (reseñado en este Anuario, XXXVIII-IV, disposición número 16 de la Información legislativa), ordenó al Gobierno la elaboración de su Reglamento, tarea que ahora concluye incorporándose los criterios de las Directivas de la CEE sobre libertad de establecimiento y prestación de servicios de los Agentes y Corredores de Seguros.

El Reglamento, siguiendo el articulado del texto refundido, regula con detenimiento el régimen de los Agentes y Corredores de Seguros, requisitos exigibles, obtención de título, clases de mediadores y obligaciones en el desempeño de su actividad. Separadamente se contemplan las especialidades de las situaciones de Agentes (con atención especial al contrato de agencia) y Corredores (actuación libre e independiente). Finalmente, la colegiación obligatoria se mantiene para los Agentes afectos representantes y los Corredores, sin perjuicio de que se creen organizaciones profesionales de Corredores.

11. AUDITORIA DE CUENTAS. Regulación de la actividad.

Ley 19/1988, de 12 de julio («BOE» del 15).

A) Exposición

1. Concepto de auditoría de cuentas: Comprende la actividad consistente en la revisión y verificación de documentos contables, para emitir un informe que pueda tener efectos frente a terceros. Sólo merecerá esta calificación la actividad desarrollada por quien tenga la condición de auditor de cuentas y con sujeción a los requisitos que esta Ley establece.

Dentro de este concepto, reviste especial importancia la auditoría de las cuentas anuales, para verificar si expresan la imagen fiel del patrimonio y situación financiera de la empresa, así como los resultados obtenidos y la concordancia del informe de gestión con las cuentas. El informe de auditoría de estas cuentas deberá recoger todos los datos precisos para concretar la tarea desarrollada y la opinión del auditor (el artículo 2 de la Ley enumera el contenido del informe).

Las normas generales de la Ley se aplicarán también a la auditoría de documentos consolidados, sin perjuicio de sus especialidades.

2. Desarrollo de la actividad de auditoría: Sólo podrían actuar como auditores las personas físicas y jurídicas que reúnan los requisitos legales y estén inscritos en el Registro Oficial del Instituto de Contabilidad y Auditoría. De los requisitos exigidos, aparte de la nacionalidad española o de países de la CEE, destaca la necesidad de capacitación teórica y práctica, con la superación de pruebas de aptitud específicas.

Las Sociedades de autoría deben tener mayoría de socios auditores de cuentas, que deberán poseer mayoría de capital. A su vez la mayoría de administradores y directores de la sociedad habrían de ser socios auditores.

Los auditores de cuentas, personas físicas o jurídicas, quedan sujetos al régimen disciplinario que esta Ley detalla, con determinación de las infracciones y sanciones aplicables, que pueden llegar a suponer el cese en el ejercicio de la actividad.

3. Principios generales: La actividad de auditoría ha de realizarse con respecto de ciertos principios básicos que la Ley señala; tales son:

a) Independencia: Supone la ausencia de vinculación entre el auditor y en las empresas auditadas, que se traduce en una lista de incompatibilidades para el ejercicio de la actividad respecto de empresas ligadas por alguna relación al auditor. Por esta razón se limita la contratación del personal auditor por empresas auditadas y se prohíbe que los contratos de servicios de auditoría tengan duración inferior a tres años o superior a nueve.

b) Responsabilidad: Los auditores serán responsables frente a las empresas auditadas y a los terceros de los daños y perjuicios que derivan del incumplimiento de sus obligaciones.

Aunque no se pone límite a esta responsabilidad, su exigencia se facilita con la imposición de una fianza obligatoria para ejercer la profesión.

c) Publicidad: El informe de auditoría, cuando sea público, deberá acompañar a las cuentas anuales, y en forma íntegra, sin admitirse copias parciales o extractos. Sin embargo, los auditores quedan obligados a guardar secreto de las informaciones obtenidas, teniendo prohibido aprovecharse de ellas para finalidades extrañas al ejercicio de su profesión.

d) Legalidad: La actividad de auditoría se ajustará a las normas técnicas elaboradas por las corporaciones de auditores, que publicará el Instituto de Contabilidad y Auditoría. A su vez, versará sobre el respeto de los principios y normas contables de obligada utilización, plasmados actualmente en la legislación mercantil, el Plan General de Contabilidad y las normas contables aprobadas para sectores económicos específicos.

4. Auditoría obligatoria: Sin perjuicio de la obligación especial de auditoría que imponen ya algunas disposiciones, la Ley establece tal obligatoriedad para las empresas con títulos cotizados en Bolsa, las emisoras de obligaciones en oferta pública, los intermediarios financieros y Agentes de Cambio y Bolsa, entidades aseguradoras, empresas que perciban ayudas públicas, contratistas del Estado y, en general, las entidades que superen los límites que fije el Gobierno sobre cifra de negocios, activo y número de empleados. Este régimen será aplicable a los ejercicios económicos que se inicien a partir del día 16 de julio de 1988.

Finalmente la Ley establece la actuación de los auditores en supuestos contemplados por normas anteriores, como los interventores previstos en la Ley de Suspensión de Pagos (artículo 4, párrafo 2.º) o las intervenciones de miembros del Instituto de Censores Jurados de Cuentas.

B) Observaciones

La presente Ley supone la consagración a este rango normativo de una actividad profesional extendida recientemente en España y carente, hasta ahora, de una clara definición oficial. Como indica la Exposición de Motivos, se trata de una profesión que redundará en una mayor transparencia de la información económico-contable de las empresas, fin también de varias normas recogidas en el ordenamiento español, y su regulación era obligada para recoger la VIII Directiva de la CEE en materia de sociedades (84/253). Precisamente esta situación explica que la nueva Ley encaje con dificultad en las normas mercantiles vigentes, Código de Comercio y Ley de Sociedades Anónimas, principalmente, cuyas disposiciones sobre contabilidad van quedando cada vez más alejadas de la realidad e incapaces de solucionar debidamente los problemas que se plantean en la actualidad.

12. MERCADO DE VALORES. Se promulga su Ley reguladora.
Ley 24/1988, de 28 de julio («BOE» del 29).

La presente Ley lleva a cabo una completa reforma de los criterios rectores de los distintos mercados de valores operantes actualmente en España, que debe

ser completada, para su efectividad, por una serie de desarrollos reglamentarios que cumplan las numerosas remisiones que realiza su texto.

Acomete la regulación tanto de los mercados primarios como secundarios de valores, pudiendo éstos representarse mediante anotaciones en cuenta. En consecuencia, se modifican los preceptos del Código de Comercio que afectan al régimen de los títulos-valores, como son los artículos 320 a 324 y 545, así como los de la Ley de Enjuiciamiento Civil conexos a ellos. La regulación de los valores representados por anotaciones deberá ser detallada por las normas de desarrollo, estableciendo la Ley la necesidad de escritura pública que fije sus características y la plena eficacia de las transmisiones mediante transferencia contable.

Como órgano básico competente para la organización y funcionamiento de estos mercados, se crea la Comisión Nacional del Mercado de Valores, a la que se atribuye ciertas potestades normativas, así como facultades de supervisión y sanción.

Respecto al mercado primario de valores, se consagra la libertad de emisiones, sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos generales sobre información y situación financiera de las empresas. Para casos especiales podrá exigirse la autorización previa de las emisiones.

En cuanto a los mercados secundarios, la Ley se refiere expresamente a las Bolsas de Valores y el Mercado de Deuda Pública representado por anotaciones en cuenta, estableciendo criterios generales sobre perfeccionamiento y eficacia de las operaciones.

Las Bolsas de Valores tendrán una organización compleja, existiendo una pluralidad de sociedades, participadas por sus miembros, que ordenarán su funcionamiento. La creación de Bolsas corresponderá al Gobierno sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas.

Serán miembros de las Bolsas las Sociedades y Agencias de Valores que reúnan los requisitos que la Ley determina; el detalle de tales requisitos corresponderá a normas reglamentarias. Las Sociedades y Agencias actuarán como intermediarios en las Bolsas, pudiendo, las primeras, realizar operaciones por cuenta propia. Corresponderá a la Comisión Nacional la supervisión de las operaciones y de la actuación de los partícipes del mercado.

Finalmente se solucionan los problemas tributarios actuales con una exención general de las transmisiones de Valores en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

En la disposición adicional quinta se realiza también una revisión amplia de la regulación de las instituciones de Inversión Colectiva, volviéndose a exigir para las Sociedades de Inversión Mobiliaria la forma nominativa de sus acciones.

Los preceptos de la Ley serán aplicables a los seis meses de su publicación, pero los relativos a Bolsas de Valores no entrarán en vigor hasta transcurrido un año desde la publicación.

La Ley lleva a cabo una transformación completa del sistema bursátil español, que pasa a acomodarse al llamado modelo anglosajón. Ello acarrea la desaparición de los actuales Agentes de Cambio y Bolsa, que pasan a encuadrarse en los Colegios de Corredores de Comercio nuevamente instaurados en las plazas bursátiles. Las disposiciones transitorias prevén las etapas básicas del tránsito a la nueva organización de las Bolsas, con la posible integración de los Agentes

en Sociedades o Agencias de Valores, con participación de terceros en porcentajes crecientes hasta el año 1992.

13. ENTIDADES DE CREDITO. Regulación de su disciplina e intervención. Ley 26/1988, de 29 de julio («BOE» del 30).

La presente Ley viene a suplir importantes carencias que se podían advertir en el régimen jurídico de las entidades de crédito; en cuanto a su régimen sancionador, porque las diversas disposiciones que lo configuraban carecían, normalmente, del rango legal preciso; en cuanto al régimen de control e intervención del funcionamiento, porque se contenía en disposiciones particulares y faltaba una normación general. Además esta Ley amplía su contenido para regular especialmente la situación de varias instituciones financieras y específicas y el régimen de sus operaciones.

La Ley aborda las siguientes materias:

1. Régimen sancionador de las entidades de crédito. Con especial detalle se tipifican las infracciones y las sanciones aplicables. Destaca la regulación de los sujetos pasivos de las infracciones y el reconocimiento de la potestad normativa del Banco de España que, mediante circulares, podrá establecer normas de ordenación y disciplina cuya infracción será sancionable.

2. Actividades de las Entidades de Crédito: El concepto de Entidades de Crédito comprende a las empresas cuya actividad típica y habitual sea recibir fondos del público con obligación de restituirlos, para dedicarlos a operaciones activas de crédito o con cualquier otro fin. Sólo estas Entidades podrán desarrollar estas operaciones y utilizar las denominaciones propias de estas Entidades. El Registro mercantil no inscribirá las Entidades que infrinjan las prohibiciones anteriores.

3. Intervención y sustitución de órganos rectores: Para los casos de excepcional gravedad, con peligro para la solvencia, liquidez o estabilidad, o en casos de disolución de Entidades, el Banco de España podrá acordar la intervención de sus operaciones o la sustitución provisional de sus órganos de administración o dirección.

4. Otras disposiciones: La Ley reúne en su articulado una serie de disposiciones que suponen el establecimiento de un régimen societario especial para las Entidades de Crédito. Afectan a los siguientes extremos:

— El capital social de las Entidades que sean sociedades anónimas deberá estar representado por acciones nominativas; su cuantía y desembolso mínimo requerido se fijarán por el Gobierno. La adquisición de participaciones significativas del capital de estas Entidades deberá ser comunicada al Banco de España o requerirá autorización previa de éste (se alcanza el 15 por 100 del capital).

La emisión de obligaciones no estará sujeta, para estas Entidades a la limitación del volumen de sus recursos propios. Y en las fusiones de Entidades de Crédito, los accionistas disidentes o ausentes de la Junta, carecerán de derecho de separación.

— Las entidades de seguros ven modificada su regulación para equipararlo al general de las Entidades de Crédito en materia sancionadora y de control. Se impone también la forma nominativa para sus acciones cuando sean sociedades anónimas.

— Se incluye a los Bancos entre las entidades habilitadas para emitir cédulas hipotecarias.

— Las operaciones de arrendamiento financiero reciben nueva regulación casi completa. Tras definir estas operaciones, la Ley impone una duración mínima de dos años para bienes muebles y diez para inmuebles. Dentro de las cuotas a satisfacer por el arrendatario reciben tratamiento distinto, a efectos contables y fiscales, la carga financiera y el importe de la renta arrendaticia, sin perjuicio de su consideración como gasto y de la necesidad de recogerse el derecho de opción que adquiere el arrendatario.

También se prevé el acceso a esta actividad de los Bancos, Cajas de Ahorros y Cooperativas de Crédito, con efectos a partir de 1990.

IV. DERECHO PROCESAL

14. POSTULACION PROCESAL. Prestación de servicios por los Abogados en la CEE.

Real Decreto 1.062/1988, de 16 de septiembre («BOE» del 21).

Se modifican algunos aspectos del Real Decreto 607/1986, de 21 de marzo, regulador de esta materia (reseñado en este Anuario, XXXIX-III, disposición número 21 de la Información legislativa), ajustándolo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CEE. En este sentido, se concretan los casos en que se requiere la concertación del Abogado visitante con otro inscrito en el Colegio correspondiente, limitándolos a los de intervención preceptiva de Abogado ante órganos que ejerzan funciones jurisdiccionales. Asimismo, se suprimen las limitaciones vigentes para los casos en que las actuaciones del Abogado visitante fuesen repetidas en el curso de un año.

V. OTRAS DISPOSICIONES

15. RESPONSABILIDAD CONTABLE. Regulación de los expedientes administrativos para exigirla.

Real Decreto 700/1988, de 1 de julio («BOE» del 7).

La responsabilidad contable es un tipo especial de responsabilidad administrativa, semejante a la civil, consistente en la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados a la Hacienda Pública, y recae sobre las autoridades y funcionarios que incurran en dolo, culpa o negligencia graves en el ejercicio de sus cargos, así como sobre las personas que habiendo recibido subvenciones del Estado no las hayan dado la aplicación prevista. Regulada básicamente esta modalidad de responsabilidad en la Ley General Presupuestaria, ahora se establecen con detalle las etapas de los procedimientos administrativos que deben tramitarse para su exigencia, con independencia de las responsabilidades penales o disciplinarias y de la posible competencia del Tribunal de Cuentas.

16. ORGANIZACION ADMINISTRATIVA. Reestructuración de los Departamentos ministeriales.

Real Decreto 727/1988, de 11 de julio («BOE» del 12).

Aprovechando la autorización contenida en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1988, se altera el número de los Ministerios y, limitadamente, las competencias de algunos de ellos. Así, se crea el Ministerio de Asuntos Sociales, que recibe competencias anteriormente repartidas entre los departamentos de Trabajo y Seguridad Social, Cultura y Justicia; se eleva el rango de Ministerio a la oficina del Portavoz del Gobierno, y se transfieren al Ministerio de Educación y Ciencia las competencias sobre cultura física y deporte que antes correspondían a Cultura.

De esta forma se eleva a 17 el número de los Departamentos ministeriales de la Administración del Estado.

17. TRIBUTOS. Se determinan los fines de interés social para la Asignación Tributaria del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Real Decreto 825/1988, de 15 de julio («BOE» del 28).

La Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1988 (Ley 33/1987, de 23 de diciembre), en conexión con el acuerdo celebrado con la Santa Sede sobre asuntos económicos (de 3 de enero de 1979), estableció la asignación de un porcentaje del rendimiento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas para fines religiosos o de interés social. Procede ahora el Gobierno a determinar tal porcentaje, que se fija, para el período impositivo de 1987, en el 5.239, aplicable sobre la cuota íntegra resultante en el Impuesto citado.

Las cantidades resultantes se destinarán, cuando lo manifieste así cada contribuyente, al sostenimiento económico de la Iglesia Católica; en otro caso serán dedicadas a otros fines de interés social, como los programas de la Cruz Roja, otras organizaciones y Entidades Sociales, de ámbito estatal, carentes de ánimo de lucro, dirigidas a atender situaciones de enfermedad o necesidad, en general.

Mediante Real Decreto se establecerán los requisitos exigibles a las Entidades beneficiarias de estos fondos y el procedimiento para su solicitud y obtención.

18. FUNCION PUBLICA. Se modifican algunos extremos de la Ley que reguló su reforma.

Ley 23/1988, de 28 de julio («BOE» del 29).

La Ley 30/1984, de 2 de agosto, estableció una serie de medidas para reformar la función pública que ha sufrido numerosas dificultades en su aplicación, con la incidencia añadida de la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de junio de 1987. Por ello la presente Ley de nueva redacción a parte de la primera, en cuanto afecta a la atribución de carácter básico a parte de su contenido, relaciones de puestos de trabajo, provisión, promoción interna y situación de los funcionarios docentes.

También procede la Ley a restaurar la denominación tradicional del Cuerpo de Abogados del Estado, con separación del Cuerpo de Letrados del Consejo de Estado.

19. HACIENDA PUBLICA. Texto refundido de la Ley General Presupuestaria. Real Decreto Legislativo 1.091/1988, de 23 de septiembre («BOE» del 29).

La Ley General Presupuestaria, de 4 de enero de 1977, contiene los principios generales reguladores de la Administración Financiera, tanto en lo que respecta a la organización de la Hacienda y su régimen presupuestario, como en sus relaciones con los administrados. Dicho texto legal, anterior a la Constitución, fue afectada por las normas contenidas en ésta y, recientemente, ha sido modificada parcialmente por las leyes de aprobación de los Presupuestos Generales del Estado; razón por la que se autorizó al Gobierno (en la Ley de Presupuestos para 1988) la elaboración de un texto refundido.

El nuevo texto reproduce la estructura del anteriormente vigente y regula iguales materias, que son las siguientes:

- Título preliminar: «Principios generales». Debe destacarse aquí la referencia al carácter supletorio del Derecho Común y la regulación de las sociedades estatales.

- Título I: «Del régimen de la Hacienda Pública». Se regulan los derechos económicos de la Hacienda, con los privilegios de que goza para su exacción, y las obligaciones, que nacen de la Ley, de los negocios jurídicos y de los actos o hechos que, según Derecho, las generen (artículo 42).

- Título II: «De los presupuestos».

- Título III: «De la intervención».

- Título IV: «De las operaciones financieras». Comprende el régimen de la Deuda Pública, comprendiendo las especialidades de las anotaciones en cuenta y una amplia autorización al Ministerio de Economía y Hacienda para actuar en este campo. También incluye el tratamiento de los avales prestados por el Estado.

- Título V: «Del Tesoro Público».

- Título VI: «De la contabilidad pública».

- Título VII: «De las responsabilidades». Se regula la obligación de indemnizar que recae sobre los funcionarios infractores de las disposiciones legales, por los daños y perjuicios causados a la Hacienda.

- Título VIII: «De los presupuestos, de la intervención y de la contabilidad de la Seguridad Social».

- Título IX: «De los Entes Territoriales». Relativo a las relaciones financieras del Estado con las Comunidades Autónomas y Entidades locales.

La responsabilidad contractual (Breves notas a una crítica)

Por LUIS HUMBERTO CLAVERIA GOSALBEZ

El origen de las líneas que siguen es el siguiente: en 1987 mi amigo y compañero de Departamento Francisco Jordano Fraga publica su libro *La responsabilidad contractual*, Madrid, Civitas (en adelante, *Libro*). En el mismo año, en el fascículo IV de este *Anuario* (páginas 1283 y siguientes), publico yo una *Nota crítica* a dicha obra bajo el título *Diligencia, culpa, incumplimiento y responsabilidad contractual* (en adelante, *Nota mía*); por último, en el fascículo III de 1988 de este mismo *Anuario*, bajo el título *La responsabilidad contractual (primer y último repaso)*, publica Jordano Fraga una vehemente contestación (en adelante, *Nota de Jordano*) a mi citada *Nota*. Si por su parte éste será el último repaso, por la mía pretendo que las líneas que siguen también lo sean. Y las escribo, usando y, tal vez, abusando de la amabilidad del «ADC», porque, a pesar de no reputar pertinente responder a censuras ajenas en el ámbito de las revistas especializadas, creo que este caso es diferente, dado que de la *Nota de Jordano* un lector poco informado puede extraer conclusiones que desapruébo por ser desacordes con la realidad. Un lector más informado, por el contrario, no extraerá tales conclusiones, pero lamentará este último trabajo del joven profesor de Sevilla porque perjudica a su *Libro*, cuyas deficiencias, que ya señalé, se hacen más patentes ahora; como sucedía con la rosa de Juan Ramón Jiménez, lo mejor que habría podido hacer Jordano Fraga es no tocar más su *Libro*, pues sin su *Nota* del «ADC», aquél parece más consistente. Por motivos obvios, voy a dedicar poquísimo espacio a contestar a mi compañero: el lector del «ADC» tiene cosas más importantes que hacer antes de disfrutar de esta pequeña polémica.

Francisco Jordano dedica nada menos que quince páginas (desde la 817 a la 831 de su *Nota*) a demostrar que él demostró en su *Libro* que el fundamento de la responsabilidad contractual es, en todo caso y solamente, el incumplimiento y que la culpa es siempre objetiva. Yo respondo que ni lo demostró en su *Libro* ni ahora. Pero además que, al intentar demostrar eso, demostró lo contrario. Vayamos por partes, como él dice:

1.º Según su construcción (la de lo que él denomina «primer objetivismo», y que no tengo inconveniente en compartir), el deudor responde cuándo y porqué incumple; para eludir tal responsabilidad (que llamamos incorrecta, pero operativamente «contractual») el deudor debe, según Jordano, probar el hecho exoneratorio-liberatorio, compuesto por dos elementos: la definitiva imposibilidad de cumplimiento y la inimputabilidad a él de dicha imposibilidad; ordinariamente (esto es, salvo en casos de responsabilidad por riesgo) esta inimputabilidad concu-

re cuando el deudor demuestra la ausencia de su culpa en el acaecimiento del hecho productor de la mencionada imposibilidad, lo que conlleva la necesidad de probar cuál sea tal hecho productor. Admitamos (luego hablaré de ello) que esa culpa sea objetiva: da igual, si esa es la construcción de Jordano Fraga (y lo es, sin duda, como se infiere del *Libro, passim*, pero preferentemente páginas 100-105), sobra casi toda su *Nota* del «ADC», sencillamente porque reconoce que la culpa es fundamento de la responsabilidad contractual: sin culpa no hay incumplimiento, luego éste, al ser fundamento, arrastra inexorablemente a aquélla como fundamento; muy inteligentemente, el ya prestigioso investigador, tras decir, en página 821 de su *Nota*, que «...el incumplimiento (es) el *único* y general fundamento de la responsabilidad contractual» (el subrayado es mío), reconoce (en lastimosa contradicción) que «...la culpa es fundamento *indirecto* o *mediato* de la responsabilidad contractual...» (página 831, pero con precedentes en la 821) (ahora el subrayado es suyo). ¿Para qué tanto énfasis? ¿Merece tanto ardor una tesis que sólo difiere de la que yo mantengo en el lenguaje? La culpa es fundamento de la responsabilidad contractual; sin ella, ordinariamente, ésta no existe; lo que sucede es que sólo es planteable el tema en caso de incumplimiento, o, como lo llama Jordano, «incumplimiento material»; es más, negar que la culpa sea fundamento me parece error grave; denominarla «fundamento indirecto» me parece innecesario o inexacto. Ya sé que, según Jordano, el concepto de incumplimiento comprende (ordinariamente) la culpa, lo que le permite decir que el incumplimiento sea el *único* fundamento de la responsabilidad. Si quiere decir eso, valga, pero no se niegue el valor de fundamento de la culpa (que va dentro) ni se censure a quien lo señala.

2.º La culpa entendida en sentido objetivo («culpa-infracción») *nunca* se presume, según *Nota de Jordano* (página 818). Yo dije en *Nota mía* (página 1285) que Jordano dice que va presunta y lo dice, aunque nunca expresamente. En efecto, si, según Jordano, para liberarse de responsabilidad, el deudor debe probar, además de la imposibilidad de cumplir, la inimputabilidad de la causa de dicha imposibilidad, consistiendo tal inimputabilidad ordinariamente en la ausencia de culpa, la culpa (todo lo objetiva que se quiera) está presumiéndose *iuris tantum*, es decir, se entiende que el incumplimiento material se debe a no observación por el deudor de una conducta diligente. Respeto que Jordano Fraga pretenda viajar de Sevilla a Córdoba pasando por Málaga (es más, ello tiene sus atractivos paisajísticos), pero ruego que no insista en que, al llegar a Córdoba, estamos en Granada, pues sé distinguir ambas ciudades, aceptando yo, por otra parte, gustosamente el rodeo playero propuesto por el autor comentado.

3.º Jordano dice que, para él, la culpa es siempre objetiva y que yo he dicho erróneamente que él la configura subjetivamente. En este punto he de reconocer que tiene razón, al menos en parte: él nunca dice textualmente en su *Libro* que la culpa deba entenderse subjetivamente: «...culpa es para mí, como para la mayor parte de la doctrina, lo contrario de diligencia» (páginas 817-818 de su *Nota*). Recordándole que Badosa piensa otra cosa (*La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia-Zaragoza, 1987, páginas 33 y siguientes, especialmente página 69, entre otras), acepto la observación de Jordano y le pido disculpas por mi error, que fue bienintencionado, pues el hecho de «encajarle» a veces la culpa intencional-subjetiva (según su expresión simpática e irónica de página 826 de su *Nota*) se debió a mi deseo de entender conforme a razón

algunas de sus formulaciones, pues, llevada hasta sus últimas consecuencias su concepción objetivista de la culpa, conduciría, respecto de las llamadas obligaciones de actividad o de medios, al siguiente resultado: dado que la culpa, en la concepción objetivista que Jordano defiende, consiste en la no ejecución de una conducta reclamada por el deber de diligencia, para liberarme de responsabilidad contractual en las obligaciones de medios deberé probar que la no ejecución de la conducta obligada (incumplimiento material) acaeció a pesar de que yo realicé la conducta obligada (necesaria para poder ejecutar la primera conducta obligada) (!): Kafka quedaría estupefacto. Si te «encajé», querido Francisco Jordano, en este caso, la culpa intencional (*rectius*, subjetiva o culpa de verdad) fue para liberarte de este aprieto, porque suponía que, al menos respecto de este supuesto, tú reconocerías que el hecho exoneratorio-liberatorio capaz de liberar al deudor de responsabilidad en las obligaciones de actividad tendría un ingrediente basado en la culpa subjetiva: el deudor no observó la debida diligencia (objetiva: admitámosla hipotéticamente), porque no pudo, demostrando que no fue subjetivamente culpable. Al no agradecerme Jordano el cable por mí arrojado, se estrella en el fondo del pozo. Pero además demuestra algo inesperado por él y casi por mí: éste puede ser el talón de Aquiles de la concepción objetivista de la culpa. Gracias, pues, Profesor Jordano Fraga. Por otra parte, ¿no resulta extraño que el dolo, hermano casi gemelo de la culpa, sea inequívocamente subjetivo, como todos mantenemos y el mismo Jordano tiene que reconocer? (páginas 238-239 del *Libro* y 830 de su *Nota*). Las palabras usadas en ésta [...fundamento... ciertamente subjetivo, base indiciaria (consistente en) el propio comportamiento del sujeto deudor] (*ibidem*), perfectamente aplicables por mí (obviamente no por él) a la culpa, me parecen deliciosas, provocando mi mayor entusiasmo la expresión, referida al dolo, «...único residuo... de la concepción delictual» (*ibidem*). Querido Francisco: ¿hacemos entrar ahora a los Burning?

4.º Sobre la carga de la prueba (páginas 831 y siguientes de la *Nota de Jordano*), me acusa mi querido amigo de arbitrariedad; no hay tal, sino sentido común. Repito lo que dije en *Nota mía*, páginas 1295 y 1296: «...en la inmensa mayoría de los casos es infinitamente más factible demostrar el acaecimiento de un hecho que su no acaecimiento» (página 1296); esto es, parece más razonable que competa al deudor probar que cumplió que al acreedor probar el incumplimiento (aunque esto último —decía yo— no sea inútil y, a veces, fácil) (*ibidem*). La opinión no es sólo mía, sino también de algunos relevantes autores (por ejemplo, Albaladejo, *Derecho civil*, tomo II, volumen I, Barcelona, 1970, páginas 118 y siguientes, preferentemente página 121), que Jordano Fraga podría dignarse a considerar. Por cierto, el mismo autor distingue (*ob. cit.*, páginas 99 y 117) entre caso fortuito y fuerza mayor, y no con argumentos desdeñables. Jordano Fraga (*Nota*, página 834), aludiendo a «cualquier estudio histórico serio», defiende la tesis opuesta, lo que es obviamente legítimo, pero necesitado de mayor tratamiento; de todos modos, el género literario empleado respecto de este punto le exime de ello.

5.º Sobre la causa (página 835 de la *Nota de Jordano*), dada la obligada brevedad de este escrito y dada la índole de la figura, no deseo extenderme. Me reitero en las afirmaciones hechas en *Nota mía* (página 1297) y remito a ulteriores posibles trabajos sobre el tema (además de a mi ya publicado *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1985*, «Cuadernos

Civitas de Jurisprudencia Civil», enero-marzo, 1986, tomo X, páginas 3387 y siguientes). Sí existe género literario, querido Jordano, que me permita hacer esto, así como hacer lo que hice respecto de la por ti llamada culpa intencional: tu hallazgo inconsciente, detectado por mí respecto de las obligaciones de medios, avala lo dicho (cfr. *Nota de Jordano*, página 828); por no hablar de tu aludida concepción «subjetivo-residual» del dolo (página 830). A mayor abundamiento, recuérdense mis cautelas de página 1295 de *Nota mía*, que, creo, me eximen de censuras excesivamente acres: tengo por costumbre no comprometerme nada más que hasta donde yo mismo declaro. Respecto del ejemplo que propone Jordano (página 835 de su *Nota*) relativo a que se deduciría de mi construcción de la causa que «...la presencia de al menos dos partes en un contrato es sólo un requisito del momento de su celebración y que la muerte posterior de una de ellas no afecta... a la eficacia...», le indico que la causa es requisito de validez y que sus vicisitudes posteriores a la celebración del contrato afectarían a la eficacia de éste, no a su validez. Por eso acepto —esto sí— lo que dice sobre el sinalagma genético en el párrafo 2.º del número 3 de la citada página 835 de su *Nota*. Me parece que en este punto las diferencias entre Jordano y yo casi no existen: a pesar de las apariencias, estamos, creo, de acuerdo: la causa, al contratar, es requisito de validez; pero tal vez siga, tras la celebración del contrato, influyendo en su eficacia o ineficacia; lo que yo reputo peligroso es involucrar una cosa en la otra. No insinué que De Castro se equivocase, sino que señalé peligros en la interpretación de sus textos.

6.º Sobre los demás puntos de discrepancia, acepto totalmente las tres líneas finales de la *Nota de Jordano*, agradeciéndoselas emocionadamente: no era necesario ser tan amable.

7.º No interpreto malintencionadamente las expresiones «divergencia... escandalosa» y desastroso... entendimiento» (páginas 823 y 825, respectivamente, de la *Nota de Jordano*), porque pueden interpretarse benévolamente, tan benévolamente como él debió interpretar mis alusiones al escamoteo y a la prestidigitación, expresiones que sigo manteniendo y prácticas que él sigue realizando, lo que no le impide ser un buen jurista y que su *Libro* continúe mereciendo las alabanzas que le apliqué en 1987; no le sobran tantas páginas como parece que le sobran: el hecho de decir lo que se ha dicho antes, pero con más fundamento e información (y formulándolo mejor), me parece una tarea respetable y encomiable: nada desastrosa ni escandalosa.

Para terminar, como hizo Jordano Fraga con un precioso texto francés de Marton (*Nota de Jordano*, páginas 829-830), no me resisto yo a recordar otro italiano de Messineo, atinente a mi querido y admirado director de tesis Profesor Franco Carresi, a quien acusaba, no sé si justificadamente o no, de interpretarle defectuosamente: «...Meglio farà il Carresi, un'altra volta, se leggerà attentamente la prosa altrui e se sceglierà con maggiore avvedutezza la sostanza dei suoi argomenti» (Messineo, *Il contratto in genere*, «Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo», tomo I, Milano, 1968, página 90. «Meglio farà il Jordano Fraga —añado yo— se leggerà attentamente la prosa altrui e se non ucciderà il messaggero, soprattutto perchè le notizie non sono davvero cattive: Jordano, col suo libro, ha vinto nella guerra della ricerca scientifica».

BIBLIOGRAFIA

Nota crítica

BADOSA COLL, Ferrán: «La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil». Un volumen de XIV más 1.042 páginas. En la serie «*Studia Albornotiana*», dirigida por Evelio Verdera y Tuells. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987.

Tuve en mis manos parte de esta obra, en pruebas de imprenta, hace —creo— ocho o diez años: las que me comunicó amablemente el autor abarcaban acaso el primer tercio de ella, sin las notas. Las empleé para algún libro mío y, años más tarde —con permiso del autor, por supuesto—, las comuniqué a mi discípulo Jesús Delgado Echeverría con análoga finalidad. Sirva esto de testimonio de dos hechos, a saber, ya del largo período de elaboración de la obra, ya de la generosidad del autor, a quien doy ahora públicamente las gracias por ese nada frecuente ejemplo de desprendimiento. También por la confianza que depositó en una persona, como yo, con quien no le vinculaban otros lazos que los nacidos del mutuo respeto y aprecio de la respectiva labor científica, y nuestra común creencia en la perduración y valor actual de las obras del *ius commune*.

El autor

Al doctor Badosa le vi por primera vez en el momento de opositar él a la cátedra, en aquellos tiempos en los que los seis ejercicios garantizaban un más perfecto conocimiento de la capacidad de cada opositor y permitían resolver en justicia. Evidentemente, no siempre se hacía uso de tal oportunidad, pero aquellos ejercicios representaban una barrera infranqueable para los casos más claros de falta de capacidad —de capacidad para resistir en pie tantos ejercicios—, y asimismo un límite para aquellos miembros del Tribunal que tuvieran conciencia, que también los había. El doctor Badosa realizó unos ejercicios inusualmente buenos, tanto por la forma como por el contenido y la calidad intelectual, en un estilo aparte y con un discurso, a la vez, muy personal y lejanamente clásico, obteniendo, sin la menor discusión, el número uno y la cátedra de Barcelona, donde había estudiado y en donde enseñaba como profesor adjunto. Allí sigue, ya patriarca en años todavía jóvenes, enseñando con un estilo y unos métodos peculiares que se reflejan de muy diversos modos en sus distintos discípulos.

Un estilo y unos métodos creados por él, y en modo alguno recibidos. Discípulo, a su vez, en la licenciatura, del doctor Albaladejo; participe del colectivo que éste capitanea, es difícil encontrar entre uno y otro semejanza alguna, ni

en las fuentes, ni en los temas, ni en la expresión oral y el estilo literario, ni en la actitud intelectual, ni en el aprecio por (y la utilización de) los materiales históricos (los clásicos, tan caros a Badosa, están prácticamente ausentes de los libros de su antiguo profesor); ni en el modo de discuir o argumentar... La obra de uno y otro constituyen mundos distintos. Curioso fenómeno éste de un profesor, sin duda posible, valioso y sugerente, partiendo a un alumno cuya obra viene a ser, en gramática y estilo, en ideas y conceptos, en modo y método, en materiales y lenguas, la contrachapa de la suya: el *oppositum per diametrum*.

Ignoro la ascendencia intelectual de Ferrán Badosa, a quien supongo, en buena medida, autodidacta. Lo que sobre él permite conocer su obra es una inteligencia excepcional y peculiarísima, una imaginación superior y capaz de descubrir, formular, elaborar y sistematizar a partir de datos que no han merecido la consideración de los otros; una notabilísima capacidad para la abstracción, el análisis y la disección de los materiales, y una vocación para la síntesis y la «construcción jurídica» del Derecho, entendida ésta, no como producción de meros conceptos —los de Badosa son fundamentalmente ancilares—, sino como elaboración de conjuntos normativos coherentes, contruidos *ex novo* (comenzando por la terminología) para llegar a la formulación de la regla.

A esto se viene a añadir, en medida creciente conforme pasan los años, la aportación operante de la Historia viva: del Derecho común, que en sus primeras obras (pienso, por ejemplo, en la voz «Justo título» en la *Enciclopedia Jurídica de Seix*), está ausente. Tengo para mí que el Badosa actual es el producto de una evolución en la cual, al par que se concreta y positiviza el discurso teórico, se extiende y amplía el histórico, lo cual es un modo adicional de descender a la realidad: de tomar contacto con una nueva dimensión de ella a través del pasado, y por tanto con un aterrizaje menos violento.

Señalo en el autor su perfecto bilingüismo: siendo catalán de nacimiento y familia y empleando su idioma en la conversación ordinaria, escribe un castellano no sólo correcto, sino de buena calidad literaria, como ocurre habitualmente con quienes manejan los textos latinos. Esto es algo que en otros tiempos era común a los civilistas y es consolador que hoy, en medio de tanto estilo agarbanzado, reciba la lengua castellana de los juristas, y por obra de un catalán, este refuerzo estimable.

El autor es, también, un maestro: punto de referencia y centro de influencia de un núcleo de civilistas catalanes y mallorquines a los que inspira su preferencia por el Derecho común y por la consideración de *quaestiones disputatae*. Varios han llegado ya, con plenos méritos, a la cátedra, pero el estilo personalísimo de Ferrán Badosa es intransferible, y sólo hay un catedrático catalán, Pablo Salvador Coderch, el más logrado de sus discípulos, y con propia y muy marcada personalidad, que lo recuerde.

La obra

Acercas de esta *clasicidad* de la obra (y en la obra) de Badosa, conviene hacer algunas precisiones. El autor elabora sus tesis paralelamente a los textos clásicos (o de los predecesores de la Codificación francesa: Domat y Pothier, ante todo, pero no solos); las confirma o compara con los exégetas franceses o —a veces—

García Goyena y sus contemporáneos españoles; pero el nervio de sus afirmaciones y el sistema que él constituye es personal y original. La alegación del Derecho común no es un contrapunto, ni menos música ambiental u ornamento erudito, sino fuente viva y operante que trata como si estuviera vigente; una cantera de la que obtiene resultados válidos u originales, desvelando al lector al mismo tiempo nuevas lecturas de los propios textos medievales y modernos.

El estudio del Derecho común lo realiza el autor, principalmente, en extensas notas a pie de página, en las cuales deja noticia abundante del pensamiento de la doctrina medieval y culta sobre el respectivo tema, cita y transcribe pasajes de los autores; sistematiza sus doctrinas y presenta sus afinidades y oposiciones, componiendo tales notas una buena obra histórica y dogmática sobre la culpa y el caso sin paralelo en el contexto europeo.

Muestra la obra, por lo demás, un *iter* uniforme en sus nueve capítulos, que desde las doctrinas del Derecho común, a través de los precedentes franceses de la codificación y de los trabajos de ésta, llega al proyecto de 1851 y al Código civil, sin desviaciones ni concesiones, utilizando para la explicación de este último todos los materiales antecedentes. La pandectística alemana sólo muy ocasionalmente y *per accidens* aparece aquí y allá, y lo mismo la doctrina del BGB. Tampoco obtiene mayor fortuna la doctrina italiana sobre el Código de 1865, mientras que los exégetas franceses del siglo XIX se citan como coronamiento de la Codificación, y lo mismo algunos españoles. La cita de estos últimos se prolonga a los más recientes, si bien he de confesar que ninguno de ellos aporta nada considerable a la construcción originalísima del autor, a la que todos somos ajenos. Dígase lo mismo de nuestra jurisprudencia, hasta el punto de que no se cita una sola sentencia del Tribunal Supremo en las mil páginas de la obra. La única doctrina moderna que desempeña alguna función en ella es la de los autores italianos, Mengoni en particular, que revisan hoy la doctrina de la culpa como fundamento de la vinculación del contratante que incumple.

Queda clara, con lo que llevo dicho, la doble orientación historicista de la obra. El autor, de una parte, hace en ella historia: historia auténtica, escrita por primera vez sobre textos que sólo él ha reunido, contrapuesto, analizado y valorado. Lo cual representa ya una prestación rara y excelente. Pero, de otra parte, el autor se sirve de la historia que ha averiguado él mismo (y que antes de él no existía en cuanto tal averiguación) para entender, interpretar y explicar el Derecho vigente, y ante todo para construir las personalísimas categorías de que se sirve, y que constituyen a veces una versión depurada y estilizada de las que emplea la doctrina actual, y otras una *nova species* con nombre clásico.

¿Ha resuelto Ferrán Badosa nuestras dudas en materia de cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones con su formidable aportación?

He aquí un interrogante sobremanera simple, que en el caso más bien parecería una simpleza.

Las dudas nacen del conocimiento, que no de la ignorancia. Nunca hallaremos un hombre más seguro de su razón que un insipiente integral, de los que por desconocer todo no saben el alcance de su desconocimiento. Por tanto, una obra que representa un buen paso hacia la solución de ciertos problemas del cumplimiento de las obligaciones; de la diligencia a poner en él y de los accidentes que pueden surgir; una obra que antepone al texto poco expresivo de la ley el contenido de voluntad que fueron depositando en él los siglos anteriores, y que

a partir de ese contenido sugiere nuevas perspectivas e interpretaciones; esta obra, digo, no es lo más proporcionado a resolver problemas, sino a suscitarlos, y más cuanto con mayor inteligencia y agudeza el autor ha penetrado en las posibilidades cuasiinfinitas que ofrece el precepto: dando una solución muy bien razonada; pero quedando al lector la posibilidad de pensar de otro modo.

Lo admirable en la obra de Badosa no son las soluciones últimas que propone, discutibles como todas, sino la aportación masiva de datos; lo ajustado de los análisis, la determinación de los conceptos, las nuevas aperturas y, en general, la constitución de un nuevo y completo sistema relacional donde antes no había —para el Derecho español— más que unos análisis aislados de los diversos planteamientos codiciales, recibidos por tradición o llegados en los furgones de la doctrina francesa. El doctor Badosa ha colmado con sus tesis, sus análisis y sus proposiciones, un terreno en donde faltaba esta planificación de conjunto. Su obra es, por su talante y propósito, de parcelación y urbanización; mas el logro resulta más al estilo de Gaudí que al de Herrera o Le Corbusier.

Podrá discutirse el valor práctico de esta visión universal, y a la vez puramente hispánica, no relacionable ni relacionada con las exposiciones actuales de la doctrina extranjera; y no deja de ser un síntoma la ya señalada falta, en el libro, de cualquier cita de jurisprudencia del Tribunal Supremo. Se trata, en efecto, de un aparato construido por el autor en todas sus piezas, pero —nótese— a partir de unos materiales positivos, de unos preceptos que están ahí, a la disposición de todos, y con los cuales él no «construye» al modo pandectista, extrayendo normas de los conceptos, pero sí deriva conceptos de su inteligencia de los artículos del Código, a los que, puestos en relación entre sí y con sus precedentes les *hace decir* otras verdades mostrando otros significados posibles del texto.

Aun si se tratase de una interpretación sin valor práctico (que, en todo caso, tendrá siempre éstas o aquéllas aplicaciones concretas), pienso que la presente es la más ilustre monografía civilística española que he leído hasta la fecha, tanto por el esfuerzo que revela como por los logros intelectuales que representa.

No es, por supuesto, un libro de fácil y placentera lectura. Más bien constituye un desafío al lector y un azote a la vulgaridad reinante y creciente.

Su sistema y lenguaje son, ciertamente, sencillos, pero de aprehensión difícil: su arquitectura trabada y armónica esconde tal riqueza de ideas y matices que sólo se capta tras repasar, meditar y releer volviendo sobre lo ya visto. La propia terminología obliga al lector a fabricar su diccionario. Un libro que, por contener mucho discurso, hace discurrir.

El programa

Vamos ahora al libro y su contenido. Ante todo, me permito aconsejar a quien intente la aventura fascinante pero costosa de leerlo, que estudie primero el índice, del cual puede deducir unas líneas y unas orientaciones generales que perdería de vista con frecuencia si se sumergiera sin más en el texto y las notas.

El programa y plan de la obra se da a conocer a través de tres párrafos de su introducción, que dicen así:

«El artículo 1.101 del Código civil español describe cuatro fuentes de indemnización de daños y perjuicios, fundadas en la actuación del deudor de una obliga-

ción frente a su acreedor: el dolo y la culpa en el cumplimiento, la mora, y la contravención al tenor de la obligación, que se presentan ordenadas en dos apartados. Uno constituido por las tres primeras, y otro, sólo por la contravención. Característica común a las cuatro es su localización en el período de cumplimiento».

«En cuanto al período previo de la conservación de la cosa cierta debida, los artículos 1.094 y 1.122, 2.ª y 4.ª, entre otros, solamente contemplan la culpa como fuente de indemnización».

... ..

«La existencia en el Código civil de otra culpa obligacional: la del artículo 1.182, dotada de una función totalmente diversa: la subsistencia de la relación mediante la sustitución del objeto debido por su valor (arg. artículo 1.185), hace imprescindible señalar su diferencia conceptual con la de los artículos 1.094 y 1.101».

Distinciones

Distingue aquí el autor, como se ve,

a) Entre un período de *cumplimiento* (artículo 1.101) y uno previo de *conservación* de la cosa debida (artículo 1.094), que no sería de cumplimiento. Lo cual se refleja en la diligencia como actividad jurídicamente exigible, que tiene también esta doble localización. Unas normas la contemplan en una fase previa al cumplimiento, suponiendo el pleno mantenimiento de las posibilidades de cumplir; mientras que «la segunda localización de la diligencia en su efecto eximente de los daños y perjuicios resultantes de una infracción obligacional... se sitúa en pleno período del cumplimiento de la obligación (artículos 1.101 y 1.104)». El autor rechaza una tercera posibilidad de localización de la diligencia en un período previo al nacimiento de la obligación contractual.

b) Distingue entre dolo, culpa y mora, de un lado; y *contravención*, «producida por las otras dos posibles causas de la infracción, la culpa y el dolo», con exclusión del caso. «El verdadero fundamento de la obligación del *id quod interest*, reside en la culpa o el dolo y no en la infracción obligacional, o lo que es lo mismo, que ésta es insuficiente por sí para fundar la responsabilidad del deudor». Causa próxima del daño es la infracción de la obligación, y causas mediatas la culpa y el dolo, que se presentan, así, como «causantes de la mora y la contravención», esta última comprendiendo «la pura y simple abstención..., la infracción positiva y el mal cumplimiento de las obligaciones de hacer». «Distinguimos en el artículo 1.101 dos planos: el de las causas de los daños, constituido por la mora y la contravención, y el de los fundamentos de responsabilidad, que son el dolo y la culpa»; «dos puntos de vista o dos perspectivas de un único fenómeno» (páginas 237 a 252).

c) Se distingue igualmente entre *cosa* y *negocio*; aquélla, entidad individual de existencia independiente respecto de la actividad jurídicamente debida del deudor que integra la obligación como objeto suyo; mientras que el negocio tiene como objeto el «hacer».

El dolo y la culpa se ubican, tratándose de *cosas*, en el período anterior al cumplimiento, mientras que en los *negocios* se localizan en el momento de la

realización de la conducta-prestación: en el supuesto de mal cumplimiento, en tanto que el no cumplimiento absoluto se califica de *mora*.

d) Separa, finalmente, Badosa, de una parte la *perpetuatio obligationis* del artículo 1.182 y, de otra, la culpa de los artículos 1.094 y 1.101. O sea: de una parte la culpa-negligencia, como infracción de un esquema de conducta propuesta por el ordenamiento con carácter exigible (el del artículo 1.101); y, de otra, la culpa como «mera autoría directa e indirecta de la pérdida o deterioro del objeto de la obligación de indemnizar daños y perjuicios... A la culpa-hecho propio» de ambas, se le atribuyen peculiares efectos. A la culpa-negligencia: el nacimiento de la obligación de indemnizar daños y perjuicios... A la culpa-hecho propio» no se le atribuye el efecto de «originar una nueva obligación, sino el de perpetuar o mantener la originaria como si no se hubiera producido la pérdida o deterioro del objeto» (página 661); la subsistencia de la obligación de dar, en caso de pérdida total de la cosa debida, mediante la sustitución de la obligación de entrega de cosa por su valor en dinero. Por eso, mientras en el caso del artículo 1.094 la culpa lata y leve obliga a indemnizar, pero no la levisima, en el del artículo 1.182 la culpa siempre da lugar a la subsistencia de la obligación, que sólo se extingue por el caso fortuito. Aquí no cabe distinguir grados de gravedad, sino que cualquier modalidad de culpa mantiene la obligación del deudor, siendo indiferente si actuó éste dolosamente o de buena fe. Tampoco la incapacidad del deudor es obstáculo para que su hecho sea calificable de culpa a los efectos del artículo 1.182. Y lo mismo cuando el deudor causante de la pérdida de la cosa debida ha actuado ignorando justificadamente su cualidad de tal. Sólo le libera el caso fortuito, acontecimiento cuya existencia o eficacia destructora no pueden ser impedidas por el deudor.

Aparece en esta contraposición la doble eficacia de la culpa. Una, material, retrasando o impidiendo el cumplimiento, lo que resulta de «la falta, en general, de la diligencia técnicamente adecuada». La otra consecuencia, consiste en la nueva obligación de indemnizar daños por parte del deudor, que sólo existe cuando haya infracción de la diligencia *exigible* o culpa *prestable*. Puesto que puede haber una culpa no prestable: la levisima, por ejemplo.

La antítesis dolo-culpa

Contrastan estas distinciones en tema de culpa con la simplicidad del concepto de dolo, en el que la ilicitud «reside exclusivamente en la actitud psicológica del deudor... si requiere la infracción de la diligencia... es únicamente porque en sí mismo no puede ser causa material de los daños a indemnizar o del incumplimiento, porque aquélla no aporta nada a su eficacia jurídica... El requisito de la exigibilidad de la diligencia infringida sólo es preciso para la culpa» (página 695). Mientras que «la culpa... se compone de dos elementos, que hemos tomado de los artículos 1.104 y 1.107.1, respectivamente. Uno, objetivo, consistente en la infracción imputable al deudor de la diligencia jurídicamente exigible en la obligación de que se trate, entendiendo *diligencia* como actividad personal que incumbe al deudor en calidad de *carga*. Otro, subjetivo, que es la *buena fe*, considerada negativamente como ausencia de voluntad de infringir la obligación contraída y que constituye la negación del dolo».

La diligencia como «actividad»; no como «esfuerzo»

Es en Domat donde se observa el cambio de formulación que consiste en plantear positivamente desde el ángulo de la diligencia lo que antes se planteaba negativamente desde el dolo o la culpa. Desde entonces, «al deudor de cosa cierta le incumbe una obligación accesoria de diligencia en la conservación de la cosa que sustituye a la prestabilidad de la culpa o dolo... Se responde de la culpa, ya no como fundamento autónomo de responsabilidad, sino como supuesto de incumplimiento de la obligación de diligencia», la cual pasa a «ser criterio, ya no de la culpa indemnizable, sino del cumplimiento o incumplimiento de una obligación de hacer». La diligencia, a su vez, consiste en «una conducta o comportamiento, único modo de que pueda incorporarse o subsumirse en una actividad».

La preponderancia del modelo no profesional del padre de familia, diligente o diligentísimo en sus asuntos, es decir, configurado como modelo de esfuerzo y no de conducta, determinó una contemplación de la diligencia como *tensión de voluntad*, calificación que combate ya la Glosa, y con ella el autor por cuanto —dice— «una diligencia materialmente (y por tanto, también jurídicamente) eficaz, ya no puede definirse como mero esfuerzo o atención del deudor, sino que debe centrarse (con el fin de comprobar ' si dicha |operatividad| fáctica, se ha producido) en torno a la actividad de la que se predica y, por tanto, definirse objetivamente como conducta». Por lo que, partiendo del concepto del artículo 1.104.1 supera «lo que constituye la razón jurídica fundamental de la diligencia-esfuerzo: el de una diligencia inútil o insuficiente que no ha podido evitar los daños y que, por tanto, desempeña sólo la función de exoneración».

Según explica, la diligencia se halla, en el Código civil, específicamente dirigida al cumplimiento: «ha de ser técnicamente adecuada al cumplimiento como resultado material». «Esta adecuación técnica... es decisiva para configurarla objetivamente como *actividad* o comportamiento del deudor y no como *esfuerzo* y predisposición, porque la adecuación a un resultado material sólo puede predicarse de un comportamiento... la realización del comportamiento manifestará que el deudor ha puesto interés o tensión de voluntad, sin necesidad de mencionarlas expresamente». «Lo infringido es un deber jurídico de conducta y no un deber de esfuerzo. Hasta el punto de que si efectivamente ha existido por parte del deudor esfuerzo o tensión de voluntad hacia el cumplimiento, pero sin que ésta se haya traducido en un comportamiento técnicamente adecuado, por muy intensos que aquellos hayan sido, seguirá existiendo culpa» (página 687).

Los modelos

En el Código civil, dice el autor, «la diligencia aparece como la conducta inspirada o peculiar de un determinado *modelo* de comportamiento», descubriendo él en dicho texto legal estos cuatro:

a) *El modelo del padre de familia* (artículo 1.104-2). Es el modelo de la persona no cualificada profesionalmente en la actividad de que se trata; persona que, a diferencia del artifice, «tiene justa causa para ignorar cualquier conocimiento que sea inherente a una determinada profesión».

Es un concepto valorativo, es decir, quedando fuera de él las conductas que no alcancen un determinado nivel de exigencia: comprende la diligencia media y máxima. El autor lo define «como el modo de realizar una determinada conducta (denominada *diligencia*) identificada previamente por su idoneidad técnica (integradora o promotora) respecto de una actividad jurídicamente calificada (conservación, cumplimiento o gestión debidos; comportamiento dañoso pero lícito), modo de realización caracterizado por la no profesionalidad y la perfección» (página 88).

Pero que el modelo integrador de la diligencia-conducta sea abstracto «comporta una ulterior exigencia: hallar el criterio que nos señalará en cada supuesto cuál es el grado de diligencia aplicable», que para el Derecho común está «en función del beneficio que proporciona a acreedor y deudor la figura contractual de la cual nace la obligación de que se trata»: es el criterio de la *utilitas contractum*, sobre el cual operan en especiales circunstancias criterios específicos que agravan o suavizan el grado de diligencia requerido.

b) *La pericia*. El segundo de los modelos abstractos es *el artífice*: el modelo de conducta representado por las reglas o técnicas específicas de un oficio o arte determinado: esquema de conducta a integrar por quien posee determinados conocimientos, y graduable igual que el modelo no profesional. La imposición de este modelo se ha de producir precisamente en el ámbito de la asunción de la obligación, siendo suficiente la voluntad del sujeto que la asume, sin que se requiera que efectivamente sea un experto en la actividad de que se trate, ni que sea el deudor personalmente quien tenga que cumplir.

c) *El modelo «quam suis»*. Frente a los anteriores modelos, que designan un grado determinado de diligencia, el *quam suis* consiste en el comportamiento del propio deudor respecto de sus asuntos e intereses: «la consecución de un interés ajeno se somete al mismo rasero que la consecución de los propios, elevando a regla jurídica lo que es puro comportamiento habitual y discrecional». Punto de referencia es el tipo habitual o medio de comportamiento del deudor respecto del cúmulo indeterminado y heterogéneo de «sus propios asuntos».

Mas en el modo de conducirse una persona respecto de sus intereses hay una nota de discrecionalidad (la posibilidad de variar en cualquier momento tal comportamiento). «Congelar la diligencia es un momento anterior al de la prestación debida, supondría afirmar que el modelo de conducta a utilizar sería un modo histórico de comportamiento del sujeto, pero no el verdadero comportamiento». En conclusión, «la libertad de un sujeto para configurar su conducta ha de prevalecer sobre la vinculación inherente a su cualidad de deudor». La variabilidad del modelo concreto tiene, con todo, «como tope la culpa lata» con «la finalidad de impedir que actúe como modelo de conducta la falta de diligencia».

d) *El modelo del artículo 1.404.1*. El último de los posibles modelos integradores de la diligencia como esquema de conducta es el constituido por la serie de datos que ofrece la propia obligación que se pretende regular: el descrito en el párrafo 1.º del artículo 1.104, procedente del movimiento codificador europeo pero que se materializó al otro lado del Océano, en el artículo 512 del Código civil argentino de 1869, del cual lo toma el nuestro.

Es un modelo de configuración esencialmente judicial, que tiene en cuenta el contenido jurídico del deber asumido por el deudor. El juez debe ocuparse de definir la conducta que resulta de considerar una serie de elementos obligacio-

nales concretos con independencia de todo modelo abstracto. Obsérvese que en este caso no se trata de un modelo de conducta en sí mismo (como lo es el del padre de familia), sino de un conjunto de datos a través de los cuales el juez deducirá el modelo de conducta adecuado al caso concreto.

Las funciones de la diligencia

En tema de diligencia el autor distingue entre una función *integradora* y otra función *promotora* o instrumental. Es preciso explicar esta terminología, introducida por él.

En unos casos la diligencia —dice— «se presenta integrando o formando parte de la actividad que constituye su objeto. Actividad que, a su vez, o bien puede ser calificada de jurídicamente debida, constituyendo el objeto de una obligación de hacer (prestación) (artículos 497, 1.094, 1.719.2.º, etc.)..., o bien puede ser calificada jurídicamente de legítima» (el caso del arrendatario en el uso de la cosa arrendada). Es la «función integradora». En otros casos (artículos 1.000 y 1.104 del Código civil), por el contrario, la diligencia, «lejos de formar parte de la actividad jurídicamente calificada, permanece extraña a ella, limitándose a promover materialmente su existencia»: opera en «función promotora».

La función integradora identifica el contenido de la actividad. No cabría, en relación con él, admitir la plena discrecionalidad del sujeto agente: la calificación jurídica de una conducta tiene un cierto contenido del que el agente no puede apartarse.

Destaca el autor el valor que tiene la diligencia para la identificación de la prestación: «siempre que en el seno de una relación obligatoria se enuncie una actividad caracterizada como tal y se la califique jurídicamente de lícita o debida, esta calificación postula, aunque no se mencione explícitamente, su concreción en base a la diligencia». «El ordenamiento no entiende realizada la actividad, si no es con la diligencia exigida, y sólo así le atribuye los efectos jurídicos asignados a su puesta en práctica» (cumplimiento de la obligación, etc.).

En cuanto a la función promotora de la diligencia, es extrínseca a la actividad debida: es meramente instrumental. «A diferencia de la diligencia integradora no se caracteriza por su actitud de incorporación a la actividad, sino por su eficacia causal». Es la diligencia en el cumplimiento a que se refiere el artículo 1.104, donde lo debido es sólo el *cumplimiento*.

La función promotora únicamente tiene lugar cuando la actividad es calificada de deber-prestación. Es el caso de la obligación de dar: la actividad del deudor o su conducta es puramente instrumental respecto del resultado perseguido: está dirigida a producirlo. «Toda conducta del deudor anterior a la tradición queda fuera del cumplimiento, no forma parte de la prestación debida. Es la pura diligencia en función de promoción del cumplimiento. Este lo será únicamente el acto que engendra el efecto posesorio y en la medida que lo engendra».

El autor distingue, asimismo, de una parte la legitimidad y el deber-carga y, de otra, el deber-prestación. Los primeros no contemplan la efectiva realización de la actividad, sino el cómo y contenido de la misma caso de realizarse. En cambio, cuando la calificación jurídica es de deber-prestación, se halla presente la necesidad jurídica de realización manifestada en el instituto de la ejecución forzosa.

Otra lectura más

Contiene el libro, al hilo del examen de los temas principales, estudios concretos, a veces muy extensos, sobre los más variados institutos en relación con la culpa y la diligencia. El contrato de obra, en el aspecto de «la obligación de hacer una obra» (páginas 190 a 213) o de la pericia como contenido de la prestación, o los auxiliares, etc.; la posesión; el estudio del criterio de atribución de gastos, reparaciones y daños (páginas 424 y siguientes); las frecuentes alusiones, extensas, a la tutela; la anticresis (sobre todo, la relación de compensación e imputación entre frutos y deuda); puntos concretos del arrendamiento de cosas (entre ellos, el no uso de la cosa arrendada, tácita reconducción, rescisión y resolución del contrato, desahucio); el depósito, el hospedaje, el mandato (límites, naturaleza, mandante y mandatario, sustitución de éste); la gestión oficiosa, cuyo tratamiento aparece en tantos lugares; la prenda, el usufructo (gastos, reparaciones, conservación, uso de la cosa); el cobro de lo indebido, etc.; con ideas que no podrán dejar de ser tenidas en cuenta en lo sucesivo en el tratamiento de cada uno de estos tipos.

Para localizar los respectivos lugares sirve un índice de conceptos muy completo que lleva la obra, junto al de autores, de nombres y de artículos del Código civil.

Final

Son éstas algunas de las líneas fundamentalmente de una obra no fácilmente inteligible. Hay que releer, pensar y repensar en muchos casos, para aprehender la idea del autor. Este tiene su propia terminología, y sus propios conceptos, y con ellos trabaja y habrá de trabajar el lector. Es casi una obra escrita en clave, lo cual resulta tanto más duro en relación a un ordenamiento en el que, como dice otro autor actual, Francisco Jordano Fraga, en una obra perfectamente canónica e inteligible para el que no iniciado, «La responsabilidad contractual» (Madrid 1987) «el peso de las elaboraciones tradicionales ... ha sido hasta tiempos muy recientes definitivo, y en ellas se mueve todavía la mayoría de la doctrina». La obra que comento constituye una excepción en ese panorama que, con razón, diseña Jordano Fraga, señalando seguidamente la postura acrítica con que contemplamos los autores el tratamiento recibido —y, en verdad, un tanto obsoleto— de la culpa contractual.

El libro que comento es la manifestación de un inconformista que manifiesta su oposición de un modo positivo: planteando un tratamiento diferente de la materia, *ab imis fundamentis*.

Esta recensión no ha pretendido dar una idea de tal tratamiento, cosa imposible en los límites de una nota bibliográfica por mucho que se amplíen. El libro de Badosa es irresumible, y la manera de expresar el autor sus ideas, más bien concisa. Me he limitado a un muestreo de las líneas de pensamiento dominantes y de algunos conceptos-clave.

Era usual en cierta suerte de recensiones jurídicas acabar diciendo que «el libro no puede faltar en la biblioteca de ningún abogado». Pese a mi amistad

con el autor, no tengo arrestos para enunciar una tal proposición, a todas luces inexacta. El «modelo» del abogado no nos sirve. Para aproximarnos al posible público hemos de recurrir al «modelo» del jurista, del jurisconsulto, del estudio-so. A estos sí que les será gratificante la lectura de esta obra maestra.

JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO

Libros

ANTUNES VARELA: «Direito da familia», Livraria Petrony, Lisboa 1987, 515 páginas.

Antunes Varela, por derecho propio, pertenece al grupo de los grandes maestros del Derecho civil en el país vecino, no sólo como antiguo Catedrático en la Facultad de Coimbra, sino por haber sido el Ministro de Justicia que impulsó decisivamente la elaboración del vigente Código civil de 1966. Los Comentarios a este último que, en unión con Pires de Lima, publicó en varios volúmenes y sucesivas ediciones, en no pocas cuestiones reflejan la *mens legislatoris*. Si los avatares políticos le obligaron al abandono de su cátedra, e, incluso, al exilio pasajero, pronto pudo retornar y ahora enseña en la Universidad Católica de Lisboa. Precisamente, las lecciones impartidas en esta última constituyeron el núcleo de la primera edición de este Manual, que ahora se vuelve a editar ampliado y reestructurado, comprendiendo las últimas reformas legislativas.

El libro se articula en dos grandes capítulos que presentan algunas novedades reseñables. El primero, de carácter introductorio, se dedica a exponer las nociones generales, y no está exento de algunas innovaciones sistemáticas; así, al exponer las fuentes de las relaciones jurídicas familiares trata del parentesco, afinidad y adopción (ésta con gran extensión); especial relevancia se otorga al Derecho constitucional de la familia. El segundo capítulo expone el Derecho matrimonial distribuido en dos partes, la primera dedicada al vínculo matrimonial, y la segunda a la relación surgida del mismo o estado de casado; esta última se articula en tres secciones que tratan, respectivamente, de los derechos y deberes de los cónyuges de carácter personal, de los derechos y deberes patrimoniales (con exposición pormenorizada del sistema económico matrimonial), y la extinción y modificación de la relación matrimonial (con amplio tratamiento del divorcio, y más breve de la separación).

Sabido es que el sistema matrimonial portugués ha sufrido vicisitudes no muy diferentes del español. En el Código civil de 1867 vino a establecerse un sistema de matrimonio civil facultativo, que pasó a ser obligatorio con el Decreto de 1910; después del Concordato de 1940 se vuelve al sistema facultativo con divorcio para el matrimonio civil, que viene a recogerse en el Código civil de 1966. Sin embargo, dado que la Constitución de 1976 es posterior al Protocolo Adicional con la Santa Sede (firmado el 15 de febrero de 1975), han surgido discrepancias a la hora de determinar el sistema introducido por la reforma del Código civil de 1977. El autor considera que es el sistema anterior sin más modificaciones que la posibilidad de divorcio para el matrimonio canónico.

Antunes Varela mantiene su fidelidad a las doctrinas europeas (alemana e italiana especialmente) sin olvidar la española, que sigue de cerca. Nos presenta aquí un excelente Manual universitario, que ofrece útil información al comparatista.

GABRIEL GARCÍA CANTERO
Catedrático de Derecho civil

GABRIELLI, Enrico: «La consegna di cosa diversa». L'«aliud pro alio» nei singoli negozi giuridici: profili ricostruttivi, tendenze giurisprudenziali e tecniche interpretative», Biblioteca di diritto Privato ordinata da Pietro Rescigno, Jovene Editore Napoli, 1987, 207 páginas.

En este trabajo, el autor aborda el problema, sobre el que existe una gran incertidumbre en la jurisprudencia de todos los países del Derecho Común, de la distinción entre la hipótesis de cosa diversa o «aliud pro alio», de un lado y los vicios y defectos de calidad, de otro, problema que tiene su origen en la tendencia, evidentemente equitativa, de ampliar, en favor del adquirente, la hipótesis de cosa diversa. Gabrielli, combinando la casuística jurisprudencial y la disciplina del «Codice», pretende en este estudio no añadir un nuevo criterio de distinción, sino señalar, desde otro punto de vista, cuáles son los perfiles e índices calificadores del «aliud pro alio», que aclaren el oscuro panorama existente.

En el primer capítulo, el autor examina con particular referencia a cada uno de los negocios en los que se plantea el problema, los criterios de distinción del supuesto de «aliud pro alio» que hasta ahora viene utilizando la jurisprudencia, para constatar la fragilidad e incoherencia de los mismos. En relación a la compraventa, en cuyo examen se detiene más ampliamente, partiendo de afirmar la necesidad de una reforma legislativa del tema de los vicios o defectos, examina Gabrielli el criterio diferenciador del género al que debía pertenecer la cosa objeto de la venta, que a su juicio resulta insatisfactorio y peligroso, porque está muy ligado a la lógica de las clasificaciones y porque no permite atender a los intereses deducidos en relación; en cuanto al criterio funcional, lo rechaza por demasiado elástico y frágil para trazar la distinción; y, por último, en cuanto al de la identidad, se revela igualmente inadecuado, según Gabrielli, porque está sujeto continuamente a previsiones, correcciones y adaptaciones que le hacen perder certeza y uniformidad aplicativa. Termina esta referencia a la compraventa, examinando supuestos concretos de ventas (edificios, obras de artes, títulos y automóviles) con relación al tema del «aliud pro alio», reveladores, de un lado, del proceso de erosión del sistema de las garantías legales por los vicios de la cosa y de las dificultades que la jurisprudencia encuentra para superar y eludir por razones de justicia la disciplina legal. El capítulo primero continúa después examinando otros negocios jurídicos, que, al igual que la venta, presentan los mismos problemas. Así estudia el contrato de obra («appalto»), en el que igualmente se aprecia jurisprudencialmente la propensión a encuadrar la materia de los vicios y defectos de la obra en la disciplina general del incumplimiento. Termina el capítulo refiriéndose a otros negocios en los que el tema se plantea, como son los contratos de informática, el «leasing», la donación, el legado

y los contratos reales. Concluye Gabrielli afirmando que, vista la incertidumbre de los criterios de distinción que utilizan la jurisprudencia y la doctrina, y partiendo de la idea de que la entrega de cosa diversa es una falta de realización del programa negocial, la calificación del «aliud pro alio» se ha de hacer desde una perspectiva dinámica, en el sentido de que la disciplina legal debe aplicarse teniendo en cuenta el momento de actuación de las reglas mismas en atención al resultado que el negocio tiende a producir. Así, el intérprete no debe investigar sobre el plano de la individualidad, identidad y funcionalidad de la cosa entregada, sino en un más amplio contexto, donde los índices de valoración de la diversidad de la cosa tengan en cuenta los múltiples factores de calificación del supuesto y, sobre todo, la variabilidad y atipicidad del supuesto de hecho que la experiencia concreta pueda perfilar. Hay por tanto que examinar las relaciones entre contenido y objeto de negocio, para así precisar dónde debe el intérprete colocar la indagación.

El capítulo segundo se ocupa de estudiar, teniendo en cuenta el camino marcado en el anterior, el objeto y el contenido del negocio. Previamente, Gabrielli realiza un meritorio recorrido por la doctrina contemporánea en materia de objeto del negocio. Se detiene luego en estudiar la «descripción» del objeto del negocio, entendiendo por tal el proceso de representación programática de la cosa, descrita en su plena identidad y delimitada respecto a los ulteriores elementos y datos del mundo fenoménico. Preciado el acto de autonomía privada, surge el de la eficacia, que es la respuesta que el ordenamiento brinda al acto. En la relación dialéctica entre norma y efectos se coloca el objeto, que indica la materia sobre la que el negocio incide, los términos externos de la realidad jurídica sobre los que va a incidir el efecto. El autor, refiriéndose al acto de ejecución del negocio, objeto individualizado, dice que a ello no puede atenderse para valorar el «aliud pro alio», sino a la descripción negocial. Debe retrocerse de la ejecución, al programa. La enunciación programática prevalece sobre el acto de individualización, es decir, el objeto del negocio prevalece sobre el objeto de la relación. En consecuencia el programa de la singular operación no puede ceder a los arquetipos generales y abstractos del género o la función, que usa la jurisprudencia. En definitiva, Gabrielli propugna una revalorización de lo que él llama la programación de la singular operación económica predispuesta por las partes, lo cual comporta la fundamental identidad que debe existir entre el bien descrito en el programa y el bien existente materialmente en la situación final del negocio. El contraste entre uno y otro, termina el autor, debe ser siempre afrontado en base a la interpretación del programa.

El capítulo tercero y último estudia los índices a seguir para la calificación del «aliud pro alio». Siempre en el ámbito de un análisis reconducido a la interpretación negocial, se trata de determinar, según Gabrielli, si la cosa entregada resulta idónea para realizar en modo completo y conforme la función negocial concreta prevista por las partes. Ocurre, pues, distinguir, continúa Gabrielli, entre negocios que, a causa de la entrega de la «res», no realizan la función programada y negocios que realizan una función diversa. El primer caso es sin duda una hipótesis de «aliud pro alio». En el segundo, en cambio, es necesario determinar si a causa de la diversa utilización o destino de la cosa entregada, se destruye la economía del negocio o bien si ésta se modifica solamente, en el sentido de no rendir del todo irrealizados los intereses previstos por los contratantes. La

primera hipótesis se trata también de una entrega de cosa diversa. En la segunda hipótesis la función concreta se realiza, si bien en distinta medida, en su consistencia cuantitativa y/o cualitativa. La cuestión está entonces en controlar la función concreta y para ello hay que aislar los criterios para determinar los casos de entrega de cosa diversa, siempre en función de la interpretación del reglamento negocial y de la economía del negocio. Cifándonos al más paradigmático ejemplo, la compraventa, el problema, dice el autor, consiste esencialmente en determinar, a la luz de la economía del negocio y de las razones del intercambio, por un lado, las posibilidades de uso de la cosa que los contratantes hayan proyectado y, por otro, cuales de entre esas posibilidades puede realizar la cosa entregada. Así, si determinadas posibilidades de uso del bien constituyen materia de intereses comprendidos en la razón justificadora del intercambio, su falta en la «res tradita», legitimaría la aplicación de la disciplina del «aliud pro alio», antes que la de los vicios o la de la falta de calidad. Idéntico discurso sirve, según Gabrielli, para todas las demás hipótesis del «aliud pro alio» en otros negocios jurídicos. El autor termina el capítulo, reseñando diversos criterios o índices de calificación de la prestación diversa, como son la confrontación del precio pactado y el precio de mercado, el costo de la reparación o modificación del uso o del destino de la cosa, el de las cualidades de la cosa y, en fin, la apreciación de las condiciones de los contratantes (fabricante, empresario o un normal adquirente).

ANTONIO ORTÍ VALLEJO

LLEDO YAGÜE, Francisco: «Fecundación artificial y Derecho», Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1988, 213 páginas.

Una de las novedades bibliográficas más interesantes del presente año es, sin lugar a dudas, este apasionante trabajo del Profesor Lledó Yagüe, Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Deusto.

El autor, un auténtico especialista en Derecho de Familia, presenta en este libro los diversos problemas jurídicos que pueden plantearse con la utilización de las nuevas técnicas de procreación artificial humana, así como los criterios que deben guiar al legislador ante la futura regulación de la materia.

Estas nuevas técnicas, como dice Díez del Corral, constituyen un problema social de la máxima actualidad, con implicaciones de todo orden en los campos religioso, ético, biológico, médico, sociológico, jurídico, etc. Quizá sea esta la materia del Derecho civil donde mayor conflictividad puede existir con los principios morales de la sociedad. Es de lamentar que nuestro legislador, al reformar el Código civil en materia de filiación en 1981, no hubiese contemplado algunas cuestiones relacionadas con la inseminación artificial y la fecundación «in vitro», cuando ya en aquellas fechas era un problema jurídico a resolver, y que iba a adquirir una extraordinaria dimensión en los próximos años, como así ha ocurrido.

Nuestro legislador, al llevar a cabo la regulación de las nuevas técnicas de procreación artificial humana, debe previamente realizar una valoración de las mismas. Y en esta valoración tendrán especial importancia los principios éticos y morales que imperan en la sociedad actual. No hay que olvidar que el Derecho

actúa en el campo de lo deontológico, y no en el de lo ontológico. Sería una triste realidad que el legislador admitiese todos los supuestos que pueden plantearse en la realidad por el simple hecho de que puedan existir. Como dice el autor recogiendo un viejo aforismo, «es factio non oritus ius» (el Derecho no nace del hecho). No cabe duda que las nuevas técnicas contienen aspectos positivos (como el solucionar el problema de las parejas estériles), pero también negativos (como la manipulación de embriones sobrantes y no viables) y precisamente corresponde al legislador, de conformidad con los principios éticos y morales que imperan en la sociedad actual, no admitir todas aquéllas prácticas que vayan contra los mismos.

Los problemas que pueden plantear las nuevas técnicas, ante la falta de una regulación específica, pueden ser muy graves.

Uno de los principios básicos que imperan en materia de filiación en nuestro Código civil tras la reforma de 1981 —y quizá el más importante—, es el de la «verdad biológica» («pater is quem sanguis demonstrat»). ¿En qué medida va a afectar tal principio en materia de inseminación artificial y fecundación «in vitro»? En el caso de inseminación artificial homóloga o fecundación «in vitro» con gametos de la propia pareja, estando casada, no existirá problema alguno, ya que serán padres tanto formalmente como biológicamente. Como dice Lacruz, se va a conseguir lo que hasta ahora era imposible: la certeza matemática notarial fehaciente de la paternidad. En estos casos, tanto la maternidad como la paternidad siempre serán ciertas. Pero la cosa se complica cuando media una donación de semen o de óvulos (y mucho más en el llamado «alquiler de útero»). En tales supuestos, y bajo la óptica de la legalidad actual, al no coincidir la paternidad formal y la biológica, se corre el peligro de que el «donante» pueda atentar gravemente la propia estabilidad familiar, mediante el ejercicio de la oportuna acción de impugnación (la única protección que tendrá la familia es que el donante carezca de legitimación activa para ejercitar dicha acción).

Para evitar problemas como el planteado, la doctrina se suele mostrar partidaria de que en esta materia prevalezca la verdad formal sobre la verdad biológica, con lo que se llega a la curiosa paradoja de que el principio rector en éste caso ha de ser, no el «pater is quem sanguis demonstrat», sino el tradicional «pater is quem nuptias demonstrat», que guió al legislador del siglo pasado, y que estuvo vigente hasta la reforma de 1981, siendo objeto de duras críticas.

Son múltiples las preguntas que pueden hacerse en el caso de fecundación artificial: ¿quiénes deben ser los destinatarios de las nuevas técnicas de procreación humana? ¿Sólo los matrimonios o también las parejas no casadas? ¿Se puede aplicar a la mujer sola o al hombre solo (únicamente, en tal caso, claro está, mediante el llamado alquiler de útero)? En relación con esto último, ¿es admisible el alquiler de útero? ¿Qué se debe hacer con los embriones sobrantes? ¿Se deben congelar o eliminar? ¿Debe permitirse su manipulación? ¿Existe realmente un «derecho de propiedad» sobre el embrión? Si el donante de gametos (semen/óvulos) estuviese casado, podría ser su conducta motivo de separación al cometer una especie de «adulterio clínico»?

Todas estas preguntas, y otras muchas, tienen cumplida respuesta en este apasionante libro. Del estudio del libro se infiere que los pilares básicos de una correcta regulación de la materia han de ser los siguientes: respeto a la dignidad humana (esencialmente respecto al hijo), protección del nuevo ser que viene al

mundo, el anonimato del donante, la prevalencia de la verdad formal sobre la biológica, la prohibición absoluta de que la persona o sus componentes sean objeto de relaciones jurídicas, y, por último, que las nuevas técnicas han de tener un fin terapéutico, para corregir la esterilidad de algún miembro de la pareja o para evitar transmitir al hijo alguna enfermedad congénita o hereditaria.

El autor considera que estas nuevas técnicas sólo deben ser aplicadas a parejas casadas, a parejas unidas en matrimonio; el ambiente adecuado para el desarrollo de la personalidad del hijo es el que proporcionará la pareja completa (padre y madre) y estable constituida legalmente en matrimonio. En consecuencia, sería aconsejable no permitir que acudiesen a tales procedimientos las parejas no casadas entre sí, ni muchos menos, la mujer sola o el hombre solo.

Por otra parte, debe existir una prohibición absoluta en cuanto a la llamada «maternidad subrogada». Como dice Lledó Yagüe, «los servicios de incubación en útero ajeno constituyen, de "iure conditio", un servicio que contraviene las leyes, la moral o las buenas costumbres (artículo 1.271.3 del Código civil) y, por tanto, no pueden ser objeto de ningún contrato por ser ilícito, como igualmente ocurriría con la causa (artículo 1.275 del Código civil)». Este tipo de contratos han de ser considerados como ilícitos, debido a la indignidad de su contenido, al pretender considerar a la persona en objeto del contrato, como si fuese algo material y patrimonializable. Supone, en definitiva, una humillante instrumentalización del propio cuerpo, con una evidente finalidad lucrativa, que el Derecho no debe permitir.

Y, por último, concluye el autor su trabajo con el problemático tema de la reproducción humana asistida «post mortem», con los problemas sucesorios que plantea, tema que fue objeto de gran difusión en la prensa de años pasados.

En definitiva, se trata de una obra de gran valor doctrinal, en la que se estudian todos los supuestos de hecho punibles, y que sería deseable que el legislador tuviese en cuenta en la elaboración de la futura regulación de la materia.

JUAN A. POZO VILCHES

MALAURIE, Philippe: «La Famille», Editions Cujas, París 1987, 507 páginas.

Es de destacar la fecundidad de la civilística francesa, pues al lado de los Manuales de Derecho de Familia que pueden considerarse «clásicos» (Marty-Raynaud, Carbonnier, Mazeaud-De Juglart), creadores de escuelas por diversas razones, están apareciendo en estos últimos años excelentes obras, con finalidad principal de docencia universitaria, lo que implica sumisión a programas preestablecidos. A este último grupo pertenece el que aquí se recensiona, incluido en el *Cours de Droit civil* debido a los Profesores Malaurie (París) y Aynés (Tours).

Ante todo, y pese a la finalidad indicada, llama la atención la rica información que aflora a lo largo de toda la obra, y que resplandece en las notas a pie de página, no sólo de doctrina jurídica (especialmente anglosajona), sino también filosófica, sociológica con datos estadísticos útiles y oportunos, incluso de textos literarios y periodísticos, sin olvidar la doctrina canonista, anterior y posterior al nuevo *Codex Iuris Canonici*; mención especial merece la jurisprudencia, de la que se inserta al final un cuidado índice de sentencias.

El resultado final ha sido un incisivo y, de algún modo, sorprendente Manual de Derecho de Familia, que viene a ser «otro» Derecho de Familia. Es cierto que, en general, no caben exposiciones «neutras», pues, pronto o tarde, el autor se verá obligado a «definirse» ante los graves problemas sociales que aquí entran en juego; pero en el presente caso puede decirse que esta toma de postura por parte de Malaurie es constante con opiniones que, ora susciten adhesión, ora discrepancia, siempre interesan al lector. Adviértase que no se trata de posturas que, por simplificar, denominará confesionales, sino más bien teleológicas, o de la *ratio* de las instituciones. Ello se anuncia ya en el breve *Avant propos*: «Le droit de la famille ne doit pas seulement s'adapter aux moeurs, il doit permettre à une nation de survivre; s'il n'y parvient pas, il est mauvais». Este *leit motiv* se reitera a lo largo de toda la obra: «Il est nécessaire que le droit de la famille retrouve sa raison d'être, la vie» (página 9). Como colofón del apartado dedicado a la unión libre, escribe: «La loi demeure irremplaçable: reflète des moeurs, elle en est aussi le modèle. La loi dans la vie familiale a une fonction directrice et exemplaire, un effet amplificateur et modérateur. Le mariage est difficilement remplaçable et ne relève pas d'une orthodoxie périmée. La loi a pris des risques mortels en diminuant sa valeur, et en facilitant sa déstabilisation» (página 137).

La estructura general de la obra es la siguiente: Comienza con unas características generales del Derecho de Familia, sigue un primer título dedicado a la pareja (en el que se trata del matrimonio, de la unión libre y de la ruptura y relajación del vínculo conyugal); el segundo título se ocupa de la filiación, y en el tercero —con enfoques originales— se expone la vida familiar en sentido amplio, comenzando por la autoridad parental, siguiendo con los derechos y deberes de los cónyuges y finalizando con las relaciones pecuniarias (alimentos, relaciones entre padres e hijos y lo que habitualmente se denomina régimen matrimonial primario). Quedan fuera las instituciones de guarda y protección y los regímenes económicos del matrimonio. Cierran la obra, los habituales índices, el muy detallado de materias, el muy cuidado, ya señalado, de jurisprudencia y uno muy curioso de aforismos jurídicos.

Si durante mucho tiempo de la doctrina civilista francesa pudo decirse que estaba encerrada en sí misma, ya no puede predicarse esta nota de la actual, como lo prueba este Manual (poco abierto, sin embargo, a la doctrina latina). Se encuentra en la línea marcada por Carbonnier, aunque con un desarrollo sumamente personal, que hace muy atrayente su lectura.

GABRIEL GARCÍA CANTERO
Catedrático de Derecho civil

MAZZAMUTO: «Il finanziamento agevolato delle imprese. Profili giuridici», prólogo de Piero Schlesinger, Editorial Ipsa Informática, 875 páginas.

Acaba de aparecer un libro con el título «Il finanziamento agevolato imprese. Profili giuridici», a cargo de Salvatore Mazzamuto, director del Dipartimento di Diritto privato generale en la Universidad de Palermo.

He leído este libro con toda la atención que la amistad concentra y que la materia tratada merece; se afronta en él a lo largo y a lo ancho, es decir, de

modo interdisciplinar y en colaboración de prestigiosos juristas de países incorporados al Mercado Común, un tema de tanta relevancia como los incentivos financieros. En este libro se analizan, en artículos cortos y llenos de notas y sugerencias, los diversos aspectos de financiamiento público de la empresa en el marco europeo.

El hecho de que este estudio monográfico sea fruto del trabajo realizado en el Departamento de Derecho Privado es ya digno de consideración; explicable no sólo por razones metodológicas, aparcamiento de la clásica distancia entre lo público y lo privado, sino, sobre todo, porque el centro de referencia se sitúa en las relaciones entre la Administración, el beneficiario y el tercero concurrente no beneficiado.

Entre las materias estudiadas figuran estos contratos de financiamiento, contratos de créditos con incentivos financieros, que, al contar con la cláusula de destino, asumen matices propios que inciden tanto en la formación como en la ejecución.

La idea de incentivo viene ligada a la idea de programación privada, pero también a la programación de la Administración. Esta programación de objetivos de interés general implica no pocas consecuencias, tales como la responsabilidad de la Administración, por la promesa económica, si es contractual o no; si el beneficiario que mantiene una dependencia en el desenvolvimiento de aquella programación, se vincula por obligación de medios o de resultado; los posibles comportamientos lesivos, incumplimiento de obligación de hacer... Esa posición dependiente admite la posible renuncia del beneficiario. Con relación al tercero no beneficiado está la defensa del sistema de concurrencia, la tutela de la concurrencia, que supone pluralidad de empresas realmente competitivas. De especial interés son los temas conexos a las relaciones entre la Administración y los institutos financiadores, sobre si estos, entre otras cuestiones, tienen obligación de contratar.

Son muchos los problemas tratados en este trabajo y meritoria la precisión terminológica, contrastada con los diversos sistemas allí expuestos. Entre esas precisiones figuran que es incentivo financiero, los tipos, la función, la naturaleza, los controles, modalidades... Particularmente me parecen de palpitante interés las cuestiones relativas a los actos lesivos, como los actos fraudulentos, la captación abusiva, la «infidelidad patrimonial» por intermediarios financieros. Todo ello guarda intensa relación con la posición de beneficiario respecto a la concesión y gestión de los incentivos, al margen de libertad sobre el *an*, forma y contenido de la subvención, y la posición del tercero concurrente no beneficiado, ya que el incentivo conlleva una modificación del mercado, terceros que pueden ser dañados por el acuerdo del beneficio.

Los modelos hermenéuticos que permiten aclarar la síntesis de las declaraciones dirigidas a producir un efecto jurídicamente relevante arrojan luz sobre ese problema más fundamental de si hay motivos suficientes para abandonar el concepto tradicional de contrato.

Es también digno de notar el examen de la protección de empresa ya como entidad material (*universitas rerum*) o como actividad fuente de riqueza, en el entorno de la protección del equilibrio de mercado y la garantía de condiciones mínimas de existencia.

El financiamiento de la empresa roza de cerca con el Derecho de la Administración —discrecionalidad administrativa del acto de concesión— y con la Economía; en definitiva, con el fundamento y límites del control del Estado sobre la econo-

mía. La obra de examen cuenta con un elenco de autores de renombre, profesores de Universidades europeas que el doctor Mazzamuto, profesor ordinario de Instituciones de Derecho privado en la Universidad de Palermo, ha sabido congregar y concentrar en un tema de interés común. Ofrece finalmente una bibliografía general y un elenco de las obras citadas.

No resulta, por tanto, exagerado afirmar que este libro es de consulta indispensable en la labor didáctica e investigadora y muy recomendable para la vida profesional de cuantos orientan su actividad hacia estas materias de tanta actualidad, por la abundante y selecta información, doctrinal, normativa y jurisprudencial.

Por último, Piero Schlesingen, que prologa el libro, indica, con razón, que la lectura atenta acredita el esfuerzo de análisis y la rica tipología de la materia.

JOSÉ ANTONIO DORAL
Catedrático de Derecho civil

NAVARRO PEREZ, José Luis: «La cesión de créditos en el Derecho civil español», Editorial Comares, Granada, 1988, 302 páginas.

Como el propio título de la obra indica, el autor, por primera vez, ofrece a la doctrina civilística española una monografía sobre la figura denominada «cesión de créditos», institución hasta hoy escasamente estudiada por la doctrina y poco perfilada jurisprudencialmente, frente a su desarrollo en otros ordenamientos jurídicos extranjeros, como el francés, italiano o alemán, donde existen temas muy controvertidos sobre los diversos aspectos de la figura, pero también abundantes estudios doctrinales y numerosa jurisprudencia sobre el tema.

El autor analiza esquemáticamente la figura, dando una visión globalizadora de ella al estudiar su origen, naturaleza jurídica, requisitos, efectos y supuestos especiales, exponiendo en cada punto las diferentes posiciones doctrinales existentes, no sólo en la doctrina española, que es muy escasa, sino fundamentalmente en la doctrina francesa e italiana, y, tocando en algunos aspectos la doctrina alemana.

Mediante este análisis el autor pone de manifiesto la gran importancia y complejidad del tema, importancia en cuanto que permite el cambio de acreedor en una relación obligatoria sin necesidad de acudir al instituto de la novación, con las dificultades que ella entraña, y complejidad por cuanto supone un estudio profundo de, no sólo la Parte General del Derecho Civil, sino también de todo el Derecho de Obligaciones, con todos los problemas que ello suscita.

Entrando ya en el análisis del libro, estructuralmente está dividido en cinco títulos y veintitrés capítulos.

— En el Título I, «Enquadramiento Preliminar», se realiza un primer acercamiento a la figura, estudiando el origen histórico a partir de la transferencia de la titularidad obligacional en el Derecho Romano, y su situación actual en las diferentes legislaciones (Capítulo I); la naturaleza jurídica de la cesión concluyendo, frente a las otras teorías existentes, que es un efecto jurídico de ciertos negocios jurídicos dispositivos (Capítulo II); las diferencias con otras figuras afines, como la novación, subrogación y cesión de contrato (Capítulo III); el concepto de derechos accesorios y su contenido, en el artículo 1.528 del Código civil

(Capítulo IV); y los derechos de crédito incedibles como excepción al principio general del artículo 1.112 del Código civil (Capítulo V).

— El Título II, «La transferencia del Crédito», analiza los requisitos de validez y eficacia necesarios para que se produzca la cesión, estudiando las diferentes causas que generan el «efecto cesión», como un acto jurídico negocial, en la cesión convencional, una norma en la cesión legal y una sentencia judicial en la cesión judicial (Capítulo VI); los elementos necesarios para la perfección del negocio que origina la cesión, que son los de todo contrato, artículo 1.261 (Capítulo VII); la eficacia de la cesión entre las partes contratantes, cedente y cesionario (Capítulo VIII); frente al deudor cedido (Capítulo IX) y frente a los terceros (Capítulo X); los actos de cumplimiento del deudor de buena fe desconociendo la cesión al cedente-acreedor aparente (Capítulo XI), y los casos especiales de doble cesión (Capítulo XII) y de cesión de crédito ajeno (Capítulo XIII).

— En el Título III, sobre «Responsabilidad y garantía en la cesión de créditos», critica y puntualiza los diferentes conceptos jurídicos de los artículos 1.529 y 1.530 del Código civil (Capítulo XIV); estudia la responsabilidad del cedente por la existencia y legitimidad del crédito, distinguiendo la buena o mala fe del cedente en relación con la extensión de tal responsabilidad (Capítulo XV); la responsabilidad del cedente por insolvencia anterior y pública del deudor como un supuesto de responsabilidad objetiva, no limitada por el artículo 1.530, sino por las reglas generales (Capítulo XVI); la responsabilidad por insolvencia voluntariamente asumida por el cedente como institución peculiar de carácter subsidiario y restitutivo de la garantía, incluido en los artículos 1.529.2.º y 1.530 del Código civil (Capítulo XVII).

— En el Título IV, sobre «Cesiones especiales», especialidad que deriva de su fin, que no es el de la cesión «propia». Distingue, entre cesión de créditos «pro soluto» considerada como una verdadera dación en pago con causa en una novación como negocio subyacente anterior (Capítulo XVIII); la cesión de créditos «pro solvendo» con causa en un negocio fiduciario (Capítulo XIX); la cesión de la provisión cambiaria del artículo 69 de la Ley de Letra de Cambio y del Cheque 19/1985, de 16 de julio, analizándola a través de una comparación con la doctrina italiana (Capítulo XX); y la cesión de créditos litigiosos, que no es una cesión especial en sí, sino una cesión normal que atribuye al deudor un derecho de retracto especializado por su objeto, y que estudia aparte por su especial atención legislativa, artículos 1.535 y 1.536 (Capítulo XXI).

Finalmente, el Título V, sobre «Aspectos adjetivos sustanciales de la cesión de créditos», analiza las acciones que conservan en su poder tras la cesión el cedente, que tendrá todas las surgidas de la relación obligatoria de la que surgió el crédito, el cesionario, que dispondrá de las acciones conservativas y de realización del crédito cedido (Capítulo XXII), y las excepciones oponibles por el deudor cedido al cesionario, adoptando la clasificación que de ellas hace Panuccio, según su origen (fuente del crédito, anteriores a la cesión, coetáneas y legales) (Capítulo XXIII).

De todo lo anterior, el lector observará la abundancia de temas que pueden plantearse en la cesión de créditos, y la visión globalizadora de la figura realizada por el autor.

Sin embargo, a la obra se le puede hacer algunos reparos, en cuanto que el autor adopta, frente a las posturas doctrinales más generalizadas, una posición

bastante singular en aspectos tales como el de la naturaleza jurídica de la institución, el encuadramiento de la responsabilidad del cedente por insolvencia anterior y pública en el ámbito de la responsabilidad objetiva, la causa de la «cesio pro solvendo» en el negocio fiduciario, etc. Igualmente, es criticable la estructuración sistemática que realiza de los derechos accesorios, las acciones y excepciones de las partes interesadas, que quizás podrían haberse incluido dentro de los efectos de la cesión.

Cabe resaltar la importancia de la presente obra por ser la primera vez que se realiza un estudio monográfico de la institución en España e igualmente por ofrecer al jurista que pretenda conocer la figura, el abanico de posiciones doctrinales existentes sobre los diferentes aspectos de la figura.

REMEDIOS ARANDA RODRÍGUEZ

ORTI VALLEJO, A.: «La protección del comprador por el defecto de la cosa vendida», Editorial TAT, Granada, 1987, un volumen de 449 páginas.

La materia que estudia este libro es el sistema de protección con que cuenta el consumidor cuando recibe una cosa defectuosa en una compraventa genérica. Se divide en dos grandes partes, precedidas de una introducción en donde se indica cómo se realizó la delimitación del tema. La primera parte tiene por finalidad calificar el supuesto de entrega de cosa defectuosa en la venta genérica, supuesto que se califica de incumplimiento; en la segunda, calificado ya el supuesto, se desarrolla el concreto régimen jurídico de ese tipo de incumplimiento. El análisis se centra en lo que, el autor, denomina códigos latinos (francés, italiano y español), y en base a ellos, se ve lo sostenido por la doctrina y jurisprudencia de los correspondientes ordenamientos. Tiene siempre en cuenta si existe una doble regulación sobre los vicios en el sistema jurídico de que en cada caso trata (por ejemplo, en España el Código civil y el comercio regulan ambos el saneamiento por vicios ocultos de la cosa vendida).

En mi exposición voy a prescindir de describir el contenido concreto de cada capítulo limitándome tan sólo a señalar algunas de las aportaciones del autor al estado de la cuestión.

Orti parte de una realidad: el hecho de que las regulaciones existentes en los códigos latinos en tema de vicios de la cosa vendida tienen una reglamentación desfasada. Precisamente, dicha regulación inadecuada a los problemas que surgen en la realidad, es lo que ha provocado, que tanto la doctrina como la jurisprudencia reaccionaren tratando de ofrecer una solución justa. Los caminos seguidos han sido diferentes. Así, en España y en Italia se ha admitido que junto a las acciones de saneamiento por vicios se puedan ejercitar, cumulativamente, las acciones de error o dolo en el consentimiento o la de incumplimiento de las obligaciones, y, dentro de esa compatibilización de acciones, la balanza se ha inclinado más por aplicar las reglas generales del incumplimiento que las del error o dolo en el consentimiento. En Francia, por el contrario, el camino adoptado ha sido no salirse de la regulación de las acciones de saneamiento, y ello, a través de una interpretación extensiva del artículo 1.645 del Code que es el que regula este tema. La consecuencia natural de permitir el ejercicio acumulativo de acciones,

como repetidamente señala Orti, es la inaplicabilidad de las acciones de saneamiento, ya que las acciones generales de incumplimiento son más flexibles y tienen un plazo mayor de ejercicio. Para evitar ese efecto la doctrina española ha procurado límites al ejercicio de las acciones generales de incumplimiento, admitiéndolas tan sólo para determinadas hipótesis de prestación defectuosa. Es decir, se delimitan supuestos en los que sí se permite acudir al ejercicio de las acciones generales de incumplimiento y supuestos en los que no es permitido el acudir a las mismas, quedando de esta forma sólo protegidos por las acciones de saneamiento por vicios.

A partir de esta observación previa, que nos sugiere el autor, podemos pasar ya a destacar algunas de sus ideas:

En primer lugar, hay que hacer referencia al estudio que Orti realiza sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que clasifica atendiendo a la normativa aplicada para la solución del caso. Cuando el Tribunal Supremo se encuentra con casos en los que el objeto adolece de vicios unas veces aplica las normas generales de incumplimiento del Código civil, y otras las específicas del saneamiento del Código de Comercio (artículos 336 y 342 del Código de Comercio). Dentro del primer grupo de sentencias (aquellas que aplican las normas generales de incumplimiento) hay que diferenciar dos etapas, cuyo punto de separación se encontraría en 1982 (aunque Orti señale que un precedente se halla en la sentencia de 1 de julio de 1947). En la primera etapa el Tribunal Supremo sostiene la compatibilidad de las acciones de incumplimiento con las acciones de saneamiento, sin diferenciar supuestos. En la segunda (a partir de 1982) diferencia ya los supuestos: una cosa es el «*aliud pro alio*» o prestación diversa al que corresponde el régimen del incumplimiento, y, otra el defecto del objeto, al que se le aplicará el régimen de saneamiento. Esta última distinción, señala Orti, en un principio tuvo un significado real, pero al final va a acabar siendo meramente «aparente», pues con ella el Tribunal Supremo llega al mismo resultado que la etapa en que no diferenciaba los supuestos: aplicar en los casos de prestación defectuosa la normativa del incumplimiento, debido a que el concepto de «*aliud pro alio*» que usa (criterio funcional) hace que todo supuesto de vicio sea posible de calificar como prestación diversa o «*aluid pro alio*». En conclusión, destaca Orti que, aunque formalmente existan dos etapas dentro de ese primer grupo de sentencias, materialmente se llega al mismo resultado práctico: inaplicación de las reglas del saneamiento y aplicación de las reglas generales del incumplimiento.

El otro grupo de sentencias es aquel que aplica las normas del saneamiento del Código de Comercio (arts. 336 y 342), como ya se ha indicado.

La dualidad de soluciones de los dos grupos de sentencias (las que aplican el artículo 1.124 del Código civil y las que aplican el artículo 336 ó 342 del Código de Comercio; téngase en cuenta que según Orti la mayoría de los supuestos en que el Tribunal Supremo aplica el Código civil son casos de compraventa mercantil) puede hacer pensar, como señala Orti, que existe una contradicción entre las dos líneas jurisprudenciales descritas. Por el contrario, lo que sostiene el autor es que hay una complementariedad entre las mismas. La justificación de esa afirmación se encuentra en que el artículo 336 del Código de Comercio regula un supuesto de incumplimiento igual al del artículo 1.124 del Código civil, pues el artículo 336 del Código de Comercio permite al comprador pedir la rescisión o el cumplimiento del contrato, en ambos casos con indemnización de daños

y perjuicios, efectos, que son los mismos que señala el artículo 1.124 del Código civil (Orti indica que el Código de Comercio no tiene una terminología rigurosa y que hay que entender que la rescisión del artículo 336 del Código de Comercio es lo mismo que la resolución del artículo 1.124 del Código civil). Por tanto, concluye Orti: el Tribunal Supremo aplica siempre el régimen del incumplimiento (unas veces el del Código de Comercio, otras el del Código civil).

Señalado que el supuesto de cosa defectuosa en compraventa genérica es de incumplimiento, ahora hay que pasar a estudiar el concreto régimen jurídico de ese incumplimiento.

Se analizan los conceptos de defecto y denuncia, así como los medios de tutela con que cuenta el adquirente del bien. Cada aspecto es estudiado en un capítulo independiente; también como antes sólo destacaré algunas de las ideas de Orti.

En el estudio del defecto, el autor no diferencia entre vicio aparente y vicio oculto; no comparte la opinión de que el vicio aparente vaya por el cauce del incumplimiento y el vicio oculto por el de las acciones de saneamiento dentro de la compraventa genérica, sino que todo defecto, oculto o aparente, dentro de la compraventa genérica es supuesto de incumplimiento. Según Orti no existe ningún argumento dogmático que apoye esa dualidad de cauces, además de que la lógica lleva a afirmar que si el vendedor estaba inicialmente obligado a entregar una cosa con determinados caracteres y se le considera incumplidor cuando entrega una cosa con defectos, tanto da que éstos se descubran en el momento de la entrega, que más tarde. Si es incumplimiento antes, también lo será después.

En cuanto a la denuncia del vicio, Orti señala que es un requisito formal para que el comprador pueda hacer efectiva la responsabilidad por vicios. Uno de los fundamentos de la misma se encuentra en la finalidad de proteger al vendedor, dándole la oportunidad de liquidar rápidamente la operación de compraventa, ya sea subsanando los defectos, ya sea oponiéndose a los mismos. Este fundamento se centra en que Orti considera que la entrega de cosa defectuosa constituye verdadero pago. El vendedor conceptualmente paga, pues, realiza su obligación de entregar la cosa. El que la cosa no coincida enteramente con la debida (defecto) es algo a determinar, bien en el pago, bien «a posteriori», según el momento en que se descubran los vicios. Pero esto exige que previamente se deba de afirmar que ha habido pago. Dado que el pago produce efectos extintivos «ipso iure», la única forma de evitar tal efecto es destruir esa apariencia de pago por parte del comprador, que de esa forma manifiesta su disconformidad con la cosa entregada. -

Respecto de los medios de tutela hay que indicar que para Orti el ejercicio de la acción resolutoria debe de reunir dos requisitos específicos exigibles junto a los generales. Son que el defecto sea grave según el criterio de la función, uso o destino para el que fue adquirida la cosa, y, que el vendedor haya desatendido el o los requerimientos del comprador en que éste le haya instado a reparar el defecto, requisito que se acredita simplemente por la falta de respuesta positiva o por la simple inactividad del vendedor ante la denuncia del defecto.

Por último, sólo señalar que en cuanto al plazo de ejercicio de la acción no cree Orti que la solución ideal sea aplicar el excesivamente corto de las acciones de saneamiento, ni tampoco el excesivamente largo de la acción de resolución por incumplimiento, sino que el legislador debe de adoptar el más adecuado según la naturaleza del objeto que presenta el defecto. Pero mientras, como posible

solución transitoria, habría que dejar el tema al prudente arbitrio de los Tribunales que atenderán el caso concreto.

NIEVES FENOY

SANTINI, Gerardo: «El Comercio (Ensayo de economía del derecho)», traducido por Juana Bignozzi. Ed. Ariel Derecho, 1.ª edición, un volumen de 254 páginas.

1. La obra de Santini es una monografía de Derecho mercantil, ya clásica, que tras haber pasado nueve años de su primera publicación se ha traducido. Se encuentra estructurada en tres grandes capítulos, precedidos de un breve apartado, en donde se justifica el por qué del título. Allí, se razona la elección de la materia («El comercio»), así como la calificación dada a la obra («Ensayo de economía del derecho»). La justificación se encuentra en el método de análisis utilizado. Santini entiende que para saber cómo funciona el Derecho en la realidad, y no quedarnos únicamente con las leyes y los códigos, es necesario ver cómo actúan los operadores económicos en el mercado; ver qué alternativas de las que ofrece el Derecho son las más utilizadas, pues la elección efectuada puede producir un resultado económico o antieconómico a dichos operadores. La aplicación de este método al comercio se debe a que es este sector del derecho mercantil el que se puede estudiar de forma más acorde con el método propuesto.

2. Como he indicado, el libro consta de tres capítulos (capítulo I «Los mercados», capítulo II «Las funciones», capítulo III «Los intercambios»). Me voy a limitar a señalar el contenido global de cada uno; sólo en algunos puntos haré mayor hincapié.

En el capítulo I se estudia la tipología de los mercados. Previamente se delimita su concepto. Básicamente es el lugar en donde se ponen de acuerdo los operadores del comercio; pero también engloba «el complejo de instalaciones existentes y los servicios puestos a su disposición, y, por extensión el conjunto de las actividades que en él se efectúan y de las transacciones que en el mismo tienen lugar». A continuación se procede a la concreta clasificación de los mercados. Se distingue entre mercados tradicionales y mercados de gran distribución (éstos a su vez son subdivididos en mercados al por mayor y mercados al por menor). El capítulo concluye con unas consideraciones finales de Santini, donde destaca la siguiente idea: la finalidad de los mercados es concentrar en un solo lugar a los operadores económicos, provocando la «estandarización» de las negociaciones, así como su aceleración.

El capítulo II analiza las diferentes funciones que pueden desempeñar los operadores económicos. Consta de dos grandes secciones: la primera trata del comercio independiente, la segunda del comercio integrado. Se hace un estudio más profundo del último tipo de comercio. Hay que tener presente cómo se produce el paso del comercio tradicional al integrado. El comercio tradicional se concentra en los términos de fabricante-mayorista-minorista-consumidor (el denominado canal de distribución largo), pero el mismo tiende a desaparecer, ya que las distintas funciones que desempeñan tales operadores económicos son suprimidas o integradas; de esta forma, surge el comercio integrado. Dentro del mismo se analiza su integración a todos los niveles: productor, mayorista, mino-

rista, consumidor. Tales operadores económicos no sólo realizan la función tradicional con que son concebidos, sino también otras funciones que no son las que propiamente se les asigna en dicho mercado tradicional. Así, por ejemplo, el productor puede actuar al mismo tiempo que de productor, también de mayorista o minorista, con lo que entra en contacto directo con el consumidor.

La integración del comercio puede ser de dos tipos: horizontal (se realiza entre los pertenecientes a la misma categoría) y vertical (entre los pertenecientes a diferentes categorías) o bien en sentido (llamado circular), porque abarca ambos aspectos pertenecientes a las dos formas precedentes. Existe un mayor análisis respecto de las formas de integración del productor, que respecto a la de los demás operadores económicos.

El capítulo continúa analizando el comercio superintegrado, la integración en el sector público y la integración internacional, acabando con unas conclusiones finales en donde se señala el fenómeno de multiplicación de sujetos y no de funciones, la mayor segmentación de la actividad distributiva y la transformación del sistema distributivo en sistema de servicios.

Dentro del capítulo III se analiza el acto principal sobre el que gravita la actividad distributiva, es decir, «el intercambio de un bien por su precio». Se divide en dos secciones. La primera trata de las formas con que los operadores económicos fijan los códigos de comportamiento. La segunda analiza las variables posibles del esquema de la venta. Su estudio se lleva a cabo fijándose en las diferentes y concretas variables. Se analiza así, las variables de contratación, del objeto (calidad, cantidad, precio), de lugar (trasmisión de las mercaderías, traspaso del precio), variables del tiempo (dilación del intercambio, del traspaso de la propiedad y del pago, servicios vinculados con el intercambio). Acaba el capítulo, al igual que los dos precedentes, con unas consideraciones finales: la clave de los intercambios se encuentra en el aspecto económico-jurídico de base: «el dar una cosa para recibir el precio (o viceversa)».

3. Tras el análisis de la obra se observa cómo el autor ha cumplido el objetivo que se había marcado: llevar a cabo un estudio profundo sobre cómo actúa el sector del comercio en la realidad. También se comprueba que el método empleado es el más adecuado, pues con él se permite ver el encaje del aspecto económico y del jurídico, tan relacionados entre sí. El valor de la obra se encuentra en que nos permite ver el funcionamiento efectivo del Derecho. Por eso resulta interesante su lectura.

Revistas

REVISTAS ESPAÑOLAS

A cargo de EMILIO BLANCO MARTINEZ

SUMARIO: I. DERECHO CIVIL.—I. Introducción (núms. 1 al 5).—2. Derecho de la persona (núms. 6 al 24).—3. Persona jurídica (núms. 25 al 28).—4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil (núms. 29 al 78).—5. Derechos reales y registro de la propiedad (núms. 79 al 109).—6. Derecho de familia (núms. 110 al 144).—7. Derecho de sucesiones (núms. 145 al 156).—8. Varia (núms. 157 al 159).—II. DERECHO MERCANTIL.—1. Parte General, empresa (núms. 160 al 168).—2. Derecho de sociedades (núms. 169 al 183).—3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico (núms. 184 al 187).—4. Contratos mercantiles (núms. 188 al 190).—5. Derecho cambiario (núms. 191 al 194).—6. Derecho marítimo (núms. 195 al 197).—III. DERECHO URBANISTICO (núms. 198 al 207).—IV. DERECHO NOTARIAL (núms. 208 al 212).—V. DERECHO PROCESAL (núms. 213 al 234).—Abreviaturas.

I. DERECHO CIVIL

1. INTRODUCCION

1. ALARCON CABRERA, Carlos: *La crítica contemporánea a la norma como mandato*, «RGLJ», septiembre, 1987, pp. 449 y ss.

Para el autor, la estructuración lógico-científica del ordenamiento jurídico de la que se valió Austin para construir una teoría de la norma que la equiparaba a la idea del mandato emanado de la autoridad soberana, estaba abocada a un aislamiento y una abstracción del concepto de Derecho, que permanecía cerrado a factores extrajurídicos, y en el que no había posibilidad alguna de crítica valorativa. Contra esa rigidez, entiende que la comprensión totalizadora del Derecho y de las normas jurídicas es sólo factible mediante su continuo contraste con los parámetros axiológicos que son expresión directa de la necesidad de legitimidad, la cual, en sus dimensiones formal y material, precisa del principio democrático de soberanía popular para llenarse de contenido.

2. COLLADO GARCIA-LAJERA, Enrique: *Los principios de jerarquía normativa y de competencia y sus relaciones con el Derecho español y el derecho comunitario*, «Actualidad Civil», núm. 6, 1988 (101), pp. 337 y ss.

Para el autor, si se plantean conflictos entre normas comunitarias y el Derecho interno, será la doctrina de la primacía la determinante en la solución a adoptar; pero desde la perspectiva de las competencias asumidas por la CEE o retenidas por los Estados miembros y no por el rango jerárquico de las normas comunitarias y de las internas.

3. MARTINEZ VAL, José María: *Un Anteproyecto de Código civil de Ossorio y Gallardo (anotaciones críticas al Libro Preliminar)*, «RGLJ», mayo, 1987, pp. 729 y ss.

Análisis del «Libro Preliminar» del Anteproyecto de Código civil boliviano realizado por Don Angel Ossorio y Gallardo por encargo expreso del Gobierno de la mencionada república cuando era presidente de la nación el general Enrique Peñaranda Castillo.

4. MOISSET DE ESPANES, Luis: *Proyecto de unificación de la legislación civil y comercial en Argentina*, «RDP», mayo, 1988, pp. 466 y ss.

Como es sabido, una comisión especial de la Cámara de Diputados argentina encomendó a un grupo de juristas la elaboración de un proyecto de unificación de la legislación civil y comercial. Los técnicos designados trabajaron durante casi un año y en los últimos días de 1987 elevaron los resultados de su trabajo, que se concretaban en un Proyecto de Reforma del Código civil y en la derogación del Código de Comercio, acompañado de unas «notas explicativas». El autor del trabajo emite aquí uno de sus primeros juicios sobre el citado Proyecto de Ley argentino en un momento en que su texto se encuentra a punto de ser debatido por el órgano legislativo de aquel país.

5. O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: *Incidencia de la Constitución en la aplicación del Derecho civil*, «Actualidad Civil», núm. 1, 1988 (1), pp. 1 y ss.

Reflexiones sobre la incidencia del texto constitucional en el Derecho civil, con especial referencia a la Constitución y las fuentes del Derecho Privado y a la Constitución como base de la interpretación de la Ley.

II. DERECHO DE LA PERSONA

6. ALVAREZ-LINERA URÍA, César: *Notas sobre el secreto periodístico*, «La Ley», 29 de abril de 1988.

En un momento en que se encuentra en vías de elaboración por parte del Gobierno el correspondiente Proyecto de Ley que regule el secreto periodístico y la cláusula de conciencia, resulta conveniente —señala el autor— examinar algunos problemas, sobre todo de orden procesal, que puede plantear el desarrollo legislativo del derecho al secreto periodístico. Nadie en su sano juicio —añade—, puede poner en duda la necesidad de reconocer, de la forma más amplia posible, el derecho a recibir y transmitir información veraz. Sin embargo, el mayor pro-

blema que se plantea es el de si este derecho debe ceder, en algún caso, cuando, en un proceso penal, el Juez estime necesario que el periodista revele sus fuentes de información, por no existir otras pruebas del presunto delito.

7. **CABALLERO GONZALEZ, José María:** *La tutela de los menores en situación de desamparo*, «La Ley», 31 de mayo de 1988.

La Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que modifica determinados artículos del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, ha introducido nuevas técnicas en la protección de menores, haciendo intervenir a la Administración pública en la constitución de la adopción como garantía del cumplimiento de la finalidad que tiene esta tradicional institución. Se institucionaliza y se incorpora al Código civil el acogimiento familiar y se contempla, también dentro del Código civil, la situación de desamparo de los menores, otorgándole un pleno reconocimiento jurídico, e incluyéndola entre la situación de las personas que están sujetas a tutela.

8. **CASAS VALLES, Ramón:** *Sobre la libertad de información y sus límites*, sentencia del Tribunal Constitucional 6/1988, de 21 de enero, «RJC», 1988 (3), pp. 719 y ss.

9. **CLAVERIA GOSALBEZ, Luis Humberto:** *Derechos fundamentales y derechos de la personalidad. Libertad de expresión y daños al honor personal y profesional. Derecho de rectificación. Responsabilidad solidaria. Cauce procesal adecuado para reconsideración de hechos en casación*, comentario a la STS de 1 de diciembre de 1987, «CCJC», núm. 15, septiembre-diciembre, 1987, pp. 5235 y ss.

10. **CORDOBA GRACIA, Diego:** *Anotaciones al secreto profesional de los periodistas*, «Actualidad Civil», núm. 19, 1988 (361), pp. 1137 y ss.

A partir de los datos publicados sobre dos *Anteproyectos* de Ley reguladora del secreto profesional y de la cláusula de conciencia, el autor reflexiona sobre el contenido y alcance de estos derechos y sobre la necesidad o no de una norma sobre la materia.

11. **CUTILLAS TORNS, José María:** *Consideraciones sobre el internamiento de presuntos incapaces*, «La Ley», 8 de enero de 1988.

La Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código civil en materia de tutela, afectó a los Títulos IX y X de aquel cuerpo legal, siendo, por tanto, el artículo 211 de absoluta nueva redacción. Hoy, dicho artículo es la única norma que regula el internamiento de presuntos incapaces, habida cuenta de la derogación total y expresa del Decreto de 3 de julio de 1931, sobre normas relativas a la existencia de enfermos mentales. El trabajo analiza los problemas que se plantean en la interpretación del mencionado artículo 211 del Código civil.

12. **DE LA HAZA, Pilar:** *Observaciones a una sentencia del Tribunal Constitucional sobre la inviolabilidad del domicilio y el derecho a la intimidad de las personas jurídicas*, comentario a la STC 137/1985, de 17 de octubre, «La Ley», 29 de julio de 1988.

13. FERNANDEZ-VIAGAS BARTOLOME, Plácido: *Parlamentarios y derecho al honor en relación con la Ley Orgánica 3/85, de 29 de mayo, «La Ley», 26 de enero de 1988.*

Las acciones civiles que se han venido ejercitando contra parlamentarios de las distintas Comunidades Autónomas, en defensa del derecho al honor, la intimidad personal o la propia imagen de los actores, plantea interesantes cuestiones derivadas de la Ley Orgánica 1/1982 de protección civil del honor, y su modificación, en lo que respecta a diputados y senadores, por Ley 3/1985, de 29 de mayo.

14. GAYA SICILIA, Regina: *Declaración de conservación de nacionalidad española por emigrantes que han adquirido otra nacionalidad una vez emancipados*, comentario a la Resolución de la DGRN de 12 de enero de 1987, «CCJC», núm. 14, abril-agosto, 1987, pp. 4517 y ss.

15. GORDILLO CAÑAS, Antonio: *Transexualidad. Rectificación de sexo en el Registro Civil. Admisibilidad jurídica del cambio de sexo. Ficción de feminidad*, comentario a la STS de 2 de julio de 1987, «CCJC», núm. 14, abril-agosto de 1987, pp. 4721 y ss.

16. HERRERO PEREZAGUA, Juan Francisco: *Algunas consideraciones sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, «La Ley», 24 de junio de 1988.

En el trabajo se examinan algunos de los problemas que el derecho a la tutela jurisdiccional presenta desde el punto de vista procesal civil, y que, en opinión del autor, se concentran en dos: el juez natural y el proceso debido.

17. IGARTUA ARREGUI, Fernando: *Derecho a la imagen: utilización de fotografía para fines electorales. Indemnización del daño moral; revisión del «quantum»*, comentario a la STS de 11 de abril de 1987, «CCJC», núm. 14, abril-agosto, 1987, pp. 4561 y ss.

18. LLOPIS GINER, Juan Manuel: *La capacidad del menor para otorgar capitulaciones. Comentario al artículo 1.329 del Código civil*, «RCDI», núm. 584, enero-febrero, 1988, pp. 49 y ss.

El estudio tiene como objeto realizar una interpretación sistemática e integradora del artículo 1.329 del Código civil. Sin lugar a dudas, las reformas de 13 de mayo, de 7 de julio de 1981 y la del 24 de octubre de 1983 han sido unas de las más importantes llevadas a cabo en nuestro primer cuerpo legislativo civil, pues no sólo afectaron directamente a numerosas instituciones, principalmente de derecho de familia, sino que también han obligado a revisar muchos de los principios considerados tradicionales en nuestro ordenamiento. Así, de forma indirecta, extendieron su campo de acción. Todo ello, claro está, de acuerdo con los principios mantenidos en la Constitución Española en materia de Derecho privado. En esta situación se encuentra el artículo 1.329 del Código civil, el cual regula las capitulaciones matrimoniales otorgadas por menor. El contenido del mismo se encuentra ligado al estado civil de la persona por razón de la edad, y especialmente a la capacidad de obrar del menor, al matrimonio, y específicamente a impedimento por razón de la edad, a las capitulaciones, como medio de pactar

el régimen económico matrimonial, y también hay que relacionarlo con el ejercicio de la patria potestad y de la tutela. Todas estas instituciones fueron modificadas por leyes distintas, y, por lo tanto, en ocasiones, se nota la falta de una visión de conjunto. De ahí que el comentario pretenda una sistematización de los preceptos hoy vigentes, así como expresar los cambios, importantes y sustanciales, que se han producido en esta materia.

19. PARRA LUCAN, M.^a Angeles: *La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios bajo la óptica de los derechos de la personalidad*, «Actualidad Civil», núm. 7, 1988 (123), pp. 401 y ss.

El trabajo se abre con algunas reflexiones sobre el movimiento de protección de los consumidores y los derechos de la personalidad, con especial referencia a las leyes españolas sobre la materia. A continuación se centra en dos derechos de la personalidad que pueden sufrir un atentado en relación con actos de consumo: el derecho a la salud y el derecho a la intimidad (y su posible violación a través del «crédito al consumo»).

20. PEREZ DE VARGAS MUÑOZ, José: *La declaración de prodigalidad en Derecho español*, «RGLJ», junio, 1987, pp. 857 y ss.

Sostiene el autor del trabajo que nuestro legislador, al modificar el antiguo régimen de la prodigalidad, se ha quedado a medio camino entre la supresión de esta figura y su continuidad, aunque retocando algunos de sus iniciales perfiles, con lo que, en realidad, ha aparecido una figura nueva no muy bien identificada y fuente de constantes problemas para el intérprete.

21. PUY MUÑOZ, Francisco: *El tópico «derechos humanos»*, «RGLJ», agosto, 1987, pp. 199 y ss.

En palabras de su autor, el trabajo trata de merodear en torno al tópico «derechos humanos» tratando de aclarar algo —si ello es posible— su función y virtualidad para el manejo práctico del mismo, no tanto en la construcción teórica como en la refriega práctica, o sea, en el recurso retórico o en la discusión dialéctica. Y ello partiendo de la idea de que los derechos humanos, son un concepto teórico. Pero no sólo eso, sino también alguna cosa, como un tópico retórico.

22. ROCA TRIAS, Encarna: *Principi d'igualtat i discriminacions per raó de sexe*, «RJC», 1988 (2), pp. 297 y ss.

Texto del discurso pronunciado por la autora con motivo de la inauguración del curso 1987-1988 de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña. Aborda los siguientes temas: los precedentes de la admisión constitucional del principio de igualdad en nuestro Derecho; la normativa internacional sobre la materia; el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución y sus diversas acepciones: la igualdad en la Ley, leyes personales y leyes especiales, la igualdad sustancial y la igualdad en la aplicación de la Ley, el derecho subjetivo a la igualdad, y la aplicación del principio de igualdad en las relaciones entre particulares. Igualmente analiza la prohibición de discriminación y su alcance constitucional, para centrarse, por último, en la discriminación por razón de

sexo en dos concretos grupos de discriminaciones prohibidas: la discriminación en el lugar de trabajo y el trato igual del hombre y la mujer dentro del matrimonio.

23. RODRIGUEZ CASTRO, Julio: *El nombre civil propio de las personas físicas y el Registro Civil*, «Actualidad Civil», núm. 17, 1988 (321), pp. 1001 y ss.

Después de ensayar una definición de «nombre civil», el autor analiza las personas legitimadas para la imposición del nombre propio y el tiempo de la misma, la libertad del nombre propio y sus limitaciones, la calificación y los posibles recursos, los supuestos de cambio de nombre y, por último, el nombre propio de extranjeros.

24. ROJO AJURIA, Luis: *La tutela civil del honor y la intimidad. Comentario a las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo referentes a la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982*, «Actualidad Civil», núm. 18, 1988 (344), pp. 1073 y ss.

3. PERSONA JURIDICA

25. CABALLOL, Montserrat: *Algunes consideracions sobre la dotació fundacional. Referencia especial a les fundacions privades catalanes*, «RJC», 1988 (2), pp. 393 y ss.

Estudio de la dotación como elemento integrador y todavía hoy necesario para la existencia de una fundación, sin entrar a considerar cuál de sus requisitos o elementos necesarios —patrimonio, finalidad y organización— hace que nazca en el mundo del Derecho como un sujeto jurídico autónomo titular de derechos y obligaciones. El trabajo se centra exclusivamente en considerar la dotación como una masa patrimonial que con diferente relevancia ha estado integrada en la fundación desde sus inicios hasta la actualidad.

26. CAPILLA RONCERO, Francisco: *Persona jurídica: abuso de la personalidad jurídica. Actos propios. Abuso del derecho. Error en la apreciación de la prueba*, comentario a la STS de 16 de julio de 1987, «CCJC», núm. 14, abril-agosto, 1987, pp. 4821 y ss.

27. GETE-ALONSO Y CALERA, Carmen: *Interposición de persona «fiducia cum creditore».* Presunción muciana (*Derecho de Catalunya*), comentario a la STS de 7 de mayo de 1987, «CCJC», núm. 14, abril-agosto, 1987, pp. 4621 y ss.

28. GORDILLO CAÑAS, Antonio: *Representación aparente. Ratificación tácita. Confusión de personalidades en la actuación del consejero delegado de la sociedad interpuesta*, comentario a la STS de 18 de septiembre de 1987, «CCJC», núm. 15, septiembre-diciembre, 1987, pp. 5015 y ss.

6. OBLIGACIONES Y CONTRATOS, RESPONSABILIDAD CIVIL

29. **ALBALADEJO GARCIA, Manuel:** *Donación de inmuebles en escritura pública con cláusula de reversión no incluida en ella*, comentario a la STS de 14 de mayo de 1987, «CCJC», núm. 15, septiembre-diciembre, 1987, pp. 4895 y ss.

30. **ALFARO AGUILA-REAL, Jesús:** *La interpretación de las condiciones generales de los contratos*, «RDM», núms. 183-184, enero-junio, 1987, pp. 7 y ss.

En el trabajo se analiza un aspecto tan crucial del Derecho de las condiciones generales como es el relativo a su interpretación. En primer lugar examina la posición sistemática que ocupan las «normas de interpretación» respecto de las «normas de inclusión» y de las «normas de control del contenido»; en segundo lugar, se determina el tipo de interpretación que mejor conviene a las peculiaridades que adornan la contratación por medio de condiciones generales, y, por último, se aborda el estudio de las reglas de interpretación específicamente previstas en nuestro ordenamiento para las condiciones generales de los contratos.

31. **ALONSO MONTERO, Juan Manuel:** *La nulidad de las enajenaciones fraudulentas en el delito de alzamiento de bienes*, «La Ley», 18 de marzo de 1988.

La mayoría de los hechos que son constitutivos de los llamados delitos contra el patrimonio (entre ellos los hechos determinantes de delitos de estafas, apropiaciones indebidas, cheques en descubierto, quiebras, alzamientos de bienes) llegan a los Tribunales a través de denuncias y querellas de los perjudicados, guiados en su propósito menos por el fin de la imposición de una pena a los autores, que por el deseo de resarcirse de su crédito o de restablecer su patrimonio, que ha resultado disminuido o esquilmo por la conducta delictiva, y poder así recuperar los bienes perdidos a través del procedimiento penal. Sin embargo, en la práctica judicial, estos deseos se ven en muchos casos frustrados, dado que en algunos delitos, como en el de cheque en descubierto, no se condena al pago de la cantidad consignada en el documento, y en otros, como en el delito de alzamiento de bienes, existe una gran discrepancia en la práctica de los Tribunales y Juzgados en lo referente a la determinación del alcance de la responsabilidad civil.

32. **ALVAREZ CAPEROCHIPI, José A.:** *Subrogación legal del Fondo de Garantía Salarial por salarios abonados a los trabajadores. Tercera de mejor derecho en vía administrativa y ante la jurisdicción civil. Conflicto entre privilegio salarial y créditos anotados preventivamente en el registro. Prescripción del privilegio y crédito salarial*, comentario a la STS 16 de octubre de 1987, «CCJC», núm. 15, septiembre-diciembre, 1987, pp. 5069 y ss.

33. **ATAZ LOPEZ, Joaquín:** *Renta vitalicia. Donación remuneratoria. Forma de la aceptación. Doctrina de los actos propios*, comentario a la STS de 23 de mayo de 1987, «CCJC», núm. 14, abril-agosto, 1987, pp. 4649 y ss.

34. **BENITO ALONSO, Francisco:** *Hacia un sistema de indemnización estatal a las víctimas del delito en España*, «La Ley», 2 de septiembre de 1988.

La tendencia creciente de la criminalidad en España y países de su entorno —señala el autor— es un hecho indiscutido, que exige la búsqueda de remedios

apropiados, tanto para prevenir el fenómeno delictivo como, y sobre todo, para remediar sus consecuencias. Razones de equidad y de solidaridad social —añade— hacen necesario ocuparse de la situación de las víctimas del delito, a cuyo fin parece oportuno arbitrar un régimen de indemnización a cargo del Estado, sobre todo cuando el autor del delito no ha sido identificado o carece de recursos.

35. BERCOVITZ Y RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo: *Contrato de obra: responsabilidad por vicios de la construcción, responsabilidad del promotor, culpabilidad «in eligendo», cuestión de hecho*, comentario a la STS de 29 de junio de 1987, «CCJC», núm. 14, abril-agosto, 1987, pp. 4711 y ss.

36. BERCOVITZ Y RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo: *Nulidad: actos contrarios a normas imperativas y prohibitivas de naturaleza administrativa, nulidad parcial, sucesión en la titularidad de una farmacia. Incongruencia: cambio de la causa de pedir*, comentario a la STS de 17 de octubre de 1987, «CCJC», núm. 15, septiembre-diciembre, 1987, pp. 5083 y ss.

37. BONET CORREA, José: *La alternativa de pago en las deudas pactadas en moneda extranjera y nacional*, comentario a la STS de 16 de julio de 1987, «La Ley», 23 de agosto de 1988.

38. CADARSO PALAU, Juan: *Actos propios y renuncia de derechos*, comentario a la STS de 16 de octubre de 1987, «Poder Judicial», núm. 9, marzo, 1988, pp. 73 y ss.

39. CALBACHO LOSADA, Fernando; RODRIGUEZ JIMENEZ, Lupiciano, y BARRIOLA URRUTICOECHEA, León: *El deber de declaración del riesgo en la Ley de Contrato de Seguro*, «RDM», núms. 183-184, enero-junio, 1987, pp. 141 y ss.

40. CALZADA CONDE, M.^a Angeles: *Seguro contra incendios concertado tanto por cuenta propia como ajena. Cómputo del plazo de prescripción de la acción del tomador. Legitimación del tomador para exigir la indemnización de los daños sufridos por el asegurado*, comentario a la STS de 14 de julio de 1987, «CCJC», núm. 14, abril-agosto, 1987, pp. 4809 y ss.

41. CARRASCO PERERA, Angel: *Venta en garantía. Negocio fiduciario. Pacto comisorio*, comentario a la STS de 30 de junio de 1987, «CCJC», núm. 15, septiembre-diciembre, 1987, pp. 4929 y ss.

42. CRISTOBAL MONTES, Angel: *Los subrogados del pago*, «RCDI», núm. 586, mayo-junio, 1988, pp. 851 y ss.

El autor examina, en primer lugar, la dación en pago: naturaleza jurídica, requisitos y efectos. En segundo lugar, el pago por cesión de bienes: antecedentes, naturaleza jurídica de la cesión de bienes extrajudicial, estructura del contrato de cesión de bienes y efectos del mismo. En tercer lugar, el ofrecimiento del pago y la consignación: ideas generales, el ofrecimiento de pago (naturaleza, forma y requisitos) y la consignación (naturaleza jurídica, requisitos y efectos).

43. **DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo:** *Responsabilidad civil. Cómputo del plazo de prescripción: «dies a quo». Acto de conciliación no seguido de demanda en el plazo de dos meses del artículo 479 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (redacción anterior). Error en la apreciación de la prueba*, comentario a la STS de 8 de julio de 1987, «CCJC», núm. 15, septiembre-diciembre, 1987, pp. 4943 y ss.

44. **DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo:** *Actuación profesional del médico. Relación de causalidad e imputabilidad. Diligencia exigible. Imprevisibilidad del resultado producido*, comentario a la STS de 13 de julio de 1987, «CCJC», núm. 15, septiembre-diciembre, 1987, pp. 4961 y ss.

45. **DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo:** *El derecho de retención del mandatario, ¿un derecho de prenda?*, «Actualidad Civil», núm. 9, 1988 (159), pp. 521 y ss.

Reflexiones sobre la STS de 7 de julio de 1987, que declara, en síntesis, que el derecho de retención del mandatario, del artículo 1.730 del Código civil, constituye un verdadero derecho real de prenda, con todas las consecuencias que son propias de esta figura.

46. **DE LA CUESTA RUTE, José María:** *Jurisprudencia sobre el «leasing», «RDBB», núm. 27, julio-septiembre, 1987, pp. 647 y ss.*

47. **DELGADO ECHEVARRIA, Jesús:** *Resolución de la compraventa de inmuebles por incumplimiento del comprador. Condición resolutoria expresa. Requerimiento*, comentario a la STS de 16 de septiembre de 1987, «CCJC», núm. 15, septiembre-diciembre, 1987, pp. 5005 y ss.

48. **DIAZ ALABART, Silvia:** *Revocación de donaciones por causas de ingratitud en el caso del número 1 del artículo 648 del Código civil*, comentario a la STS de 19 de noviembre de 1987, «CCJC», núm. 15, septiembre-diciembre, 1987, pp. 5175 y ss.

49. **ESPIN CANOVAS, Diego:** *Algunos aspectos de la rescisión por causa de lesión*, «RDP», marzo, 1988, pp. 211 y ss.

El Código civil —señala el autor—, mantuvo una posición contraria a la rescisión por lesión «ultradimidium», de tradición romanista, que, por el contrario, sobrevivió en los Derechos catalán y navarro al igual que en otros países europeos. Esta posición singular de nuestro Código civil, unida a la interesante evolución histórica de la rescisión justinianea —añade—, motivan el dedicar unas notas al planteamiento general del tema para apreciar en perspectiva la posición de nuestro Código y su posible revisión.

50. **GETE-ALONSO CALERA, Carmen:** *Censo enfiteútico (establiment: Derecho de Cataluña). Buena fe en general y en el cumplimiento de los contratos. Cooperación del acreedor al cobro. Lugar de cumplimiento de la obligación de pagar la pensión enfiteútica*, comentario a la STS de 3 de diciembre de 1987, «CCJC», núm. 15, septiembre-diciembre, 1987, pp. 5245 y ss.

51. GORDILLO CAÑAS, Antonio: *Arrendamiento de local de negocio: nulidad por carencia de poder suficiente. Facultades del administrador de establecimiento mercantil. Imposibilidad en orden al arrendamiento de la sede física de la empresa*, comentario a la STS de 1 de junio de 1987, «CCJC», núm. 14, abril-agosto, 1987, pp. 4663 y ss.

52. GULLON BALLESTEROS, Antonio: *Contratos constitutivos de Derecho real de vuelo sobre fincas rústicas y arrendamientos rústicos*, «La Ley», 17 de mayo de 1988.

Son frecuentes los contratos de cesión de una finca rústica para que el cesionario proceda a su repoblación con determinadas especies arbóreas forestales, aprovechándose de las cortas o talas periódicas que haga, mediante el pago de un canon anual, a veces, además, una participación en beneficios, o simplemente en lugar de canon se pacta como contraprestación un tanto por ciento del valor de la madera que se obtenga en cada corta. Se plantean en relación con estos contratos varias cuestiones: a) si están sometidos a la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1980, y b) si los derechos del cesionario sobre las masas arbóreas pueden ser transmisibles sin limitaciones.

A estos contratos se les suele calificar como constitutivos de un derecho real de vuelo, de acuerdo con el apartado 3 del artículo 30 del Reglamento Hipotecario, o como consorcio forestal. Pero como según conocidísima jurisprudencia del Tribunal Supremo la denominación que las partes hayan dado a sus pactos no debe impedir la investigación del que efectivamente les corresponde, la duda se circunscribe a esta alternativa: o los contratos originan un derecho de arrendamiento rústico a favor del cesionario, o dan lugar al nacimiento del llamado «derecho real de vuelo».

53. GUTIERREZ SANZ, M.^a Rosa, y SAMANES ARA, Carmen: *Comentario al artículo 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con la protección procesal de los derechos de los consumidores*, «La Ley», 21 de junio de 1988.

El precepto del artículo 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial constituye un avance en cuanto a la solución de problemas relativos a la protección de los derechos de los consumidores ante los órganos jurisdiccionales. Ahora bien, tanto el contenido de este artículo como su redacción plantean interesantes cuestiones. En primer lugar, porque suponen sin duda una innovación en relación con nuestra tradición jurídico procesal, y, en segundo lugar, por las consecuencias o el alcance que la aplicación del mismo puede tener. El análisis de estos problemas es el objeto del trabajo.

54. GUZMAN ZAPATER, Mónica: *El Acta Unica Europea, la creación del mercado interior y la protección de los consumidores: algunos problemas fundamentales*, «La Ley», 31 de marzo de 1988.

Análisis de las innovaciones que introduce el Acta Unica Europea en relación con la política de defensa de los intereses de los consumidores. En primer lugar se realizan algunas consideraciones previas relativas a la ejecución del Acta Unica en lo que concierne al mercado interior. En segundo lugar, se aborda el problema de la armonización de legislaciones, que en esta materia debe partir de un «nivel

de protección elevado». En tercer lugar, por último, se destacan importantes innovaciones técnicas en el proceso de adopción de decisiones, al dar paso a la regla de la mayoría cualificada y al contemplarse ciertos mecanismos tendentes a no forzar en un primer momento a los Estados miembros a la aplicación inmediata de las normas armonizadoras.

55. HERNÁNDEZ LOPEZ, Vidal: *Los peritajes dirimentes. Distinción con el arbitraje*, (I) «Actualidad Civil», núm. 24, 1988 (468), pp. 1493 y ss.; (II) «Actualidad civil», núm. 25, 1988 (487), pp. 1557 y ss.

Defiende el autor, entre otras conclusiones, la idea de que el arbitraje y el peritaje dirimente son dos instituciones complejas de Derecho privado y naturaleza contractual compromisoria, lo que no aboga por la supresión de los artículos 1.820 y 1.821 del Código civil, sino por su reforma, sobre todo la del segundo.

56. HERNANDO COLLAZOS, Isabel: *Contrato de arrendamiento: naturaleza jurídica. Arrendamiento de industria y de local de negocio*, comentario a la STS de 10 de abril de 1987, «CCJC», núm. 14, abril-agosto, 1987, pp. 4555 y ss.

57. JORDANO FRAGA, Francisco: *Eficacia del «ius retentionis» del mandatario-depositario frente al «dominus» extraño al contrato. Naturaleza del derecho de retención. Cumplimiento de la obligación de restitución del arrendatario por puesta a disposición de las cosas arrendadas en manos de un tercero*, comentario a la STS de 7 de julio de 1987, «CCJC», núm. 14, abril-agosto, 1987, pp. 4767 y ss.

58. JORDANO FRAGA, Francisco: *Indemnización en caso de resolución por incumplimiento de contrato sinalagmático. Lucro cesante. Indemnización calculada en moneda extranjera y conversión en moneda nacional. Actualización del importe líquido de la indemnización*, comentario a la STS de 26 de noviembre de 1987, «CCJC», núm. 15, septiembre-diciembre, 1987, pp. 5183 y ss.

59. LOPEZ SANCHEZ, Manuel Angel: *Las condiciones generales de los contratos en el Derecho español*, «RGLJ», octubre, 1987, pp. 609 y ss.

En el trabajo se analizan, en primer lugar, las condiciones generales de los contratos en el Derecho español anterior a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios: propuestas doctrinales de control, labor de la jurisprudencia e intervenciones normativas aisladas. En segundo lugar, las condiciones generales de los contratos en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios: noción legal de «condiciones generales», ámbito de aplicación de la disciplina, técnicas de control, consecuencias de este último y juicio crítico. En tercer lugar, por último, el Anteproyecto de la Ley sobre condiciones generales de la contratación.

60. MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos: *Carácter de arrendamiento: acto de administración o de disposición. Posibilidad de la madre de arrendar en nombre de su hijo menor de edad sin autorización judicial; consecuencias:*

anulabilidad, falta de legitimación del comprador; exclusión de analogía de la Ley de Arrendamientos Urbanos, comentario a la STS de 30 de marzo de 1987, «CCJC», núm. 14, abril-agosto, 1987, pp. 4545 y ss.

61. MATILLA ALEGRE, Rafael: *Evolución de la normativa aplicable al seguro de responsabilidad civil y sistema de responsabilidad civil*, «RGLJ», abril, 1987, pp. 545 y ss.

El autor analiza las líneas generales de la evolución del sistema de responsabilidad y las interferencias que existen entre tal sistema y el seguro de responsabilidad civil. A continuación aborda, primero, las normas especiales en que se hace patente tal evolución, con frecuencia imponiendo la contratación obligatoria de un seguro de responsabilidad civil y a veces regulándolo parcialmente, y luego la normativa de la Ley General del Seguro.

62. MERCADAL, Francisco: *Orden jurisdiccional competente en materia de contratos celebrados por la Administración Pública. Concepto de contrato administrativo. Incompetencia jurisdiccional civil en materia de contratos administrativos*, comentario a la STS de 9 de octubre de 1987, «CCJC», núm. 15, septiembre-diciembre, 1987, pp. 5059 y ss.

63. MIQUEL CALATAYÜD, Antonio: *Consideraciones generales sobre inversiones extranjeras*, «RCDI», núm. 585, marzo-abril, 1988, pp. 389 y ss.

Bajo el título ya indicado, en el trabajo se examinan los siguientes temas: en primer lugar, reflexiones generales sobre el Derecho comunitario en el área del derecho de circulación de capitales; en segundo lugar, consideraciones sobre la administratividad de la temática relativa al fenómeno «inversión extranjera»; en tercer lugar, referencia al Derecho internacional público y el régimen de inversiones extranjeras; en cuarto lugar, por último, nociones sobre el control de cambios y las inversiones extranjeras, poniendo de relieve las estrechas relaciones que median entre las legislaciones referidas a ambas materias.

64. MORENO QUESADA, Bernardo: *La protección de consumidores y usuarios al contratar*, «Actualidad Civil», núm. 4, 1988 (59), pp. 201 y ss.

El primer punto que se considera en el estudio es el de la delimitación del ámbito en el que se han de aplicar las normas que sobre contratación se contienen en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 18 de julio de 1984. El segundo, la protección otorgada por esta Ley, y que para el autor se articula mediante el establecimiento, por un lado, de un principio general, y, por otro, de unas normas concretas relativas a tres aspectos diversos, que son el de formación o celebración del contrato, el de fijación de su contenido y el de ejecución del mismo.

65. MULLERAT, Ramón: *La responsabilidad civil del fabricante*, «RJC», 1988 (1), pp. 95 y ss.

Durante los últimos años se han dictado numerosas disposiciones nacionales e internacionales para proteger al consumidor frente a los productos defectuosos.

Por lo que respecta a nuestra área económica, el 25 de julio de 1985 se dictó por la Comisión de las Comunidades Europeas una Directiva (85/374 CEE) relativa al acercamiento de los Estados miembros en materia de responsabilidad derivada de los productos defectuosos. En el trabajo se examina el contenido de la citada directiva y se compara con el Derecho vigente en materia de responsabilidad civil del fabricante en nuestro país, que se halla sustancialmente constituido por la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 19 de julio de 1984.

66. MUNAR BERNAT, Pedro A.: *Buena fe. Ejercicio de los derechos conforme a ella. Actos propios. Deshaucio por expiración del término contractual*, comentario a la STS de 21 de septiembre de 1987, «CCJC», núm. 15, septiembre-diciembre, 1987, pp. 5035 y ss.

67. MUÑOZ DE DIOS, Gerardo: *Condición resolutoria: cancelación si el pago es, por medio de letras de cambio y conceptos garantizables*, «La Ley», 29 de enero de 1988.

Con ocasión de algunas recientes resoluciones de la DGRN, en el trabajo se analizan dos aspectos importantes de la figura de la condición resolutoria: su cancelación cuando se establece que el pago de la cantidad asegurada se realizará por medio de letras de cambio, y qué conceptos cualitativos pueden asegurarse con ella.

68. O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: *Contrato de obra. Responsabilidad por ruina*, «Actualidad Civil», núm. 27, 1988 (522), pp. 1677 y ss.

En el trabajo se estudia, en primer lugar, el contrato de obra: concepto; diferencia con el contrato de prestación de servicios; elementos subjetivos, objetivos y formales; contenido, y riesgos. En segundo lugar, la responsabilidad por ruina de la obra: ideas previas y concepto de ruina, responsabilidad del contratista por incumplimiento del contrato de obra, responsabilidad del promotor o vendedor por incumplimiento de la obligación de entrega del contrato de compraventa y responsabilidad decenal de contratista y arquitecto derivada del contrato de obra.

69. PAU PEDRON, Antonio: *Configuración jurídica de la multipropiedad en España*, «RCDI», núm. 584, enero-febrero, 1988, pp. 9 y ss.

El autor analiza, en primer lugar, algunos de los problemas que se plantean al proyectar la calificación registral sobre una escritura de multipropiedad. En segundo lugar, la diversidad de soluciones adoptadas por las regulaciones extranjeras de los últimos años: leyes francesa y griega de 1986 y Ley argentina de 1987. En tercer lugar, por último, la multipropiedad en España: doctrina y criterios generales que se recogen en el Anteproyecto oficial redactado por la comisión encargada de elaborar un texto articulado que pueda servir de base para una regulación de la multipropiedad, y de la que el propio autor es presidente.

70. ROJO AJURIA, Luis: *Privilegio de los créditos refaccionarios; ámbito de la calificación refaccionaria de un crédito*, comentario a la STS de 21 de mayo de 1987, «CCJC», núm. 14, abril-agosto, 1987, pp. 4637 y ss.

71. RUIZ-RICO RUIZ-MORON, Julia: *Las causas de extinción del artículo 1.156 del Código civil y su aplicación a las obligaciones con prestación facultativa.* «RDP», febrero, 1988, pp. 114 y ss.

El trabajo tiene como objetivo comprobar el funcionamiento del artículo 1.156 cuando se enfrenta con una obligación con prestación facultativa. Comienza por el análisis de los supuestos en los que la realización de la prestación debida, previa la correspondiente elección, provoca la satisfacción del interés del acreedor; a ellos une el de aquellos otros que por distinta vía alcanzan el mismo resultado; así, la compensación y confusión, para ocuparse, en último lugar, de la remisión, la novación y la imposibilidad sobrevenida de la prestación.

72. SERNA MEROÑO, Encarna: *Cesión de bienes. Extinción de la obligación: condonación de la deuda,* comentario a la STS de 14 de septiembre de 1987, «CCJC», núm. 15, septiembre-diciembre, 1987, pp. 4993 y ss.

73. TORRES, Teodora F.: *Arrendamiento «ad meliorandum»: resolución por incumplimiento de la obligación de mejorar,* comentario a la STS de 4 de junio de 1987, «Poder Judicial», núm. 9, marzo, 1988, pp. 89 y ss.

74. TORRES, Teodora F.: *Arrendamiento de finca rústica: acceso a la propiedad. Determinación del precio conforme a la legislación de expropiación forzosa. Infracción de Ley,* comentario a la STS de 30 de abril de 1987, «CCJC», núm. 14, abril-agosto, 1987, pp. 4611 y ss.

75. TORRES LANA, José Angel: *Opción de compra. Prórroga del derecho de opción de compra inscrito en el Registro de la Propiedad. Carácter temporal del derecho de opción, Naturaleza y eficacia del acuerdo de prórroga,* comentario a la STS de 30 de septiembre de 1987, «CCJC», núm. 15, septiembre-diciembre, 1987, pp. 5049 y ss.

76. VALLADARES RASCON, Etelvina: *La jurisprudencia sobre cláusulas de estabilización después del Real Decreto-Ley 2/1985, sobre medidas de política económica,* «Poder Judicial», núm. 8, diciembre, 1987, pp. 63 y ss.

El artículo 9 del Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril, suprime la prórroga forzosa, establecida en el artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, para los contratos de arrendamiento de viviendas o de locales de negocio que se celebren después de la entrada en vigor del mismo. Nada se dispone en él respecto de las cláusulas de estabilización o revisión de renta, ni con referencia a los contratos celebrados antes de su entrada en vigor, ni a los celebrados después. Sin embargo, y como se muestra en el trabajo, ello ha supuesto una consolidación y ampliación de la doctrina anterior, en el sentido, no ya de admisión de las cláusulas de estabilización (que se encontraba reconocida antes en la jurisprudencia), sino de una progresiva ampliación de la formulación de las mismas, admitiendo supuestos que, conforme a la doctrina antigua, no hubieran merecido la consideración de tales. Por otra parte, la jurisprudencia posterior a la supresión de la prórroga forzosa, apunta tímidamente en algún caso la posibilidad de admitir auténticas cláusulas, no ya de estabilización, sino de elevación de renta.

77. VALLET DE GOYTISOLO, Juan: *Calificación jurídica: contratos atípicos. Simulación. Donación disimulada. Donación «mortis causa». Renta vitalicia. Contrato vitalicio, pensión alimenticia o de alimentos vitalicios*, comentario a la STS de 30 de noviembre de 1987, «CCJC», núm. 15, septiembre-diciembre, 1987, pp. 5229 y ss.

78. VATTIER FUENZALIDA, Carlos: *Interpretación de un contrato de obra. Valor de las reglas legales sobre la materia; la regla «in claris non fit interpretatio»*, comentario a la STS de 26 de noviembre de 1987, «CCJC», núm. 15, septiembre-diciembre, 1987, pp. 5209 y ss.

5. DERECHOS REALES Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD

79. AAVV: *Soluciones notariales al fenómeno de la llamada multipropiedad o propiedad a tiempo compartido*, «RDN», núm. 135, enero-marzo, 1987, pp. 7 y ss.

· Texto de las diversas ponencias presentadas al Tema II de la III Jornada Notarial Iberoamericana celebrada en Palma de Mallorca en 1987, dedicado precisamente a analizar el fenómeno de la multipropiedad desde el punto de vista notarial.

80. ALONSO PEREZ, Mariano: *Inmisiones. Competencia jurisdiccional para resolver conflictos derivados de la legislación de medio ambiente. Actos administrativos: inmisiones autorizadas. Contienda derivada de relación de vecindad entre personas físicas y persona jurídica privada*. Comentario a la STS de 3 de diciembre de 1987, «CCJC», núm. 15, septiembre-diciembre, 1987, pp. 5255 y ss.

81. ALVAREZ CAPEROCHIPI, José A.: *Ejecución hipotecaria, responsabilidad del adjudicatario por las deudas anteriores al remate, los privilegios de la Hacienda pública, naturaleza y valor de la cláusula de ceder a tercero, prescripción*, comentario a la STS de 30 de abril de 1987, «CCJC», núm. 14, abril-agosto, 1987, pp. 4603 y ss.

82. CALO, Emanuele: *Notas sobre el Proyecto de Ley italiano de multipropiedad*, «RDP», marzo, 1988, pp. 233 y ss.

Consideraciones preliminares y texto del Proyecto de Ley sobre multipropiedad que la llamada «comisión IRTI» ha redactado a instancias del Ministro de Obras Públicas italiano en fechas recientes.

83. CARRASCO PERERA, Angel: *Posesión, buena fe. Interrupción de la posesión para la usucapión. Usucapión ordinaria. Justo título*, comentario a la STS de 10 de julio de 1987, «CCJC», núm. 14, abril-agosto, 1987, pp. 4797 y ss.

84. COCA PAYERAS, Miguel: *Propiedad horizontal. Alteración de los elementos comunes: instalación de aparatos y tuberías de aire acondicionado. Modificación del título constitutivo: unanimidad del acuerdo autorizante*, comentario a la STS de 24 de junio de 1987, «CCJC», núm. 14, abril-agosto, 1987, pp. 4691 y ss.

85. COCA PAYERAS, Miguel: *Propiedad horizontal. Afección sobre el piso o local por los gastos generales: naturaleza; carácter preferente. Constancia registral de la afección: inscripción del régimen de la propiedad horizontal (constancia indeterminada); anotación preventiva de embargo (constancia determinada). Cancelación automática de la anotación preventiva. Principio registral de publicidad, legitimación y tracto*, comentario a la STS de 18 de mayo de 1987, «CCJC», núm. 15, septiembre-diciembre, 1987, pp. 4905 y ss.

86. CHICO ORTIZ, José María: *Los aspectos humano, sociológico y jurídico de la propiedad intelectual*, «RCDI», núm. 584, enero-febrero, 1988, pp. 107 y ss.

Análisis de la propiedad intelectual desde un triple orden de problemas: En primer lugar, aspecto humano: la idea y la creación; la persona humana como titular del derecho de propiedad intelectual; las diferentes formas de creación que se asemejan a la propiedad intelectual. En segundo lugar, aspecto sociológico: los intereses en juego que inciden sobre la propiedad intelectual, el derecho de acceso a la cultura del ciudadano, la conciliación de intereses. En tercer lugar, por último, aspecto jurídico: la legislación derogada y la nueva, avances y retrocesos, las diversas formas de protección del derecho moral y del contenido económico.

87. DEL RIO GARCIA DE SOLAS, Ignacio: *Hipoteca: cláusula de interés variable, interés moratorio. Objeto de la garantía por costas y gastos, vencimiento anticipado, extensión de la hipoteca, administración y posesión interinas*, comentario a la STS de 23 de octubre de 1987, «CCJC», núm. 15, septiembre-diciembre, 1987, pp. 5095 y ss.

88. FEAS COSTILLA, Javier: *El régimen jurídico de los terrenos ganados al mar*, «La Ley», 15 de junio de 1988.

Los terrenos ganados al mar, esto es, los que sobresalen permanentemente de su superficie por obra del hombre, se caracterizan por su origen artificial (frente a la incorporación de terrenos por causas naturales) y por ser precisamente en el lugar que antes ocupaba el mar invariablemente (no las playas o la zona marítimo-terrestre, incluidas las marismas) donde se alzan. En el trabajo se delimita su concepto y se analiza su régimen jurídico, teniendo en todo momento presente el Proyecto de Ley de Costas.

89. FERNANDEZ DEL POZO, Luis: *Derecho real de uso y poder de disposición*, «RCDI», núm. 584, enero-febrero, 1988, pp. 85 y ss.

Para el autor es interesante el estudio de la posibilidad de constituir un derecho real de uso con facultad de disposición sobre la cosa usada, por lo que pueda resultar de iluminador de la dogmática del uso, y de las posibilidades que la consagrada teoría del usufructo con facultad de disposición ofrece. Además, añade, es ocasión de aplicar algunas conclusiones de la discutida teoría sobre el tema vidrioso del llamado con mejor o peor fortuna «poder de disposición».

90. GRADO SANZ, María del Carmen, y RUANO BORRELLA, Juan Pablo: *Inscripción de arrendamiento de bienes inmuebles. El derecho de retorno*, «RCDI», núm. 583, noviembre-diciembre, 1987, pp. 1677 y ss.

«Este trabajo —señalan los autores— tiene como principal finalidad contestar al correspondiente tema de Derecho hipotecario del programa de registros (a excepción del derecho de opción) que, en cierto modo, se ha visto alterado por la publicación del Real Decreto-Ley de 30 de abril de 1985. La inscripción de arrendamientos, hasta hace poco casi intrascendente, ha cobrado nuevo interés al suprimir el citado Real Decreto la prórroga forzosa en los arrendamientos urbanos. Entendemos que es interesante, de cara al Registro de la Propiedad, volver sobre esta figura jurídica a la luz de su actual normativa, pensando que en un futuro no muy lejano pueda ser objeto de profunda reforma la Ley de Arrendamientos Urbanos.»

91. JIMENEZ DE CISNEROS CID, Francisco J.: *Zona marítimo-terrestre: naturaleza de dominio público. Desafectación por Ley y cesión al Ayuntamiento de Jávea*, comentario a la STS de 17 de junio de 1987, «CCJC», núm. 14, abril-agosto, 1987, pp. 4677 y ss.

92. JUFRESA PATAU, Francesc de P., y MARTELL PEREZ-ALCALDE, Cristóbal: *La protección judicial y extrajudicial de los derechos de autor*, «RJC», 1988 (2), pp. 409 y ss.

En primer lugar se analiza la protección judicial (genérica y específica) del Derecho de Autor, así como su ubicación y fundamento constitucional. En segundo lugar, la protección del Derecho de Autor en el sistema anterior a la vigente Ley de Propiedad Intelectual: la Ley de 10 de enero de 1879 y el anterior artículo 34 del Código Penal. En tercer lugar, la protección judicial del Derecho de Autor en la nueva Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de propiedad intelectual. En cuarto lugar, la protección extrajudicial del Derecho de Autor y, en quinto lugar, por último, la protección penal de este mismo Derecho.

93. LASARTE, Carlos: *Una paupérrima reforma de la Ley de Propiedad Horizontal. Comentario de urgencia a la Ley 2/1988, de 23 de febrero*, «La Ley», 24 de mayo de 1988.

Para quien tenga un cierto conocimiento de la práctica jurídica —señala el autor—, la mera noticia relativa a la reforma de la LPH merecerá de seguro en primer instancia una opinión favorable. En efecto, resulta total y definitivamente acreditado que la propiedad por pisos o, más ampliamente, la propiedad horizontal se encuentra actualmente sometida a un régimen jurídico que presenta demasiadas disfunciones y lagunas. Sin embargo —añade—, lo cierto es que la Ley de Reforma de 23 de febrero de 1988 es claramente insuficiente y no se comprende bien en virtud de qué razones se incrementa el trabajo parlamentario para retocar o precisar ciertos detalles que no son precisamente los que ofrecen mayor complejidad o dosis de litigiosidad de los diversos extremos relativos al denominado, en nuestro Derecho, «régimen de propiedad horizontal». En el tra-

bajo se estudia el «kiter» parlamentario y se realiza un comentario por separado de las diversas cuestiones que son objeto de modificación por parte de la Ley 2/1988 en relación con el texto originario de la Ley de Propiedad Horizontal.

94. LLEDO YAGÜE, Francisco: *Acción contradictoria de dominio. Cancelación o nulidad del asiento registral*, comentario a la STS de 6 de julio de 1987, «CCJC», núm. 14, abril-agosto, 1987, pp. 4757 y ss.

95. MADRID PARRA, Agustín: *El mercado hipotecario y títulos hipotecarios*, «RDBB», núm. 27, julio-septiembre, 1987, pp. 565 y ss.

96. MARTINEZ-CARDOS RUIZ, José Leandro: *El «ius ad rem», «RDP»*, enero, 1988, pp. 3 y ss.

Estudio sobre el llamado «ius ad rem», figura intermedia entre el verdadero Derecho real y el puro Derecho personal, sobre la que han teorizado algunos autores. Se trataría de una categoría intermedia entre el «ius in re» y el «ius obligationis» que no implica potestad inmediata sobre la cosa, pero que atribuye mayor poder sobre ella que la obligación y puede convertirse en Derecho real propio en ciertos casos.

97. MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos: *Reserva de dominio en venta a plazos de bienes muebles: embargo por deudas del comprador. Bienes muebles, inmuebles por destino. Extensión objetiva de la hipoteca. Artículo 464 del Código civil. Prueba pericial: libertad de apreciación del juzgador*, comentario a la STS de 3 de julio de 1987, «CCJC», núm. 14, abril-agosto, 1987, pp. 4747 y ss.

98. MIQUEL GONZALEZ, José María: *Prescripción de la acción reivindicatoria de inmuebles*, comentario a la STS de 29 de abril de 1987, «CCJC», núm. 14, abril-agosto, 1987, pp. 4591 y ss.

99. MISERACHS SALA, Pablo: *La nueva Ley de la Propiedad Intelectual. Normativa aplicable a las obras españolas a partir de la entrada en vigor de la Ley de 11 de noviembre de 1987*, «La Ley», 12 de febrero de 1988.

100. MORO SERRANO, Antonio: *La propiedad horizontal en la jurisprudencia de la Dirección y el Derecho francés*, «RCDI», núm. 583, noviembre-diciembre, 1987, pp. 1767 y ss.

La primera parte del trabajo está dedicada al análisis de la jurisprudencia de la DGRN sobre la propiedad horizontal a través del estudio de las treinta y cuatro resoluciones publicadas desde la entrada en vigor de la Ley hasta el año 1986, agrupadas en cuatro grandes apartados: resoluciones relativas a temas de carácter general (complejos inmobiliarios, situaciones de prehorizontalidad, derecho de elevación y Derecho transitorio), resoluciones en materia de elementos comunes, resoluciones en materia de elementos individuales o privativos, y, por último, otros temas. En la segunda parte se exponen las ideas fundamentales del Derecho francés en materia de propiedad horizontal.

101. ORTELLS RAMOS, Manuel: *El nuevo artículo 20.1 de la Ley de Propiedad Horizontal: embargo preventivo por deuda de gastos comunes*, «La Ley», 22 de julio de 1988.

La reciente Ley 2/1988, de 23 de febrero, ha reformado parcialmente la Ley de Propiedad Horizontal, dando nueva redacción, entre otros, al artículo 20 de la misma. Al citado precepto se incorpora un nuevo párrafo y sobre los problemas que plantea se centra el trabajo. Previamente, sin embargo, considera los antecedentes del nuevo precepto y su previsible finalidad.

102. PEREZ CANOVAS, Nicolás: *Problemas actuales en torno a la delimitación vertical de la propiedad sobre inmuebles por naturaleza*, «RCDI», núm. 586, mayo-junio, 1988, pp. 735 y ss.

El autor esboza algunas dudas y puntos de vista que permitan avanzar en la resituación de la delimitación vertical del dominio inmobiliario dentro de las coordenadas jurídicas del Derecho vigente. Desde tal perspectiva destaca dos aspectos en orden a su necesaria revisión: la doctrina del interés del «dominus soli» en la formulación ihieriana, en cuanto presupuesto básico sobre el que operar la extensión vertical del dominio, y, en conexión con esto, la naturaleza jurídica del espacio superior al fondo y del subsuelo, a fin de elucidar si es susceptible disociarlo jurídicamente para constituir autónomamente objetos de derechos.

103. QUINTANA, José María: *De la naturaleza de las aguas en el Derecho español*, «RCDI», núm. 583, noviembre-diciembre, 1987, pp. 1703 y ss.

Reflexiones sobre la reforma del Reglamento Hipotecario en materia de inscripción de las aguas realizadas a partir de la constatación de que se debe seguir distinguiendo hoy —como en la anterior legislación sobre aguas— entre dominio público hidráulico y las aguas de dominio privado. Para el autor del trabajo es evidente que la nueva legislación sobre aguas parte de la idea primordial y básica de que el agua es de dominio público y que su aprovechamiento por los particulares, más allá de lo que signifique el uso público de las mismas, exige concesión administrativa (art. 57.1 de la LA). Ahora bien —añade— ello no es óbice para reconocer determinados supuestos de aguas privadas (definitiva o transitoriamente privadas) que pueden estar sometidas al tráfico jurídico y que, al tener, en determinados casos, la consideración de bienes inmuebles (así las «aguas vivas o estancadas» a que alude el art. 334.8 del Cc), podrán tener acceso al Registro de la Propiedad. Nada hay que alegar —continúa— respecto del artículo 334.8 del Código civil, que debe de considerarse como absolutamente vigente, como tampoco puede cuestionarse la necesidad de que el Reglamento Hipotecario continúe previendo los distintos supuestos de inscripción de las aguas privadas sin perjuicio de la necesidad de adaptar su articulado a la nueva regulación sustantiva que, de las aguas, ha hecho la Ley.

104. RODRIGUEZ TAPIA, José Miguel: *Comentario al Auto de 5 de enero de 1988 del Juez de Primera Instancia número 2 de Palma de Mallorca, aplicando la nueva Ley de Propiedad Intelectual*, «Poder Judicial», núm. 9, marzo, 1988, pp. 79 y ss.

105. ROJO AJURIA, Luis: *Derecho de prenda sobre imposiciones a plazo fijo: depósito irregular, compensación*, comentario a la STS de 19 de septiembre de 1987, «CCJC», núm. 15, septiembre-diciembre, 1987, pp. 5023 y ss.

106. ROLDAN BARBERO, Horacio: *Personalismo y patrimonialidad en la reciente modificación de los delitos contra los derechos intelectuales*, «La Ley», 8 de abril de 1988.

Con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifica la Sección III del Capítulo IV del Título XIII del Libro II del Código penal, la estructura de los delitos contra las creaciones intelectuales ha sido profundamente reformada. Lo más llamativo de la reforma: la ruptura con el régimen de remisión normativa que secularmente ha presidido la regulación de las infracciones contra las obras producto de la inteligencia.

107. SANCHEZ DE LAMADRID AGUILAR, Carlos: *Estudio de jurisprudencia sobre reivindicación y deslinde de zona marítimo-terrestre*, «La Ley», 19 de febrero de 1988.

Señala el autor que las más recientes sentencias del Tribunal Supremo, recaídas en litigios iniciados por la Administración para reivindicar parcelas de dominio público en la zona marítimo-terrestre, suponen un importante giro, no sólo en relación con doctrinas administrativas recibidas, sino en la propia del alto Tribunal. Como resultado de esa evolución —añade—, terceros adquirentes, quienes en el registro aparecían con facultad para transmitir, no sólo no son mantenidos en su adquisición, sino condenados a reintegrar el dominio público, que resulta como usurpado.

108. SANTOS VIJANDE: Jesús María: *El Derecho y la acción de retracto: su caducidad*, «La Ley», 28 de junio de 1988.

Es de sobra sabido —señala el autor— que el derecho de retracto está sometido a un plazo de caducidad, ya venga éste determinado por prescripción legal o por voluntad de las partes. Esta circunstancia obliga a presentar la demanda dentro del tiempo señalado, so pena de incurrir en la decadencia del Derecho. Asimismo, tanto la jurisprudencia como la doctrina admiten en general que la caducidad, por su propia naturaleza, no puede ser objeto de interrupción.

El trabajo está motivado por una jurisprudencia consolidada que, fundamentalmente desde la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1940, parece romper «in casu», pero de raíz, con las premisas antes esbozadas y hasta entonces, y aún después en sede de doctrina, indiscutidas.

109. SEISDEDOS MUIÑO, Ana: *La concurrencia de un elemento intencional en el perturbador o despojante como requisito de los interdictos de retener y recobrar*, «RGLJ», julio, 1987, pp. 45 y ss.

Al examinar las sentencias dictadas por las Audiencias Territoriales y Provinciales en materia de interdictos posesorios, se observa una tendencia a exigir, como requisito indispensable para que el interdicto prospere, además de la posesión del interdictante y el acto de perturbación o despojo llevado a cabo por

el interdictado (elementos objetivos), la concurrencia en este último de un elemento subjetivo o intencional. También en la doctrina se encuentran algunos autores que mantienen la necesidad de este requisito. No faltan, sin embargo, autores y resoluciones judiciales que lo consideran innecesario, postura ésta que la autora defiende como correcta.

6. DERECHO DE FAMILIA

110. ARECES PIÑOL, María Teresa: *La declaración de «ajuste al Derecho del Estado» en el supuesto de la simulación, «RDP»*, enero, 1988, pp. 17 y ss.

Cuando la causa que ha motivado la nulidad canónica del matrimonio no encuentra una figura paralela en el artículo 73 del Código civil, sino que deviene una causa «sobreañadida», se produce una discrepancia doctrinal y jurisprudencial en lo que se refiere a la «declaración de ajuste al Derecho del Estado» y, como consecuencia de ello, a otorgar o no eficacia civil a estas resoluciones eclesiásticas. Una de las discrepancias al respecto la produce la figura jurídica de la simulación del consentimiento matrimonial, y fundamentalmente la llamada simulación parcial o reserva mental.

111. ERECHEDERRA ARANZADI, Luis Ignacio: *Fianza y bienes de conquista (ejercicio del comercio y Derecho Foral en Navarra. La STS de 16 de febrero de 1987)*, «RDM», núms. 183-184, enero-junio, 1987, pp. 63 y ss.

Sostiene el autor, a modo de conclusiones, que si el consentimiento del otro cónyuge no cuestiona, como no puede cuestionar la validez de la constitución unilateral de una fianza por un cónyuge, no tiene sentido que, apriorísticamente, por vías de responsabilidad se cuestione, si no su eficacia, si su viabilidad práctica, negocial como tal garantía. El mantenimiento del actual párrafo segundo de la Ley 61 de la compilación de Navarra —añade—, puede llevar a dos absurdos. O bien a que las entidades de crédito impongan en Navarra, y para aforados navarros, la necesidad de la concurrencia del otro cónyuge cuando se trata de establecer una garantía de este tipo, introduciendo así —por vía de hecho— una disminución de la capacidad negocial de los mismos, o que los Tribunales inapliquen esta norma como perturbadora o injustificada.

112. BALLESTEROS ALONSO, Manuel: *Los requisitos del pacto de sobrevivencia en Cataluña*, «RCDI», núm. 585, marzo-abril, 1988, pp. 453 y ss.

La compilación del Derecho civil de Cataluña regula en el Título III del Libro I «el régimen económico conyugal». Este es el encuadre que el legislador ha querido para una peculiar institución catalana: las compras con pacto de sobrevivencia, a las que se dedican los dos artículos (61 y 62) que constituyen el capítulo XII del título ya indicado.

113. CABANILLAS SANCHEZ, Antonio: *Capitulaciones matrimoniales que determinan la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, inoponibilidad al acreedor de la modificación del régimen económico matrimonial. Carácter subsidiario de la acción rescisoria. Preservación de los derechos de los acreedores*

en la liquidación de la sociedad de gananciales, anotación de embargo, prueba pericial, cuestión de hecho, comentario a la STS de 17 de noviembre de 1987, «CCJC», núm. 15, septiembre-diciembre, 1987, pp. 5161 y ss.

114. CASTRO LUCINI, Francisco: *Notas sobre la nueva regulación legal de la adopción*, «RCDI», núm. 584, enero-febrero, 1988, pp. 159 y ss.

Reflexiones sobre la filiación adoptiva tras la Ley 11/1987, de 11 de noviembre, de modificación de determinados artículos del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción.

115. CLAVERIA GOSALBEZ, Luis Humberto: *Validez del contrato destinado a regular los efectos de la disolución del matrimonio. Necesidad de aprobación judicial. Condición suspensiva. Interpretación de contrato*, comentario a la STS de 25 de junio de 1987, «CCJC», núm. 14, abril-agosto, 1987, pp. 4703 y ss.

116. CRESPO DE MIGUEL, Luis: *El matrimonio en los dictámenes oficiales sobre el Proyecto de Código civil español de 1851*, «RGLJ», mayo, 1987, pp. 653 y ss.

El Proyecto de Código civil español de 1851 fue sometido por el Gobierno a información pública y a esta convocatoria respondieron enviando dictámenes sobre el futuro Código, el Tribunal Supremo, nueve Audiencias Territoriales, el Tribunal de la Rota, la Universidad de Salamanca y varios obispos. El autor analiza estos documentos, inéditos hasta ahora, en lo referente al matrimonio y su regulación en el citado Proyecto.

117. CUTILLAS TORNS, José María: *El error en las cualidades personales como causa de nulidad matrimonial*, «La Ley», 2 de febrero de 1988.

El estudio del artículo 73.4 del Código civil que lleva a su autor a mantener, entre otras conclusiones, que el error en las cualidades personales ha ofrecido y ofrece problemas en la interpretación, fundamentalmente por la falta de precedentes en nuestro sistema y por la inaplicabilidad en su sede del homónimo vicio que se produce en el ámbito contractual.

118. DIAZ-AMBRONA BARDAJI, María Dolores: *La responsabilidad de los cónyuges en el ejercicio de la potestad doméstica en el sistema del artículo 1.319 del Código civil*, «Actualidad Civil», núm. 11, 1988 (194), pp. 641 y ss.

A juicio de la autora sería conveniente suprimir el contenido del artículo 1.319 del Código civil, que tenía su razón de ser cuando el Derecho matrimonial se fundaba en el principio de concentración de poder o unidad de dirección —atribuido al marido—, pero no tiene razón de ser ahora cuando rige el principio de igualdad jurídica unido al de libertad de pacto, si queremos de verdad que tenga efectividad real este último. De no hacerse así —añade—, sería deseable, de «lege ferenda», introducir una modificación en el sentido de que cese la posibilidad de vincular bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica en las separaciones de hecho que consten fehacientemente, salvo pacto en contrario.

119. DIEZ DEL CORRAL Y RIVAS, Jesús: *La filiación de los nacidos con ayuda de las nuevas técnicas de procreación artificial humana*, «RDP», junio, 1988, pp. 539 y ss.

En el trabajo se analiza una cuestión básica en el Derecho civil, como es la de determinar a la luz del Derecho positivo actual español, en toda su integridad de ordenamiento jurídico completo, la filiación de las personas nacidas como consecuencia de las nuevas técnicas de reproducción humana. Para ello se examinan, exhaustiva y sistemáticamente, desde los casos más simples a los más complejos, las hipótesis hoy posibles en la realidad según los avances de la biomédica, y en cada una de las hipótesis, a la luz del Derecho vigente, se señala cómo debe inscribirse la filiación en la inscripción de nacimiento practicada dentro o fuera de plazo, así como las posibilidades de impugnar la filiación inscrita, si ésta no resulta estar de acuerdo con la verdad biológica.

120. FERRANDIS VILELLA, José: *Reflexiones sobre la reforma del régimen de la filiación. En particular, la inserción del hijo no matrimonial en la familia del progenitor*, «La Ley», 10 de junio de 1988.

La vigencia del principio de igualdad «dentro y fuera de la familia» significa que la equiparación de efectos entre todas las modalidades de filiación no es algo que afecte exclusivamente al hijo no matrimonial en su «status» y en las relaciones con sus progenitores, sino que trasciende de ellas para proyectarse sobre un ámbito más amplio. Y, sin que pueda decirse que esta faceta haya pasado inadvertida para los comentaristas de la reforma de 1981, lo cierto es que ha quedado un tanto en la penumbra, como oscurecida por otros aspectos más llamativos de aquélla.

121. GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: *El derecho de familia en el final del siglo XX*, «RGLJ», julio, 1987, pp. 17 y ss.

¿Tenemos hoy por hoy un concepto claro de lo que hay que entender por la familia a efectos jurídicos?; ¿es exactamente igual o no lo es para el Derecho estar casados que vivir juntos sin haber contraído matrimonio?; ¿qué decir de la relación paterno y maternofilial, de los hijos matrimoniales y los no matrimoniales?; ¿quid iuris respecto a la inseminación artificial y a la fecundación *in vitro* ante el Derecho, y del divorcio y sus efectos respecto a la institución matrimonial? Entiende el autor del trabajo que el jurista no puede soslayar el formar recto criterio acerca de los interrogantes enunciados, tras plantearse los seriamente y en profundidad.

122. GULLON BALLESTEROS, Antonio: *Sobre la Disposición Transitoria 7.ª de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de reforma del Código civil*, «La Ley», 29 de marzo de 1988.

La Disposición Transitoria 7.ª de la Ley 11/1981 —señala el autor—, se remite a la «legislación anterior», y es indudable que dicha legislación la constituye el Código civil tras y como quedó afectado por la Disposición Derogatoria 3.ª de la Constitución. La dificultad en este caso —añade—, estriba en precisar el alcance de la derogación en materia de acciones de filiación o, si se quiere, en

el alcance a estos efectos del principio de igualdad de todos los españoles, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento (art. 14 de la CE).

123. LLEDO YAGUE, Francisco: *Filiación extramatrimonial*, comentario a la STS de 14 de noviembre de 1987, «La Ley», 16 de marzo de 1988.

124. LOIS PUENTE, José Manuel: *Comentario al artículo 1.370 del Código civil*, «La Ley», 17 de junio de 1988.

El trabajo estudia los orígenes de la norma, los criterios doctrinales, la justificación del carácter excepcional del precepto y en qué peca de menos la doctrina al interpretar el artículo 1.370 del Código civil.

125. LORCA NAVARRETE, Antonio María: *Aspectos procesales de la nueva Ley de Adopción*, «La Ley», 19 de abril de 1988.

En el trabajo se examinan las siguientes cuestiones de la Ley de Adopción que afectan al ámbito del Derecho procesal: proceso sobre exclusión de la patria potestad en el adoptante y sobre la extinción de la adopción, expediente de jurisdicción voluntaria en orden a la constitución del acogimiento familiar del menor y expediente de jurisdicción voluntaria sobre constitución de la adopción.

126. MERINO GUTIERREZ, Arturo: *Las uniones libres y su perspectiva actual (Las parejas no casadas)*, «La Ley», 1 de marzo de 1988.

Reflexiones sobre las llamadas «uniones libres» que llevan al autor a defender la idea de que el Derecho debe dar un paso más en la democratización de la vida civil, sin perjuicio del respeto a los modos tradicionales de organización de la sociedad española y su adecuada protección. Como dijera recientemente el Tribunal Supremo, en la sentencia de 15 de julio de 1986 —señala— es innegable la existencia de relaciones familiares al margen de la institución matrimonial.

127. MORO ALMARAZ, María Jesús: *Procreación, paternidad y fecundación artificial*, «Actualidad Civil», núm. 23, 1988 (448), pp. 1425 y ss.

En palabras de su autora, el trabajo tiene la pretensión de suscitar la reflexión sobre dos cuestiones centrales previas a la profundización en la problemática jurídica de las técnicas, genérica y popularmente, encuadradas en la denominación de «fecundación in vitro»: la transcendencia de la biología y la voluntad como presupuestos legales del concepto de paternidad, que será decisivo en la determinación de la filiación, y la delimitación de los destinatarios de las mencionadas prácticas.

128. PABLO CONTRERAS, Pedro: *Sociedad conyugal aragonesa. Sociedad de hecho. Prueba de presunciones. Confesión ante Tribunal Eclesiástico. Medidas provisionales por demanda de separación conyugal: duración. Alimentos*, comentario a la STS de 10 de noviembre de 1987, «CCJC», núm. 15, septiembre-diciembre, 1987, pp. 5139 y ss.

129. PERLINGIERI, Pietro: *La familia en el sistema constitucional español*, «RDP», febrero, 1988, pp. 107 y ss.

La familia, como cualquier otro instituto jurídico, viene estudiada en el ámbito de la legalidad constitucional; los principios y los valores del ordenamiento tienen su influencia sobre todos los sectores del Derecho civil, por lo que interesa tener presente, en la actividad de interpretación y cualificación de los hechos, la filosofía presente en el Derecho constitucional, esto es, la visión del mundo, los valores jerarquizados que caracterizan cualitativamente el nuevo orden socio-económico del país.

130. RAGEL SANCHEZ, Luis Fernando: *Deuda privativa contraída por un cónyuge, embargo de bienes adjudicados al cónyuge no deudor, anotación preventiva de embargo*, comentario a la resolución de la DGRN de 16 de febrero de 1987, «CCJC», núm. 14, abril-agosto, 1987, pp. 4533 y ss.

131. RAMS ALBESA, Joaquín: *La oficina de farmacia en la sociedad de gananciales*, «RGLJ», septiembre, 1987, pp. 357 y ss.

El que la forma de ejercicio profesional, entre otras posibles, y el que el establecimiento físico propiamente dicho —el local comercial— estén ambos sujetos a unas estrictas normas administrativas, no convierten a la oficina de farmacia, en opinión del autor, en un bien privativo del cónyuge farmacéutico, en todo caso, y por ello insusceptible de cotitularidad bajo la disciplina de la sociedad de gananciales.

132. RIVERO HERNANDEZ, Francisco: *Filiación no matrimonial. Acción de reclamación de filiación. Pruebas biológicas*, comentario a la STS de 17 de julio de 1987, «CCJC», núm. 14, abril-agosto, 1987, pp. 4829 y ss.

133. RIVERO HERNANDEZ, Francisco: *Filiación extramatrimonial. Acción mixta de reclamación-impugnación de paternidad. Legitimación activa y caducidad de la misma*, comentario a la STS de 5 de noviembre de 1987, «CCJC», núm. 15, septiembre-diciembre, 1987, pp. 5125 y ss.

134. ROMERO COLOMA, Aurelia María: *Problemática procesal de los juicios matrimoniales* (I), «Actualidad Civil», núm. 8, 1988 (140), pp. 457 y ss. (II), «Actualidad Civil», núm. 12, 1988 (210), pp. 697 y ss.

Tras unas breves consideraciones introductorias y una referencia histórica, el trabajo se centra en el estudio de los juicios matrimoniales en el Derecho vigente: normativa aplicable, principios de los juicios matrimoniales, las partes en el proceso matrimonial, la prejudicialidad en el proceso matrimonial, la competencia objetiva y territorial y, por último, la postulación en el proceso matrimonial.

135. RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel: *La tutela «ex lege», la guarda y el acogimiento de menores* (I), «Actualidad Civil», núm. 2, 1988 (24), pp. 57 y ss. (II), «Actualidad Civil», núm. 3, 1988 (44), pp. 137 y ss.

136. SANCHEZ PRIETO, Alejandro: *La audiencia del menor en las causas matrimoniales*, a propósito de la STS (Sala 1.^a) de 14 de mayo de 1987, «La Ley», 9 de febrero de 1988.

137. SANZ VIOLA, Ana María: *La gestión de los bienes gananciales y las adquisiciones a título oneroso, y a costa del caudal común, realizadas por uno de los cónyuges por separado*, «RCDI», núm. 583, noviembre-diciembre, 1987, pp. 1753 y ss.

La autora, después de analizar los supuestos en que son válidas, de acuerdo con las normas del Código civil, las adquisiciones a título oneroso y a costa del caudal común realizadas por uno solo de los cónyuges, plantea los efectos de las mencionadas adquisiciones en los dos casos que a su juicio ofrecen mayor trascendencia: primero, inscripciones del bien inmueble adquirido en el Registro de la Propiedad, estudiando la forma de realizarla y sus repercusiones en orden a la administración y disposición del bien; segundo, adquisiciones con parte del precio aplazado, dedicando especial atención a la responsabilidad por el precio aplazado.

138. SERRANO GARCIA, F. Javier: *El reconocimiento testamentario de la filiación no matrimonial no exige la aprobación judicial*, «Actualidad Civil», núm. 13, 1988 (228), pp. 745 y ss.

El autor llega a la conclusión de que este tipo de reconocimiento, el testamentario, excluye, mientras no se reforme la materia, la aprobación judicial o el consentimiento del representante legal, quedando únicamente abierta la vía de la suspensión de la inscripción a petición de la madre, que prevé el propio artículo 124 del Código civil, o bien la acción de impugnación de la filiación del artículo 140 del Código civil.

139. SERRANO RUIZ-CALDERON, José Miguel: *Aspectos jurídicos de dos documentos sobre bioética. Postura católica e Informe Palacios, estudio sobre una antítesis*, «RGLJ», junio, 1987, pp. 923 y ss.

A juicio del autor, en lo que concierne a nuestra nación, y en especial a los católicos españoles, son dos las tomas de posición respecto a las nuevas técnicas de reproducción humana que revisten mayor interés. Por un lado, el informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación «In Vitro» y la Inseminación Artificial Humana de 6 de marzo de 1986, elaborado a instancias del Parlamento Español, y sobre el que se ha basado una proposición de Ley presentada por el grupo parlamentario socialista; por otro, el documento de la congregación para la doctrina de la fe, de marzo de 1987, titulado «Instrucciones sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación». Objeto del estudio es la consideración de las sustanciales discrepancias que presentan los dos documentos.

140. VALLADARES RASCON, Etelvina: *Notas urgentes sobre la nueva Ley de Adopción*, «Poder Judicial», núm. 9, marzo, 1988, pp. 29 y ss.

La Ley 21/1987, de 11 de noviembre, modifica determinados artículos del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de adopción; la

trascendencia de la reforma, que introduce importantes novedades, y la conveniencia de contar con un primer panorama de la misma justifican estas «notas urgentes», que ofrecen una primera aproximación a su problemática y dan noticia de la escasa bibliografía producida hasta la fecha. Se analizan los principios inspiradores de la reforma, la figura del menor desamparado (que constituye un elemento fundamental del sistema) y, con particular atención, las instituciones del acogimiento y la adopción.

141. VEGA SALA, Francisco: *Causa de divorcio 3, a) del artículo 86 del Código civil*, comentario a la sentencia de la Audiencia Territorial de Sevilla de 6 de marzo de 1987, «RGLJ», abril, 1987, pp. 633 y ss.

142. VICENTE DIAZ, Matilde: *Cuestiones sustantivas y procesales de los bienes gananciales en la crisis matrimonial*, «Actualidad Civil», núm. 5, 1988 (79), pp. 265 y ss.

Surgida la crisis matrimonial y a la hora de liquidar la sociedad de gananciales, los bienes inmuebles no ofrecen por lo general mayores problemas, salvo que alguno de ellos haya constituido la llamada «vivienda familiar». El trabajo analiza los efectos que produce la calificación de una vivienda como familiar y el derecho de ocupación regulado en el artículo 96 del Código civil.

143. YSES SOLANES, María: *Derecho de Cataluña. Donación «propter nuptias»: Irrevocabilidad. Fideicomiso «si sine liberis decesserit». De residuo. Usurpación. «Usatge Omnes causae»*, comentario a la STS de 27 de abril de 1987, «CCJC», núm. 14, abril-agosto, 1987, pp. 4579 y ss.

144. ZARRALUQUI, Luis: *El levantamiento de la carga alimenticia de los hijos después de la mayoría de edad en los procesos matrimoniales*, «La Ley», 8 de julio de 1988.

El autor llega a la conclusión de que debe mantenerse la efectividad y, por tanto, la ejecutoriedad del pronunciamiento judicial que, dentro de los efectos definitivos de la separación y el divorcio, se refiera a la determinación de la participación de cada cónyuge al levantamiento de la carga familiar consistente en el cumplimiento de la obligación alimenticia de ambos cónyuges respecto de sus hijos, aunque éstos alcancen la mayoría de edad, mientras persista la obligación.

7. DERECHO DE SUCESIONES

145. ALBALADEJO GARCIA, Manuel: *Duda sobre si el testador quiso un representante o un sustituto vulgar del instituido*, «Actualidad Civil», núm. 20, 1988 (381), pp. 1193 y ss.

El trabajo está dedicado a señalar cómo se puede averiguar si el testador que llamó a un heredero a suplir a otro, quiso a aquél como sustituto vulgar de éste o, diferentemente, como su representante sucesorio, cuando no especifica haberlo querido en un concepto o en otro.

146. BORRAS RODRIGUEZ, Alegría: *La sucesión abintestato en ausencia de parientes llamados en el Derecho interregional español*, «La Ley», 15 de enero de 1988.

La admisión a trámite, mediante Providencia de 16 de septiembre de 1987, del recurso de inconstitucionalidad 1.188/87, planteado por el Gobierno del Estado contra determinados preceptos de la Ley 9/87, de 25 de mayo, del Parlamento de Cataluña, sobre sucesión intestada, ha reavivado la polémica que, en su día, surgiera al modificarse el artículo 248 de la Compilación de Cataluña. Sin que sea el único extremo a que se refiere el referido recurso, el objeto del trabajo, atendido su interés desde el punto de vista del Derecho interregional, es aportar algunos datos en torno al tema del destino de los bienes de quien fallece sin haber otorgado testamento y carece de cónyuge y parientes llamados a la herencia por la Ley sucesoria, lo cual implica examinar el título en virtud del cual tales bienes reciben un determinado destino. Sólo así es posible comprender y concretar el sentido del llamamiento que en tal caso pueda realizarse.

147. CORRETJA I TORRENS, Mercé: *Reformes recents del Dret de Sucesió a Catalunya. Les Lleis de 25 de maig de 1987*, «RJC», 1988 (2), pp. 429 y ss.

El trabajo, en palabras de su autora, tiene como objetivo comentar las reformas operadas por tres leyes que recientemente ha aprobado el Parlamento de Cataluña, y que son la Ley 9/1987, de 25 de mayo, de sucesión intestada; la Ley 10/1987, de 25 de mayo, de reforma del artículo 6 de la compilación de Derecho civil de Cataluña, y la Ley 11/1987, también de 25 de mayo, de reforma de las reservas legales, teniendo presentes los antecedentes históricos y los inmediatos, y algunas consideraciones sobre las técnicas legislativas empleadas y los trabajos parlamentarios previos a la aprobación definitiva. A grandes rasgos, añade, la promulgación de estas tres leyes inicia una segunda etapa en el desarrollo del Derecho civil catalán, tal y como declara el preámbulo de la Ley 9/1987, una vez concluida la primera con la promulgación del Texto Refundido de la Compilación del Derecho civil de Cataluña, aprobado por Decreto Legislativo 1/1984, de 19 de julio, que va a representar la adaptación de ésta a los principios constitucionales y la modificación del artículo 1. La etapa ahora iniciada tiene como finalidad (según el preámbulo de la Ley 9/1987 antes citada) el «desarrollo de nuestra legislación para acomodarla a la realidad catalana de hoy». El grado de cumplimiento de este objetivo y la forma como se ha llevado a cabo también se examinan en el trabajo.

148. CRISTOBAL MONTES, Angel: *La responsabilidad de los legatarios de toda la herencia*, «RDP», mayo, 1988, pp. 427 y ss.

En el trabajo se estudian los orígenes del artículo 891 del Código civil; el problema de la relación entre este precepto y el artículo 887 del mismo Código; la responsabilidad de los legatarios, especialmente su carácter mancomunado o solidario; por último, el problema de la voluntad contraria del testador.

149. FERNANDEZ DEL POZO, Luis: *La fiducia sucesoria. Ensayo de construcción dogmática*, «RCDI», núm. 583, noviembre-diciembre, 1987, pp. 1731 y ss.

Desde la ya famosa sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1944, la doctrina ha venido reconociendo la utilidad dogmática de la «fiducia» para encuadrar bajo un mismo «nomen iuris» una serie dispar de instituciones tanto de Derecho común como forales: el testamento por comisario, los herederos distributarios, las llamadas cláusulas de confianza, las cláusulas «sub modo», los herederos o legatarios de confianza, la fiducia continuada y los fiduciarios-comisarios, el fideicomiso y la sustitución fideicomisaria, etc. Tampoco ha dejado de llamar la atención a nuestra doctrina la relativa proximidad de otras figuras del Derecho nacional y comparado, tales como singularmente son los legados, el albaceazgo, el «trust» del «Common Law» o instituciones como el «Treuhand» o «Salman» del Derecho germánico. Todo ello —señala el autor— hace conveniente un intento de construcción dogmática de la fiducia para evitar que se haga de ella un nombre carente de rigor en su contenido, a modo de cajón de sastre, y tranquilizador de la conciencia de juristas, sirviendo de percha a instituciones incómodas o extrañas a las ideas y principios informadores del Derecho sucesorio común.

150. GONZALEZ PACANOWSKA, Isabel: *Interpretación del testamento: utilización de medios extrínsecos, aplicación de normas sobre la interpretación de los contratos. Sustitución vulgar y derecho de acrecer: prelación del heredero instituido. Delación del sustituto*, comentario a la STS de 9 de junio de 1987, «CCJC», núm. 14, abril-agosto, 1987, pp. 4669 y ss.

151. GULLON BALLESTEROS, Antonio: *Donación de acciones con cláusula de sustitución del donatario*, «La Ley», 26 de abril de 1988.

Don Juan otorgó escritura de donación en favor de sus hijos Antonio y Enrique. A Antonio le donó la nuda propiedad de las acciones que poseía en «X», S. A., y a Enrique el usufructo. Dispuso que a la muerte de Antonio la nuda propiedad pasaría a los hijos de Enrique.

Muerto Antonio, se plantea la cuestión de si sus herederos han de restituir las mismas acciones donadas en nuda propiedad, o bien han de entregar éstas y las acciones suscritas en las ampliaciones de capital de «X», S. A., utilizando el derecho de suscripción preferente que correspondía a Antonio y, en este segundo caso, qué obligaciones tienen los hijos de Enrique.

152. LANZAS GALVACHE, Joaquín, y RODRIGUEZ LOPEZ, Félix: *El derecho de representación del artículo 814, párrafo 3.º, del Código civil*, «RCDI», núm. 586, mayo-junio, 1988, pp. 935 y ss.

Los autores examinan, en primer lugar, el sistema anterior a la reforma de 1981 (tesis del derecho de representación; representación amplia, intermedia y restringida; tesis de la preterición), para, a continuación, centrarse en el sistema que deriva del actual Derecho vigente: su conexión con el régimen anterior, los requisitos de actuación de la norma, las diferencias con la preterición, el contenido objetivo de la atribución y, por último, los otros efectos de la norma.

153. LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, Carmen: *Algunos problemas de la preterición intencional de los hijos o descendientes*, «RCDI», núm. 585, marzo-abril, 1988, pp. 357 y ss.

En el trabajo se analizan los problemas que plantea la anulación de la institución de heredero y el respeto a lo ordenado por el testador: párrafos 2.º, número 2, y 5.º del artículo 814 del Código civil tras su modificación por la Ley de 13 de mayo de 1981.

154. PUIG FERRIOL, Luis: *Interpretación de testamento. Sustitución fideicomisaria de residuo. Sustitución preventiva de residuo. Prohibiciones de disponer*, comentario a la STS de 2 de septiembre de 1987, «CCJC», núm. 15, septiembre-diciembre, 1987, pp. 4983 y ss.

155. QUINTANA PETRUS, Josep María: *La reserva clásica a Catalunya. Una aproximació des de la nova regulació legal*, «RJC», 1988 (3), pp. 555 y ss.

Estudio sobre la reserva clásica catalana que parte de la Ley 11/1987, de 25 de mayo, sobre reforma de las reservas legales. La reserva clásica o binupcial es una institución jurídica que implica una restricción de la libertad de disponer respecto de determinados bienes caracterizados por su procedencia (los adquiridos a título lucrativo del cónyuge premuerto, bien directamente, bien de manera indirecta por vía de sucesión intestada de un hijo o descendiente común también premuerto), en favor de determinadas personas o reservatarios (los hijos y descendientes comunes de la disuelta relación conyugal), cuando aquel que ha devenido titular de los bienes o reservista (el cónyuge sobreviviente), contrae una nueva relación matrimonial o de parentesco (tiene un hijo fuera del matrimonio o adopta uno en forma plena).

156. VALLET DE GOYTISOLO, Juan: *Donación «mortis causa». Asignaciones en pago de dote y legítima paterna «a posibilidad de la casa» en Aragón*, comentario a la STS de 10 de diciembre de 1987, «CCJC», núm. 15, septiembre-diciembre, 1987, pp. 5271 y ss.

8. VARIA

157. MUÑOZ ROJAS, Tomás: *Sobre la importancia del procedimiento jurídico*, «Actualidad Civil», núm. 10, 1988 (172), pp. 577 y ss.

Entiende el autor que cabe decir que el procedimiento jurídico tiene justificación propia, constituye una base importante de equilibrio jurídico, ostenta carácter instrumental e imprescindible y es, por último, de índole adjetiva y previa en el orden del obrar y, por consiguiente, del ser jurídico que está inexorablemente destinado a la actuación.

158. MIRAMBELI I ABANCO, Antoni: *La sentència del Tribunal Constitucional 74/1987, de 25 de maig: la seva repercussió en el concepte d'oficialitat lingüística*, «EJC», 1988 (1), pp. 173 y ss.

159. SALVADOR CODERCH, Pablo: *La reforma de las enseñanzas de Derecho en España*, «La Ley», 8 de marzo de 1988.

II. DERECHO MERCANTIL

1. PARTE GENERAL. EMPRESA

160. CREMADES, Bernardo M.: *La protección al inversor: «insider trading»*, «La Ley», 19 de enero de 1988.

La reciente propuesta de directiva del Consejo de las Comunidades Europeas sobre coordinación de las normas relativas a las operaciones de los iniciados y el Anteproyecto de Ley para la reforma del mercado de valores, obligan a los operadores del tráfico mercantil y a sus asesores jurídicos a abordar directamente el tema del «Insider trading», o tráfico de información confidencial en el mundo de los negocios.

161. ESPINAR LAFUENTE, Francisco: *El alcance de las patentes de invención en la nueva Ley*, «RGLJ», abril, 1987, pp. 499 y ss.

Estudio sobre las patentes de invención en la nueva Ley española de 20 de marzo de 1986. Para el autor se trata de una reforma tan radical que va a suponer un enorme vuelco en toda la práctica jurídica, aún cuando el mismo se escale en varias etapas hasta 1992-1995. En conjunto —añade—, la reforma es muy positiva, si se considera, sobre todo, que partíamos de una situación de Derecho, la del Estatuto de 1930, que era claramente insatisfactoria.

162. GARCIA PEREZ, Jacinto: *Juicio crítico en torno al artículo 135 de la nueva Ley de Patentes (competencia y procedimiento)*, «La Ley», 3 de junio de 1988.

El autor sostiene, a modo de conclusión, que la nueva Ley de Patentes es un texto cuyo contenido sustantivo —por lo general— es digno de estima; que si bien algunos planteamientos no son muy correctos, ciertamente puede contribuir a una mayor tutela de los derechos en ella amparados, tanto por razón del procedimiento que elige para «actuarlos» (es el más aprovechable), como por razón de la «especialización» que impone, a través de modificaciones en las reglas de competencia (contenido esencial del artículo 125 de la misma), que muy difícilmente puede sostenerse, chocan frontalmente con la idea de Juez legal.

163. GOMEZ SEGADE, José Antonio: *Panorama de la nueva Ley de Patentes española (2.ª parte)*, «RJC», 1988 (1), pp. 9 y ss.

164. GUIX I CASTELLVI, Víctor: *Ley de Patentes 11/1986, de 20 de marzo*, (I) «Actualidad Civil», núm. 15, 1988 (277), pp. 889 y ss. (II) «Actualidad Civil», núm. 16, 1988 (297), pp. 937 y ss.

El autor justifica el trabajo dedicado a la nueva Ley de Patentes en una razón doble: en primer lugar —señala— a pesar del tiempo transcurrido desde que se publicó, esta Ley sigue siendo la gran desconocida, salvo en los medios especializados no muy abundantes. Esta realidad choca con la importancia de esta Ley, por la indudable entidad de los intereses en juego y por los muchos destinatarios reales que la misma tiene. En segundo lugar, su análisis actual permite hacer,

a diferencia de lo que ocurría en la fecha de su publicación, un examen crítico derivado de su aplicación práctica. Permite hacer un cierto balance después de transcurrido un tiempo desde su entrada en vigor.

165. HERAS LORENZO, Tomás: *Uso como marca de la forma del producto. Calificación como modelo industrial. Compatibilidad entre marca y modelo industrial*, comentario a la STS de 9 de julio de 1987, «CCJC», núm. 14, abril-agosto, 1987, pp. 4789 y ss.

166. SACRISTAN REPRESA, Marcos: *Protección en España del nombre comercial unionista*, comentario a la STS de 3 de febrero de 1987, «Poder Judicial», núm. 8, diciembre, 1987, pp. 55 y ss.

167. SANCHEZ GUILARTE, Juan, y TAPIA HERMIDA, Alberto: *El abuso de información privilegiada («Insider trading» y operaciones de iniciados)*, «RDBB», núm. 28, octubre-diciembre, 1987, pp. 751 y ss.

168. VAZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos: *Notas sobre la desprotección penal de los derechos de propiedad industrial*, «RDP», enero, 1988, pp. 35 y ss.

Mantiene el autor que la Ley de 1902 está derogada por el Real Decreto-Ley de 26 de julio de 1929. Su vigencia, en lo que a sus normas penales se refiere, dependía de la vigencia de la Ley de 16 de septiembre de 1931, que fue derogada por la Ley de 20 de marzo de 1986 (de patentes), con lo cual el artículo 534 del Código penal conforma un tipo incompleto al carecer de descripción de conductas típicas. Adolece de ello su propio texto y las leyes especiales sobre la materia. Es de esperar —añade— que la jurisprudencia así lo declare, sin buscar una solución para cubrir este error legislativo a costa de la garantía de legalidad penal que tiene rango constitucional. De suceder lo no deseado —concluye— siempre queda a salvo recurrir por ante el Tribunal Constitucional.

2. DERECHO DE SOCIEDADES

169. ALBIÑANA GARCIA-QUINTANA, César: *Fusiones y escisiones empresariales: cuestiones tributarias*, comentario a la sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de octubre de 1987, «La Ley», 7 de abril de 1988.

170. ALBIÑANA GARCIA-QUINTANA, César: *Los fondos de pensiones: capacidad jurídica compartida*, «La Ley», 19 de julio de 1988.

El Proyecto de Ley del Mercado de Valores confirma la estructura de funcionamiento de las instituciones de inversión colectiva (Fondos de Inversión Mobiliaria y Fondos de Inversión en Activos del Mercado Monetario, de un lado, y Sociedades Gestoras, de otro), además de referirse a los Fondos de Pensiones y a las correlativas sociedades gestoras de estos últimos. Esta circunstancia da pie al autor del trabajo a reflexionar sobre los fondos de inversión desde el enfoque de la capacidad jurídica dado que carecen de personalidad jurídica.

171. BARBA DE VEGA, José: *Sociedades Anónimas: nulidad de la transmisión de acciones antes de la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil*, comentario a la STS de 8 de mayo de 1987, «CCJC», núm. 14, abril-agosto, 1987, pp. 4631 y ss.

172. CORRAL DUEÑAS, Francisco: *La sociedades agrarias de transformación en el impuesto de transmisiones patrimoniales*, «RCDI», núm. 584, enero-febrero, 1988, pp. 135 y ss.

El Real Decreto Legislativo 3.050/1980, de 30 de diciembre, aprueba el vigente Texto Refundido de la Ley sobre el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, que se desarrolla por su Reglamento de 29 de diciembre de 1981. La aparición de estas normas —señala el autor— ha servido para que alguien haya pensado que debe darse por terminada la benevolencia fiscal que a lo largo de casi un siglo, desde la Ley de Exenciones de 1906, venía siendo aplicada sin discusión a las asociaciones agrarias y que tenía su base y justificación en el precario nivel del campo y la necesidad de incentivar la agricultura de grupo como medio para mejorar la economía nacional.

173. DE ANGEL YAGUEZ, Ricardo: *Oferta de compra de acciones*, comentario a la STS (1.^a) de 26 de noviembre de 1987, «La Ley», 20 de julio de 1988.

174. GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: *La sociedad de responsabilidad limitada. Presente y futuro*, «La Ley», 22 de marzo de 1988.

El autor lleva a cabo un examen de la Ley Reguladora de las Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1953, contrastando ésta con la Ley de Sociedades Anónimas, para, a la vista de las disposiciones del Anteproyecto de Ley de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las directivas de la CEE en materia de sociedades, extraer conclusiones prácticas para el futuro.

175. MARIN LOPEZ, Juan José: *Novedades de la Ley General de Cooperativas de 2 de abril de 1987 en materia de impugnación de acuerdos sociales*, «La Ley», 14 de junio de 1988.

Estudio de las modificaciones que la Ley General de Cooperativas de 1987 introduce en materia de impugnación judicial de los acuerdos sociales tomados por los órganos cooperativos. La nueva Ley introduce un buen cúmulo de innovaciones que justifican sobradamente su estudio, a pesar de que mantiene la remisión al procedimiento del artículo 70 de la Ley de Sociedades Anónimas, que ya existía en la anterior normativa.

176. QUIJANO GONZALEZ, Jesús: *Sociedades anónimas: cláusula estatutaria fijando un «quorum» reforzado de constitución de junta general en primera y segunda convocatoria que atribuye en la práctica derecho de veto a un accionista, imposibilidad de celebración de la Junta General como causa de disolución de la sociedad*, Comentario a la STS de 12 de noviembre de 1987, «CCJC», núm. 15, septiembre-diciembre, 1987, pp. 5149 y ss.

177. RIERA BLANCO, Juan Carlos: *La Junta General de accionistas convocada judicialmente*, «RDP», abril, 1988, pp. 315 y ss.

Estudio del artículo 57 de la Ley de Sociedades Anónimas que, como es sabido, reconoce a los accionistas el derecho a solicitar la convocatoria judicial de la Junta General siempre que se cumplan determinadas condiciones que el propio precepto establece. Analiza los diferentes modelos que se siguen en el Derecho comparado continental en lo que se refiere a la intervención de la autoridad judicial en la convocatoria de la Junta General; el sistema español; el régimen jurídico del auto de jurisdicción voluntaria del artículo 57 de la Ley de Sociedades Anónimas y el régimen jurídico de la Junta General de accionistas convocada judicialmente.

178. SANCHEZ RUS, Heliodoro, y RUANO BORRELLA, Juan Pablo: *La reforma de la legislación de sociedades mercantiles*, «RCDI», núm. 586, mayo-junio, 1988, pp. 761 y ss.

Análisis del Proyecto de Ley de Reforma Parcial y Adaptación de la Legislación Mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en Materia de Sociedades. Pese a que este proyecto comprende también la modificación de los Títulos II y III del Libro I del Código de Comercio, relativos a la contabilidad de las empresas y el Registro Mercantil, el trabajo se limita a examinar las alteraciones en el régimen sustantivo de las sociedades que resultan afectadas: la sociedad anónima, la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad comanditaria por acciones y la sociedad anónima laboral.

179. USTARROZ UGALDE, José R.: *La naturaleza jurídica de los fondos de pensiones*, «RDBB», núm. 27, julio-septiembre, 1987, pp. 581 y ss.

180. VELASCO SAN PEDRO, Luis A.: *Oferta de compra por la sociedad de sus propias acciones. Concepto de operaciones bursátiles a plazo*, comentario a la STS de 26 de noviembre de 1987, «CCJC», núm. 15, septiembre-diciembre, 1987, pp. 5215 y ss.

181. VICENT I CHULIA, Francesc: *La Llei de cooperatives catalana cinc anys ençà*, «RJC», 1988 (3), pp. 575 y ss.

Estudio sobre la Ley Catalana de Cooperativas (Ley de 9 de marzo de 1983 del Parlamento de Cataluña) que aborda los siguientes temas: legislación cooperativa y autonomía, las grandes opciones en la delimitación del fenómeno cooperativo, las opciones en la regulación de la cooperativa, el control de legalidad previa: notarial y registral, el régimen económico y contable de la cooperativa, el sistema de los órganos de la cooperativa y, por último, el sistema de control contable y arbitral.

3. INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRAFICO

182. AAVV: *El Proyecto de Ley sobre Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito*, «RDBB», núm. 28, octubre-diciembre, 1987, pp. 702 y ss.

Ponencias presentadas en el coloquio sobre el Anteproyecto de Ley sobre Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito, celebrado el día 11 de diciembre de 1987: significado general del Anteproyecto (Eduardo García de Enterría), la delimitación de la figura de «entidad de crédito» y la de otros sujetos (Fernando Sánchez Calero), las sanciones de disciplina bancaria (Tomás Ramón Fernández), medidas de intervención y sustitución (José Luis Villar Palasí) y referencias al régimen de los bancos (Manuel Broseta Pons).

183. AÑOVEROS TRIAS DE BES, Xavier: *La comisión de control en las cajas de ahorro*, «RDBB», núm. 28, octubre-diciembre, 1987, pp. 793 y ss.

184. SANCHEZ MIGUEL, María Candelas: *La nueva regulación bancaria en materia de condiciones del crédito y defensa del cliente en el Derecho español*, «RDBB», núm. 27, julio-septiembre, 1987, pp. 503 y ss.

185. TERMES CARRERO, Rafael: *Banca universal-banca comercial*, «RDBB», núm. 28, octubre-diciembre, 1988, pp. 817 y ss.

4. CONTRATOS MERCANTILES

186. AGUILAR CANOSA, Santiago: *La fiscalidad en los contratos de transferencia de tecnología y asistencia técnica extranjera*, «RJC», 1988 (3), pp. 647 y ss.

Comentario al Real Decreto 1.750/87, de 18 de diciembre, por el que se liberaliza la transferencia de tecnología y la prestación de asistencia técnica extranjera a empresas españolas.

187. AGUILO, José F.: *El contrato sobre transferencia de tecnología o sobre asistencia técnica extranjera*, «La Ley», 27 de mayo de 1988.

La regulación actual de la transferencia de tecnología y la prestación de asistencia técnica extranjeras a empresas españolas se halla contenida en el Real Decreto 1.750/1987, de 8 de diciembre, y en la resolución de DGTE de 12 de febrero de 1988. La liberalización que tiene lugar con la entrada en vigor del citado Real Decreto supone una profunda reforma de los requisitos que deben reunir las transacciones sujetas al mismo y de la tramitación conducente a posibilitar su ejecución, acorde con la filosofía que impregna la regulación de las transferencias de capital en la CEE. En el trabajo se analiza la normativa vigente en sus aspectos más sobresalientes.

188. MULLERAT, Ramón: *Transferencia de tecnología y asistencia técnica extranjeras en España*, «RJC», 1983 (3), pp. 623 y ss.

Comentario al Real Decreto 1.750/1987, de 18 de diciembre («BOE» de 13 de enero de 1988), por el que se liberalizó la transferencia de tecnología y la prestación de asistencia técnica extranjera a empresas españolas, y a la Resolución de la DGTE de 12 de febrero de 1988, sobre pagos al exterior por adquisición de tecnología y asistencia técnica extranjera.

5. DERECHO CAMBIARIO

189. GARCIA Y GARCIA, Inmaculada: *Notas sobre el aval cambiario*, «La Ley», 5 de febrero de 1988.

Análisis comparativo y crítico de las principales innovaciones que la Ley Cambiaria y del Cheque introduce en nuestro sistema en relación con el aval.

190. PARICIO SERRANO, Luis: *Endosos limitados encubiertos*, «RDBB», núm. 27, julio-septiembre, 1987, pp. 541 y ss.

191. POLO, Eduardo: *La emisión de la letra y las relaciones subyacentes. La provisión de fondos y su cesión*, «RDBB» núm. 27, julio-septiembre, 1987, pp. 473 y ss.

192. VEGA PEREZ, Félix: *Breve comentario de sentencias relacionadas con la nueva Ley Cambiaria y del Cheque*, «RDBB», núm. 28, octubre-diciembre, 1987, pp. 885 y ss.

6. DERECHO MARITIMO

193. BLANCO GIRALDO, Fernando Luis: *La limitación de responsabilidad del naviero en el Código de Comercio, en relación con el contrato de arrendamiento de buque*, «La Ley», 10 de mayo de 1988.

En nuestro Código de Comercio —señala el autor—, se contienen dos sistemas en virtud de los cuales el naviero tiene limitada la responsabilidad: 1.º) una limitación «ad valorem», para el caso de abordaje, recogida en el artículo 837 del Código de Comercio, y que se traduce en el valor de la nave con todas sus pertenencias y fletes devengados en el viaje, siempre que el abordaje se deba a culpa, negligencia o impericia del capitán u otro cualquiera individuo de la dotación; 2.º) una limitación derivada del abandono del buque, con todas sus pertenencias y de los fletes que hubiera devengado, por la conducta culposa del capitán en la custodia de los efectos que cargó en el buque (arts. 587 y 590 del CCo.). En el trabajo se examinan ambos supuestos en relación con el contrato de arrendamiento de buque.

194. BLAS ORBAN, José Miguel: *Convenios internacionales para prevenir la contaminación marina*, «La Ley», 15 de abril de 1988.

Prescindiendo de los elementos contaminantes, y atendiendo únicamente a las vías o medios por los que se produce la contaminación marítima, el autor clasifica ésta en: contaminación de origen terrestre, contaminación producida por la utilización normal de los mares, contaminación accidental y contaminación causada por vertimientos deliberados de residuos tóxicos; y contaminación derivada de la exploración y explotación de los fondos marítimos. Con base en esta clasificación, expone el contenido de las diversas normas internacionales que intentan prevenir el que dicha contaminación se produzca, así como el origen o causa de las mismas.

195. RODES, Juan E.: *Comentario de un caso práctico de reparación naval*, sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona (Sala 3.ª) de 23 de diciembre de 1987, «RJC» 1988 (3), pp. 791 y ss.

III. DERECHO URBANISTICO

196. BASSOLS COMA, Martín: *La protección de los espacios naturales a través de planes especiales de urbanismo*, «RJC», 1988 (3), pp. 657 y ss.

Recientemente el Tribunal Supremo ha dictado tres sentencias de singular importancia para dos de los más representativos y emblemáticos parques naturales de Cataluña: el Montseny (STS —4.ª— de 17 de diciembre de 1985 y 18 de diciembre de 1987) y Sant Llorenç de Munt-Serra de l'Obach (STS —4.ª— de 2 de febrero de 1987). Las referidas decisiones judiciales —señala el autor—, presentan una triple dimensión valorativa: como expresión de la resolución de un conflicto interpretativo de interés general, como derecho singular del caso y como desenlace de un prolongado proceso de tensión entre una aspiración político-cultural y las insuficiencias de un sistema administrativo para otorgarle el cauce institucional adecuado.

197. CLIMENT THIELE, Esther, y PUIG EYRE, Santiago: *Autorizaciones, licencias y permisos para instalaciones nucleares y radiactivas*, «RJC», 1988 (1), pp. 181 y ss.

En materia de instalaciones nucleares y radiactivas concurren las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de urbanismo, la estatal en materia nuclear y básica ambiental, y la municipal en materia ambiental y de licencias de apertura. Esta diversificación competencial ha sido atemperada, e interpretada, por la jurisprudencia y la doctrina, objeto del estudio.

198. FERNANDEZ PIRLA, Santiago: *La revisión de los valores catastrales de urbana en el municipio de Madrid*, «RDU», núm. 107, marzo-abril, 1988, pp. 13 y ss.

199. MARTIN DE CASTRO, Juan Pablo: *Instrumentos organizativos y patrimoniales de la gestión pública urbanística: las sociedades anónimas de gestión urbanística y los patrimonios públicos del suelo*, «RDU», núm. 107, marzo-abril, 1988, pp. 29 y ss.

El autor analiza, en primer lugar, las sociedades anónimas urbanísticas y la reforma de la organización estatal de gestión urbanística. En segundo lugar, la gestión pública urbanística bajo fórmulas de organización jurídico-privadas.

200. PAYA GASENT, Josep A.: *La posible gestión del suelo urbano: reparcelaciones en municipios sin plan y las «unidades de actuación alternativa»*, «RDU», núm. 106, enero-febrero, 1988, pp. 109 y ss.

Reconociendo las limitaciones del sistema legal y la urgencia de su revisión, mediante la implantación de un sistema operativo de técnicas, el trabajo plantea

y trata de resolver alguno de los problemas que, con frecuencia, inducen a desistir del impulso de procesos de ejecución en suelo urbano. Analiza dos supuestos relacionados con las técnicas de ejecución del planeamiento en suelo urbano. Tales supuestos versan sobre la posibilidad de actuar mediante reparcelación en municipios que sólo cuenten con un proyecto de delimitación del suelo urbano, y sobre una técnica operativa de reparcelación voluntaria en unidades de actuación «alternativas» en suelo urbano.

201. PEMAN GAVIN, Ignacio: *Límites contenidos en el artículo 149.1 de la Constitución a las competencias autonómicas en materia de ordenación del territorio y urbanismo*, «RDU», núm. 107, marzo-abril, 1988, pp. 63 y ss.

En el trabajo se estudia, en primer lugar, la incidencia de la Constitución sobre la Ley del Suelo. A continuación la articulación Estado-Comunidades Autónomas en materia urbanística y la articulación de la competencia autonómica en materia de ordenación territorial y urbanismo con las competencias estatales en las materias reservadas a su favor por el artículo 149.1 de la Constitución Española. Por último, la propiedad y el urbanismo: el principio de igualdad y la intervención normativa de las Comunidades Autónomas.

202. POSTIGLIONE, Amadeo: *Reseña de jurisprudencia. Observaciones sobre la jurisprudencia de la corte de casación*, «RDU», núm. 106, enero-febrero, 1988, pp. 13 y ss.

Análisis de la labor jurisprudencial de la corte de casación en materia de medio ambiente. Extrae el autor diversas tendencias: la más interesante de las observadas es la búsqueda de la unificación del concepto de bien ambiental en sentido jurídico, prescindiendo de la pertenencia privada o pública de la cosa. Igualmente positiva es la tendencia que se refiere a la extensión del derecho a la salud, que comprende la salud ambiental, es decir, el ambiente como tal.

203. QUINTANA LOPEZ, Tomás: *Las actividades mineras y la ordenación del espacio*, «RDU», núm. 106, enero-febrero, 1988, pp. 53 y ss.

Los principales problemas que plantea la localización de las minas derivan de su propia naturaleza. El hombre se ve imposibilitado de incidir con su voluntad sobre el lugar de asentamiento. A lo sumo puede decidir, sopesando todo tipo de consideraciones, la inconveniencia de realizar la explotación. De ahí surgen con toda su virulencia los interrogantes ante la apertura de una mina en un monte catalogado, o la imposibilidad de explotar el mineral existente en un espacio que merece una especial protección, o que está destinado a usos incompatibles con la extracción de recursos minerales. Pero estos problemas suscitados por el depósito en que se hallan los minerales en la naturaleza no son los únicos, aunque sean los más característicos. Téngase en cuenta la necesidad de agua, o la vecindad con asentamientos humanos o cualquier otro destino del territorio probablemente afectado negativamente por las explotaciones mineras. Todos estos factores y otros muchos que se podrían traer a colación, necesariamente tamizaos por la radicación natural de los productos minerales, han de ser hábilmente encajados en una ordenación de conjunto antes de decidir la apertura de una explotación minera, ordenación que nos remite a la planificación territorial.

204. RAMOS ILLAN, José y ROLDAN VERDEJO, Pablo Julio: *Consideraciones sobre los valores histórico y artístico en los bienes muebles e inmuebles*, «RDU», núm. 106, enero-febrero, 1988, pp. 41 y ss.

La calificación de interés histórico-artístico referida a los inmuebles ha sido establecida por las administraciones públicas con el fin de proteger a determinados de ellos, bien aisladamente o en conjunto, por considerar que presentan valores de una u otra naturaleza, que los hacen acreedores al interés general. Con independencia de que un inmueble de tales características se encuentre o no afectado por dicha declaración, en el trabajo se analizan las peculiaridades y circunstancias que le confieren tal carácter, con el fin de obtener criterios que permitan acometer la tarea, nada fácil, de llegar a cuantificar su valor objetivo. Para ello se remite frecuentemente a los bienes muebles, como campo de análisis comparativo, por ser más abundantes y disponer de un mercado mucho más amplio, lo que permite una mejor comprensión de la naturaleza de estos atributos, así como de su comportamiento e influencia sobre el valor de los objetos que están presentes.

205. SUÑE LLINAS, Emilio: *Comunidades Autónomas y urbanismo: situación actual y perspectivas*, «RDU», núm. 106, enero-febrero, 1988, pp. 85 y ss.

Reflexiones sobre la incidencia de la nueva organización territorial del Estado sobre el urbanismo. El autor suscribe las palabras de García de Enterría y Parejo Alfonso en el sentido de que el Estado de las Autonomías ha producido una alteración radical del sistema competencial urbanístico y mantiene que el grado de autonomía comunitario sobre la materia ha tenido una importancia tan considerable, que cada día es más difícil poder referirse con propiedad a un auténtico ordenamiento urbanístico español.

IV. DERECHO NOTARIAL

206. AAVV: *Cuestiones de técnica notarial en materia de Actas*, «RDN», núm. 136, abril-junio, 1987, pp. 13 y ss.

Texto de las diversas ponencias presentadas al Tema III de la III Jornada Notarial Iberoamericana, celebrada en Palma de Mallorca en el año 1987.

207. CHICO Y ORTIZ, José María: *Jurisdicción, administración y función*, «RGLJ», octubre, 1987, pp. 559 y ss.

Precisiones sobre los conceptos que sirven de título al trabajo, de enorme influencia a la hora de precisar la naturaleza de ciertas actividades (notariado, agentes de cambio y bolsa, secretarios judiciales, registradores, etc.) que por algunos han tratado de ser incrustadas en el campo de la Administración y que a juicio del autor poco tienen que ver con ella.

208. GIMENO GOMEZ-LAFUENTE, Juan Luis: *Incidencia del Derecho comunitario sobre el Derecho registral*, «RCDI», núm. 584, enero-febrero, 1988, pp. 31 y ss.

La incidencia del ingreso de España en las comunidades sobre la institución registral es diversa, según el registro que se contemple. Mientras que tratándose de una comunidad económica es lógico que afecte de gran manera al registro mercantil y al de venta a plazos, el clásico principio internacionalista «lex rei sitae» parece excluir la posibilidad de que el ordenamiento comunitario afecte a los registros de bienes y derechos reales: los de propiedad, hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento y, por ficción legal, los de buques y aeronaves.

209. GOMEZ-MARTINHO FAERNA, Augusto: *Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 26 de marzo de 1987 (honorarios notariales e IVA. Naturaleza y caracteres de la profesión notarial. Funciones públicas del notario)* «RDN», núm. 136, abril-junio, 1987, pp. 473 y ss.

210. RODRIGUEZ ADRADOS, Antonio: *El desglose del protocolo de la escritura matriz contra la que aparezcan indicios o méritos bastantes para considerarla cuerpo de un delito*, «RDN», núm. 135, enero-marzo, 1987, pp. 421 y ss.

Examen del artículo 32.2 de la Ley del Notariado que en la medida en que admite el desglose constituye una excepción al principio general de inmovilización o no extracción de los protocolos del archivo del notario.

V. DERECHO PROCESAL

211. ALVAREZ RODRIGUEZ, Aurelia: *El lugar de situación de las sucursales, agencias o cualesquiera otros establecimientos como criterio determinante de la competencia judicial internacional*, comentario a la STJCE de 9 de diciembre de 1987, «La Ley», 29 de febrero de 1988.

212. ARMENGOL FERRER, Ferran: *Organos judiciales legitimados para plantear cuestiones prejudiciales en aplicación del artículo 177 del Tratado Constitutivo de la CEE*, «RJC», 1988 (1), pp. 149 y ss.

Concebido como un incidente en el ámbito de un proceso de Derecho interno, de configuración parecida a la de la cuestión prejudicial de inconstitucionalidad, el procedimiento prejudicial del artículo 177 del Tratado Constitutivo de la CEE, ha sido el que mayor éxito ha tenido en su aplicación en la práctica, como lo demuestran los informes anuales sobre la actividad del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Para el autor del trabajo esta importancia se debe a que, a diferencia de los restantes procedimientos judiciales comunitarios, la cuestión prejudicial del artículo 177 del Tratado Constitutivo de la CEE ofrece a los ciudadanos de la Comunidad la oportunidad de conseguir, en el transcurso de un procedimiento judicial en el que entran en juego normas comunitarias, un pronunciamiento del órgano que tiene encomendada por el Tratado de la CEE la función de dar interpretación auténtica de dichas normas,

213. BALLESTER GINER, Eladio: *Cesión de remate*, «RDP», abril, 1988, pp. 347 y ss.

Estudio sobre la cesión de remate, figura éste que el autor del trabajo define como el acto jurídico procesal, público y solemne, que faculta al mejor postor a retransmitir el derecho subjetivo de la cosa subastada a un tercero.

214. BARONA VILAR, Silvia: *El instituto de la revisión en el proceso comunitario europeo*, «La Ley», 31 de mayo de 1988.

La revisión comunitaria tiene por objeto una pretensión dirigida al Tribunal comunitario con el fin de que éste rescinda el proceso comunitario primitivo; pretensión fundada que ha de basarse en unos hechos distintos a los alegados en el proceso ya fallado. Objeto del proceso de revisión es la pretensión constitutiva tendente a alterar o modificar la situación jurídica creada con la sentencia firme comunitaria dictada por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo en el proceso comunitario.

215. CABAÑAS GARCIA, Juan Carlos: *Un obstáculo al ejercicio del recurso de casación ante los Tribunales Superiores de las Comunidades Autónomas: la hipótesis de concurrencia entre normas de Derecho autonómico y normas de Derecho común*, «La Ley», 26 de agosto de 1988.

El autor, y mientras no se regule la solución del problema en la Ley Orgánica del Poder Judicial, se muestra partidario de que sea el Tribunal Supremo el que conozca de los recursos donde se denuncie la infracción simultánea de normas de Derecho autonómico con normas de Derecho común, si bien con la factibilidad de que éste, en pro del mantenimiento de la uniformidad del Derecho regional, puede solicitar del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad cuyo Derecho se discuta, los criterios de doctrina legal que haya elaborado al efecto.

216. DESANTES REAL, Manuel: *El Convenio de Bruselas (competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales) y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: criterios de interpretación y orientaciones metodológicas*, «La Ley», 29 de abril de 1988.

Reflexiones sobre los criterios generales utilizados por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la interpretación del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y sobre las orientaciones metodológicas que presiden la aplicación de estos criterios tanto a las diferentes cuestiones planteadas en aplicación del Protocolo de Luxemburgo de 3 de junio de 1971 cuanto a los diferentes títulos o subsistemas de que consta el convenio.

217. FERNANDEZ-PACHECO MARTINEZ, María Teresa: *Ley modelo sobre arbitraje comercial internacional*, «Actualidad Civil», núm. 21, 1988 (406), pp. 1273 y ss.

En el trabajo se realiza un análisis del texto de la Ley modelo comentando las soluciones aportadas para resolver algunos de los problemas a que se enfrenta el arbitraje comercial internacional. Comienza exponiendo los principios que inspiran la Ley y sigue con el estudio detallado de cada uno de sus artículos.

218. FERNANDEZ-PACHECO MARTINEZ, María Teresa: *La ejecución de laudos arbitrales con arreglo a la Convención de Nueva York. Análisis de la jurisprudencia* (I), «RDP», junio, 1988, pp. 552 y ss.

El estudio consta de dos partes: en la primera, más breve, se analiza el articulado de la Convención de Nueva York con el fin de ofrecer al lector una idea global del tratado, y se realiza una breve referencia a la ratificación de la convención por parte de los EE.UU. En la segunda parte se examina la interpretación realizada por los tribunales norteamericanos de los artículos 3 al 4 de la convención, que son aquellos dedicados especialmente al reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras.

219. IRIARTE ANGEL, José Luis: *El reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros según el artículo 60 del Proyecto de Ley de Arbitraje; análisis crítico*, «Actualidad Civil», núm. 31, 1988 (592), pp. 1901 y ss.

A juicio del autor del trabajo, hay un punto del Proyecto de Ley de Arbitraje, que con fecha de 21 de diciembre de 1987 ha remitido el Gobierno a las Cortes, que resulta especialmente negativo y que por su importancia práctica suscita una singular preocupación: el referido a la regulación de las causas para denegar el «exequatur» de los laudos extranjeros y a la intervención procesal de los distintos sujetos a este respecto (art. 60 del Proyecto).

220. MARIN PAGEO, Encarnación: *Notas en torno a la contracautela en el proceso civil, como manifestación del derecho a la tutela efectiva. Su presunta colisión con el artículo 14 de la Constitución*, «La Ley», 19 de agosto de 1988.

Como en nuestro ordenamiento existen bastantes preceptos en los que se exige como presupuesto para la adopción de una medida cautelar el «afianzamiento» de su acuerdo y adopción por aquel que se viera favorecido por dicha medida (arts. 1.428 y 1.402 de la LEC), las repercusiones de esta exigencia en los litigantes que carezcan de capacidad económica es un tema de gran interés. El supuesto objeto de estudio viene dado por la conexión de los artículos 24 y 14 de la Constitución, y los preceptos donde la Ley de Enjuiciamiento Criminal hace depender la adopción de la medida cautelar de una contracautela, supuesto que alcanza su máximo interés en el beneficio de justicia gratuita, ya que a éste también le alcanza dicha exigencia.

221. MORERA PEREZ, Jorge: *El procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria en relación con el beneficio de justicia gratuita*, «La Ley», 12 de agosto de 1988.

El autor se cuestiona si, constitucionalmente, se puede aceptar que un justiciable al que se le ha reconocido su insuficiencia de medios para litigar, deba verse desposeído, por ejemplo, de la vivienda que ocupa, por el simple hecho de carecer de dinero, o de solvencia económica, para depositar la caución que le exigirá el Juez a tenor del artículo 41 de la Ley Hipotecaria.

222. MOYA GARRIDO, Antonio: *Doctrina constitucional sobre emplazamientos y valoración legal de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en los recursos de amparo*, «RJC», 1988 (1), pp. 209 y ss.

El Tribunal Constitucional, a lo largo de más de 50 sentencias, ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la necesidad del emplazamiento personal y directo de los titulares de derechos o de intereses legítimos, relegando el emplazamiento edictal únicamente para aquellos supuestos en que los interesados sean desconocidos, no resulten identificables en las actuaciones practicadas o se hallen en ignorado paradero. En el trabajo se exponen las líneas fundamentales de esta doctrina y se realiza, finalmente, una estimación del valor legal de la doctrina del Tribunal Constitucional elaborada con motivo de la resolución de los recursos de amparo.

223. MUÑOZ SABATE, Lluís: *Consideraciones psicológicas sobre los audiovisuales como medio de prueba*, «RCJ» 1988 (1), pp. 231 y ss.

Reflexiones sobre el impacto de los medios audiovisuales en el proceso que llevan a su autor a propugnar, ante lo inevitable de su uso, mecanismos que permitan preservar la objetividad judicial.

224. MUÑOZ SABATE, Lluís: *Sobre interrupción de la prescripción por medio de abogado*, comentarios a la sentencia de 11 de mayo de 1987 de la Sala 2.^a de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, «RJC», 1988 (2), pp. 499 y ss.

225. MUÑOZ SABATE, Lluís: *El «forum conveniens» en el proceso ejecutivo*, comentario al Auto de 27 de enero de 1988 del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Granollers, «RJC», 1988 (3), pp. 783 y ss.

226. RODRIGUEZ MATEOS, Pilar: *La litispendencia internacional: una interpretación autónoma del artículo 21 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968*, comentario a la STJCE de 8 de diciembre de 1987, «La Ley», 29 de enero de 1988.

227. ROMERO COLOMA, Aurelia: *La prueba de testigos en el proceso civil español: diferencias y similitudes con el proceso penal*, «Actualidad Civil», núm. 26, 1988 (503), pp. 1621 y ss.

228. SALINAS VERDEGUER, Eduardo: *«Reformatio in peius», congruencia, excepción dilatoria de falta de personalidad del demandado*, comentario a la STS de 4 de noviembre de 1987, «CCJC», núm. 15, septiembre-diciembre, 1987, pp. 5115 y ss.

229. TAPIA FERNANDEZ, Isabel: *Identidad de acciones y sentencias contradictorias*, comentario a las SSTS de 19 de enero y 16 de febrero de 1987, «La Ley», 5 de agosto de 1988.

230. TORRA MIRO, Oleguer: *Comentaris sobre el lèxic jurídic català: Proveïments, Actes resolutoris, Sentències*, «RJC», 1988 (1), pp. 277 y ss.

231. TORRA MIRO, Oleguer: *Comentaris sobre el lèxic jurídic català: Actes de comunicació*, «RJC», 1988 (3), pp. 829 y ss.

232. **VALIS GOMBAU, J. Francisco:** *El Tribunal de Cassació de Catalunya. Sus competencias civiles y los conflictos con la Sala Primera del Tribunal Supremo*, «RJC», 1988 (3), pp. 593 y ss.

ABREVIATURAS UTILIZADAS

CCJC = Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil.
RCDI = Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.
RDBB = Revista de Derecho Bancario y Bursátil.
RDM = Revista de Derecho Mercantil.
RDN = Revista de Derecho Notarial.
RDP = Revista de Derecho Privado.
RDU = Revista de Derecho Urbanístico.
RGLJ = Revista General de Legislación y Jurisprudencia.
RJC = Revista Jurídica de Cataluña.

ACTUALIDAD CIVIL

LA LEY

PODER JUDICIAL

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

I. Sentencias comentadas

OTRA VEZ LA DONACION DE INMUEBLES ENCUBIERTA BAJO LA FORMA DE COMPRAVENTA EN ESCRITURA PUBLICA

(Nota a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1987)

I. Algunas sentencias de nuestros Tribunales llaman la atención porque en los litigios que las originaron se plantean problemas que son reiteración de otros muchos a los que se llega nuevamente a causa de una anterior solución insuficiente u oscura. Cuando no se realiza un pronunciamiento doctrinal preciso se corre el riesgo de dejar entreabierto el portillo de nuevas discusiones que finalizarán en nuevos preceptos. Y es sabido que a los justiciables les interesa una solución fiable y rápida, características que faltan si existen diversas respuestas y la definitiva requiere el largo trámite de una decisión judicial.

La reflexión que suscita la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1987 responde a las ideas del párrafo anterior. Parecía haberse obtenido una cierta uniformidad en la jurisprudencia sobre el valor y eficacia de la donación de inmuebles encubierta bajo la forma de una compraventa consignada en escritura pública, pese a que los comentaristas no siempre mostraran su conformidad a los criterios seguidos. Con la sentencia citada se rompe el esquema y aparece la remisión a «las circunstancias del caso».

II. La síntesis de los hechos, recogidos en el primer fundamento de la sentencia (Rep. Aranzadi 8408), es: a) el recurrente-demandante, don Francisco C. E., y el demandado-recurrido, don Pedro R. C., son tío y sobrino; b) falleció el padre de don Pedro en 1954, y al poco con Francisco se hizo cargo de la administración de las fincas del demandado y su familia; c) el recurrente-demandante había heredado de su padre una bodega, que utilizó para hacer y almacenar el vino procedente de las fincas que administraban y de las suyas, y con el dinero obtenido del vino y de créditos concedidos, en su mayoría avalados por el demandado y su madre, hermana de don Francisco, amplió y mejoró la bodega de su propiedad, hasta que adquirió notables porporciones; d) tío y sobrino otorgaron el 11 de agosto de 1977 escritura de compraventa por la que el primero vendía a don Pedro una tierra de secano y la bodega ya citada; e) en julio de 1981 el recurrido se hizo cargo de la administración de sus propiedades y firmó un documento privado, redactado por el actor, en el que reconocía que su tío le cedió a título gratuito su finca bodega (compuesta de dos pisos, así como jardín y cercado), y al mismo tiempo cedía al actor de por vida la vivienda que

existe en la actualidad en la bodega con los citados dos pisos y el jardín, y le asigna una renta anual de 350.000 pesetas, en virtud de lo cual el demandado pagó al actor 250.000 pesetas e intentó pagarle otras sumas que no recogió; f) una vez el recurrido se hizo cargo de la administración de sus propiedades, empeoraron las relaciones familiares, suscitándose varios procesos judiciales, llegándose a instruir diligencias criminales que finalizaron por sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, en la que fue condenado el recurrido-demandado, como autor de un delito de coacciones, a la pena de arresto mayor y multa de 30.000 pesetas.

La sentencia de primera instancia declara la nulidad de la venta de 11 de agosto de 1977 por simulación de una donación al faltar el precio, pero declara la validez de la donación encubierta; apelada dicha resolución por el demandante, el litigio quedó reducido al extremo referente a la declaración de validez de la donación disimulada, así como a su posible revocación por causa de ingratitud, siendo confirmada aquélla por la Audiencia Territorial de Madrid.

Interpuesto recurso de casación, lo estima el Tribunal Supremo y declara: 1) la nulidad del contrato de compraventa contenido en la escritura pública de 11 de agosto de 1977, pronunciamiento ya consentido por las partes; 2) la cancelación de las correspondientes inscripciones en el Registro de la Propiedad; 3) reintegro del demandante-recurrente en la posesión de las fincas objeto de la donación, y 4) revocación de la donación encubierta en la escritura mencionada por causa de ingratitud que señala el número 1.º del artículo 648 del Código civil. Por el contrario, desestima el pedimento segundo de la demanda, en que se pedía la nulidad de la donación encubierta.

Dejando aparte todo lo que atañe a la revocación de la donación y a su causa, en lo que entró el Supremo por haber admitido previamente la validez de la donación, vamos a circunscribirnos a esto último.

III. El motivo primero del recurso de casación, amparado en el número quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa la infracción por aplicación errónea del artículo 633, en relación con el 1.276, del Código civil, y en su desarrollo examina varias sentencias de la misma Sala 1.ª de las que se deduce que es nula la donación encubierta bajo la forma de compraventa por no reunir los requisitos legales que se exigen en los artículos invocados.

Recordemos que el artículo 633 del Código requiere para la validez de la donación de inmuebles escritura pública, en la que se expresen individualmente los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario, pudiendo la aceptación realizarse en la misma escritura o en otra separada, sin que surta efecto si no se hiciere en vida del donante.

Desestima el Supremo el motivo con la siguiente base: «El caso de donación encubierta bajo la forma de compraventa ha sido muy estudiado por la doctrina científica, y reconociéndose en numerosas sentencias de esta Sala la validez de la donación de inmuebles encubierta bajo la forma de escritura pública de compraventa —sentencias de 19 de enero de 1950, 31 de enero de 1955, 2 de junio de 1956, 16 de octubre de 1965 y 31 de mayo de 1982—. Pero de otras resoluciones —sentencias de 29 de enero de 1945, 15 de enero de 1959, 13 de mayo de 1965, 6 de octubre de 1977 y otras— se deduce que se ha negado dicha validez para la donación en la escritura de venta. Para resolver este problema jurídico ha de tenerse en cuenta en primer lugar las circunstancias de hecho concurrentes

en cada caso, de las que en el ahora debatido se deduce que por el precio más bien simbólico dado a los inmuebles vendidos, por la aceptación del simulado comprador de la venta que se le hace, la descripción de los bienes objeto del contrato y sus cargas, la causa gratuita que de todo ello deriva, y los actos posteriores de los contratantes, revelados sobre todo en el documento privado de 1981 por el que el donatario cede vitaliciamente el uso y disfrute de una vivienda y anejos a favor de su tío, que no tiene otra causa que el reconocimiento del sobrino a la anterior liberalidad de aquél; de todo ello deriva, decimos, que existió en el caso debatido una verdadera donación dotada de todos los requisitos que la hacen eficaz en este aspecto, y que sirven para desestimar el motivo que se examina».

IV. Como se ve, el Supremo establece en primer término la discrepancia jurisprudencial, en unos casos la Sala declaró válida la donación encubierta y en otros no, enumerando a título de ejemplo algunas de las sentencias que recogieron los diversos criterios.

La cita no es muy afortunada, y desde luego carece de rigor, especialmente al tomarla como punto de arranque de la doctrina que pretende establecer y como justificación de la necesidad de acudir a «las circunstancias de hecho concurrentes en cada caso». Entre las sentencias consignadas en favor de la validez aparecen la de 10 de enero de 1950, que no examina directamente la aplicación del artículo 633 del Código; sino que deniega el recurso por inexistencia de incongruencia e imprescriptibilidad de la acción, la de 31 de enero de 1955, sin interés a causa de la intervención de un documento privado que refleja el pacto reversional, la de 16 de octubre de 1965, que declara la validez de la donación disimulada pero tras calificarla de remuneratoria, al igual que la de 31 de mayo de 1982. En el grupo de las sentencias citadas en contra de la validez, aparecen la de 29 de enero de 1945 que, muy por el contrario, admite la validez (parece se refiere a donación remuneratoria, lo mismo que la de 15 de enero de 1959).

V. En una anterior nota en que trataba de resumir la jurisprudencia del Tribunal Supremo, publicada en el Anuario de Derecho Civil, año 1977, página 208, sostenía que aquel Tribunal no mantenía una línea regular, pero que predominaba la estimación de la invalidez de la donación de inmuebles encubierta bajo escritura pública que fingía compraventa, salvo supuestos de donación remuneratoria, en que parece tener reflejo la frase de Federico de Castro en su obra «El Negocio Jurídico», página 270, y que vale la pena repetir: «Dada la analogía de la causa remuneratoria con la acusa onerosa, habrá de entenderse que los negocios con causa remuneratoria siguen el mismo régimen que los negocios de título oneroso y que, por tanto, no estarán sometidos para su validez a los requisitos de forma de las donaciones».

Otras resoluciones posteriores a la fecha de la nota referida han mantenido idéntico criterio.

La sentencia de 2 de enero de 1978 da por supuesta la suficiencia de la escritura pública en que consta, ficticiamente, la compraventa para estimar cumplido el requisito de la forma de la donación («porque si bien es cierto que se cumple el requisito de la escritura pública que para su efectividad exige el artículo 633»), pero añade que «la inexistencia de precio, determinante de la cualidad de la compraventa, no presupone necesariamente la liberalidad constitutiva de la donación»; no se reseña si se trata de una donación simple o remuneratoria.

La sentencia de 10 de marzo de 1978 se dictó bajo el régimen del Derecho navarro, con cita por tanto de los preceptos de su específica normativa y de los del Código civil; en principio elimina se trate el supuesto contemplado de una donación remuneratoria, y al final rechaza el motivo de casación porque, entre otros razonamientos, «si bien es cierto que la jurisprudencia de esta Sala ha proclamado, entre otras, en sus sentencias de 16 de noviembre de 1956, 26 de junio de 1961 y 20 de octubre de 1966, que cuando una donación se disimula bajo la aparición de una compraventa, la intervención de los fingidos compradores, pero reales donatarios en la escritura correspondiente, supone la aceptación de este acto de liberalidad, sin que pueda exigirse, como es lógico, la expresión de que se acepta el contrato encubierto, que, precisamente, tratan de ocultar los contratantes y que quedaría al descubierto si se hiciera constar la conformidad con la realidad jurídica, máxime cuando el otorgamiento de la escritura presupone la posesión instrumental del inmueble en ella reseñado, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1.462, párrafo 2.º, del Código civil, no lo es menos que para que las donaciones disimuladas sean válidas precisan la concurrencia de cuantos requisitos se enumeran en el artículo 1.261 del Código civil, entre los que destaca de forma preeminente para este caso concreto la licitud de la causa, conforme a lo previsto en los artículos 1.275 y 1.276 de dicho Cuerpo legal... circunstancia que no concurre cuando su finalidad consiste en defraudar derechos hereditarios...»; en resumen, el Supremo sostiene la nulidad de la donación encubierta, pero por el motivo de la ilicitud de la causa de la misma donación. En Navarra es aceptable que la escritura pública que simula compraventa sirva para cumplir el requisito de forma de la donación de inmuebles al ampararse en la Ley 21 del Fuero Nuevo («los actos producen los efectos propios de la declaración manifestada por las partes, pero si fueran simuladas sólo valdrá lo que aquéllas hayan querido realmente hacer, siempre que fuere lícito y reúna todos los requisitos formales que la Ley exija para el mismo»), criterio análogo al que recogen el Código italiano (artículo 1.414, párrafo segundo) y el portugués (artículo 241.2).

La de 7 de marzo de 1980, aun cuando resuelve el recurso por falta de legitimación de los herederos voluntarios, no deja de sentar que «el tema de la donación encubierta bajo la forma de contrato de compraventa, supuesto de simulación relativa en el que, según advierten la jurisprudencia y la doctrina de los autores, concurren intereses de muy diversa condición, ciertamente ha sido resuelto en la generalidad de los casos por esta Sala en el sentido de declarar la nulidad de la donación de inmuebles disimulada por cuanto falta el requisito de la forma impuesto «ad substantiam» por el artículo 633 del Código civil, ya que no refleja la causa de liberalidad y por tanto no expresa la voluntad de donar y la de aceptar la donación, tesis mantenida para las puras y simples por sentencias que van desde la fundamental de 3 de marzo de 1932 hasta la de 4 de diciembre de 1975, aunque el rigor de tal criterio no operará cuando se trata de donaciones remuneratorias, animadas de consiguiente por el motivo causalizado de recompensar al donatario los servicios prestados al donante —sentencias de 29 de enero de 1945, 16 de noviembre de 1956, 16 de octubre de 1965 y 20 de octubre de 1966, y a contrario sensu las de 3 de marzo de 1932 y 10 de marzo de 1978—, y en razón de su disciplina legal (artículo 622 del Código civil) marginadas de la estricta normativa propia de los negocios de exclusiva causa liberal» (Comenta

esta sentencia de 1980 Silvia Díaz Alabart en la Revista de Derecho Privado, 1980, páginas 1101 y siguientes).

La sentencia de 31 de mayo de 1982, tras sentar la calidad de donación remuneratoria de la de autos, rechaza el motivo de casación fundado en la inaplicación de los artículos 630 y 633 del Código, «ya que no tiene en cuenta las reiteradas declaraciones de esta Sala, de que son muestra las sentencias de 16 de noviembre de 1956, 20 de octubre de 1966 y 7 de marzo de 1980, y las en ellas citadas, que, atenuando el rigor con que la propia doctrina legal se produce en los negocios de exclusiva causa liberal, estima que, en los casos de donación remuneratoria, encubierta bajo la forma de contrato de compraventa, documentado en escritura pública, ni la invalidez del negocio simulado ni la ausencia de literal expresión de voluntad de donar y aceptar la donación, deben ser obstáculo para la eficacia del contrato disimulado —donación— si éste realmente reúne, además de los requisitos generales de todo contrato, los que corresponden a su naturaleza especial, esto es, la individualización de los bienes donados y la aceptación —conocida por el donante— del acto de liberalidad llevada a cabo por éste y hecha por los fingidos compradores y reales donatarios según la resultancia inequívoca de aquella escritura pública a cuyo otorgamiento concurrieron, con ánimo de hacer y recibir donación todos los interesados en ella, que así prestaron su aquiescencia al verdadero negocio dispositivo».

La sentencia de 20 de diciembre de 1985 no se plantea de forma directa el problema porque el rechazo del recurso lo apoya en que «cuando la escritura de compraventa se otorga con la exclusiva finalidad de defraudar los derechos legitimarios de los demás herederos procede declarar también inexistente el contrato de donación por ser ilícita su causa».

La sentencia de 11 de febrero de 1986 afirma, ciertamente de un modo incidental, que «al no haber en la escritura pública de la venta ficticia manifestación de la causa donandi, no sólo será nula la venta, sino también la donación —sentencias de 1 de diciembre de 1964, 13 de mayo de 1965, 14 de mayo de 1966 y 4 de diciembre de 1975—».

La sentencia de 24 de febrero de 1986 trata de una simulación relativa, pero en que lo encubierto era una donación «mortis causa» y esta circunstancia la elimina de la presente acta dado el contenido del artículo 620 del Código civil.

VI. Volviendo ahora a la sentencia que da origen a la presente nota, 19 de noviembre de 1987, advertimos que el Supremo no presta ya atención a que la donación encubierta sea simple o remuneratoria, lo que puede explicar la indiscriminada cita de resoluciones. Lo que hace es, tras afirmar que unas sentencias mantienen la validez y otras la nulidad del negocio encubierto, afirmar que el problema ha de resolverse teniendo en cuenta «las circunstancias de hecho concurrentes en cada caso». Pero una cuestión tan debatida debiera merecer un tratamiento más riguroso, fijando cuáles de esas circunstancias hacen que la donación sea válida.

Conviene recordar que lo discutido en la doctrina en sí, descubierto que la compraventa consignada en una escritura pública carece de causa y probado que la intención de las partes fue donar, basta esa misma escritura pública para estimar cumplido el requisito de la forma que establece el artículo 633 del Código civil; de momento no se plantea la ilicitud de la misma donación por otros motivos (burla de derechos legitimarios, por ejemplo), ya que ello es posterior dentro

del orden lógico que impone el estudio de todas las cuestiones litigiosas; si la forma aludida no ampara la exigencia del artículo 633 y, por ende, es nula la donación encubierta, ¿para qué perderse luego en calificarla de ilícita?

Finaliza el Tribunal Supremo sentando que de las circunstancias concurrentes en el caso debatido «se deduce que por el precio más bien simbólico dado a los inmuebles vendidos por la aceptación del simulado comprador de la venta que se le hace, la descripción de los bienes objeto del contrato y sus cargas, la causa gratuita que de todo ello deriva, y los actos posteriores de los contratantes, revelados sobre todo en el documento privado de 1981 por el que el donatario cede vitaliciamente el uso y disfrute de una vivienda y anejos a favor de su tío, que no tiene otra causa que el reconocimiento del sobrino a la anterior liberalidad de aquél; de todo ello deriva, decimos, que existió en el caso debatido una verdadera donación dotada de todos los requisitos que la hacen eficaz en este aspecto...».

La conclusión es, desde luego, correcta en cuanto de los datos que cita se desprende que lo pretendido por los contratantes era donar, pero en el motivo del recurso de casación se sostenía que tal donación era nula por incumplimiento del requisito de la forma, y a esto último no se contesta, salvo si se entiende que al concurrir todos los demás requisitos se cumple también el de la forma con la escritura pública en que se otorgó la compraventa simulada. Solución sencilla pero sin una clara justificación.

La concepción de la donación como un contrato, la más aceptada en la doctrina española, implica que, en las de inmuebles, deba constar bajo la fe del Notario la voluntad de donar y la aceptación del donatario; cuando se declara vender y comprar no hay manera de entender luego, al descubrirse la simulación, su equivalencia a la declaración de donar y aceptar. Pudiera objetarse el carácter rígido de esta interpretación y la manida frase de que cabe hacer indirectamente lo que puede hacerse directamente; no obstante, un análisis de las escrituras en que se encubre donación de inmuebles dejará al aire que lo perseguido con dicha maniobra no es una finalidad digna de protección, sino el designio de burlar derechos legítimos o sustraerse a las obligaciones tributarias.

FRANCISCO CAPÓN REY
Magistrado

PRENDA DE DINERO Y PRENDA DE CREDITOS

**(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo
de 19 de septiembre de 1987)**

ANTECEDENTES DE HECHO

Don Domingo C. P. constituyó los días 11 de mayo y 21 de junio de 1979 dos imposiciones a plazo fijo en la Caja Rural Central de Orihuela, con vencimiento respecto los días 11 de junio y 21 de julio de 1981 y por importes de 8.000.000 y 1.000.000 de pesetas, respectivamente.

El 24 de abril de 1980 don Domingo otorgó a favor de Bankinter escritura pública por la que constituyó un derecho real de prenda sobre las dos imposiciones a plazo fijo citadas, garantizándose con aquella pignoración parte del saldo deudor que por cuantía de 14.681.192 pesetas también se reconociera por el señor C. P. a favor del Banco en el mismo instrumento.

Llegadas las fechas de los respectivos vencimientos de los plazos fijos de las imposiciones, Bankinter, como acreedor pignoraticio y en ejercicio de las facultades del depositante, requirió al depositario la entrega del capital depositado más los intereses pactados, a lo cual se negó la Caja Rural. Hay que señalar que Bankinter había notificado formalmente a la Caja Rural el 26 de abril de 1980 la constitución del derecho de prenda, habiéndose producido por parte de la Caja una constante oposición a la validez y eficacia de esa garantía, argumentando básicamente la prioridad de sus propios derechos de crédito para cobrarse al término de ambas imposiciones, y como beneficiario respecto a la cuenta corriente abierta por don Domingo de un «saldo acreedor» frente a él, superior a los 40.000.000 de pesetas en 31 de marzo de 1980.

Bankinter presentó una demanda en la que se pedía que se declarase la preferencia de los créditos pignoraticios y se le entregase el dinero correspondiente. La Caja Rural alegó que era acreedora de don Domingo por una cantidad superior y, en demanda convencional, alegando un documento de 12 de febrero de 1980 en virtud del cual las imposiciones a plazo quedaban afectadas en garantía de los saldos deudores, pedía que se declarase ajustada a derecho la compensación realizada entre las imposiciones a plazo y el saldo deudor o descubierto en cuenta corriente de don Domingo.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la reconvencción, y estimando la demanda, declaró válidamente constituido el derecho de prenda, su preferencia sobre cualquier otro de los que no constara en documento público la fecha de constitución de su garantía y condenó a la Caja Rural a la entrega del dinero.

La Audiencia Territorial de Valencia confirmó la sentencia y el Tribunal Supremo, por su parte, admitió el recurso de casación y dictó nueva sentencia por la que se estimaba la reconvencción y se desestimaba la demanda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Aunque es cierto que se discute en la doctrina científica y jurisprudencial acerca de la verdadera naturaleza del depósito no individualizado de dinero, o depósito irregular, calificándolo unos de contrato de préstamo a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.768, al poder el depositario servirse de la cosa depositada, y otro de contrato «*sui generis*», al no reunir las características esenciales del depósito ni del préstamo, no es menos cierto que existe unanimidad en entender que tal depósito irregular atribuye la propiedad del dinero, o cosa fungible depositada, al depositario, quien puede decidir libremente de ella porque es suya, sustituyéndose la obligación de custodia, típica del contrato de depósito, por la de disponibilidad a favor del depositante de la cantidad entregada; siendo, también, mayoritaria la opinión de los que entienden que tratándose de depósitos o imposiciones a plazo fijo, al desaparecer temporalmente la disponibilidad del depositante, desaparecen igualmente, los elementos típicos del depósito —restitución de la cosa cuando le sea pedida, artículo 1.766 del Código civil— y se acentúan los del préstamo —recepción de una cosa fungible en propiedad para devolver después otro tanto—. De lo expuesto se desprende sin género de dudas, que el importe de las imposiciones a plazo fijo constituidas por don Domingo Conesa, en la Caja Rural de Orihuela (Alicante) pasó a ser propiedad de la depositaria, sustituyendo la propiedad anterior del depositante por un derecho de crédito a la devolución de una suma igual a la entregada, derecho de crédito sobre el que se constituyó un derecho real de prenda a favor de la entidad recurrida Bankinter, cuya existencia y eficacia está supeditada a la existencia del derecho de crédito sobre el que se constituyó la garantía.

2. Pues bien, el problema que se planteó en instancia y que es traído a este recurso es el relativo a si al ser también la Caja Rural, al tiempo de realizarse la imposición a plazo fijo, acreedora del señor Conesa por una cantidad mayor a la depositada, se produjo o no una compensación de los respectivos créditos y deudas por imperio de la Ley y, por tanto, si cuando se constituyó el derecho de prenda ya no existía el derecho de crédito gravado por haberse extinguido por dicha compensación. A este respecto y, frente a la tesis de la recurrente, se sostiene por la sentencia recurrida y por el Banco actor que no concurren los requisitos exigidos para que dicha compensación opere, por cuanto: a) el artículo 1.200 del Código civil dispone que la compensación no procede cuando alguna de las deudas proviniera de depósito o de las obligaciones del depositario o comodatario, argumento inaceptable porque, como se ha dicho, en el supuesto de depósito irregular de dinero o cosa fungible no hay depósito, propiamente dicho, dado que la propiedad de lo entregado pasa al dominio del depositario y la obligación de custodia se convierte en una obligación de disponibilidad de cantidad, obligación y correlativo derecho que en las imposiciones a plazo fijo sólo hacen cuando llega el día señalado; b) el artículo 1.196.5.º del mismo cuerpo legal establece que para que proceda la compensación es preciso que sobre ninguno de

los créditos o deudas exista retención o contienda promovida por tercera persona y notificada oportunamente al deudor, retención o custodia que presupone la existencia de un litigio en el que el deudor se convierte en depositario judicial hasta el fin de la litis, supuesto que no es el de este recurso en cuanto que al tiempo de constituirse las imposiciones a plazo no existía sobre ellas retención o contienda judicial; c) la circunstancia de que se otorguen pólizas intervenidas por Corredor de Comercio para actuar el mecanismo de la compensación no puede tener otra finalidad que la de suplir por vía convencional la falta de algún requisito legal para que la compensación forzosa opere ya cuando concurren todos tal compensación se produce en pleno derecho con el efecto extintivo de las deudas en la cantidad concurrente, aunque no tengan conocimiento de ella los acreedores y deudores (art. 1.202), y d) nada resulta de las actuaciones que permita poner en duda que la Caja Rural y don Domingo Conesa son acreedores principales y, a su vez, deudores principales el uno del otro en las operaciones de crédito y depósito irregular que entre ellos mediaron, en cuanto nada existe que autorice a afirmar que uno y otro no actuaban en su propio nombre y por su propia cuenta. Por otra parte, no puede olvidarse que si, a tenor del artículo 1.198 del Código civil, la cesión de un crédito a tercero no impidió al deudor, que no la consintió, oponer al cesionario la compensación de las deudas anteriores a ella que tuviera con el cedente, es indudable que lo mismo debe ocurrir cuando el presunto deudor no consiente la constitución de un derecho real de prenda, sobre el crédito que lleva potencialmente la virtualidad de su enajenación, pues si en aquel supuesto que implica la transmisión de la titularidad plena de crédito se produce el señalado efecto limitativo, con igual razón se debe producir en la hipótesis de constitución de un derecho real limitativo del dominio.

3. Lo anteriormente expuesto lleva aparejada la estimación de los tres motivos del recurso, pues: a) el primero de ellos amparado en el ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, y en el que se denuncia la infracción de los artículos 1.769 del Código civil y 309 del Código de Comercio sobre la naturaleza jurídica de las imposiciones a plazo fijo debe acogerse, dado que, según lo razonado anteriormente, el depósito irregular, en general, al transferir la propiedad del dinero o de la cosa fungible que se entrega al receptor hace desaparecer la característica típica del depósito, la custodia, que es sustituida por la obligación de restitución de cantidad, típica del préstamo del contrato «sui generis», de que se trata, no pudiendo entenderse, por tanto, que nos encontremos ante un depósito común con los efectos propios del mismo, como parece sostener la actora, y acepta la sentencia recurrida, por la simple circunstancia accesoria de haberse constituido, aparentemente, sobre él un derecho de prenda; b) el segundo motivo, apoyado en el mismo ordinal, denuncia la infracción de los artículos 1.195, 1.196 y 1.202 del Código civil sobre compensación y merece igual aceptación porque, como se acaba de argumentar, no existe obstáculo legal alguno que se oponga a la compensación de pleno derecho entre los 8.000.000 de pesetas, a que asciende la imposición a plazo fijo realizada por el señor Conesa y la deuda por mayor cantidad que dicho señor tenía en aquel momento con el Banco receptor de la imposición, y c) el tercer motivo, con idéntico amparo, acusa la infracción por aplicación indebida de los artículos 1.196, números 1 y 5, y 1.200 del mismo Código sustantivo, y debe ser también estimado, ya que, como se dijo en la fundamentación que antecede, el señor Conesa y la Caja Rural son recíprocamente deudo-

res y acreedores principales el uno del otro, en cuanto al conceder el crédito y al realizar la imposición actuaran en nombre y por cuenta propia y en cuanto no existía sobre ninguno de los créditos retención o contienda al tiempo de producirse la compensación, es decir, al tiempo de realizarse la imposición, sin que, por otra parte, sea aplicable al caso de litis la normativa del artículo 1.200, dado que, según se ha reiterado abundantemente, en el caso de litis no existe el depósito que el precepto contempla como impeditivo de la compensación.

4. Por todo lo dicho, procede estimar el recurso casando y anulando la sentencia recurrida, y resolviendo lo que corresponde dentro de los términos en que quedó planteado el debate en los escritos expositivos de las partes, debemos desestimar la demanda y estimar la reconvencción en la que invocaba la compensación, por concurrir todos los requisitos a los que está condicionada su existencia; todo ello sin hacer expresa imposición de las costas de las instancias y declarando respecto a los de este recurso que cada parte satisfaga las suyas.

1. PRENDA DE DINERO Y PRENDA DE CREDITO

El Tribunal Supremo, en la sentencia objeto de este comentario, tiene ocasión de plantearse nuevamente la cuestión de la pignoración de unas imposiciones a plazo fijo, y, concretamente, de la pignoración del dinero y de los derechos de crédito (1).

Con anterioridad, el Tribunal Supremo se había ocupado de esta materia en la sentencia de 27 de diciembre de 1985, que, por su novedad e importancia, había sido objeto de varios comentarios (2). Merece la pena detenerse un momento para recordar brevemente los antecedentes de hecho de la Sentencia de 27 de diciembre de 1985, porque tratándose de una misma cuestión en la citada sentencia y en la que ahora nos ocupa, la toma de postura del Tribunal Supremo en una y otra sentencia respecto a la posibilidad de pignoración de imposiciones a plazo fijo es sustancialmente distinta.

La sentencia de 27 de diciembre de 1985 (ponente don Jaime de Castro García) planteaba el siguiente supuesto: un particular tenía en el Banco de Bilbao dos imposiciones a plazo fijo por importe de diez y cinco millones de pesetas, respectivamente. Con el fin de garantizar mediante dichos depósitos de dinero determinados créditos que, a su vez, el Banco de Bilbao le había concedido, se procedió a pignorar en favor del Banco, con intervención del Corredor de Comercio, las citadas imposiciones a plazo por el límite máximo de sus respectivos importes.

Así las cosas, un tercero, acreedor del depositante, inició un procedimiento ejecutivo contra éste en reclamación de determinados importes, a resultas del cual obtuvo una sentencia firme de remate y procedió al embargo de los saldos que

(1) Vid. el comentario a esta sentencia de LUIS ROJO AJURIA, en «Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil», núm. 15, septiembre-diciembre 1987, pp. 5023 y ss.

(2) Vid. BARBA, en «Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil», núm. 24; JOSÉ M.^a de EIZAGUIRRE: *Las imposiciones a plazo fijo como objeto de garantía pignoratícia. Una contribución a la dogmática de los títulos-valores*, en «Revista de Derecho Bancario y Bursátil», núm. 25, enero-marzo 1987, pp. 179 y ss. Asimismo, nuestro trabajo *Algunas notas sobre la prenda de dinero a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1985*, en «Anuario de Derecho Civil», pp. 1293 y ss.

el ejecutado pudiera tener en el Banco de Bilbao. Requerido el Banco de Bilbao por el juzgado para que pusiera a disposición del ejecutante el importe de las imposiciones a plazos, el Banco se negó, alegando su condición de acreedor pignoraticio de las mismas y planteó tercería de mejor derecho en la que solicitaba se reconociera su derecho de prenda y, consecuentemente, su preferencia respecto al embargo del ejecutante. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Territorial revocó la sentencia, estimando la demanda del Banco. El Tribunal Supremo, sin embargo, casó la sentencia y confirmó la del Juzgado de Primera Instancia, desestimando en definitiva la demanda del Banco.

La argumentación central que el Tribunal Supremo utilizó en su sentencia para desestimar la tesis del Banco fue la de que, admitiendo en general la prenda de los títulos-valores, la libreta nominativa en que se documenta el depósito de dinero o imposición a plazo fijo no era un título valor (3) y que la pignoración de imposición a plazo fijo constituía una «prenda irregular», caracterizada por la entrega de dinero sin especificación, en la que no concurren los elementos que convienen al contrato de prenda, a pesar de que se aluda a la suma depositada como «garantía» de la apertura de crédito.

Esta postura del Tribunal Supremo había sido objeto de crítica: así, Elizaguirre afirma tajantemente que las imposiciones a plazo fijo son susceptibles de pignoración (4). Señala este autor que tanto en el supuesto de títulos-valores como en el del documento que recoge la imposición a plazo fijo, cualquiera que sea la distinta relevancia de la función asumida por el papel, el objeto de la prenda es siempre el derecho. Para Elizaguirre hay que distinguir en las imposiciones a plazo fijo dos aspectos: uno sustantivo, el derecho de crédito de reintegro de las sumas depositadas, y otro instrumental, el documento de imposición a plazo. En el caso de prenda de una imposición a plazo se trata, ni más ni menos, que de la prenda de un derecho, y más precisamente de la prenda de un crédito dinerario. Y concluye este autor en la recapitulación del trabajo citado: «Desde nuestra óptica actual, en todo caso no se comprende demasiado por qué motivo mi acreedor merece una protección especial si en garantía de una deuda le entrego una obra de arte o unas acciones de valor sólo determinable en el momento de su realización, y no, en cambio, si afecta en su favor mi crédito a la restitución de una suma invariable en su valor nominal que tengo productivamente depositada en un establecimiento crediticio».

Por nuestra parte, la crítica a la sentencia se orientaba en un sentido similar. Decíamos entonces (5): «Cuando un cliente realiza un depósito de dinero en un Banco, estamos ante un depósito irregular, en cuya virtud el Banco se convierte en propietario del dinero, ostentando el cliente un derecho de crédito frente al Banco para la restitución de dicha suma. Partiendo de esta base, e independientemente del disfavor con que el Tribunal Supremo contemple la prenda de dinero, el cliente no podrá dar en prenda ese dinero, sencillamente porque no es suyo:

(3) En cuanto a la naturaleza jurídica del documento de imposición a plazo y especialmente en cuanto a la problemática mercantil de los títulos-valores como objeto de garantía pignoratícia, ver EIZAGUIRRE: *Op. cit.*, pp. 191 y ss.

(4) *Op. cit.*, p. 200.

(5) *Op. cit.*, pp. 306 y ss.

podrá dar en prenda el derecho de crédito que tiene frente al depositante, pero no el dinero: habrá que hablar entonces de prenda de derechos (6). Y concluimos lamentando que el Tribunal Supremo no hubiese aprovechado la ocasión que le brindaba la sentencia para señalar que bajo la prenda de una imposición a plazo fijo lo que había realmente en el supuesto estudiado era una prenda de créditos, lo que habría dejado salvaguardada la finalidad de garantía lícitamente buscada por las partes.

Hasta aquí, la sentencia de 27 de diciembre de 1985 y su crítica. Veámos a continuación qué dice la sentencia de 19 de septiembre de 1987 (ponente don Rafael Pérez Gimeno) sobre la prenda de las imposiciones a plazo fijo (7). Sobre la base de los antecedentes de hecho que han sido expuestos al comienzo de este comentario, el Tribunal Supremo afirma en el Fundamento de Derecho I:

«Aunque es cierto que se discute en la doctrina científica y jurisprudencial acerca de la verdadera naturaleza del depósito no individualizado de dinero, o depósito irregular, calificándolos unos de contrato de préstamo a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.768 al poder el depositario servirse de la cosa depositada, y otros de contrato «sui generis» al no reunir las características esenciales del depósito ni del préstamo, no es menos cierto que existe unanimidad en entender que tal *depósito irregular atribuye la propiedad del dinero o cosa fungible depositada al depositario*, quien puede decidir libremente de ella porque es suya, sustituyéndose la obligación de custodia, típica del contrato de depósito, por la de disponibilidad a favor del depositante de la cantidad entregada, siendo también mayoritaria la oposición de los que entienden que tratándose de depósito o imposiciones a plazo fijo, al desaparecer temporalmente la disponibilidad del depositante, desaparecen igualmente los elementos típicos del depósito —restitución de la cosa cuando le sea pedida, artículo 1.766 del Código civil— y se acentúan los del préstamo —recepción de una cosa fungible en propiedad para después devolver otro tanto—. De lo expuesto se desprende, sin ningún género de dudas, que el importe de las imposiciones a plazo fijo constituidas por don Domingo Conesa en la Caja rural Central de Orihuela (Alicante) *pasó a ser propiedad de la depositaria, sustituyendo la propiedad anterior del depositante por un derecho de crédito a la devolución de una suma igual a la entregada, derecho de crédito sobre el que se constituyó un derecho real de prenda a favor de la entidad*

(6) Sobre la cuestión de la admisibilidad de la prenda de derechos y concretamente de la prenda de créditos, vid. EIZAGUIRRE: *Op. cit.*, pp. 201 y 205, y nuestro trabajo citado, pp. 1306 y 1307 y las referencias bibliográficas allí citadas.

(7) Hay que resaltar que existen dos diferencias importantes (aunque no afectan a lo arriba expuesto) entre ambas sentencias. En primer lugar, que en la sentencia de 1985 el Banco en que estaban realizadas las imposiciones a plazo fijo (banco de Bilbao) era el propio acreedor pignoraticio, mientras que en la de 1987 los depósitos se encontraban en la Caja Rural y el acreedor pignoraticio era otro banco distinto, concretamente Bankinter. Y en segundo lugar, que en la sentencia de 1985 el conflicto versaba sobre la posible preferencia del derecho de prenda del Banco de Bilbao frente al embargo de un tercero ejecutable del deudor pignorante, mientras que en la de 1987 (como ha señalado ROJO AJURIA: *Op. cit.*, p. 5031) no nos encontramos ante un problema de establecer preferencias entre dos derechos de garantía, sino ante otro distinto, a saber, la posibilidad de oponer al acreedor pignoraticio (Bankinter) excepciones (en este caso compensación) por parte de quien tiene que pagar el crédito (Caja Rural).

recurrida Bankinter, cuya existencia y eficacia está supeditada a la existencia del derecho de crédito sobre el que se constituyó la garantía» (8).

En este caso, la argumentación del Tribunal Supremo es irreprochable: lo que existe es una prenda de derechos y concretamente de derechos de crédito. Tal prenda, que había sido constituida en documento público a los efectos del artículo 1.865 del Código civil, y cuya constitución había sido oportuna y fehacientemente comunicada a la Caja Rural, deudora del crédito pignorado, es admitida por el Tribunal Supremo. Ello supone dos cosas, a nuestro juicio: 1) una rectificación importante de la doctrina sentada en la sentencia de 27 de diciembre de 1985, consagrando la pignorabilidad de las imposiciones a plazo como prenda de créditos, y 2) una confirmación de la doctrina que se había mostrado favorable a la admisión de una prenda de créditos y que salvaba el obstáculo que pudiera suponer el hecho de que el crédito dado en prenda no fuera un bien posesible (a efectos del artículo 1.864 del Código civil), sustituyendo el traspaso posesorio del que habla el artículo 1.863 del Código civil por la notificación de la constitución de la prenda al deudor del crédito, suficiente para que se opere la indisponibilidad del mismo.

Es asimismo destacable la aceptación por el Tribunal Supremo de la idea del traspaso de propiedad del depositante al depositario del dinero depositado, idea que había sido resaltada en el ámbito de la doctrina mercantilista por Garrigues. Este autor lo expresaba con su habitual claridad, y señalaba, hablando de la deuda de dinero, que la expresión «propiedad del dinero» hemos de admitirla con mucha reserva, a causa, precisamente, de la extrema fungibilidad que le caracteriza. Es evidente, dice Garrigues (9), «que soy dueño del dinero que tengo en mi bolsillo o que conservo guardado en casa. Pero se da la circunstancia de que en casa tenemos muy poco dinero, porque la mayor parte la depositamos en un Banco. De donde se sigue que mi propiedad sobre el dinero es exigua e insignificante. Lo que ocurre es que yo sigo considerando como mío el dinero que entrego al Banco, y así, digo: “Tengo mi dinero en el Banco X”. Mas en realidad ese dinero no es mío, sino del Banco, ya que al ingresar en sus cajas se incorpora al resto del dinero que posee el Banco, siendo imposible la identificación de las piezas que yo entregué. *Lo único que a mi me queda es un crédito frente al Banco para la restitución de la suma entregada.* Mas siendo tan firme como es, en general, la solvencia de los Bancos, ese crédito mío es tan seguro que me permite una suplantación de conceptos jurídicos, llamando “mi dinero” al que en realidad es dinero de otro, es dinero del Banco. En suma, cuando el dinero sale de mi poder, yo pierdo su propiedad. Mi dominio se ha transformado en un crédito nacido de un contrato de depósito o de préstamo, y que obliga al depositario o al prestatario a la restitución de la suma debida».

El Tribunal Supremo se muestra categórico en este punto: «existe unanimidad en atender que tal depósito irregular atribuye la propiedad del dinero o cosa fungible depositada, al depositario»; (...) «el importe de las imposiciones a plazo fijo pasó a ser propiedad de la depositaria, instituyendo la propiedad anterior

(8) Con base en esta última frase, el Tribunal Supremo (de forma errónea a nuestro juicio, sumándonos así a la opinión de Rojo Ajuria) consideró inexistente el derecho de prenda a favor de Bankinter, al entender que se había extinguido por compensación el crédito pignorado de don Domingo contra la Caja Rural.

(9) GARRIGES: *Contratos bancarios*, 1975, pp. 71 y ss.

del depositante por un derecho de crédito a la devolución de una suma igual a la entregada».

2. LA COMPENSACION EN LA PRENDA DE CREDITOS

En cuanto al caso concreto debatido en la sentencia objeto de este comentario, esto es, la posibilidad de que el deudor del crédito pignorado haga valer frente al acreedor pignoraticio la compensación respecto al deudor figurante, anticipemos que nuestra opinión es contraria a la mantenida por el Tribunal Supremo, que admitió la compensación.

Ante la demanda de Bankinter alegando su condición de acreedor pignoraticio y reclamando el importe de las imposiciones a plazo pignoradas, la Caja Rural, donde se encontraban las imposiciones, alegaba a su vez su condición de acreedor de don Domingo por el saldo deudor de éste en cuenta corriente de 140.000.000 de pesetas a 31 de marzo de 1980, antes por tanto de la constitución de la prenda, y sostenía que se había producido la compensación realizada entre las imposiciones a plazo y el saldo deudor o descubierto en cuenta corriente de don Domingo.

El Tribunal Supremo, para acoger la tesis de la Caja Rural, afirma, sorprendentemente, que la compensación produce sus efectos al tiempo de constituirse las imposiciones a plazo (Fundamento de Derecho 2.6 y 3 «in fine»). Obsérvese que las imposiciones se habían efectuado el 11 de mayo de 1979 y 21 de junio de 1979, con vencimientos respectivos el 11 de junio de 1981 y 21 de julio de 1981, que el documento de «afectación» en garantía de las imposiciones entre don Domingo y la Caja Rural era de fecha 12 de febrero de 1980 y que parece que en esa fecha o poco más tarde don Domingo era ya deudor de la Caja Rural por un importe superior al de las imposiciones. Pues bien, la tesis del Tribunal Supremo es privar de eficacia al derecho de prenda de Bankinter negando la existencia del derecho de crédito pignorado, que se habría extinguido por compensación en el momento de realizarse las imposiciones!, esto es, 1979.

Le sobra, a nuestro juicio, razón a Rojo Ajuria (10) cuando afirma que el planteamiento del Tribunal Supremo es inaceptable, porque no se trata de aceptar o no una determinada posición doctrinal acerca de un punto polémico, sino que es evidente que es una hipótesis falsa, insostenible en cualquier caso.

Porque, sigue este autor, en virtud de los apartados 3.º y 4.º del artículo 1.196 del Código civil, la compensación sólo habría podido producirse cuando el crédito de don Domingo frente a la Caja Rural fuera exigible, es decir, en la fecha de vencimiento de las imposiciones, 1981, pero nunca en el momento de realizarse las imposiciones a plazo de 1979.

Sin embargo, Rojo Ajuria entiende que a pesar de todo, el fallo del Tribunal Supremo es correcto al estimar la compensación, y ello no tanto por el razonamiento empleado por el Tribunal como por la vía del artículo 1.198 del Código civil, citado como «obiter dicta» en la sentencia, y que se refiere a la posibilidad, en caso de cesión de créditos, de que el deudor cedido oponga al cesionario la compensación de deudas con el cedente. Para este autor, en definitiva, la Caja Rural, aplicando analógicamente el artículo 1.198 podía oponer a Bankinter, la

(10) *Op. cit.*, p. 387.

compensación de los créditos que dicha Caja tenía frente a don Domingo. Hay que hacer notar que Bankinter había comunicado a la Caja Rural la constitución de la prenda sobre las imposiciones a plazo (requisito imprescindible en la prenda de créditos) y al parecer la Caja Rural desde el primer momento había opuesto el documento de «afectación» de 12 de febrero de 1980, por lo que en el lenguaje del artículo 1.198 se puede decir que no había consentido la constitución del derecho de prenda.

Sin embargo, que la compensación fuera estimable en este caso nos plantea serias dudas, derivadas fundamentalmente del artículo 1.196.5 del Código civil, que exige como requisito para que se pueda dar la compensación el que no haya retención o contienda sobre las deudas (11). La pregunta sería: cuando existe constituido un derecho de prenda sobre un crédito y ha sido notificada la prenda al deudor del crédito pignorado, ¿se puede entender que hay «retención» en el sentido del artículo 1.196.5, lo que excluiría la compensación?

Parece claro que el legislador, al hablar de retención en el artículo 1.196.5, no estaba pensando en la prenda sobre un crédito, entre otras cosas, porque ni siquiera en materia de prenda el Código habla expresamente de prenda de derechos. Pero la finalidad buscada por el legislador en el artículo 1.196.5 quizá pueda arrojar alguna luz sobre esta cuestión. López Vilas la explica de la siguiente forma: «Evitar posibles fraudes, en perjuicio del tercero que puede ser titular del crédito a compensar. En efecto, si existen situaciones de retención o contienda (en la terminología del propio texto del artículo 1.196.5) los créditos afectados no gozan de libertad para extinguirse en virtud de compensación, en la medida en que la retención o la contienda litigiosa suponen y significan la posibilidad de un derecho o de una expectativa en favor de aquel tercero, que subsistirá hasta tanto no se resuelva, en uno u otro sentido, la retención (si no es definitiva), o la contienda». Y continúa, refiriéndose a la distinción entre contienda y retención: «Por su parte, la retención supone (salvo que vaya incluida en una contienda o se limite a un embargo preventivo) una resolución definitiva consistente en aplicar a la satisfacción del derecho de un tercero el crédito que uno de los interesados en la compensación prohibida en tal caso tenga contra el otro».

Castán, por su parte, citando a De Diego, señala que en tales casos hay una especie de derecho adquirido por parte de estas personas que impide la compensación, convirtiendo al deudor en un mero depositario judicial de la cosa que le incapacite para entregarla al acreedor.

Y comentando este artículo 1.196.5, Mucius Scaevola, bajo la rúbrica «Respeto al derecho de terceros» afirma que se trata con esto de evitar el perjuicio que a dichas personas podría sobrevenirles por efecto de la compensación, privándolas de los bienes sobre los que podrían hacer efectivos el cobro de sus créditos (12).

Parece claro, por tanto, que en estos casos el deudor no puede oponer la compensación, simplemente porque existe un tercero con un derecho o una expectativa de derecho anterior, y que debe ser respetada. Sería, por ejemplo, el caso

(11) El lenguaje del Código es incorrecto, porque la retención, en cualquier caso, no recae sobre las deudas, sino sobre los créditos.

(12) Vid. LÓPEZ VILAS, RAMÓN: *Comentarios al Código civil*, «Edersa», tomo XVI, vol. I, pp. 437 y ss. CASTÁN: *Derecho Civil Especial, Común y Foral*, 1974, p. 377. MUCIUS SCAEVOLA, tomo XIX, pp. 1020 y ss.

del tercero que ha embargado el crédito que luego se cede, supuesto de incuestionable encaje en el artículo 1.196.5: Juan es acreedor de Luis por 1.000. Pedro, acreedor a su vez de Juan, embarga el crédito de éste frente a Luis, notificándose a este último el embargo. Cuando Luis sea requerido de pago por Pedro, Luis no podrá oponer la compensación que tuviera frente a Juan por ser recíprocamente acreedor y deudor el uno del otro. Esta consecuencia parece incuestionable.

Pero imaginemos a continuación el siguiente ejemplo: siendo también Juan acreedor de Luis por 1.000, Juan ha constituido un derecho de prenda sobre el crédito en favor de Pedro, notificándose la constitución de la prenda a Luis. Si Pedro, ejecutando su prenda, exige a Luis el pago de las 1.000, entendemos que éste no podría oponer la compensación; y ello porque el impuesto es sustancialmente idéntico al del caso anterior en cuanto al conflicto de intereses subyacente. ¿No es del acreedor pignoraticio un interés tan merecedor de protección como el del tercero embargante del crédito a quien no se puede oponer la compensación? Afirmar lo contrario sería hacer de mejor condición al titular de un derecho de crédito que consigue un embargo que al titular de un derecho real de garantía, eficaz «erga omnes» y al que el ordenamiento le reconoce una preferencia de cobro: artículos 1.922.2 del Código civil y 918 del Código de Comercio.

En este caso es cierto que no existe la «retención» del artículo 1.196.5 en el sentido de retención judicial como consecuencia de un embargo, pero no es menos cierto que la «ratio» última de tal artículo es igualmente aplicable al caso del embargo que al del derecho de prenda.

Por otra parte obsérvese que la notificación al deudor del crédito pignorado de la existencia de la prenda no lo es a efectos del juego del artículo 1.198 (por mucha similitud que pueda haber entre uno y otro caso), sino que tal notificación en materia de prenda de créditos es obligatoria para sustituir al requisito de la puesta en posesión del artículo 1.863 del Código civil, según opinión común de la doctrina. Lo que quiere decir que así como una cesión de créditos no notificada al deudor cedido es perfectamente válida (si bien estará en juego el artículo 1.198 y además el deudor se liberará si ignorando la cesión paga al acreedor cedente), una prenda de créditos sin notificación al deudor del crédito dado en prenda nos tememos que no existiría como tal derecho real de prenda. La notificación cumple esa finalidad, no la de que el deudor pueda oponerse a la constitución de la prenda sobre el crédito.

En consecuencia, creemos que en el supuesto de hecho de la sentencia estudiada, la Caja Rural no habría podido oponer la compensación a Bankinter como consecuencia de la existencia del derecho de prenda a favor de éste.

Así lo debía entender, por lo demás, la sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia, que luego casó el Tribunal Supremo, pues uno de los argumentos que esgrimo para desestimar la tesis de la compensación de la Caja Rural fue precisamente el de la existencia de la «retención o contienda» de que habla el artículo 1.196.5, si bien sin ulterior razonamiento.

La sentencia del Tribunal Supremo, al tratar sobre este punto [Fundamento de Derecho 2.b)], dice que no *existía retención o contienda al tiempo de realizarse las imposiciones*, momento en que (erróneamente, como antes hemos dicho) para la sentencia se produce la compensación. Lo que no soluciona nada a los efectos de nuestra cuestión, puesto que en aquella fecha, 1979, ni siquiera estaba constituido el derecho de prenda, por lo que no se podía plantear, por hipótesis, la

confrontación derecho de prenda/compensación. Queda en pie la pregunta de cuál habría sido la opinión del Tribunal Supremo si se hubiera planteado la cuestión de la retención o contienda, en el momento en que pudiera ser oponible la compensación, esto es, en la fecha de vencimiento de las imposiciones: según nuestro criterio, como hemos dicho anteriormente, y a la vista de la finalidad de los términos «retención o contienda» en el artículo 1.196.5, creemos que no sería de aplicación el artículo 1.198 por no poder darse la compensación, debiendo surtir plenos efectos el derecho de prenda.

3. PIGNORACION Y ANOTACIONES EN CUENTA

Poco antes de la sentencia ahora estudiada, en abril de 1987 se produce una novedad legislativa en un ámbito tan específico como es el mercado de activos financieros que, a nuestro juicio, confirma plenamente la posibilidad de pignorar determinados derechos. Nos referimos al sistema de anotaciones en cuenta para la Deuda del Estado creado por el Real Decreto 505/1987, de 3 de abril (13). Explicaremos muy brevemente en qué consiste este sistema para referirnos a continuación a la posibilidad de pignoración de las anotaciones en cuenta. En este sentido, la Exposición de Motivos del Real Decreto 505/1987 es ilustrativa:

«La aparición y posterior extensión del título-valor con la consiguiente incorporación del derecho al documento constituyó un hito fundamental en el desarrollo de los modernos mercados de capitales, y en cierto sentido, de la moderna economía de mercado.

La ingente ampliación de aquellos mercados, a los cuales no ha sido ajena la actividad del Estado como emisor de títulos públicos cuyo producto se destinaba a financiar las crecientes diferencias entre ingresos y gastos presupuestarios, han convertido el título-valor en un obstáculo para el ágil funcionamiento del tráfico mercantil. Se hace preciso, por lo tanto, iniciar nuevas fórmulas que posibiliten las operaciones de transmisión de los derechos que los títulos incorporaban, así como el normal y puntual ejercicio de los mismos. Precisamente la aparición de los modernos sistemas informáticos contribuye a resolver las dificultades anejas al manejo material de las masas de títulos —públicos o privados— negociados en los mercados. En efecto, la rapidez en el tratamiento de la información, la posibilidad de incorporar nuevos mecanismos que eviten o subsanen los errores cometidos, así como las facilidades de interconexión, que permiten el intercambio a distancia de cientos de miles de datos, hacen que hoy en día

(13) Las primeras referencias al sistema de anotaciones en cuenta para la deuda del Estado aparecen en el artículo 4 de la Ley 46/1985, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1986, y en el artículo 38.4 de la Ley 21/1986, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1987. El Decreto 505/87 está desarrollado por la Orden Ministerial de 19 de marzo de 1987. A efectos del tema que nos ocupa, tiene también importancia la Norma 9.^a de la Circular 16/87, de 19 de mayo, del Banco de España.

Sobre las anotaciones en cuenta, vid. también Papeles de Economía Española, núm. 19, 1987, con un número monográfico sobre esa cuestión.

el tratamiento informático permita la sustitución del viejo soporte documental por simples referencias procesables en los ordenadores.

En realidad, la nueva configuración que la emisión de Deuda Pública a través de anotaciones en cuenta implica, supone la creación de un tratamiento jurídico propio y específico que se aleja de la tradicional doctrina del título-valor, en cuanto que lo que ahora se plantea es la sustitución de éste por una técnica operativa más ágil y funcional *cuyo fundamento teórico se halla más cercano al concepto de derechos-valores que al de títulos-valores.*

El sistema de anotaciones en cuenta de Deuda del Estado queda configurado como un *procedimiento para la tenencia de valores emitidos por el Estado, en el que unos adquirentes poseen derechos frente al mismo asentados en una Central de anotaciones, cuya gestión es delegada por el emisor al Banco de España (14)*».

Así pues, el diagnóstico es claro: en este campo, el título-valor se ha quedado viejo. En vez de manejar miles y miles de títulos, con las dificultades de todo orden que ello implica, es mucho más sencillo —nos dice la Exposición de Motivos— aprovechar la informática y operar con «simples referencias procesables en ordenadores».

De ahora en adelante, cuando suscribamos Deuda Pública, en vez de tener en nuestras manos el título físico, material de la Deuda, que incorpora el derecho a exigir del Estado el reembolso del principal en la fecha de amortización y el pago de los correspondientes intereses, vamos a tener una referencia en un ordenador, una anotación practicada en la Central de Anotaciones que representa también el derecho frente al Estado al pago de la Deuda y sus intereses. Cierto es que los suscriptores de la Deuda tendrán en su poder un documento acreditativo de la práctica de la anotación pertinente, pero no es menos cierto que dicho documento es un simple resguardo no negociable emitido por la entidad financiera intermediaria que no tiene nada que ver con un título-valor. En efecto, el artículo 6.º-6.º del Real Decreto 505/87 establece: «Las Entidades Gestoras extenderán resguardos acreditativos de la formalización de la anotación en cuenta a nombre del titular de los derechos. Dichos resguardos deberán codificarse de modo que se garantice la correspondencia con los registros de la entidad y con la información comunicada a la Central de anotaciones. Los resguardos no serán transmisibles ni negociables ni representativos del valor, y sólo acreditarán la formalización de la anotación y su identidad» (15).

(14) La Ley del Mercado de Valores de 28 de julio de 1988 incorpora asimismo a su ámbito de aplicación el sistema de anotaciones en cuenta. Así, su artículo 5.º establece que «los valores negociables podrán estar representados por medio tanto de títulos como de anotaciones en cuenta».

(15) En cuanto al esquema del régimen de anotaciones en cuenta habría que recordar las siguientes normas del Decreto 505/87:

Art. 1.º *De la representación de la deuda del Estado.*

La Deuda del Estado podrá estar representada, además de en los títulos-valores, en anotaciones en cuenta en una Central de Anotaciones en cuenta de Deuda del Estado.

Art. 5.º *De la Central de Anotaciones en cuenta de la Deuda del Estado.*

La Central de Anotaciones es un servicio público del Estado que gestionará, por cuenta del Tesoro, el Banco de España, con la estructura que éste determine.

Así pues, en virtud de la reglamentación expuesta, del concepto de título-valor se pasa al de derecho-valor. Y dichos derechos pueden, como es lógico, ser objeto de tráfico jurídico. Así, el artículo 8.º del Real Decreto 505/87 se titula «De la transmisión y de las operaciones de compraventa con pacto de recompra», y su párrafo 1.º establece que «las transmisiones de Deuda del Estado representada en anotaciones en cuenta se tendrán por realizadas en el momento en que la Central de anotaciones o, en su caso, la Entidad Gestora, efectúen las anotaciones correspondientes, de acuerdo con lo dispuesto en el número 4 del artículo 6.º».

Y a su vez, el artículo 2.2 del Real Decreto 505/87 admite expresamente la *pignoración* de las anotaciones en cuenta, al señalar que «la constitución de prenda y demás derechos de garantía sobre anotaciones en cuenta será comunicada a la Central de anotaciones, que procederá a su desglose dentro de las cuentas incluidas en la Central, de forma que permita la individualización e identificación de los saldos en garantía en garantía, y extenderá la certificación oportuna».

Aunque el Decreto hable de que se pignoran las anotaciones en cuenta, habría más bien que puntualizar que el objeto de la prenda no es la anotación en cuenta, sino el derecho a que ésta se refiere. En efecto, la anotación en cuenta, como dice la Exposición de Motivos del Decreto, no es sino una simple referencia procesable en un ordenador. Y uno no sabe muy bien en realidad que quiere decir eso desde un punto de vista jurídico. Con más acierto, a nuestro juicio, en el artículo 8.º del Decreto, al hacer referencia a las transmisiones de Deuda del Estado representadas por anotaciones en cuenta se habla del «titular de los derechos que los vende hasta la fecha de amortización». Y de que «el comprador de los derechos en una operación de compraventa con pacto de recompra adquiere la propiedad de los mismos».

Y es que, en definitiva, parece indudable que el objeto de la prenda es el derecho, en este caso de crédito, que tiene el titular de la Deuda del Estado representada en anotaciones en cuenta al cobro de las cantidades correspondientes por principal e intereses.

Art. 4.º *De los titulares de deuda del Estado representada por anotaciones en cuenta.*

Podrán adquirir y mantener Deuda del Estado representada por anotaciones en cuenta, en las cuentas bajo su titularidad abiertas en la Central de Anotaciones, las Entidades e intermediarios financieros que cumplan los requisitos que establezca el Ministro de Economía y Hacienda.

Las restantes personas físicas y jurídicas podrán adquirir y mantener Deuda del Estado representada en Anotaciones en cuenta, en calidad de comitentes, en las entidades Gestoras a que se refiere el artículo 6.º.

Art. 6.º *De las Entidades Gestoras.*

1. Aquellos titulares de cuentas en la Central de Anotaciones que puedan mantener anotaciones de terceros dentro de sus cuentas en la mencionada Central, se denominarán Entidades Gestoras de Anotaciones de Deuda del Estado.

3. Las Entidades citadas en los números anteriores gestionarán, como comisionistas por cuenta de quienes no puedan ser titulares directos de cuentas en la Central de anotaciones, la adquisición, mantenimiento y transmisión de la Deuda del Estado representada en anotaciones en cuenta, haciendo seguir a los titulares las liquidaciones de intereses y amortizaciones que les correspondan. Asimismo, gestionarán la negociación en el mercado secundario y los procesos de compensación y liquidación, formalizando los cambios de titularidad a que den lugar.

Haciendo referencias específicamente al régimen de anotaciones en cuenta de Deuda del Estado sean objeto de derecho de prenda (configurada —añadimos nosotros— como prenda de derechos), no supone ningún régimen excepcional (16). El fundamento de la regulación contenida en el artículo 2.2 del Real Decreto 505/87 residiría en último término en el artículo 1.864 del Código civil, a cuyo tenor pueden darse en prenda todas las cosas que estén en el comercio, con tal de que sean susceptibles de posesión. En base al citado artículo, señala Mendoza, puede afirmarse la pignoralidad de los derechos siempre que concurren dos condiciones: a) que recaigan sobre cosas muebles poseibles o que tengan tal consideración legal, y b) que sean enajenables.

En cuanto a la enajenabilidad de tales derechos, ninguna duda cabe sobre ello, máxime teniendo en cuenta la redacción del artículo 8.º antes citado del Decreto 505/87.

Y en cuanto al carácter de ser susceptibles de posesión —exigencia que hace referencia al requisito de la puesta en posesión del acreedor de la cosa dada en prenda del artículo 1.863 del Código civil— recordemos que la doctrina coincidía en afirmar que en la prenda de créditos, al ser imposible por hipótesis la puesta en posesión del acreedor pignoraticio, bastaba con la notificación de la constitución de la prenda al deudor del crédito pignorado, ya que este procedimiento, en defecto de transmisión posesoria, produce las consecuencias de ésta, a saber la indisponibilidad del derecho gravado por parte de un titular (17), debiendo abstenerse el deudor del crédito pignorado a quien se el hace la comunicación de pagar a un acreedor (18).

Pues bien, en el caso del régimen de las anotaciones en cuenta de la Deuda del Estado, la regulación que estudiamos recoge la idea expuesta. Señala Mendoza (19) que para la constitución del gravamen resulta necesaria la tradición o entrega apta para poner al acreedor prendario en posesión del derecho soporte de la garantía, o, no siendo esto posible, ha de acudir a un procedimiento que, en defecto de la transmisión posesoria, produzca las consecuencias de ésta, especialmente la *indisponibilidad del derecho gravado por su titular*. Para dar cumplimiento a este requisito, el Real Decreto 505/87 prevé en su artículo 2.2 el oportuno desglose de las anotaciones en cuenta en garantía que permita su individualización. A su vez, el artículo 17 de la Orden Ministerial de 19 de mayo de 1987, bajo la rúbrica «Desgloses, certificaciones e inmovilizaciones de saldos» establece:

«1. En cumplimiento de lo establecido en los apartados 2 y 3 del artículo 2.º del Real Decreto 505/1987 y a solicitud de los titulares de los valores, la Central

(16) Papeles de Economía Española cit. MENDOZA, MANUEL: *Anotaciones en cuenta de Deuda del Estado. Análisis jurídico*, pp. 15 y ss.

(17) GUILARTE ZAPATERO: *Comentarios al Código civil*, tomo XXIII, p. 415. EIZAGUIRRE: *Op. cit.*, p. 202; nuestro trabajo cit. p. 1307 y bibliografía citada.

(18) La idea de la indisponibilidad como consecuencia fundamental de la notificación efectuada al deudor del crédito pignorado en los casos de prenda de créditos había sido también puesta de relieve por Juan Sánchez Guilarte en sus conferencia denominada «Pignoralidad de saldos de depósitos Bancarios e inmovilización de saldos de anotaciones en cuenta», pronunciada dentro de un ciclo de conferencias organizado por el Colegio de Corredores de Comercio en el mes de mayo de 1988, en Madrid.

(19) *Op. cit.*, p. 19.

de anotaciones efectuará al desglose, dentro de las cuentas mantenidas en la misma, de los saldos de Deuda del Estado representada en anotaciones en cuenta sobre los que se constituya una garantía o cualquier otro derecho o traba que impida su fungibilidad con los restantes de una misma emisión, de forma que permita su individualización e identificación y, en su caso, su inmovilización, y extenderá las certificaciones correspondientes.

2. La Central de anotaciones establecerá el procedimiento de inmovilizaciones de saldos necesarios para la constitución de derechos o garantías sobre la Deuda del Estado representada por anotaciones en cuenta. Dichos saldos se mantendrán desglosados dentro de las cuentas incluidas en la Central de anotaciones conservando sus derechos económicos, *pero no podrán ser movilizadas ni reembolsados a su amortización a sus titulares en tanto no se haya procedido al levantamiento de la garantía previamente constituida*».

Y por su parte, la Norma 9.^a de la Circular del Banco de España 16/87, de 19 de mayo, establece el procedimiento operativo para la comunicación a la Central de anotaciones de la constitución de trabas o derechos de garantía señalando además que «en el caso de valores inmovilizados como consecuencia de la constitución de garantías o trabas o a la solicitud de autoridad judicial que *permanecieran en dicha situación en la fecha de amortización*, la Central de anotaciones procederá, en dicha forma, al ejercicio del derecho de reembolso, y *el importe efectivo correspondiente a los valores amortizados quedará, asimismo, inmovilizado, efecto a la garantía o traba constituida* o a disposición de la autoridad judicial competente en su caso, y permanecerá en dicha situación hasta que la inmovilización sea levantada en la forma indicada en la presente norma».

El procedimiento parece efectivo para garantizar los derechos del acreedor pignoraticio: constituido el derecho de prenda sobre la Deuda del Estado representada por anotaciones en cuenta y comunicada la constitución a la Central de notaciones, se procede a la inmovilización de los saldos correspondientes previo desglose de los mismos, de forma que, producida la amortización de la Deuda, el importe correspondiente no puede ser reembolsado a su titular mientras éste no acredite el levantamiento de la garantía, y si producida la amortización de la Deuda pignorada sigue aún vigente el crédito que garantizaba, el importe efectivo correspondiente a los valores amortizados quedará, asimismo, afecto a la garantía.

Por supuesto que, independientemente de lo expuesto, para que la constitución de tal prenda produzca efectos frente a terceros conforme del artículo 1.865 del Código civil, será necesario, de acuerdo con este artículo la constancia de la prenda en documento público.

Para terminar con este punto, señalar que, en la misma línea que la legislación sobre anotaciones en cuenta (20), la Ley del Mercado de Valores, de 28 de julio

(20) Dentro de estas referencias a supuestos de prenda recogidos en legislaciones específicas, habría que hacer mención a una prenda que es expresamente configurada como prenda de dinero por una norma de derecho positivo. Nos referimos a la legislación sobre el mercado hipotecario, Ley 2/1981, de 25 de marzo, reguladora del mercado hipotecario y el Reglamento que los desarrolla, Decreto 685/82, de 17 de marzo.

En el caso de emisión de bonos hipotecarios, la Ley Media Hipotecaria obliga al emisor a mantener en todo momento los títulos en circulación dentro de unos límites

de 1988, que admite que los valores negociables (y no sólo la Deuda del Estado, como hacía el Decreto 505/87) estén representados en anotaciones en cuenta, permite específicamente la prenda sobre valores representados por anotaciones en cuenta, y establece en su artículo 10 su procedimiento similar:

Artículo 10: «La constitución de derechos reales limitados u otra clase de gravámenes sobre valores representados por medio de anotaciones en cuenta deberá inscribirse en la cuenta correspondiente. *La inscripción de la prenda equivale al desplazamiento posesorio del título*».

Por su parte, el Proyecto de Ley de esta misma norma contenía una referencia aún más explícita a la prenda, señalando en su artículo 4.º:

«La constitución de derechos sobre valores representados por medio de anotaciones en cuenta y, en general, las trabas sobre las mismas, deberán hacerse constar en la cuenta correspondiente. *Dicha constancia será necesaria para el ejercicio de tales derechos, para la transmisión de éstos o para la efectividad de las trabas correspondientes y, en el caso de prenda, sustituirá y equivaldrá al desplazamiento de la posesión contemplado en el artículo 1.863 del Código civil*».

Excede por completo del objeto de este trabajo el estudio de lo que significa la regulación de esta prenda en la Ley de Mercado de Valores frente a los artículos 320 y siguientes del Código de Comercio —ahora derogados por la citada ley— y que se referían a la prenda de acciones.

Simplemente, apuntar un importante trabajo de A. Bercovitz (21) en el que se reflexiona ya sobre la distinción entre título-valor, haciendo referencia a la sustitución del documento de papel por el soporte informatizado y urgiendo a la doctrina iniciar el estudio de esta nueva problemática.

ALBERTO MANZANARES SECADES

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho civil

señalados: en pocas palabras, el importe de las emisiones de bonos en circulación no puede en ningún caso superar un determinado porcentaje del importe de los créditos hipotecarios afectados como cobertura de la emisión. Cuando estos límites son sobrepasados durante la vida de una emisión, la regla general, según el artículo 60 del Reglamento Medio Hipotecario es que en el plazo de cuatro días hay que restablecer el equilibrio perdido, bien sea mediante amortización de bonos o mediante afectación de nuevos créditos. De lo contrario, en ese plazo máximo de cuatro días se procederá a efectuar un depósito en el Banco de España; dicho depósito, que tiene carácter de medida provisional quedará afectado en concepto de *prenda*, por ministerio de la ley, al reembolso del capital, los intereses y, en su caso, si hubiera sobrante de las primas.

La medida tiende, evidentemente, a proteger la posición de los suscriptores de los bonos hipotecarios. Pero la entidad emisora que se ve obligada a realizar el depósito, lo que está pignorando no es en realidad el dinero, cuya propiedad habría pasado al depositario, según la tesis de la sentencia comentada, sino el derecho que asiste al depositante de exigir al depositario el reintegro de los fondos.

En cualquier caso, es este un ejemplo muy claro en que una norma habla de prenda de depósitos, en contra de lo afirmando en su momento por la sentencia de 27 de diciembre de 1985.

(21) BERCOVITZ, A.: *El Derecho del Mercado de Capitales*, «Revista de Derecho Bancario y Bursátil», núm. 29, enero-marzo 1988, pp. 66 y ss.

