

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XLIII  
FASCICULO I



ENERO-MARZO  
MCMXC

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Fundador  
FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO (†)

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

## Consejo de Redacción

AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPIN  
Catedrático de Derecho civil

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

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

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

RAFAEL NUÑEZ LAGOS  
Notario de Madrid

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

## Secretario

ANTONIO MANUEL MORALES MORENO

## SUMARIO

	<u>Págs.</u>
Estudios monográficos	
VALLET DE GOYTISOLO, Juan: <i>El principio del «favor partitionis»</i> .....	5
ALBALADEJO, Manuel: <i>La prescripción de la acción reivindicatoria</i> .....	25
BLASCO GASCO, Francisco de P.: <i>Reflexiones acerca de la condonación de la deuda</i> .....	59
MOLINA HERREZUELO, Pilar: <i>Problemática sobre la forma del matrimonio a la luz de los artículos 53, 73.3 y 78 del Código civil</i> .....	83
Estudios de Derecho extranjero	
Prof. Dr. HANS-LEO WEYERS: <i>Apuntes sobre la evolución del Derecho civil en la República Federal de Alemania en 1988</i> .....	127
Vida jurídica	
VALLET DE GOYTISOLO, Juan: <i>In memoriam. José Roan Martínez</i> .....	141
SOLAS RAFECAS, José María de: <i>Jornadas sobre Derecho del Consumo</i> ..	145
Bibliografía	
LIBROS	
CAPILLA RONCERO, Francisco: <i>La Responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito</i> , por Julio-Jesús Fernández	

Vara.— <i>El Código civil. Debates parlamentarios 1885-1889</i> , por Esther Gómez Calle.—FELIU REY, Manuel: <i>Comentarios a la Ley de Adopción</i> , por Juan Pozo Vilches.—MEZQUITA DEL CACHO, José Luis.— <i>Seguridad jurídica y sistema cautelar para su protección preventiva en la esfera privada</i> . Volumen I: <i>Teoría de la Seguridad jurídica en su doble proyección, pública y privada</i> . Volumen II: <i>Sistema español de Derecho cautelar, parte general y apéndice eurocomunitario</i> , por Vicente Torralba Soriano.—PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Manuel: <i>Derecho de Familia</i> , por Juan Pozo Vilches .....	149
---	-----

## REVISTAS EXTRANJERAS

A cargo de: Jesús ALFARO, Isabel ARANA, Pedro PORTELLANO, Fernando OLEO y Luis Miguel LOPEZ .....	165
---	-----

## Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

### II. RESOLUCIONES

<i>Sociedad Anónima: Exclusión del derecho de voto.—Sociedad Anónima: Ambito de las facultades de un administrador.—Anotación preventiva de embargo sobre bienes que fueron gananciales.—Compraventa con condición resolutoria.—Propiedad Horizontal. Patios destinados a zona verde.—Sociedad Anónima: Interpretación del objeto social.—Sociedades Anónimas: Consejo de administración.—Segregación de parte de una edificación urbana.—Reserva lineal: Renuncia.—Procedimiento judicial sumario (artículo 131 LH).—Sociedades Anónimas: Retribución de los administradores.—Cancelación parcial de hipoteca.—Bienes gananciales, Compraventa judicial.—Atribución voluntaria de carácter ganancial</i> , por Ignacio PAZ-ARES .	201
--	-----

## Estudio jurisprudencial

CABANILLAS SANCHEZ, Antonio: <i>La configuración jurisprudencial del promotor como garante</i> .....	227
--	-----

## Jurisprudencia

### JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

<i>Sentencias del Tribunal Constitucional.—Dirección: Encarna ROCA I TRIAS, Secretaría: Ramón CASAS VALLES; Colaboradores: Juan EGEA FERNANDEZ, Isabel MIRALLE GONZALEZ, Josep FERRER RIBA, Cristina TORTORIC PASTOR, Elena RIBERA GARIJO .....</i>	239
---	-----

### JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

#### I. SENTENCIAS COMENTADAS

<i>Interpretación del contrato. Nulidad por falta de objeto. Aliud pro alio. Resarcimiento debido por defecto en la cosa vendida</i> , por Tomás RUBIO GARRIDO .....	279
<i>Prenda regular, prenda irregular y prenda de crédito</i> , por Francisco Jordano Fraga .....	305
<i>Contradicción entre condiciones generales</i> , por Jesús Alfaro .....	328

#### II. SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SANCHEZ. Colaboran: Joaquín ATAZ LOPEZ, José Antonio COBACHO GOMEZ, Gabriel GARCIA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Isabel GONZALEZ PACANOWSKA, Francisco LLEDO YAGÜE y Encarna SERNA MEROÑO .....	333
--	-----

# 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**  
**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, 6.400 ptas. Extranjero, 7.300 ptas.

Precio del fascículo suelto: España, 2.100 ptas. Extranjero, 2.400 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 XLIII  
FASCICULO I



ENERO-MARZO  
MCMXC

---

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

---

N.I.P.O: 051-90-009-3.

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

Depósito Legal: M-125-1958.

---

Artes Gráficas Suárez Barcala, S. L.  
Santa Engracia, 139. 28003 Madrid

## El principio del «favor partitionis»(\*)

Por JUAN VALLET DE GOYTISOLO

*En cordial homenaje a Juan Bautista Jordano Barea sucesor como destacado maestro de la escuela civilista sevillana de los profesores Federico de Castro y Bravo y Alfonso de Cossio y Corral.*

1. Quien fue muchos años catedrático de filosofía del derecho de la Universidad Hispalense, mi querido, admirado y siempre recordado amigo Francisco Elías de Tejada, en su colaboración a los *Estudios sobre el título preliminar del Código Civil*, publicado por la Academia Matritense del Notariado con motivo de la reforma de dicho título por Ley de 17 de marzo de 1973 (1), colocó como punto de partida su afirmación de que los principios generales «del» derecho son saberes filosóficos. Como aclaración, recordó la distinción formulada por Francesco Orestano (2) entre principios generales «de» derecho —que consisten en la entraña de una institución jurídica determinada— y los principios generales «del» derecho —que competen a los del derecho natural—. En esa distinción filológica de Orestano —comentó Elías de Tejada— (3), «los principios generales del derecho serían de saber filosófico»; y resaltó que, con esa terminología, «Orestano, planteó y resolvió nítidamente la disparidad entre la consideración filosófica y la consideración científica de los principios generales del derecho». Pienso, por mi parte, que tal vez, podríamos

---

(\*) Este texto corresponde a la conferencia desarrollada por el Colegio Notarial de Sevilla, el 9 de febrero de 1990, en el Curso organizado por la Academia Sevillana del Notariado en homenaje al Profesor Juan Bautista Jordano Barea.

(1) FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA: *Los principios generales del derecho en el artículo 1 del Código Civil reformado en 1973*, en «El título preliminar del Código Civil», vol. I, Parte general, Madrid, Edersa, 1977, pp. 83 y ss.

(2) FRANCESCO ORESTANO: *Ancora dei principi generali di diritto*, en «Rivista Internazionale di filosofia del diritto», IV (1924), pp. 273 y ss.

(3) ELÍAS DE TEJADA: *loc. cit.* p. 87.

traer aquí también a colación otra contraposición que hace Larenz (4) entre principios *ético-jurídicos* y *principios técnico-jurídicos*.

El tema que hoy aborda no entra en la consideración de los principios generales «del» derecho; y, por ello, no me entretendré en la clasificación que de éstos estableció nuestro tan querido y también añorado maestro Federico de Castro (5), entre principios generales del derecho natural, tradicionales y políticos, que —pienso— podríamos resumir en permanentes e históricos.

Nuestra atención la debemos centrar en el plano, menos elevado, de los principios generales «de» derecho referentes a una institución determinada. Su hallazgo —como dice Larenz (6)— se basa, en general, en una inducción valorativa de una *ratio legis* que puede extraerse de varias normas, pero puede abarcar un ámbito de casos más amplio que el contemplado en dichas normas (7). Mas no se trata de una materia solo científico-jurídica; pues, esos principios deben tener una calificación ética, o, por lo menos, útil aunque no contraria a la ética, según criterios teleológico-objetivos, basados en «ideas jurídicas materiales» según expresión también de Larenz (8). Su elaboración, que tiene mucho de hallazgo, puede ser fruto de una metodología científica expositiva y explicativa, teórica, pero ha sido generalmente el resultado de una metodología científico-práctica operativa, aunque se haya efectuado sin soslayar los principios ético-jurídicos —aportados por el derecho natural o la filosofía del derecho— que, consciente o intuitivamente, han sido tenidos en consideración con función valorativa.

2. Creo que lo expuesto facilita el criterio para centrar teleológicamente el principio del *favor partitionis*, que hallamos ubicado en el derecho de sucesiones y, más concretamente, en la institución de la partición hereditaria.

Sabido es que todo derecho sucesorio con raíz en el derecho romano tiene por principio fundamental, el que formula: «*Dicat testator et erit lex voluntas eius*»; o sea «la voluntad del testador es ley de la sucesión» (9); y que del mismo se han derivado, como corola-

(4) KARL LARENZ: *Metodología de la ciencia del derecho*, 2.ª ed. definitiva, II, V, 4, cfr. en castellano, Barcelona, Ariel, 1980, p. 418.

(5) FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO: *Derecho civil de España, Parte general*, I, parte III, cap. IV, IV; cfr. 3.ª ed. Madrid, IEP, 1955, p. 465; o la reproducción de la 2.ª ed., prologada por Luis Díez Picazo, Madrid, Civitas, 1984, p. 421.

(6) LARENZ, *loc. cit.* p. 377.

(7) *Ibid.*, p. 381.

(8) *Ibid.*, VI, 3, p. 463.

(9) Cfr. lo que resumí en *Panorama del derecho de sucesiones*, I, Madrid, Civitas, 1982, núms. 24 y ss., pp. 61 y ss.; y en *El derecho de sucesiones en el Código Civil*, II, en *Estudios de derecho sucesorio*, II, 2.ª ed., Madrid, Montecorvo, 1989, pp. 526 y ss.

rios, los principios, del *favor testamenti*, primero, y, después, el del *favor voluntas testantis* (10).

Por el contrario, no ha derivado de ahí el principio del *favor partitionis*.

Este, conocido también por principio de *conservación* de las particiones, tiene un fundamento práctico. Antes de darle esos nombres concretos, así lo había advertido, el Tribunal Supremo en sentencia de 2 de julio de 1904, al basar teleológicamente la conservación de la partición, aunque fuera a costa de indemnizar los perjuicios producidos, «con el objeto y fin práctico» de mantenerla siempre y cuando haya posibilidad de reparar tales perjuicios, sin necesidad de efectuar una nueva partición. Cualificándolo de principio general, consideró que en él «se fundan especialmente las disposiciones legales contenidas en los arts. 1.073, 1.074, 1.075, 1.079 y 1.080 del referido Cuerpo legal» (el Código Civil).

La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1943 explicó que el fin práctico, por el cual se erige este principio, es: «el designio de evitar en lo posible las perturbaciones que una nueva partición ocasionaría a los herederos y a terceros que con ellos hubieran contratado de buena fe».

El bautismo jurisprudencial con el nombre de principio de conservación, ha sido más tardío; se produjo en sentencia de 25 de febrero de 1969. Después, la sentencia de 31 de mayo de 1980 lo denominaría «básico postulado del *favor partitionis* o *principio de conservación de la partición*».

En sentencia de 17 de enero de 1985, el Tribunal Supremo ha entroncado este principio de derecho particional de conservación de las particiones con otro más amplio, al exponer «que el legislador, por razones de economía y seguridad jurídicas, vela por el mantenimiento en lo posible de aquellos actos jurídicos que comportan una atribución de derechos que no es aconsejable sustraer del tráfico jurídico, manteniéndolos en un estado de incertidumbre que va en detrimento del interés común, preceptos que no hacen sino seguir el principio informador del art. 1.294». Esta referencia es eco de la efectuada por García Goyena (11) al glosar el artículo 926, Proy. 1.851, antecedente del 1.077 del Código Civil.

Sin embargo, la relación que hace esa sentencia entre el principio de conservación y el de la seguridad en el tráfico jurídico no es totalmente explicativa de aquél, ni convincente; pues, sólo en parte y únicamente en algunos casos la aplicación de aquél favorece directamen-

---

(10) Cfr. *Panorama del derecho de sucesiones*, I, 31, pp. 73 y ss.

(11) FLORENCIO GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, II, Madrid, Impr. Sdad. Tipográfica-Editorial, 1852, pp. 278 in fine y s.

te a terceros (12). Básicamente su protección se centra en los mismos coherederos, y sólo mediatamente redundará en beneficio del tráfico jurídico en cuanto elimina estados de incertidumbre.

Por otra parte, el *favor partitionis* en el supuesto de la norma del artículo 1.077, III, también enlaza con el principio: «*Utilis per inutilem non viciatur*» (13), —como García Goyena (14) glosó, al comentar su antecedente en el Proyecto de 1.851, artículo 927: «Lo justo y lo útil no se vicia ni rescinde por lo inútil e injusto; y la partición fue justa respecto de los que no percibieron en ella más de lo justo».

El fundamento teleológico nuclear del *favor partitionis*, según dijo la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 1955, está «seguramente inspirado en razones de economía y sosiego familiar», orientándose, según precisan: la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1980, en que «conviene consultar a la estabilidad» y «evitar nuevos dispendios y dilaciones», y la de 15 de junio de 1982, «para evitar la vuelta de los bienes a la indivisión y los gastos, molestias o inconvenientes que acarrearía la nueva partición». Ambas razones, asimismo, las aduce la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1985.

3. Lo expuesto nos pone en contacto con la realidad suficientemente para ahondar en la formación de aquellos principios referentes

---

(12) Este es el supuesto del artículo 1.295, II, del Código Civil: «*Tampoco tendrá lugar la rescisión cuando las cosas, objeto del contrato se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe*», MANRESA: *Comentarios al Código Civil español*, vol. VII, artículos 1.074 a 1.078; cfr. 6.ª ed., Madrid, 1943, pp. 766 y ss. —que formó parte de la comisión redactora del Código civil— puso en relación el inciso transcrito del artículo 1.295 con el 1.078, que no permite ejercitar la acción rescisoria por lesión al heredero «*que hubiese enajenado el todo o una parte considerable de los bienes inmuebles que le hubieran sido adjudicados*»; y entendió que «al art. 1.295 sustituye en materia de particiones de herencia el art. 1.078, como dictado especialmente para las mismas, y, por consiguiente, conforme a este artículo, que es el aplicable al caso, han de resolverse las cuestiones antes indicadas [las en él referidas]. Podrá invocarse la doctrina del 1.295 sólo en cuanto no se oponga a lo que ordena el 1.078». Y aclara, «el art. 1.078 se separa del 1.295, al no expresar nada respecto a los demás coherederos, que pueden también haber enajenado, o gravado, o perdido los bienes que se le adjudicaron», supuesto en el cual no se aplica aquél —como dice el mismo Manresa— en cuanto puede impugnarse la partición, pero sí en el sentido «de respetarse los derechos de terceros adquirentes». Pero en el artículo 1.078 no actúa el principio del *favor partitionis*, sino más bien el de los actos propios e incluso el de buena fe, pues mal puede reclamar la rescisión de una partición quien ha enajenado en base a ella y que, por ello, no podrá restituir *in natura* —conforme el art. 1.295, II— a la masa común lo por él mismo enajenado.

(13) ULPIANO: Dig. 45, 1, 1, 5.

(14) GARCÍA GOYENA: *op. y vol cits.*, p. 270.

a una determinada rama del derecho o a una institución concreta.

Como ha explicado Larenz (15), esos principios:

a) No son propiamente reglas, ni siquiera concebidas de forma muy general, sino «ideas jurídicas generales», o «pautas directivas de normación jurídica que, en virtud de su propia fuerza de convicción pueden justificar soluciones jurídicas»; pero que requieren una «concretización» que puede producirse en diversos grados; y, en general, actúan como si fueran hilos conductores en la especificación de supuestos de hecho concretos y para la determinación de sus consecuencias.

b) En caso alguno cabe aplicar esos principios, ni los subprincipios de ellos derivados, con método deductivo de dirección única. Requieren un movimiento doble; pues «el principio se aclara con sus concretizaciones y éstas por su unión perfecta con el principio».

c) Ese esclarecimiento recíproco se integra en la «estructura hermenéutica del *proceso de comprender* en sentido estricto», que requiere, «en primer lugar, la existencia de un orden jerárquico interno»; y, en segundo término, precisa «la armonía no totalmente “programada” de diferentes principios de igual rango en los diferentes grados de concretización»; principios que, «en parte, se complementan y, en algunos sectores parciales, se restringen recíprocamente, no estando siempre determinado hasta el final el límite a partir del cual un principio cede el primer lugar a otro».

El hallazgo de esos principios también requiere esa «doble dirección», indicada por Larenz.

Por una parte, se necesita mirar hacia los principios ético-jurídicos superiores —como ocurre en nuestro caso con el general de la buena fe. Asimismo hacia el principio básico de derecho sucesorio, «la voluntad del testador es ley de la sucesión en cuanto no se oponga a normas imperativas, a la moral o las buenas costumbres», y el participacional de la debida proporcionalidad de las adjudicaciones a las cuotas hereditarias.

Por otro lado, cada principio ha de conjugarse con los que lo complementan. Así, hemos visto, en nuestro caso, la religación de *favor partitionis* con el principio de la *seguridad jurídica*, y con el prescriptivo de que *lo válido no debe viciarse por lo inválido* —en el ámbito del bien común— *ni lo justo por lo injusto*, así como debe restringirse recíprocamente con los que se le contraponen. En ese segundo aspecto ha de verse, en cada caso, cómo el principio de conservación de las particiones juega en relación a los *principios* de la *primacía de la voluntad del testador*, de la *intangibilidad de las legítimas*, de la *proporcionalidad de las adjudicaciones a las cuotas heredi-*

---

(15) LARENZ: *op. y loc. cit.*, pp. 465 y ss.; cfr. en síntesis en mi *Metodología jurídica*, Madrid, Civitas, 1988, cap. XV, A, 4, 1, pp. 376 y s.

*tarias*, de la *posible igualdad cualitativa entre lotes* y de la *invalidación de lo defectuoso o viciado*.

4. Este principio de la conservación de las particiones o del *favor partitionis* no es inmanente a los artículos del Código Civil ni a la jurisprudencia. Estos no lo han creado, sino hallado. La misma citada sentencia de 2 de julio de 1904, señaló que en él «se fundan especialmente las disposiciones contenidas en los arts. 1.073, 1.074, 1.075, 1.079 y 1.080» del Código Civil. Y, no a la inversa. Lo que sucede es que inducimos de ellos su existencia. Ocorre como con el humo que no es la causa del fuego; pero, situados a cierta distancia de aquél, por el humo se sabe que hay fuego y dónde está el fuego. La raíz de ese principio se halla en la misma pauta de la justicia general, es decir, en el principio del *bien común*, que como corolarios tiene los del *interés familiar*, de la *estabilidad de la propiedad* y de la *seguridad jurídica* que, a su vez, requieren, en cuanto sea posible, la *conservación de las particiones*. De ahí que se precise su «concretización», no sólo en cada supuesto general, sino en cada caso concreto en que se plantea una cuestión de invalidación o de conservación de particiones para apreciar si es posible, en él, que de otro modo sea reparado el daño.

Por ello, no se trata de una labor filosófico-jurídica —que ha de ser previa y, después objeto de confrontación—, ni tampoco científica-expositiva y explicativa —que deberá realizarse *a posteriori*—; sino práctica. No de razón teórica, sino de razón operativa.

La «concretización» se realiza caso por caso; y, además, se va realizando por grados. Cada artículo del Código fundado en el *favor partitionis* constituye ya una «concretización» para su supuesto de hecho, es decir, el de su hecho-tipo, y cada sentencia que lo ha aplicado la realiza para el hecho del caso considerado.

Por lo tanto, para avanzar en nuestro estudio debemos analizar las «concretizaciones», que para el «hecho-tipo» se efectúan en cada artículo del Código Civil que lo recoge; y además, las realizadas para el «hecho del caso» en cada sentencia por la Sala primera de nuestro Tribunal Supremo; después, hemos de ordenar y sistematizar el resultado de dicho análisis a fin de facilitar otras futuras «concretizaciones».

5. El análisis de la aplicación del principio de conservación de las particiones, o del *favor partitionis*, en derecho común español requiere, en primer lugar, un repaso de los artículos del Código Civil que se hallan orientados por él y, después, de las sentencias del Tribunal Supremo que han interpretado estos supuestos o que han hecho otras aplicaciones concretas del principio.

Su ordenación sistemática exige que se sitúen esas aplicaciones debidamente calificadas con relación a los supuestos jurídicos en los cuales, como mitigación de sus consecuencias, actúe este principio para evitar que deba procederse a otra partición nueva, a la que habría lugar de no tenerlo consideración.

Hemos visto que la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1904 señaló que los artículos 1.073, 1.074, 1.075, 1.077, 1.079 y 1.080 estaban orientados por ese principio. A éstos deben adicionarse los 1.056 y 1.069, no mencionados en ella, pero señalados en la de 8 de marzo de 1945. Además, la Sala primera del Tribunal Supremo ha utilizado este principio en la interpretación de otros artículos, como los 813, 815 y 816 (SS. 31 mayo 1980 y 15 junio 1982), 1.300 y 1.303, aplicados a la partición (SSTS 9 marzo 1951, 25 febrero 1966, 26 noviembre 1974, entre otras) y en un supuesto de nulidad del título en virtud del cual se realizó la partición (S. 25 septiembre 1965).

Por mi parte, también lo creo aplicable a la interpretación del artículo 1.081 en relación con los 1.079 y 1.080 del Código Civil.

Esta perspectiva pienso que nos permite ordenar los supuestos enunciados, atendiendo a la causa de impugnabilidad que resulta atenuada o soslayada por la aplicación de este principio y con arreglo al siguiente plan, trazado atendiendo a si su incidencia recae en alguno de los supuestos siguientes:

- a) Infracción de normas legales imperativas o prohibitivas de derecho sucesorio.
- b) Invalidez del título sucesorio en el que se basó la partición.
- c) Error padecido en la partición.
- d) Rescisión de la partición efectuada por el testador.
- e) Rescisión de la efectuada por los herederos o por comisario, y de la arbitral o la judicial.
- f) Omisión de bienes o valores en la partición.
- g) Preterición en la partición de algún heredero.
- h) Partición entre los herederos reales en la que, además, hubiera intervenido quien, no siéndolo, se creyó que lo era.

Este esquema, que puede servirnos para ordenar sistemáticamente las posibles «concretizaciones» del *favor partitionis* en el derecho encuadrado en el Código Civil y doctrina legal del mismo jurisprudencialmente formulada, y para profundizar en su intelección.

6 a) *El principio del «favor partitionis» en particiones efectuadas con infracción de normas imperativas o prohibitivas de derecho sucesorio.*

En los supuestos de que la partición incida en violación de una ley o que ésta la contradiga, o que le falten algunos requisitos exigidos por ella —tal como en términos generales ha dicho el maestro Federico de Castro (16) al explicar el originario art. 4 del Código Civil (correspondiente al actual 6, 3 y salvando las modificaciones introducidas en éste)—, no siempre se produce una total ineficacia

---

(16) FEDERICO DE CASTRO: *op. y vol. cit.*, parte V, cap. I, V, 2, 3.º, a; ed. IEP, 1955, p. 599, y ed. Civitas, 1984, p. 537.

del acto infractor. Así resulta, expresa o tácitamente, de la propia norma imperativa o prohibitiva, cuando ésta no pretende su ineficacia misma, sino la consecución de un resultado lateral o si le señala otro tipo de sanción. Y —añade Castro Bravo— que «el derecho moderno en los negocios jurídicos acude sólo en último extremo a la declaración de nulidad (*favor negotii*) y los salva de ella —según los casos— mediante la interpretación correctoria y la figura de la conversión». En materia sucesoria el *favor voluntas testantis* actúa aún más acusadamente que el *favor megotii*, y otro tanto podemos decir del *favor partitionis*.

En esa línea, las sentencias del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1980 y 15 de junio de 1982 han entendido que no produce la nulidad de la partición la infracción por el comisario de los artículos 813, 815, 816 y 1.056, 1.

7 b) *Invalidez del título sucesorio en que se basó la partición.* La partición de una herencia cabe que se efectúe tomando por base sea un testamento que resulte revocado por otro posterior, o no conocido al partir, o bien una declaración de herederos abintestato que resulte invalidada por aparecer después un testamento no conocido al substanciarla, o bien que un testamento sea invalidado, en todo o en parte, por preterición intencional, o no intencional pero no total, o de ascendientes o del cónyuge viudo, o bien, que lo sea en parte, por desheredación injusta.

En estos casos no hay duda de que, si la pluralidad de herederos, surge del título que sustituya al invalidado, en el cual aparecía un heredero único, será preciso efectuar una partición basada en el nuevo título. Así ocurrió en el supuesto contemplado en la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1950, en el cual no se había practicado realmente partición alguna; pues en el testamento —invalidado por preterición de la hija natural demandante— sólo había sido instituida la hija legítima del testador.

También queda fuera de duda que es nula toda partición basada en un título invalidado, cuando sean completamente distintos quienes en virtud del título válido resulten herederos. Esto sucedió en el supuesto de la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1950, en el cual había sido preterido un hijo natural e instituidos unos entenados —nacidos de un anterior matrimonio de la finada esposa del testador—; y, además, la partición impugnada comprendió conjuntamente los bienes de la herencia de ésta —madre de los entenados, de quien los instituidos eran únicos herederos— y los de su padrastro, de quien —al haberse invalidado la institución— su hijo natural resultó único y universal heredero *ab intestato contra tabulas*.

Pero es posible que, en virtud del nuevo título sucesorio, no varíen los herederos; y sí tan sólo sus cuotas, o bien que únicamente desaparezca alguno de los partícipes o que exista algún heredero más que no se tuvo en cuenta en la partición. De estos dos últimos casos

deberemos ocuparnos de los supuestos de aplicación del *favor partitionis* en las hipótesis de los artículos 1.080 y 1.081, en relación con el 1.079 del Código Civil. El primer caso —de variación sólo de las cuotas pero no las personas interesadas— puede ofrecer, en concreto, perspectivas muy diferentes; pero la pauta resultará, en general, del carácter sustancial o meramente cuantitativo de las diferencias que medien entre la partición practicada y la que proceda, según el título conforme el cual hayan de distribuirse los bienes.

Partiendo de este criterio, la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 1965 aplicó el *favor partitionis*, considerando que «en la hipótesis de autos, si la declaración de herederos, con el carácter absoluto, al ser desconocida o silenciada la existencia del testamento, no estaba incluida en ninguno de los casos prevenidos en el art. 912 del Código Civil y, por contraria a la ley, era forzoso declarar su nulidad absoluta, ésta no podía alcanzar a la escritura de partición ni a los contratos posteriores, celebrados entre los presuntos herederos, pues como bien razona el Tribunal sentenciador, no ofrece duda alguna de que todos aquéllos, conjuntamente, pudiesen realizar, con plena validez y eficacia, actos de disposición, sobre bienes particulares de la herencia; sin duda por eso la única nulidad que impone la ley al tratar de la rescisión de la partición, es la de aquella «hecho con uno, a quien se creyó heredero sin serlo» (art. 1.073)»; y que «en el caso de autos pudo ser impugnada la partición hecha, como incurso en defecto capaz de producir su anulabilidad y previa demostración de algún vicio del consentimiento de los que se expresan en el artículo 1.265 del Código Civil, y, al no haberlo hecho así, sin duda por haber transcurrido, con exceso, el plazo de duración que a la acción asigna el artículo 1.301 del mismo Código, no cabe postular con éxito la nulidad absoluta, por faltas o presupuestos que no suponen la inexistencia ni la ilicitud del acto en cuestión». En el siguiente considerando —el 3.º—, a la alegación de haberse aplicado indebidamente los artículos 392 y siguientes del Código Civil, le opone que «los miembros integrantes de la comunidad hereditaria no sufrieron mutación a la vista de la aparición del testamento ológrafo, inadvertido al tiempo de efectuarse la partición».

8 c) *Supuestos de error en la partición*. Ante todo, es de notar que, en las particiones, tienen un tratamiento aparte aunque se deban a error, los supuestos previstos en los artículos 1.079, 1.080 y 1.081 del Código Civil, así como los de saneamiento por evicción (artículos 1.069, 1.070 y 1.071) o si resultan fallidos créditos adjudicados como cobrables o se perciben otros asignados como incobrables (art. 1.072). En los demás supuestos, evidentemente, debe distinguirse según el error sea o no sustancial, y en ese segundo caso puede actuar el *favor partitionis*, consistente aquí en tener «un criterio restrictivo» si cabe subsanar de otro modo el perjuicio económico producido. Así lo expresó la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1951

al declarar que «no todo error vicia de nulidad al consentimiento, sino sólo, según dispone el art. 1.266 del Código Civil, el que recae sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que hubieren dado motivo a celebrarlo, y, aparte de que el error afirmado pudo evitarse con uso de una regular diligencia y *ser reparado mediante el ejercicio de acciones no productoras de efectos tan graves como los que se derivan de la nulidad, de las particiones y en contemplación a las cuales preside, en cuanto a la misma, en la constante jurisprudencia de esta Sala, un criterio restrictivo* (subrayo este inciso para destacar su referencia al *favor partitionis*), tal error de hecho, referido a un perjuicio económico subsanable del modo que previenen los arts. 1.069, 1.071 y 1.072 del Código Civil, no afecta a la naturaleza o causa del contrato de particiones, ni esencialmente a su objeto, que es el de dividir la universalidad de bienes y derechos de una sucesión, por lo que, al calificarlo la sala sentenciadora de instancia de sustancial, hizo aplicación indebida de los arts. 1.265 y 1.266 del mencionado Código».

9 d) *Rescisión de la partición hecha por el testador*. Es dudoso que puede hablarse de *favor partitionis* en ese supuesto, ya que se basa en la limitación de las causas de impugnación de la partición hecha por el testador, que expresa el artículo 1.075 del Código Civil siguiendo la pauta del derecho romano imperial —recogida en el *Codex* 3, 36, 10, en la Novela 48, pr., y en la Partida 6, 1, 7. Creo que ahí, más bien, se trata de una aplicación del *favor voluntas testantis* interpretado atribuyendo valor prevalente a la *asignatio* concreta efectuada con respecto a la *quota hereditatis* de la institución (17).

e) *Rescisión de la partición no efectuada por el testador*. En la rescisión de las particiones el *favor partitionis* actúa de diversos modos que resultan de los artículos 1.074 y 1.077, y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que los ha interpretado.

Para introducirnos en su examen, nada parece mejor que comenzar por un cotejo entre las consecuencias de la lesión en los contratos y la lesión en la partición.

e a) La lesión en las particiones sólo es posible cuando la producida a quien la reclama sea «*en más de la cuarta parte, atendido el valor de las cosas cuando fueren adjudicadas*» (art. 1.074 del Código Civil). En cambio, ni por ese límite cabe la rescisión por lesión en los contratos, salvo en los celebrados válidamente por los tutores pero sin autorización de consejo de familia (art. 1.291, 1.º), o por los representantes de los ausentes. Únicos supuestos contractuales en los que, en caso de exceder la lesión de la cuarta parte, cabe ejercitar

(17) Cfr. lo que expongo en *Panorama del derecho de sucesiones*, II, 404 y 405, Madrid, 1984, pp. 88 y ss.; y *Comentario al artículo 1.075 del Código Civil*, III, en «Comentarios al Código Civil y Legislaciones forales», dirigidos por Manuel Albaladejo, vol. XIV-2.º; Madrid, Edersa, 1989, pp. 524 y ss.

la acción de rescisión, como corrobora el artículo 1.293: «Ningún contrato se rescindirá por lesión, fuera de los casos mencionados en los números 1.º y 2.º del artículo 1.291».

e b) El *favor partitionis* también se diferencia del *favor negotii* por el diferente modo en que la subsidiariedad actúa en la rescisión de las particiones y en la de los contratos.

En éstos el carácter subsidiario de la acción rescisoria —como ha explicado muy claramente Bonet Ramón (18) —«tiene un triple alcance»: 1.º «En cuanto al concepto» es subsidiaria con relación a la de nulidad, ya que para que prospere la rescisión es preciso que el contrato sea válido. 2.º «En cuanto a la base económica que le sirve de fundamento», ya que, según el núm. 3 del art. 1.291, para que los acreedores se sirvan de ella, es indispensable que no puedan cobrar de otro modo lo que se les debe. 3.º En cuanto «a los medios procesales», el acreedor debe utilizar, por ejemplo, el recurso de apelación, el de casación o el de nulidad de procedimiento antes de acudir a la demanda de rescisión, «aunque esto no quiera decir que sea preciso intentar necesariamente con carácter previo todas las acciones que el acreedor pudiera dirigir contra el deudor, con posibilidad de algún resultado satisfactorio».

e b a) Pues bien, el *favor partitionis*, precisamente, da lugar a que la acción de rescisión de la partición no sea subsidiaria en cuanto al concepto ni en cuanto a los medios procesales, e, incluso, a veces la hace prioritaria respecto de ciertas acciones de nulidad y de las de anulabilidad dimanantes de error que no radique en la sustancia, si la lesión resulta reparable con una rectificación o compensación. Así lo declaró la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1958, al decir que, «como repetidamente tiene declarado la jurisprudencia de esta Sala —SS. entre otras de 5 de mayo 1933 y 16 (es 17) abril 1943— se ha de procurar evitar la nulidad de las particiones practicadas»..., «lo que no es obstáculo para enmendar los defectos que se observen y rectificar, lo que debe de hacerse en ese caso, las partidas que no tienen asiento firme y consistente». Y lo reiteró la de 31 de mayo de 1980, recordando «aquella línea directriz que procura evitar la nulidad de las particiones cuando se trata de lesión subsanable mediante la pertinente y justa rectificación (S. 30 abril 1958) o procediendo a la indemnización del perjuicio».

e b b) En cuanto a la base económica que sirve de justificación a la rescisión, la exigencia del artículo 1.291, 3.º —sólo «cuando éstos (los acreedores) no puedan de otro modo cobrar lo que se les debía»— es clarificada y, en cierto modo aún más restringida, en los artículos 1.077, 1.079 y 1.080 del Código Civil.

---

(18) FRANCISCO BONET RAMÓN: *Código Civil comentado*, artículo 1.294; Madrid, Aguilar, s.f. pp. 1017 y s.

Como dijo la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1959 «los preceptos de nuestro Ordenamiento que, en cuanto a la rescisión, deben ser interpretados restrictivamente»; y, por ello, «no puede producirse ni la rescisión pedida, ni darse la infracción que se denuncia, de los arts. 815, 1.074 y 1.075, ya que la omisión de bienes o valores, art. 1.079, ni la preterición de herederos, 1.080, ni el que las cosas estén en poder de terceros, 1.298, pueden originarlas».

El gozne o el punto del equilibrio entre la aplicación del artículo 1.074 y el *favor partitionis* se halla en la posibilidad o no de reparar el daño sin realizar nueva partición, como confirmará el examen de los artículos 1.079 y 1.080.

10. e c) Los dos primeros párrafos del artículo 1.077 determinan: «*El heredero demandado podrá optar entre indemnizar el daño o consentir que se proceda a nueva partición. La indemnización puede hacerse en numerario o en la misma cosa en que resultó el perjuicio*».

e c a) Ahora bien, el ejercicio de esas opciones requiere, como ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que el daño pueda ser reparado sin acudir a una nueva partición.

Si bien las sentencias de 25 de octubre de 1911, 10 de enero de 1934, 9 de marzo de 1951, 8 de mayo de 1963, 31 de mayo de 1967, 25 de febrero de 1980 y 25 de marzo de 1985, reiteraron que el ejercicio de la opción por indemnizar excluye que deba realizarse una nueva partición, sin embargo, para que así ocurra es preciso que se haya fijado la cuantía de la lesión o que sea posible cuantificarla por una nueva valoración sin necesidad de repetir la partición. Esta es precisa en caso contrario (SSTS 19 mayo 1945 y 25 enero 1971), y también si el resultado de la primera fuera contraria a la voluntad de los testadores (S. 5 noviembre 1955).

e c b) Sin embargo, la necesidad de esa nueva partición no empece que, después de efectuada ésta, quepa ejercitar la referida opción, como han decidido las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1911 y 17 de enero de 1985, en cuyo supuesto, determinado el montante de la lesión, ésta podrá repararse en cualquiera de las formas previstas en el artículo 1.077, II, sin que, por lo tanto, la nueva partición se haga efectiva, ni se consume de hecho.

11. f) *Omisión de bienes en la partición*. El artículo 1.079 señala que «*La omisión de alguno o algunos objetos o valores de la herencia no da lugar a que rescinda la partición por lesión, sino a que se complete o adicione con los objetos o valores omitidos*». La referida sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1985, afirmó que esta norma «se inspira en el principio de conservación o *favor partitionis*».

Pero, pienso que existe otro fundamento de esta norma, que es objetivo —en cuanto radica en la misma naturaleza de la cosa— y del cual el *favor partitionis* actúa a mayor abundamiento confirmato-

ria y extensivamente para mantener las particiones realizadas en el mayor número posible de casos. Debemos, por lo tanto distinguir:

f a) El fundamento primario radica en que, si se ha efectuado una partición de herencia con omisión de bienes, la división de éstos no es ya una división hereditaria, sino de bienes. Por ello, en derecho romano no procedía la *actio familiae erciscundae*, sino la *communi dividundo* (Ulpiano, Dig., 10, 2, 20, 4). Así sucede en el supuesto más simple de aplicación del artículo 1.079, es decir, el de omisión de algún bien que deba distribuirse entre todos los herederos, fue contemplado en la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1907.

f b) Pero en otros casos, el Tribunal Supremo ha ido algo más allá de la simple adición de una cosa para dividirla entre los herederos a prorrata de sus cuotas hereditarias, o bien conforme resultare de otras disposiciones testamentarias, sino que he aplicado la norma aunque, además de la adición, se requieran reajustes adicionales de la partición con tal de evitar la rescisión prevista en el artículo 1.077. En ellos, el fundamento del artículo 1.079 se halla, tanto más, en el *favor partitionis*.

También se ha pretendido deducir de la norma del artículo 1.061 un principio de igualdad *in natura* al cual se contrapondría el *favor partitionis*. Pero esa norma del 1.061 es sólo indicativa —«en cuanto sea posible», dice— para los jueces y tribunales —a quienes realmente se dirige a tenor de los antecedentes de derecho castellano traídos en las Partidas— y para los contadores partidores, en tanto esa norma no resulte excluida por la voluntad del testador (19). Y no olvidemos que tal pretendido principio de igualdad cualitativa, de existir, se esfuma siempre en los supuestos de rescisión de las particiones en virtud de la opción de compensar en dinero concedido, en el artículo 1.077, el heredero demandado (20); y, hoy, quedarían eclipsados en la nueva redacción dada en la reforma de 1981, los artículos 841 y siguientes del Código Civil. Por ello, no parece que en este ámbito haya lugar al *favor partitionis*, por resultar innecesario.

f b a) La jurisprudencia ha interpretado las cuestiones suscitadas en la práctica por el texto de este artículo 1.079 a la luz del *favor partitionis*. En efecto:

La sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1908 señaló su aplicación «sin distinción de causa» de la omisión, y las de 16 de junio de 1915, 10 de octubre de 1958, 13 de octubre de 1960,

(19) Cfr. mi comentario a este artículo 1.061, III, en «Comentarios al Código Civil...», vol. cit., pp. 395 y ss.

(20) Ya lo había observado SCAEVOLA: *Código Civil comentado y concordado extensamente*, vol. XVIII, Madrid, 1901, p. 463, y sus razones fueron repetidas casi literalmente por la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1943.

19 de junio de 1978, han considerado indiferente que la omisión de bienes o valores haya sido voluntaria o intencional.

f b b) La palabra «objetos» ha sido entendida, por las sentencias del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1960 y 15 de febrero de 1988, como equivalente a «cosas» —conforme la acepción cuarta del *Diccionario* de la Real Academia Española—, incluyendo en ella los bienes inmuebles.

f b c) El sustantivo «valores» ha sido entendido —como dice la STS 26 febrero 1979— en el sentido de que «no sólo procede la partición adicional o complementaria cuando no se han incluido en la primeramente practicada determinados bienes de la herencia, sino también cuando la omisión alcance a valoraciones, o cuando las efectuadas en el cuaderno particional redunden en perjuicio del principio de igualdad que debe presidir la formación de los lotes, pues es lógico que toda valoración mal realizada, y que por ello ocasione ese perjuicio, supone en sí una falta u omisión de un valor, aunque lo sea parcialmente, y que necesita ser corregida o rectificada, y esta necesidad de corregir la valoración malhecha la reconoce la doctrina jurisprudencial al interpretar el mencionado artículo 1.079, proclamando, como expresamente declara la sentencia de esta Sala de 17 de marzo de 1955, la necesidad o conveniencia de mantener las operaciones divisorias en cuando sea posible, sin perjuicio de llevar a ellas las adiciones o rectificaciones que sean procedentes». Asimismo la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1978 consideró aplicable la norma del 1.079 en un supuesto en el cual se habían colacionado unas acciones vendidas por el causante a uno de los coherederos por un precio inferior al valor real; por lo cual, estimó que la diferencia debía adicionarse a la partición.

12. f b d) La cuestión de si tiene un límite cuantitativo la posibilidad de aplicación del remedio del artículo 1.079, concretamente si cabe en caso de que la omisión de bienes o valores haya producido lesión a algún heredero, en más una cuarta parte, la examiné al comentar este artículo (21), recorriendo las sentencias en las cuales la Sala Primera del Tribunal Supremo ha resuelto acerca de los límites entre las normas de los artículos 1.074 y 1.079. Después de examinarla llegué a la conclusión de que ninguna sentencia ha señalado tope cuantitativo alguno limitativo del remedio del artículo 1.079. Ni siquiera la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 1904, pues sólo aludió al mismo en *obiter dictum*; pues rechazó el recurso de casación, que en su supuesto aducía aplicación indebida del artículo 1.079 considerándolo bien aplicado por la sentencia recurrida que confirmó.

---

(21) Cfr. en el cit. vol. XIV-2.º de los «Comentarios al Código Civil», artículo 1.071, II, e, pp. 576 y ss.

Cuando la aplicación del artículo 1.079 ha sido excluida se ha debido a alguna de las siguientes razones:

1.º Haberse efectuado la partición en juicio de testamentaria con olvido de las formalidades esenciales del mismo (S. 17 de mayo 1955).

2.º Cometerse errores que alteraban derechos derivados del testamento (S. 25 octubre 1911), o por no haber contrastado debidamente éstos con las normas legales limitativas (SS. 2 diciembre 1930, 7 enero 1975, 17 enero 1985) o, en general, por tratarse de «supuestos más amplios o distintos de aquellos a que dicho precepto hace referencia» (S. 6 abril 1961) o haberse efectuado las operaciones «con olvido de las disposiciones legales». Es decir, la declaración de su inaplicabilidad no se ha basado en haberse causado desigualdad sustancial en la cualidad de los bienes adjudicados ni omisión de parte sustancial de su valor, sino por errores o infracciones de derecho que vicien la partición o produzcan en ella lesión no estimada reparable con una simple adición o complemento de la misma.

3.º En los supuestos de las sentencias de 25 de octubre de 1911, 2 de diciembre de 1930, 7 de enero de 1975 y 17 de enero de 1985 —que declararon nula o rescindible la partición— se daba la circunstancia, coincidente en todas, de ser precisa una nueva partición; pues, para corregir los defectos y efectuar el preceptivo cómputo de las legítimas, no bastaba adicionar bienes o valores, ni siquiera el montante que correspondía a cada interesado podía precisarse si no se rehacían las operaciones desde el principio.

Por otra parte, es de subrayar que en ninguna de esas sentencias se trató de corregir desigualdades cualitativas. Tanto es así que las de 25 de octubre de 1911 y 17 de enero de 1985 incluso admitieron que, después de rehechas las operaciones particionales, pudiera el demandado o demandados ejercitar la opción prevista en el artículo 1.077 en virtud de la cual puede compensarse en numerario al perjudicado o perjudicados en la partición rescindida. Opción que, al parecer, no cabía en los supuestos de las sentencias de 2 de diciembre de 1930 —puesto que se impugnaba un cuaderno sin aprobar— y 7 de enero de 1975 —que declaró nula la partición por error sustancial, en los cuales, por lo demás, no se había dividido sino una parte insignificante de los bienes. En cambio son reiteradísimas las sentencias del Tribunal Supremo que han resuelto sus respectivos recursos de casación declarando aplicable el artículo 1.079, como las de 3 de abril de 1904, 27 de junio de 1907, 17 de abril de 1943, 10 de octubre de 1958, 13 de octubre de 1960, 13 de mayo de 1974 y 5 de febrero de 1979.

13. g) *Preterición de algún coheredero en la partición.* Según el artículo 1.080: «La partición hecha con preterición de algún heredero no se rescindirá a no ser que se pruebe que hubo mala fe o dolo por parte de los otros interesados; pero éstos tendrán la obligación de pagar al preterido la parte que proporcionalmente le corres-

*ponda*». Ya Manresa (22) advirtió que este artículo, «como los anteriores, trata de evitar la perturbación ocasionada por la rescisión o nulidad de la partición, y, atendiendo a la buena fe de los herederos, permite la subsistencia de lo hecho siempre que al preterido se le pague proporcionalmente por los demás cuanto le corresponda». Es decir, responde al principio de la conservación de la partición, o *favor partitionis*.

El Tribunal Supremo, desde la sentencia de 2 de julio de 1904, ha situado esta norma entre las que se fundan en el «principio general», que sigue el Código Civil «con objeto y fin práctico de que a dichos interesados (los omitidos en la partición) se les indemnicen los perjuicios que puedan habérseles irrogado, sin que sea por lo tanto procedente pretender la nulidad de determinados actos cuando en sí no encierren ni contengan vicio de nulidad». La de 8 de marzo de 1945 citó, con el 1.079, este artículo 1.080, como demostrativos del criterio que «preside la ordenación de esa materia (particional) en nuestro Código Civil, muy restrictivo en cuanto a la admisión de las pretensiones de invalidación de las particiones y favorable a la subsistencia de éstas en cuanto sea posible»; y las de 13 de octubre de 1960 y 25 de febrero de 1969, emplearon la denominación de *principio de conservación* invocando el artículo 1.080 como una de sus expresiones.

La sentencia de 5 de diciembre de 1957 lo situó como *excepción* a la aplicación del *principio de la unanimidad en la partición*; explicando que, «aun cuando el artículo 1.059 haya venido a sancionar el principio de la unanimidad en su otorgamiento», «este principio admite la excepción del art. 1.080». Notemos que, en el supuesto de hecho de esta sentencia se había producido en la partición preterición formal de dos hijos del causante que no comparecieron ni estuvieron representados en ella; pero no hubo preterición material puesto que se les asignó una hijuela y se les adjudicaron los bienes incluidos en ella; por lo cual su supuesto no se hallaba incluido en el texto del artículo 1.080. La sentencia de casación consideró válida la partición para los coherederos que la otorgaron en tanto los preteridos no la impugnan, admitiendo la posibilidad de que la ratificaran y aceptasen sus adjudicaciones en caso de estimarlo, éstos, más ventajoso que impugnarla.

14. h) *Partición practicada por los coherederos reales conjuntamente con quien se creyó que lo era, sin serlo*. Digamos, ante todo que la aplicación del principio que examinamos se halla fuera del texto del artículo 1.081: «*La partición hecha con uno a quien se creyó heredero sin serlo será nula*».

---

(22) JOSÉ MARÍA MANRESA Y NAVARRO: *Comentarios al Código Civil español*, vol. VII, 6.ª ed. Madrid, Inst. Ed. Reus, 1943, p. 774.

Por ello, para centrar la cuestión que planteamos, debemos de reparar en que el precedente legislativo inmediato de este artículo —inspirado en un texto de *Paulo (Digesto, 10, 2, 35, 36)* y en la remisión al mismo, de la glosa de Gregorio López a las palabras «*grand pro*» de la *Partida, 6, 15, 1*— decía algo más, que el artículo 1.098 del Anteproyecto de 1882-88 concretaría así: «será nula en cuanto tenga relación con él, y en cuanto su personalidad perjudique a los otros interesados».

Esta salvedad no fue recogida en el artículo 1.081 del Código Civil, no obstante lo cual Manresa (23) —que fue ponente en la redacción de la Comisión codificadora de todas las secciones referentes a la partición de herencia— para explicarlo distinguió estos tres supuestos de partición:

1.º Heredero único con otro no heredero, creyendo que lo era: «la partición —dijo— es radicalmente nula».

2.º De varios herederos reales con uno aparente, supuesto en el cual estimó nulo lo dividido con ese falso heredero, pero no lo partido entre los demás. Cuando aquél —expone— restituya los bienes que le fueron adjudicados «quedará desecho el agravio —completando o adicionando con ellos la partición ya realizada», como ordena el artículo 1.079, «sin necesidad de rescindirla ni anularla, sino en cuanto afecta al que se creyó heredero sin serlo, y quedando subsistente respecto a los demás». Pero —añade— si alguno de los coherederos reales «pide que se anule la partición, el juez apreciará los hechos y razones en que se funde, y resolverá lo que estime procedente conforme las disposiciones antes citadas» (arts. 1.079 y 1.081).

3.º Partición de varios herederos reales con otro sólo aparente y con preterición de otro verdadero. Manresa (24) sigue igual criterio de considerar nula sólo la adjudicación al falso heredero, aplicando para la parte a él adjudicada lo previsto en el artículo 1.079, y para el preterido la norma del 1.080.

De la misma opinión fue Mucius Scaevola (25): «No hay razón —escribe— para considerar esa primera partición como inexistente por lo que se refiere a los verdaderos herederos: ellos han consentido; por tanto, sólo resta que sean completados sus lotes». Por eso: «pueden perfectamente quedar inalterables las hijuelas formadas a los verdaderos herederos; y sólo aumentarlas, en virtud del reparto que se imponga por razón de los bienes adjudicados a quien o quienes correspondían en la proporción debida, según el derecho que tenían a la herencia partida».

En caso de que el falso heredero deba ser sustituido por otro verdadero, entendía que «si esto ocurriera y ninguna otra circunstancia

(23) *Ibid.*, pp. 777 y s.

(24) *Ibid.*, pp. 778 y ss.

(25) SCAEVOLA, *op. cit. vol. cits.*, p. 472.

legal a ello se opusiere, la sustitución de persona no debería implicar distribución hereditaria diversa ni variación en las adjudicaciones». «Ahora —advirtió— si la partición se llevó a cabo en vista de las cualidades personales de ese heredero falso, o en consideración a circunstancias que sólo por su mediación se tuvieron en cuenta, natural es que la desaparición en el cuaderno particional de esa persona signifique trastorno efectivo en las bases a que se ajustó el reparto del haber sucesorio», y entonces se debería proceder a una nueva partición.

Por el contrario, Sánchez Román (26) consideró que «esta aspiración doctrinal de los juristas (“antiguos y modernos” —explica en el párrafo anterior— que propugnen la solución acabada de reseñar) es estimable en algunos, no en todos los casos, como el arbitrio más favorable, no es menos cierto que la solución de nulidad es más estrictamente jurídica»; y la prefirió «sobre todas las conveniencias y subsidios de compensaciones y fórmulas de compensación, para restablecer la debida proporción distributiva de la herencia entre los que sean verdaderamente herederos, con exclusión del que realmente no lo es, y figuró como tal en la partición». Basó su criterio —dijo— en la razón «fundamental del *título* y el derecho», además del criterio legal, que —según él— bastaría. ¡No solo la exégesis apegada al texto de la norma, sino también la dogmática conceptualista habían penetrado ya en España, situando sus razones exegéticas y conceptuales por encima de la *convenientia rerum*, la *utilitas* y la *aquitas*!

Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida (27) han admitido que estos supuestos de partición entre varios herederos verdaderos con uno o varios falsos son de nulidad relativa, «conservando su vigor como partición parcial las adjudicaciones a los coherederos reales mientras éstos no la impugnen; pero, en caso de impugnación, no han estimado admisible la opinión de Manresa, no sólo porque en el artículo 1.081 “no se previene que se proceda a nueva partición”, sino por pensar que esa aducida “falta de expresividad del texto legal”, “acaso representa un cambio de orientación si se tiene en cuenta que el art. 1.098 del proyecto de 1882-88” declaraba que sería nula “en cuanto tenga relación” con él y, “en cuanto su personalidad perjudique a los otros interesados” como si, al volver a la redacción del proyecto del 51, pretendiera dejar sentada [el legislador] la invalidez [en la explicación de García Goyena de simple anulabilidad por error] en la partición frente a todos los herederos».

Estas observaciones imponen el examen de los precedentes legislativos de esta norma del 1.081, que se hallan en los artículos 930,

---

(26) FELIPE SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, VI-3.º, Madrid, Sucesores de Rivadeneyra, 2.ª ed. 1910, pp. 2106 y s.

(27) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO y FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA: *Derecho de Sucesiones*, I, Barcelona, Bosch, 1971, 830, núm. 162, pp. 260 y s.

Proyecto 1.851 y 1.098 Anteproyecto 1882-88. Aquél decía: «La partición hecha con un heredero falso es nula y se regirá por lo dispuesto en la Sección tercera, capítulo 2 y en el 6, título 5 de este libro. García Goyena (28), al comentarlo, glosó que la nulidad se fundaba «porque la consideración de la persona del supuesto heredero fue la causa principal de la partición». Y el artículo 1.098 Anteproyecto 1.882-88, respondiendo sin duda a esa consideración, circunscribió la nulidad «en cuanto, tenga relación con él (con el falso heredero), y en cuanto su personalidad, perjudique a los otros interesados». Es decir, el Proyecto de 1851 sólo dijo que era nula la partición «hecha con un heredero falso»; pero nada de lo partido por los herederos verdaderos, que si lo estimó nulo García Goyena fue por la consideración de que la intervención del falso heredero fuera la causa principal de la partición. Ese silencio del texto legal y la observación de García Goyena, trató de resolverlos el artículo 1.098, Anteproyecto 1882-88, al circunscribir la disposición de aquél, «será nula», con la adición del inciso, «en cuanto su personalidad perjudique a los otros interesados». Inciso que, ciertamente, fue suprimido en el artículo 1.081 del Código Civil, pero la supresión pudo obedecer sea a considerarlo innecesario; o bien, por estimar inconveniente establecer un límite legal rígido a la regla, aunque sin excluir por eso, que pudiera circunscribirse aplicando el *favor partitionis*, en relación con el principio afirmativo de que lo válido y útil no debe resultar viciado ni inutilizado por lo inválido e ineficaz, que había recordado García Goyena (29), en su glosa al artículo 927, Proyecto 1.851 —«Si se procede a una nueva partición no alcanzará ésta a los que no hubiesen sido perjudicados más de lo justo»—, en la que dijo: «la partición fue justa respecto de los que no percibieron en ella más de lo justo», criterio, seguido en el artículo 1.077, III, del Código Civil, para el supuesto de rescisión por causa de lesión, caso de proceder nueva partición, indicando que «no alcanzará ésta a los que no hayan sido perjudicados ni recibido más de lo justo».

Por otra parte, el artículo 1.081 del Código Civil no dice que será nula la partición en la que *intervino uno* a quien se creyó heredero sin serlo, sino *la hecha con uno* a quien se creyó que lo era. Es decir, que es nula *en cuanto se partió con él*; pero nada dice de que lo sea *en lo que partieron entre sí los demás coherederos*.

Puig Brutau (30), que considera «radicalmente nula» la partición con quien era considerado heredero sin serlo: en cambio, se inclina por «‘la conveniencia de una nulidad parcial’» (pues no alcanzaría a la efectuada entre los demás coherederos) seguida de una partición

(28) FLORENCIO GARCÍA GOYENA: *op. y vol. cit.*, p. 280.

(29) *Ibid.*, p. 279.

(30) JOSÉ PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, V-VII, Barcelona, Bosch, 1964, p. 626.

adicional». Y concluye: «En todo caso sería aconsejable adoptar la solución que ocasionara menos perturbación». Esto se aboga por la aplicación del *favor partitionis*.

En virtud de lo expuesto, he entendido (31) que cabe concluir:

1.º Que es nula la partición efectuada por cada heredero verdadero con quien creyó que lo era, sin serlo; pero no es nula sino adicionalmente la establecida entre sí por aquéllos, aunque en ella hubiera intervenido el pseudo heredero.

2.º Que, no obstante, podría resultar anulable la partición entre los verdaderos herederos si la voluntad de cualquiera de ellos, por la intervención del falso heredero, resultare incurso en algún vicio del consentimiento de los enumerados en el artículo 1.265 del Código Civil. Razón por la cual sería impugnabile en el término fijado en el artículo 1.301 del Código Civil.

3.º Que, asimismo, en caso de que alguno de estos coherederos resultare lesionado en más de la cuarta parte, sin que pudiera subsanarse esta lesión con la adición de la parte adjudicada al pseudo heredero y que éste devuelva, la partición sería rescindible, en el término previsto en el artículo 1.076, en caso de que el perjuicio no fuere reparable en la forma prevista en el artículo 1.077.

4.º Que no habiendo lugar a estas impugnaciones y, al no ser nula la partición, sino sólo «con aquel a quien se creyó heredero sin serlo», los verdaderos herederos se hallarán, entre sí, en el supuesto regulado en el artículo 1.079, de omisión de algunos bienes: Es decir, de los que se hubieran adjudicado al supuesto heredero y devueltos al caudal común, una vez invalidada la adjudicación efectuada a éste.

5.º Que en los casos en los cuales «quien se creyó heredero sin serlo», hubiese suplantado a un verdadero heredero que, por tanto, resultó preterido, o bien si, aparecido un testamento posterior o anulado aquel que fundamentó la primera partición, resultare que un interviniente en ésta dejara de ser heredero y que otra persona viniera a serlo, tenemos una combinación de los supuestos regulados en los artículos 1.079 y 1.080.

**En conclusión:** El artículo 1.081 debe interpretarse en su contexto, en relación con los 1.079 y 1.080 y los principios del *favor partitionis* y del afirmativo de que lo justo y útil no se vicia ni invalida por lo injusto e inútil. Creo que, combinados, ambos principios conducen, en términos generales, a las soluciones que he expuesto; y también pienso que éstas habrán de confrontarse con el supuesto de hecho concreto de cada caso planteado, realizándose el denominado «currículo hermenéutico», para «concretizar» el derecho en el hecho del caso.

---

(31) Cfr. mi comentario a este artículo 1.081, II, en *op. y vol. últ. cits.* y pp. 609 y ss.

# La prescripción de la acción reivindicatoria

Por MANUEL ALBALADEJO

Catedrático de Derecho civil

**SUMARIO:** I. Conclusión a que llego en el presente trabajo.—II. El nulo carácter práctico del estudio.—III. Lo que dice el Código civil.—IV. La opinión de que no hay más prescripción extintiva de la acción reivindicatoria que la que consiste en perder ésta porque la cosa la usucapa un tercero.—V. La doctrina favorable a la prescripción extintiva de la acción reivindicatoria sólo por la usucapión de la cosa.—VI. La doctrina defensora de la prescripción extintiva autónoma de la acción reivindicatoria, aparte de la usucapión de la cosa.—VII. Los antecedentes históricos y la doctrina y jurisprudencia del período precodificador.—VIII. El Proyecto de 1851 y el Anteproyecto de 1882-1888.—IX La Jurisprudencia del Tribunal Supremo.—XII. Los argumentos aducidos contra la prescriptibilidad extintiva autónoma de la acción reivindicatoria.—XIII. Examen de cada uno de los argumentos utilizados o utilizables en la polémica. 1. Los artículos 1.930, 1.962 y 1.963. 2. Basta para que haya violación de la propiedad, y, así, nazca la acción reivindicatoria, que otro posea perturbando el derecho del dueño, sin que sea preciso que posea «ad usucapionem». 3. No tiene nada que ver la no pérdida de la propiedad por no uso, con la prescripción extintiva de la reivindicatoria. 4. La inexactitud de considerar la propiedad sin reivindicación y la posesión exenta de reivindicabilidad, como verdadera propiedad ésta y falsa aquélla, o como figuras absurdas ambas. 5. La prescripción deja subsistentes el derecho y la acción, privando sólo de poder imponerlos al sujeto pasivo. Y semejante situación no es absurda. 6. La inaceptable exclusión de la prescripción extintiva normal de la acción reivindicatoria, por el procedimiento de estimar como prescripción extintiva de ésta sólo la usucapión de la cosa por otro. 7. Significado de la prescripción «por el mero lapso del tiempo» según dice el artículo 1.961, de la acción reivindicatoria. 8. La prescriptibilidad extintiva normal, cabe para reivindicatoria sobre muebles y sobre inmuebles; luego admitiéndola no se acoge un imposible. 9. Una última razón a favor de la utilidad práctica de admitir la prescripción extintiva autónoma.—XIV. Conclusión.

## I. CONCLUSION A QUE LLEGO EN EL PRESENTE TRABAJO

Llego a la conclusión de que la acción reivindicatoria prescribe extintivamente sin más, si es sobre muebles, por el paso de seis años, si sobre inmuebles, por el de treinta. De modo que aunque nadie haya usucapido la cosa, la acción reivindicatoria prescribe de todos modos. Aparte de eso, si alguien la usucapió antes de los seis o treinta años, la acción reivindicatoria se extingue para el antiguo dueño desde que, por la usucapión del nuevo, perdió su propiedad, pero semejante efecto no constituye una prescripción extintiva que sea la otra cara de la usucapión de la cosa, sino simplemente un carecer de acción porque ya no se es dueño, lo mismo que carece de acción reivindicatoria, pongo por caso, el que transmitió su propiedad por venta o por donación; y a nadie se le ocurre decir sino que la perdió por venta o por donación, mientras que en vez de decir, sin más, que si le usucapieron la cosa, el dueño antiguo perdió la acción reivindicatoria por usucapión, muchos se obstinan en decir que la perdió por prescripción extintiva, que entienden ser la *cara perdidosa para el dueño antiguo*, de lo que *para el susucapiente es la usucapión como cara gananciosa*.

## II. EL NULO CARACTER PRACTICO DEL ESTUDIO

El estudio que emprendo, sin duda que, según un punto de vista práctico, será inútil. Pero, darme cuenta de eso, no me hace desistir, porque, con él, no persigo resolver problema alguno de los que puedan preocupar en su profesión a quienes ejercen el Derecho civil a diario. Ciertamente que cualquiera que sea la solución correcta para el problema que voy a tocar, a la vida jurídica habitual le dará lo mismo. Aparte de que en ella, el caso de que se trata será, por lo menos, insólito. Todo eso está muy bien, pero como me ha picado la curiosidad de cuál es la verdad del asunto, he querido satisfacerla estudiándolo, por muy poco, o si se quiere ningún, alcance efectivo que tenga. Porque tampoco está de sobra que, de cuando en cuando se examinen cuestiones, aunque sean teóricas nada más, y se procure hallar la respuesta que en rigor de conceptos corresponda a una pregunta, a pesar de que sea de valor sólo doctrinal. Pues ocurre que, incluso admitiendo que en la vez presente la cosa no sea así, en muchas ocasiones una solución de alcance sólo doctrinal en un tema, lleva a consecuencias de trascendencia práctica en otros conexos con aquél y dependientes de él (claro que se puede decir que entonces no es de valor sólo doctrinal).

De cualquier modo, como sé lo que pasa, y no quiero que se me acuse de *conceptualista* (por lo menos *inconsciente*), advierto desde ahora que deben abstenerse de leer este escrito quienes sólo se

preocupen por temas interesantes profesionalmente o que sirvan para aclarar un texto legal cuyo debate ante los Tribunales tenga un alcance *útil*. El estudio que sigue no les servirá, pues se encamina en exclusiva a quienes se preocupen, sin buscar sólo la utilidad prosaica, para ver el juego de los razonamientos jurídicos y seguir la marcha y desarrollo del pensamiento especulativo, y ambas cosas les interesen ya en sí mismas y solas, como pueda interesar, pongo por ejemplo, la pura Literatura, que, sin embargo, aunque carece también de aspecto práctico en el sentido en que vengo hablando, da de comer a muchos y atrae (claro que será por su belleza, cosa que aquí falta) lectores.

Así, pues, como diletante, y *ars gratia artis*, emprendo el examen de lo que sigue.

### III. LO QUE DICE EL CODIGO CIVIL

El artículo 1.930, 2.º, dice que se extinguen «por la prescripción de los derechos y las acciones de cualquier clase que sean». A ese tenor, prescribiría ciertamente la acción reivindicatoria. Agrega el artículo 1.962 que: «Las acciones reales sobre bienes muebles [una de las cuales es la reivindicatoria] prescriben a los seis años de pérdida la posesión, salvo que el poseedor haya ganado por menos término el dominio conforme al artículo 1.955 [art. éste (1), que prevé la usucapación de muebles por la posesión de seis años sin necesidad de buena fe, y por la posesión de tres años con buena fe; con lo que en este caso la reivindicatoria se extinguiría en tres años, en vez de prescribir en los seis del art. 1.962, por pasar a ser dueño el usucapiente, y perdido el dominio por el antiguo dueño, ya carecería en adelante de reivindicatoria]...». Así que también la acción reivindicatoria cae dentro de la letra del artículo 1.962, como acción real que es sobre muebles, que, según este artículo, prescribe. Y, por último, el artículo 1.963 dice que: «Las acciones reales sobre bienes inmuebles [entre las que ciertamente se halla la reivindicatoria] prescriben a los treinta años. Entiéndese esta disposición sin perjuicio de lo establecido para la adquisición del dominio o derechos reales por prescripción [usucapición]». Sin duda que en esa letra se comprende la reivindicatoria: tanto cuando dice el artículo que «las acciones reales... prescriben», porque la reivindicatoria es acción real; como cuando dice el artículo que lo que dispone es «sin perjuicio de lo establecido para la adquisición del dominio... por prescripción [usucapición]», ya que, como en el caso del artículo 1.955, en el del 1.957, usucapiéndose los inmuebles por diez o veinte años de posesión con buena fe y justo

---

(1) No me importan aquí ninguno de los problemas ni de las dudas relativos al artículo.

título, devendría el poseedor dueño, y, perdida la propiedad por el antiguo dueño en menos de treinta años, perdería antes de éstos la propiedad y, por tanto, la reivindicatoria posible.

De lo expuesto parece poder concluirse con seguridad que para nuestro Código, por lo menos para su letra, la acción reivindicatoria es prescriptible por el transcurso, como máximo, de seis años, si es sobre muebles, y de treinta, si es sobre inmuebles. Aunque se puede extinguir por prescripción por menos tiempo, tres años para los muebles, o diez o veinte para los inmuebles, si es que la cosa mueble o inmueble que sea se usucape en menos tiempo. Entonces se diría que la acción reivindicatoria se extingue por prescripción (en esos plazos menores) porque muere por la prescripción adquisitiva (usucapión), que, al hacer la cosa del usucapiente, acaba con la propiedad del antiguo dueño, y, consiguientemente, con su reivindicatoria. Mas, en tal caso, ésta realmente no prescribe extintivamente, sino que acaba porque acaba por usucapión el derecho del dueño anterior, y ya en adelante carece éste de reivindicatoria. Pero como carece de ella el que vendió o donó la cosa. Es decir, no son todavía dueños, pero con acción reivindicatoria prescrita, sino que no siendo ya dueños, no tienen, en consecuencia, acción reivindicatoria que valga.

#### IV. LA OPINION DE QUE NO HAY MAS PRESCRIPCION EXTINTIVA DE LA ACCION REIVINDICATORIA QUE LA QUE CONSISTE EN PERDER ESTA PORQUE LA COSA LA USUCAPA UN TERCERO

Siendo así de claro, como hemos visto, que una cosa es *no tener acción por haber perdido el derecho* protegido por aquélla, y otra cosa es *perder la acción por prescripción extintiva*; sin embargo, según una opinión, a pesar de eso y a pesar de la letra del Código, nuestro Ordenamiento no admitiría más prescripción extintiva de la acción reivindicatoria que la prescripción que de verdad no es extintiva, sino que es prescripción adquisitiva o usucapión de la propiedad que sea, propiedad que al adquirirse por el usucapiente, extingue, o hace, como *reverso*, perder *por prescripción extintiva* la acción reivindicatoria. En resumen, según esa opinión no hay prescripción extintiva *autónoma* de la acción reivindicatoria, sino que sólo hay extinción *prescriptiva* de la misma como *resultado* de la prescripción adquisitiva de la cosa que sin esa usucapión habría sido reivindicable.

## V. LA DOCTRINA FAVORABLE A LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA SOLO POR USUCAPION DE LA COSA

Esa opinión que digo mantiene la no prescriptibilidad *autónoma* de la reivindicatoria, pensando que ésta sólo se extingue por la usucapión de la cosa que da lugar a una prescripción extintiva *refleja*, la mantiene entre nosotros principalmente Díez-Picazo (2), para el que «la pérdida del dominio del *vetus dominus* que se produce en toda usucapión, es un caso de prescripción extintiva de la acción real... Puede —continúa Díez Picazo— afirmarse que toda usucapión del dominio coincide con una prescripción extintiva de la acción reivindicatoria» (3). Y agrega después que (4): «Cuando en los arts. 1.962 y 1.963 se habla de una prescripción extintiva de las acciones reales, no se debe considerar incluida entre ellas a la acción reivindicatoria, cuyo régimen jurídico en materia de prescripción resulta de las reglas sobre prescripción del dominio».

A Díez-Picazo le transcribe Puig Bretan (4 bis), y le sigue Lete, que estima (5) ser «criterio común el de que el dominio no se pierde por el no uso, por lo que suele afirmarse que la acción reivindicatoria es imprescriptible o que no prescribe mientras el poseedor-demandado no haya adquirido por usucapión». Y agrega Lete que le parece acertado el criterio de Díez-Picazo. También Montés (6) sigue a Díez Picazo y recoge a Lete, concluyendo que la acción reivindicatoria «no prescribe en sentido propio, aunque otra cosa se haya pretendido deducir del tenor literal del art. 1.963». Y, por último, más recientemente, comentando la sentencia de 29 de abril de 1987, que, como veremos después, les es adversa, sigue a Díez-Picazo, Miquel, quien piensa que «puede llegarse a la conclusión de que, a pesar de la formal distinción entre usucapión y prescripción extintiva de la acción reivindicatoria, como entiende Díez-Picazo, no cabe admitir tal prescripción sin que coincida con una usucapión» (6 bis).

Y, por su parte, Roca Sastre (7), también dice: «El dominio no

---

(2) *La prescripción en el Código civil*, 1964, pp. 49 y 50. Insiste DÍEZ PICAZO en sus afirmaciones en un trabajo recientísimo (que leo estando ya en pruebas este presente estudio mío), *Las relaciones entre usucapión y prescripción extintiva y la prescripción extintiva de la acción reivindicatoria*, en Libro homenaje al Prof. Roca Juan, 1989, pp. 221 y 222.

(3) El subrayado es suyo.

(4) *La prescripción*, p. 183.

(4 bis) *Caducidad, prescripción extintiva y usucapión*, 1988, p. 108, donde simplemente copia la opinión de Díez-Picazo, pero sin pronunciarse ni a favor ni en contra.

(5) *Protección del derecho de propiedad*, 1975, pp. 64.

(6) *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por mí, V. 1, 1990, p. 158, nota 17, y pp. 250 y 251.

(6 bis) Comentario a la sentencia de 29 de abril de 1987, en «CCJC», núm. 14, abril-agosto, 1987, pp. 491 y ss.

(7) *Derecho hipotecario*, 11, 7.ª ed., 1979, p. 53, nota 1.

es extinguido propiamente por vía de prescripción, pues es un derecho real perpetuo, abstracción hecha del cambio de sus titulares; únicamente es susceptible de usucapición, a base de la posesión ejercida durante cierto tiempo por otra persona, provocando esta posesión contraria la *actio reivindicatoria*, la cual se extingue al consumarse dicha usucapición».

## VI. LA DOCTRINA DEFENSORA DE LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA AUTÓNOMA DE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA, APARTE DE LA USUCAPIÓN DE LA COSA

Diferentemente de los anteriores autores, otros piensan que, pasado, sin ejercitarla desde que nació, el plazo de seis años o de treinta, según la cosa sea mueble o inmueble, la acción reivindicatoria prescribe extintivamente aunque no haya sido usucapida por otro la cosa, es decir, independientemente de su usucapición.

En efecto:

Lacruz afirma (8) que se observa que los artículos 1.962 y 1.963, que hablan, como sabemos de la prescripción extintiva de las acciones reales, «están dirigidos, sobre todo, a la acción reivindicatoria», y continúa luego Lacruz diciendo que «en el Derecho español la propiedad se extingue por el transcurso del tiempo sin ejercitarla o reclamarla, como un efecto autónomo distinto de la extinción refleja de la propiedad que provoca la usucapición. Ciertamente los textos romanos, las Partidas y el Código de Napoleón, sólo concebían la pérdida del dominio como consecuencia de la adquisición por un usucapiente; mas la doctrina inmediatamente anterior al Código civil, y también la jurisprudencia (S. 26 mayo 1862), afirmaban que la acción reivindicatoria prescribía por sí, y de los artículos 1.961 a 1.963 y 1.930 se desprende que el legislador quiso llevar al Código la línea doctrinal de su tiempo: señaladamente del 1.962, cuya redacción está dirigida casi exclusivamente a la acción reivindicatoria (véase el inciso final). Por tanto, aun a falta de usucapición ajena, por no haber completado el tiempo ningún poseedor y faltar la *accessio possessionis*, el usucapiente puede oponer a la reivindicatoria la excepción de prescripción, y extinguido el dominio ajeno, adquiriría la propiedad, en su caso, por ocupación».

Por su parte De Castro (9), partiendo de que las acciones reales sobre muebles prescriben extintivamente a los seis años, y las sobre

(8) *Elementos de Derecho civil*, I, 1974, pp. 297 y 298. Y lo mismo se dice en igual tomo I de los *Elementos*, 3.ª ed., 1984, redactada esa parte por Rivero, pero que en la p. 363 transcribe literalmente el anterior pasaje de Lacruz.

(9) *Temas de Derecho civil*, 1972, p. 154.

inmuebles a los treinta, «con la expresa salvedad en ambos casos (artículos 1.962, segunda parte, y 1.963, 2.º) de que no serían tampoco ejercitables tales acciones, si el poseedor hubiese ganado ya antes, por usucapión, el dominio o derecho real de que se trate», afirma seguidamente que la correlación que existe entre prescripción extintiva y usucapión «no impide siempre el juego de aquélla», pues «las referidas acciones reales pueden dirigirse contra quien no ha ganado (por usucapión) la titularidad correspondiente o contra quien está poseyendo por otro título que el dominical (por ejemplo, como arrendatario, depositario), y ellas, en su caso, podrán ser enervadas por la prescripción extintiva». Es decir, enervadas sin usucapión del demandado; luego porque la prescripción extintiva es aparte de la extinción de la acción por usucapión de la cosa. Lo que es claro que, en el pensamiento de De Castro, también alcanza a la reivindicatoria, porque, hablando, como habla, de las acciones reales en general (con lo que la abarca), no la excluye, y porque hasta el ejemplo que pone es de acción reivindicatoria.

Hernández Moreno (9 bis) piensa que la única manera de no perder por prescripción extintiva la acción reivindicatoria, una vez nacida, es ejercitarla a tiempo, es decir, antes de que prescriba, «con independencia de lo que pueda acontecer con el derecho de propiedad», o sea, con independencia de que éste se haya usucapido o no por el poseedor; porque lo que se opone por éste «no es la inexistencia del derecho cuyo ejercicio se reclama (se podría oponer, por ejemplo, la usucapión...), sino la extinción (constitutiva) de las facultades de acción de un derecho subjetivo».

En cuanto a Peña (10), afirma que frente a la opinión de algunos (Díez-Picazo, Montés) que entienden que el dominio no puede extinguirse por prescripción extintiva, «parece, sin embargo, más fundada la tesis contraria: cfr. arts. 1.930, 2.º, 1.962 y 1.963. Admiten —continúa Peña— la prescripción de la acción reivindicatoria, las SS. de 21 septiembre 1929, 15 octubre 1975 y otras. Prescrita la acción reivindicatoria ¿de quién es el dominio?», se pregunta Peña; pero este extremo ni lo recojo aquí ni quiero entrar ahora en él, porque lo examinaré más tarde en particular.

También admite la prescripción extintiva autónoma de la acción reivindicatoria Reyes Monterreal (10 bis). Y, por su parte, Castán, aunque no especifica la prescriptibilidad extintiva de la acción reivindicatoria, es claro que la comprende en general lo que dice (11) sobre que la prescripción extintiva alcanza a las acciones reales, a los seis

(9 bis) En ENNECERUS, anotaciones a la traducción española de *Derecho civil, parte general*, I, 2.º, 3.ª ed., 1981, p. 1015.

(10) *Derechos reales. Derecho hipotecario*, 1982, p. 69, nota 4.

(10 bis) SCAEVOLA, *Código civil comentado*, XXXII, vol. 2.º, 1965, pp. 787 y 788.

(11) *Derecho civil*, I, 2.º, 14.ª ed., 1984, p. 974.

o treinta años según se trate de muebles o de inmuebles. No tendría sentido hablar para las acciones reales, pero no querer comprender la reivindicatoria, que es la principal, mas sin exceptuarla. Igual cabe decir de Manresa (11 bis), Santamaría (11 ter) y Díez-Picazo y Gullón (12).

Por último, yo mismo, he defendido ya antes la prescriptibilidad extintiva, separada de la usucapión, de la acción reivindicatoria (12 bis). En cuanto a los argumentos que utilizo, los iré exponiendo en este trabajo, cada uno en su lugar.

## VII. LOS ANTECEDENTES HISTORICOS Y LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA DEL PERIODO PRECODIFICADOR

He recogido antes (13) que Lacruz escribe que «los textos romanos, las Partidas y el Código de Napoleón sólo concebían la pérdida del dominio como consecuencia de la adquisición por un usucapiente», pero que advierte seguidamente que «la doctrina inmediatamente anterior al Código civil y también la jurisprudencia (S. de 26 de mayo de 1862) afirmaba que la acción reivindicatoria prescribía por sí, y de los artículos 1.961 a 1.963 y 1.930 se desprende que el legislador quiso llevar al Código la línea doctrinal de su tiempo», es decir, que la acción reivindicatoria tiene una prescripción extintiva autónoma, así que no prescribe sólo como reflejo de la usucapión del dominio por un tercero poseedor.

Ahora bien, esas afirmaciones de Lacruz hay que examinarlas con algún detenimiento, y separadamente unas de otras:

Por un lado, yo no pretendo, ni mucho menos, hacer un estudio del tema en Derecho romano; y en cuanto al de Partidas, veré someramente los textos correspondientes. Porque uno y otro, lo mismo que el Código francés, sólo me importan con vista a lo que sirvan para aclarar la posición atribuible al Código civil nuestro.

Pero, por otro lado, conviene ver con más detalle eso de que la doctrina y jurisprudencia inmediatamente anterior al Código civil admitiesen en contra, pues, de las Partidas una prescripción autónoma de la acción reivindicatoria (línea que quisiese seguir el legislador del Código civil).

Por último, debe de señalarse que en cuanto a lo dicho del Código francés, otro tanto cabe decir del italiano antiguo. Los textos lite-

---

(11 bis) *Comentarios al Código civil*, XII, 5.<sup>a</sup> ed., 1951, pp. 936 y 939.

(11 ter) *Comentarios al Código civil*, II, 1958, pp. 1014 y 1015.

(12) *Sistema de Derecho civil*, I, 6.<sup>a</sup> ed., 1988, p. 463.

(12 bis) *Derecho civil*, I, 2.<sup>o</sup>, 10.<sup>a</sup> ed., 1989, § 107, núm. 6, nota 6.

(13) Apartado VI.

rales de uno y otro los veré después, y entonces detallaré el criterio prevalente en las correspondientes doctrinas de ambos países, y lo que dicen expresamente para nuestro problema el Código italiano nuevo y otros.

Comienzo por las Partidas. En ellas no hay precepto que valga en general para la prescripción extintiva de todas las acciones, que pueda, así, comprender las reales, ni precepto particular, para la prescripción extintiva de éstas, ni precepto específico para la de la acción reivindicatoria en concreto. Sólo vienen a cuento, y son las que citan los autores, las Leyes 21 y 22 de Partidas 3, 29. La 21 que trata de «Como por tiempo de treynta años puede ome ganar qual cosa quier que tenga, quier aya buena fe, quier non»; ley, pues, que se ocupa de la usucapión, y que para nuestro caso sólo puede representar la pérdida de la reivindicatoria por pérdida del dominio por el antiguo dueño a causa de la usucapión de otro, es decir, no la prescripción extintiva autónoma de la acción reivindicatoria. Y la 22 que se ocupa de «Como puede ome perder las debdas que le deven, por tiempo de treynta años...»; luego que se refiere a los derechos de crédito, no a los reales ni a sus acciones.

Son las Leyes de Toro, las que, en su Ley 63, recogida luego en la Novísima Recopilación (11, 8, 5), determinan que, a falta de otra, la prescripción de treinta años alcanza a todas las acciones. Verdaderamente tal ley no es que de forma explícita y clara toque y resuelva nuestro problema, sino que a lo que dice la ley, la jurisprudencia de la época anterior al Código civil, le da sentido de significar que la prescripción de treinta años alcanza a todas las acciones personales, *reales* (y ahí cabe la reivindicatoria, y podría decirse que con independencia de ser sólo el reverso de la usucapión por ese plazo) y mixtas (ver las SS. de 17 noviembre y 29 diciembre 1875, la de 30 abril 1883, etc.). Pero la ley lo que realmente dice es que: «El derecho de ejecutar por obligación personal se prescriba por diez años, e la acción personal y la ejecutoria dada sobre ello, se prescriba por veinte años y no menos; pero donde en la obligación hay hipoteca, o donde la obligación es mixta, personal e real, la deuda se prescriba por treinta años y no menos».

Gutiérrez (14) precisa que: «El término señalado por las leyes romanas para la duración de las acciones era el siguiente: las reales prescribían por el mismo tiempo que el dominio, tres años las cosas muebles; diez años entre presentes y veinte entre ausentes las inmuebles, ley única, *Cod. de usucapione transform...*». Más adelante dice que: «El análisis del presente título se está refiriendo a las Partidas y demuestra la analogía de nuestro Derecho con el romano». Y luego continúa que no entra en otras comparaciones ni más detenidamente

---

(14) *Códigos*, III, 3.<sup>a</sup> ed., 1871, pp. 94 y 95.

en el estudio del asunto porque el Derecho anterior «ha sido derogado por la Ley 63 de Toro». Y, por fin, después (15) señala, ya tratando del Derecho bajo esta Ley de Toro, si bien sin referirse específicamente a la reivindicatoria, que «aunque la acción real pueda ejercitarse por espacio de treinta años, debe tenerse presente que es ineficaz contra un tercer poseedor que haya adquirido por prescripción el dominio de la cosa demandada».

Por su parte, Gómez de la Serna y Montalbán dicen bien claro (16) al final de ocuparse de la usucapión, que la prescripción extintiva, como modo que es de libertarse de una carga o de una obligación, la tratarán en el Derecho de obligaciones, viendo allí la prescripción extintiva de las acciones personales y mixtas, porque «*la prescripción de las acciones reales es una consecuencia necesaria de la extinción del dominio en aquel que por la prescripción hecha por otro perdió lo que antes le pertenecía*» (17). De modo que nada de que la acción reivindicatoria prescriba extintivamente por sí, sino que su pérdida es consecuencia de la del dominio por la usucapión de otro.

De cualquier modo, no aparece en esos autores un tratamiento específico de nuestro problema.

Por lo que toca a la jurisprudencia recaída en el período precodificador sobre la Ley 63 de Toro, sienta con insistencia (así, por ejemplo, las SS. de 26 mayo 1862, 17 noviembre 1865, 29 diciembre 1875, 30 abril 1883, etc.) que la prescripción de treinta años alcanza a todas las acciones personales, reales y mixtas. Mas, la verdad es que no entra específicamente en el tema de si hay una prescripción extintiva autónoma de las acciones reales, aparte de que se extingan por la usucapión por un tercero del derecho del anterior dueño. Y así, hasta la sentencia de 26 de mayo de 1862, que es la que literalmente parece que más viene al caso, pues dice que «*la acción deducida fue la reivindicatoria; y ...ésta, faltando alguno de los requisitos legales para la prescripción [usucapión] ordinaria, no se extingue sino por el lapso de treinta o más años, con arreglo a la Ley 21, título 29, Partida 3.<sup>a</sup>*»; sin embargo, no es decisiva en nuestro tema porque que se extinga la reivindicatoria del dueño anterior por la usucapión ordinaria de la cosa, es claro, pero que se diga que si no se extingue por la usucapión ordinaria, dura hasta treinta años, no demuestra que es que se piense en su prescripción extintiva autónoma, aparte, pues, de la usucapión de la cosa reivindicable, ya que también se puede querer significar que sin usucapión ordinaria prescribiría a los treinta años porque llegados éstos se produciría la usucapión extraordinaria que asimismo acabaría reflejamente con la acción que careciese de prescripción extintiva propia, cosa que parece que más bien es lo que

(15) Página 104.

(16) *Elementos del Derecho civil y penal de España*, 1, 14.<sup>a</sup> ed., 1886, p. 618.

(17) El subrayado es mío.

se quiere significar, puesto que se invoca la Partida 3, 29, 21, que trata de la usucapión extraordinaria.

### VIII. EL PROYECTO DE 1851 Y EL ANTEPROYECTO DE 1882-1888

En cuanto al Proyecto de 1851 y los comentarios de García Goyena, y al Anteproyecto de 1882-1888, no nos sirven para aclarar nada.

En el artículo 1.933 de aquél se dice que «La prescripción es un medio de adquirir un *derecho* o libertarse de una *obligación...*», y luego, a lo largo de toda la regulación de la materia, se habla de prescripción adquisitiva de la *propiedad u otros derechos reales* sobre bienes muebles o inmuebles, y de prescripción extintiva de *las obligaciones*. Ahora bien, el artículo 1.966 que se refiere a la prescripción extintiva de la «obligación *real*», entiende García Goyena (18) que lo que dice es «conforme con el 2.262 francés», siendo así que éste habla de prescripción extintiva de «acciones»; por lo que habría que entender englobables las obligaciones reales dentro del concepto de acciones reales. Y entonces podría plantearse el tema de si el Proyecto de 1851, aunque por supuesto no contempla nuestro tema específicamente, da base o no para entender que la acción reivindicatoria pueda prescribir de forma extintiva autónomamente, o sólo muere por la usucapión de la cosa reivindicable. Tema en el cual el Proyecto no da pie para hacer comparación entre él y el Código, pues aquél no contiene artículos como los 1.962 y 1.963 de éste, en los que haya la salvedad de esos artículos relativa a «cuando se usucape el dominio por menos tiempo» que es básica en la discusión del tema en el Código civil.

Eso por lo que toda al Proyecto de 1851, que en cuanto al Anteproyecto de 1882-1888, todos sus textos sobre nuestro problema son iguales que los del Código, así que contienen ya las modificaciones que se observan del Código respecto al Proyecto, modificaciones, pues, que introdujeron los autores del Anteproyecto, y el Código las tomó literalmente de éste incluidos los artículos 1.962 y 1.963 vigentes, en los que hay ya en el Anteproyecto la salvedad que he señalado en el párrafo anterior.

Pero por ningún lado he encontrado explicación de los cambios, dada por las personas intervinientes en los mismos. Ni en el archivo de la Comisión General de Codificación aparece dato alguno ni comentario de redactores de textos u observaciones, ni por lo que toca a la redacción del Anteproyecto ni a la del Código, que sirva para esclarecer ni los cambios ni nada que sea útil al presente estudio.

---

(18) *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, comentario al artículo 1966.

## IX. LOS DERECHOS MODERNOS EN EL TEMA

En el Código civil francés, el artículo 2.262 dice que «todas las acciones, tanto reales como personales, prescriben por treinta años...».

Esa letra, pues, alcanzaría a la acción reivindicatoria. Pero, según una opinión (19), tal texto va más lejos que su espíritu, y realmente no le alcanza, así que no se pierde tal acción por prescripción extintiva, sino que únicamente cuando la cosa es usucapida muere la acción en cuestión. Otra opinión (20), sin embargo, piensa que hablando la ley de que prescriben «todas las acciones, tanto reales como personales», no hay razón para excluir la reivindicatoria, que prescribiría independientemente de la usucapición, y cuando el dueño reclamase la entrega de la cosa al poseedor que no la usucapió, éste podría, no obstante, oponerle la prescripción de la acción.

La doctrina italiana sobre el Código de 1865 sigue los pasos de la francesa. Aquel Código es copia, en el tema, del francés. Decía, artículo 2.135: «Todas las acciones tanto reales como personales prescriben por el transcurso de treinta años...». Y los más de los autores (21) creen que, ello no obstante, la reivindicatoria no se pierde sino por la usucapición contra el dueño, mientras que, sin embargo, alguno (22) piensa que se pierde, asimismo, aun sin usucapición, por el transcurso del plazo prescriptivo extintivo.

En cuanto al Código italiano de 1942 dice expresamente en su artículo 948, párrafo último que: «La acción de reivindicación no prescribe, salvo los efectos de la adquisición de la propiedad por parte de otro por usucapición».

Lo mismo el nuevo Código portugués, para cuyo artículo 1.313: «Sin perjuicio de los derechos adquiridos por usucapición, la acción de reivindicación no prescribe por el transcurso del tiempo».

Y el nuevo Código civil peruano, cuyo artículo 927 dispone que: «La acción reivindicatoria es imprescriptible. No procede contra aquel que adquirió el bien por prescripción».

---

(19) Que es la más extendida. Ver, por ejemplo, y en ellos más citas, BAUDRY-LACANTINERIE y TISSIER, en BRAUDRY-LACANTINERIE, traducción italiana, *Trattato teorico pratico di Diritto civile, Della prescrizione*, reimpresión, 1930, núms. 592 ss., páginas 439 ss. PLANIOL-RIPERT, *Traité élémentaire de Droit civil*, I, 5.ª ed., 1950, núms. 2848 y ss., pp. 964 y ss. PICARD, en *Traité pratique de PLANIOL y RIPERT*, III, *Les biens*, 2.ª ed., 1952, núms. 352 y ss., pp. 349 y ss. COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil*, trad. esp. II, 2.º, 2.ª ed., 1942, pp. 1162 y ss. MAZEAUD y MAZEAUD, *Leçons de Droit civil*, II, 4.ª ed. (por Juglart), 1969, núm. 1.628, p. 276, etc.

(20) Ver citas en PLANIOL-RIPERT, *ob. cit.*, núm. 2.850, p. 965 y en BAUDRY-LACANTINERIE y TISSIER, *ob. cit.*, núm. 593, pp. 440-441.

(21) Así, MIRABELLI, *Della prescrizione*, vol. XIV, 2.ª ed. 1915 (en *Il Diritto civile italiano* de FIORE), núm. 120; p. 240; PUGLIESE, *La prescrizione estintiva*, 4.ª ed., 1924, núm. 189, p. 342; BUTERA, *Le rivendicazione nel Diritto civile, commerciale e processuale*, 1911, núm. 248, pp. 591 y ss., y allí más citas.

(22) Ver citas en BUTERA, *ob. cit.*, núm. cit., pp. 592 y 593.

Por su parte, el Código civil argentino dice en su artículo 2.150: «El dominio es perpetuo, y subsiste independientemente del ejercicio que se pueda hacer de él. El propietario no deja de serlo, aunque no ejerza ningún acto de propiedad, aunque esté en la imposibilidad de hacerlo, y aunque un tercero los ejerza con su voluntad o contra ella, a no ser que deje poseer la cosa por otro, durante el tiempo requerido para que éste pueda adquirir la propiedad por la prescripción». Lo que ya es suficientemente significativo en nuestro tema, aunque en el artículo 4.019, al enumerar las acciones que excepcionalmente no prescriben, no hable en general de la reivindicatoria, sino que al exceptuar de prescripción se refiera en concreto sólo a «...1.ª Las acciones de reivindicación de la propiedad de una cosa que está fuera del comercio».

Por fin, el artículo 1.566 del viejo Código civil boliviano, ya dijo que: «Para la prescripción de acciones, tanto reales como personales y mixtas, no se necesita más requisito que la omisión de su ejercicio durante el tiempo señalado por la Ley. Pero cuando concurren todos los requisitos para la prescripción de dominio, las acciones reales y mixtas se prescriben en el tiempo que para dicha prescripción se señala respectivamente».

Ya he expuesto que va en opiniones si en algunos Derechos prescribe o no autónomamente la acción reivindicatoria, o, por el contrario, sólo acaba por usucapión, y expuesto, también, que en otros Derechos es seguro lo uno o lo otro, porque expresamente dicen sus Códigos, aquéllo o esto. Pues bien, aclarado de tal modo que el tema es de Derecho positivo, y que no es obligado aceptar institucionalmente una u otra solución, no tiene interés ir espigando qué más Derechos adoptan uno u otro criterio. Por ello, acabo aquí la incurción por legislaciones extranjeras.

## X. LA COMPILACION O FUERO NUEVO DE NAVARRA

Dice la Ley 39, 2.º, Navarra que: «Las acciones reales que no tengan establecido plazo especial sólo prescriben a consecuencia de la usucapión con la que resulten incompatibles». Y como no hay plazo especial para la acción reivindicatoria, carece ésta de prescripción extintiva autónoma.

## XI. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La jurisprudencia, de forma continuada y sin vacilaciones, viene manteniendo la prescriptibilidad extintiva de la acción reivindicatoria como caso autónomo, aparte de que tal acción se pierda por perder la propiedad por usucapión de otro.

Con más o menos especificidad, pues ni siempre se refiere en particular a la acción reivindicatoria, ni siempre el texto de los fallos del Tribunal Supremo va aplicado a resolver en nuestro tema con previo planteamiento singular del problema que aquí nos ocupa, la jurisprudencia es contundente a favor de la tesis que defendiendo, lo mismo por lo que dice a favor de ésta, que por lo que dice en general, pero le es aplicable, que hasta por afirmaciones que hechas a veces con propósito que no se ve del todo claro, sin embargo, le sirven de apoyo de algún modo.

Que son aparte la usucapión ordinaria o extraordinaria, y sus plazos y requisitos, por lo que así se adquiere el derecho usucapido, perdiéndolo el titular anterior, pérdida con la que se extingue para él la acción correspondiente, y que eso, cuando se da, excluye la necesidad de ver si es que habría habido prescripción extintiva de la acción que se discute, tema éste que la usucapión «excluye» o «invalida» (se entiende, para el enjuiciamiento del caso discutido que fuese), aparece en el transfondo de las sentencias de 15 de enero de 1902 y 3 de marzo de 1909, aunque, por supuesto, sin plantearse nuestra cuestión, aquella para la que la prescripción adquisitiva «invalida por su naturaleza la prescripción de las acciones», y esta para la que «excluye en absoluto por su naturaleza... la [prescripción] extintiva de las acciones».

La sentencia de 28 de enero de 1915, sin referirse a usucapión ordinaria o extraordinaria alguna de la que fuese efecto reflejo, sino simplemente contemplando el plazo de vida de la acción reivindicatoria de muebles, dijo que «de tal importancia es que la acción reivindicatoria... se ejercite dentro del período señalado por las leyes, que en este caso por tratarse de bienes muebles... es de seis años, según establece el artículo 1.962 del Código civil, que dejándolo transcurrir sin deducirla con oportunidad, los derechos adquiridos por respetables que ellos sean, se pierden inexcusablemente».

La sentencia de 7 de julio de 1921 estimó que en el caso se había ejercitado una acción personal, y no real, pero dijo que aun suponiendo que lo hubiese sido ésta y que pudiese haber durado treinta años a tenor del artículo 1.963, no obstante esto no se opone a que pueda ganarse el dominio por menos, según el artículo 1.957, lo que permite el 1.963, 2.º Cosa de la que evidentemente se sigue que el Tribunal Supremo parte de la base de que la acción aun cuando no se pierda por la usucapión contra el dueño antiguo, sin embargo, prescribe extintivamente por aquel plazo de treinta años.

La sentencia de 29 de septiembre de 1929, una de las más específicas y contundentes en nuestro tema, afirma que «ejercitada en la demanda la acción reivindicatoria de los bienes inmuebles que constituyeron cuatro mayorazgos, y opuesta a la misma la excepción de prescripción, que fue acogida favorablemente por el Tribunal sentenciador, no puede estimarse que, al hacerlo así, infringiera el art. 1.963

del Código civil, ya sólo o relacionado con el 1.959, pues habiéndose opuesto la excepción en el aspecto extintivo de la acción, y no como adquisitivo de los bienes de dichos mayorazgos, es notorio que para ello bastaba el mero transcurso del término legal de los treinta años, según el art. 1.961 del Código civil, sin ningún otro requisito» (se refiere a la posesión necesaria para usucapir).

La sentencia de 13 de julio de 1942 no habló específicamente de la prescripción extintiva por treinta años de la acción reivindicatoria de inmuebles, sino que lo que afirmó fue que por usucapición extraordinaria de treinta años se extingue la acción reivindicatoria del dueño anterior.

La sentencia de 12 de marzo de 1958 que dice que se argumenta en el recurso que «no ha transcurrido el plazo legal para el ejercicio de la acción reivindicatoria de bienes inmuebles, plazo que debe contarse desde el día en que pudo promoverse por el dueño desposeído y que tiene de vida legal treinta años, según el art. 1.963, párrafo primero del propio Cuerpo de leyes, que también se estima infringido, en su párrafo segundo, en el undécimo motivo, con idéntica base formal; y es claro que desde el 20 de julio de 1988 en que fue declarada la recurrente heredera abintestato de su sobrino no ha transcurrido el aludido plazo de los treinta años hasta la fecha de la interposición de la demanda planteada en enero de 1953, pero no debe olvidarse que este tiempo queda supeditado al evento de que el poseedor haya adquirido el dominio por usucapición ordinaria con anterioridad». Lo que significa en coherencia con lo dicho por el Tribunal Supremo, que para lo que no dice, lo mismo que operaría la prescripción extintiva aun a pesar de la falta de usucapición ordinaria, habría de operar incluso también a falta de la usucapición extraordinaria.

Y de la sentencia de 14 de abril de 1958 cabe decir lo mismo que de la anterior. Afirma que «si bien es cierto que la acción reivindicatoria puede tener un lapso prescriptivo de treinta años, no transcurridos todavía, ello está condicionado a lo establecido para la adquisición del dominio o derechos reales por usucapición, por virtud de lo que, por la prescripción con título y buena fe, como la reconocida en la sentencia recurrida, que se consuma por el transcurso de diez años entre los presentes, según ocurre en el caso que se examina, queda enervada por la adquisición del dominio la acción de treinta años».

Por su parte la sentencia de 14 de abril de 1973, dijo, refiriéndose al posible acto obstativo al derecho del dueño, que podría dar nacimiento a la reivindicatoria, que: «aunque se aceptase que el primer acto obstativo tuvo lugar en 1961, como pretende el recurrente, *no habían transcurrido hasta el 12 de julio de 1972, en que se presentó la demanda, los treinta años exigidos por el art. 1.962 para la prescripción de las acciones reales sobre bienes inmuebles*, en esa situación de abandono y desposesión voluntaria, *sin que el problema de*

*la usucapión tenga en la sentencia una base fáctica en que apoyarse, por lo que no ha sido tratado tampoco en el recurso*». Lo que, sin duda, pone a la sentencia del lado de la tesis que defiende, puesto que atiende únicamente al paso o no de los treinta años de prescripción extintiva, y declara ser independiente tal cosa del tema de la usucapión.

En cuanto a la sentencia de 12 de marzo de 1974, vino a poner de relieve de nuevo el criterio del Tribunal Supremo de considerar independiente la prescripción extintiva de la reivindicatoria, de la usucapión de la cosa que fuese, ya que en, un caso en que la parte alegaba haber usucapido, y, además alegaba también, que aun sin eso, el reclamante había perdido su acción reivindicatoria, por prescripción extintiva, dice la sentencia que, aparte de la usucapión la «prescripción extintiva ejercitada por el demandado no se ha producido porque tampoco ha transcurrido el plazo de treinta años».

La sentencia de 18 de abril de 1974 recaída en caso en que ejercitada por el demandante lo que el Tribunal Supremo conceptuó como acción reivindicatoria, estimó que «los plazos de prescripción aplicables al tratarse de acción real sobre inmuebles serán los fijados en el art. 1.963, que aún no han transcurrido...».

La sentencia de 15 de octubre de 1975 que, en caso en que el demandado alegó su usucapión y además la prescripción extintiva de la acción del demandante, dijo «que para que pueda prosperar la acción real reivindicatoria sobre un bien inmueble no basta con que concurren los requisitos exigidos por la ley y desenvueltos por la jurisprudencia para su nacimiento, sino que es menester que la misma subsista por no haber transcurrido el plazo señalado por el art. 1.963, párr. 1.º, del Código civil para su extinción por prescripción, y siendo así que la sentencia impugnada, acogiendo la excepción opuesta por los demandados, estima que aquel plazo ha transcurrido —apreciación que no es impugnada en el recurso—, se está en el caso de rechazar el motivo primero, que alega la violación del art. 348 en relación con el 349 del Código civil, sin necesidad de entrar en el examen de la cuestión relativa a si se dieron en el caso de autos los requisitos requeridos por el párr. 2.º, de aquel precepto». Es decir, sin necesidad de ver si hay o no usucapión, ni ordinaria ni extraordinaria, que es a lo que se refiere el artículo 1.963, 2.º, basta con aplicar el párrafo 1.º de dicho artículo si han pasado treinta años. Lo que deja sin duda, pues, que se admite como autónoma la prescripción extintiva de la acción reivindicatoria.

La sentencia de 5 de octubre de 1976 distingue, separa y deja bien clara, la independencia de la prescripción extintiva respecto a la usucapión, cuando dice que la desposesión que hubiese tenido lugar hace más de treinta años «constituiría la base fáctica necesaria para la aplicación del art. 1.963, párr. 1.º, o bien que los recurrentes hubiesen poseído en concepto de dueños... durante los plazos señala-

dos en los arts. 1.957 y 1.959 y, en su caso, con los demás requisitos exigidos en el primero de estos últimos preceptos, lo que constituiría el soporte de hecho indispensable para la aplicación del párr. 2.º del indicado art. 1.963».

Y, por último, la más reciente y contundente de todas las sentencias específicas recaídas sobre el asunto, la de 29 de abril de 1987, que aborda el tema en estudio, negando decidida y, como digo, específica y explícitamente, la tesis de que no haya más prescripción extintiva de la acción reivindicatoria que la que es el reverso de la usucapión. Dice la sentencia que: «El artículo 1.963 invocado, en efecto, distingue entre la prescripción de las acciones reales sobre bienes inmuebles, que prescriben a los 30 años (párr. 1.º) y la pérdida del dominio por consecuencia de la usucapión consumada (párr. 2.º). Excluida ésta en el caso, según lo que se deja razonado en el fundamento anterior, no puede menos que aplicarse la atención consecutivamente al aspecto de si, ello firme, ha operado por el mero lapso de tiempo fijado por la Ley (art. 1.961 del Código civil) la prescripción de la acción reivindicatoria ejercitada en el juicio de que el presente recurso dimana. En el Código civil, en efecto, coexisten, la usucapión extraordinaria trentenaria, distinguible, como transparentan los artículos 1.962 y 1.963, éste invocado por el motivo en examen, y la prescripción extintiva de las acciones reales, incluidas éstas las dominicales y destacadamente la reivindicatoria, por igual tiempo de 30 años. Parece ineludible concluir, en presencia de dichos preceptos, artículos 1.962 y 1.963, el desdoblamiento o contradistinción entre la usucapión de una parte y de otra la prescripción extintiva de la acción reivindicatoria, ya que la prescripción de las acciones se enuncia en ellos en términos generales y no parece posible entender que se pueda extraer y exceptuar de entre las acciones reales sobre bienes inmuebles, y ello sin nombrarla, la acción reivindicatoria, o lo que es igual que se unimismen la prescripción extintiva del dominio y la usucapión, como propone un autorizado sector de la doctrina. Los artículos citados tratan la prescripción de las acciones, extinguiéndolas por el transcurso del tiempo sin su ejercicio, y ello como efecto distinguible y separable y autónomo de la pérdida mediata del dominio que se sigue a través de la perfección de la usucapión. El párrafo 2.º de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra constituye por tanto una particularidad cuando dispone que «las acciones reales que no tengan establecido plazo especial sólo prescriben a consecuencia de la usucapión con la que resulten incompatibles». Esta particularidad sería innecesaria y redundante, si aquellos artículos del Código civil merecieran la lectura que se recusa».

Aún hay otras dos sentencias posteriores, las de 17 de febrero y 26 de mayo de 1988, en las que sin entrar específicamente en nuestro tema, sin embargo, lo que dicen presupone que no rechazan la

pérdida de la acción reivindicatoria por prescripción extintiva, aparte de la usucapión de la casa.

La sentencia de 1987, como hemos visto, la más específica sobre nuestro tema y más contundente en favor de la tesis que defiende, me parece perfecta en lo que dice (22 bis). Pero quizá debería haber dicho algo que calla. Ello es que bien está que mencione, como lo hace, la opinión contraria a la que va a acoger, opinión contraria «propuesta por un autorizado sector de la doctrina» (23); mas, parece que también debería de haber dicho, porque sin duda apoya el criterio seguido por la sentencia, que otro sector de la doctrina, por lo menos tan autorizado (24) como el primero, cree lo contrario, es decir, opina lo mismo que la sentencia defiende. No estaría de más haber dicho eso, pero lo que sí está muchísimo de menos es no haber recogido la jurisprudencia que venía manteniendo desde antes el criterio que adopta la sentencia presente.

## XII. LOS ARGUMENTOS ADUCIDOS CONTRA LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA AUTÓNOMA DE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA

Después los analizaré, en el apartado XIII, pero ahora me ocupo sólo de recoger los argumentos contra la prescripción extintiva autónoma de la acción reivindicatoria. Los favorables son bienes breves, por lo que no hace falta dedicarles un apartado especial. Consisten en decir, sin más, que nuestra ley acoge, primero, en general, la prescripción extintiva de todas las acciones «de cualquier clase que sean» (art. 1.930, 2.º, *in fine*), y luego, en particular, la de las acciones reales (arts. 1.962 y 1.963), disposiciones ambas que ciertamente alcanzan de por sí a la acción reivindicatoria, en la que, además, concurre la circunstancia de ser la más significativa de todas a las que tales disposiciones serían aplicables; y siendo así que no aparece ex-

---

(22 bis) V. lo que Díez-Picazo afirma sobre ella, en *Las relaciones entre usucapión y prescripción extintiva*, etc., en loc. cit., pp. 228 y ss.

(23) El brevísimo comentario que a tal sentencia se hace a continuación de transcribirla en la misma página de *Actualidad civil* que la recoge (*Actualidad civil*, 1987, número marginal 667, p. 2060) dice: «El autorizado sector de doctrina» como dice la sentencia a que se alude en el fundamento 4, al final, puede ser el de Díez-Picazo, *La prescripción en el Cc*, 1964. En efecto, es Díez-Picazo el principal defensor de la tesis que el Tribunal Supremo rechaza, pero, como hemos visto ya (ap. IV), también lo son otros autores.

(24) Pues lo forman autores como DE CASTRO, CASTÁN, MANRESA, LACRUZ, RIVERO, HERNÁNDEZ MORENO, PEÑA, SANTAMARÍA y REYES MONTERREAL.

También yo pienso como ellos (y he dedicado tres páginas, la 502, 503 y 504 de mi *Derecho civil* 1, 2.º, a razonar mi opinión), pero no me incluyo porque obviamente no sería de recibo, ni siquiera medio admisible, sino que justificaría con creces llamarme fantasmón y engreído y más cosas, que me autocalificase de «doctrina autorizada».

ceptuada en ningún sitio, resulta evidentemente arbitrario sacarla del imperio de aquellas normas a base de argumentos que no pueden sino ser inconsistentes, habida cuenta de que tal exclusión no es una exigencia institucional, sino una pura opción de Derecho positivo, rechazada por otros Ordenamientos, y en el nuestro por la jurisprudencia y por la doctrina más abundante.

Por todo ello, creo que no hay más necesidad de argumentar la admisión en nuestro Código civil de la prescripción extintiva autónoma de la acción reivindicatoria, que queda de sobra justificada con lo dicho; así que me limito a recoger ahora los argumentos aducidos contra ella, para, refutándolos después, dejar claro que no son verdaderamente obstáculo a la verdad de la tesis que defiendo.

Contra la prescripción autónoma de la acción reivindicatoria, se han esgrimido como argumentos, o cabría esgrimir por ser extraíbles de posiciones en otros aspectos del tema, los siguientes:

*Primero:* Que la prescripción extintiva de las acciones reales, de los artículos 1.962 y 1.963 se refiere a las demás acciones reales, pero no a la reivindicatoria, que no está sometida a prescripción extintiva autónoma, sino sólo a la extinción que es consecuencia de la usucapión de la cosa por otro.

Argumento equivocado, que se responde con lo que acabo de decir al principio del presente apartado, y con lo que insisto en el apartado siguiente, números 1 y 6.

*Segundo:* Que partiendo de que no hay violación del derecho de propiedad sino por la posesión *ad usucapionem* de otro, resulta así que coincidiendo siempre el comienzo de la prescripción extintiva de la acción con el de la usucapión de la cosa, no tendría utilidad aquella, pues siempre iría junta con ésta.

La alegación, si se hiciese, de semejante argumento tiene la respuesta de que, aun cesando la usucapión inicial (por ejemplo, por pasar de la cosa a otro poseedor no sucesor del anterior), podría seguir la prescripción extintiva, así que ésta es útil.

Y, por otro lado, la refutación de que sólo viole la propiedad la posesión *ad usucapionem* de otro, la hago en el apartado siguiente, número 2.

*Tercero:* Que como la propiedad no se pierde por el no uso, así que se conserva perpetuamente, y, por tanto, con su acción defensiva, ésta no se extingue por prescripción.

Argumento, éste, que se refuta en el apartado siguiente, número 3.

*Cuarto:* Que sería una situación absurda la de estimar seguir siendo dueño el anterior, pero dueño sin acción reivindicatoria extinguida por prescripción y no ser dueño el poseedor al que, prescrita la reivindicatoria, no se le puede obligar a restituir. Pues verdaderamente éste sería el dueño efectivo, y el anterior un efectivo no dueño. Y como pensar otra cosa es pensar un absurdo, hay que decir que no se pierde la acción reivindicatoria, pero que sigue siendo dueño, sino

que se pierde sólo cuando se deja de ser dueño porque la cosa la usucapió otro. Manejando este argumento dice Díez-Picazo (25) que: «En la doctrina se ha sostenido generalmente que la acción reivindicatoria en sí misma considerada, es imprescriptible, o, por lo menos, que no prescribe en tanto que el poseedor demandado no haya completado los requisitos necesarios para usucapir [por mi parte advierto que no es cierta la afirmación de que *generalmente* la doctrina haya sostenido eso]. Otra solución —continúa Díez-Picazo— conduce al absurdo. Pues, efectivamente, si se pensara que, sobre la base del artículo 1.963, es posible una prescripción extintiva de la acción reivindicatoria separada e independiente de la usucapición, se llegaría al siguiente punto: como el demandante no puede reivindicar, en la práctica ha perdido el dominio; pero como el demandado no lo ha adquirido puesto que, por hipótesis, no ha usucapido, es un simple poseedor. Una situación semejante tendría que llevar a la siguiente conclusión: la cosa, objetivamente, habría devenido *nullius*, pero el poseedor, al ser su posesión irreivindicable, en la práctica es un propietario. Esta *reductio ad absurdum*, parece probar que efectivamente no se produce prescripción extintiva de la acción reivindicatoria del *vetus dominus* más que cuando en el poseedor concurren los requisitos de la usucapición —ordinaria o extraordinaria— y el poseedor puede ser considerado como un *novus dominus*».

Argumento, éste, de demostrar por reducción al absurdo de la postura contraria, que no hay prescripción extintiva autónoma de la acción reivindicatoria, de cuya refutación me ocupó en el apartado siguiente, número 4 y siguientes.

### XIII. EXAMEN DE CADA UNO DE LOS ARGUMENTOS UTILIZADOS O UTILIZABLES EN LA POLEMICA

Procedo ahora a analizar los diversos argumentos posibles a favor o en contra de la autonomía de la prescripción extintiva de la acción reivindicatoria.

#### 1. *Los artículos 1.930, 1.962 y 1.963*

Se trata de insistir en la refutación del argumento recogido en el apartado anterior, *sub primero*:

Según ya expuse al comienzo de este estudio (26), el artículo 1.930, 2.º, dice que se extinguen por prescripción «los derechos y las accio-

---

(25) *La prescripción, cit.*, p. 162.

(26) Ap. III.

nes, de cualquier clase que sean». Por supuesto, hay que reducir, por excesiva, tal letra, al campo de lo prescriptible; mas, con ese recorte quedarán fuera otros derechos o acciones familiares, etc., pero no la reivindicatoria. Y, esto presupuesto, si el artículo habla de «todas» las acciones, ¿cómo excluir la reivindicatoria?

Lo mismo, los artículos 1.962 y 1.963 hablan de prescribir extintivamente «*las acciones reales*» sobre muebles y sobre inmuebles, y ¿cómo excluir de entre ellas a la reivindicatoria, que es la principal de todas, y no la exceptúa la ley?

Verdaderamente será poco convincente, o, más bien, nadie lo creará, cualquier esfuerzo para explicar que cuando se sienta una regla general (prescripción extintiva de las acciones, o de las acciones reales), queda, de entrada, fuera de ella el caso más significativo a que alcanzaría (la prescripción de la acción reivindicatoria), cuando la propia ley, cuya formulación le alcanza, no lo exceptúa, como exceptúa las acciones del artículo 1.965 (que verdaderamente, a diferencia del caso de la acción reivindicatoria, no haría falta exceptuar por ser *res facultatis*).

Ahora bien, en vez de excluir *absolutamente* la prescripción extintiva de la acción reivindicatoria, la tesis que combato lo que hace es decir que no tiene prescripción extintiva *autónoma*, sino que su prescripción extintiva es la extinción de la acción por usucapión de la cosa por otro. Criterio que, en mi opinión, no es tampoco de recibo, aunque sea de menos no recibo que el otro. De él me ocupo más adelante bajo los números 6 y 7.

## 2. *Basta para que haya violación de la propiedad, y, así, nazca la acción reivindicatoria, que otro posea perturbando el derecho del dueño, sin que sea preciso que posea ad usucapionem*

Se trata ahora de refutar el argumento recogido en el apartado anterior, *sub segundo*:

Como la acción reivindicatoria comienza a prescribir desde que pudo ser ejercitada (art. 1.969), y ese ejercicio es desde que nace por la violación o perturbación de la propiedad contra la que protege, es claro que los seis años, si es sobre muebles, o treinta, si sobre inmuebles, se cuentan a partir de la violación o perturbación que sea.

Cuando el artículo 1.962 dice «a los seis años de pérdida la posesión», quiere, sin duda, referirse a que la perturbación se produce por tal pérdida de la posesión, de la que el perturbador priva al dueño. Así, pues, la «pérdida» de que habla el artículo no es ni pérdida porque la cosa se extravíe, ni pérdida porque el dueño abandone la posesión, pero sin ánimo de derelicción (ya que, de ser así, pierde la propiedad, y no cabe que en adelante tenga acción reivindicatoria).

En tales casos puede recobrar la cosa por sí y sin necesidad de reivindicarla, y si es que después otro la tomó, correrá desde esta aprehensión, el plazo de vida de la reivindicatoria.

Ciertamente no cuenta el plazo en que otro haya poseído para el dueño, resultando, así, éste poseedor mediato.

Pero me parece que no es aceptable lo que dice Díez-Picazo sobre que «el hecho que pone en marcha la prescripción extintiva de la acción reivindicatoria no es la simple pérdida de la posesión del *dominus*, sino el comienzo de una *possessio ad usucapionem* en otra persona. Sólo la *possessio ad usucapionem* de otro constituye verdadera violación del derecho de propiedad. Y sólo la falta de defensa del dueño frente a esta violación determina el comienzo de la prescripción» (27).

Semejante afirmación no la comparto por la potísima razón de que tanto viola el derecho del dueño el tercero que posee para sí, lo mismo con que sin buena fe, pero siempre en concepto de dueño, como el que no posee como dueño, pero de cualquier modo sigue teniendo y negándose a restituir una cosa que pertenece a otro, que tiene derecho a poseerla, y al que no se la entrega. ¡Qué duda cabe de que si yo, aun reconociendo que el dueño es otro, y no poseyendo como si lo fuese yo, sin embargo, no poseo para él ni me propongo devolverle la cosa, estoy violando su propiedad, que le da derecho a poseer la cosa! Es errónea la creencia de que sólo viola el derecho de propiedad el que lo niega, pues también lo hace el que aunque lo reconozca y no posea como dueño, posee, sin embargo, contra éste, ya que poseer la cosa es facultad englobada en su propiedad, facultad que resulta violada, y así el derecho de propiedad, por el poseedor indebido. Y por muy insólito que pueda ser el caso de quien no devuelve la cosa a pesar de reconocer que es de otro y que le corresponde poseerla a éste, sirve, por lo menos, como ejemplo de violación posible del derecho del dueño por quien posee indebidamente, aunque no posea como dueño.

Ciertamente que no posee *ad usucapionem* quien no posee como dueño (arts. 1.941 y 1.959, aunque no lo diga explícitamente, y 447), de modo que así nunca usucapiría, y con el criterio de Díez-Picazo

---

(27) *La prescripción*, cit., p. 162 y ver también *Las relaciones entre usucapión y prescripción extintiva*, etc., p. 227.

A pesar de que creen, con DÍEZ-PICAZO, que no hay prescripción extintiva autónoma de la acción reivindicatoria, sino pérdida de la misma por usucapión de la cosa, con el criterio de Díez-Picazo en el punto de que sólo constituya violación verdadera del derecho de propiedad la posesión *ad usucapionem* de otro, no comulgan ni MONTÉS, a tenor de lo que dice (v. *ob. cit.*, p. 110, nota 17 y pp. 173 y 174), pero sin sumarse a la opinión de Díez-Picazo, ni Miquel, que expresamente sienta la hipótesis de que sea admisible la opinión contraria («sin embargo —dice Miquel, *ob. cit.*, p. 4600— si se admite que la acción reivindicatoria procede también contra quien no sea poseedor en concepto de dueño...»).

nunca su posesión sería ofensiva para la propiedad, ni comenzaría la prescripción de la acción reivindicatoria.

Por otro lado, el artículo 348, 2.º, dice que el «propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla». Y no se ve cómo podría tener el dueño una acción reivindicatoria aún no nacida según el criterio de Díez-Picazo, si es que la posesión del perturbador no fuese *ad usucapionem*. Sin embargo, lo único cierto es que al dueño ese artículo le concede reivindicación contra todo poseedor (que no tenga derecho a poseer, por supuesto).

Además, es obvio que la acción reivindicatoria corresponde al dueño contra quien, habiendo poseído por otro título que el dominical, continúa poseyendo después de acabada la virtualidad de éste, si el poseedor sigue teniendo la cosa en el concepto del título extinguido. Y así, acabado el arrendamiento o el depósito —pongo por caso— se puede reclamar la cosa por la acción personal del contrato extinto (arts. 1.561 y 1.766), pero también por acción reivindicatoria; pudiendo recordarse que no menos es reivindicable la cosa de manos del acreedor pignorático al que ya se pagó la deuda, o de manos del comodatario que se resiste a devolverla, aunque ciertamente que en todos esos casos no se solerá reivindicar, sino, por ser más cómodo, reclamar la devolución por la acción contractual.

Piénsese, por último, lo curioso que sería que perdida o prescrita al año la acción recuperatoria de la posesión o caducado al año el interdicto (Cc, arts. 460, 4.º y 1.968, 1.º LECr, art. 1.653), y no pudiendo recobrase así la posesión de la cosa por acción posesoria ni por interdicto, tampoco pudiese recobrase por la petitoria (reivindicatoria) si la posesión que se reclama por ésta no la tuviese *ad usucapionem* el demandado, porque la acción reivindicatoria naciese únicamente por la ofensa a la propiedad en virtud de posesión *ad usucapionem* de otro. E imagínese que hasta ni pudiese recobrase un inmueble por acción personal porque hubiesen pasado ya los quince años de vida de tal acción (art. 1.964), según la regulación del acto por el que se entregó o dejó a otro y de la devolución que corresponde hacer; y que, todo eso presupuesto, no se tuviese acción reivindicatoria por estimar que no viola la propiedad la posesión que el tenedor sigue disfrutando, pero sin arrogarse el título de dueño.

### 3. *No tiene nada que ver la no pérdida de la propiedad por no uso, con la prescripción extintiva de la reivindicatoria*

En cuanto al argumento (apartado anterior, *sub tercero*) de que el hecho cierto y admitido de que la propiedad no se pierda por el no uso, justifica el aserto de que no prescriba extintivamente la acción reivindicatoria que ostentamos si no la ejercitamos para recobrar la cosa nuestra de que se nos tiene privados, si uno entra a analizar

tal razonamiento, se percata de que el hecho ciertamente verdadero, de no pérdida de la propiedad por el no uso de la cosa, no apoya, para nada y de ningún modo, la tesis de que la prescripción extintiva no alcance a la acción reivindicatoria.

En efecto:

Es exacto que para nuestra ley la propiedad no se extingue por el no uso, así que por mucho que el dueño no utilice la cosa, no la pierde por eso. Es más, se dice con acierto, **que ese no utilizar** la cosa o no ocuparse de la misma, en definitiva ese no usarla, es una muestra más del ejercicio del señorío que corresponda al dueño, al que el poder que le pertenece sobre el objeto de su derecho, le permite, bien usarlo, o bien hacer caso omiso del mismo, esto como una muestra más del propio poder, porque en la esencia de los derechos de uso no obligatorio, está la facultad de ejercitarlos o no. Así que salvo que se trate de los mencionados derechos de ejercicio obligatorio, caso que no es el presente (28), o de derechos que la ley establezca que se pierden por no usarlos, caso que tampoco es el presente (29), el no usar el derecho que sea, no lo extingue, o, por lo menos, que es lo que nos importa, no extingúe el de propiedad, por ser tal la amplitud de señorío que este derecho concede sobre la cosa —el mayor señorío posible— que hasta abarca al poder prescindir indefinidamente o hacer caso omiso de forma permanente y desentenderse por completo de la cosa sobre que recae.

Ahora bien, si es cierto que no usar la cosa no extingue por prescripción la propiedad, ni la *posible* acción reivindicatoria, no son menos ciertas otras dos cosas que revelan que la certeza de lo dicho que el no uso no es extintivo, no sirve para fundamentar la imprescriptibilidad de la acción reivindicatoria: 1.<sup>a</sup> Una de esas cosas es que si bien al no extinguirse la propiedad por no uso, no se extingui-

---

(28) Dejo fuera, porque no viene a cuento aquí, que sea obligatorio el uso de determinados bienes, por ejemplo, la explotación de ciertas fincas en interés de la comunidad. Si en tales casos el no uso se sanciona con la pérdida, que, por supuesto no suele ser automática, se tratará de algo excepcional, que no afecta para nada a la regla, que aquí examino, de no perderse la propiedad por el no uso de la cosa.

(29) Por ejemplo, pérdida por no uso del usufructo, artículo 513, 7.º, o de las servidumbres, artículos 546, 2.º y 548.

Por cierto que, según una opinión, se justifica que la propiedad no se extinga por el no uso, si no la usucape otro, porque: 1.º) el que no usa de su propiedad, puesto que ésta no comprime (como los *iura in re aliena*) el derecho de otro, no hace de perro del hortelano; 2.º) que si, aprovechando el desuso del dueño, la usa otro, la puede adquirir por usucapión; y 3.º) que si no la usa nadie, igual da dejar que siga siendo del dueño. Pero también se justifica, a diferencia de lo anterior, que si se extingan por no uso derechos reales en la cosa ajena, como los vistos usufructo y servidumbre, porque comprimirían, si no, inútilmente al no ser usados, la propiedad del dueño. Mas yo pienso que, por la misma razón que en el caso de la propiedad, se justificaría la no extinción por no uso de los derechos reales limitados, porque también si el dueño de la cosa gravada no ejerce la parte de poder que corresponde al derecho real limitado, no importa que éste exista o no, y si lo ejerce, lo adquirirá por usucapión liberatoria.

ría la acción reivindicatoria (ya que siguiendo siendo dueño, se podría seguir teniendo acción reivindicatoria, que no cabría, por no ser dueño, si se hubiese extinguido la propiedad), tal acción, ya que arranca, no del solo hecho de ser dueño, sino del sufrir el dueño la perturbación o violación de que nace la acción y, así, ésta la tiene, no el dueño, sino el dueño *perturbado*, como resulta que a falta de perturbación no se tiene, y no la tiene el que siga siendo dueño a pesar de no usar la cosa, pero sea dueño no perturbado, no prescribe extintivamente para él la acción reivindicatoria, porque aún no nació (porque no hubo perturbación), razón por la que todavía no se halla en curso de prescripción. Luego es claro que hay que desvincular el no perder la propiedad por el no uso, del no perder la acción reivindicatoria por prescripción extintiva cuando lo que pasa es que la acción aún no la tiene el dueño porque todavía no hubo perturbación de su derecho no usado. 2.<sup>a</sup> Como el no usar la cosa teniéndola, es diferente del no usarla porque no se tiene (la posee otro), la cuestión no es si aunque no se use la cosa no prescribe extintivamente la acción reivindicatoria, sino si ésta prescribe o no por no ejercitarla cuando no se tiene la cosa porque la posee otro en violación o contra el derecho del dueño, y así no usamos la cosa por no tenerla, pero podríamos pedir su recobro, y entonces desde que no lo pedimos para defender nuestro derecho violado, sí podría comenzar la prescripción extintiva de la acción, por no ejercitarla, pudiendo, porque ya estaba nacida la reivindicatoria. Todo lo que prueba que el que no se pierda la propiedad de la cosa por su no uso, no fundamenta que no quepa que prescriba extintivamente la acción reivindicatoria.

O, si se quiere, esa refutación de que la no pérdida de la propiedad por no uso justifica la imprescriptibilidad de la reivindicatoria, puede hacerse más o menos con las mismas ideas expuestas, pero recogidas de otra manera más sencilla. Sería así:

El argumento que utilizan muchos, de que la propiedad es perpetua y no se extingue por el no uso, no sirve para apoyar que la acción reivindicatoria no prescriba extintivamente. En efecto: es cierto que, a diferencia de otros derechos reales, el de propiedad tiene carácter de permanencia indefinida, y que el que el dueño no utilice la cosa, no le hace perder su propiedad (30). Observándose por muchos que hasta el no usarla es manifestación del poder que la propiedad atribuye, pues ese poder faculta para usar si se desea, y para no hacerlo si no se quiere. Todo lo que está muy bien, si la cosa se halla en manos del dueño; pues no parece conveniente que entonces se le obli-

---

(30) Salvo excepciones que, como ya señalé en la nota 28, puedan fundarse en que si el no uso daña socialmente, sí cabe perder la propiedad si no se usa (pero la verdad es que eso más fundamentaría la expropiación, que la pérdida sin más por el no uso), como, por ejemplo, el de una finca de producción necesaria o útil para la comunidad, que no debe permanecer improductiva porque su dueño no la explote.

gue a usarla, o, si no, pasando un plazo, pierda la propiedad. Pero muy distinta es la situación de que a quien no posee la cosa suya, se le señale un plazo para que si en él no la reclama de quien la tiene, pierda la acción de recobro. De modo que lo mismo que se ve razonable, y lo acepta la ley, que caduque el interdicto recuperatorio, se ha de ver también razonable que la ley marque un plazo para que prescriba la acción reivindicatoria, de quien, privado de la cosa, acepta durante mucho tiempo con pasividad su situación de despojo. El mismo fundamento que hay en los demás casos en que prescriben otros derechos u otras acciones por la pasividad de sus titulares, lo hay para que prescriba en éste la acción reivindicatoria. Y para quien quiere que la propiedad sea perpetua, y no se pierda por el no uso, se puede conceder que esto sea así, pero, sin embargo, cabe, a la vez, establecer que al dueño, que no ya es que no use, sino que ni siquiera tiene la cosa, y que a pesar de ello, no se le hace perder la propiedad por eso, no obstante, lo que sí se le retire sea la facultad de exigir la restitución, de modo que pueda imponer ésta al poseedor; quedando entonces dicho dueño simplemente con su dominio, pero indefenso, es decir, desprotegido de una acción reivindicatoria que, prescrita a partir del paso de cierto tiempo desde que la tuvo y no la interpuso, no impone al poseedor restituir la cosa, sino que consiste —dicha reivindicatoria— en poder reclamar, para si el poseedor no se opone a atender voluntariamente la reclamación (y así la devuelve porque considera que debe, o que es preferible hacerlo, aunque los Tribunales no puedan imponérselo).

#### 4. *La inexactitud de considerar la propiedad sin reivindicación y la posesión exenta de reivindicabilidad, como verdadera propiedad ésta y falsa aquella, o como figuras absurdas ambas*

Contra la prescriptibilidad extintiva de la acción reivindicatoria, tampoco sirve el argumento de que permitir tal prescripción, con lo que la propiedad quedaría desprotegida, es prácticamente como reconocer la pérdida de la propiedad por prescripción extintiva o no uso (lo que antes he admitido que no se da si es que no se usa la cosa de que no estamos privados), o, si no, mantener el absurdo de un dueño, que lo es, pero que no puede recobrar la cosa, y de un no dueño, que no lo es, pero que puede quedarse con la cosa.

Mas, yo creo, por mi parte, que nada de eso es así, sino que cabe mantener que la propiedad no se extingue por prescripción o no uso, pero que sí prescribe la acción reivindicatoria, sin que eso ni sea absurdo ni sea admitir prácticamente lo que se niega en teoría. Y entonces, el propietario sigue siéndolo, con lo que la cosa no deviene *nullius*, ni es ocupable; pero dicho propietario tiene debilitada su recuperación, porque si reclama la cosa mediante la acción reivindica-

toria prescrita, el poseedor puede —como he dicho antes— no devolvérsela si no quiere, ya que con la prescripción de la acción, a pesar de que dicha acción prescrita puede interponerse y pedir la devolución, ésta —como también lo he dicho ya— no puede *imponerse* al poseedor, en cuyas manos, la prescripción de la acción, ha dejado el atender si quiere, y si no, no, la petición de restitución.

Que eso sea mantener una situación absurda o una propiedad ilusoria, porque no puede imponerse, de modo que, en realidad, equivale a no propiedad, es, en cuanto sea verdad, una *verdad engañosa*, porque: por un lado, en rigor, no falta la propiedad, sino que lo que falta es su protección eficaz; y, por otro lado, esa falta de protección eficaz, se da en todos los derechos cuya acción defensiva esté prescrita. Y como en la ley no hay base para decir que lo que pasa en los demás casos, no pasa en el de propiedad, habría que admitir que en éste, como en los otros, la prescripción de la acción crea una debilitación de la protección del derecho que aquélla tutela, de modo que lo inerte que queda en tal caso el de propiedad, no es algo distinto de lo inerte que queda cualquier derecho con acción prescrita. Y por la misma razón que la ley admite una cosa, debe admitir la otra.

Además de que la subsistencia de la propiedad, aunque sin acción que pueda imponerse al poseedor no dueño, y que éste siga siendo sólo poseedor, y no dueño, tienen sus posibles efectos prácticos, como es, por ejemplo, el de que, vuelta la cosa por otro camino al dueño, como es suya, si bien no podía reivindicarla, sí puede oponerse a que se la reivindique el poseedor, que no habiendo llegado a ser dueño verdadero, carece de reivindicatoria.

Por último, en el presente extremo, si lo que pasa es que se cree que la prescripción de la acción equivale a la del derecho, o que, de verdad lo que hay es prescripción del derecho, y, por eso, con él prescribe la acción, aún se puede decir que ¿por qué no se va a poder aceptar que prescriba extintivamente el derecho de propiedad, no de quien *tiene pero no usa la cosa* (y así puede no usarla, como muestra de su señorío que le faculta para todo, hasta para abstenerse de utilizarlo), sino del que *ni siquiera tiene la cosa*?

El argumento de que aunque no la tenga el dueño, no debe prescribir su propiedad mientras que no la usucapa otro, porque ¿qué utilidad tiene cuando no la usucapió todavía ningún dueño nuevo, hacer que prescriba extintivamente para el dueño antiguo?, es un argumento fácilmente refutable, puesto basta con decir que como la prescripción extintiva no consiste en morir el derecho del dueño antiguo, sino en mantenerlo pero sin que lo pueda *imponer*, no se ve inconveniente en que prescriba aun sin la usucapión de otro, porque si ningún otro interviene en ningún tramo de la situación, el dueño prescrito podrá, de todos modos, hacer valer su derecho, ya que no hay nadie al que, para hacerlo valer, tenga que imponérselo; y si

sí interviene en la situación algún otro, sí tiene utilidad que se haya prescrito la propiedad, para que no pueda ser impuesta al otro interviniente por el dueño que durante mucho tiempo (el de la prescripción extintiva) no ya es que no se ocupó de la cosa, sino que ni siquiera la tuvo (ni él mismo, ni mediatamente a través de otro) ni se preocupó de si no la tenía nadie, o de si sí estaba en manos de otro (en el concepto que fuese).

No se trata de que no tenga sentido que se pierda la propiedad (si lo que se cree es que prescribe ésta, y no ya la acción reivindicatoria) aun sin que la usucapa otro, de modo que en curso todavía la usucapión de éste ¿para qué va a establecerse que la pierda el primero?, sino de que aunque no la haya adquirido el usucapiente todavía, el derecho del dueño está debilitado, si es que pasó el tiempo de la prescripción extintiva, por no haberse preocupado de reclamar la cosa, que es suya, pero de la que se encuentra privado, así que tal derecho sólo le vale para recobrar la cosa si no encuentra oposición a la devolución que solicita. Se justifica, pues, que no se le haga perder la propiedad automáticamente (y con eso se satisface la idea de ¿para qué va a hacerse que la pierda, si no la adquiere nadie?), pero se justifica también que, aun sin haberla perdido, no pueda, sin embargo, imponer la restitución. Todo ello, bien entendido, para el caso, no de que se tenga una cosa que no se usa, sino de que se esté privado de la cosa.

5. *La prescripción deja subsistentes el derecho y la acción, privando sólo de poder imponerlos al sujeto pasivo. Y semejante situación no es absurda*

Según creo (31) la prescripción extintiva verdaderamente no extingue ni la propiedad ni la acción reivindicatoria, sino que el dueño que padeció tal prescripción extintiva, sigue siendo dueño y sigue teniendo acción reivindicatoria, y puede reclamar la cosa; así que simplemente hay que los Tribunales no pueden *imponer* su devolución al demandado que no esté conforme con hacerla, es decir, queda en manos de éste acatar o no el derecho del otro.

Pues bien, siendo así las cosas, como el propietario —diríamos— *prescrito* sigue siendo dueño, no hay cuestión de que la cosa pase a ser *nullius* por la prescripción extintiva o quede de propiedad del Estado, ni sea ocupable. A lo más, el poseedor, que no atienda la reclamación del reivindicante prescrito, si posee en concepto de dueño, por mucha mala fe con que lo haga, podrá llegar a usucapirla cuando tanscurra, poseyéndola, el plazo de usucapión que no completó antes de prescribir la reivindicatoria.

---

(31) Véase mi *Derecho civil*, 1, 2.º, 10.ª ed., 1989, § 107, núm. 2, p. 494.

Y no se puede decir que esa situación de quien puede negarse a entregar la cosa a quien es dueño (inefectivo), pero no es él dueño, mas puede, de seguir poseyendo, llegar a serlo por usucapión, es una situación absurda o ficticia, de modo que más bien parece una broma decir que es, en puro rigor jurídico, la verdadera situación legal.

Afirmo que no se puede decir que la tal situación es absurda, y que la real es la de que el dueño nuevo es el auténtico dueño legal, y el viejo es un exdueño, porque la construcción calificada de absurda es precisamente la consecuencia de concebir la prescripción extintiva como mantenimiento del derecho y de la acción, pero retirando el poder de *imponerlos*.

Claro que entonces se podría pensar que la que es absurda es esta concepción. Pero entiendo que cabría responder que tanto o más absurda sería la que entendiéndose que la prescripción extingue *objetivamente* el derecho y la acción, pero que si los acata el sujeto pasivo hay que darlos como verdaderamente existentes, y no hay liberalidad en que las acepte.

Así que, en definitiva, absurdo por absurdo, prefiero quedarme con la situación que defiendo, porque corresponde más a la conciencia social, de que la prescripción extintiva está para clarificar las cosas, para poder hacer caso omiso de reclamaciones viejas y para amparar a quien durante mucho tiempo no le fue reclamado lo que tiene, ya que todo eso favorece la paz social, pero que de verdad ni extingue el derecho ni su acción protectora, y, así permite que si el demandado quiere, por las razones que sea, atender la reclamación la atienda, porque subsiste la titularidad que la apoya, y el derecho no se ha extinguido, no sólo sin la voluntad del aquel de quien es, sino también sin la de la de aquel que lo sufre.

6. *La inacceptable exclusión de la prescripción extintiva normal de la acción reivindicatoria, por el procedimiento de estimar como prescripción extintiva de ésta sólo la usucapión de la cosa por otro*

Hay otro procedimiento para intentar excluir la acción reivindicatoria de la prescripción extintiva, el de sostener que está excluida de esta prescripción extintiva, diríamos normal, porque tal prescripción extintiva normal no existe para la acción reivindicatoria, porque para ésta la única prescripción extintiva que existe es la consistente en prescribir la acción reivindicatoria por usucapión de la propiedad por otro, y así prescribiría extintivamente como consecuencia de la usucapión. Lo cual verdaderamente es negar para la reivindicatoria que tenga prescripción extintiva autónoma (31 bis).

---

(31 bis) Sobre ese extremo, véase DÍEZ-PICAZO, *Las relaciones entre usucapión y prescripción extintiva*, etc., en loc. cit., pp. 226 y ss.

Mas, tal negativa, habría que fundamentar que es verdad en nuestro Derecho; no basta decir que éste la adopta. Y ¿por qué va, sin probarse, a tener que admitirse que la adopte, si no lo hace para las demás acciones reales?, y de los artículos 1.962 y 1.963 no se sigue ni que la prescripción extintiva de las acciones reales, en general, ni que la de la reivindicatoria, en particular, esté sustituida por la usucapión por otra persona del derecho que sea, cuya prescripción extintiva sería verdaderamente la extinción *como efecto* de la usucapión.

No, nada de eso es así, los artículos 1.962 y 1.963 no hacen para las acciones reales, ni para la reivindicatoria, a la usucapión prescripción extintiva refleja, sino que acogen las dos: una, la usucapión, que, al producirse si se produce en menos tiempo de los seis o treinta años, extingue el derecho y la acción del antiguo titular; y otra, la prescripción extintiva, que llegando su plazo, extingue la acción reivindicatoria, aunque antes la propiedad no hubiese sido usucapida. Y si no se usucapió, por ordinaria, en tres o diez (o veinte) años, y no se usucape, tampoco, por extraordinaria, en seis o treinta años (a tenor de los arts. 1.955, 2.º, y 1.959, lo que puede pasar si el mismo poseedor, o su sucesor, no han tenido la cosa seis o treinta años, luego no han usucapido por extraordinaria), no obstante, se pierde la acción por prescripción *extintiva* autónoma (desligada de la usucapión) cuando su plazo llegue.

El «salvo que el poseedor haya ganado por menos tiempo el dominio», del artículo 1.962, y el «Entiéndase esta disposición sin perjuicio de lo establecido para la adquisición del dominio o derechos reales por prescripción [usucapión]», del artículo 1.963, 2.º, no son *sustitutivos* o prescripciones extintivas *reflejas*, que hagan para esos casos las veces de la prescripción extintiva normal, sino que son pérdidas de la acción sin que llegue a haber prescripción extintiva normal, porque no hace falta, ya que el derecho y la acción acaban ante de que la prescripción extintiva propiamente dicha, llegue a afectarles (32). Pero si no se dan ni la usucapión ordinaria ni la extraordinaria, cuando llegue el plazo de los seis o treinta años, se produce la verdadera prescripción extintiva.

En resumen, el «salvo» (la usucapión) del 1.962, y el «sin perjuicio» (de la usucapión) del 1.963, 2.º, no son, para *aplicar* a muebles o inmuebles una prescripción extintiva distinta de la regular en esos artículos, sino para dejar fuera de la prescripción extintiva regular de esos artículos, los casos en que la cosa se hubiese usucapido antes por ordinaria o por extraordinaria.

---

(32) Adviértase que los derechos modernos que hemos visto en el apartado IX, no dicen, en absoluto, que la usucapión de la cosa sea la prescripción extintiva (refleja) de la acción reivindicatoria, sino que dicen, simplemente, que ésta no prescribe extintivamente, y, naturalmente, dejan a salvo que muera, no por prescripción extintiva, sino por la usucapión de otro (porque éste pierde entonces su derecho, y, entonces, también la acción protectora).

7. *Significado de la prescripción «por el mero lapso del tiempo», según dice el artículo 1.961, de la acción reivindicatoria*

«Las acciones —dice el art. 1.961— prescriben por el *mero lapso del tiempo* fijado por la ley». Eso significa que prescriben extintivamente por el mero paso del tiempo (presupuesto el no ejercicio), *sin necesidad de usucapión, y sin que la usucapión interfiera* (salvo que usucapiendo, no hace falta ya esperar al plazo de la prescripción extintiva). O sea, que la prescripción extintiva funciona *independientemente* de la usucapión. Y eso, dicho para todas las acciones, alcanza también a la reivindicatoria. De la cual, pues, no hay fundamento para decir que la usucapión es la única prescripción aplicable a la acción reivindicatoria, como extintiva de ésta al adquirir la propiedad el usucapiante.

El «por el mero lapso del tiempo», sólo pretende dejar claro que «sin necesidad de usucapión» (lo que vuelve a demostrar que la usucapión no puede ser la única prescripción extintiva *refleja*, de la acción reivindicatoria) y, así, sin necesidad de que tenga que haber ni posesión ni título ni buena fe de quien se libera por la prescripción extintiva (33).

8. *La prescriptibilidad extintiva normal, cabe para reivindicatoria sobre muebles y sobre inmuebles; luego, admitiéndola, no se acoge un imposible*

Sobre inmuebles, está claro que cabe la prescripción extintiva normal de la acción reivindicatoria, ya que puede no haber usucapión ordinaria del inmueble reivindicable, ni haber tampoco usucapión extraordinaria, si el poseedor que sea no tiene el inmueble treinta años en posesión como dueño, aunque sea sin título y de mala fe, o si aun poseyéndolo durante treinta años como dueños varios poseedores, la usucapión no se consuma porque esos poseedores no son unos de otros sucesores en la posesión.

Sobre muebles también cabe la prescripción extintiva normal de la acción reivindicatoria, ya que puede no haber ni usucapión ordinaria ni extraordinaria (ésta por las mismas razones dichas para los inmuebles, de poseedor no como dueño, o de poseedores no sucesores unos de otros en la posesión) que haga perder la propiedad de la cosa. Y, por otro lado, aunque el artículo 464 no se tome en sentido romanista, no siempre la propiedad de la cosa se adquiere *a non domino* por tomar su posesión como dueño, de buena fe, pues no hay tal adquisición de la propiedad si es cosa perdida o de que se fue privado ilegalmente (art. 464, 1.º, parte segunda).

---

(33) Conforme DÍAZ-PICAZO, *La prescripción, cit.*, p. 47.

### 9. *Una última razón a favor de la utilidad práctica de admitir la prescripción extintiva autónoma*

Es, por último, razón que abona la admisión de la prescripción extintiva autónoma de la reivindicatoria, la de la utilidad que tal prescripción presta, al bastar que el demandado se defienda de la reclamación del reivindicante escudándose simplemente en que pasó el plazo (y si es que el reivindicante aduce que interrumpió la prescripción, que lo pruebe), sin tener que entrar a probar que usucapió la cosa (para lo que habrá de demostrar su posesión, el tiempo de ésta, tenerla en concepto de dueño, etc., y la buena fe si procede), porque, si no, disponiendo el reivindicante de su viejo título de dominio (dominio que realmente perdió por la usucapión del otro), aparecerá como si fuese dueño todavía, y le será concedida la restitución de la cosa.

## XIV. CONCLUSION

Al empezar este trabajo, adelanté mi conclusión, que ahora sintetizo diciendo que no se libra la acción reivindicatoria de la prescripción extintiva de todas las acciones que establece el artículo 1.930, 2.º, ni de la misma prescripción extintiva de las acciones reales que disponen los artículos 1.962 y 1.963 sin exceptuarla, lo que siendo la principal acción de las reales, no permite quitarla a falta de exceptuación. La tesis de que no se libra se apoya tanto en ser así por el sentido *natural* de las palabras de la ley que le es aplicable, como en serlo por la destrucción (que creo haber hecho en el trabajo) de los argumentos que pretenden fundamentar la tesis contraria. Hay, pues, prescripción extintiva autónoma de la acción reivindicatoria; y no mero reverso de la usucapión. Y si hubiese sólo éste —que, como digo, no lo hay— no sería como la mal llamada prescripción extintiva, sino como pérdida de acción por pérdida de derecho, como en el caso de perder éste por venta o por donación, pongo por caso.

La prescripción extintiva es una pérdida sin adquisición. La usucapión es una adquisición que acarrea una pérdida, pero ésta no por extinción autónoma, como ya he venido diciendo y repitiendo antes (v. aps. I, III, IV y XIII, núm. 6).

Ciertamente que toda adquisición implica una pérdida, pero en el caso de la usucapión, no por prescripción extintiva autónoma.

Eso hoy es así por lógica, aparte de cualquier origen histórico romano del caso, y aparte de que tal fuese o no la concepción romana de éste, y aunque el Derecho romano partiese de lo contrario, a lo que aquí mantengo y aunque hasta partiese de lo contrario no ya el Derecho romano, sino hasta el cartaginés.

Así que no se puede decir que la usucapión y la prescripción extintiva sean dos caras de lo mismo, sino que aquélla es una figura, y ésta, otra, y basta aquélla para extinguir el derecho de propiedad del viejo dueño, y, así, su posible acción reivindicatoria, sin necesidad de prescripción extintiva *refleja* de ésta.



# Reflexiones acerca de la condonación de la deuda

Por FRANCISCO DE P. BLASCO GASCO

Doctor en Derecho

**SUMARIO.**—I. El carácter bilateral o unilateral de la condonación de la deuda: A) La tesis de la unilateralidad de la condonación. B) La tesis de la bilateralidad de la condonación. C) Un nuevo planteamiento de la cuestión.—II. El ajuste de la condonación expresa a las formas de la donación.—III. Acerca de la condonación tácita.—IV. La condonación de la deuda en las obligaciones solidarias.—Notas bibliográficas.

## I. EL CARACTER BILATERAL O UNILATERAL DE LA CONDONACION DE LA DEUDA

Tradicionalmente, la naturaleza jurídica de la condonación de la deuda ha sido uno de los puntos controvertidos de la doctrina científica. La mayoría de los autores han adoptado una postura radical, argumentando en favor de su posición y rechazando los razonamientos de las tesis contrarias. ¿Cuáles han sido y son los argumentos de cada una de las antagónicas y encontradas opiniones? Básicamente y sin ánimo exhaustivo, la doctrina ha señalado los siguientes argumentos:

### A) La tesis de la unilateralidad de la condonación

Los autores (1) que propugnan el carácter unilateral de la condonación de la deuda esgrimen diversos argumentos:

a) La renunciabilidad del crédito. Los derechos, dicen estos autores, son renunciables dentro de los límites de la Ley, el orden público

---

(1) ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, 5.ª ed., Barcelona, 1980, vol. , pp. 303-304; CLEMENTE DE DIEGO, F., *Curso elemental de Derecho civil español común y foral*, Madrid, 1926, vol. 6, p. 365; OTERO y VALENTÍN, J., *Tratado elemental del Derecho de Obligaciones*, Valladolid, 1983, p. 442; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de De-*

y el perjuicio de tercero ex artículo 6.2 del Código Civil, y tanto los derechos reales cuanto los de crédito. La condonación de la deuda sólo halla lugar en el esquema renunciativo y, siendo la renuncia un acto unilateral, también goza de esta cualidad la condonación de la deuda. La remisión, dice Albaladejo, se apoya en la sola voluntad del acreedor, pues no es sino una renuncia en sede de derechos de crédito (2).

b) El acreedor puede liberar al deudor sin el consentimiento de éste, pues en virtud del artículo 1.158, párrafo segundo del Código Civil, está legitimado para recibir el pago de un tercero, aun contra la voluntad del deudor (3). Cuestión distinta será la relación que surja entre el deudor y el tercero, la cual está también regulada en el propio artículo 1.158. Por otra parte, el artículo 1.205, del Código Civil permite la renovación del deudor sin su conocimiento, «pero no sin el consentimiento del acreedor».

c) El derecho de crédito concede a su titular la posibilidad de exigir una conducta al deudor, de exigir que éste realice la prestación debida, pero no le impone la obligación de reclamársela, de requerirla necesariamente (4).

d) El interés que tenga o pueda tener el deudor en cumplir la obligación no supone un derecho a cumplirla (5); su verdadera facultad es la de liberarse y ello puede hacerlo el acreedor unilateralmente mediante el perdón de la deuda.

e) Finalmente, se fundamenta el carácter unilateral de la condonación aduciendo que el pretendido carácter bilateral deducido de la remisión que el artículo 1.187 del Código Civil hace a las formas de la donación encuentra un obstáculo en el mismo precepto la admisión de la condonación tácita, ajena a cualquier requisito formal (6). De otro lado, se ha señalado que la exigencia del artículo 1.187 del Código Civil de ajustar la condonación expresa a las formas de donación no implica necesariamente el carácter bilateral de la condonación, pues

---

*recho civil*, Barcelona, 1977, tomo II, vol. I; GONZÁLEZ PORRAS, J. M., *De la condonación de la deuda*, en «Comentarios al Código Civil y compilaciones forales», Madrid, 1980, tomo XVI, vol. I, pp. 321 y ss. También mantienen el carácter unilateral de la condonación, aunque matizado, Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, 1.ª ed., Madrid, 1979, vol. I; Díez-PICAZO L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil*, 4.ª ed., reimpr., Madrid, 1984, vol. II, pp. 257 y ss.; OSSORIO MORALES, J., *Lecciones de Derecho civil*, Granada, 1956, pp. 175 y ss.; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil*, 3.ª ed., Barcelona, 1985, tomo I, vol. II, pp. 365 y ss.

(2) ALBALADEJO, M., *op. cit.*, p. 304.

(3) Díez-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, p. 258.

(4) OSSORIO MORALES, J., *op. cit.*, p. 175.

(5) GONZÁLEZ PORRAS, J. M., *op. cit.* p. 326.

(6) SANCHO REBULLIDA, F. *Notas sobre la naturaleza jurídica de la condonación de las obligaciones*, «Revista de Derecho Privado», XXXIX, febrero, 1955, p. 142.

la observancia de dicha formalidad puede venir referida a la voluntad del acreedor (7). Por lo demás, la aceptación no es forma de la donación sino un elemento del negocio (8).

En definitiva, este sector doctrinal propugna la configuración de la condonación de la deuda como un negocio renunciativo del derecho de crédito, el cual se perfecciona con la sola voluntad del acreedor.

## B) La tesis de la bilateralidad de la condonación

La mayoría de los autores (9), aunque hay que reconocer que en esta mayoría no están todos los autores contemporáneos (10), han mantenido el carácter bilateral o convencional de la condonación de la deuda con base en las siguientes razones:

a) El sometimiento de la condonación expresa a las formas de la donación, es decir, las exigencias formales de los artículos 632 y 633 del Código Civil, por lo que será siempre necesaria la aceptación del deudor —condonado, donatario—.

b) Admitir la unilateralidad de la condonación implicaría una contradicción en el propio Código Civil que concede al deudor la posibilidad de consignar el pago si el acreedor lo rechazare o no admitiese sin razón (11).

c) Al ser la condonación un acto de mera liberalidad, autorizar al acreedor a realizarlo e imponerlo al deudor podría significar una afrenta para éste y la transformación de un acto de liberalidad en un acto de humillación (12). Es decir, el carácter bilateral de la con-

---

(7) ALBALADEJO, M., *op. cit.*, p. 305, n. 3; Díez-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, p. 259.

(8) ALBALADEJO, M. *op. cit.*, p. 305.

(9) BURÓN GARCÍA, G., *Derecho civil español*, Valladolid, 1900, vol. 3, p. 553; GASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, 12.ª ed., Madrid, 1978, tomo III, p. 394; CERRILLO, F., *Voz Condonación*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica Seix», Barcelona, 1952, tomo IV, pp. 904 y 905; ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho civil español*, 5.ª ed., Madrid, 1978, vol. III, p. 174, si bien excepciona del carácter convencional la condonación tácita y la realizada por actos «mortis causa»; MANRESA y NAVARRO, J. M., *Comentario al Código Civil español*, Madrid, 1901, vol. III, pp. 774 y ss.; MARTÍNEZ RUIZ, A., *El Código Civil, (interpretado por el Tribunal Supremo)*, Madrid, 1909, vol. III, p. 331; OYUELOS, R., *Digesto*, Madrid, 1928, 35.ª e. alemana del *Derecho de obligaciones*, de ENNECCERUS-LEHMAN, F., *Estudios de Derecho civil...*, 2.ª ed., Madrid, tomo IV, pp. 422 y ss.; SANTAMARÍA, J., *Comentarios al Código Civil*, Madrid, 1958, vol. II, pp. 135-136; VALVERDE, C., *Tratado de Derecho civil español*, 3.ª ed., Valladolid, 1926, tomo III, pp. 184-185.

(10) Como puede deducirse fácilmente de las notas 1 y 9, la mayoría de los autores coetáneos son partidarios del carácter unilateral de la condonación de la deuda.

(11) MARTÍNEZ RUIZ, A., *op. cit.*, p. 331.

(12) MANRESA, *op. cit.*, p. 776.

denación sería un corolario o una exigencia del principio *beneficia non obrunduntur* (los beneficios no deben ser impuestos).

d) El carácter unilateral de la condonación se opone al principio general del artículo 1.256 del Código Civil, en cuya virtud no pueden dejarse al arbitrio de una de las partes contratantes la validez y el cumplimiento de los contratos (13).

e) Por último, pueden invocarse argumentos de diversa índole: el principio de seguridad jurídica a favor del deudor, la configuración del perdón de la deuda en el Derecho Romano; o el carácter convencional de dicha figura en el Code de 1804.

Por tanto, la condonación de la deuda, según estos autores, tendría una naturaleza convencional o contractual, de manera que la aceptación del deudor no actuaría como límite a la facultad de revocar del acreedor sino como elemento perfeccionador y *sine qua non* del negocio jurídico de condonación.

Una vez expuestos, si bien sucintamente y de manera esquemática, los distintos argumentos utilizados por la doctrina en defensa de las correspondientes tesis, debemos señalar las críticas que a los mismos pueden hacerse y proponer, finalmente, una tercera vía que supere la cuestión —¿hasta qué punto práctica?— acerca de la unilateralidad o bilateralidad de la condonación de la deuda.

La tesis de la unilateralidad (o las tesis «unilateralistas») son criticables desde diferentes perspectivas. En primer lugar, es al menos dudable que el esquema renunciativo de crédito, a la relación jurídica obligatoria, como pretende en la doctrina italiana, Tilocca y, en nuestra doctrina, los autores ya mencionados (14). En la renuncia del derecho real no hay un sujeto especial y concretamente beneficiado como, en principio también no hay un sujeto especialmente vinculado por un deber jurídico determinado; en cambio, la relación obligatoria supone la existencia de dos sujetos particular y personalmente vinculados, de lo cual se desprende la necesidad de no dejar a la merced de uno de ellos la suerte del vínculo. La dignidad de la persona podría exigirnos este toma en consideración la personalidad especialmente individualizada cada uno de los sujetos de la relación obligatoria.

En segundo lugar, la posibilidad de liberar al deudor sin su consentimiento en virtud del pago hecho por un tercero no es realmente

---

(13) Por todos, SANTOS BRIZ, en *Notas al Derecho de Obligaciones* de J. W. Hedeman, trad. de la 7.ª ed., Madrid, 1958, p. 201.

(14) Vide TILOCCA, E., *La remissione del debito*, Padova, 1955; ALLARA, M., *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Torino, 1952, pp. 250 y ss.; BARASSI, L., *La teoria generale delle obbligazioni*, 2.ª ed., Milano, 1948, vol. III, pp. 182-192; MESSINEO, F., *Manual de Derecho civil y comercial*, trad. de la 8.ª ed. italiana por Santos Melendo, Buenos Aires, 1955, tomo IV, pp. 395 y 397. Mantiene el carácter contractual PERLINGIERI, P., *Remissione del debito e rinuncia al credito*, Napoli, 1968. Vide también los autores citados en nota número (1).

un argumento sólido. El centro de atención o de interés del artículo 1.158, párrafo segundo del Código Civil no es tanto la liberación del deudo —que no se produce efectivamente—, cuanto la satisfacción del acreedor. Lo que está permitiendo este precepto es la satisfacción del interés del acreedor por persona distinta del deudor porque a aquél lo que le importa es el cumplimiento de la obligación más que el cumplidor de la misma. Es más, el ámbito de esta norma, de esta legitimación para recibir el pago o cumplimiento alcanza incluso a las obligaciones *intuitu personae*, pues desde que el acreedor acepta el cumplimiento por un tercero quiebra el especial y fiduciario vínculo que produce el *intuitu personae*. Por lo demás, la norma del artículo 1.158 del Código Civil protege claramente el interés particular del acreedor y el interés general del sistema económico —una mayor posibilidad de cumplimiento de las obligaciones que se traduce en una mayor posibilidad de circulación de los bienes y los derechos, de la riqueza en definitiva— (15).

Desde el punto de vista del acreedor, pues, parece claro el sentido de precepto: contra su voluntad, contra su consentimiento no puede recibir sino del deudor; con su consentimiento puede recibir el pago de cualquiera, aunque no tenga conocimiento de ello el deudor e incluso aunque conociéndolo no lo acepte. Desde la perspectiva del deudor, éste no queda totalmente liberado pues, en virtud del último párrafo del artículo 1.158, el tercero que cumpliere o pagare podrá repetir del deudor «aquello en que le hubiere sido útil el pago».

En tercer lugar, es bien cierto que el titular de un derecho de crédito no está obligado a exigir su cumplimiento al deudor. Sin embargo, no es necesario deducir de él que la exigencia del cumplimiento sea una condonación, pues podría tratarse perfectamente de otra figura jurídica o, al menos, esta conducta absentista del acreedor podría configurarse como un presupuesto de un instinto distinto de la condonación de la deuda —por ejemplo, de la prescripción extintiva—. Por otra parte, podemos preguntarnos quién y qué prohíbe al deudor consignar el pago en virtud del artículo 1.176 y siguientes del Código Civil tras ofrecerlo al acreedor y ser rechazado por éste. ¿Acaso la facultad del acreedor de no exigir el pago —si realmente puede configurarse como facultad en sentido estricto— es o puede ser la razón que exige el artículo 1.176 del Código Civil para poderse negar a admitirlo y no proceder así la consignación? Parece obvio que la razón que pide el artículo 1.176 no es en absoluto la mera voluntad del acreedor de no recibir el pago o cumplimiento. El acreedor no está necesariamente obligado a exigir el pago, cierto; pero esta posibilidad, esta pasividad del acreedor no supone, por sí sola, la condona-

---

(15) Cfr. con los artículos 1.152, párrafos 2 y 3 y 1.161. También GALGANO, F., *Diritto Privato*, 4.<sup>a</sup> ed., Padova, 1987.

ción de la deuda. Claramente, pueden surgir supuestos dudosos en que tal conducta, tal inercia sea buscada de propósito por el acreedor —incluso de común acuerdo con el deudor— para obtener la extinción de la obligación y consiguiente liberación del deudor sin acudir a la condonación de la deuda. Acaso esta vía, más larga en el tiempo, produzca un beneficio entendido como fraude fiscal; pero si fuera por ello, bien podría acudirse a la condonación tácita —más rápida— de la que sólo sabrían acreedor y deudor, si lo que pretenden realmente es mantener en silencio —insisto, con miras fiscales— la extinción de la deuda por condonación. Por otra parte, aunque no pueda decirse que el deudor tenga derecho a cumplir —es decir, un derecho subjetivo al cumplimiento—, sí que tiene la facultad de liberarse mediante el cumplimiento o mediante cualquier otro de los llamados subrogados del deudor de pagar, de cumplir la palabra dada, el pacto: *pacta sunt servanda*. Por tanto, tampoco es claro que el deudor no tenga, al menos en sentido amplio y con todas las reservas que se quieran, derecho a cumplir lo estipulado.

Finalmente, si no puede extraerse el carácter bilateral de la condonación por el mero envío a las formas de la donación, tampoco puede deducirse el carácter unilateral por la admisión de la condonación tácita, la cual puede exigir perfectamente la aceptación del deudor (16).

Por su parte, también las tesis «bilateralistas» presentan a mi entender argumentos poco sólidos, acaso basados —igual que los razonamientos «unilateralistas»— en un prejuicio de la institución, es decir, en determinar primero el carácter bilateral o unilateral de la condonación y buscar, posteriormente, los argumentos de tales afirmaciones formuladas «a priori».

El argumento más importante aportado por los autores de la naturaleza bilateral de la condonación de la deuda, al menos el más repetido, es el que basa esta naturaleza en el envío que el artículo 1.187 del Código Civil hace, para la condonación expresa, a formas de la donación. La crítica a este argumento la postergamos, toda vez que, como veremos, en ella se puede hallar la clave que nos conduzca solución del problema sobre la naturaleza unilateral o bilateral de la institución que nos ocupa.

Por lo demás, en primer lugar, la facultad de consignación que asiste al deudor no es un elemento decisivo y terminante para excluir la unilateralidad de la condonación y mantener su naturaleza bilateral, pues lo decisivo sería conocer si la mera voluntad del acreedor rechazando el pago es justo motivo o es razón bastante. Además, fácilmente podemos caer en una argumentación que conduzca a un círculo vicioso y a nada más, la condonación tiene naturaleza bilate-

---

(16) DEMOLOMBE. C., *Cours de Code Napoléon*, París, 1877, tomo XXVIII, p. 271.

ral, dirán unos, porque si el acreedor rechaza el pago el deudor puede consignarlo; la naturaleza es unilateral, dirán los otros, y el deudor no podrá consignar porque la obligación ya se ha extinguido precisamente por condonación. Desde esta perspectiva, por tanto, no puede llegarse a la solución de la cuestión.

Tampoco es correcto el argumento, por lo demás en los confines del ámbito jurídico que intenta basar el carácter bilateral de la condonación en la mera posibilidad de convertir un acto de liberalidad en una afrenta y en un acto de humillación para el deudor. Efectivamente, no debe permitirse que la condonación de la deuda sea un acto de humillación para el deudor, pero esta exigencia no queda sólo en el ámbito de la condonación y, en general, al de las liberalidades, sino a cualquier negocio jurídico. ¿Acaso no se transforma también en un acto de vejación la venta de quien en un momento de necesidad económica y liquidez agobiante ha de vender por precio irrisorio fijado por el comprador al amparo de una situación tan ventajosa para él cuanto dramática para el vendedor? La conversión de la condonación, como de cualquier otro negocio jurídico, no depende de su carácter unilateral o bilateral, como decía Larenz (17), que el crédito no es un derecho de soberanía; pero esta realidad no exige necesariamente la bilateralidad en la condición, sino que se proteja la confianza y la buena fe del deudor que actuó confiado en la conducta del acreedor y, en cualquier caso, posibilitando que el deudor rechace la oferta de condonación hecha por el acreedor.

Por último, argumentos de tipo histórico y referencias a legislaciones extranjeras pueden ser indiciarios, pero no determinantes por sí solos de la configuración jurídica de una institución. Igualmente, la seguridad jurídica del deudor se salva evitando la arbitrariedad del acreedor, mas para ello tampoco es preciso acudir al requisito de la bilateralidad de la condonación. El ordenamiento jurídico posee otros medios, igualmente eficaces, para eludir y limitar los cambios de voluntad intempestivos del acreedor.

### **C) Un nuevo planteamiento de la cuestión**

De la anterior exposición parece que pueda derivarse una conclusión clara, a saber: que ni son sólidos los argumentos utilizados por los autores que propugnan el carácter unilateral de la condonación ni son definitivos aquéllos que plantean los defensores de la naturaleza convencional de tal instituto. Unos y otros se contraponen sin que parezca que ninguna acierte con la solución y resolución de manera

---

(17) LARENZ K., *Derecho de obligaciones*, trad. y notas de Santos Briz, Madrid, 1958, tomo I, p. 439.

convinciente y satisfactoria la cuestión acerca de la naturaleza unilateral o bilateral de la condonación de la deuda. Acaso esta situación doctrinal y esta tendencia a reducir el problema en términos de dilema —unilateralidad o bilateralidad— signifique que la cuestión no ha sido cabalmente planteada ni en toda su justeza. Ello —y la realidad— impone acercarse a la condonación de la deuda desde otra perspectiva, conocer cuáles son los intereses en juego, saber, en definitiva, desde qué momento la obligación queda extinguida, liberándose el deudor y haciendo irrevocable el perdón del acreedor. Lo que importa es sabemos dice Ossorio Morales, las «condiciones necesarias para que el deudor quede liberado del vínculo obligacional, para que la obligación quede extinguida por el perdón» (18).

Planteada así, es claro que la discusión acerca de la naturaleza jurídica de la condonación sobrepasa los estrechos límites de la unilateralidad o bilateralidad de la misma y ofrece un campo de actuación jurídica más amplio y más sugestivo abriendo las posibilidades de resolver la cuestión planteada.

Si ha existido un convenio liberatorio entre el acreedor y el deudor en cuya virtud se condona la deuda, obviamente ésta queda extinguida y la seguridad del deudor en su liberación, dentro de los márgenes de la certeza jurídica y humana, es plena. Pero ¿puede liberarse el deudor sin haber celebrado el convenio con el acreedor? Es decir, si el acreedor manifiesta su voluntad de perdonar la deuda al deudor, ¿puede éste oponerse? Y si se opone, pero tampoco acepta ¿desde qué momento se convierte en irrevocable el consentimiento expresado por el acreedor? ¿Puede el acreedor, como se pregunta Díez-Picazo, en cualquier momento y antes de la aceptación del deudor revocar su manifestación de voluntad condonatorio y reclamar el pago? (19). Por lo demás, todas estas cuestiones nos conducen a una interpretación de la exigencia de forma que preceptúa el artículo 1.187 del Código Civil para la condonación expresa.

Efectivamente, creo que el deudor puede quedar liberado de la deuda por condonación sin la celebración de un convenio expreso con el acreedor cuando éste manifiesta de una manera seria su voluntad de condonar y áquel no se opone expresamente al perdón, pues lo esencial, como ha dicho Puig Brutau, no es la exigencia o no de convenio, sino «el acto del acreedor en el que haya podido confiar el deudor» (20). Es cierto que esta tesis tiene en sus orígenes un cierto matiz «unilateralista», de manera que podría englobarse, en general, dentro de la categoría de la tesis de la unilateralidad de la condonación; pero es menos cierto que el planteamiento de la cuestión es

---

(18) OSSORIO MORALES, J., *op. cit.*, pp. 175-176; PUIG BRUTAU, J., *op. cit.*, p. 367.

(19) DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos... cit.*, p. 657.

(20) PUIG BRUTAU, J., *op. et. loc. cit.*

aquí distinto, la perspectiva jurídica es diferente, toda vez que se puede constatar que el criterio orientador se centra en el conocimiento de los intereses en juego y de la realidad. El carácter unilateral de la condonación de la deuda aparece, por tanto, como un «a posteriori», como una conclusión tras el estudio de esta institución jurídica, y no como una realidad o verdad apriorística que determina el posterior estudio de tal instituto.

Por lo demás, esta tesis no deja a la sola y arbitraria voluntad del acreedor la eficacia de la condonación de la deuda, pues permite al deudor oponerse a ella y manifestar su rechazo al perdón de manera expresa y, como dice el artículo 1.236 del Código Civil italiano, en un tiempo congruo. La confianza que el acreedor ha podido suscitar en el deudor mediante la adopción de una determinada conducta debe ser protegida por el ordenamiento jurídico; así parece que lo exigía la buena fe y un principio de mínima seguridad.

En definitiva, podríamos concluir con las siguientes afirmaciones: la declaración del acreedor condonando la deuda al deudor extingue la obligación desde el momento en que éste la conoce y no se opone a ella. Por tanto, la condonación de la deuda se configuraría como un negocio jurídico unilateral y recepticio en el que se salvarían los obstáculos que alegan los autores «bilateralistas» mediante la posibilidad que se concede al deudor de oponerse a tal perdón. El silencio del deudor, finalmente debe interpretarse de manera positiva, como aceptación, según los usos del tráfico y la buena fe (21).

Esto no supone la necesaria exclusión de un convenio entre el acreedor y el deudor en cuya virtud se condona la deuda. Es más, determinadas condonaciones exigirán, por su propia naturaleza, el carácter convencional, tales como las condonaciones modales o las que impongan un gravamen o condición al deudor.

Si como hemos afirmado la condonación es un negocio unilateral y recepticio que el deudor puede rechazar, pero cuya voluntad —en principio— no configura el negocio jurídico sino que se limita, en su aspecto puramente negativo, a oponerse —en su caso— a la condonación, ya que en su aspecto positivo no puede decirse que sea un límite a la revocación de la condonación por el acreedor toda vez que ésta es irrevocable desde que la conoce el deudor —carácter recepticio de la condonación—; es decir, si actuamos en el ámbito de la unilateralidad, bien que no sea esencial ni exclusiva, bien que sea tomando en consideración de alguna manera la voluntad y el no disenso del deudor, entonces se presentaría una cuestión que *de lege lata* parece insalvable y a la que ya hemos hecho referencia, a saber: la exigencia formal del artículo 1.187 del Código Civil para la condonación expresa, la necesidad de que ésta se ajuste a las for-

---

(21) DIEZ-PICAZO, L., *op. et loc. cit.*

mas de la donación. ¿Cómo puede adecuarse este requisito con el carácter unilateral recepticio que hemos predicado de la condonación de la deuda? A continuación intentaremos resolver esta cuestión.

## II. EL AJUSTE DE LA CONDONACION EXPRESA A LAS FORMAS DE LA DONACION

La exigencia formal que contiene y requiere el artículo 1.187 del Código Civil —la sujeción de la condonación expresa a las formas de la donación—, que, por lo demás, no tiene antecedente ni concordancia legal alguna sino que fue introducido directamente y *ex novo* en el Anteproyecto 1882-1888 (22), ha sido interpretada de manera diversa. fundamentalmente este requisito ha sido utilizado por los autores para reforzar la pretendida naturaleza contractual o convencional de la condonación de la deuda. Así, tales autores concluyen que la condonación de la deuda ha de someterse a las formas de la donación; si el objeto de aquélla es un bien mueble, la forma que ha de revestir el acto es la expresada en el artículo 632 del Código Civil; en cambio, si es un inmueble se aplicará el artículo 633 del Código Civil y deberá constar en escritura pública tanto la condonación como la aceptación del deudor (23). En este mismo sentido, el considerando séptimo del Acuerdo de 27 de mayo de 1950 del T.C.E.A. estableció, tras señalar la superación de la teoría que propugna el carácter unilateral de la condonación por la doctrina científica con base en consideraciones más modernas y realistas, lo siguiente:

...La bilateralidad es necesaria, ya que el acreedor interin su voluntad es aislada, no puede hacer otra cosa que abstenerse de reclamar la deuda, puesto que la extinción anticipada, es decir, anterior al plazo de prescripción, sólo puede tener lugar por el acuerdo de voluntades....

Igualmente, aunque quizá con un mayor formalismo, se manifiesta la sentencia del Tribunal Supremo de 1935 (24).

---

(22) Cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *El Anteproyecto de Código Civil, 1882-1888*, sección 4.ª, vol I. Madrid, 1965; LASSO GAYTE, J. F., *Crónica de la codificación española. Codificación civil (Génesis e historia del Código)*, vols. I y II. Una exigencia formal de tal género no se halla ni en el Code francés, ni en el B.G.B. ni en el Codice Civile de 1942.

(23) MANRESA, *op. cit.*, p. 776, entiende que la forma aplicable será la de los bienes muebles por ser menos solemne.

(24) Respecto de la sentencia de 21 de noviembre de 1935, vide el comentario de Díez-PICAZO, L., en *Estudios sobre la Jurisprudencia civil*, Madrid, 1966, vol. I, pp. 508 a 510; y PUIG BRUTAU, J., *op. cit.*, p. 371.

En definitiva, la doctrina mayoritaria extrae dos conclusiones de la expresión «ajustarse a las formas de la donación» que preceptúa el artículo 1.187 del Código Civil para la condonación expresa, a saber: a) Dicho precepto envía a los artículos 632 y 633 del Código Civil. b) La condonación es necesariamente bilateral porque los artículos 632 y 633 establecen que debe constar la aceptación del deudor y en qué manera.

Por otra parte, desde una perspectiva unilateralista, se ha intentado adecuar la exigencia formal del mencionado artículo 1.187 del Código Civil con el carácter unilateral de la condonación de la deuda limitándola a la declaración de voluntad del acreedor. De este modo, no sería imprescindible que la aceptación del deudor se ajustara a las formas rígidas de la donación (25). Esta interpretación, ciertamente sutil, puede basarse en el hecho de que lo decisivo es la conducta del acreedor atinente a la condonación y en la que haya podido confiar el deudor (26). Por tanto, se exigiría a las formas de las donaciones a la declaración de voluntad del acreedor condonante con la finalidad, entre otras, de proteger al deudor y no abandonarlo a un posible, arbitrario y caprichoso cambio de voluntad del acreedor.

El razonamiento de los autores que hallan en el envío a las formas de la donación el argumento decisivo o, al menos, más importante en que basar el carácter bilateral de la condonación de la deuda no está, ciertamente, libre de obstáculos y puntos vulnerables, a saber: a) La admisión, como reiteradamente se ha puesto de relieve, en el mismo precepto de la condonación tácita, la cual es ajena a toda solemnidad por su propia naturaleza. Efectivamente, parece que no tiene mucho sentido admitir la condonación tácita y exigir, al mismo tiempo, unas formas solemnes y esenciales para la condonación expresa (27). b) Los artículos 632 y 633 del Código Civil se refieren a la donación de cosas muebles e inmuebles, ¿qué sucede si el objeto de la condonación es un *facere* o un *non facere*? ¿A qué forma deberá ajustarse la condonación cuyo objeto sea un hacer o un no hacer? (28). c) La aceptación, por lo demás, como dice Albaladejo (29), es una declaración de voluntad, un elemento del negocio jurídico, pero no es forma del negocio.

Estas objeciones, y fundamentalmente la establecida sub a), nos conduce a plantearnos de nuevo el significado y el alcance de la expresión «ajustarse a las formas de la donación» ¿Es posible una in-

---

(25) Vide nota núm. (7).

(26) OSSORIO MORALES, J., *op. cit.*, pp. 175-176; PUIG BRUTAU, J., *op. cit.*, p. 367; Díez-PICAZO, L., *Fundamentos... cit.*, p. 657.

(27) SANCHO REBULLIDA, F., *op. cit.*, p. 142; SCAEVOLA, Q. M., *Código Civil*, 2.ª ed., Madrid, 1957, tomo XIX, p. 1055.

(28) MANRESA, *op. et loc. ult. cit.*

(29) ALBALADEJO, M., *op. cit.*, p. 305.

interpretación distinta y que permita fundamentalmente adecuar la forma exigida a la condonación expresa con la admisión de la condonación tácita? En principio podría pensarse en la interpretación que, como hemos señalado arriba, desde una perspectiva meramente unilateralista entiende exigible el requisito de la forma solamente a la declaración de voluntad del acreedor condonante, pero no a la aceptación del deudor, la cual no tiene relevancia jurídica en orden a la perfección y eficacia de la condonación. Sin embargo, esta idea, realmente ingeniosa, no superará el obstáculo; diríamos que, a lo sumo, resuelve la mitad del problema o que supera el obstáculo en su mitad: desde la posición del deudor, pero no desde aquélla del acreedor. Efectivamente, la tesis que interpreta la exigencia de forma que requiere el artículo 1.187 para la condonación expresa sólo respecto de la manifestación de voluntad del acreedor y no respecto de la del deudor —que no es necesaria, según estos autores, por ser la condonación un acto unilateral—, presenta, a mi entender, dos deficiencias: a) En primer lugar, prejuzga el carácter unilateral de la condonación de la deuda. Esta no es unilateral porque la forma de la donación se exija a la declaración de voluntad del acreedor y sólo a ella, sino que porque es unilateral debe interpretarse el requisito de la forma como exigible sólo a la única voluntad jurídicamente relevante, a la del acreedor. Por tanto, en tal razonamiento se coloca, como ya hemos dicho, como *prius* aquello de lógicamente debiera ser *posterius*, la causa como efecto y el efecto como causa. b) Incluso admitiendo el carácter de la condonación de la deuda, esta tesis no logra resolver el problema de la adecuación de la condonación expresa —sujeta a una forma solemne y constituida— y la condonación tácita —libre por naturaleza de cualquier solemnidad—. La cuestión se resuelve, pues, a mitad, pero no completamente.

Debemos, por tanto, intentar una nueva interpretación que armonice, en la medida de lo posible, la contradicción —caso aparente— que ahora nos ocupa. Los materiales de que disponemos son, en principio, escasos: la norma del artículo 1.187 que dispone la sujeción de la condonación expresa a las formas de la donación y que admite, junto a esta condonación expresa, la condonación tácita; por otro lado, tenemos los argumentos utilizados tanto desde posiciones «bilateralistas» cuanto desde perspectivas «unilateralistas», cuyo defecto lógico y sistemático —de ambas posiciones— es determinar primeramente el carácter bilateral y/o unilateral de la condonación y a partir de esta afirmación resolver la cuestión a que nos referimos. Nosotros debemos intentar nuestra tesis abstracción hecha del carácter bilateral o unilateral de la condonación, es decir, superando este dilema, toda vez que ninguno de sus miembros resuelve, a nuestro entender, satisfactoriamente la cuestión. Tanto desde una perspectiva «bilateralista» cuanto desde la «unilateralista» no se explica de manera suficiente la sujeción de la condonación expresa a las formas de la donación

y la admisión, al mismo tiempo, de la condonación tácita. Por tanto, debemos prescindir de estos apoyos para poder proceder a una explicación más o menos coherente.

Podría pensarse, en primer lugar, en una confusión entre condonación tácita y condonación presunta en el sentido siguiente: los supuestos de condonación presunta de los artículos 1.188 y 1.191 conforman y concretan la posibilidad de condonación tácita que se refiere el artículo 1.187. De esta manera, los presupuestos de hecho de los dos preceptos primeramente mencionados (entrega del documento privado justificativo de un crédito...) constituirían supuestos de condonación tácita. Fuera de tales presupuestos no sería posible condonar tácitamente. Esta interpretación puede hallar un argumento en el hecho de ser considerados tradicionalmente tales presupuestos como las situaciones fácticas por antonomasia de la condonación tácita, tanto en la doctrina científica cuanto en los proyectos de Código Civil decimonónicos (30). Sin embargo, como hemos dicho, la anterior idea parte de una confusión conceptual, toda vez que son distintas la condonación tácita —derivada de los *facta concludentia* y en la que se conoce y exterioriza la voluntad del sujeto a través precisamente de tales *facta*— y la condonación presunta —en la que no se conoce la voluntad del sujeto sino que es la Ley quien deriva tal voluntad, presumiéndola, de una determinada conducta del sujeto a que liga determinados efectos jurídicos—. Así, en principio el elenco de conductas indubitadas que revelan la voluntad del acreedor de condonar la deuda es naturaleza y por la falta de normas que ordenen las formas de manifestación, no se puede señalar «a priori» los modos tácitos de condonación, de manera que habrá que apreciar la condonación tácita «dondequiera que se manifieste por cualquier acto el propósito de otorgar aquélla» (31).

Por otra parte, Scaevola también ha criticado esta posibilidad junto al sometimiento formal de la condonación expresa y la admisión de la tácita «porque para acabar permitiendo la condonación por circunstancias de puro hecho... no hacía falta exigir la condensación del pensamiento liberador en escritura pública, o, por lo menos, en escrito privado» (32). Esta contradicción la resuelve Scaevola diciendo que se debe ir contra el texto del Código y entender que se refiere a las condiciones de fondo donde habla de formas de la donación, pues sería peor sostener «que no hay otros medios de remisión tácita de la deuda que las presunciones establecidas en el mismo Código» (33)

Creo que la clave armonizadora podría estar en el valor jurídico

---

(30) Así, los artículos 1.141 del Proyecto isabelino y 1.975 del Proyecto de 1836. También la Partida 5.<sup>a</sup>, título XIV, Ley 9.

(31) MANRESA, *op. cit.*, p. 774.

(32) SCAEVOLA, *op. cit.*, p. 1055.

(33) *Ibidem*.

de la forma. Esta es para la donación una forma constitutiva, tiene un valor *ad essentiam*; pero ¿tiene el mismo valor para la condonación de la deuda? Si entendemos que el artículo 1.187 del Código Civil se refiere a las formas de la donación, tanto a las formalidades externas o estructura cuanto a su valor esencial, solemne y constitutivo, la contrariedad de admitir la condonación tácita no parece salvable. Sin embargo, si interpretamos la expresión «ajustarse a las formas de la donación» en el sentido de sujetar la donación expresa a la estructura exterior del negocio, el rito, a la que podemos denominar forma de la forma y, por tanto, otorgándole un valor *ad approbation* y no constitutivo, entonces sí podríamos conformar y coordinar la existencia de la condonación tácita junto con la expresa y el sometimiento de ésta a las formas de donación.

Esta tesis apuntada admite argumentos desde diversas perspectivas, a saber:

a) En primer lugar, como ha señalado el Acuerdo del T.C.E.A. de 27 de mayo de 1952, la donación y la condonación de la deuda son figuras jurídicas distintas e independientes que no pueden ser confundidas. Cada una guarda su propia identidad naturaleza y finalidad, de manera que el sometimiento de la condonación expresa a las formas de donación ha de realizarse sin olvidar la naturaleza propia de la condonación de la deuda. Esta realidad impone que el envío a las normas que regulan las formas de la donación deba conocer un regreso a la figura misma de la condonación en el momento de ser aplicada a ésta.

b) En segundo lugar, el hecho de no admitirse la donación tácita y permitirse, en cambio, la condonación tácita. Lo cual redundaría en la idea que hemos expuesto anteriormente.

c) En tercer lugar, desde una perspectiva histórica y aun sabiendo que este argumento tiene un doble filo, no podemos desconocer que la sujeción de la condonación expresa a las formas de la donación fue introducida en nuestro Derecho en/por el Anteproyecto del Código Civil 1882-1888. no existe un precepto similar en los distintos Ordenamientos jurídicos extranjeros ni en los proyectos de Código Civil de 1836 y de 1850. Además, es indicativo que el Proyecto de 1836 al conceptuar la quita o perdón expreso en el artículo 1.974 estableciera: Es expreso el perdón o la quita de la deuda cuando se ha otorgado explícitamente, *y se puede acreditar por alguno de los medios que hacen prueba en materia de obligaciones* (34).

d) Podría invocarse, en cuarto lugar, el principio de *favor debitoris* que, según Scaevola entre otros (35), rige en esta materia, junto al principio de espiritualidad de la forma ex artículo 1.278 del Código

---

(34) Vide nota (22).

(35) SCAEVOLA, *op. cit.*, pp. 1050-1051.

Civil. Evidentemente, es más beneficioso para el deudor una forma sencilla de liberación que el sometimiento a requisitos formales rígidos y constitutivos.

e) Finalmente, podríamos utilizar el argumento de la reducción al absurdo, pues no a otro lugar nos conduciría el admitir la condonación tácita, por hechos que demuestran indubitativamente la voluntad de condonar, junto con la expresa, especialmente sujeta a determinadas formalidades solemnes y esenciales. En vano se dirá que la forma en la condonación expresa atiende a un principio de seguridad y de protección porque, en sí misma, una exigencia formal exagerada llevaría al formalismo y a la hipertrofia del tráfico y porque, además, el acreedor podría perfectamente zafarse del requisito formal y vaciar de contenido la necesidad de someterse a las formas de la donación con el simple hecho de condonar tácitamente, mediante el efugio de recurrir a la condonación tácita.

En definitiva, la condonación expresa estaría sujeta a la forma de la forma de la donación, a su estructura formal exterior con un valor *ad probatium*, no constitutivo, lo cual nos permite adecuar y conformar la existencia de la condonación expresa junto a la tácita.

### III. ACERCA DE LA CONDONACION TACITA

La condonación tácita, es decir, aquella que se manifiesta a través de conductas indubitadas del acreedor que revelan su voluntad de condonar la deuda, o que se infiere de los *facta concludentia*, ha planteado principalmente dos cuestiones: su admisión junto a la condonación expresa —sujeta a las formas de la donación—, y la posibilidad de que valga como condonación tácita aquella expresa a la que falte alguno de los requisitos formales de la donación. Ambas cuestiones están, a mi juicio, íntimamente ligadas, de manera que podría decirse que la segunda de ellas no es sino una derivación de la primera y que, en cierto modo, se resuelve en el ámbito de aquélla.

Desde las posturas que podemos llamar tradicionales las soluciones son obviamente diversas. Si se entiende que la condonación tiene carácter bilateral y, además, está sujeta a las formas de la donación, entonces habrá que convenir la imposibilidad de que valga como condonación tácita aquella expresa a la falta de algún requisito formal pues la forma, según esta hipótesis, tiene un valor constitutivo. Así se mantiene claramente Manresa (36), el cual entiende que no debe valer como tácita la condonación expresa que adolezca de efectos formales. Esta opinión extremadamente formalista la fundamenta el ci-

---

(36) MANRESA, *op. cit.*, p. 779. También la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 1935.

tado comentarista en la diferencia esencial entre ambas formas de condonar y en el hecho de que quedaría sin eficacia el último inciso del artículo 1.187 del Código Civil si admitieramos lo contrario. Para mayor reafirmación en su postura, entiende Manresa que si condonada tácitamente una deuda el deudor condonado solicitare del acreedor un resguardo o un recibo, éste deberá extenderlo en la forma exigible a la condonación expresa.

Por nuestra parte, creemos que los temores de Manresa son infundados pues el acreedor puede dejar directamente vacío de contenido el inciso último del artículo 1.187 del Código Civil y eludir las exigencias de forma mediante el *efugio* —expresamente admitido en el mismo artículo— de condonar tácitamente.

Si se entiende que la condonación de la deuda tiene carácter unilateral, prácticamente el problema ni se presenta pues basta la mera voluntad del acreedor para que se produzca el efecto extintivo de la deuda, ya se manifiesta esta voluntad de manera expresa ya se exteriorice tácitamente (37). El problema aparecería si el reenvío a las formas de la donación se predica, como señala Albaladejo desde una postura unilateralista sólo para la declaración de voluntad del acreedor, mas no para la aceptación del deudor (38). En este caso, es decir, manteniendo el carácter unilateral de la condonación de la deuda y la forma constituida para la declaración de voluntad del acreedor, tal declaración de voluntad deberá sujetarse a los requisitos formales que exigen para la validez del negocio, los artículos 632 y 633 del Código Civil a los que se remite el artículo 1.187 del Código Civil. Por tanto, razonando lógicamente y desde una perspectiva meramente formalista, no puede valer como condonación tácita aquella expresa que adolezca de algún defecto formal.

Posiblemente la solución al problema planteado deba buscarse y hallarse más allá de la naturaleza unilateral o bilateral de la condonación de la deuda porque realmente no se trata de una cuestión a tal naturaleza sino a la forma, y concretamente al valor de la forma. Este criterio puede coincidir, en cuanto al resultado, con la solución que derive de aplicar el carácter unilateral o bilateral de la condonación de la deuda, pero tal coincidencia no es necesaria. Así sucede, por ejemplo si se basa el carácter contractual de la condonación en la remisión que el artículo 1.187 del Código Civil hace a las formas de la donación para la condonación expresa: ésta, se diría debe sujetarse a las formas de la donación, las cuáles son esenciales; por lo cual, también se trata de una forma constitutiva para el negocio de condonación. De esta manera, se concluiría, la condonación expresa

---

(37) SCAEVOLA, *op. et loc. ult. cit.*; PUIG BRUTAU, *op. cit.*, p. 368; SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, p. 305.

(38) ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 305.

que presente algún defecto de forma es nula y no producirá efectos siquiera como condonación tácita.

Decía, sin embargo, que estos planteamientos son acaso demasiado formalistas y que el criterio que resuelva la cuestión debe hallarse más allá de la naturaleza unilateral o bilateral de la condonación de la deuda, pues realmente se trata de un problema de forma. Es claro que la donación está sujeta a una forma constitutiva; es cierto también que el artículo 1.187 del Código Civil sujeta la condonación expresa a las formas de la donación (aunque, como ya he indicado, algún autor —por ejemplo, Scaevola—, entiende que el reenvío se produce a las condiciones de fondo de la donación, no a las de forma); pero no es tan evidente la existencia de un nexo lógico que una y transmita el valor de la forma de la donación a la condonación expresa, es decir, no es incuestionable que el reenvío a las formas de la donación suponga necesariamente que la forma de la condonación expresa sea, como en la donación, esencial.

Entiendo, como ya he dicho y argumentado en el punto anterior, que la forma de la condonación expresa tiene un valor *ad probatum* y no constitutivo. Desde esta perspectiva, la cuestión planteada incluso desaparece porque el hecho de no adoptar una determinada y solemne forma no supondría que la condonación perdiera su cualidad de expresa y menos aún su eficacia (en última instancia, siempre valdría como condonación tácita). Por lo demás, este criterio puede ser utilizado válidamente, tanto desde posiciones bilateralistas cuanto desde aquellas unilateralistas, siempre que no se mantenga el valor esencial de la forma en la condonación expresa, la cual —insisto— no deriva necesariamente del reenvío que el artículo 1.187 hace a las formas de la donación.

Como se ha señalado acertadamente (39), no es posible enunciar de antemano los supuestos de condonación tácita, pues su propia naturaleza impone la necesidad de reconocerlos a posteriori, de trasmano. En cambio, sí se puede establecer qué conductas no constituyen, al menos según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, supuestos de condonación tácita. Estas conductas son las siguientes:

- a) La negativa de uno de los contratantes en un arrendamiento a recibir la cosa objeto de contrato sin el cumplimiento de las condiciones estipuladas (Sentencia de 13 de junio de 1903).
- b) El mero hecho de no incluir los intereses de un crédito en unas operaciones testamentarias (Sentencia de 28 de noviembre de 1906).
- c) El hecho de no reclamar, a su vencimiento, el cumplimiento de una obligación (Sentencia de 8 de junio de 1915)..

---

(39) MANRESA, *op. cit.*, p. 778.

d) No aparecer el deudor incluido en una relación de deudores presentada por el acreedor (Sentencia de 19 de noviembre de 1915).

e) La facultad o posibilidad que el acreedor otorga al deudor, vista su insolvencia del momento, de solventar el crédito cuando le sea posible, cuya circunstancia se deja a su buena fe. (Sentencia de 17 de junio de 1886.)

Respecto al apartado sub d), ya Pothier entendió que no debe configurarse como condonación, ya que tal omisión puede deberse al olvido. Pero, añade el conspicuo jurista, puede dar lugar a presumir la condonación —en nuestro caso, puede dar lugar a la condonación tácita— si concurren tres circunstancias: a) que mediara entre acreedor y deudor vínculos de parentesco o de íntima amistad; b) que tal omisión se pudiera verificar en varias y sucesivas relaciones de deudores del mismo acreedor; c) que el acreedor hubiese muerto sin exigir la deuda omitida (40). Obviamente, las circunstancias han de ser concurrentes.

#### IV. LA CONDONACION DE LA DEUDA EN LAS OBLIGACIONES SOLIDARIAS

Siguiendo la pauta estructural de sus precedentes —tanto el Proyecto de 1836 cuanto el de 1851—, el Código Civil regula la condonación de las obligaciones solidarias en sede de solidaridad (41).

Antes de entrar en la materia que nos es propia y en las cuestiones que plantea, es conveniente señalar la desvinculación que se produce, en este punto, entre el Code y el Código Civil. Aquél plasmó la llamada teoría restringida, que se formó a lo largo de las discusiones y trabajos preparatorios del mismo (42), limitando las facultades del acreedor solidario a todo cuanto beneficie a todos, pero no le facultaba para realizar cuanto perjudique a los demás coacreedores. Más concretamente, ciñéndonos al tema de la condonación de la deuda, el artículo 1.189 del Code preceptúa en su párrafo segundo que la condonación hecha por un solo acreedor solidario solamente libera al deudor en la parte de dicho acreedor (43). El contenido de este pre-

(40) POTHIER, J., *Tratado de las Obligaciones*, Barcelona, 1839, p. 389.

(41) El Proyecto de 1836 remitía, en el artículo 1.978, a los artículos 915 y 916 en sede de «obligaciones mancomunadas entre acreedores y deudores». El proyecto de 1851 regulaba la condonación de las obligaciones solidarias en los artículos 1.061 y 1.064. El Anteproyecto de Código Civil 1882-1888, finalmente, estableció en los artículos 1.160 y 1.163 el contenido de los actuales artículos 1.143 y 1.146.

(42) Vide FENET, P. A., *Recueil Complet des travaux préparatoires du Code Civil*, Réimpression de l'édition 1827, Osnabrück 1968, tomos I, II y XII.

(43) El segundo párrafo del artículo 1.198 Code establece: «...la remise qui n'est faite que par l'un des créanciers solidaires ne libère le débiteur que pour la part de ce créancier».

cepto fue largamente discutido en los trabajos preparatorios, pues, rompe el tradicional esquema de la solidaridad (44). La idea básica para su admisión se basó en dos criterios: la equidad y el evitar el fraude.

El Código Civil español no adoptó la línea de pensamiento francés y siguió la teoría amplia y clásica de la solidaridad, como anteriormente hiciera el proyecto de 1851. Ciertamente, la separación o desvinculación en este tema no ha sido explícita o terminante, pues basta recordar el contenido del artículo 1.141 del Código Civil para comprobar cómo late en él la idea francesa. Sin embargo, la regla general del artículo 1.141 tiene una excepción tan extensa en el artículo 1.143 del Código Civil que podría pensarse, acaso exageradamente, que éste precepto es la regla y aquél la excepción (45).

El acreedor solidario, pues, puede condonar la deuda y extinguir así la obligación en su totalidad, más siempre sin perjuicio de su responsabilidad frente a los demás acreedores «por la parte que les corresponda en la obligación» (art. 1.143 CC).

Mayores problemas presenta la interpretación del artículo 1.146 del Código Civil, el cual queda expresamente a salvo en el primer párrafo del artículo 1.143. Este precepto contiene una regla general en la solidaridad: entre otros actos modificativos y extintivos, la condonación hecha por cualquiera de los acreedores solidarios, o con cualquiera de los deudores solidarios, extingue la deuda sin perjuicio del artículo 1.146 del Código Civil. ¿Qué se deduce de este precepto? En primer lugar, nos hallamos ante un supuesto de la llamada tradicionalmente remisión personal, es decir, aquella que extingue la deuda en la cuantía que corresponde al codeudor condonado, pues sólo en consideración a su persona y por su responsabilidad se quiso condonar. En segundo lugar, de la interpretación conjunta de los artículos 1.143 y 1.146 se deriva que la condonación personal ha de ser expresa. La condonación realizada a uno de los deudores solidarios aprovecha a todos en virtud del artículo 1.143, salvo que el acreedor expresamente limite el ámbito y los efectos de la misma a uno sólo de los deudores o se reserve expresamente su derecho contra el resto de los codeudores (46). En tercer lugar, resulta claro que la norma del artículo 1.146 es una norma limitadora de los efectos de la condonación en sede de solidaridad pasiva que funciona en la relación interna entre los codeudores.

---

(44) Vide, principalmente, GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Reimpresión de la edición de Madrid de 1852, Zaragoza, 1974, p. 570.

(45) MANRESA, *op. cit.*, tomo VIII, p. 188; DíEZ-PICAZO, L., *Fundamentos... cit.*, p. 412; SCAEVOLA, *op. cit.*, p. 862.

(46) DíEZ-PICAZO, L., *Fundamentos... cit.*, p. 428.

Díez-Picazzo (47) disecciona hábilmente el problema y lo examina en cada una de las relaciones que pueden llegar a ser conflictivas: entre acreedor condonante y deudor condonado; entre acreedor condonante y deudor no condonado; y entre deudor condonado y deudor no condonado.

El verdadero y propio problema surge cuando entra en liza el juego de las excepciones. Entiende Díez-Picazzo que los deudores no pueden oponer la condonación hecha a uno de ellos frente a la demanda del acreedor (48); por el contrario, Manresa señala que la remisión que se refiere a uno de los codeudores solidarios puede ser opuesta como excepción tanto por el mismo deudor como por los demás deudores solidarios «en relación a la parte de éste» (49).

Si seguimos la orientación de Díez-Picazzo, dejaremos, al menos parcialmente, vacío de contenido el artículo 1.148; pero si adoptamos la opinión de Manresa, tendremos que explicar la norma del artículo 1.146 del Código Civil.

Por tanto, a mi entender, el problema se centra en conocer si los codeudores solidarios pueden oponer, al ser requeridos de pago, la condonación hecha a uno de ellos. Creo que la solución ha de ser positiva; por mor del artículo 1.148 cualquier deudor solidario puede utilizar todas y cada una de las excepciones que derivan de la naturaleza de la condonación —excepciones objetivas o reales— y las que lo sean personales —excepciones subjetivas—. De aquellas que corresponda a los demás codeudores personalmente, dice el precepto, «sólo podrá servirse en la parte de la deuda de que éstos fueran responsables».

Si esto es así, ¿por qué no puede el deudor solidario oponer la excepción de condonación personal o subjetivamente parcial al acreedor? El Código Civil no lo prohíbe; antes bien, de manera explícita lo permite en el artículo 1.148. Admitida, pues, dicha posibilidad, es entonces cuando debemos preguntarnos ¿por qué responde el codeudor solidario condonado frente al resto de los codeudores? ¿Por qué el deudor solidario a quien se le exigió el pago o cumplimiento de la deuda no opuso la excepción y pagó enteramente la deuda? Es más, si éste pudo oponer la excepción y no lo hizo, ¿por qué ha de responder el deudor condonado e incluso el resto de los codeudores por toda la deuda?

Creo que hay que distinguir tres supuestos:

A) Un deudor solidario paga enteramente la deuda porque desconoce la condonación hecha a uno y para uno de los demás deudores. En este supuesto es de evidente aplicación la norma del artículo

---

(47) *Ibidem.*

(48) *Ibidem.*

(49) MANRESA, *op. cit.*, p. 196.

lo 1.146 del Código Civil. El deudor condonado no quedará liberado de su responsabilidad para con sus deudores. En la relación interna, el codeudor que pagó enteramente la deuda podrá reclamar de sus codeudores sin excepción la parte que a cada uno correspondería en la obligación, con los intereses de anticipo, ex artículo 1.145 en relación con el 1.146 del Código Civil.

El deudor condonado, pues, no queda liberado de su parte en la relación interna y deberá satisfacerla en vía de regreso al deudor que pagó completamente la deuda. Pero en este caso, la condonación hecha al codeudor sería pírrica si no se le concediera una acción contra el acreedor condonante, como dice Díez-Picazo, «en la medida en que la condonación deba ser eficaz» (50).

B) La condonación, o mejor, la declaración de condonación, se produce con posterioridad al pago íntegro de la deuda. Realmente, este supuesto no deja de ser académico por dos razones: a) porque el acreedor normalmente conocerá el pago; b) porque en este caso la condonación ya se ha extinguido por pago o cumplimiento y, por tanto, no es susceptible de condonación.

Sin embargo, indagando en la casuística se puede hallar algún supuesto subsumible en el contemplado. Por ejemplo: el pago no lo conoce ni el acreedor —porque ha recibido el pago de un mandatario suyo, o un gestor, y aún no se lo ha comunicado—, ni el deudor condonado —pues el deudor que pagó íntegramente la deuda no se lo hizo saber—. Además, podría fundamentar la veracidad o la posible realidad de esta hipótesis la locución legal del artículo 1.146 al exigir expresamente que el pago sea anterior a la condonación: «...que la deuda haya sido completamente pagada...» (51).

En cualquier caso, creo que se puede precisar y concluir: 1) si la deuda ha sido pagada íntegramente por uno de los codeudores con anterioridad a la condonación hecha a un deudor solidario en concreto, éste no se libera de su responsabilidad para con los demás codeudores ni, en principio, tiene acción contra el acreedor, pues la deuda ya estaba extinguida. El objeto de tal condonación es imposible por previa extinción de la deuda y, por tanto, nula. Tal conducta del acreedor puede dar lugar, según los casos, a responsabilidad extracontractual ex artículo 1.902 del Código Civil por los daños y perjuicios que haya podido causar el deudor cuya deuda, ya inexistente, ha declarado condonar. 2) Si el acreedor condonante y el deudor condonado desconocían el cumplimiento de la obligación, éste continuará obligado en los propios términos del artículo 1.146 del Código Civil, pero tendrá acción contra el acreedor en la cabal medida de su parte condonada.

---

(50) DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos... cit.*, p. 429.

(51) MANRESA, *op. cit.*, p. 206.

C) Uno de los deudores solidarios, sabedor de la condonación hecha a uno de sus codeudores por el acreedor, paga íntegramente la deuda y no utiliza la excepción de condonación parcial frente al requerimiento de éste. Creo que este es el supuesto más problemático, no sólo en la relación entre deudor condonado y deudor no condonado que cumple enteramente, sino también en la relación entre éste y los demás deudores solidarios.

La conducta del deudor solidario que paga la deuda a sabiendas de la condonación parcial es, al menos, negligente, pues pudiendo y —por qué no— debiendo excepcionar la condonación realizada no lo hace. ¿Deben responder de esta conducta los demás codeudores? No debe olvidarse que nos hallamos en la relación interna entre codeudores y que el interés se refiere a la omisión de las excepciones en los artículos 1.840 y 1.841 en sede de fianza, podría pensarse que al pagar íntegramente la deuda serán aplicables los artículos 1.145 —respecto de los deudores solidarios no condonados— y 1.146 —respecto del deudor condonado—. Así, todos responderían en vía de regreso de la parte que les corresponda, sin perjuicio de que el deudor condonado pueda dirigirse posteriormente contra el acreedor condonante. Sin embargo, esta solución no deja de ser un tanto injusta pues hace responder a todos los codeudores solidarios de la conducta no diligente de uno de ellos. Por eso, quizá fuera mayor justicia permitir que los deudores solidarios utilizaran la excepción de condonación frente al deudor que les reclame sus cuotas en vía de regreso. De este modo, sería el propio deudor que no opuso la excepción, pudiendo hacerlo, quien sufriera las consecuencias de su displicente conducta, el cual sólo podrá en última instancia, dirigirse contra el acreedor y repetir de él lo pagado de más, es decir, lo indebidamente pagado.

¿Responde el deudor condonado en algún otro supuesto distinto el que tiene amparo en el artículo 1.146 del Código Civil? De hecho sí: en el caso de insolvencia de alguno de los deudores solidarios, pues la excepción de condonación personal no funciona —en principio, acaso salvo en la hipótesis anteriormente comentada—, en el ámbito de la relación interna y, además, el párrafo tercero del artículo 1.145 del Código Civil no hace distinción alguna: la insolvencia de uno de los deudores solidarios es suplida, a prorrata, por sus codeudores. Esta «mutua cobertura del riesgo de insolvencia» (52) no admite excepciones y alcanza incluso a quien pagó la deuda enteramente y a quien le fue condonada su parte.

Finalmente, cabría cuestionarse si el codeudor que obtiene la condonación, ya sea parcial o incluso total, puede reclamar de los demás codeudores la cuantía del beneficio que por ella han experimentado.

---

(52) DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos... cit.*, p. 427.

Atinadamente dice Manresa que la remisión es un acto gratuito «que no debe serlo dos veces» (53). Asimismo, podemos traer como fundamento el párrafo segundo del artículo 1.145, el cual permite la acción de regreso sólo al deudor solidario que *haya pagado la deuda*. Como último razonamiento podemos alegar que si la condonación es sólo de la parte que corresponde a uno de los codeudores solidarios, el empobrecimiento que éste sufre al responder de su parte la relación interna para con sus codeudores, es resarcido con la acción que tiene contra el acreedor para reclamarle la cuantía que satisfizo en dicha relación interna.

Por todo ello, pienso que se debe concluir que el deudor condonado no puede reclamar la cuantía del beneficio que obtienen los codeudores solidarios por la condonación personal, se trataría, en definitiva, de un enriquecimiento injusto; si bien, creo que se debe salvar los supuestos en que la liberación haya producido o se haya obtenido mediante un perjuicio patrimonial o al menos económicamente valorable para el codeudor solidario condonado. Me refiero a aquellas condonaciones modales o condicionales que pudieran exigir un sacrificio patrimonial al deudor condonado el cual sacrificio justificara que el deudor reclame de los demás codeudores, no la parte en que éstos se benefician, sino aquella en la que aquél se empobrece si la condonación no hubiera estado sujeta a tales vicisitudes.

---

(53) MANRESA, *op. cit.*, p. 207.



# Problemática sobre la forma del matrimonio a la luz de los artículos 53, 73.3 y 78 del Código civil

Por PILAR MOLINA HERREZUELO

Profesora Asociada del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de Cáceres

**SUMARIO:** Consideraciones Previas.—A) Artículo 73.—1. Introducción.—2. Consecuencia jurídica del artículo 73.3 del Código Civil: la nulidad.—3. Artículo 73.3, análisis del supuesto de hecho que plantea: 3.1. Sentido del término «intervención».—3.2. Alcance de la expresión «Juez o funcionario ante quien deba celebrarse».—B) Artículo 53. del Código Civil.—1. Posición sistemática del artículo 53 del Código Civil dentro de la norma general del artículo 73.3 del Código Civil.—2. Consecuencia jurídica del artículo 53 del Código Civil: validez o eficacia.—3. Artículo 53, análisis del supuesto de hecho que plantea: 3.1. Significado de la expresión «incompetencia o falta de nombramiento legítimo del Juez o funcionario».—3.1.1. Relevancia de estas irregularidades en el supuesto de matrimonio religioso.—3.2. Condiciones de actuación de la norma.—3.2.a) Presupuesto objetivo: «ejercicio público de las funciones».—3.2.b) Presupuesto subjetivo: buena fe.—C) Artículo 78.—1. Sentido de la prohibición al Juez de acordar la nulidad de un matrimonio; ¿es una declaración de validez?—2. Buena fe.—3. Ambito de la norma.—3.1. Inciso final. Enumeración de irregularidades acaecidas en la forma que provocan la nulidad del matrimonio aun con buena fe de los contrayentes.—3.2. Enumeración casuística de supuestos de irregularidades en la forma no susceptibles de subsunción en el artículo 73.3 del Código Civil y que necesitan de la buena fe de uno de los cónyuges para que se produzca la consecuencia jurídica prevista en el artículo 78.—3.3. Enumeración casuística de irregularidades acaecidas en la forma que provocan la consecuencia jurídica prevista en el artículo 78 del Código Civil aun con mala fe de los contrayentes.—4. Ambito del matrimonio putativo en supuestos de nulidad por irregularidades acaecidas en la forma: casos de matrimonios aparentes que padecen nulidad por irregularidades en la forma, habiendo concurrido buena fe en los contrayentes.—D) Consideración final.

## CONSIDERACIONES PREVIAS

El presente estudio pretende exponer sistematizada y coherentemente el régimen jurídico de la forma del matrimonio que se infiere principalmente de los artículos 53, 73.3 y 78 del Código Civil, difícilmente compatibles entre sí en la impresión que proporciona su primera lectura, sin embargo, analizándolos más detenidamente, vemos como el precepto contenido en el artículo 73.3 del Código Civil aplicable a todas las formas de matrimonio —civiles y religiosos— resulta recortado en su ámbito por el contenido del artículo 53; el artículo 78, por su parte, completa e integra la regulación contenida en el mencionado artículo 73.3.

Antes de comenzar la exposición en sentido estricto, considero conveniente presentar al lector, a modo de preámbulo algunas observaciones y puntualizaciones:

— Las especificidades de la regulación española, nacidas de un difícil equilibrio político, la alejan de otras vecinas, no demasiado útiles por ello para la correcta interpretación de nuestros preceptos, finalidad de este estudio.

— Dado el carácter «anglosajón» imperfecto de nuestro sistema matrimonial (1), es aplicable el Derecho canónico en materia de for-

---

(1) Creemos obligado, antes de adentrarnos en el tratamiento del tema que nos ocupa, contestar a la pregunta de cuál es el sistema matrimonial por el que ha optado nuestro legislador a la hora de elaborar la Ley 7/81 de 7 de julio. Podemos decir que de la postura que adopte el Estado ante otras regulaciones jurídicas del matrimonio, no realizadas por él, sino por otro Ordenamiento con potestad para ello, resultará el sistema matrimonial adoptado. En este sentido, hay que distinguir entre el término *formas de matrimonio* y el término *clases de matrimonio*; *formas* son las solemnidades externas que exteriorizan las voluntades que producen el vínculo; pueden ser de índole religiosa o civil; *clases* de matrimonio son los distintos modelos unitarios de regulación de la relación matrimonial.

El sistema matrimonial español, a tenor de la Constitución, el Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos suscrito entre La Santa Sede y España de 3 de enero de 1979 y la Ley 7/81 de 7 de julio nos parece plenamente encuadrable en el llamado sistema de matrimonio civil electivo o facultativo de tipo *anglosajón* (utilizamos este término por ser el mayoritariamente admitido por la doctrina advirtiendo de su posible imprecisión). Las razones son las siguientes:

La primera de las razones a favor del mantenimiento de la tesis de la calificación del sistema español como anglosajón establecido por nuestras normas fundamentales es la del principio de igualdad ante la Ley recogido en varios preceptos de la Constitución; tomemos el artículo 14 como referencia: en él se dice que «los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión...». A mi entender no existiría esta igualdad si se admitiese un sistema matrimonial de tipo latino que estableciera regímenes jurídicos diferentes para los matrimonios dependiendo de que sean civiles o religiosos, regímenes diferentes que afectan a elementos esenciales de la propia institución matrimonial como son las causas de nulidad (no perdamos de vista que en el Ordenamiento civil han desaparecido determinadas circunstancias, como la impotencia y la profesión religiosa y, sin embargo, siguen manteniéndose como tales en el Ordenamiento jurídico canónico) o la posibilidad de disolución del vínculo matrimonial a través del divorcio, posibilidad que se ve negada en el matrimonio canónico, lo que supone en definitiva una renuncia

de derecho reconocido en el Ordenamiento civil realizada a través de la sumisión a un ordenamiento extraño y que al menos en este aspecto no goza, como en otros, de una remisión normativa de carácter material. Además, nos encontramos con el artículo 16 del mismo cuerpo legal donde el Estado se revela como aconfesional y donde la única referencia a la Iglesia Católica se produce cuanto se establece que el Estado mantendrá las consiguientes relaciones de cooperación. Me parece excesivo pensar que estas relaciones de cooperación signifiquen la concesión del campo legislativo y jurisdiccional a un Ordenamiento Jurídico ajeno al nuestro.

— Tomemos en segundo lugar la Constitución de 1978; ésta en su artículo 32.2 contiene una clara «reserva de Ley estatal» en materia de regulación sustancial del matrimonio y, aunque no hace una mención expresa a las causas de nulidad matrimonial, hay que entenderlas incluidas junto a las causas de separación y disolución; el artículo 149.1.8 de la Constitución así lo reafirma claramente otra vez en sede de competencias exclusivas del Estado frente a las Comunidades Autónomas. Es lo que se ha dado en llamar *unidad de ley*; también a tenor del artículo 117.3 de la Constitución deducimos que nuestro sistema matrimonial es *anglosajón* ya que éste artículo establece que «el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado corresponde y exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan». El mismo artículo sólo admite como excepción la jurisdicción militar, prohibiéndose los Tribunales de excepción. Este principio de unidad de jurisdicción con el ya comentado principio de unidad de ley son los dos aspectos del principio más amplio de *unidad del Ordenamiento jurídico*.

Por otra parte, de la lectura del conflictivo artículo VI del Acuerdo parece inferirse que el Estado reconoce la posibilidad de celebración en forma canónica de un matrimonio civil ya que se reconocen efectos civiles al matrimonio *celebrado* según las normas de Derecho canónico, entendiéndose que esta expresión se refiere sólo a aquellas normas que regulan la forma matrimonial.

— Con respecto a las razones que podemos esgrimir apoyándonos en la normativa civil, debemos hacer referencia especialmente al artículo 80 del Código Civil; la interpretación literal de este artículo así como la disposición adicional segunda es a nuestro juicio abiertamente incompatible con los preceptos de la Constitución configuradores del sistema matrimonial que hemos venido en denominar *anglosajón*. Por ello acudiendo a módulos interpretativos lógicos y sistemáticos desembocamos inevitablemente en una interpretación correctora de parte del texto del artículo 80. Dice el artículo VI.2 del Acuerdo que a solicitud de cualquiera de las partes las resoluciones eclesiásticas sobre la declaración de nulidad o decisión pontificia sobre matrimonio roto y no consumado, tendrán eficacia en el orden civil si se declaran ajustadas al Derecho del Estado en resolución dictada por el Tribunal civil competente. Posteriormente, la Ley 7/81 de 7 de julio, al suprimir la impotencia como impedimento matrimonial, cerraba la puerta a la posibilidad de declarar ajustado al Derecho del Estado las resoluciones pontificias declarando la nulidad del matrimonio roto y no consumado, ya que, si la impotencia no es causa de nulidad del matrimonio civil, difícilmente la falta de consumación de éste puede ser causa de disolución del vínculo, máxime cuando el artículo 58 del Código Civil establece que el matrimonio se perfecciona con el consentimiento válido de los contrayentes y la intervención del Juez o funcionario ante quien deba celebrarse y la de los testigos, norma que corrobora el artículo 61 del Código Civil, y no con la consumación.

De todo lo cual se deduce que la interpretación del artículo 80 del Código Civil y de la disposición adicional segunda, lejos de ser literal debe ser eminentemente lógica, sencillamente para hacerla acorde, no ya con otros preceptos adyacentes del Código Civil sino ante todo con principios básicos constitucionales. Refuerza esta posición el número 1 del artículo 5 de la reciente L. O. 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial.

Precisando más: la Constitución española vigente, a nuestro juicio no impone un sistema matrimonial concreto, pero impide —*ex art. 14, no ex art. 32*— muchos de ellos; en particular, el que hemos denominado sistema matrimonial electivo o facultativo de tipo latino. En la medida en que un Acuerdo internacional o una ley orgánica u ordinaria permitan o impongan dicho sistema incurrirán en inconstitucionalidad, debiendo, por consiguiente, dentro de lo posible ser interpretadas dichas fuentes de modo

ma para los matrimonios de ritual católico; por ello la remisión material al Derecho de la Iglesia Católica contenida en el Código Civil (arts. 49, 59 y 60 del Cc.) nos obliga a un tratamiento mínimo de la normativa canónica aunque sea en un estudio como éste, exclusivamente civilístico. No olvido tampoco, que el alto rigor científico obtenido por la doctrina canonística nos induce frecuentemente a acudir a ella para explicar determinados efectos o técnicas jurídico-civiles.

— El sistema que reputo más útil para responder a las cuestiones que plantea el tema objeto de atención consiste en una exégesis de cada uno de los artículos antes mencionados; exégesis en la que, siguiendo el esquema de módulos interpretativos que plantea el artículo 3.1 del Código Civil, empleo de manera preferente el lógico y teleológico.

---

acorde con la Constitución. A pesar de la dicción del artículo 32 de ésta («formas» en plural) no parece impedir nuestra Ley Fundamental el sistema de matrimonio civil obligatorio, siendo también perfectamente acorde con ella el que hemos denominado anglosajón; y es justamente este último el que, como hemos indicado, prevé el Código (art. 63.2), y éste es un sistema al que no parece oponerse el Acuerdo Jurídico celebrado con la Santa Sede: es más, su artículo VI, número tercero trata, reputando inevitable su implantación, de proteger la moralidad de los católicos con una admonición puramente religiosa. De ahí que el artículo 80 del Código Civil y la disposición adicional segunda de la Ley 7/1981 de 7 de julio merezcan el tratamiento corrector al que antes nos referimos.

BLAS ZULUETA, *Matrimonio y Registro civil*, revista de «Derecho procesal Iberoamericana», 1982, número 1, p. 21: «La nueva normativa ha venido a derribar toda la problemática y acoge una fórmula de gran amplitud y libertad para que el ciudadano español y extranjero pueda elegir las formas de matrimonio que desee. Con ello nuestra legislación autoriza elegir una amplia gama de formas»; JORDANO BAREA, *El nuevo sistema matrimonial español*, «ADC», 1981, tomo XXXIV, pp. 903 y ss., en concreto p. 912: «Pues bien, este (el sistema facultativo de tipo anglosajón) es el nuevo sistema matrimonial adoptado por la Ley de reforma del Código Civil...»; VALLADARES RASCÓN, *Nulidad, separación y divorcio. Comentarios a la Ley de reforma del matrimonio*. Madrid, 1982, pp. 42 y ss., en concreto pp. 48 y 49; *Idem*, *El principio de igualdad ante la Ley y el sistema matrimonial*. «RDP», abril, 1981, pp. 307 y ss.; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *El sistema matrimonial según la Constitución y los Acuerdos con la Santa Sede*, «ADC», 1980, tomo XXXIII, pp. 575 y ss.; LUNA SERRANO, *La reforma de la legislación matrimonial*, en la ob. colect. *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Libro I del Código Civil*, coordinados por LA CRUZ, Madrid, 1982, p. 19: «Naturalmente, debía adoptar también un sistema matrimonial híbrido o de carácter intermedio, que es que en definitiva, ha sido adoptado (...). La Ley de reforma ha mantenido el mismo espíritu y propósito y, aunque no pueda considerarse al nuevo sistema matrimonial español resultante de la misma como totalmente coincidente con el sistema facultativo de tipo anglosajón (...), no cabe duda de que se acerca muchísimo a las soluciones de aquél»; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Régimen jurídico de la celebración y disolución del matrimonio*, Madrid, 1981, p. 21: autores que mantienen que nuestro Ordenamiento consagra al sistema latino, I. ALAGUNA; DOMÍNGUEZ, *La reforma del sistema matrimonial español*, Madrid, 1989, p. 41 y ss.; NAVARRO VALLS, *La posición jurídica del matrimonio canónico en la Ley de 7 de julio de 1981*, «RDP», julio-agosto, 1982, pp. 665 y ss.; DURÁN RIVACOBIA, *Formas de matrimonio y matrimonios celebrados según las normas de Derecho canónico*, «RGLJ», febrero, 1987, pp. 147 y ss.

## A) ARTÍCULO 73

## 1. Introducción

La promulgación de la Constitución de 1978 produjo y sigue produciendo un profundo cambio en la sociedad española, incluso en el modo de entender las instituciones que la regulan. Una de estas instituciones es el matrimonio cuya regulación se ha visto afectada por numerosos cambios legislativos, cambios que es probable que sigan produciéndose.

El legislador de 1981, recibiendo el mandato impuesto por nuestra Ley Fundamental y a la vista de las coordenadas que dirigen hoy nuestra vida social, ha dado una nueva regulación al matrimonio y a la vida familiar; de esas coordenadas, las que más han influido en esta nueva regulación matrimonial, han sido la de la libertad de culto y la de la aconfesionalidad del Estado, sin olvidar otras como la del libre desarrollo de la personalidad (2). Como consecuencia de ello, en la reforma matrimonial del Código Civil, el legislador se ha propuesto, entre otras cosas, establecer una sola clase de matrimonio recabando para el orden civil la misión de determinar, no sólo los requisitos de su existencia y validez, sino todo su régimen jurídico. Prueba de lo que digo son los artículos 73 y 63, de los que se deduce que poco importa a nuestro legislador las formalidades o el rito elegido para la celebración, siempre que se cumplan un mínimo de requisitos —preferentemente de fondo— exigidos, requisitos que se plasman en el artículo 73 del Código Civil. Estamos, pues, con las matizaciones y reservas antes expuestas (3), ante lo que se ha denominado un sistema matrimonial facultativo de corte anglosajón.

---

(2) LUNA SERRANO, *ob. cit.*, p. 15: «El principio de libre desarrollo de la personalidad, que el artículo 10 de la Constitución proclama como uno de los fundamentales del orden político y de la paz social, había de trascender eficazmente a la regulación de las relaciones familiares y ha inspirado profundamente, en concreto, la nueva concepción del vínculo matrimonial que late en la Ley de 7 de julio de 1981»; CLAVERIA GOSÁLBEZ, *Hacia una nueva concepción del matrimonio*, «La Ley», 1983, pp. 1289 y ss.; Sobre derecho al libre desarrollo de la personalidad, *Idem*, *Notas para la construcción jurídica de los llamados derechos de la personalidad*, «Libro Homenaje al Profesor J. Beltrán de Heredia», Salamanca, 1984, pp. 101 y ss.; *Idem*, *Reflexiones sobre los derechos de la personalidad a la luz de la Ley Orgánica 1/1981 de 5 de mayo*, «ADC», 1983, tomo IV, pp. 1243 y ss.; En sentido opuesto GARCÍA CANTERO, *Sobre la posible inconstitucionalidad de la Ley de Divorcio*, «Libro Homenaje al Profesor J. Beltrán de Heredia», Salamanca, 1984, pp. 203 y ss., en concreto p. 204: «No se respeta el libre desarrollo de la personalidad. El ser humano, hombre o mujer alcanza su pleno desarrollo al insertarse en una unión conyugal libremente asumida en la que se compromete para toda la vida». El *ius connubii* que reconoce el artículo 31 de la Constitución se complementa con el artículo 16 de la Declaración de Derechos Humanos de 1948 a que se remite el artículo 10.1, de nuestra Constitución (...). En resumen: La Ley aprobada por el Congreso va a violar el artículo 10.1 de nuestra Constitución en cuanto no reconoce a un sector importante de la población el derecho a casarse y a formar una familia estable bajo la fórmula jurídica del matrimonio indisoluble».

(3) Ver nota (1).

Así, el artículo 73 actúa como un *minimum* a la hora de establecer la validez del matrimonio, de cualquier matrimonio, o más exactamente empleando la fórmula del propio artículo «... cualquiera que sea la forma de su celebración».

Y no sólo actúa en este sentido, sino que también debe tenerse en cuenta en otros aspectos: está claro que el hecho de no cumplirse en la normativa interna de una determinada confesión religiosa los requisitos mínimos formales del matrimonio recogidos en el Código Civil no constituye obstáculo para la celebración de dicho rito matrimonial ni para la inscripción de esta Confesión en el Registro de Entidades y Religiones (4). Pero sí constituye un obstáculo para la denominada «homologación» del ritual matrimonial religioso con el ritual civil (art. 50 Cc.), lo que supondrá que aquéllos que profesen alguna religión en la que no exista esta «homologación» habrán de celebrar necesariamente matrimonio en forma civil, para la obtención de efectos civiles, independientemente de que también celebren su rito matrimonial si así lo desean (art. 2 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 5 de julio de 1980) (5).

## 2. Consecuencia jurídica del artículo 73.3 del Código Civil: La Nulidad

Advirtiendo que los términos nulidad y anulabilidad han de ser entendidos flexiblemente (6) veamos la consecuencia jurídica que se

---

(4) Véase la regulación del Registro de Entidades Religiosas, creado por el artículo 5 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, de 5 de julio de 1980; asimismo, el Real Decreto sobre organización y funcionamiento del Registro de Entidades Religiosas, de 9 de enero de 1981.

(5) CIACURRIZ, M.<sup>a</sup> J. *La libertad religiosa en el Derecho español*, Madrid, 1984, ed. Tecnos, p. 126. Matiene la autora que la Ley Orgánica 7/80 ha acogido en materia matrimonial un término vago y genérico como es el de «ritos» y que no aborda el tema, espinoso y difícil, de los efectos civiles de los matrimonios religiosos. No obstante, —sigue diciendo— el Estado podría no atribuir ningún efecto civil a tales ceremonias si hubiera adoptado el sistema de matrimonio civil obligatorio. Sin embargo, no es este el tratamiento vigente en el ordenamiento jurídico español que, tras la reforma del Título IV del Libro I del Código Civil, va más allá, al atribuir efectos civiles —o al menos prever la posibilidad— a los ritos nupciales religiosos.

En mi opinión no se puede extraer del contenido de la Ley Orgánica 7/80 ni de la nueva redacción del Código Civil la conclusión de que a todos los ritos matrimoniales de Confesiones o Iglesias inscritas se les atribuyan efectos civiles de manera inmediata por el solo hecho de la inscripción de dicha religión. Entiendo que efectivamente se prevea esta posibilidad, pero siempre que exista un convenio o acuerdo que así lo establezca, lo que no impide pensar en una sola clase de matrimonio, con pluralidad de formas de celebración ritual. En este sentido el término «rito», puede que no sea vago o genérico sino que esté utilizado en su sentido literal o preciso.

(6) En sede de matrimonio no es posible aplicar las construcciones jurídicas de nulidad y anulabilidad en toda su pureza, tal como se dan en el campo de las obligaciones y contratos; por ello es necesario utilizar los términos nulidad y anulabilidad de una manera flexible. De hecho, en la terminología legal no existen matrimonios anulables, sino nulos; sin embargo, el legislador, atendiendo, al bien de los cónyuges

produce cuando no concurre alguno de los requisitos mínimos necesarios para la válida celebración del matrimonio.

El artículo 73.3 del Código Civil, comienza hablando de nulidad, consecuencia ésta que se produce por cualquiera de los cinco motivos que contempla dicho artículo. Estos pueden agruparse del siguiente modo:

- Artículo 73.1, 4 y 5: Por vicios o irregularidades en el consentimiento o sencillamente ausencia de éste.
- Artículo 73.2: Por impedimento que no haya sido dispensado.
- Artículo 73.3: Por falta de algunos de los elementos esenciales en la forma de celebración.

La falta de alguno de estos requisitos mínimos produce la nulidad del matrimonio según el Código Civil en su artículo 75; sin embargo, no creo que todas las causas enumeradas sean motivo de nulidad radical en el sentido estricto del término, especialmente cuando señala el Código en sus artículos 75 y 76 quienes están legitimados para interponer la acción de nulidad y cuál es el plazo de caducidad o de convalidación (de la misma) en los casos de matrimonios entre menores emancipados, que no hayan obtenido dispensa matrimonial, y en los que concurren miedo grave, coacción o error (art. 73.2; 4 y 5). Entiendo que en este supuesto nos hallamos ante situaciones de anulabilidad y no de nulidad *stricto sensu*.

Cuando nos hallamos ante ésta última, las impugnaciones no están sometidas a plazos de caducidad, los matrimonios no son convalidables por el transcurso del tiempo, y las acciones pueden ser ejercitadas por las partes y quien tuviera interés legítimo; pero esto no es lo que se dispone en los artículos 75 y 76 del Código Civil para los supuestos arriba mencionados. Algunos autores han llamado a esta figura «nulidad de protección» (7): se trata de una invalidez en

---

y de la seguridad jurídica, convalida, en el caso de la minoría de edad y del error, coacción o miedo grave, el matrimonio que de suyo era nulo bien por impedimento no dispensado, bien por vicio del consentimiento. Esta convalidación y la limitada legitimación concedida para poder impugnar el matrimonio hace que pensemos en la figura de la anulabilidad, de ahí que empleemos este término.

(7) LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *Estudios de Derecho matrimonial*, Madrid, 1962, p. 279: «Tampoco puede admitirse en Derecho canónico la distinción entre nulidad e inexistencia desde el punto de vista de la estructura del acto jurídico, en el sentido por ejemplo, en que se mantiene por la técnica jurídica secular la diferencia entre nulidad y anulabilidad. La primera, se dice, deriva de la falta de un elemento esencial o constitutivo del negocio jurídico. La segunda nace de un defecto de capacidad o de un vicio del consentimiento (error, dolo, violencia, intimidación, —cfr. art. 1.300 del CC—). la distinción se desenvuelve, pues, en el marco de la estructura del negocio jurídico o, más precisamente, del acto jurídico negocial. Por otra parte, se considera que los términos de la distinción son objetivamente diversos estimándose que el vicio que provoca la anulabilidad es menos grave que el defecto determinante de la nulidad, y que el negocio anulable tiene por ello una consistencia de la que carece el negocio nulo».

DORAL, *Comentario al artículo 73 del Código Civil*, en la ob. colectiva *Matrimonio y divorcio. Comentarios...*, coordinados por LACRUZ, Madrid, 1982, pp. 437 y ss. en concreto p. 441.

la que está en juego un interés preferentemente particular, concediéndose en ella la acción impugnatoria sólo a la persona a la que la Ley quiere proteger mediante la solución final de la ineficacia. Opto, sin embargo por denominar a esta técnica invalidante «anulabilidad» por corresponderse aproximadamente con la «anulabilidad» del negocio jurídico construida por la doctrina clásica.

En los demás supuestos de nulidad que plantea el artículo 73 del Código Civil sí podemos afirmar que nos encontramos ante auténticos casos de nulidad, puesto que se dan los siguientes elementos tradicionalmente reputados definitorios y necesarios en toda nulidad:

- Carácter declarativo de la sentencia.
- El Juez puede declararla de oficio (8).
- Cualquier interesado puede pedirla.
- No es convalidable.
- No caduca la acción para pedirla (9).

Pero detengámonos especialmente en el apartado tercero del artículo 73 del Código Civil objeto de nuestro estudio. Esta disposición va dirigida a la forma como elemento sustancial del matrimonio. No podemos olvidar que nos hallamos ante un matrimonio en gran medida ausente de ritos, pero, aún así, el legislador ha querido que existan unos elementos formales indispensables para constatar la existencia y validez de la unión matrimonial, sin los cuales, y a tenor de lo que dispone el propio artículo, nos encontraríamos ante un matrimonio nulo; sin embargo, a pesar de que el legislador adopta el término nulidad, en mi opinión también cabría que nos encontrásemos con un supuesto de inexistencia del propio matrimonio si no se cumplen los requisitos formales esenciales (10), con la consiguiente imposibilidad de gozar de los efectos del matrimonio putativo, dado que la inexistencia lleva implícita la falta de acto productor de efectos jurídicos o al menos generador de una apariencia jurídica protegible. A ello aludiremos varias veces a lo largo de este estudio, pero más especialmente en el apartado dedicado al análisis del artículo 53 del Código Civil.

---

(8) Respecto de este requisito resulta necesario advertir que el artículo 74 del Código Civil no lo prevé, sino que el legislador hace recaer sobre el ministerio fiscal la posibilidad de ejercicio de la acción de nulidad.

(9) Creo que se trata de caducidad y no de prescripción ya que no es susceptible de interrupción.

(10) Podría darse el caso de que los contrayentes pretendieran inscribir un matrimonio en el que el consentimiento se haya prestado exclusivamente entre ellos de modo que no haya existido intervención alguna del Juez o funcionario o del ministro religioso competente.

### 3. Artículo 73.3, análisis del supuesto de hecho que plantea:

#### 3.1. Sentido del término «Intervención»

Si el artículo 73.3 del Código Civil prevé la nulidad del matrimonio cuando falte la intervención del Juez o funcionario, resulta necesario llegados a este punto que intentemos aproximarnos al concepto de «intervención» que acoge dicho artículo.

Es preciso primero dejar sentado que el modelo de matrimonio civil vigente en España es, en gran medida, el resultado de una secularización de las normas eclesiásticas, de las que hereda la tradición y la elaboración normativa y doctrinal que a él le faltan. Y es en el propio matrimonio canónico donde se observa una gran evolución en cuanto a la celebración matrimonial y en cuanto al contenido de la intervención del ministro (11).

No podemos olvidar que las verdaderas cuestiones que subyacen en toda esta problemática, como otras tantas veces, son la de la publicidad y el control del matrimonio, indispensables para que los efectos jurídicos que produce la unión conyugal se den en toda su extensión y sin que otra unión desconocida por alguna de las partes, ya sea anterior o posterior, pueda perturbar aquélla.

¿Qué quiere decir nuestro legislador con el término intervención? Ante la utilización de esta expresión en el código cabe defender, varias posturas: a) la que considerando esta intervención como un elemento definitorio en la celebración matrimonial, la reputa ésta un acto del Estado; b) la que considera al Juez o funcionario un mero testigo; c) una tercera, más ecléctica.

Véamos ahora las posiciones de algunos autores al respecto: hay quienes mantienen que la intervención del asistente no es una actuación comparable a la de los testigos, sino que su intervención va más allá de esto (12); pero destaca singularmente la postura que llega a considerar esta intervención como el acto en sí constituyente del matrimonio, quedando el consentimiento de los contrayentes en un se-

---

(11) Esta evolución parte del Derecho pretridentino en el que no se precisaba la intervención del sacerdote para que el acto de celebración fuera válido. Lo que, como es de suponer, dio lugar a una situación caótica, situación a la que quiso poner remedio el Concilio de Trento a través del Capítulo *Tametsi*, inclinándose a establecer obligatoriamente una forma pública de matrimonio. Más tarde y tras abundantes vicisitudes se publicó el Decreto *Ne Temere* el 2 de agosto de 1907; la posición del párroco que según el capítulo *Tametsi* era más bien pasiva, como *Testis Autorizabilis* (lo que permitía incluso los denominados «matrimonios por sorpresa») se ha transformado en una asistencia voluntaria más activa.

KNECHT, Derecho matrimonial católico, Madrid, 1932, pp. 480 y ss.

(12) GARCÍA CANTERO, *El vínculo del matrimonio civil en el Derecho español*, Roma, 1959, pp. 203-204: «La función del Juez resulta insustituible...; estos funcionarios son testigos cualificados desarrollando en cierto modo la función de un Notario».

gundo plano; me refiero concretamente a Cicu (13) y a los autores que siguieron sus teorías acerca del matrimonio.

Esta postura doctrinal consiste en mantener que el matrimonio es un acto del poder estatal y cabría decir que nuestro artículo 73.3 del Código Civil al utilizar la palabra *intervención*, podría en cierta medida, inspirándose en dicha concepción, concebir el matrimonio como acto del Poder Público (14). Es esta una opinión contraria a la concepción *ius privatista* del matrimonio (15).

Sin embargo, no considero esta interpretación extrema del término *intervención* acertada ni acorde con la concepción del matrimonio que podemos reputar tradicional con nuestro Derecho porque no podemos aceptar la razón que aduce Cicu (16) de que no es el interés de las partes el que aquí priva, ya que, si esto fuera así, posiblemente a la postre los vicios del consentimiento no tendrían tanta relevancia como tienen según la apreciación dominante a efectos de la nulidad o validez del matrimonio, con lo cual la voluntad de los contrayentes sería un mero dato ausente de eficacia, y el matrimonio una pura cuestión formal dotada de publicidad por el Registro Civil. Evidentemente nada repugnaría más a la naturaleza intrínseca del matrimonio —incluso la que cabe inferir del Derecho civil hoy vigente en España— que esta concepción que acabamos de plantear llevada a sus últimas consecuencias, porque sabido es de todos que la propia esencia de la unión matrimonial reside en la voluntad libre y expresa de los esposos, es ésta su verdadera piedra angular y no las formalidades que puedan rodear en un momento u otro la manifestación de dicho consentimiento.

Si bien es verdad que existe un interés del Estado, y que dicho interés tiene su razón de ser en la protección del Orden Público y en la seguridad del tráfico jurídico e incluso económico, no puede

(13) CÍCU, *Derecho de familia*, Trad. por Sentis Melendo, «Adiciones y comentarios de Neppi», Buenos Aires, 1947.

(14) CÍCU, *ob. cit.*, p. 308: «el hecho de que la declaración de voluntad de los esposos deba ser dirigida al oficial y por él recogida personalmente en el momento en que prepara el pronunciamiento, tiene una especial importancia de modo que toda otra declaración o contrato realizado entre los esposos no tiene ningún valor jurídico. Nosotros deducimos de esto que para esta tesis la Ley no considera el matrimonio como contrato tampoco formalmente y que la acorde voluntad de los esposos no es más que una condición para el pronunciamiento; éste y sólo éste, es constitutivo del matrimonio. No dudo en decir esto, desde el momento en que admito que el interés de la constitución de las relaciones matrimoniales, sea también interés del Estado, por tanto, no hay dificultad en considerar al matrimonio como constituido formalmente por acto del Poder Público».

(15) CÍCU *ob. cit.*, p. 310. Para este autor la concepción *ius privatista* del matrimonio, en sus propias palabras, carece de sentido ya que: «que el Estado no intervenga como extraño, en tutela de un interés propio, frente a la natural libertad individual, resulta de que no es precisamente la forma de *autorización* de que la que aquí se produce, la cual en cambio se adaptaría a aquella concepción». Posteriormente Cicu matizaría su postura.

(16) CÍCU, *ob. cit.*, pp. 308-311.

éste anteponerse al interés de los propios esposos. En el mismo sentido se manifiestan varios autores para los cuales, aunque el matrimonio civil es un negocio jurídico formal y el consentimiento ha de ser prestado en la forma jurídica determinada, esto no impide el papel preponderante de los contrayentes y la eficacia constitutiva del consentimiento. Podemos simplemente fijarnos en el propio artículo 73 del Código Civil donde se recogen las causas de nulidad matrimonial y comprobar que varias de ellas se refieren al consentimiento viciado o inexistente de los contrayentes; tan sólo hay una, la que estudiamos en el artículo 73.3 del Código Civil que implica directamente al Estado a través del control de la formalidad del matrimonio. Sin embargo, estas consideraciones, tampoco pueden llevarnos a defender la tesis de que el interviniente, Juez o funcionario, es un mero testigo como apuntan otros autores, ya que en este caso carecerían de relevancia los vicios que pudieran afectar a la voluntad de dicho interviniente (17).

Para la doctrina canónica en general, los contrayentes son los propios ministros, siendo el sacerdote asistente un testigo cualificado; y, para la mayoría de los civilistas (18), la eficacia constitutiva del matrimonio radica en el consentimiento de los contrayentes, concibiéndose la función del Juez o funcionario como ingrediente del elemento formal de dicho negocio jurídico; por otra parte, sabemos que, para autores como Cicu, el consentimiento es más que una *condición* para el pronunciamiento y éste y sólo éste es el elemento constitutivo del matrimonio. Pues bien, acogiendo en parte las tesis anteriores, nos proponemos una nueva alternativa que ya han adoptado otros autores respecto de legislaciones como la francesa, la italiana y la portuguesa.

En primer lugar, hay que partir de la distinción de tres momentos: la tramitación del expediente previo, el propio acto de celebración

---

(17) GARCÍA CANTERO, *ob. cit.*, p. 188: «el consentimiento en el matrimonio es de Derecho natural, pero la exigencia de una forma determinada de celebración, no lo es, y, por ello, no hay dificultad en admitir la validez de un matrimonio en el que el consentimiento se ha prestado sin testigos entre sujetos capaces y libres de impedimentos... Pero como la misma historia del matrimonio canónico demuestra, la ausencia de formalidades en la celebración en un matrimonio es un perjuicio más que una ventaja» (ver también pp. 203-204).

ROYO MARTÍNEZ, *Derecho de familia*, Sevilla, 1949, p. 38; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *Notas al Derecho de familia*, tomo IV, en la trad. del «Tratado del Derecho civil» de Enneccerus, Barcelona, 1953, p. 101.

CASTÁN TOBEÑAS, *Notas al Derecho de familia*, tomo IV, vol. I, del «Tratado de Derecho civil, de Enneccerus», Barcelona, 1953, p. 101.

(18) CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español Común y Foral*, «Derecho de familia», tomo IV, vol. I, Madrid, 1976, 9.<sup>a</sup> ed. revisada y puesta al día por García Cantero y Castán Vázquez, pp. 173 y ss. y 210 y ss.

JORDANO BAREA, *Fundamento y naturaleza jurídica del matrimonio putativo*, «Libro Homenaje al Profesor Giménez Fernández», Sevilla, 1967.

y la inscripción registral, que no tienen que ser simultáneos ni siquiera sucesivos en el tiempo (19).

El legislador, ante estos tres momentos, ha optado por conceder eficacia constitutiva al segundo, al momento de la celebración propiamente dicha donde los contrayentes manifiestan su voluntad de unirse matrimonialmente; los artículos 60 del Código Civil y 70 de la Ley del Registro Civil así lo determinan claramente y es en ese momento en el que debemos de encuadrar e interpretar el término *intervención*. Ahora bien, ¿cuál es el papel que juega el Juez o Funcionario en ese momento? El Código Civil en el artículo 58 utiliza la expresión *declarará*, término que ha dado lugar a alguna de las posturas antes enunciadas; sin embargo, creo que no se trata de una declaración meramente formal como apuntaban unos, ni de una declaración que sea susceptible de ser considerada como el elemento constitutivo fundamental y único, como sostenían otros. El Juez, al declarar el matrimonio está expresando una voluntad, voluntad sin la cual no queda constituido *aquél* voluntad, bien es cierto, que no puede ser arbitraria o contingente y que de no haber razones que lo impidan, ha de estar encaminada a consentir la efectiva constitución del vínculo matrimonial; pero, de este mismo modo, ya que hablamos de voluntad, no podemos dejar de tener presente que el Juez también podría no declarar constituido el vínculo, si conociera de alguna razón que lo impidiese; por tanto, hemos salido ya del concepto de asistente como elemento formal con una actitud más o menos activa para toparnos de lleno con una segunda clase de voluntad sin la cual el matrimonio no existiría. No es ya suficiente que concurren las voluntades de los contrayentes, ni la presencia de un testigo que les interroge sobre si están de acuerdo en contraer matrimonio, sino que es necesaria la concurrencia de una tercera voluntad distinta de las dos anteriores por las limitaciones antes expuestas, pero en cierto sentido tan imprescindible como ellas, lo que no puede, en modo alguno, llevarnos a pensar en una *voluntad negocial*.

La historia legislativa del matrimonio —tan importante, a mi juicio, en virtud del criterio hermenéutico contenido en el artículo 3 del Código Civil, para entender el significado del Derecho vigente— es sumamente reveladora en este sentido. La Ley de 1870 en su artículo 38 establecía que el Juez, después de las repuestas afirmativas de ambos contrayentes, debía hacer una declaración solemne de que quedaban unidos en matrimonio; más tarde el Código Civil suprimió dicha declaración con lo cual era defendible lo que sostuvo la mayoría

---

(19) El artículo 52 del Código civil *in fine* prescinde de la necesidad de la previa formación del expediente para los matrimonios en peligro de muerte si por cualquier motivo hubiere causas que así lo justificasen. Los artículos 61.3 y 63.1 del Código Civil y 70 de la Ley del Registro Civil plantean supuestos en los que el matrimonio después de celebrado no es inmediatamente inscrito.

de la doctrina acerca de la preponderancia absoluta del consentimiento expresado por los contrayentes. Sin embargo el legislador de 1981 ha vuelto a establecer la necesidad de que haga dicha declaración (art. 58 del Cc.). Este nuevo cambio legislativo en mi opinión responde a la tesis expuesta. El propio artículo 73.3 del Código Civil refleja tal posición estableciendo la nulidad del matrimonio que carezca de la *intervención* del Juez o funcionario que deba celebrarlo o la de los testigos.

Con respecto a los testigos es claro que su no presencia acarrearía la nulidad del matrimonio ya que **aquella supone una representación (no oficial)** de la comunidad; con respecto al Juez o funcionario, la nulidad a la que se refiere el artículo 73 en su encabezamiento no sería la consencuencia jurídica para el caso de que éste no estuviese presente; más bien entonces estaríamos ante un supuesto de inexistencia del propio matrimonio como apuntaba más atrás (20), puesto que ni siquiera existiría una apariencia de matrimonio, y además difícilmente podría pensarse en el levantamiento del acta y en la inscripción registral posterior.

Pero es que, además de que la falta absoluta de intervención es un supuesto de simple inexistencia, la intervención para que sea válida y acorde con la interpretación hecha del artículo 73.3 del Código Civil ha de ser una intervención activa (21), papel activo que se identifica con una declaración de voluntad y no de mero conocimiento por parte del celebrante, ya que en caso de que no se reuniesen los requisitos y condiciones necesarias para la válida celebración del ma-

---

(20) Vid., *supra*, p. 5.

(21) En la redacción anterior del Código Civil, podemos sostener con GARCÍA CANTERO, *ob. cit.*, p. 203, que «del artículo 100 del Código Civil resulta, sin duda alguna, que el matrimonio se perfecciona cuando los contrayentes y testigos comparecen ante el funcionario competente y aquéllos responden afirmativamente a las respuestas que éste último les dirige (...). La función del Juez resulta insustituible, pero nada añade al consentimiento de los contrayentes sino que se limita a recibirlo en forma legal...; estos funcionarios son testigos cualificados desarrollando en cierto modo la **función de un Notario**»; **sin embargo, como sigue diciendo este autor...**, «en las legislaciones en las que funcionario autorizante debe pronunciar alguna fórmula sacramental parece que su declaración tiene tanto valor como el consentimiento» (*El vínculo de matrimonio civil en Derecho español*, Roma, 1959); también en este sentido ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil, Derecho de familia*, tomo IV, Barcelona, 1982, p. 31: «Jurídicamente el acto creador del matrimonio es un acuerdo solemne de voluntades, encaminadas a establecer la unión matrimonial»; por tanto, es esta la razón que ha movido a nuestro legislador a establecer de nuevo la fórmula prevista en la Ley de 1870. Se pretende, haciéndose, quizá eco de la doctrina, que la actuación del Juez tenga tanto valor como la de los contrayentes, y, esto se consigue a través de su celebración. No podemos olvidar en este sentido afirmaciones como la de CARBONNIER, *Droit civil*, París, 1955, p. 320, «La sociedad hace sentir el peso de su poder por medio de las prohibiciones y ritos que impone» y el Juez representando oficialmente al Estado y, en definitiva, a toda la sociedad, es el **vehículo de control, el agente** que a de velar por el cumplimiento de esos mecanismos legales que salvaguardan en definitiva el Orden público, bien supremo, que, junto con la Justicia, supone la propia existencia de la comunidad.

trrimonio, el propio Juez o funcionario podría denegar el levantamiento del acta matrimonial. El Juez, por consiguiente, como *representante oficial* del Estado, y en definitiva, de toda la comunidad, debe él también dar su conformidad a ese matrimonio, concurriendo así esa tercera voluntad de la que hablaba.

Aun siendo consciente del valor instrumental de las sentencias canónicas que seguidamente se traen a colación como argumentos a favor del carácter activo de esa intervención, es indudable que resultan de gran utilidad, a la vista de la escasa jurisprudencia civil que existe sobre el tema en nuestro país. La primera es la sentencia de la S. R. R. *coram Sabbattani* de 19 de febrero de 1965 (22) que declara nulo un matrimonio *ob incapacitatem testis qualificati*. En síntesis, la presente sentencia contempla el caso de un matrimonio contraído ante un párroco octogenario aquejado de demencia senil y cuya *turpitududo mentis* se estima suficiente para que falte el requisito de su presencia jurídica y no pueda cumplir su cometido como *testigo cualificado*, en doctrina canónica, y como interviniente activo, según mi interpretación. En otras palabras, no puede ser reputada intervención la mera presencia física del Juez o funcionario asistente que se halle privado de sus facultades mentales.

La segunda sentencia que se trae a colación es la *coram Florczac* de la S. R. R. de 31 de enero de 1929 (23); en dicha resolución se dice que «el sacerdote asistente como testigo autorizante al matrimonio no puede realizar su cometido si no percibe y entiende lo que hace puesto que si no lo percibe y entiende no estará presente en sentido jurídico». Lo mismo se puede decir cuando el celebrante del acto sea un funcionario civil; en tal caso el matrimonio sería nulo por falta de intervención de la autoridad designada por el código.

Amén de la afirmación anterior de que la intervención habría de ser activa he de añadir que además ha de estar exenta de irregularidades y que tanto la incapacidad de obrar como la incapacidad natural, así como los vicios de la voluntad en la persona del asistente suponen una intervención irregular que posiblemente desembocaría en una nulidad del matrimonio por la vía del artículo 73.3, esto es, por irregularidad en la forma, lo que no deja de ser llamativo.

Continuando con el análisis del término *intervención*, hemos de preguntarnos acerca de su naturaleza. ¿Es la intervención un acto administrativo o un acto de jurisdicción voluntaria? En respuesta a esta cuestión creo que nos hayamos ante un acto de jurisdicción voluntaria, habida cuenta de que la propia jurisdicción voluntaria goza de una naturaleza híbrida que da lugar a actos del más diverso contenido. Se me discutirá que el Juez encargado del Registro Civil no

---

(22) SRRD, vol. LVII (1965), Roma, 1974, pp. 183-205.

(23) SRRD, vol. XXI (1929), Roma, 1937, pp. 75-84.

es siempre quien autoriza el matrimonio; se me objetará, que a veces lo será un funcionario administrativo, no perteneciente al Poder Judicial, pero he de advertir que no es conceptualmente necesario que el ejercicio de la jurisdicción voluntaria se atribuya a los Jueces y de hecho no se les atribuye exclusivamente a ellos. La aludida atribución según la mayoría de la doctrina procesalista y entre ellos Gómez Orbaneja (24) obedece a las razones de política jurídica.

Por tanto, la índole del funcionario no influye decisivamente en la naturaleza que el acto tenga, siendo a veces un Notario, un Registrador, o un funcionario administrativo quien pueda llevarla a cabo. De la lectura del artículo 1.811 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se infiere que el acto de celebración del matrimonio así como la tramitación del expediente previo y la inscripción registral gozan de la naturaleza de jurisdicción voluntaria. A estos efectos téngase en cuenta que el fin de la jurisdicción voluntaria es constituir, desarrollar o completar relaciones jurídico-privadas y que la actividad administrativa actúa en el campo de las relaciones jurídico-públicas; habiendo rechazado el concepto de matrimonio como acto público tal y como proponía Cicu, es lógico que nos inclinemos a creer, al hablar de intervención, que nos hallamos ante un acto de jurisdicción voluntaria, o al menos, en cuanto a régimen jurídico, equiparable a los actos de jurisdicción voluntaria.

Una vez delimitado el concepto y la naturaleza jurídica de la *intervención* que acoge nuestro ordenamiento matrimonial veamos quien ha de prestarla de manera competente.

### 3.2. Alcance de la expresión «Juez o funcionario ante quien deba celebrarse»

De la lectura completa del Título IV del libro I del Código Civil podemos extraer la consecuencia de que la expresión utilizada por el legislador en el artículo 73.3: «Juez o funcionario ante quien deba celebrarse» significa una remisión en bloque a los artículos 51 y siguientes del mismo texto legal.

Creo que lo que se propone el Código en el artículo 73.3. no es establecer de modo absoluto la nulidad de los matrimonios celebrados ante Juez o funcionario incompetente (25) sino que, a mi entender, la finalidad de este artículo es establecer la nulidad de los matrimonios celebrados con unas «intervenciones» que tachamos de irregulares. Por lo que el contenido de la norma del artículo 73.3 del Código Civil queda establecido cuando definíamos, más atrás, el concepto

(24) GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil*, vol. I, Madrid, 1979, 8.ª ed., p. 59.

(25) De este modo entraría en pugna con el contenido del artículo 53 del Código Civil.

de intervención. En otras palabras la nulidad a que se hace referencia tiene su causa no en la incompetencia del Juez o funcionario, sino en su falta total de intervención (26) o en una intervención irregular o viciada.

Por tanto, y como señalaba antes, el inciso «Juez o funcionario ante quien deba celebrarse» es una remisión en bloque a otros artículos del propio Código Civil que regulan detalladamente quién es la autoridad competente para intervenir en cada matrimonio en concreto, dependiendo de las circunstancias en las que se haya de celebrar. Esta regulación se encuentra en la sección 2.<sup>a</sup> del capítulo III, titulada «de la celebración ante el Juez o funcionario que haga sus veces». El esquema de los jueces o funcionarios competentes para la celebración del matrimonio, dependiendo de la forma de celebración —o mejor dicho, de las formalidades o ritos seguidos—, de las circunstancias de los contrayentes y del lugar de celebración, es el que sigue:

- Para los matrimonios celebrados en forma civil es competente el Juez Encargado del Registro Civil correspondiente al domicilio de cualquiera de los contrayentes, o bien, por delegación, el Juez Encargado de otro Registro Civil, siempre que estos matrimonios sean celebrados en territorio español. En caso de que no hubiera Juez en el municipio donde se hubiera de celebrar el matrimonio será competente el alcalde o el funcionario designado reglamentariamente (arts. 51.1,2 y 57 del Cc.).
- Para los matrimonios celebrados en forma civil en el extranjero es competente el funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil en dicho territorio (art. 51.3 del Cc.).
- Para los matrimonios celebrados en forma canónica o en cualquiera de las formas religiosas de confesiones inscritas será competente el ministro autorizado por cada confesión para dicha celebración pero teniendo en cuenta, que para el pleno reconocimiento de efectos civiles es necesaria la inscripción en el Registro Civil, aplicándose en este caso, la competencia establecida en los dos párrafos anteriores (arts. 59, 60 y 61 del Cc.).
- Para los matrimonios celebrados en peligro de muerte será competente el Juez Encargado del Registro Civil aunque no sea el del domicilio de los contrayentes; en defecto de éste, el delegado y en defecto de ambos el alcalde. Respecto de los militares en campaña, el oficial o jefe superior inmediato a falta

---

(26) En este caso sería preferible utilizar la categoría de la inexistencia —categoría no aceptada por toda la doctrina—, así como también es posible referirnos a la inexistencia cuando el «interviniente» carece absolutamente de competencia para tal función, como en el supuesto del matrimonio que se «celebra» con la «intervención» de un particular o un amigo, ya que en este caso no se crea ni siquiera una apariencia jurídica de intervención. Lo mismo podríamos decir de la intervención de una autoridad pública totalmente incompetente, como un policía o un inspector de hacienda.

de Juez. Para los matrimonios que se celebran a bordo de nave o aeronave será competente el capitán o comandante de la misma (art. 52 del Cc).

Detengámonos un momento en analizar lo que ocurre respecto de los matrimonios religiosos. No se debe perder de vista que al comienzo de este trabajo dije que, en nuestro ordenamiento existe una sola clase de matrimonio, la regulada en el ordenamiento jurídico civil, que responde a una situación a la que puede accederse por dos vías o formas de matrimonio: la religiosa, canónica o no, y la civil. Ante esta situación que describimos podemos afirmar que el ministro de la religión de que trate actúa en sustitución del Juez o funcionario civil (27). Pero sin olvidar que es en última instancia el encargado del Registro el que decide sobre la inscripción o la no inscripción del matrimonio; de ahí la importancia de dicha inscripción que en definitiva supone, aunque no suple, esa voluntad en la intervención a la que tantas veces he aludido.

Al actuar el ministro de que se trate en sustitución del Juez o Funcionario civil (28), se supone que las reglas para determinar la competencia y jurisdicción de ese ministro en cada matrimonio en concreto —dependiendo de las circunstancias en las que se haya de celebrar— vendrán contenidas en la legislación o en las normas de la Iglesia o Confesión de que se trate (29).

Lo que hay, pues, es, en mi opinión, una remisión normativa —de carácter material— para que la confesión religiosa inscrita regule quién ha de celebrar y qué ritual se seguirá, siempre dentro de los términos acordados con el Estado, o en su defecto, autorizados por la legislación de éste, según se deduce del artículo 59 del Código Civil inserto en la sección tercera del capítulo III, la cual lleva por título «de la celebración en forma religiosa» título enormemente revelador —en la línea que apunté— de la existencia de una sola clase de matrimonio con varias *posibles formas de celebración* (30).

---

(27) En este sentido habría sido más acorde con el sistema matrimonial que acoge nuestro Ordenamiento el mantener el texto que propuso la Ponencia para el artículo 73.3 que decía «El que se contraiga sin la intervención de quien deba autorizar su celebración o sin la de los testigos» ya que el texto introducido por la Comisión, parece reservar al artículo 73.3 a los matrimonios civiles al referirse sólo al Juez o funcionario, y obviar la figura del ministro religioso, esta interpretación entraría en pugna con el propio encabezamiento del artículo 73 del Código Civil «es nulo cualquiera que sea la forma de su celebración», además el mantenimiento de la Ponencia hubiera sido coadyuvado enormemente a la interpretación del controvertido artículo 63 del Código Civil.

(28) Para que esta actuación sustitutoria produzca efectos civiles ha de existir un Acuerdo o Convenio que así lo determine.

(29) Respecto a quién ha de celebrar en el matrimonio canónico, serán competentes para asistir a la celebración, las personas designadas por el propio Código de Derecho canónico en los cánones 1108 y ss. En otras confesiones se estará a lo acordado con el Estado. Cfr. Ley Orgánica 7/80, artículo 2.2 y artículo 5.2.

(30) Respecto al ritual que se seguirá para el matrimonio canónico será el de la

Hay que advertir que en ambos aspectos normativos —competencia y ritual— la legislación civil tienen unas normas mínimas de carácter ineludible y no delegables *a priori* en su regulación a las legislaciones de confesiones religiosas. La necesidad de publicidad y la seguridad jurídica de cara a la determinación del estado civil, así como el principio de protección de la apariencia jurídica reconocido en nuestro ordenamiento, como demostró Gordillo (31), y consagrado de manera especial en esta materia a través de la institución del matrimonio putativo (art. 79), así lo exigen, actuando como límites a la pretendida posibilidad de celebración en forma religiosa; lo que significa que, en caso de no observarse esta normativa mínima, se producirá la nulidad del matrimonio celebrado en dicha forma religiosa como consecuencia coherente de la postura por la que tomé partido al iniciar el presente estudio, decantándome por el mal llamado *sistema matrimonial anglosajón* como sistema instaurado por nuestra Constitución de 1978. Por otra parte, quizá cabría decir que el Juez civil puede (fuera del procedimiento de homologación del art. 80 Cc.) declarar la nulidad de un matrimonio religioso por defecto de forma *ex artículo 73.3 del Código Civil*, aplicando, para ello, las normas sobre formas contenidas en el C. I. C. (o en otro texto confesional): no creo que, salvo lo relativo al Orden Público, el mismo Juez deba aplicar las normas civiles, ateniéndose a la forma, pues no fueron esas las que debieron aplicarse, sino los cánones relativos a la forma de celebración del matrimonio (32); tampoco es defendible que no quepa declarar la nulidad por irregularidad en la forma, pues ello significaría discriminar negativamente a los que eligieron la forma ca-

---

Liturgia Católica según los cánones 1119 y 1120. Para otras confesiones, al igual que en el caso anterior se estará a lo acordado con el Estado o a lo que dispone la legislación.

(31) GORDILLO, *La representación aparente (una aplicación del principio general de protección de la apariencia)*, Sevilla, 1978, pp. 441-465.

(32) Por ejemplo, declarando la nulidad civil de un matrimonio celebrado ante la Iglesia Católica por infracción de algún canon del CIC, dado que el artículo 73 del Código Civil habla de «nulidad cualquiera que sea la forma de su celebración» dado que: 1.º debe ser igualmente posible acceder a la nulidad matrimonial por cualquiera de los motivos contenidos en el artículo 73 del Código Civil a todos los españoles, hayan contraído sus nupcias en el juzgado o en el templo. 2.º No puede impedirle a un Juez civil que conozca de la nulidad de un matrimonio contraído por un español, haya escogido una u otra forma de matrimonio. No hace falta esperar a la homologación; LUNA SERRANO, *El nuevo régimen de la familia...*, en la «ob. colectiva Matrimonio y divorcio», vol. I, Madrid, 1982, pp. 19 y ss., en concreto este punto en las páginas 138 a 140. 3.º Todo español casado conforme a cualquier ritual admitido por nuestra legislación puede demandar la tutela del Juez civil (art. 24 de la Constitución). Por ello es también posible que el Encargado del Registro Civil pueda negarse a inscribir un matrimonio canónico manifiestamente nulo por defecto de forma canónica.

Del mismo modo que es posible que un matrimonio celebrado correctamente desde el punto de vista canónico pueda ver denegada su inscripción por el Encargado del Registro civil —además de por la razón del párrafo segundo del art. 63— también por irregularidades en la forma al no cumplirse las garantías mínimas que el ordenamiento jurídico civil estima necesarias para la certidumbre y seriedad del consentimiento.

nónica, impidiéndoles obtener la nulidad por ese camino (además de que pugnaría con el contenido del art. 24 de la Constitución).

## **B) ARTÍCULO 53 DEL CÓDIGO CIVIL**

### **1. Posición sistemática del artículo 53 del Código Civil dentro de la norma general del artículo 73.3 del Código Civil**

Una vez concluido el estudio del artículo 73.3 del Código Civil, en orden al alcance del contenido de la norma, delimitado fundamentalmente tras la interpretación expuesta del término «intervención», creo que resultaría más útil recordar que el objeto del presente trabajo es precisamente el coordinar el contenido de los artículos 73.3, 53 y 78 del Código Civil; en este sentido reputo más operativo exponer en esbozo a continuación la relación que guardan el artículo 73.3, el 53 y el 78 antes de comenzar la exégesis propiamente dicha del artículo 53.

Respondiendo a la pregunta de cómo coordinar el contenido de los tres artículos mencionados, y advirtiendo previamente que la redacción de estos tres artículos demuestra que las considerables deficiencias técnicas de nuestra Ley de 7 de julio de 1981, hay que señalar, que, si tomamos al pie de la letra la expresión contenida en el artículo 73.3 «Juez o funcionario ante quien deba celebrarse», el artículo 53 entraría en pugna con el anterior y con el propio artículo 78 que salva la validez de los defectos de forma siempre que haya buena fe por parte de uno de los cónyuges, salvo en el caso del artículo 73.3 que ha de cumplirse imperativamente so pena de nulidad, ya sea el matrimonio civil o religioso, es decir celebrado en el juzgado o en el templo.

Esta es la razón por la cual la expresión antes referida no puede ser entendida literalmente, sino como una remisión en bloque a lo dispuesto en la sección segunda, donde se encuentra el artículo 53.

En resumen, la manera de interpretar conjuntamente estos tres artículos es la siguiente: el artículo 78 declara que el Juez no acordará la nulidad del matrimonio por defecto de forma si al menos uno de los cónyuges lo contrajo de buena fe, salvo lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 73, es decir, salvo la falta de intervención o la intervención irregular del Juez o funcionario incluida la intervención realizada por persona incompetente o falta de nombramiento legítimo; ahora bien, si esta intervención hecha por persona incompetente o falta de nombramiento legítimo reúne las condiciones del ejercicio público de las funciones del Juez o funcionario y al menos uno de los cónyuges actúa de buena fe, se establece otra excepción, la del artículo 53, salvándose la validez del matrimonio. Aún así, hay que decirlo, el artículo 53 actúa dentro de determinados límites y con-

diciones, con el objeto de evitar abusos, los cuales analizaremos más adelante.

## 2. Consecuencia jurídica del artículo 53 del Código Civil: Validez o eficacia

Del mismo modo que actué precedentemente respecto del artículo 73.3 lo hago ahora respecto del 53, en cuanto que parte del estudio de la consecuencia jurídica para abordar seguidamente —invocando en aras de la obligada brevedad, a título ejemplificativo sólo las obras más acordes con la doctrina hoy dominante— el estudio del supuesto de hecho.

Al la luz del artículo 53 del Código Civil *el primer problema* se suscita en torno al término *validez* utilizado por el legislador. Para abordarlo, es necesario trazar las líneas generales en relación a las categorías de la eficacia y de la ineficacia del negocio jurídico.

Como autorizadamente ha mantenido la doctrina: «La ineficacia del negocio es sencillamente el hecho de que éste no produzca los efectos que las partes pretenden y que en circunstancias normales provoca el tipo de negocio de que se trate» (33).

Caben dos tipos de ineficacia: *la funcional*, que se debe a irregularidades extrínsecas al proceso formativo del negocio, y en esta última están la resolución, la revocación, el mutuo disenso, tal vez la rescisión, etc.; y *la estructural*, que se debe a irregularidades intrínsecas al proceso formativo del negocio.

A la ineficacia estructural se la denomina invalidez; y dentro de ella, cabe distinguir, a su vez, dos clases: la nulidad, cuando la invalidez es automática por establecerla imperativamente una norma, y la anulabilidad, cuando la invalidez no es automática sino que se deja a la voluntad de las personas protegidas, por la ineficacia, la facultad de provocarla.

Hecho este cuadro general que reputo válido, inducido por la doctrina hoy dominante, del régimen de los negocios jurídicos patrimoniales *inter vivos*, como esquema de trabajo, veamos la terminología utilizada por el Código Civil en sede de matrimonio. El artículo 73

---

(33) DE CASTRO, *El negocio jurídico*, ed. Civitas. Madrid, 1985, pp. 462 y ss.: «Se considera negocio ineficaz aquel al que cualquier obstáculo o defecto impide que despliegue sus naturales consecuencias». DIEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, ed. Técno, Madrid, 1979, p. 283: «Cuando hablamos de ineficacia aludimos a la falta de producción de consecuencias o, cuando menos, de aquellas consecuencias que deberían haberse producido y que pueden ser razonablemente esperadas en virtud de la celebración del contrato. LACRUZ, *Elementos de Derecho civil II*, vol. 2, Bosch, Barcelona, 1977, p. 269 (en sede de contratos): «ineficaz es el contrato que no surte ningún efecto, o no surte los efectos que corresponden a su contenido». CLAVERIA GOSÁLBEZ, *La confirmación del contrato anulable*, «Publicaciones del Real Colegio de España», Bolonia, 1977, p. 23.

sanciona con la nulidad la intervención irregular. La incompetencia o falta de nombramiento legítimo de Juez o funcionario es, como hemos visto, un tipo de intervención irregular que acarrearía, pues, la nulidad. Sin embargo, el legislador extrae de esta norma general una excepción, la del artículo 53, haciendo válida una intervención irregular que entraría dentro del supuesto de nulidad, si no se dieran las dos condiciones exigidas: el ejercicio público de las funciones del Juez o funcionario celebrantes del matrimonio y la buena fe de al menos uno de los cónyuges. ¿Cómo es posible hacer válido lo que en principio sería nulo? ¿No hubiera sido mejor hablar de *eficacia* en vez de *validez*?

El objeto de nuestra investigación respecto de este punto es traducir y explicitar el contenido exacto del término *validez* contenido en el artículo 53. A la vista de que —como veremos líneas más adelante—, todos los indicios nos hacen pensar en la protección de la buena fe y de la apariencia como fundamento del precepto contenido en este artículo, parece ser que dicho término debería de ser entendido como *eficacia*, respecto de determinadas personas a las que se pretende proteger; a pesar del mantenimiento de la invalidez. Es exactamente ésta la explicación funcional del *modus operandi* de la protección de la apariencia jurídica que proponen los autores que más autorizada y recientemente se han pronunciado sobre el tema. Si bien, hemos de reconocer que lo han hecho adoptando como objeto principal de su reflexión preferentemente mecanismos propios del Derecho patrimonial *inter vivos*. (En concreto adquisición *a non domino*.) (34).

En resumen, los matrimonios contraídos con las circunstancias del artículo 53 del Código Civil, no cabe duda de que adolecen de una intervención irregular, pero, no obstante, el legislador ante la concurrencia de determinados elementos, les atribuye plena *eficacia inter partes y erga omnes*; por tanto, no nos importaba excesivamente la calificación técnica ni la casilla en la que subsumir el término «validez» contenido en el artículo 53.

El *segundo problema* de este artículo se suscita al preguntarnos por qué otorgar a los matrimonios celebrados en las circunstancias del artículo 53 la plena *eficacia*. ¿Actúa aquí, como en otras ocasiones, el mecanismo de protección de la apariencia? Parece ser que sí. Sin embargo, aunque la protección de la apariencia es el fundamento de la norma —mediata o inmediatamente—, no significa esto que sea a su vez el presupuesto de la protección de los terceros de buena fe. Es decir, a través de la protección de la apariencia que encierra este artículo no se trata de preservar las expectativas o los derechos de los terceros, como sucede en otras ocasiones en las que actúa este

---

(34) GORDILLO *La protección del tercero de buena fe en la reciente reforma del derecho de familia*, «ADC», 1982, pp. 1111 y ss. *Idem*, *La representación aparente...*, *ob cit.*, p. 442.

mecanismo de protección, ya que para ello hay una norma específica, el artículo 79 del Código Civil amén de que, si esto fuese así, habríamos de convenir que los contrayentes son los terceros como destinatarios de la protección que ofrece el ordenamiento jurídico, lo que no es admisible ya que los contrayentes no «contratan» un matrimonio con el Juez o funcionario y no pueden recibir la categoría jurídica de *terceros*, porque ellos son los propios protagonistas del matrimonio. Sin embargo, pienso que cabe protección de la apariencia sin que el protegido sea *tercero* (35).

En consecuencia, la causa de esta eficacia que otorga el Ordenamiento a los matrimonios contraídos en las circunstancias del artículo 53 del Código Civil, quizá se encuentre en que el legislador por medio de esta norma lo que hace es proteger esas dos voluntades que él estima esenciales (aunque no únicas), que actúan de buena fe y que van a producir efectos jurídicos; la protección de la apariencia es el fundamento de la norma (36), pero quizá esta protección de la apariencia esté basada en el viejo principio jurídico canónico del *favor matrimonii* (37). Porque a la postre y desde el punto de vista de la protección de la seguridad jurídica y del control social, resulta mejor al legislador otorgar plena eficacia a este matrimonio que sancionarlo con la nulidad y resolver sus efectos jurídicos por la vía del matrimonio putativo, lo cual supone un mayor coste social; amén de que puedan haber influido en la elaboración de la norma otras posibles consideraciones deontológicas, quizá heredadas del Derecho canónico.

La fundamentación del artículo 53, es, en definitiva, la protección del matrimonio contraído de buena fe, cuyo posible vicio no estaría motivado por una irregularidad en el consentimiento de los esposos, ni por un impedimento matrimonial, sino por un defecto achacable

---

(35) A favor de esta visión contractualista del matrimonio GONZÁLEZ PORRAS, *Comentarios al artículo 53 del Código Civil*, en la ob. «Colect. Matrimonio y divorcio, comentarios...», coordinados por Lacruz, Madrid, 1982, pp. 218-219.

(36) GORDILLO, *La protección de los terceros de buena fe en la reciente reforma del Derecho de familia*, «ADC», 1982, p. 1149.

(37) En principio hemos mantenido la idea del *favor matrimonii* que encierra la norma, así como de la protección de buena fe basada en la apariencia, es decir, favorecer el matrimonio evitando al máximo los posibles supuestos de nulidad, para lo cual el artículo 53 ha de ponerse en relación, a fin de comprenderlo, con el artículo 78. Las nulidades que evitan los artículos 53 y 78 son nulidades por defecto de forma, pero ello no puede llevarnos a decir, como hace GONZÁLEZ PORRAS (*ob. cit.*, pp. 218-219), que esto sea reflejo de las ideas contractualistas que han presidido la redacción de la Ley, para quien, ni las formas ni las formalidades son requisitos esenciales del matrimonio en el sentido en que lo son los requisitos o presupuestos de fondo y por ello la buena fe y la apariencia pueden evitar la nulidad por su incumplimiento. Pero no puede ser tachada de mera formalidad la intervención del Juez o funcionario, en el sentido que he manifestado y que corrobora el artículo 73.3 al hacer nulo el matrimonio por falta de intervención, y que vuelve a corroborar el artículo 78 al exceptuarla de la regla general, de protección de la buena fe basada, en el caso del artículo 53 en la apariencia jurídica.

sólo al *status* jurídico de la persona que actúa en representación del Estado en este caso, no pudiendo hacerlo ya sea por incompetencia o por falta de nombramiento legítimo, o tal vez por ambas circunstancias a la vez (38).

### 3. Artículo 53: Análisis del supuesto de hecho que plantea

#### 3.1. Significado de la expresión «Incompetencia o falta de nombramiento legítimo del Juez o funcionario»

En la legislación anterior, el artículo 101.4 del Código Civil declaraba nulo el matrimonio que se celebrase sin la intervención del Juez Municipal competente. El artículo 53 actual supone, pues, toda una novedad en nuestra legislación matrimonial (39).

Novedad por cuanto introduce en el ordenamiento jurídico español, de una parte de una norma que cuestiona la teoría de la competencia del funcionario como presupuesto para la validez del acto, tanto en el campo administrativo como el procesal (40); y de otra, por cuanto supone la consagración normativa de una vieja aspiración doctrinal, la de validez de los actos realizados por lo que se dado en llamar el *funcionario de hecho* (41).

Parece defendible la tesis de la inspiración en el Ordenamiento Jurídico canónico a la hora de redactar nuestro legislador este artícu-

---

(38) Cfr. GORDILLO, *La representación aparente...*, *ob. cit.*, pp. 221-253; en la historia del Derecho de nuestra área cultural también encontramos ejemplos sobre este caso: en el Digesto, Ley 3, Libro 1, Título 14 (D.I., 14,3) se recoge un supuesto que guarda estrecha relación con éste: «Un esclavo fugitivo llamado Barbari Filipino, fue designado en Roma para el cargo de Pretor que él había solicitado, sin que obstara su condición de esclavo para que dejara de ser Pretor, conforme afirma Pomponio. No cabe duda de que ejerció el oficio de Pretor. Pero esto mismo suscita la cuestión más general de si un esclavo, mientras no se conozca ésta su condición inhabilitante, válidamente ejerce sus funciones pretoriales para las que ha sido designado. ¿Diremos que no tiene valor ninguno todo cuanto mandó y decretó? ¿O afirmaremos más bien que vale todo lo hecho por él habida cuenta del bien común o utilidad de los que a él acudieron, en virtud de Ley o algún otro derecho? Tengo por cosa cierta que nada de cuanto hizo debe reprobarse, esto es más humano, toda vez que muy bien pudo el pueblo romano disponer que un esclavo fuese investido de dignidad pretorial más aún, para conferirle, le hubieran concedido la libertad de haber sabido que era esclavo. Y esto, que no excedía de las atribuciones del pueblo, con mayor razón lo hubiera podido hacer el Emperador». Tal doctrina pasó al derecho canónico y ya Graciano sostenía los siguientes: «Sin embargo, si un esclavo mientras era tenido por hombre libre pronunció una sentencia, aunque después hubiese vuelto a quedar reducido a su condición de esclavo, la sentencia por él dictada tiene solidez de *cosa juzgada*.» También encontramos ejemplos en las Decretales. Y en el propio C. I. C. vigente hay una solución que guarda cierta relación con lo anterior en el c. 144.

(39) Cfr. GONZÁLEZ PORRAS, *ob. cit.*, pp. 156 y ss.

(40) Cfr. artículo 47.1 a) de la Ley de Procedimiento Administrativo y artículos 74 y 249 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(41) Cfr. GONZÁLEZ PORRAS, *ob. cit.*, pp. 164 y ss.

lo, ya que una norma de contenido equivalente a éste se recogía en el C. I. C. de 1917 (c. 209) y se sigue recogiendo en el Codex de 1983 (c. 144). Es decir, en buena medida, el artículo 53 del Código Civil, significa probablemente la traducción al orden civil de la *suplencia de jurisdicción* en la legislación canónica (42).

Pero atendamos en este momento sólo a nuestro Ordenamiento Jurídico, dejando para el próximo apartado el estudio de la normativa canónica referente a este punto.

Como señalaba, el artículo 53 representa una novedad en dos ámbitos diferentes, aunque en cierta forma relacionados: el tema de la competencia y el del funcionario de hecho.

#### A) COMPETENCIA

Más atrás sentaba mi opinión acerca de la naturaleza jurídica del acto de celebración del matrimonio, reputándolo, con las debidas reservas, acto de jurisdicción voluntaria, aún en el supuesto de que la autoridad que interviniera fuera un alcalde o un delegado o un funcionario diplomático o consular, es decir, una persona no dependiente de la Administración de Justicia, sino perteneciente a la Administración Pública, dada la misma naturaleza híbrida del acto de jurisdicción voluntaria.

Pues bien, en ese caso habremos de acudir a la L. E. C. para indagar qué dispone en el supuesto de actuación de un Juez o funcionario incompetente. Este cuerpo normativo en su Libro I dedicado a las disposiciones comunes a la Jurisdicción contenciosa y a la voluntaria, establece, en el artículo 74, en sede de competencia, que son nulos los actos verificados ante órgano jurisdiccional incompetente por razón de la materia y en el artículo 249 que las actuaciones judiciales deberán ser autorizadas, bajo pena de nulidad, por el funcionario público a quien corresponda dar fe o verificar el acto.

Con respecto al artículo 74, aunque se establece la nulidad del acto sólo por incompetencia en razón de la materia, el Tribunal Supremo ha interpretado que «si bien es cierto que el supuesto de dicha norma es la carencia de jurisdicción del Juez o Tribunal para conocer de un asunto por razón de la materia a la que correspondería conocer a una autoridad o jurisdicción distinta a la ordinaria, no lo es menos

---

(42) Admito que esta es una mera opinión personal, ya que sobre este punto no existe ningún dato que permita fundamentar mi postura, porque el artículo 53 fue aprobado en el Parlamento sin que en su proceso formativo existiese algún dato ilustrativo al respecto, fruto de alguna controversia. Tan sólo es de destacar que la Ponencia añadió el supuesto de falta de nombramiento legítimo al texto presentado por el Gobierno y que el artículo 53 así redactado por la Ponencia fue aceptado por la Comisión y más tarde, después de todo el *iter* parlamentario, aprobado definitivamente sin que existiese, repito, discusión sobre su contenido.

que el mismo carácter de derecho necesario que tiene las normas legales sobre jurisdicción lo tienen también las que dentro de una misma jurisdicción determinan la competencia de los respectivos jueces y tribunales que se refieren a la naturaleza del asunto, a su cuantía o a la jerarquía del Juez o Tribunal, las cuales no pueden ser derogadas por la voluntad de las partes y, por tanto, cuando un Juez o Tribunal actúa contra tales normas que le señalan la esfera en que necesariamente han de desenvolverse da origen a la nulidad radical e insubsanable de todas las actuaciones que con exceso de poder haya realizado y procede hacer tal declaración de nulidad conforme previene el último párrafo del citado artículo 74» (43).

Esto nos hace pensar que hay nulidades en los actos jurisdiccionales no sólo por incompetencia en razón de la materia sino también cuando existe incompetencia por razón de la jerarquía del órgano que debía conocer o por la naturaleza del asunto; de este modo sería incompetente para autorizar un matrimonio un Juez de paz, o un Secretario de Juzgado, siempre que reglamentariamente no hayan sido designados delegados. El artículo 249 de la L. E. C. es sumamente claro a este respecto.

Además de estas normas que actúan directamente también en el campo de la jurisdicción voluntaria, hay otras, referidas a la jurisdicción contenciosa de las que la doctrina ha extraído el principio general de Derecho procesal, por el cual los actos jurisdiccionales realizados por Juez o funcionario incompetente son radicalmente nulos (44).

Normas semejantes también existe en nuestra legislación administrativa, tal vez aplicable *ex* artículo 4.1 del Código Civil, concretamente en el artículo 47.1.a, a de la L. P. A. «Los actos de la Administración son nulos de pleno derecho en los casos siguiente: los dictados por órganos manifiestamente incompetentes...»

Baste esto para demostrar el espíritu de nuestras leyes en lo que a incompetencia se refiere, por lo que no es gratuito afirmar que el artículo 53, aun refiriéndose sólo al supuesto de incompetencia de la autoridad que interviene en la celebración del matrimonio y siempre que se den las dos condiciones necesarias para la actuación de la norma, abre brecha en la teoría de la competencia como requisito *sine qua non* para la validez de los actos jurisdiccionales e incluso administrativos, teniendo presente, volvemos a repetir, la naturaleza híbrida de los actos de jurisdicción voluntaria.

Fijémonos ahora en la expresión «manifiestamente incompetente» del artículo 47.1.a de la L.P.A. al compararla con la utilizada en el artículo 53 del Código Civil; vemos que éste sólo hace referencia

---

(43) En relación con la incompetencia el Tribunal Supremo se ha manifestado en tal sentido en la Sentencia de 25 de mayo de 1959.

(44) MORÓN PALOMINO, *La nulidad en el proceso civil español*, Barcelona, 1957, p. 87.

a la incompetencia sin añadir ningún tipo de calificativo que nos indique qué tipo de incompetencia es la que no afectará a la validez del matrimonio en los casos en que se den las dos condiciones de actuación de la norma: ejercicio público de las funciones y buena fe al menos en uno de los contrayentes. ¿Qué alcance tiene, pues, esta incompetencia? ¿Queda fuera del ámbito del artículo 53 del Código Civil la incompetencia manifiesta? ¿Casarían válidamente un Secretario de Ayuntamiento o un Oficial de Registro civil, o incluso un Notario? En mi opinión habría que estar a las circunstancias específicas de cada caso en concreto. Tal vez, para que se aplique el artículo 53 del Código Civil, basta que actúe un incompetente o uno con falta de nombramiento legítimo o uno que sea incompetente y que no tenga nombramiento legítimo. Lo decisivo es que se den los requisitos del final del artículo 53 del Código Civil.

Estos requisitos son las dos directrices que el legislador nos ofrece y que debemos utilizar para enjuiciar la validez o nulidad del matrimonio celebrado en las circunstancias ya expresadas. Estas dos directrices deben darse conjuntamente, no basta sólo buena fe en uno de los cónyuges, del mismo modo que no es suficiente el ejercicio público de las funciones del interviniente.

Como se verá más adelante, interpretando el significado y alcance de las expresiones *buena fe* y *ejercicio público de las funciones*, logremos conocer qué tipo de incompetencia no constituye motivo de nulidad matrimonial ni de inexistencia, cuando ésta afecta al Juez o funcionario autorizante y por contra, en qué casos la incompetencia es causa de inexistencia o de nulidad dependiendo de las circunstancias.

## B) FALTA DE NOMBRAMIENTO LEGÍTIMO

Al igual que ocurre con la incompetencia, se hace necesario determinar el alcance de la expresión «falta de nombramiento legítimo».

¿Supone ésta que nos encontraremos ante la existencia efectiva de un nombramiento que adolece de alguna irregularidad, o significa que nos hallamos ante el supuesto de la ausencia total de nombramiento?

En el primer caso cabe decir que el legislador ha consagrado normativamente en el artículo 53, como sosteníamos antes, la teoría del *funcionario de hecho*; en el segundo, nos encontramos ante lo que la doctrina calificó de *Administración de facto*, concepto mucho más amplio que el anterior, ya que en él se engloban tanto los supuestos de funcionarios de hecho por la falta de legitimidad en el nombramiento, como los casos de mera usurpación de funciones, es decir, casos en los que falta totalmente el nombramiento del funcionario, no existiendo lo que la doctrina inglesa califica de *colour of title*, una apariencia de legitimidad basada en un título o nombramiento.

El decantarnos por una u otra postura supone en definitiva el valorar en mayor o en menor medida los principios que rigen el Ordenamiento sobre el valor jurídico que supone el matrimonio. De cualquier forma, corresponde a la Jurisprudencia en último caso, interpretar si la expresión *falta de nombramiento legítimo* supone sólo una irregularidad en el título que faculta para el ejercicio de una función pública, o bien puede entenderse comprendida en esta expresión la falta total de título.

Sin embargo, no tenemos reparo en mantener que, a la vista del carácter excepcional del artículo 53, y del recorte que supone a la norma general del artículo 73.3, nos parece más adecuado dar una interpretación restrictiva a dicha expresión, por lo cual no tendría aquí cabida la doctrina de la *Administración de facto*, del modo en que es entendida por algunos autores (45), sino que sólo supondría la admisibilidad de la validez de los actos realizados por un funcionario de hecho, para lo que nos basamos en el artículo 3.1 del Código Civil, «Las normas se interpretan según el sentido propio de sus palabras...» y en el artículo 4.2 del Código Civil «Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni a momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas».

Dicho esto conviene recordar el concepto de *funcionario de hecho* y sus requisitos. En este sentido estamos de acuerdo con la definición que propone De la Vallina (46) «Funcionario de hecho será aquél que ejerciendo las funciones públicas propias de un oficio o cargo público, le falta algún requisito fundamental para hacer de él un funcionario *de iure*, es decir, quien, ingresando en los cuadros de la Administración como funcionario presta a la misma un efectivo servicio, pero, sin embargo, su situación administrativa no es regular, por lo que no puede ser un funcionario de derecho (...). Únicamente se diferencia el funcionario de hecho del de derecho, en que la relación con la Administración a quien sirve es en el segundo perfectamente regular, mientras que en el primero existe alguna irregularidad más o menos aparente que impide que dicha relación sea *de iure*; pero, sin embargo, si nos fijamos en el ejercicio de sus actividades no percibiremos diferencia alguna entre ellos. Por esto, por obrar como un auténtico funcionario, aunque en derecho no lo sea, se le da el calificativo de funcionario de hecho. Precisamente esa relación con la Administración actúa como presupuesto objetivo para que la buena fe resulte digna de protección por la ley». Para que exista el funcionario de hecho es necesario que se den los siguientes requisitos:

---

(45) DE LA VALLINA VELARDE. *Sobre el concepto de funcionario de hecho*, «RAP», número 29 mayo-agosto 1959, pp. 103-158. FUEYO ALVAREZ. *La doctrina de la Administración de facto*, «RAP», número 2, mayo-agosto, 1950, pp. 35-56.

(46) DE LA VALLINA VELARDE. *ob. cit.*, pp. 115-116.

- 1.º Que el cargo que se ocupe tenga una existencia *de iure* o al menos esté reconocido por la Ley.
- 2.º Que esté realmente en posesión del mismo.
- 3.º Detentarlo bajo apariencia de legitimidad de título o autoridad.

Con respecto a la existencia legal del cargo, no se nos plantea ningún problema. Se trata en este caso del cargo de Juez encargado del Registro Civil, o del cargo de Funcionario Diplomático o Consular encargado del Registro Civil en el extranjero o del cargo de Alcalde o delegado designado reglamentariamente; en resumen se trata de la existencia legal de los cargos enumerados en el artículo 51 y en el artículo 52 del Código Civil para los matrimonios contraídos en peligro de muerte.

El segundo requisito es que esté en posesión del mismo. Esta posesión, en principio, habría de ser pacífica, pública y continuada y de buena fe. Es decir, la actuación externa a de ser de la misma naturaleza que sería la del funcionario de derecho. No obstante, pensamos que la *ratio* del artículo 53 exime del requisito de buena fe en el funcionario, aunque no en los contrayentes, pues el fundamento del precepto se halla vinculado a la actitud de éstos ante una determinada apariencia, no a la actitud de quien contribuye a conformar dicha apariencia.

El tercer requisito es la apariencia de legitimidad del título o nombramiento, para lo que es necesario que el título o nombramiento exista efectivamente, ya que, sin título, no cabe hablar de funcionario de hecho, sino de usurpador de funciones, figura no contemplada en nuestro artículo 53 del Código Civil como hemos dicho. Usurpador de funciones será aquella persona que, sin apariencia alguna de legitimidad, por falta de título, ejerce los actos propios de una función pública, excluyendo por la fuerza o dolosamente a quien incumbía el cargo.

Sin embargo, cabría admitir una tercera figura, que, sin ser funcionario de hecho por carecer de título aún jurídicamente nulo, en circunstancias excepcionales ejerce de buena fe las funciones públicas de un cargo público de manera efectiva, exclusiva, pública, pacífica y continuada: es el *funcionario de hecho por reputación o aquiescencia* (47).

Esta figura, aun no entrando en el supuesto puro del funcionario de hecho, sino constituyendo uno de los supuestos de la doctrina *de facto*, podría considerarse incluida dentro del artículo 53 del Código Civil. De cualquier forma, lo seguido parece discutible ya que el artículo 53 del Código Civil lo que precisa es la existencia de manera necesaria, de la buena fe de uno de los cónyuges y no la buena fe

---

(47) DE LA VALLINA VELARDE, *ob. cit.*, pp. 132 y ss.

del «funcionario» que ejerce las funciones de un cargo público sin ni siquiera un título o nombramiento aunque no fuese legítimo.

Naturalmente, la irregularidad del título no tiene que recaer en el nombramiento del Juez o funcionario de que se trate, sino que puede referirse a la delegación hecha a favor de otro Juez o funcionario, delegación que prevé el Código en los artículos 51.2 y 52.1; pero téngase presente que, si tal delegación no existiese, estaríamos saliendo del supuesto de falta de nombramiento legítimo para entrar en el de la incompetencia, ya que competencia es el conjunto de facultades —poderes y atribuciones—, correspondientes a un órgano, conferidos por el Derecho Objetivo, y, si no hay una delegación hecha a favor de otro órgano por el que tiene potestad para ello, lo que sucede es que ese otro órgano se está excediendo en sus facultades, aunque actúe en virtud de un título regular, y, por tanto, cae dentro del ámbito de la incompetencia.

Para terminar, en la línea de supuestos concretos que estamos exponiendo, cabría plantearnos uno más. Es el caso de la persona que, además de actuar como funcionarios de hecho, lo hiciese también excediendo de su competencia. ¿Qué sucedería con dicha autorización matrimonial? Cabe pensar que este supuesto no entraría dentro del ámbito de la norma del artículo 53 del Código Civil por cuanto el legislador emplea una fórmula lingüística disyuntiva «incompetencia o falta de nombramiento legítimo», sin embargo, en atención a la *ratio legis* del propio artículo 53, sobre la que hemos tratado con anterioridad, es más que posible el considerar también este supuesto incluido en la protección que otorga dicha norma.

### 3.1.1. Relevancia de estas irregularidades en el supuesto de matrimonio religioso

Pasemos ahora al estudio de la relevancia, a efectos de nulidad, de la incompetencia o falta de nombramiento legítimo del ministro asistente al matrimonio celebrado en forma religiosa. Empecemos en primer lugar por los matrimonios canónicos. Una advertencia previa: dado que, en virtud del sistema matrimonial español, las normas canónicas sobre forma del matrimonio son, en cierto sentido, recibidas en Derecho civil, siendo las que seguidamente se tratan normas sobre dicho tema, tienen cabida en este texto.

Como se dijo, el artículo 53 del Código Civil, encuentra su parangón en el c. 144 del C. I. C., de 1983 y en su remisión al c. 1.111 del mismo cuerpo legal, que a su vez suponen el reflejo de normas parecidas recogidas en el anterior C. I. C. de 1917. Estos cánones constituyen la consagración en el Orden normativo canónico, de la suplencia de jurisdicción (48).

---

(48) Conviene aclarar que técnicamente la asistencia al matrimonio no es estricta-

Así pues, los supuestos contemplados en el artículo 53 del Código Civil, se recogen también, muy aproximadamente, en la normativa canónica, como excepciones a la norma general del c. 1.108. Por otra parte, las condiciones exigidas en el artículo 53 del Código Civil, para que la validez del matrimonio no quede afectada en los casos de incompetencia o falta de nombramiento legítimo del Juez o funcionario, se recogen también en el c. 114 C. I. C. 1983, bajo otras denominaciones: en concreto, el c. 144 habla de *error común de hecho y de derecho* y de *duda de hecho y de derecho*, pero, a la postre, no hay más que una diferencia terminológica y no exactamente sustancial, ya que el error común supone la inexacta apreciación, por parte de quien deba someterse a una potestad, acerca de si un determinado sujeto se halla investido de ella. Para que el error común, de hecho o de derecho, produzca la suplencia de la potestad es preciso que el error tenga su fundamento en un hecho público capaz de producir-

---

mente para los canonistas un acto de potestad de jurisdicción, por lo que es mejor en el terreno de la suplencia llamarla suplencia de la facultad de asistir al matrimonio, *delegatio facultatis assistendi matrimonii* —en el texto original— como cautelosamente lo hace el c. 1111.2, en relación al c. 144 CIC, 83. Nominalismos al margen el c. 144 encuentra su fundamentación en la teoría de que la Iglesia suple la facultad de asistir, que no tiene el ministro, con el objeto de evitar la inseguridad jurídica que se produciría acerca de la validez de los matrimonios celebrados o que se hubieran de celebrar en caso de duda y atender al peligro en que se encontraría la comunidad cristiana al celebrarse matrimonios nulos, en la creencia de haberse celebrado válidamente. Esto significa que la nulidad por defecto de forma implicará no sólo la falta de potestad para asistir, sino también el no haber tenido lugar la suplencia de la facultad de asistir al matrimonio o suplencia de jurisdicción.

Esto, junto con el análisis de los trabajos preparatorios del CIC de 1983 (cfr. Comunicaciones 10 1978, pp. 90-92; NAVARRO VALLS, *La forma jurídica del matrimonio en el nuevo Código de Derecho canónico*, «RDP», noviembre, 1983, pp. 1014 y ss.) nos hace pensar que la *ratio* de esta expresa mención es limitar al máximo los supuestos de nulidad por defecto de forma, haciendo que la suplencia actúe en el mayor número de supuestos posibles. Por lo que la facultad de asistir que se suple será tanto la ordinaria como la delegada, (c. 144 en relación al c. 1108.1 *in fine* y al c. 1111) al igual que ocurre en el orden civil.

La suplencia de la potestad ordinaria encuentra su más claro ejemplo en el llamado *párroco putativo*, el sacerdote considerado como potestad para asistir, pero carente de título jurídico para hacerlo, ya porque la comunidad lo cree nombrado legítimamente o porque desconoce los vicios de su nombramiento, o de la toma de posesión o de la extinción de su potestad por haber cesado en el oficio o por haber incurrido en alguna pena que lleve consigo la suspensión de la facultad de asistir (c. 1109). Estos supuestos son semejantes a los que se derivan de la falta de nombramiento legítimo del Juez o funcionario asistente en el matrimonio civil.

En el caso de la asistencia al matrimonio fuera de los límites territoriales para el ejercicio de la potestad de asistir del ordinario o del párroco sin autorización, entraríamos en el supuesto de la incompetencia, ya que la jurisdicción canónica es territorial (c. 1109 «asisten válidamente en su territorio»). El tema de la incompetencia también queda a salvo de las causas de nulidad del matrimonio por defecto de forma a través del error de hecho del c. 144. La suplencia de la potestad delegada quedó admitida definitivamente tras la Respuesta de la Comisión para la Interpretación del CIC, de 26 de marzo de 1952, la cual confirmó la teoría sustentada por la doctrina de que la suplencia de jurisdicción definida por el c. 209 era aplicable al caso de sacerdote que asiste al matrimonio sin delegación.

lo; y que la aplicación de la suplencia de jurisdicción redunde en interés y beneficio general cual es la validez del matrimonio en este caso. Como vemos, se puede considerar que están aquí incluidas la buena fe y el ejercicio público de las funciones, de las que habla el artículo 53 del Código Civil. Lo mismo ocurre con la duda positiva y probable, pero esta vez quizá como situación que reside en el propio sujeto que ejerce la potestad (49).

Ahora bien, cabe todavía preguntarnos acerca de la relevancia de estas irregularidades en los matrimonios religiosos de otras confesiones.

Aun pareciendo peligroso aventurar cuál será la solución que tomará nuestro legislador en los respectivos acuerdos, y más aún, la postura que adoptarán jueces, parece lógico señalar que estas irregularidades deberían tener las mismas consecuencias que para los matrimonios civiles (50).

Por tanto, nuestra postura respecto de este tema, es la de considerar aplicable el artículo 53 del Código Civil, no sólo a los matrimonios civiles, sino también a los matrimonios celebrados en forma religiosa, cuya legislación no contemplase el supuesto que recoge el artículo 53 del Código Civil como una excepción a la nulidad del matrimonio, siempre que se dieran las dos condiciones exigidas en el propio artículo 53, esto es, buena fe en algunos de los cónyuges y ejercicio público de las funciones del ministro asistente (51).

### 3.2. Condiciones de actuación de la norma

La buena fe y el ejercicio público de las funciones son los requisitos que la norma impone para desplegar los efectos de protección del matrimonio contraído ante persona que no reúne las condiciones para realizar tal cometido, ya sea porque es incompetente, es decir, no designado por el Ordenamiento para asistir al matrimonio, o bien, porque siendo competente, su nombramiento es ilegítimo, adolece de algún vicio.

---

(49) BERNARDEZ CANTÓN, *Compendio de Derecho matrimonial canónico*, ed. Tecnos, Madrid, 1987, pp. 220-221.

(50) Ello por varias razones; en primer lugar, porque así lo establece nuestra Constitución en el artículo 14 al sentar el principio de la igualdad ante la Ley. Si estas irregularidades no fueran contempladas por las legislaciones religiosas como excepciones a la regla general que declara la nulidad del matrimonio celebrado por asistente incompetente o falta de nombramiento legítimo, y se considerasen como casos de nulidad del matrimonio, habría un trato desigualitario dentro de la esfera de los efectos civiles y canónicos con respecto a los matrimonios religiosos de otras Confesiones o viceversa. Pero además, en segundo lugar, habría una duplicidad normativa para regular un mismo hecho lo cual entraña innegablemente una inseguridad jurídica.

(51) GONZÁLEZ PORRAS, J. M., *Estudio sobre el matrimonio civil*, Córdoba, 1985, Librería Andaluza: «Solución pues la del artículo 53 y su fundamento, que, innecesario es decirlo, vale exclusivamente para el matrimonio civil, y ello, como seguidamente veremos, dentro de ciertos límites y condiciones con objeto de evitar abusos».

Estas dos condiciones de actuación de la norma, están íntimamente relacionadas, amén de que deben darse necesariamente ambas a la vez para que el artículo 53 del Código Civil despliegue sus efectos, como ya se dijo.

Decimos que se hayan interrelacionadas porque, si el Juez o funcionario no ejercen públicamente sus funciones, sino que lo hacen de manera clandestina u oculta, o bien de manera esporádica, los contrayentes no podrán alegar buena fe en el sentido que exige el artículo, sino que todo caso una ignorancia negligente de la realidad (52).

Y, por otra parte, si se produce el presupuesto objetivo del ejercicio público de las funciones, pero ninguno de los cónyuges actúa de buena fe, se hace imposible que el ordenamiento pueda otorgar validez a ese matrimonio, porque en primer lugar, la mala fe no se protege; y, en segundo lugar, esto podría ocasionar una gran inseguridad jurídica desde el momento en que cualquier funcionario incompetente, o falta de nombramiento legítimo, podría casar válidamente con sólo ejercer esta función de manera pública (53).

El expediente de la protección de la apariencia jurídica —como dice Gordillo— requiere un elemento objetivo (la apariencia en sí, es decir, en este caso se trata del ejercicio público de las funciones) y de un elemento subjetivo (la buena fe del tercero, en este caso sería la buena fe de uno de los cónyuges); faltando uno de estos elementos no puede operar el referido mecanismo. Analicemos estos dos elementos con mayor detenimiento.

### 3.2.a. Presupuesto objetivo: «Ejercicio público de las funciones»

Como quedó dicho al inicio de este capítulo, el artículo 53 del Código Civil contiene una norma que salva la eficacia del matrimonio a través de la técnica de la protección de la apariencia. Al igual que

---

(52) GORDILLO, *ob. cit.*, pp. 271-272: «ello implica ordinariamente la necesidad de que el tercero, para ser protegido, exija del representante la demostración de sus poderes, siendo, sin embargo, la notoriedad eximente de dicha necesidad de comprobación».

(53) GONZÁLEZ PORRAS, J. M., *ob. cit.*, pp. 168-169: «El matrimonio celebrado, ante un «aparente» funcionario que públicamente ejerce sus funciones es válido cuando ambos esposos proceden de buena fe y también cuando al menos uno de ellos ha procedido, igualmente de buena fe. En cambio, cuando ambos cónyuges hubieran procedido de mala fe el matrimonio es nulo (argumento sobre la base de los artículos 53, 78, 79 y 45 del CC), y ello, porque si, contrariamente se mantuviera la validez del matrimonio celebrado, a pesar de que los dos cónyuges conocían la incompetencia o falta de nombramiento legítimo de Juez o funcionario autorizante, aunque ejerciendo públicamente sus funciones y no obstante lo cual, voluntariamente, consienten la celebración (con independencia de que cuando esto ocurre, en el 99 por 100 de los casos

en otros casos en que el Código Civil protege la apariencia, resulta necesaria la conjunción de dos elementos, uno de carácter objetivo y otro subjetivo. «Dándose este elemento objetivo y supuesta la buena fe el Derecho operará el milagro de convertir en realidad lo que sólo es apariencia» (54).

En el presente caso, el presupuesto objetivo lo constituye el ejercicio público de las funciones por parte del Juez o funcionario incompetente o falta de nombramiento legítimo. Ejercicio público que a su vez supone el cumplimiento de las funciones que desempeña, durante un tiempo que —de manera objetiva—, haga pensar que el sujeto en cuestión es realmente el funcionario al que se refiere el artículo 53 del Código Civil.

Este ejercicio público de las funciones ya supone de por sí la apariencia, lo que conlleva que, de darse la buena fe en uno de los contratantes, resulta protegido y, como consecuencia, salva la eficacia del matrimonio.

Como señala Fueyo Alvarez, en las relaciones con la Administración, prácticamente, se opera sobre la presunción de que el que *externamente* aparece investido de los atributos de la función, es en derecho *titular* (55).

Tal y como mantenía anteriormente, no todo falso funcionario puede ser calificado de funcionario de hecho o funcionario aparente, que es la figura a la que atribuye específicos efectos nuestro Ordenamiento en el artículo 53 del Código Civil; sino que, para ser reputado como tal, son necesarios determinados requisitos, entre ellos, la posesión del cargo de manera continuada, pública y pacífica. Pues bien, nuestro legislador se ha fijado especialmente en este dato para configurar una de las condiciones de actuación de la norma.

El *ejercicio público* del artículo 53 del Código Civil implica en definitiva la actuación de manera continuada, pública y pacífica. Pero esto no es suficiente, sino que lo que se ha de ejercer públicamente son las funciones del Juez o funcionario que deba autorizar el matrimonio, no cualquier otra función administrativa. Esto es, pensamos, que probablemente la expresión «ejercicio público de sus funciones» quiere decir que las funciones que se ejercen públicamente son las del cargo que la Ley reputa apto para la intervención (art. 51 y ss. del CC).

---

los que así actúan no quieren casarse) sería tanto como eliminar de raíz la connotación de «negocio formal» que el matrimonio tiene todavía en nuestro Código Civil, lo que chocaría con los artículos 57, 58 y 73.3 que así lo confirman. Una cosa es que tras la reforma se haya acentuado el consensualismo y otra, muy distinta, que el matrimonio quede reducido a un negocio meramente consensual».

(54) GORDILLO *ob. cit.*, p. 132.

(55) FUEYO ALVAREZ, *ob. cit.*, p. 39.

### 3.2.b. Presupuesto subjetivo: Buena fe

Convenimos con Gordillo, respecto de la buena fe en sentido subjetivo, en que «la buena fe es una situación psicológica cifrada en un estado de error o ignorancia, ética y jurídicamente calificada de inculpable y determinante de una actuación realizada en la convicción de su juricidad y en la confianza de su intrínseca eficacia» (56).

Llegados a este punto resulta previo distinguir la buena fe subjetiva consistente en error de derecho de la buena fe subjetiva consistente en error de hecho. La primera viene a significar en el caso que nos ocupa que el contrayente tiene una falsa representación del contenido jurídico de la norma propiamente dicha. A nuestro juicio, en el supuesto de error de derecho la nulidad del acto permanece a pesar de la buena fe, pues la solución opuesta vulneraría la seguridad jurídica en cuanto que no podría conocerse con certeza la celebración de los matrimonios *autorizados* en estas circunstancias, además de que el resto del artículo 53 parece sólo compatible con el error de hecho («funcionario que ejerce sus funciones públicamente»): las funciones públicamente ejercidas son las del funcionario que legalmente puede operar la intervención del artículo 73 pero que quien actúa no tiene facultades para ejercitar. Un ejemplo claro en relación al artículo 53 del Código Civil, sería el pensar que, por ejemplo, un Notario puede asistir válidamente al matrimonio. El artículo 6.1 del Código Civil fundamenta lo expuesto.

La buena fe protegida en este caso por la cobertura de la norma del artículo 53 del Código Civil consite en una falsa representación del sujeto, pero que viene a recaer sobre un hecho, no sobre el contenido jurídico de una norma. Estaríamos pues ante un error de hecho, que en este caso el Ordenamiento protege.

En este sentido el término *incompetencia* utilizado por el legislador en el artículo 53 del Código Civil, ve restringido su significado, no toda incompetencia estaría incluida en el supuesto de hecho de la norma. La incompetencia manifiesta del Juez o funcionario autorizante sería causa de nulidad del matrimonio, por lo que habría que estar a cada caso en concreto. Sería impensable que se protegiese el matrimonio celebrado ante un Director General o un funcionario de la Dirección General de Tráfico o ante un médico..., pero si cabría proteger el matrimonio celebrado ante un Teniente de Alcalde, un Secretario Judicial o incluso un Secretario de Embajada. En otras palabras, la incompetencia manifiesta difícilmente podría sustentar la buena fe. En definitiva, lo que aquí subyace es la misma buena fe que la que opera en el artículo 79 del Código Civil, también en sede

---

(56) GORDILLO *ob. cit.*, pp. 271-272.

de matrimonio, en concreto referida al matrimonio putativo, o la del artículo 434 del Código Civil en sede de posesión (57).

No podemos dar por finalizado este punto sin hacer referencia al hecho de que el propio interviniente conozca de su incompetencia o falta de legitimidad para celebrar el matrimonio. En este caso el dolo no viciaría el consentimiento de los esposos en principio, salvo que provocase un error de derecho en los contrayentes, el cual no estaría incluido en la cobertura que dispensa en artículo 53. Sólo si provoca un error de hecho en los contrayentes, funcionaría el mecanismo de la buena fe, previsto en la propia norma, celebrándose, por tanto, el matrimonio válidamente (58).

En síntesis, si el error de uno de los contrayentes consiste en creer que un Director General del Ministerio de Industria puede autorizar su matrimonio y se casan ante quien reputan titular de tal cargo, el matrimonio no es válido y no se aplica el artículo 53; si se aplica, por el contrario, si uno o los dos contrayentes creen que quien allí actúa es Juez encargado del Registro Civil y, no obstante, no lo es, y sí Director General de Ministerio de Industria, siempre que ejerza la función de Juez públicamente.

## C) ARTÍCULO 78

### 1. Sentido de la prohibición al Juez de acordar la nulidad de un matrimonio; ¿es una declaración de validez?

El artículo 78 del Código Civil dispone: «El Juez no acordará la nulidad de un matrimonio por defecto de forma, si al menos uno de los contrayentes lo contrajo de buena fe, salvo lo dispuesto en el número 3 del artículo anterior.

De la presente norma se deriva del afán del legislador de desritualizar la celebración del matrimonio, dejando como único requisito esen-

(57) DE LOS MOZOS, *El principio de la buena fe*, Madrid, 1955, p. 281. Aunque en sede de matrimonio putativo, este autor manifiesta que «cabe invocar que la buena fe es el fundamento mismo del matrimonio putativo. Lo que no cabe duda es el juego que la buena fe cobra de suyo en tales casos según se deduce del tenor literal del precepto (antiguo artículo 69 CC), fenómeno que no extraña, ya que hemos encontrado reiterados testimonios del auxilio prestado a la apariencia por la buena fe, incluso al hablar de la buena fe objetiva decíamos que los efectos del 69.4 quedaban en ella comprendidos, dado su exclusivo alcance en favor de los hijos, mientras que en los restantes supuestos se trata de buena fe subjetiva»; en otro lugar de la obra, define el propio autor a la buena fe subjetiva, como «la correcta situación del sujeto dentro de la relación jurídica, no la referida al contenido o a los efectos de la relación misma. Por eso la hemos calificado en contraposición a la buena fe objetiva, de buena fe sub-legitimante» (ob. cit., p. 57).

(58) COSSIO y CORRAL, A., *El dolo en el Derecho civil*, Madrid 1955, ed. «Revista de Derecho privado», p. 85: «el dolo de un tercero (y en este caso el celebrante sería «tercero») no tiene el valor de vicio del consentimiento, por lo menos como tal dolo; puede, viciarle en cuanto de lugar a error; error que ha de ser sustancial».

cial lo que constituye el verdadero núcleo central de la forma en el matrimonio, la intervención del Juez o funcionario y la de los testigos, quedando excluida de la sanción de nulidad la falta de los elementos que constituyen un mero accesorio del acto de celebración.

El artículo 73.3 del Código Civil, como hemos mantenido, se refiere a ese verdadero núcleo esencial en el campo de la forma en el matrimonio, y, dispone el propio artículo, es aplicable a todos los matrimonios, hayan sido celebrados en forma religiosa o civil. Por otra parte, los matrimonios religiosos están revestidos, en lo atinente a su forma de celebración, de formalidades ajenas en sí a la propia manifestación del consentimiento matrimonial y que varían según las Confesiones. Estas dos son probablemente las razones que provocan que el legislador se mantenga al margen de estas formalidades y que preserve la validez del matrimonio siempre que se cumpla las condiciones esenciales para que pueda reputarse el matrimonio constituido formalmente, y no la que argumenta Alvarez Caperochi (59) de que el artículo 78 es «el medio utilizado para imponer un sistema de matrimonio civil obligatorio, *civilizando* todos los rituales religiosos, especialmente el matrimonio canónico, estableciendo que el matrimonio canónico es un matrimonio civil en el que el ministro católico actúa como funcionario por delegación de la autoridad civil».

No podemos olvidar que la forma es necesaria en cuanto que actúa como medio de publicidad y como técnica de control de que el matrimonio que se va a celebrar reúne las condiciones exigidas por el Derecho del Estado —aunque nos atrevamos a asegurar que también por ese conjunto normativo extrapositivo que se ha venido llamando Derecho Natural, en cualquiera de sus modalidades, la católica o la racionalista—; y que para estas dos funciones no son necesarias, de ninguna manera, actuaciones o declaraciones accesorias ya sea por parte de los contrayentes, ya sea por parte del celebrante o de los testigos.

Estas formalidades accesorias responden más bien a costumbres que se han incorporado en las celebraciones matrimoniales y que obedecen a la idiosincrasia de las propias religiones.

Como digo, nuestra legislación ha querido desligarse de estas «costumbres rituales» y atender a la forma en cuanto medio para alcanzar los dos fines señalados, publicidad y control de la idoneidad del matrimonio. Pero ello no quiere decir que en el actual texto, la función y el carácter de la forma queden «desdibujados», y que la forma esté «determinada muy vágamente», como mantiene Alvarez Caperochi (60) ya que la función y el carácter de la forma no se «desdibuja» a través de rituales, sino a través de la exigencia de la efectiva *inter-*

(59) ALVAREZ CAPEROCHIPI, *Comentario al artículo 78 del Código Civil*, en la *ob. cit.*, «Matrimonio y divorcio. Comentarios...», p.463.

(60) ALVAREZ CAPEROCHIPI, *ob. cit.*, p. 459.

*vención* del Juez o funcionario y los testigos, intervención en el sentido ya expuesto en otro lugar y que preservan los artículos 73.3 y 78 *in fine*.

En esta línea, el sentido de la prohibición hecha al Juez al acordar la nulidad del matrimonio por defecto de forma es el de una declaración de validez de los matrimonios que, celebrados en forma civil o religiosa, guarden la forma esencial exigida para su constitución: la expresión del consentimiento de los contrayentes dotada de eficacia por la *intervención* del Juez o funcionario —o del ministro asistente— y la presencia consciente y voluntaria de los testigos, es decir, lo exigido en el artículo 73.3 del Código Civil, con todas las condiciones ya estudiadas y dejando a salvo lo dispuesto en el artículo 53 por su carácter de excepción de la norma contenida en el artículo 73.3 del Código Civil.

Respecto de los matrimonios religiosos, el incumplimiento de los ritos propios de la confesión de que se trate no supondrá en el orden civil la nulidad del matrimonio, ya que el artículo 73.3 del Código Civil, sólo establece la nulidad en el orden civil, incluidos los matrimonios celebrados en forma religiosa, para los supuestos ya estudiados, de lo que se desprende que las irregularidades en las formalidades religiosas no pueden constituir supuestos de nulidad, luego a *sensu contrario* esos matrimonios gozarán de validez en el orden civil.

## 2. Buena fe

Al igual que en el artículo 53 del Código Civil, el legislador exige la buena fe, al menos de uno de los cónyuges, para que el matrimonio sobre el que recae una irregularidad en la forma sea reputado válido.

Sobre la buena fe exigida, poco tenemos que añadir a lo ya expuesto; se exige la buena fe subjetiva, basada en un error de hecho y no de derecho en los términos en que nos referimos anteriormente. Pero sí debemos puntualizar que, aún con mala fe de ambos cónyuges, resulta difícil que algunas de estas irregularidades acarreen la nulidad del matrimonio: nos referimos, por ejemplo, al supuesto en que el Juez o funcionario no diese lectura a los artículos 66, 67 y 68 del Código Civil.

El artículo 78 del Código Civil constituye otra protección —además de la del artículo 53— al matrimonio contraído entre personas que declaran conscientemente su voluntad, que no sufren de ningún impedimento de los que señala el Código Civil y que han expresado esta voluntad ante un Juez y con la presencia de testigos; es, en definitiva, un caso más de la aplicación del principio del *favor matrimonii* recogido en nuestra legislación matrimonial. Principio que, en este caso, no tiene como presupuesto la protección de la apariencia, sino exclu-

sivamente la buena fe, y el propio valor superior que tiene el matrimonio.

### 3. Ambito de la norma

Preguntarnos por el ámbito de la norma significa preguntarnos por los casos que son subsumibles en su supuesto de hecho; a este respecto se hace necesario distinguir entre: *forma esencial*, cuya inobservancia produce la nulidad aún con buena fe de alguno de los cónyuges; *forma accidental*, cuya no observancia no produce la nulidad del matrimonio, si alguno de los cónyuges actúa de buena fe; y *formalidades accesorias* cuya inobservancia no produce la nulidad del matrimonio, aún con mala fe de los dos contrayentes.

#### 3.1. *Inciso final. Enumeración de irregularidades acaecidas en la forma que provocan la nulidad del matrimonio aun con buena fe de los contrayentes*

El inciso final del artículo 78 del Código Civil se refiere directamente a lo que hemos llamado *forma esencial*, y que recoge el artículo 73.3 del Código Civil pero también, y aunque no lo explicita de modo directo, al principio de unidad de acto recogido en el artículo 58 del Código Civil.

La intervención del Juez o funcionario y la de los testigos, en el sentido que hemos mantenido a lo largo del presente trabajo, junto al requisito de la unidad del acto, constituyen la excepción de la norma que estudiamos. En ambos supuestos, aun con buena fe de ambos cónyuges el matrimonio resultaría nulo indefectiblemente (salvo en los casos contemplados, como también sostenemos, en el art. 53 o equivalente).

El principio de unidad de acto es un requisito esencial para determinar en qué momento se entiende contraído el matrimonio. Si esto no fuera así se plantearían problemas como los que apunta Doral (61) en el sentido de la dificultad de determinar, la matrimonialidad de los hijos o acerca de la cuál sería el matrimonio válido si en el *intervalo* uno de los cónyuges contrae matrimonio legítimo con un tercero o fallece uno de los cónyuges o alguno de los testigos.

Estos elementos son exigibles en cualquier forma de celebración del matrimonio ya sea ordinaria o excepcional —matrimonio celebrado en peligro de muerte o en secreto— y también —como ya dijimos— a los matrimonios celebrados en forma civil o en forma religiosa.

---

(61) DORAL, *Comentario al artículo 78 del Código Civil*, en la ob. «Colectiva, Matrimonio y divorcio. Comentarios...», coordinados por Lacruz, Madrid, 1982.

En la legislación canónica estos mismos requisitos esenciales se recogen en el c. 1.108 del C. I. C. de 1983. En concreto el c. 1.108, párrafo primero es una norma de contenido idéntico al artículo 73.3 del Código Civil en cuanto a la intervención del asistente y los testigos; mientras el párrafo segundo de dicho canon se refiere al acto de celebración de donde se extrae el principio de unidad de acto. En ambos preceptos, en caso de incumplimiento, la infracción se sanciona con la nulidad.

3.2. *Enumeración casuística de supuestos de irregularidades en la forma no susceptibles de subsunción en el artículo 73.3 del Código Civil y que necesitan de la buena fe de uno de los cónyuges para que se produzca la consecuencia jurídica prevista en el artículo 78*

Estas irregularidades en la forma que, en el caso de que exista buena fe en alguno de los cónyuges, no producen nulidad pero sí la producen si tal buena fe no se da, son las que inciden en lo que hemos denominado forma accidental de la celebración del matrimonio. Hagamos una enumeración casuística de tales supuestos, pero previamente conviene fijar la relación que guardan el artículo 78 con el artículo 53, a su vez excepción del artículo 73.3; como dije en su momento, si el legislador no excepcionase este supuesto de la norma del artículo 73.3 en base a la buena fe y el ejercicio público de sus funciones, el matrimonio sería nulo según dispone el artículo 73.3.

En rigor cabe que nos planteemos las siguientes preguntas, ¿por qué el legislador ha sacado del supuesto general del artículo 78, este supuesto especial que también salva la validez del matrimonio por la buena fe de uno de los cónyuges del artículo 53 del Código Civil?, ¿Por qué no, a la vista de esto, ha optado por enumerar casuísticamente los supuestos de irregularidades en la forma que no producen nulidad, mediando la buena fe de uno de los cónyuges?

Pensemos que el legislador ha actuado acertadamente al regular el caso de la incompetencia o falta de nombramiento legítimo del Juez o funcionario separadamente. Para ello hay diversas razones:

En primer lugar, porque el artículo 78 no constituye una excepción al artículo 73.3. Este precepto sólo establece la nulidad para supuestos de falta de intervención o de irregularidades en la misma, es decir, establece la nulidad del matrimonio cuando falta algún requisito de lo que constituye la forma esencial; y el artículo 78 del Código Civil sólo salva la nulidad en los supuestos en que la irregularidad recaiga o sobre la forma accidental o sobre las formalidades accesorias. Sin embargo, el artículo 53.3, sí constituye una verdadera excepción al artículo 73.3 porque el supuesto de irregularidad que

salva la nulidad cuando se dan las condiciones de actuación de la norma cae directamente en la forma sustancial.

Luego el artículo 78 y también el 53 no tienen en este caso el mismo contenido.

El segundo argumento a favor de la técnica seguida por el legislador en este caso es que en el artículo 78 sólo se exige buena fe para que el matrimonio no sea nulo. Mientras en el artículo 53 la norma exige dos condiciones para la validez, buena fe y ejercicio público de las funciones del Juez o funcionario incompetente o falta de nombramiento legítimo, que intervienen en la celebración del matrimonio.

El tercer y último argumento podría consistir en el diferente contenido de la buena fe en uno y otro caso. En el artículo 53 del Código Civil, como se dijo, la buena fe tenía como soporte la apariencia creada por el Juez o funcionario y consistía en una ignorancia no culpable, en la creencia de que la persona que interviene está legitimada para ello, no en la creencia de la validez general del matrimonio, aunque ésta también sea necesaria, sin embargo, en el artículo 78 la buena fe se refiere a la creencia en la validez del matrimonio, o más propiamente, en la idoneidad del consentimiento prestado para crear y originar el vínculo matrimonial y una relación familiar (...). Así, la buena fe a la que se refiere el artículo 78, es esencialmente idéntica a la buena fe a la que se refiere el artículo 79 al regular el matrimonio putativo.

Seguidamente menciono, no sin ciertas reservas y sin ánimo de agotar el tema, algunos supuestos de validez del matrimonio condicionándolo a la buena fe de uno de los contrayentes, *ex* artículo 78 del Código Civil:

- El primer supuesto podría ser el del matrimonio celebrado sin expediente matrimonial, en circunstancias que no eximen la previa formación de dicho expediente.
- El segundo supuesto podría ser la falta de dictamen médico sobre la aptitud del contrayente afectado por anomalía psíquica *ex* artículo 56 del Código Civil, máxime teniendo en cuenta que nuestro Ordenamiento parece acoger la teoría del intervalo lúcido para provocar el consentimiento válido.
- Para terminar, el tercer supuesto, quizá donde más claramente se podría ver reflejado el contenido de esta norma, podría ser, en el caso del matrimonio por poder (art. 55 del CC), el hecho de que el poder adoleciera de algún vicio, siempre que en él constasen las menciones de identidad del mandante y del mandatario así como la de la persona con quien ha de celebrarse el matrimonio (art. 258.2 del R. R. C.)

Tal vez estos tres supuestos podrían ser los exactamente contemplados en el artículo 78: producen nulidad, salvo buena fe de uno de los contrayentes, siendo, además, supuestos diferentes de los del

artículo 73.3 y del artículo 53 del Código Civil. Aún así, no quiero dejar pasar la ocasión de expresar mis dudas al respecto, sobre todo por la escasa claridad del Código Civil: las líneas que anteceden sólo pretenden sugerir algún contenido real para el artículo 78 pues, a mi juicio, *de iure condendo*, o nos hallamos ante una irregularidad formal que merece nulidad *ex artículo 73.3* (salvo aplicabilidad del 53), o nos hallamos ante deficiencias formales que no deben afectar a la validez, con buena o mala fe de los contrayentes, sino sólo pueden ser causa de sanciones administrativas.

### 3.3. *Enumeración casuística de irregularidades acaecidas en la forma que provocan la consecuencia jurídica prevista en el artículo 78 del Código Civil, aun con mala fe de los contrayentes*

Nos encontramos en el tema de las formalidades accesorias, cuya inobservancia, como dijimos, no produce la nulidad del matrimonio, aun con mala fe de los dos contrayentes.

Estas formalidades accesorias nada tienen que ver con la esencia de la forma del matrimonio, ni tampoco coadyuvan a conseguir las finalidades de publicidad y control de la idoneidad del matrimonio perseguidas por la forma. Son meros accesorios rituales, ya sean religiosos o sociales, y que por su misma naturaleza contingente y variable no pueden ser tomados en cuenta a la hora de declarar la nulidad del matrimonio por defecto de forma.

En el matrimonio civil, este «ritual», viene recogido en el artículo 58 del Código Civil que establece que el Juez o funcionario leerá los artículos 66, 67 y 68 del Código Civil y después preguntará a los contrayentes si consienten en contraer matrimonio y si efectivamente lo contraen en dicho acto, y, respondiendo ambos afirmativamente, declarará que los mismos quedan unidos en matrimonio, y extenderá la inscripción o el acta correspondiente.

En este artículo 58, hay que separar lo que constituye parte de la forma esencial del matrimonio, como son la unidad del acto, la expresión de esa «voluntad» del Juez o funcionario a la que aludíamos más arriba y la manifestación del consentimiento de los contrayentes; de las formalidades accesorias, como son la lectura de los artículos 66, 67 y 68 del Código Civil, así como la pregunta expresa hecha por el Juez o funcionario a los contrayentes, de si desean contraer matrimonio, ya que los propios contrayentes podrían manifestar su voluntad de manera inequívoca, sin que se les interpelase directamente.

#### **4. Ambito del matrimonio putativo en supuesto de nulidad por irregularidades acaecidas en la forma: casos de matrimonios aparentes que padecen nulidad por irregularidades en la forma, habiendo concurrido buena fe en los cónyuges**

Llamamos matrimonio putativo a aquél que, por la concurrencia de algún impedimento de los que señala la ley —no dispensado—, o por vicio en el consentimiento de los contrayentes, o por defecto de forma, resulta nulo pero revelador de una apariencia jurídica matrimonial a la que la ley reconoce efectos jurídicos.

En nuestra anterior legislación tal reconocimiento tenía lugar en el artículo 69 del Código Civil: «El matrimonio contraído de buena fe de parte de uno sólo de los cónyuges, surte únicamente efectos civiles respecto de él de los hijos.

La buena fe se presume.

Si hubiese intervenido mala fe por la parte de ambos cónyuges el matrimonio sólo surtirá efectos civiles respecto de los hijos».

Como vemos, tal redacción resultaba, quizá, un tanto desordenada y confusa puesto que del sentido literal de sus palabras parecía desprenderse que el matrimonio, aún declarado nulo, seguía produciendo efectos jurídicos. Estos defectos de redacción han sido corregidos por el legislador de 1981, dándosele una mayor técnica a dicho precepto, ahora contenido en el artículo 79 del Código Civil: «La declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe.

La buena fe se presume».

Con respecto al ámbito de aplicación de esta norma, hemos de señalar en primer lugar que se trata de una disposición común a todo matrimonio —ya sea celebrado en forma civil o religiosa—, y en segundo lugar que resulta necesaria la celebración real del matrimonio, puesto que de otro modo se protegería la propia inexistencia.

Es decir, hay que distinguir la falta o defecto total de forma que supone la inexistencia, de las irregularidades formales, las cuales a su vez son clasificables en tres grupos como hacíamos en el apartado anterior.

En este sentido, hay que advertir que, en el Derecho vigente, el campo de actuación del artículo 79 en materia de forma será más exiguo que el del desaparecido artículo 69; pues, en casos como los de irregularidades en lo que hemos llamado forma accidental, el artículo 78 salva la validez del matrimonio si hay buena fe en alguno de los cónyuges; en los supuestos de irregularidades en las formalidades accesorias, como hemos visto tampoco se produce nulidad; tanto sólo la inobservancia de la forma esencial produciría la nulidad del matrimonio aún con buena fe en ambos cónyuges —salvo en los supuestos del artículo 53 del Código Civil— y por tanto cabría aquí

la aplicación del artículo 79. Pero el ámbito de aplicación del actual artículo 79 es materia ajena a este estudio (62).

#### D) CONSIDERACIÓN FINAL

De todo lo expuesto es fácil inferir la conveniencia de aprovechar una futura reforma del título 4.º del libro 1.º del Código Civil (por ejemplo, la que afecte a las garantías del cobro de la pensión por separación o divorcio o a otros puntos relativos a la efectividad de las sentencias y demás resoluciones atinentes a cónyuges e hijos) para clarificar la materia abordada en el presente trabajo, que si defiende a veces tesis que pueden parecer difícilmente defendibles (ámbito del artículo 78, operatividad civil directa de irregularidades canónicas), se ve forzado a ello con la finalidad de conferir algún sentido y algún sistema a los censurables preceptos del código tanto en sede de forma, como al configurar el sistema matrimonial: valgan las líneas que preceden para destacar la antes expuesta necesidad de reforma legislativa.

---

(62) Vid sobre el tema LETE DEL RÍO, *El matrimonio putativo (breve comentario del artículo 79 del Código Civil)*. Libro homenaje al Profesor BELTRÁN DE HEREDIA y CASTAÑO, ed. Univ. de Salamanca, 1984, JORDANO BAREA, *Fundamento y naturaleza jurídica del matrimonio putativo*, «Libro homenaje al Profesor Giménez Fernández», Sevilla, 1967, pp. 37 y ss.



# ESTUDIOS DE DERECHO EXTRANJERO

## Apuntes sobre la evolución del Derecho civil en la República Federal de Alemania en 1988

Por el Prof. Dr. HANS-LEO WEYERS

Ayudante Thomas Kadner. Frankfurt

### I. LEGISLACION

El 19 de abril de 1988 entró en vigor el Convenio entre la República Federal de Alemania y España sobre «Reconocimiento y ejecución de resoluciones y transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil» (1).

Hasta ahora la práctica seguida por el legislador alemán había sido la promulgación de una ley dedicada específicamente al desarrollo de cada uno de los convenios sobre reconocimiento y ejecución celebrados con Estados extranjeros. En el caso hispano-alemán se aparta por vez primera de esta costumbre, aprovechando la oportunidad que el presente convenio le brindaba para promulgar una Ley general sobre el procedimiento a seguir en el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras (AVAG) (2).

En la elaboración del texto legal se tuvo muy en cuenta y en primer lugar el Convenio de la Comunidad europea sobre competencia jurisdiccional y ejecución, así como su Ley de procedimiento.

En la nueva Ley destacan, entre otras, disposiciones acerca del procedimiento a seguir en la admisión y ejecución forzosa de resoluciones judiciales extranjeras y otros títulos con fuerza ejecutiva (§§ 2 y ss.); sobre el procedimiento a seguir para determinar si una resolución es susceptible de reconocimiento (§§ 27 y ss.); sobre los efectos de una impugnación o modificación del título ejecutivo en el Estado de origen (§§ 29 y ss.); así como normas sobre la configuración de

---

(1) La publicación alemana se encuentra en el Bundesgesetzblatt 1988, parte II, página 207 y ss. La española, «BOE» de 16 de febrero de 1988, Aranzadi, 1988, núm. 337.

(2) Bundesgesetzblatt 1988. P. I. pp. 662 y ss. Cfr. ls reseñas de Löber, en «RIW» 1988, p. 312; Geimer, en «NJW» 1988, p. 157 y ss.

títulos alemanes que han de obtener reconocimiento o ejecución en el extranjero (§§ 32 y ss.).

Según el § 2 AVAG el Tribunal competente para admitir la ejecución de una resolución judicial extranjera será el del lugar del domicilio del deudor. Si éste carece de domicilio dentro del ámbito territorial de aplicación de la ley, será Juez competente el del lugar en que deba realizarse la ejecución forzosa (Respecto a sociedades y demás personas jurídicas se siguen las mismas reglas).

Esta ley sobre el procedimiento a seguir en la aplicación de Convenios interestatales sobre reconocimiento y ejecución en materia civil y mercantil, entró en vigor el 8 de junio de 1988.

## II. JURISPRUDENCIA

### 1. Derecho de contratos

Entre enero de 1988 y febrero de 1989 destacan tres sentencias del BGH (*Bundesgerichtshof*) referentes al § 564 b II BGB.

Este precepto se introdujo en el BGB en el año 1974 como una manifestación más de lo social en el Derecho de arrendamientos. Con esta norma se trata de proteger al arrendatario de vivienda, al disponer que el contrato de arrendamiento sólo podrá resolverse cuando el arrendador tenga un «interés justificado» en que la relación arrendaticia finalice. Según el § 564 b, II número 2, deberá apreciarse la existencia de un «interés justificado» —en particular— cuando el arrendador alegue necesitar la vivienda para uso propio, para personas de su hogar o miembros de su familia. Con ello se excluye el derecho del arrendador de dar por terminado el contrato de arrendamiento mediante una libre resolución del mismo (3).

La controversia surgió por la dificultad de los Jueces de Instancias inferiores y de la propia doctrina en determinar los presupuestos de esta resolución basada en la «propia necesidad» (*Eigenbedarf*). De aquí el interés con el que se esperaba la posición que tomara el Tribunal Constitucional y el BGH.

Teniendo en cuenta la creciente escasez de vivienda en las grandes ciudades, puede comprenderse que las decisiones que adoptaran los Altos Tribunales sobre la cuestión planteada despertaron un enorme interés, más allá de los círculos profesionales.

a) En el primer caso se había procedido a la resolución del contrato de arrendamiento de una vivienda de cinco habitaciones porque el propietario deseaba dejarla a disposición de su ex-mujer. De esta

---

(3) En una sentencia del año 1985, el Tribunal Constitucional (BVerfG) determinó que el § 564 b BGB no contradice la garantía constitucional de la propiedad, contenida en el artículo 14 I 1 de la Constitución. BVerfG 68, p. 361.

manera pretendía pagar la pensión debida a su mujer. Con anterioridad, el matrimonio había ocupado una casa que por dificultades económicas del propietario, tuvo que venderse.

El Landgericht había fallado que la resolución del contrato era inválida argumentando que la necesidad del propietario derivaba de sus propios excesos económicos en la compra de varias casas. Sus equivocados cálculos económicos no debían perjudicar al arrendatario. Además, tampoco se percibía con claridad para qué necesitaba la mujer una vivienda con cinco habitaciones. Cierto es que el propietario puede libremente determinar la superficie habitable de la que precisa; pero en el presente caso —según opina el Landgericht— se habían sobrepasado los límites de la vinculación social de la propiedad, según lo dispuesto en el artículo 14, II de la Constitución (*Grundgesetz*, GG). En definitiva, no se aprecia el «interés justificado» que exige el § 564 b BGB para dar por terminado el contrato. El que la vivienda estuviese de hecho ocupada por una sola persona, se considera intrascendente para el fallo.

El Tribunal constitucional (en adelante BVerfG) declaró que el fallo del Landgericht infringía la garantía de la propiedad proclamada en el artículo 14, I, 1 de la Constitución (4). El propietario tiene derecho a determinar libremente el espacio que necesita para vivir; el arrendatario sólo está protegido frente a resoluciones arbitrarias, que no estén basadas en razones dignas de ser tomadas en consideración. Cualquier indagación dirigida a averiguar el origen de la necesidad actual del propietario, representa una lesión del derecho de propiedad.

De otro lado, la necesidad del propietario tampoco puede apreciarse prescindiendo de los intereses del arrendatario. Para determinar si efectivamente la necesidad es justificada, deben ponderarse los intereses contrapuestos de arrendador y arrendatario. Y en el presente caso debía tenerse en cuenta que el actual arrendatario era el único ocupante de la vivienda.

b) El 20 de enero de 1989, el BGH también tuvo que ocuparse de fijar los presupuestos de la resolución del contrato de arrendamiento con base en la propia necesidad del arrendador (5).

En este supuesto, el propietario había procedido a resolver el contrato porque deseaba ceder el uso de la vivienda a su hijo de veintidós años, que, hasta el momento, había ocupado una habitación en la casa paterna y hubiera podido continuar así.

En primera instancia se declaró que la resolución era inválida pues no concurría la necesidad de alojamiento que exige a tales efectos

---

(4) BVerfG, sentencia de 18 de enero de 1988, en «NJW» 1988, p. 1075; «JZ» 1988, p. 607.

(5) BGH, sentencia de 20 de enero de 1988, en «BGHZ» 103, p. 91; «NJW» 1988, p. 904; «JZ» 1988, p. 608.

el § 564 b BGH. El deseo del hijo de independizarse de sus padres no se considera suficiente para fundamentar la resolución del contrato de arrendamiento en virtud del § 564 b II BGB.

El BGB sentenció que a efectos de apreciar la propia necesidad que la ley exige, no basta la mera voluntad del arrendador de ocupar la vivienda de su propiedad o de dejársela a disposición de sus familiares. Pero, bastaría la presencia de una causa suficiente que pudiera hacerse efectiva para reclamar la vivienda. En el presente caso, carecía de trascendencia para el fallo el que el alojamiento del hijo en la actualidad se estuviese desarrollando en condiciones deficientes, o por el contrario, les suponía muchos gastos.

Cuando los padres deciden resolver el contrato de arrendamiento para que su propio vástago tenga la posibilidad de independizarse, existe una razón suficiente y efectiva para finalizar la relación arrendaticia. Concorre, por tanto, la «necesidad propia» en el sentido exigido por el § 564 b II 2 BGB.

A diferencia de lo decidido por el Tribunal Constitucional dos días antes, el BGH resolvió que la necesidad propia del arrendador debe apreciarse con independencia de los intereses del arrendatario. Los intereses del arrendatario ya se toman en consideración por la propia ley al excluir ésta la posibilidad de una libre resolución del contrato de arrendamiento, exigiendo como presupuesto de la misma la «propia necesidad» del arrendador. (Los intereses del arrendatario, nunca podrían contrarrestar la presencia de una «necesidad propia» del arrendador. Sólo pueden tenerse en cuenta bajo los más estrictos presupuestos de otra norma: el § 556 BGB. Según este precepto, el arrendatario siempre puede oponerse a la resolución alegando que para él supone una medida de dureza injustificable.)

c) La conclusión —provisional— de esta discusión lo constituye una sentencia del Tribunal Constitucional del 14 de febrero de 1989 (6).

De conformidad con las resoluciones antes reseñadas, el Tribunal Constitucional afirmó que la decisión del arrendador de disfrutar él mismo la vivienda que tiene alquilada, sólo en limitada medida puede someterse a ulterior examen por parte del Juez, atendida la garantía constitucional de la propiedad que proclama el artículo 14 I 1 GG.

Como ya ocurrió en la sentencia del 18 de enero de 1988, el Tribunal Constitucional declara en esta ocasión que no puede negarse al arrendador la facultad de resolver el contrato alegando en su contra que él mismo ha provocado su actual situación de necesidad. Incluso en el supuesto de disponer el arrendador de otras viviendas no ocupadas por nadie, puede pretender que termine la relación arrendaticia invocando la propia necesidad, siempre y cuando las razones que se invoquen se estimen suficientes y efectivas en el sentido señala-

---

(6) BVerfG, sentencia de 14 de febrero de 1989, en «JZ» 1989, 534.

do por el BGH en la sentencia de 20 de enero de 1988. El Tribunal Constitucional confirma así la doctrina sentada en aquella ocasión por el BGH: la apreciación de la «necesidad propia» del arrendador no está supeditada a los intereses del arrendatario. (Como ya hiciera el BGH, el Tribunal Constitucional presupone que los intereses del arrendatario —caso de que el arrendador alegue la propia necesidad— sólo tienen trascendencia en casos especialmente graves y únicamente en el ámbito previsto por el § 556 a BGB).

No obstante, y para evitar posibles abusos, el Juez puede entrar a examinar —si bien, es muy limitada medida— si en el caso concreto la declaración de necesitar la vivienda para uso propio constituye un ejercicio abusivo del propio derecho.

El Tribunal Constitucional indicó que el interés del arrendatario resulta también protegido desde el momento en que siempre y en cualquier caso podrá examinarse la efectiva seriedad de la decisión del arrendador de ocupar él mismo la vivienda.

De otro lado, se estima que el arrendador no puede basarse en la razón a la que repetidamente se ha hecho referencia —a efectos de resolver el contrato de arrendamiento— si en el momento de concluir el contrato hubiese silenciado su decisión o intención de utilizar para sí la vivienda en un futuro próximo; es decir, si hubiese celebrado el contrato sin manifestar restricción o limitación temporal alguna por motivos ya presentes en ese momento. Otra cosa sería admitir un comportamiento contrario al principio de buena fe que proclama el § 242 BGB.

## **2. Derecho de daños y responsabilidad extracontractual**

La teoría y la práctica del Derecho alemán de daños se encuentra en un proceso de cambio y actualización (7). Este movimiento ha conducido a un incremento de las reclamaciones de indemnización. Actualmente se presentan demandas con la pretensión de obtener una indemnización pecuniaria en situaciones en las que antes no se hubiera ni pensado; y la Jurisprudencia no parece tener inconveniente —al menos en parte— en admitirlas. En consecuencia, el BGH debe enfrentarse ahora y por vez primera con problemas derivados de un elevado número de sucesos cotidianos e incidentes varios bajo el prisma de la indemnización por daños.

Un ejemplo de lo anterior se produjo durante el año 1988 en el caso de una niña de año y medio víctima de un error de tratamiento médico. El tratamiento erróneo le costó una temporada de interna-

---

(7) Cfr., las sentencias sobre privación del uso y disfrute en «ADC» 1985, p. 1014; 1986, p. 860 y ss.; 1987, p. 225 y s.; 1988, p. 1231 y ss.

miento en el hospital, así como un tiempo de posterior rehabilitación a través de consultas externas. Durante el período de su estancia en el hospital, los padres ocupaban todo el tiempo libre del que disponían en estar a su lado. Y durante el tratamiento externo que exigía continuas visitas al centro médico y atención constante, la mayor parte de su tiempo disponible se pasaba igualmente asistiendo a su hija.

Se exigía —por parte de la niña— al médico responsable una indemnización pecuniaria que compensara —además de otros daños— el tiempo que los padres habían tenido que intervenir asistiendo a su hija, tanto en el hospital como en el período subsiguiente de tratamiento y rehabilitación.

El fundamento legal de esta pretensión era el § 823 I BGB. El Tribunal accedió a conceder una indemnización comprensiva de los daños corporales y a la salud en general sufridos por la niña. También se planteó respecto al alcance de la indemnización misma si la asistencia prestada por los padres es algo susceptible de compensación pecuniaria en el sentido previsto por los parágrafos 249 y siguientes BGB. Presupuesto necesario para ello es que dicha asistencia tenga un valor patrimonial, ya que si se decidiera que su naturaleza es exclusivamente inmaterial, no cabría indemnización alguna a tenor del § 253 BGB.

El BGH (8) hizo referencia en primer lugar a la doctrina jurisprudencial que en ocasiones anteriores había estimado que en la indemnización por los gastos de curación, deben comprenderse aquellos gastos originados por visitas de parientes cercanos y recibidas por el paciente en el hospital. Así, había considerado indemnizables gastos de transporte o salarios dejados de percibir por ausentarse del trabajo. El BGH afirmó que tales dispendios favorecen el proceso de curación, por lo que la víctima misma podría exigirlos al autor del daño. [No se admiten, sin embargo, demandas interpuestas por los propios parientes frente al autor del daño ya que los gastos que hubieran tenido que soportar por tales visitas representan tan sólo un daño patrimonial general (*allgemeinen Vermögensschaden*)]. Y lo que el § 823 I BGB exige a efectos de indemnización es la lesión de un derecho absoluto; el patrimonio como tal, según la doctrina y jurisprudencia alemanas, no tiene la consideración de derecho absoluto).

Además, el BGH había considerado posible indemnizar los cuidados especiales que personas allegadas hubieran dispensado al paciente, sin recibir por ello remuneración alguna; siempre y cuando dichas atenciones favorecieran el proceso de curación y, en defecto de allegados, hubieran tenido que prestarse por personas extrañas. Para tal supuesto, el BGH estimó que la remuneración debida a un extraño que se hubiese ocupado de atender al enfermo ofrecía sin duda algu-

---

(8) Sentencia de 22 de noviembre de 1988, en «JZ» 1989, p. 344.

na un baremo, una base objetiva para fijar el valor económico de la asistencia prestada; tal asistencia adquiere así un valor de mercado, representa un valor patrimonial. Según opinión del BGH, el causante del daño no debe verse exonerado, liberado de cubrir tales gastos, por el hecho de que los propios familiares de la víctima se hubiesen encargado de cuidarlo, sin buscar la ayuda de otras personas.

En definitiva, se considera susceptible de compensación pecuniaria la asistencia que los padres habían prestado a su hija tras la salida del hospital.

No ocurre otro tanto con la atención que le dedicaron el tiempo que estuvo internada. Mientras permaneció en el centro hospitalario, los padres, en realidad, no tuvieron que desarrollar ningún tipo de cuidado especial que, de no hacerlo ellos, hubiesen tenido que encargar a otra persona y pagarle sus servicios.

El valor de la atención de los padres en esos momentos radica en que la niña sienta su cercanía y dedicación; y eso es algo que sólo pueden procurar sus propios padres, no otras personas. En consecuencia, se estima que los desvelos paternos no tienen valor de mercado ni por tanto, un valor patrimonial o evaluable en términos pecuniarios. A pesar del tiempo invertido, carecen de derecho alguno a obtener indemnización por este concepto.

b) La sentencia de 7 de junio de 1988 representa un importante desarrollo de la doctrina jurisprudencial sobre responsabilidad del fabricante por productos defectuosos (*Produzentenhaftung*) (9).

El demandante exigía indemnización por daños a la salud. Sufrió los daños al sacar de una caja de bebidas una botella de un refresco con burbujas, fabricado por el demandado; en ese momento la botella había estallado y le había provocado graves lesiones en los ojos. En el curso del proceso no se pudo determinar con exactitud si la botella ya estaba defectuosa cuando salió de la fabrica de refrescos o si, por el contrario, la explosión se debía a causas que le habían afectado con posterioridad.

El frasco en cuestión era del tipo retornable; tales envases no se tiran después del uso, ya que se devuelve el casco para su reutilización. Como resulta obvio, tal procedimiento eleva notablemente el riesgo de que los envases sufran algún tipo de desperfecto.

El Landgericht de Frankfurt había estimado los pedimentos de la demanda mientras que el Oberlandesgericht (OLG) decidió en sentido contrario. El OLG basó su fallo en que, según el actual estado de la jurisprudencia en la materia, incumbe al consumidor probar que los daños provocados por el producto son consecuencia del incumplimiento de obligaciones específicas del fabricante; sólo se admi-

---

(9) BGH, sentencia de 7 de junio de 1988, en «BGHZ» 104, p. 323; «NJW» 1988, p. 2611; y «JZ» 1988, p. 966.

te la inversión de la carga de la prueba en lo relativo a la culpa del fabricante.

En el presente caso, el demandante no podía probar que la botella ya sufría defectos cuando salió de la fábrica; por lo que no podría descartarse que los desperfectos se produjeron en el propio comercio, o cuando era transportada al consumidor. En supuestos similares al presente, la jurisprudencia siempre había negado una inversión de la carga de la prueba en favor del consumidor; otra cosa hubiera significado afirmar la responsabilidad absolutamente objetiva (*Erfolgshaftung*) del fabricante, decisión ésta que sólo puede adoptar el legislador.

El BGH casó la sentencia y remitió los autos a la OLG.

Según el Alto Tribunal, procedía, en primer lugar, determinar si es efectivamente posible fabricar envases retornables que no presenten peligro alguno de explotar; el fabricante debería al menos ocuparse de que los envases retornables que utiliza puedan resistir no ya un uso que se califique de reglamentario, sino también un tratamiento inadecuado en la medida en que sea frecuente y previsible que se someta a las botellas a ese tipo de tratamiento; lo que incluye la eventualidad de que sufran desperfectos durante el transporte.

La demostración y prueba de estos hechos —es decir, la prueba de que el fabricante puede efectivamente producir envases irrompibles o resistentes en los términos antes expuestos— incumbe al consumidor.

Si el consumidor no puede probar que el fabricante ha incumplido obligaciones específicas sobre seguridad de los envases en el sentido visto, debe entrarse a examinar el preciso momento en que la botella sufrió los desperfectos.

Pero sobre la prueba de este extremo, el BGH se muestra disconforme con los pronunciamientos de la OLG. Por lo que respecta a la carga de la prueba, el BGH afirma que efectivamente —como regla general— corresponde al consumidor la prueba de que el origen de los defectos se encuentra en el proceso de producción. Pero, según afirma el BGH, no ocurre lo mismo cuando se trate de un defecto típico del proceso de fabricación del producto que sea, que amenaza con causar serios daños al consumidor y que *a posteriori* no permite determinar con seguridad donde radica la causa del daño. Si fuera este el caso, el propio fabricante es quien está obligado a asegurarse plenamente de que sus productos no tienen tales defectos típicos antes de reintroducirlos en el tráfico. Si no adopta las medidas pertinentes ante el resultado de esas comprobaciones, incumbe al propio fabricante probar en el juicio que el producto sufrió el desperfecto cuando ya había abandonado la fábrica.

En el presente caso, el BGH consideró que se habían cumplido los anteriores presupuestos: cuando se utilizan envases de vidrio repetidas veces, la experiencia demuestra que existe el serio peligro de que las botellas sufran daños y que exploten al ser usadas de nuevo, causando daños a la salud. El fabricante tiene por tanto la obligación

de someter los envases a un control exhaustivo así como de documentar los resultados del mismo. El incumplimiento de este deber no puede perjudicar al consumidor. Por lo que, conforme a lo expuesto, incumbe al fabricante la prueba de que los envases carecían de defectos cuando los reintrodujo en el tráfico.

### **3. Derecho de cosas**

A principios del año 1988 salió una sentencia del BGH sobre un caso espectacular que ocupó los primeros titulares de los periódicos: el tesoro de Lübeck (10).

En el transcurso de unas obras de derribo de una finca sita en una propiedad del Estado de Schleswig-Holstein en la parte antigua de la ciudad de Lübeck, se habían encontrado 23.200 monedas de oro y plata de los siglos XIV y XV. De ninguna manera era posible encontrar a su propietario original. El Estado de Schleswig-Holstein y el empresario encargado del derribo habían acordado de antemano que el empresario quedaba obligado a consignar cualquier objeto de valor histórico o científico que encontrase y que al Estado le corresponderían los derechos del descubridor conforme al § 985 BGB.

No obstante, surgió la discusión entre el Estado de Schleswig-Holstein, el mencionado empresario y el trabajador que encontró las monedas sobre la propiedad de las mismas.

Para la solución de este supuesto, era aplicable una norma casi olvidada del BGB: el § 984. Según este precepto, la propiedad del tesoro oculto pertenece por mitad al propietario del lugar en el que el tesoro estaba escondido, y al que lo hubiese descubierto y tomado posesión del mismo.

El BGH consideró que era el trabajador que había efectivamente encontrado las monedas quien merecía el calificativo de descubridor, pues sólo en su persona concurrían los presupuestos exigidos por el § 984 BGB. Cierto es que el hallazgo se produjo con ocasión de unas obras realizadas en el marco de un contrato de trabajo. Pero el descubrimiento sólo podría imputarse al empresario en el caso de que los trabajos hubiesen estado dirigidos precisamente a descubrir tesoros, lo que no ocurría en el presente caso: no se había estado desarrollando una búsqueda del tesoro de manera planificada. El descubrimiento había tenido lugar por casualidad mientras el trabajador realizaba sus obligaciones.

A lo expuesto no obsta el que —de hecho— durante las obras de derribo suele prestarse particular atención a la posible aparición de maderas, metales u otros objetos de valor; se trata generalmente

---

(10) Sentencia del BGH de 20 de enero de 1988 en «BGHZ» 103, p. 101; «NJW» 1988, p. 1204. «JZ» 1988, p. 665.

de objetos que pertenecían al propietario de la casa derribada y abandonadas por éste a la libre apropiación del empresario. Pero nadie había contado con la aparición de las monedas. Un hallazgo tan infrecuente y casual como el que había tenido lugar, nada tiene que ver con las actividades normales de la empresa de derribo, y por tanto no podía imputarse al empresario el calificativo de descubridor.

El Estado (= «Land») propietario de la finca y que había encargado la realización de las obras, tampoco podía ser considerado como descubridor. Como comitente de la obra, su relación con el hallazgo del tesoro era todavía menor que la del propio contratista.

Tampoco esta conclusión resultaba afectada por el mencionado acuerdo suscrito entre el Land y el empresario, según el cual el Estado de Schleswig-Holstein tendría la calificación de descubridor de eventuales objetos que salieran a la luz en el curso de las obras. El BGH comparó este supuesto con el previsto en el § 950 BGB: adquisición de la propiedad por especificación. La jurisprudencia admite que en virtud de un acuerdo negocial se decida de forma distinta a la prevista legalmente a quien corresponde el objeto resultante de la especificación. Mas la virtualidad de tales acuerdos sólo se reconoce mientras se refieran a actividades normales de la empresa, lo que no era el caso en el supuesto que ahora se planteaba. Y sólo cabría imputar negocialmente el hallazgo al propio Land si hubiese llegado a un acuerdo en tal sentido con el descubridor mismo, es decir, con el trabajador; lo que evidentemente no había tenido lugar.

La condición de propietario de las monedas —según el BGH— sí que correspondía al Estado. Pues a tenor de § 984 BGB, lo decisivo a este respecto es quién sea el propietario del lugar o terreno en el que el tesoro se hallare. En consecuencia, quedaban excluidas otras hipótesis de adquisición de la propiedad que hubieran podido favorecer al empresario (por ejemplo, en virtud del § 956 BGB), desde el momento en que el tesoro salió a la luz gracias a la excavadora del trabajador.

#### 4. Derecho del trabajo

La sentencia del Tribunal Federal de Trabajo (*Bundesarbeitsgerichtes*, en adelante BAG) de 24 de noviembre de 1987, merece un detenido examen dada su importancia para el Derecho de trabajo alemán (11). Se trataba de determinar los presupuestos bajo los cuales el trabajador que ha causado un daño dentro de la empresa responde de tales daños frente al empresario.

Si se aplican las reglas generales del Derecho civil, el trabajador responde incluso de aquellos daños causados por culpa levisísima (*leichte*

---

(11) BAG (8 Senat) sentencia de 24 de noviembre de 1987, en «JZ» 1988, p. 1067.

*Fahrlässigkeit*), de acuerdo con los principios que informan tanto la responsabilidad contractual (daño contractual positivo: *positive Vertragsverletzung*) como la extracontractual (*unerlaubte Handlung*: § 823 BGB). Mas teniendo en cuenta que de ordinario el trabajador maneja instrumentos de elevado valor patrimonial, la aplicación rigurosa de estos criterios le supondrían la amenaza de tener que hacer frente a cuantiosas indemnizaciones pecuniarias, cuando no absolutamente ruinosas. Por lo que hace tiempo ya se puso de relieve que el patrón civil de responsabilidad resultaba demasiado severo para el ámbito laboral.

El BAG ha ido desarrollando a lo largo del tiempo una doctrina jurisprudencial limitativa de la responsabilidad del trabajador. En primer lugar, estableció una distinción entre actividades habituales y las denominadas actividades propensas al peligro (*gefahr geneigte Tätigkeiten*). Peligrosas se consideran aquellas actividades en las que —según demuestra la experiencia— pueden fallar incluso las personas más diligentes: pueden tener errores, en sí evitables, con lo que es preciso contar por las propias limitaciones humanas (una clásica actividad peligrosa en este sentido es la conducción profesional de un automóvil).

En una sentencia del año 1959, el BAG resolvió que el trabajador sólo responde de todos los daños ocasionados al realizar una de estas actividades peligrosas, si hubiere actuado con dolo o culpa grave. En caso de culpa leve (*mittlerer Fahrlässigkeit*), los daños se reparten entre el trabajador y el empresario; y no responde en absoluto en caso de culpa levisima (12).

Un paso más lo representa la sentencia de 23 de marzo de 1983; el BAG estableció que el trabajador tampoco respondería por culpa leve o media (13).

En esta ocasión, el Tribunal basó su decisión en que el progresivo desarrollo de la técnica conlleva el incremento de situaciones de riesgo. Hoy en día, la mano de obra se encuentra en gran medida sustituida por costosas máquinas, lo que agrava el riesgo de que se produzcan importantes daños. El empresario no debe cargar al trabajador con los riesgos derivados de la creciente mecanización del trabajo. El peligro de que tales daños se produzcan debe contabilizarse dentro de los riesgos de la actividad empresarial, y los debe asumir el empresario con independencia de la idea de culpa de manera análoga a la prevista en el § 254 BGB. Además, el empresario tiene la posibilidad de contratar un seguro frente a tales riesgos.

En definitiva, tras la sentencia del BAG del año 1983, se considera que el trabajador sólo responde en caso de dolo y culpa grave.

---

(12) BAG (7 Senat) sentencia de 19 de marzo de 1959, en «BAGE» 7, p. 190.

(13) BAG (7 Senat), en «NJW» 1983, p. 1693.

A raíz de esta sentencia, la doctrina centró la discusión en decidir si esta restricción de la responsabilidad del trabajador debía aplicarse igualmente fuera del ámbito de las actividades «peligrosas». De otro lado, se ha suscitado una intensa controversia en torno a los límites de la creación jurisprudencial del Derecho en el ámbito laboral.

En la sentencia del 24 de noviembre de 1987, la Sala 8.<sup>a</sup> del BAG se enfrentó de manera exhaustiva con esta última cuestión: los límites del desarrollo jurisprudencial del Derecho laboral a través del propio BAG. La solución mantenida por la Sala 7.<sup>a</sup> en la referida sentencia del año 1983 no podía deducirse claramente de la legislación vigente (en particular, del § 254 BGB); por lo que la jurisprudencia de la Sala 7.<sup>a</sup> al respecto representaba una creación del Derecho, para la que —sin embargo— no concurrían los presupuestos necesarios. La Sala 8.<sup>a</sup>, invocando jurisprudencia del Tribunal Constitucional, afirmó que el Juez sólo está legitimado para desarrollar una labor de integración o de creación jurídica cuando se apoye sobre una convicción jurídica general respecto al modo de cubrir una laguna del Derecho.

Sin duda que de forma generalizada se admite que el patrón civil de responsabilidad (§§ 276, 249 y ss. BGB) no puede aplicarse sin modificaciones para determinar la responsabilidad del trabajador. Pero de consenso general sólo podía hablarse para excluir toda responsabilidad en caso de culpa levisima, mientras que la discusión se mantenía viva respecto a igual exclusión en caso de culpa leve o «media». En contra se argumentaba —por ejemplo— que esta última exclusión propiciaría el trato negligente y descuidado de los instrumentos de trabajo.

Al faltar una «convicción jurídica generalizada» (*allgemeine Rechtsüberzeugung*), no podía el BAG restringir el módulo de responsabilidad más de lo que ya se había hecho en la sentencia de 1959. Según la Sala 8.<sup>a</sup> del BAG, corresponde al legislador el decidir si procede o no tal limitación en el ámbito laboral.

El BAG, en consecuencia, retorna a la graduación tripartita de la responsabilidad establecida en la referida sentencia de 1959: el trabajador responde siempre y de todos los daños en caso de dolo y culpa grave; en caso de culpa leve o «media», los daños se reparten ponderando la culpa del trabajador y el riesgo que corresponde asumir al empresario; finalmente, si la culpa se califica de levisima, el trabajador no responde en absoluto.

Lo que la Sala 8.<sup>a</sup> no resuelve, es si esta graduación de la culpa por daños causados en el ejercicio de actividades «propensas al peligro», sirve igualmente para las demás actividades laborales.

Por otra parte, no existe el peligro de una jurisprudencia contradictoria en esta materia, procedente de las distintas Salas, pues, por el momento, la Sala 8.<sup>a</sup> del BAG ostenta la competencia exclusiva para conocer los asuntos relacionados con indemnización por daños.

Por la misma razón, la Sala 8.<sup>a</sup> no se ve obligada a plantear esta cuestión sobre los presupuestos de responsabilidad del trabajador ante el Gran Senado del BAG, según lo previsto en el § 45 II 2 de la Ley de jurisdicción laboral.

En conclusión, la jurisprudencia sobre responsabilidad del trabajador se encuentra en el mismo punto que en 1959.

## 5. Derecho internacional privado

En el pleito resuelto por el AG Frankfurt de 9 de agosto de 1988 (14), se trató del divorcio de un matrimonio contraído en Irán en 1974. En febrero de 1988, el marido había repudiado a su mujer en virtud de un escrito unilateral firmado por dos testigos varones. El marido declaró que se había procedido a un divorcio siguiendo la forma del «tálaq».

Según el Derecho internacional privado alemán (art. 17 I en relación con el art. 14 I 1 de la Ley de Introducción al BGB), correspondía aplicar en este supuesto el Derecho iraní. Y según los artículos 1.133 y 1.134 del Código civil iraní, el marido puede en cualquier momento repudiar unilateralmente a su mujer en virtud de una declaración formal, quedando de esta manera disuelto el matrimonio.

El AG Frankfurt declaró que el reconocer esta facultad exclusivamente al marido conculcaba los derechos fundamentales contenidos en los artículos 1 I, 3 II y 6 de la Constitución.

En primer lugar, se considera contrario a la dignidad humana un estatuto que concede menos derechos a la mujer. Si únicamente el marido tiene la facultad de repudiar, eso implica que la mujer no es contemplada como compañera con iguales derechos que el hombre, sino como un ser subordinado al marido del cual éste puede desembarazarse a su libre albedrío. Este planteamiento resulta igualmente contrario al artículo 6 de la Constitución que protege la igualdad de derechos de los esposos dentro de la comunidad de vida matrimonial. Por último, al otorgarse únicamente al marido la facultad de repudiar, se lesiona el principio de igualdad entre hombre y mujer del artículo 3 II Constitución.

Aunque la mujer estuviese de acuerdo con el repudio, el Tribunal de Frankfurt estima que sigue siendo contrario a Derecho. Si debiera aplicarse exclusivamente el Derecho iraní al divorcio entre nacionales de este país, también habría de admitirse que las mujeres iraníes ni siquiera están legitimadas para pretender el divorcio de sus maridos. Lo que también conculca el artículo 3 II de la Constitución.

---

(14) AG Frankfurt, sentencia de 9 de agosto de 1988, en «NJW» 1989, p. 1434.

Como la aplicación de los artículos 1.133 y 1.134 del Código civil iraní no puede conciliarse con los derechos fundamentales y choca con el «ordre public» alemán, a un Juez de familia alemán le está vedado aprobar un divorcio siguiendo el procedimiento del «taláq». El Juez de Frankfurt, en consecuencia, juzgó la demanda de divorcio aplicando el Derecho alemán.

Traducido por ISABEL GONZÁLEZ PACANOWSKA  
Universidad de Murcia

In memoriam

JOSE ROAN MARTINEZ

El *Seminario Profesor Federico de Castro*, que se reúne los miércoles de 19,30 a 21 horas en la Real Academia de Jurisprudencia, continuador del *Seminario de Anuario de Derecho Civil*, fundado y dirigido hasta su muerte por nuestro maestro, cuyo nombre hoy lleva, ha sufrido la dolorosa pérdida de uno de sus puntales y de los más antiguos concurrentes al *Seminario de Anuario de Derecho Civil*. Hablo de hace cerca de cuarenta años. Su participación se caracterizó siempre por su altura y buen sentido jurídicos. Siempre se le escuchó con aprovechamiento, siempre nos hizo reflexionar en más amplia perspectiva, a la vez que con visión realista y práctica.

José Roán Martínez nació el 11 de noviembre de 1915, en Cangas del Narcea (Asturias), donde su padre, don José Roán Tenreiro, era notario. Estudió Derecho en la Universidad de Santiago de Compostela. Ingresó en el Notariado mediante oposición directa, el año 1942 (faltándole sólo unas centésimas para alcanzar puntuación suficiente para ir a Notaría de Primera, quedando vacante La Coruña, a donde con estas centésimas hubiera ido); el 16 de noviembre de ese año tomó posesión de su primera Notaría, Almendralejo, una buena Segunda; el 18 de septiembre de 1949 pasó a la de Villalba (Lugo), y el 31 de mayo de 1950 fue notario de Madrid, en virtud de oposición entre notarios. Fue censor primero de la Junta Directiva del Ilustre Colegio Notarial de Madrid, y luego dos veces decano del mismo y presidente de la Junta de Decanos, en los trienios 1963/1965 y 1975/1977. Al jubilarse fue designado notario honorario y decano honorario del Ilustre Colegio Notarial de Madrid. Falleció el día 13 de octubre de 1989.

No se prodigó en conferencias ni en trabajos escritos por su tal vez excesivo espíritu autocrítico y por su extraordinario rigor que muchas veces le frenaron.

La reseña bibliográfica es la siguiente:

*Texto refundido de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946*, Revista de Derecho Privado, tomo XXX (1946), pp. 632-732. Estudio

preciso conciso, rico en substancia que hace pensar en el estilo de los profesores alemanes de entonces.

En colaboración con *Manuel de la Cámara Álvarez*, *La formación y selección del notario*, ponencia de la VII Jornada de Poblet (Santiago de Compostela, 1968), publicada en la «Revista de Derecho Notarial», LXI-LXII, julio-diciembre de 1968, pp. 153-234. Recuerdo entrañablemente cuando la expusieron uno y otro.

*Notariado en el mundo moderno*, expansión de la actividad de la Administración Pública en la contratación privada. El acto público notarial y su función esencial en la sociedad contemporánea y en el tráfico jurídico». Ponencia de la Delegación Española en la II Comisión del XII Congreso Internacional del Notariado Latino, Buenos Aires, 1973, publicada en la «Revista de Derecho Notarial», LXXXVII, enero-marzo 1975, pp. 143-329.

*Prólogo* (pp. 1-11) a la Historia del Derecho Notarial Español, de José Bono, tomo 1, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, 1979.

*El Impuesto sobre el Tráfico de Empresas y el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, Ponencia presentada en la Academia Matritense del Notariado los días 25 de junio y 3 de julio de 1980, publicada en la «Revista de Derecho Notarial», CVIII, abril-junio 1980, pp. 351-395.

*Sobre la Sección Cuarta del Capítulo V de la nueva Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (Incrementos y disminuciones patrimoniales)*, ponencia presentada en la Academia Matritense del Notariado los días 30 de noviembre de 1980 y siguientes, publicada en la «Revista de Derecho Notarial», CVIII, abril-junio de 1980, pp. 297-350.

*Semblanza de don Joaquín Costa*, intervención en la Sesión Pública celebrada el 13 de febrero de 1986 por la Academia Matritense del Notariado en homenaje al notario Joaquín Costa en el LXXV aniversario de su fallecimiento; publicada en pp. 55-124 del libro *Homenaje a Joaquín Costa por la Academia Matritense del Notariado*, Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 1990, 176 pp. Es un trabajo doctísimo que muestra la gran erudición y cultura de nuestro amigo y que constituye una bibliografía crítica de Costa.

Su última actuación pública es inolvidable para mí. Fue el día 24 de febrero de 1989, en el Salón de Actos del Colegio Notarial de Madrid, en la presentación de los dos primeros volúmenes del libro *Homenaje* que, muy por encima de mis méritos, recibo agradecido de tantos buenos amigos, por iniciativa de la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Roán me emocionó.

Para mí, su marcha hacia el más allá ha sido una pérdida muy grande. Le siento a faltar constantemente en los lugares y ocasiones en que solíamos vernos. Con él me gustaba departir y discutir de toda clase de temas culturales, jurídicos, de actualidad. Sintonizába-

mos en unas cosas, disentíamos en otras, coincidíamos en lo concreto, pero yo siempre salía de su conversación enriquecido, intelectual y espiritualmente, por su altura de espíritu y de miras, por su nobleza, generosidad y, en suma, hombría de bien.

Descanse en paz el amigo, maestro de juristas, notario cabal y hombre bueno, José Roán Martínez. ¡Dios lo tiene ya, sin duda, en su seno!

JUAN VALLET DE GOYTISOLO



# Jornadas sobre Derecho del Consumo

Por JOSE MARIA DE SOLAS RAFECAS

Profesor Titular de Derecho civil en la Universidad de Alcalá de Henares

Durante los días 13 al 15 del pasado mes de diciembre se celebraron en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza las Jornadas sobre el Derecho del Consumo, organizadas por dicha Facultad (Profesores García Cantero y Bonet Navarro), la Diputación General de Aragón y el Instituto Nacional del Consumo, colaborando, asimismo, las Cortes de Aragón, constituyendo un éxito, tanto por el elevado nivel científico de las ponencias y comunicaciones presentadas, como por el número de asistentes e interés de sus intervenciones.

El día 13, tras la inauguración oficial de las mismas, los Profesores Gabriel García Cantero, Catedrático de Derecho Civil y Angel Bonet Navarro, Catedrático de Derecho Procesal, presentaron el «Informe General», ocupándose respectivamente de los aspectos sustantivos y procesales del tema objeto del Congreso. Durante la sesión de tarde tuvo lugar la primera mesa redonda, acerca de la «Publicidad comercial y condiciones generales de los contratos», interviniendo como ponentes los Profesores Jean Calais-Auloy, Manuel-Angel López Sánchez y Jorge Carreras Llansana. En el debate posterior actuó de moderador el Profesor Antonio Cabanillas Sánchez.

La sesión de mañana del día 14 se dedicó al estudio de «La protección de los consumidores en los contratos sobre prestaciones duraderas». Fueron ponentes de la mesa redonda los Profesores Hans W. Micklitz, Carlos Martínez de Aguirre y Aldaz y Faustino Cordón Moreno, dirigiendo el posterior debate el Profesor don Angel Bonet Navarro. Por la tarde presentaron sus ponencias los Profesores Norbert Reich, Antonio Cabanillas Sánchez y Andrés de la Oliva Santos en torno al tema «La protección de los consumidores en los contratos sobre servicios». El debate fue moderado por el Profesor García Cantero.

La tercera y última jornada se inició con la cuarta mesa redonda en torno al tema «Daños a los consumidores» en la que intervinieron como ponentes los Profesores García Cantero, Reich y Ortells Ramos. El posterior debate fue moderado por el Profesor López Sánchez.

Después de una visita de los congresistas al Palacio de la Aljafería por invitación de las Cortes de Aragón, en la sesión de tarde intervino un representante del Instituto Nacional del Consumo, explicando «El sistema arbitral del artículo 31 de la LCU» y se formularon las conclusiones de las Jornadas, que fueron las siguientes:

A) *De naturaleza sustantiva* (Relator Profesor García Cantero):

Es altamente positivo que la protección de los consumidores conste expresamente en el artículo 51 de la Constitución, lo que no es el caso de la mayoría de países europeos.

Los juristas debemos trabajar para que este principio general de Derecho llegue a informar el ordenamiento jurídico y la práctica judicial.

Por razones históricas la legislación española sobre el consumo ha surgido y, en gran parte, se ha desarrollado sin conexión directa con la legislación comunitaria, siguiendo caminos que pueden calificarse de paralelos y, a veces, divergentes.

Después de nuestro ingreso en el Mercado Común ha de considerarse tarea prioritaria la de lograr la más rápida conexión con las Directivas y Convenciones comunitarias, sin perjuicio de conservar la vigencia de las normas internas que concedan mayor protección al consumidor.

Bajo una perspectiva privatista —mayoritariamente seguida en estas Jornadas— no resulta satisfactorio el desarrollo del artículo 51 CE realizado en la Ley de 1984, pero, en el momento actual su derogación y sustitución por otra más perfecta requeriría un estudio en profundidad de las cuestiones implicadas.

Son de aprobar globalmente algunos desarrollos legislativos ya realizados en áreas colindantes, por ejemplo, la Ley de Publicidad de 1988, así como el contenido de ciertas disposiciones reglamentarias referentes a sectores concretos (por ejemplo, reparaciones de vehículos, compraventa y alquiler de viviendas, etc.), aunque se desea mayor corrección en la técnica legislativa utilizada.

Es urgente que se promulgen, de acuerdo con las Directivas comunitarias, las leyes relativas a las condiciones generales de los contratos —que puede ser un dinámico elemento renovador del régimen contractual civil y mercantil— y también sobre la responsabilidad por el producto. Pero en ambos casos el legislador ha de ser consciente de que ha de procurar su anclaje con el Derecho ya en vigor (Ley de Seguro Privado) así como de la necesaria eliminación de las internas contradicciones del Capítulo VIII de la Ley de 1984.

La plena integración del Derecho del Consumo dentro del Derecho Privado pasa por su simplificación y clarificación, y ello facilitará su aplicación por los Tribunales.

B) *De naturaleza procesal* (Relator Profesor Bonet Navarro):

1. La tutela efectiva de los derechos de los consumidores en buena parte no queda perjudicada tanto por la falta de medios procesales, como por el deficiente funcionamiento de éstos. No obstante, los esquemas del proceso civil y del proceso contencioso-administrativo impiden atender eficazmente, en otros casos, algunos derechos reconocidos especialmente a los consumidores.

2. Cualquier reforma que en el ámbito de Derecho Procesal quiera introducirse sobre los instrumentos de la jurisdicción para conceder la tutela de los derechos de los consumidores, no puede hacerse fuera del marco establecido por los principios bajo los que se ordenan los diferentes procesos, ya que sirven no sólo para la defensa de estos derechos peculiares sino también de otros que son de la misma naturaleza.

3. En la referencia que el artículo 20.1 de la LGCU hace a la legitimación directa y por sustitución que corresponde a las Asociaciones de Consumidores y Usuarios para ejercitar acciones de diversos tipos que pertenezcan a ellas, a

sus socios o que conciernan a los intereses generales de los consumidores y usuarios, deben distinguirse claramente las acciones para cuyo ejercicio tienen legitimación y en las que les falta, separando acciones de reparación o resarcimiento de daños y las de cesación, quedando sin resolver los supuestos de legitimación pasiva de las Asociaciones en el caso que se formule de manera reconventional.

4. El actual criterio de imposición de costas en la jurisdicción civil puede detraer la actuación de las Asociaciones de Consumidores beneficiarias de la justicia gratuita ante la posibilidad de fracaso en el pleito con una eventual condena en costas.

5. Deben arbitrarse medios para garantizar la economía procesal con llamadas al proceso a personas interesadas en su objeto, cuando inicialmente no han podido ser demandadas por no ser conocidas.

6. El sistema de medidas cautelares civiles y administrativas se revela insuficiente para garantizar el buen fin de las pretensiones de condena, especialmente en el caso de las condenas de abstención; la misma solución ofrecida por nuestras leyes para el proceso de ejecución con sanción de no hacer es insuficiente para la protección de algunos derechos del consumidor.

7. El arbitraje establecido en el artículo 31 de la LDCU constituye la posibilidad de sustraer del conocimiento de los Tribunales los asuntos relativos a las quejas o reclamaciones de los consumidores o usuarios, salvo en los casos prevenidos en este precepto. Al no tratarse de un arbitraje en el que las partes designen libremente a los árbitros, sino que éstos aparecen designados previamente, su configuración presenta el perfil de una incipiente jurisdicción especial.



# BIBLIOGRAFIA

## Libros

**CAPILLA RONCERO, Francisco:** «La Responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito». Fundación Universitaria de Jerez, 1989, 268 pp.

La importancia y amplitud del tema que da título al libro podrían constituir, en principio, un obstáculo para su tratamiento cabal por parte de cualquier especialista. No lo ha sido para el Profesor Capilla, que ha logrado transmitir una visión unitaria de una materia un tanto evanescente, quizás por su carácter bipolar y por sus proyecciones interdisciplinarias. La elevada coherencia de su pensamiento, su extraordinaria claridad expositiva y capacidad de síntesis facilitan en grado sumo la lectura del libro y, con ello, la tarea de quien escribe estas líneas.

El autor estructura su obra en tres capítulos perfectamente concatenados: «Capítulo primero: El sistema de la responsabilidad patrimonial universal»; «Capítulo segundo: la coerción sobre la persona del deudor»; y «Capítulo tercero: El principio de proporcionalidad: su vigencia y sus quiebras». Para una mejor exposición de las distintas partes de la obra, incluimos el número de identificación de cada epígrafe, una vez enunciado, entre paréntesis.

El capítulo primero se articula sobre trece puntos de los que van aflorando sucesivamente las entrañas del sistema. En «Caracterización general de la responsabilidad patrimonial universal» (1) se nos muestra el artículo 1.911 del Código civil como «la pieza central, aunque no la única, del sistema de responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones en nuestro Derecho» (p. 7), y además como texto en el que aparecen ya sus rasgos esenciales: general, patrimonial, universal y reparadora del daño causado; aunque, respecto de esta última, se hace preciso reconstruir el sistema con base en otros preceptos (arts. 1.101 y ss. del CC), pues en aquél «sólo se dice con qué, pero no se indica por cuánto se responde».

Perfilada tal responsabilidad como un instrumento coactivo de compulsión al exacto cumplimiento se analizan los términos de su relación con la ejecución forzosa en «Responsabilidad patrimonial universal y ejecución forzosa» (2). Frente a las concepciones que exacerban la índole de la conexión entre una y otra, el autor procede a un magistral deslinde de ambas cuestiones por razones de ámbito, función y finalidad. El desarrollo de los epígrafes siguientes responde a este planteamiento: «La ejecución forzosa de las obligaciones en sentido propio gira en torno a dos polos: la imposición coactiva al deudor de la observancia de la conducta debida y la satisfacción del interés del acreedor. El tratamiento diferenciado de estos dos polos es consecuencia de la existencia de límites instrumentales a los medios utilizables para lograr la satisfacción del interés del acreedor» (p. 21).

En «Ejecución forzosa y contenido de la prestación» (3) señala cómo «es la elección de esos medios de compulsión donde debe procederse a la valoración comparativa de los intereses en juego» (p. 24). Para intentar solucionar la cuestión de manera que se ofrezca al acreedor «la máxima posibilidad de lograr la satisfacción de su interés específico, sin presionar al deudor más allá de lo consentido por el sistema» (p. 29), se exponen los mecanismos paralelos de satisfacción de ese interés en «La ejecución específica» (4). Admitida la satisfacción del interés del acreedor por la utilidad que reporta el cumplimiento como la óptica adecuada para la contemplación del fenómeno de la ejecución forzosa en «La satisfacción del interés del acreedor. Interés específico e interés a la indemnidad» (5), se nos pone de manifiesto cómo en los casos en que la ejecución específica no cabe o no opera, surge, por obra de la Ley, un interés nuevo y diferente, mutándose la obligación originaria en «La obligación de reparar» (6). A juicio del autor, que parte de los artículos 1.101 y 1.150 del Código civil, esa «transformación» es configurable como un fenómeno autónomo, guarda identidad de fundamento con el artículo 1.902 del Código civil y es reconducible a la idea de «deber secundario», que no implica la extinción del deber primario, sin la transformación de su contenido, pues respecto de él puede ser sustitutoria o adicional.

Tras exponer los presupuestos de esa obligación de reparar y los criterios de distribución de la carga de la prueba, se plantea la procedencia o no de la reparación «in natura» en «Modalidades de reparación» (7), examinando su posible carácter preferencial sobre la reparación pecuniaria en relación con el que se le asigna en la responsabilidad civil extracontractual. De conformidad con el criterio seguido por el legislador procesal, en «Ejecución dineraria y ejecución no dineraria» (8) queda en principio destacada una u otra en función del carácter concreto de las prestaciones. Comparando el fenómeno que implica la ejecución dineraria con la situación descrita en el artículo 1.911 del Código civil se precisa sólo una coincidencia parcial, pues como advierte el autor en «La responsabilidad patrimonial universal y la ejecución específica» (9) el mecanismo de conversión de cualquier deuda en la obligación de reparar «es previo y queda al margen (como presupuesto) de la responsabilidad patrimonial universal en sentido estricto» (p. 66).

Cerrando ultteriores compuertas del cerco conceptual concluye: «La responsabilidad patrimonial universal en sentido estricto, la que aparece descrita en el artículo 1.911 del Código civil solamente actúa, desde el punto de vista de la ejecución forzosa, a través de la ejecución dineraria», por razones que van desde los rasgos generales impresos en el mencionado precepto hasta la vigencia y ubicación de la regla «par conditio creditorum», que, «por definición, no puede jugar en la ejecución específica». Ante la posible concurrencia de ambos medios de tutela, pese a su tendencia a excluirse total o parcialmente, el Profesor Capilla determina cuándo cabe u opera ésta en «Presupuestos de la ejecución específica» (10), con finos discernimientos entre el orden sustantivo y el procesal en cuanto al sentido de la posibilidad de la prestación, la fungibilidad de la obligación a los efectos de la ejecución específica y la satisfacción del interés específico del acreedor, tras los cuales la ejecución específica «acaba desembocando en una suerte de pago por tercero» (p. 86).

Distanciado de posturas rígidas, centra su atención, al tratar de la «Ordenación entre la ejecución específica y la dineraria» (11), en «la determinación de quién puede escoger y dentro de qué límites entre la ejecución específica y la pecuniaria» (p. 93), previniéndonos de una lectura apresurada de los artículos

924-1 y 925 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y poniendo el artículo 1.176 del Código civil en relación con la satisfacción del interés del acreedor. Por ello, en «La responsabilidad patrimonial universal como sanción. Medida de responsabilidad» (12), el autor considera que «más que sanción en sí misma, es instrumento de efectividad de la sanción general prevista para el caso de incumplimiento de las obligaciones: el deber de reparar el daño causado por el incumplimiento mediante el abono de una indemnización pecuniaria (art. 1.101 del CC)» (p. 103). La proclamación universalista del artículo 1.911 queda en mera posibilidad y su rigor mitigado por las reglas o criterios de ejecución, según se echa de ver en los artículos 1.142 y 1.447 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, manifestaciones de una indemnizabilidad en la medida del daño.

Se concluye esta primera parte con un análisis de las «Críticas al sistema codificado» (13) que declaman su falta de eficacia como medio de protección del crédito: «A la postre se propugna recuperar la funcionalidad de las sanciones punitivas al servicio de la protección del acreedor, socavando el principio de la exclusiva patrimonialidad de la responsabilidad por deudas, y se propone romper la regla por virtud de la cual la medida de la responsabilidad viene conmisurada por el valor del daño causado al acreedor de resultados del incumplimiento» (p. 122).

Así pues, el Profesor Capilla dedica las dos partes siguientes de su obra a verificar «la virtualidad actual del principio recogido en el artículo 1.911 del Código Civil y normas concordantes, para determinar hasta qué punto se encuentra en quiebra, y si es deseable o acertado proceder a una revisión profunda del mismo» (pp. 125 y 126).

El Capítulo segundo del libro —«La coerción sobre la persona del deudor»— trata de las medidas de ejecución indirecta de las obligaciones que afectan a la libertad o valores personales del deudor. En «La síntesis del proceso de patrimonialización de la responsabilidad y subsidiariedad de la prisión por deudas» (14) se describe a gruesos pero exactos trazos el proceso de variación progresiva del objeto de la responsabilidad de los deudores: Prisión pública y prisión-servidumbre, prisión-responsabilidad y prisión ejecución son expuestas junto a otro proceso de similares características: «La regla *memo ad factum praecise cogi potest*» (15), encajable fundamentalmente en el seno de la compulsión con finalidad ejecutiva, que sólo impide forzar la ejecución cuando en la condena se impone la observancia de un «facere». De ahí la conexión entre la regla «*nemo ad factum*» y la ejecución específica sagazmente desvelada por el Profesor Capilla en cuanto que «sólo cuando se hizo posible la segunda, pudo formularse la primera» (p. 143).

El autor enjuicia los fundamentos o correspondencias históricas, políticas y económicas de la regla para concluir que «la abolición de los medios de coerción sobre la persona del deudor... es el resultado de una evolución constante, que obedece a la privatización de las relaciones económicas entre particulares y al refinamiento de las sanciones predisuestas por el Derecho al servicio de esos intereses particulares en aras de una progresiva dignificación de la condición de la persona» (p. 164). Sin embargo, históricamente el consabido principio no ha sido incompatible con el mantenimiento de la prisión por deudas, como puede verse en la «*Contrainte par corps*» (16). Pero «ello no oculta la contradicción existente entre la conservación de la prisión por deudas y el fundamento iusfilosófico del «*memo ad factum*». Por eso la contradicción solamente es salvable si se restringe el ámbito de la regla a la prohibición de medios indirectos de ejecu-

ción forzosa, quedando así delimitada la ejecución específica sólo a las obligaciones de dar y a las de hacer en que cabe la sustitución de la persona del deudor» (p. 146).

Parejamente, tras relacionar la evolución experimentada en los proyectos preparados a lo largo del siglo en «la Codificación civil española» (17), rastrea el autor los «Vestigios de coerción personal sobre el deudor» (18), destacando la coexistencia de la abolición de la prisión por deudas y la admisión de excepciones al principio «*nemo ad factum*» en algunos ordenamientos modernos (Alemania, Gran Bretaña y EE.UU.), que admiten medios de coerción indirecta personal sobre el condenado a prestaciones de hacer o no hacer hasta que la sentencia sea efectivamente cumplida. De diferente alcance y significación con los supuestos del ordenamiento jurídico español examinados en los siguientes epígrafes.

En «Sanción penal de la insolvencia o incumplimiento» (19) (alzamiento de bienes, quiebra y concurso punibles, cheque en descubierto) se trazan las diferencias y concomitancias entre la función de estos delitos y la extinguida prisión por deudas, reconociendo el autor el carácter punitivo de estas sanciones «por especialísimas razones no generalizables» (complejidad de los bienes jurídicos protegidos, actitud fraudulenta, sucedáneos de medios de pago); «más como sanción que funciona al margen de las sanciones civiles, sin hallarse subordinada al pago» (p. 180); excepto en el caso del cheque, cuya protección penal es de una efectividad tan dudosa que pone en tela de juicio las utilidades de la protección penal del derecho de crédito desde el punto de vista práctico. Tampoco hay «*ratio*» generalizable en «La sanción penal de la no ejecución» (20), subsumible dentro del tipo más genérico del delito de desobediencia del artículo 237 del Código penal, por la dimensión estrictamente formal de los valores que protege («autoridad o dignidad»).

Por lo cual, sin perjuicio de su aplicación ante la posible excelsitud del interés material a proteger, «la generalización de delitos de desobediencia, en garantía de la ejecución “voluntaria” por parte del obligado, es directamente la eliminación del principio “*nemo ad factum*” de forma subrepticia; con el grave peligro además de enfrentar dos valores que deben merecer consideración completamente diferente: el valor del respeto que deben merecer las resoluciones judiciales y el valor de la libertad personal del condenado, dando primacía al primero sobre el segundo en la generalidad de los cargos. Lo que solamente se compadece con el tenor del artículo 10 de la Constitución». En fin, como persistencia de las obligaciones de contenido patrimonial (ejecución específica parcial) que son a cargo del empresario cohonesta el autor los casos extremos (despido radicalmente nulo) con la «vigencia actual del principio “*nemo ad factum*”: la readmisión del trabajador ilegalmente despedido» (21). Por todo ello «no es aventurado decir que el principio “*nemo ad factum*” conserva hoy en día su vigencia, sin que quepa calificarlo como principio trasnochado y típico del liberalismo decimonónico. También es propio, según se desprende del vigente ordenamiento positivo, de sistemas de economía social de mercado o, por lo menos, de los sistemas latinos, pues es llamativa en este punto la resistencia del legislador de estos países... en contra de las muchas voces que así lo han demandado» (p. 194).

El Capítulo tercero —«El principio de proporcionalidad: su vigencia y sus quiebras»— aborda el estudio de las medidas de ejecución indirecta de las obligaciones que afectan al patrimonio del deudor, en función del carácter reparador

de la responsabilidad patrimonial universal. Esta conmisuración de la responsabilidad al daño es analizada en un doble momento en «El principio de proporcionalidad. Autonomía de la voluntad y pena privada» (22). Por un lado, en punto a la determinación de la cuantía del daño que debe ser abonado, el autor se ciñe a las cuantificaciones anticipadas que entrañan pactos de agravamiento de la cuantía de la responsabilidad con independencia de la magnitud del daño, como instrumento de reforzamiento de la tutela del derecho de crédito, a la vista de los artículos 1.152.1.º, 1.154 y 1.255 en relación con la legislación de consumidores, sin olvidar las manifestaciones procesales de los artículos 1.483 y 1.506-3.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por otro lado, refuerza la vigencia del principio mediante la conexión entre la «ratio» de la prohibición del pacto comisorio y la pena convencional, una vez aceptado que ésta no tiene por qué ser exclusivamente pecuniaria. En esta línea se contempla la solución prevista por el artículo 1.108 del Código civil como «Liquidación legal de la cuantía de la indemnización. Intereses moratorios» (23), y la remoción de sus presupuestos como consecuencia de la desproporción existente entre el interés legal y el habitual en el tráfico, lo que ha dado pábulo a interpretaciones agravadoras (arts. 1.101 y 455 del CC) de la indemnización por mora en algunos casos. Sin embargo, «el tratamiento especial de la obligación de indemnizar por mora en las obligaciones pecuniarias se justifica, única y exclusivamente, en razón de las especialidades propias del objeto de tales obligaciones y en la, a pesar de todo, vigencia del principio nominalista. Lo que justifica ese tratamiento e impide generalizarlo»; aunque «se trata de una quiebra muy importante (en razón de la trascendencia real de las obligaciones pecuniarias) del principio de proporcionalidad» (p. 222).

«El beneficio obtenido por el infractor como módulo de la determinación de la cuantía de la indemnización» (24) introduce importantes alteraciones de la concepción tradicional de la indemnización como comprensiva del daño emergente y del lucro cesante. Entre los supuestos más notables de este fenómeno el autor examina las infracciones del honor, intimidad, imagen o propiedad industrial con atinadas reflexiones sobre sus notas comunes, peculiaridades y efectos, fundando un juicio desfavorable al régimen legal de algunos de los supuestos (arts. 1.306 y 1.666 CC, 9-3 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, arts. 66, 2-1 y 8-1 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo) y reconociendo que los parámetros para determinar la responsabilidad son parcialmente modificados, con lo que queda más desdibujada la frontera entre sanciones resarcitorias y punitivas. Más claro matiz punitivo que el apreciable en algunos casos del Código civil (así, art. 1.108), se encuentra en los artículos 44 de la LSA, 33.a) 4 por Ley 19/1989, artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, 921, párrafo 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 108 y 149 de la Ley Cambiaria y del Cheque. El imperativo desembolso de capital y la subsidiariedad de la consecuencia prevista, la mayor tutela al consumidor del contrato de seguro, el evitar hacer rentable el retraso en el cumplimiento de las sentencias y la abusiva prolongación de los pleitos, la protección al titular de un derecho de crédito no por ser tal, sino por ser tenedor de ese medio de pago, se nos presentan como las razones justificadoras de tal protección. Entre las sanciones de carácter patrimonial, «Las penas privadas judiciales. Las astreintes» (26) tienen como característica diferencial el hecho de que se deja a la apreciación judicial su imposición al condenado que no ejecute la resolución judicial. Al autor le interesa, fundamentalmente, «si en alguna medida cabe aplicarla ya

en nuestro ordenamiento» (p. 254). Analizados los artículos 24, 117-3, 9-3 de la Constitución, 18-2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 923 de la Ley de Enjuiciamiento Civil —que en una interpretación compenetrativa con el art. 921 da un importante argumento «a contrario» desfavorable al aumento de las cuantías de intereses—, 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (como medida cautelar), 133 y siguientes de la Ley de Patentes, 95-4 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional... concluye que las alteraciones judiciales de la proporcionalidad de la indemnización al daño causado son posibles «solamente en esas ocasiones, como consecuencia de la habilitación legal...» (p. 260).

El Profesor Capilla cierra el libro con unas reflexiones colmadas de buen sentido sobre «La eficacia del sistema codificado de responsabilidad patrimonial universal» (27) como el último basamento de los medios de protección al derecho de crédito, al tiempo que nos advierte que «la protección del crédito y la seguridad del tráfico son, sin duda, intereses dignos de la mayor protección; pero no los únicos en juego. Frente a ellos se encuentra el interés de la protección, también, de los deudores», de tal manera que, «la condición del deudor no comporte nada más que ser eso: deudor» (p. 263). Las acusaciones de ineptitud son injusta «porque yerran en el blanco». Debemos colocar en el punto de mira la inadecuada asignación de recursos, la mala gestión, las inconveniencias de nuestro ordenamiento procesal... Pero ello desecha las soluciones encaminadas a alterar la patrimonialidad —como retroceso histórico en el reconocimiento de la libertad y dignidad personales o la proporcionalidad— por su inutilidad, pues «si es difícil ejecutar una sentencia que condena a poco, me temo que seguirá siendo igual de difícil, si no más..., ejecutar una sentencia que condena a mucho». Y además así se descarga a los acreedores profesionales de «la necesidad de procurarse en cada caso concreto las garantías, existentes en abundancia en nuestro ordenamiento, que en el sistema actual pueden fortalecer el derecho de crédito» (p. 267), no pudiendo pretender que «el propio legislador recoja en sus leyes lo que no les consiente hacer por su propia mano» (p. 268).

El adentramiento que el Profesor Capilla logra en el objeto que da título a su libro tiene profundas implicaciones en tema de obligación. Se obtiene como resultado precisamente aquélla que algunas de las más autorizadas elaboraciones (a), sobre el concepto de obligación pretenden defender: el sometimiento de la economía a la ética. Pero se hace de manera que consigue evitarse su efecto contradictorio y sus posibles colarios funestos. En efecto, si se magnifica el carácter esencial de deber jurídico en todo momento de la vida de la obligación y cualquiera que sea la dirección que tome su realización, para rendir así el debido tributo ético y no incurrir en un supuesto reductivismo económico y judicialista de la misma, ¿cómo puede mantenerse al propio tiempo incólume la afirmación de las persona y sus valores inherentes? o ¿para qué entonces ese enaltecimiento ético de la obligación? Una excesiva prevención hacia la cosificación de la obligación aumenta los riesgos de cosificación de la persona. La imposibilidad de dar satisfacción en todo caso a los intereses no patrimoniales del acreedor, no deben interpretarse como indefensión.

Si la respuesta jurídica (la sanción es jurídica, aunque tenga un contenido

---

(a) HERNÁNDEZ GIL, A.: *En torno al concepto de la obligación*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1981.

económico) es en última instancia la convertibilidad de toda obligación en obligación pecuniaria, no se trata de una postura materialista sino, por el contrario, de que el Derecho no pierda los papeles en beneficio de los intereses económicos prepotentes. De otro modo se estaría dando curso legal a un mecanismo de estatalización de los grupos de los «*beati possidentes*» que tienen como objeto esencial obtener del poder político nuevas leyes que ratifiquen ese esfuerzo «moral», cuando en verdad se produciría un reemplazo de la ética por determinados supuestos ideológicos, sociales y económicos. Esta, y no pretendidas motivaciones de psicología social (b), es la razón de fondo por la que hay que repudiar los remedios de esa «Equity» de «palo y tentetieso», sin olvidar las profundas diferencias entre los sistemas del «*common law*» y el «*civil law*», el distinto papel desempeñado por los jueces en relación con el sistema de fuentes del Derecho y los grandes riesgos y voces opuestas manifestados en esos mismos países.

Por el contrario, de la obra del Profesor Capilla brota una obligación más ética, más jurídica y más en consonancia: con los demás derechos implicados en la relación jurídica patrimonial (consecuencia del tratamiento dado a la obligación de reparar y al interés a la indemnidad); con aquellas obligaciones que por sus características especiales (alimentos, menores, familia) justifican una cobertura especial; con el derecho de crédito y el daño, trataba su relación en términos conminsurativos; e incluso más respetuosa y eficaz para con los deberes jurídicos no patrimoniales, a los que no excluye del cobijo de la obligación haciendo bandera ineluctable de su patrimonialidad, sino que destaca la conveniencia de la ampliación del régimen de ejecución forzosa como medio de lograr una tutela más ajustada a los deberes patrimoniales sin que a la vez se produzca una innecesaria hipertrofia de la obligación y un inútil ensanchamiento del Derecho de obligaciones al socaire de su supletoriedad general. Queda en evidencia además la inexactitud de las opiniones (c) que sustentan la subsistencia de la obligación como prestación en la importancia reconocida a la ejecución específica en nuestro Derecho (art. 1.098,1, del CC), por la vía del contraste con el criterio que se imputa al Código civil francés (art. 1.142) para resaltar así esa configuración «ética» de la obligación como deber en nuestro ordenamiento, pues estas opiniones omiten toda referencia a los sucesivos artículos (1.143 y 1.144) del Código que se toma como contrapunto, en los que se mantiene el mismo criterio que en el nuestro.

Mayor realismo hay en la postura del Profesor Capilla: reconoce la preeminencia postrera de la ejecución dineraria en el orden práctico, aún admitida la prioridad lógica de la ejecución específica (p. 29) y su importancia en un Estado de Derecho (pp. 59 y 60), alejándose de actitudes apriorísticas y reconduciendo el problema a la determinación de a quién corresponde la elección y cuáles son los límites de ésta. Por otra parte, queda desmitificada la socorrida «neutralidad» que suele predicarse del Derecho de obligaciones, por contraposición a los derechos reales, al conectarse, histórica y constitucionalmente, el sistema con el reconocimiento de los valores de la persona, y al analizarse las valoraciones políticas y económicas subyacentes en el enunciado «*nemo ad factum*» (pp. 144 y 146, 149 y 150). Indudablemente se trata de una desmitificación de caladura más hon-

(b) MEZQUITA DEL CACHO, José L.: *Seguridad jurídica y sistema cautelar. 2. Sistema español de Derecho cautelar*. Ed. Bosch, 1989, p. 60.

(c) HERNÁNDEZ GIL, A.: *op. cit.*, pp. 55 y 56.

da que la que pueda derivar de un cotejo entre «favor creditoris» y «favor debitoris» en las reglas de distribución de la prueba.

La ecuanimidad sustantiva y técnica que rezuma la obra en su conjunto y en innumerables aspectos concretos (pp. 89 y 90, 99 y 100, 230...) no puede confundirse con debilidad alguna hacia el deudor incumplidor. Baste ponderar el papel principal que confiere al interés del acreedor como perspectiva doctrinal en la resolución de los problemas. Pero es que además también la situación jurídica de los deudores padece importantes descompensaciones dentro del sistema. Considérense las manifestaciones normativas del principio de proporcionalidad, cuantitativas y cualitativas (arts. 1.442 y 1.443 de la LEC), y compárense con sus distorsiones prácticas producidas como consecuencia del directo embargo de bienes inmuebles, de valor muy superior a las cuantías de los créditos que en ellos hacen presa de su satisfacción, sin que parezca razonable la introducción de un «juramento de manifestación» (distinto, por el momento jurídico y el interés protegido, de los arts. 55.2 de la LAU y 9.5.<sup>a</sup> de la Ley 2/1988, de 23 de febrero) que coloque al deudor en el brete de cometer un delito de falsedad en documento público o entregar la bolsa (cuentas corrientes, títulos valores...). Piénsese en las secuelas del régimen de ejecución provisional de las sentencias introducido por el nuevo artículo 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que impone al deudor un desprendimiento anticipado de sus bienes o derechos, con una medida que, como reconoce la propia E de M de la Ley redundante en favor «de quien tiene medios económicos disponibles o solvencia para anticipar los efectos de un fallo». Límites «fácticos» también padece el deudor como consecuencia de las imposiciones contractuales de una situación económicamente más gravosa de lo que puede soportar y, aún, de lo legalmente permisible; o de las masivas o intempestivas desapariciones legales de sociedades transmitentes que dificultan hasta el extremo la cancelación de cargas o derechos ya satisfechos y, por tanto, la libre circulación de sus bienes. No faltan, por último, todo tipo de resortes y medios a los que puede acudir el acreedor en seguridad de su crédito: hipotecas, anotaciones preventivas, condiciones resolutorias... Un mayor control institucional de las causas de los contratos y una aplicación generalizada de los medios legales ya existentes garantizados del equilibrio y proporcionalidad de las prestaciones por parte de los operadores jurídicos coadyuvarían en no poca medida a solucionar el problema. La reciente creación de nuevos Juzgados y Tribunales, con la necesaria disposición de medios a su alcance, contribuirán sin duda a hacer más efectivo el derecho a la tutela judicial tal como aparece en el artículo 24 de la Constitución.

JULIO-JESÚS FERNÁNDEZ VARA

*Profesor Asociado de Derecho civil  
de la Universidad Carlos III de Madrid.  
Registrador de la propiedad*

**«El Código civil. Debates parlamentarios 1885-1889», Servicio de Publicaciones del Senado, Madrid, 1989.**

Con motivo de la celebración del centenario del Código civil, la Mesa del Senado acordó en 1988 la publicación de esta obra, que habría de comprender

los trabajos parlamentarios desarrollados entre los años 1885 y 1889 y que culminaron en la promulgación del Código civil de 1889.

La edición ha aparecido en 1989, precedida por una introducción del Catedrático de Derecho civil y Senador en la III Legislatura, don José Luis de los Mozos, y ha sido preparada por las Archiveras-Bibliotecarias de las Cortes Generales Rosario Herrero Gutiérrez y María Angeles Vallejo Ubeda.

En la mencionada introducción don José Luis de los Mozos comienza por destacar —y no le falta razón— el vacío que para el adecuado estudio del proceso de elaboración de nuestro Código civil ha venido a colmar esta obra. Seguidamente desarrolla su análisis partiendo del significado moderno de la Codificación, abordando después el tema de los precedentes y los criterios que influyeron en la redacción de nuestro Código civil, para continuar con la cuestión de su contenido, sistemática y significado, y concluir sus observaciones a propósito del mismo cuerpo legal centrándose en lo atinente a su eficacia derogativa y expansiva.

La obra que aquí se reseña constituye un instrumento de enorme utilidad para el estudio de nuestra codificación civil, por cuanto facilita muy sensiblemente el acceso al proceso de elaboración del Código. Es así que la publicación —que consta de los volúmenes— reproduce íntegra y cronológicamente tanto los debates, como —en anexos desglosados aparte— los textos de dictámenes, votos particulares, enmiendas y textos definitivamente aprobados, que se produjeron en el Senado y en el Congreso de los Diputados en el período que precedió a la edición del Código civil de 1889. Cada fase del proceso se estructura por Cámara legislativa, distinguiendo, a su vez, y dentro de cada una de éstas, entre los debates y los anexos con los textos correspondientes.

En el volumen I, se recopilan los debates desarrollados entre 1885 y 1888, relativos al Proyecto de Ley por el cual se facultaba al Gobierno para publicar un Código civil con sujeción a las condiciones y bases que en el mismo se establecían, y que condujeron a la sanción y publicación de la Ley en los respectivos diarios de sesiones del Senado y del Congreso del día 25 de mayo de 1888.

En el volumen II se recoge la discusión parlamentaria del texto del Código civil publicado por el Gobierno (discusión que abordó, no sólo la concordancia de dicho texto con las Bases, sino también la crítica de las concretas disposiciones) y que tuvo lugar en los años 1888 y 1889. Estos debates concluyeron con la sanción y publicación de una Ley de autorización al Gobierno para hacer en la primera edición del Código civil las enmiendas y adiciones introducidas por las Cortes, lo que daría lugar a su segunda edición —o edición reformada—, promulgada por Real Decreto de 24 de julio de 1889. Con los textos de esta Ley y de ambas ediciones del Código se cierra este volumen II.

Resta tan sólo por señalar que, para obtener un mayor provecho de tan meritoria recopilación, hubiera sido deseable la elaboración de unos índices por materias que facilitarían el acceso a las discusiones que cada una de ellas suscitó en este proceso y su localización. A tal fin no resulta suficiente el índice de oradores y enmendadores con que se cierra la obra. Queda aquí, pues, un campo abierto (ciertamente pródigo y muy laborioso) para posteriores trabajos.

**FELIU REY, Manuel: «Comentarios a la Ley de Adopción», Ed., Tecnos, S. A., Madrid, 1989, 226 pp.**

Como se indica en otra recensión de este número, el Derecho de familia ha sufrido muy importantes reformas en los últimos años. Pero dentro del Derecho de familia, posiblemente la institución que más se ha visto afectada a este respecto, ha sido la adopción. En menos de treinta años (y a diferencia de otras materias que permanecieron inalteradas desde la publicación del Código hasta 1981), la adopción se ha visto modificada, y en gran medida, en cuatro ocasiones: 1958, 1970, 1981 y 1987.

La presente obra (que tiene su origen en la tesis doctoral del autor), se trata de un estudio completo y detallado de la nueva regulación de la adopción, a raíz de la reciente Reforma de 1987.

Se divide, siguiendo la estructura del Código civil, en dos amplias partes: de la guarda y acogimiento de menores, y de la adopción.

I. En la primera parte se analiza la tutela y la guarda por entidades públicas, así como el acogimiento de menores.

Por lo que respecta a la tutela por entidades públicas, prevista en el artículo 172 del Código (que, curiosamente, no se encuentra incardinada dentro de las instituciones tutelares, sino en el capítulo relativo a la adopción y otras formas de protección de menores, debido, posiblemente, como indica el autor, a la estrechísima conexión de esta figura con las del acogimiento y adopción), se estudian cuestiones como las diferencias con la legislación anterior, su contenido, su ejercicio, sujetos a los que afecta esta tutela, la situación de desamparo como presupuesto para la misma...

En cuanto a la guarda por entidades públicas, se analizan temas como su constitución (por vía administrativa o judicial), su contenido y su extinción.

Por último, en el comentario al acogimiento de menores, se estudian problemas como sus diferencias con figuras análogas (en especial, el prohijamiento), su concepto, clases, caracteres, elementos personales, constitución, contenido (que dependerá de cada acogimiento en concreto) y extinción.

II. En el análisis de la adopción en concreto, el autor comienza con el estudio de sus elementos personales. Se plantean cuestiones como la capacidad del adoptante (ya que mientras la legislación derogada exigía que se hallase «en el ejercicio de todos sus derechos civiles» y tener treinta años, en la vigente sólo exige que tenga veinticinco años, pero sin hacer mención alguna a su capacidad), la edad del adoptante (tema que ha variado a lo largo de los años, en el sentido de una reducción paulatina; es de destacar que si bien se establece una edad mínima, no se establece una edad máxima, como lo hacen otras legislaciones), la diferencia de edad entre adoptante y adoptado, las prohibiciones para adoptar (entre las que destaca, como auténtica novedad, la prohibición de adoptar a un descendiente), la capacidad y edad del adoptado..., para terminar con la adopción conjunta (según la Ley de 1987, nadie puede ser adoptado por más de una persona, fuera de los casos de adopción por ambos cónyuges o «por un hombre y una mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal»).

A continuación el autor trata de la constitución de la adopción, en donde

analiza con especial detalle los consentimientos, asentimientos y meras audiencias que han de concurrir en la misma.

Concluye el libro con el estudio de la relación adoptiva (cuyo principio general es la ruptura de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior, si bien con excepciones, y dejando siempre a salvo, en todo caso, la materia de impedimentos matrimoniales), y la extinción de la adopción.

JUAN POZO VILCHES

**MEZQUITA DEL CACHO, José Luis: «Seguridad jurídica y sistema cautelar para su protección preventiva en la esfera privada. Volumen I: Teoría de la Seguridad jurídica en su doble proyección, pública y privada. Volumen II: Sistema español de Derecho cautelar parte general y apéndice eurocomunitario».**

Para mí constituyó un gran honor que el doctor don José Luis Mezquita del Cacho, me eligiera para cumplir la labor que tradicionalmente se ha calificado de dirección del trabajo de tesis doctoral. Evidentemente Mezquita del Cacho no necesitaba tal dirección para elaborar su Tesis Doctoral que, ya publicada, constituye, sin duda, una obra fundamental en el panorama de nuestra doctrina jurídica actual.

La sola lectura del índice de la obra resulta suficiente para darse cuenta de la plenitud y complejidad de la misma. Se trata de una obra que sólo la plena madurez, la que sin duda tiene José Luis Mezquita, permite abordar. Tal madurez es producto no sólo del ejercicio práctico del Derecho, sino del contraste de tal práctica con el estudio profundo no solamente del Derecho positivo, sino de los fundamentos del mismo, de los planteamientos teóricos más esenciales. Esta doble faceta de práctico y teórico del Derecho se reúne en José Luis Mezquita del Cacho y es lo que ha permitido elaborar una obra tan interesante como la que se comenta.

Empieza el autor señalando el desajuste existente entre el estudio de las instituciones civiles y mercantiles como Derecho privado material, de un lado, y del Derecho procesal, por otro; o lo que es igual, entre el análisis de las situaciones jurídicas en la hipótesis pacífica de la teoría, y el que se dedica a las normas generales o especiales previstas para dilucidar los conflictos que se presentan en ellas en la vida real (pág. 3 del Vol. I). Más adelante señala que: «el hueco entre ambas perspectivas ha sido desdeñado incomprensiblemente por la ciencia del Derecho y abandonando a los remedios de la técnica práctica, desarrollados por instituciones formadas, sí, en aquella Ciencia; pero dejadas luego a su propia iniciativa y suerte, en cuyo seno se han ido elaborando disciplinas paralelas a las rigurosamente científicas de los Derechos civil, mercantil y procesal; disciplinas éstas muy hibridizadas de practicismo y teoricismo, de privatismo y publicismo, de estatismo y vanguardismo, y que acusan en sus estructuras esas difíciles sincretizaciones, en ocasiones forzadas por rápidos cambios sociales anunciadores de movimientos en la política jurídica. Es el caso de los llamados Derecho hipotecario (o registral) y Derecho notarial».

La obra pretende pues llenar el vacío teórico existente entre «el espacio anatómico-fisiológico del Derecho privado y el espacio patológico del Proceso», ya que

en ellos «hay otro inmunológico de recursos de acción jurídica preventiva, susceptibles de ordenación sistemática bajo la idea matriz y motriz de la prevención cautelar, agrupados unos en aquellas dos mencionadas ramas prácticas y los demás en el cajón de sastre de otra que, no por mantenida al abrigo prestado del Derecho procesal ha sido menos desheredada: la hasta aquí llamada como remate de sus muchas perplejidades, Jurisdicción voluntaria» (vol. I, pág. 4).

La obra parte, por lo tanto, de la idea de que la seguridad jurídica constituye un objetivo básico para cualquier ordenamiento con pretensión de eficacia y estabilidad y que ello exige la organización de un sistema general para procurarla. Todo ello ha llevado al autor a comenzar el libro desarrollando la teoría general de la seguridad jurídica y exponiendo su esquema institucional en el Derecho español actual dedicando a ello íntegramente el primer tomo. En cuya parte inicial y más extensa se considera en profundidad la seguridad como motor y como principio, a la vez en términos de Filosofía del derecho y de teoría del Estado o Derecho público. En la segunda parte del volumen I se prosigue el análisis desde el mismo objetivo crucial de la seguridad, pero centrándolo en la esfera del Derecho privado, y precisando los rasgos particulares que han de darse en el tratamiento específico de la misma: dinamismo frente a estatismo, y estilo preventivo dominante.

Evidentemente la obra no se podía abordar sin un profundo conocimiento del Derecho positivo, pero como la misma se centra en conceptos fundamentales como el de seguridad jurídica, legalidad, legislación, legalidad y administración, jurisdicción, etc., requiere un análisis de tales conceptos desde la perspectiva de la Filosofía del Derecho, del Derecho político y del Derecho constitucional.

Dentro de toda esa problemática son especialmente significativas las páginas dedicadas al tema de la división y especialización de los poderes públicos, así como los límites de los mismos. Se encuentra dicho tratamiento a partir de la página 109 del volumen I, siendo especialmente atractivo y significativo el análisis que se hace de la actividad judicial estricta y la actividad externa y operativamente estructurada del control constitucional de las Leyes. El análisis de tal problemática lo sitúa dentro de la colisión que se da entre iusnaturalismo y positivismo. De tal colisión el autor trata de salir considerando al iusnaturalismo como un método válido para el análisis crítico del ordenamiento, apto para impulsar su reforma con base en los valores superiores que se desprenden de los principios de la legalidad establecida por la soberanía popular.

El problema es de difícil solución, la lucha por la justicia está siempre inmanente en el mundo del Derecho en cualquiera de sus manifestaciones y la misma aflora, no podía ser de otra manera, en la obra del profesor Mezquita. Ello le lleva a señalar en la página 393 del volumen I que *el juego de las instituciones formales de objetivo cautelar no producen nunca injusticia real, pero tampoco justicia de por sí*. Su fruto es una seguridad siempre supeditada a coordenadas subjetivas de justicia (dado que exige buena fe); y si bien potencia la faceta social de lo justo frente a lo puramente individual, su fuerza no deja de servir tampoco a este aspecto cuando el titular del derecho subjetivo quiere aprovecharlo para su preservación. En cualquier caso y aspecto, sólo prepara la realización de la Justicia, realización que no compete a sus esquemas, sino a los del Poder jurisdiccional del Estado.

En definitiva, el autor parte de la idea de que un sistema preventivo por sí

solo, que procure seguridad no llegaría a solucionar los problemas sociales, ya que el edificio de la seguridad ha de coronarse con el acceso abierto a la Justicia; un acceso que sólo la propia Justicia puede forjar con el efecto de cosa juzgada.

Todo lo que hemos dicho hasta aquí no es más que una indicación general de la problemática que se aborda en el volumen I de la obra del doctor Mezquita. Con ello no hemos querido señalar más que los aspectos que muestran la riqueza de planteamientos que se encuentra en la misma. Habiendo señalado ya claramente los fundamentos, en el volumen II se aborda el estudio del sistema cautelar español (parte general y apéndice Eurocomunitario). El lector no debe pensar que este último volumen sea menos profundo que el primero, lo único que sucede es que trata de problemas y cuestiones prácticas, sin embargo, se abordan con la misma profundidad que en el volumen I se habían tratado las cuestiones más generales y de fundamentación.

El sistema cautelar se construye sobre la base de un principio informador el de seguridad jurídica. El ámbito operativo en el que el sistema cautelar desarrolla toda su acción, es la vertiente privada de dicho principio de seguridad; o sea, aquella en que «exclusivamente se producen relaciones entre sujetos particulares, a las que cabe asimilar por excepción las que se generan entre los particulares y cualquiera de las estructuras de la Administración pública, cuando los intereses subyacentes en la relación son privados, lo cual obliga a considerar a estas últimas como personas privadas incidentales (vol. II, pág. 121).

Se preocupa también de analizar la naturaleza del Derecho cautelar y fijar su posición dentro del ordenamiento jurídico global, dedicando a ello unas páginas muy interesantes.

Analiza las funciones del sistema cautelar, distinguiendo entre las funciones genéricas y las técnicas específicas del mismo.

Al analizar las estructuras del sistema cautelar, hay que destacar la atención dedicada a conceptos de tanta trascendencia y raigambre histórica en el campo del Derecho como son la apariencia y la investidura, sin olvidar tampoco el análisis que se hace de la carga de la prueba y de las presunciones legales como nociones estructurales fundamentales, así como la «legitimación extraordinaria» y «adquisición non domino». En cuanto a las estructuras aplicadoras, son de destacar las páginas destinadas al papel de la abogacía, a la estructura de amparo, la estructura documental y la estructura cautelar de publicidad.

La obra se cierra con un apéndice Eurocomunitario en el que el autor pone de relieve que no es sólo conocedor del Derecho positivo y de los fundamentos en que el mismo se asienta, sino que posee una gran sensibilidad que le permite conectar con la problemática de cada momento. Quiero terminar esta reflexión señalando que, tanto el práctico como el estudioso del Derecho, encontrarán en esta obra no sólo deleite, sino luz para la clarificación de las cuestiones fundamentales en el campo del Derecho y para la solución de muchos problemas prácticos.

VICENTE TORRALBA SORIANO  
*Catedrático de Derecho civil  
de la Universidad de Barcelona*

**PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Manuel: «Derecho de Familia», Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1989, 645 pp.**

La década de los ochenta se puede considerar para el Derecho civil como la década del Derecho de familia. Nunca había sido dicha materia objeto de tan profunda reforma (y en tan poco tiempo), en los más de cien años de vida de nuestro Código. Y esta circunstancia ha provocado que gran parte de la doctrina le dedique una especial atención.

Dentro de los autores que se han preocupado del estudio de este nuevo régimen, destaca, sin duda alguna, el profesor Peña Bernaldo de Quirós.

Dicho autor ya sorprendió al poco tiempo de modificarse la filiación con una extraordinaria obra que se convirtió en punto de referencia obligado de numerosos estudios posteriores, y en el que se planteaban múltiples problemas, expuestos con gran rigor y seriedad.

Tal importante trabajo ha provocado que no pocos estudiosos de la materia, esperasen, no sin cierta impaciencia, que el profesor Peña volviese a tratar del tema, cosa que ha sucedido con el presente libro, si bien ampliando su objeto a todo el Derecho de familia.

La presente obra constituye uno de los mejores trabajos sobre el Derecho de familia publicados hasta el momento. El autor, siguiendo su estilo habitual, nos presenta un estudio amplio y profundo, utilizando un lenguaje claro (admirablemente claro, podríamos decir, cosa que no es nada fácil), preciso, contundente... huyendo de inútiles divagaciones que no conducen a nada. Y una exposición realizada de tal forma, sólo puede proceder de un gran conocedor de la materia, condición plenamente acreditada por el autor, a quien se le puede considerar como una de las máximas autoridades dentro de la actual doctrina civilista.

A lo largo de todo el libro, el autor utiliza con admirable rigor científico, no sólo los textos positivos, sino también la jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal, y sobre todo, las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, muy significativas en esta materia, demostrando ser un profundo conocedor de las mismas.

La obra se articula en cinco amplios títulos.

El primero, el más breve, y a modo de introducción, está dedicado a cuestiones como el concepto y naturaleza de la familia, su fundamento, su historia... para concluir con el concepto y caracteres del Derecho de familia.

El segundo título se dedica al matrimonio en general. En él se analiza la promesa del matrimonio, el matrimonio propiamente dicho, sus efectos jurídicos, su disolución, la separación legal y de hecho de los cónyuges... y estudia con especial atención el régimen económico matrimonial (las capitulaciones matrimoniales, las donaciones por razón del matrimonio, la sociedad de gananciales, la separación de bienes y el régimen de participación), con una amplia referencia a la regulación de la materia en los Derechos forales. Concluye este apartado con la unión marital de hecho, planteando cuestiones muy interesantes.

El título tercero trata de las relaciones paternofiliales; analiza la filiación por naturaleza (materia plenamente dominada por el autor), la adopción (tema de gran importancia debido a la reciente reforma de 1987), la filiación y las técnicas de reproducción asistida (materia muy novedosa en nuestro Derecho, sin regula-

ción hasta el año 1988; estudia la filiación en los casos de gestación por sustitución, en la inseminación artificial homóloga y en la heteróloga), para concluir con el tema de la patria potestad.

El título cuarto está dedicado a las instituciones tuitivas supletorias; analiza la tutela, la curatela, el defensor judicial, la guarda de hecho, la tutela o guarda por entidades públicas, y la tutela en las legislaciones forales.

Concluye la obra con el estudio del parentesco y la deuda alimenticia.

En definitiva, se trata de una obra de extraordinario valor doctrinal, de lectura obligada para todos los interesados en el estudio del nuevo Derecho de familia.

JUAN POZO VILCHES



# Revistas

## REVISTAS EXTRANJERAS

Coordinador: JESUS ALFARO  
ISABEL ARANA  
PEDRO PORTELLANO  
FERNANDO OLEO  
LUIS MIGUEL LOPEZ

**SUMARIO:** I. Derecho Civil. 1. Introducción. 2. Derecho de la persona. 3. Persona jurídica. 4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 5. Derechos reales. Hipotecario. Registral. 6. Derecho de familia. 7. Derecho de sucesiones. 8. Varia.—II. Derecho Mercantil. 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares de tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Derecho cambiario. 6. Derecho concursal.

### I. DERECHO CIVIL

#### 1. INTRODUCCION

**1. DARMON, Marco y LUDET, Daniel:** *La création du Tribunal de première instance des communautés européennes*, «La Semaine Juridique», núm. 47, 1989, Doctrina, 3.418.

La puesta en funcionamiento de una jurisdicción comunitaria de primer grado se desarrolla en relación con las crecientes dificultades con que se halla el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, debido al incremento del volumen de trabajo y a la consecuente ralentización de los procedimientos seguidos ante el mencionado Tribunal. En el artículo objeto del presente comentario se realiza una descripción del Estatuto propio de este nuevo Tribunal de Primera Instancia y un análisis de la articulación de sus competencias en relación con las propias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

**2. EHRICKE, Ulrich:** *Soft law - Aspekte eine neuen Rechtsquelle*, «NJW», 1989, pp. 1906-1908.

Análisis de la posible relevancia jurídica de los «códigos de conducta» y otros tipos de normativa, sobre todo internacional que carece de fuerza vinculante de acuerdo con las fuentes nacionales del Derecho.

3. **GRASMANN, Günter:** *La contituionalité des règles de droit rétroactives et rétrospectives dans la jurisprudence allemande: règlement du conflit entre la confiance digne de protection des sujets de droit (nationaux et étrangers) et l'intérêt public*, «Revue internationale de droit comparé», núm. 4, 1989, pp. 1.017 y ss.

4. **LACHAUD, Jacques:** *Y a-t-il quelque chose de nouveau dans la loi agricole du 30 décembre 1988?*, «Gazette du Palais», núm. 190-192, 1989, pp. 2 y ss.

De nuevo un comentario acerca de esta Ley, que ha sido acogida con una enorme expectación por parte de la doctrina del país vecino. El autor se muestra pesimista, en líneas generales, acerca de la virtualidad de su regulación en orden a elevar el nivel de venta de los agricultores.

5. **RODHAIN, Claude:** *Contrefaçon, réparation et indemnisation*, «Gazette du Palais», núm. 260-262, 1989, pp. 2 y ss.

La variedad de relevantes funciones que desempeña la marca comercial en una economía de mercado en tanto identificadora de un producto concreto y de su procedencia frente a los consumidores, así como las costosas inversiones publicitarias empleadas a menudo en su difusión conllevan la necesidad de una eficaz tutela jurídica. El artículo comentado se centra en la exposición del sistema civil de protección acogido en el derecho francés y más concretamente en las medidas de reparación e indemnización, según la aplicación que de las mismas ha hecho la jurisprudencia más reciente.

6. **SIEBER, Ulrich:** *Informationsrecht und Recht der informationstechnik*, «NJW», 1989, pp. 2569-2580.

Descripción de la noción, caracteres y contenido del Derecho de la información y de las técnicas informativas como nuevo sector jurídico.

7. **WEBER, Harald:** *Methodenlehre der Rechtsgestaltung*, «JuS» (1989), pp. 636-643.

Breve exposición de reglas metodológicas para la elaboración de documentos jurídicos, en esta parte se examinan las cláusulas sobre celebración, forma, etc., de los contratos.

8. **WEBER, Harald:** *Methodenlehre der Rechtsgestaltung*, «JuS», 1989, pp. 818-823.

Se dan criterios acerca de la redacción de cláusulas contractuales: necesidad de la regulación, examen del derecho aplicable, posibilidad y necesidad de su derogación; claridad, comprensibilidad, etc.

9. **WOLF, Christian:** *Die Verwendung eines Fernkopierers zur Dokumentenübermittlung*, «NJW», 1989, pp. 2592-2595.

Examen de los problemas de la utilización de «fax» y otros medios de transferencia electrónica en las transmisiones de documentos jurídicos.

## 2. DERECHO DE LA PERSONA

10. **BERTIN, Ph.:** *Affaire Calvet: l'argent des autres*, «Gazette du Palais», núm. 288-290, 1989, pp. 2 y 3.

¿Constituye atentado a la intimidad la divulgación de datos referidos a los ingresos de personas con cierta relevancia pública? Este es el objeto central del presente comentario, surgido a propósito de la aparición, en una publicación periódica, de la remuneración percibida por el patrón de Peugeot.

11. **EDELMAN, Bernard:** *L'homme aux cellulules d'or*, «Recueil Dalloz Sirey», núm. 33, 1989, Chronique, pp. 225 y ss.

La naturaleza de los derechos de que pueda ser titular el hombre en relación con sus órganos y tejidos es objeto de un minucioso análisis por parte del autor, tomando como punto de referencia una curiosa sentencia del Tribunal de Apelación del Estado de California.

12. **GEFFROY, Claire y GUIARD, Marie-Christine:** *La consécration contrariée de la curatelle d'Etat par le décret núm. 88-762 du 17 juin 1988*, «La Semaine Juridique», núm. 30, 1989, Doctrina, 3403.

La llamada Curatela de Estado, desarrollada por las asociaciones tutelares con el apoyo de los médicos y la finalidad de que sus pupilos pudieran realizar un aprendizaje hacia la autonomía, obtiene consagración normativa a través del decreto comentado, que implica las disposiciones contenidas en el número 74/930 de 6 de noviembre, relativo a la designación y financiación de los tutores del Estado. El autor muestra su preocupación por la naturaleza contradictoria de esta normativa que, si bien de un lado potencia la protección de la persona del sometido a curatela, de otro, y debido a la regulación financiera contenida en circulares y órdenes ministeriales de desarrollo, amenaza con reducir a niveles mínimos la actuación de las asociaciones tutelares debido a la escasa remuneración fijada para las mismas.

13. **LIPP, Martin:** *Geschäftsfähigkeit und Geschäftsunfähigkeit*, «JuS» (1989) Lernbogen 10/89, pp. L 73-76.

Exposición manualística de la capacidad jurídica y de la capacidad de obrar.

14. **ROSSNAGEL, Alexander:** *Datenschutz bei Praxisübergabe*, «NJW», 1989, pp. 2303-2309.

Análisis crítico de la transmisión de las historias clínicas de los pacientes por el médico vendedor de una consulta al médico comprador.

15. **STADLER, Astrid:** *Persönlichkeitsrecht contra Medienfreiheit*, «JZ», 1989, pp. 1084-1095.

Sobre la controversia entre derechos de la personalidad y la libertad de información en los Estados Unidos.

16. **SUNDERMANN, Werner:** *Schadensausgleich bei Mitschädigung Minderjähriger durch Vernachlässigung der Aufsichtspflicht und elterliches Haftungsprivileg* (§ 1664 Abs. 1 BGB) «JZ» 1989, pp. 927 y ss.

Sobre si y en qué medida es imputable al damnificado la concurrencia de culpa de su representante legal (titular de la patria potestad) o de sus auxiliares.

### 3. PERSONA JURIDICA

17. **KOPP, Ferdinand:** *Religionsgemeinschaften als wirtschaftliche Vereine*, I. S. von § 22 BGB? «NJW», 1989, pp. 2497-2504.

Acerca de la calificación como asociaciones de carácter económico de las comunidades religiosas que exigen aportaciones de sus miembros o de terceros.

18. **MERTENS, H. Joachim:** *Die Grundrechtsfähigkeit der juristischen Person und das Gesellschaftsrecht*, «JuS», 1989, pp. 857-862.

Se analiza la cuestión de si las personas jurídicas son titulares directos de derechos fundamentales al hilo de la STC alemán sobre la ley de cogestión, lo que fue afirmado en la medida en que de acuerdo con su naturaleza, tales derechos sean aplicables a personas jurídicas. El fundamento de tal atribución, lo ve el autor en la protección de una determinada organización que es la base de cualquier persona jurídica, en la segunda parte se analizan algunos problemas de dicho principio en el Derecho de sociedades.

### 4. OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

19. **ALPA, Guido:** *Responsabilità civile; occupazione abusiva della proprietà; costruzione di elettrodotto priva di autorizzazione*. Comentario a la sentencia de la Corte de Casación, secc. I, civil, de 20 de diciembre de 1988. «NGCC», julio-agosto, 1989, pp. 567 y ss.

20. **BENÖHR, Peter:** *Bürgerliches Recht: Die unterlassenen Schönheitsreparaturen*, «JuS», 1989, pp. 913-918.

Resolución de un caso acerca de la obligación del arrendatario de pintar cada cierto tiempo la vivienda a su costa y acerca de si la atribución de dichos gastos al arrendatario en condiciones generales es contrario a la buena fe, lo que el autor, en contra de la doctrina mayoritaria, afirma.

21. **CANESSA, Nicola:** *Vendita; patto di riscatto*. Comentario a la sentencia de la Corte de Casación, secc. II civil, de 20 de diciembre de 1988. «NGCC», septiembre-octubre 1989, pp. 759 y ss.

22. **CHETIVAUX, Simone-Claire:** *Les réserves, a la réception et la garantie du contrat d'assurance de dommages obligatoire*, «La Semaine Juridique», número 27, 1989, Doctrina 3.400.

El autor se muestra partidario de entender que en el caso de reservas hechas a la recepción de la obra, no parece posible acudir a la cobertura del seguro obligatorio de daños de naturaleza decenal, sino a la exigencia de responsabilidad contractual al constructor, toda vez que entender lo contrario supondría de hecho la derivación de las obligaciones del contratista a la mutualidad formada por los asegurados; como argumento en apoyo de su tesis utiliza el autor fundamentalmente la definición del período de vigencia de este tipo de contrato de seguro.

23. **CHINDEMI, Domenico:** «*L'arbitrato*», «NGCC», julio-agosto, 1989, pp. 247 y ss.

Concepto, requisitos y caracteres de las distintas formas de arbitraje, haciendo hincapié en el relativo a la materia societaria, así como las relaciones entre juicio ordinario y arbitraje, son estudiados a partir de la doctrina contenida en recientes sentencias de la Corte de Casación. Finaliza este artículo con una referencia a la posibilidad de someter a arbitraje determinadas controversias, cuales son las surgidas entre afiliados a un partido político, asociación sindical, miembros de federaciones deportivas.

24. **CHINDEMI, Doménico:** *L'arbitrato*, «NGCC», septiembre-octubre, 1989, pp. 334 y ss.

Los medios de impugnación contra los laudos arbitrales son objeto de estudio al hilo de las tesis jurisprudenciales existentes al respecto.

25. **DEJEAN DE LA BATIE, Noël:** *La responsabilité du tiers coauteur d'un accident du travail (Réflexions après de arrêts de l'Assemblée plénière du 22 décembre 1988)*, «La Semaine Juridique», núm. 28-29, 1989, Doctrina 3.402.

Se plantea el autor la problemática representada por la concurrencia de un tercero en la causación de un accidente de trabajo con el empleador o un dependiente de éste. En tal caso, cuando el perjudicado, imperfectamente indemnizado por la Seguridad Social y carente de acción contra el empleador o su dependiente, se dirige contra el tercero coautor para obtener el complemento de la reparación autorizado por la Legislación de Seguridad Social Francesa ¿la responsabilidad de este tercero es ilimitada?

26. **DESVEVISES, Yvon:** «*Le référé interruptif et la responsabilité des constructeurs*», «Revue de Droit Immobilier», núm. 3, 1989, pp. 327 y ss.

El efecto interruptivo de la prescripción de la acción para exigir la responsabilidad del constructor, atribuido al citado procedimiento, especialmente a partir

de la modificación del artículo 2.224 del code, operada por el artículo 37 de la Ley de 5 de julio de 1985, es objeto de estudio en el presente comentario, mostrándose el autor partidario de limitar el alcance de tal virtualidad a los supuestos en los cuales la demanda sobre el fondo es interpuesta dentro de un determinado plazo.

**27. DE TILLA, Maurizio:** *Riguardo alla rinnovazione della locazione per modificazione del canone ed altre regioni.* Comentario a la sentencia de la Corte de Casación, secc. III civil, de 4 de abril de 1989, «GC», septiembre, 1989, páginas 1844 y ss., parte 1.<sup>a</sup>

**28. DEUTSCH, Erwin:** *Aufklärungspflicht und Zurechnungszusammenhang,* «NJW», 1989, pp. 2313-2314.

**29. DRANCOURT, Patrick:** *«L'effet direct de la directive européenne sur la responsabilité du fait des produits défectueux en droit français,* «Gazette du Palais», núm. 256-257, 1989, pp. 10 y ss.

El autor realiza un análisis de la controvertida cuestión, perfectamente extrapolable a nuestro propio ordenamiento jurídico por otro lado, relativa a la eficacia directa de las directivas comunitarias, especialmente en los supuestos de incumplimiento de las mismas por parte del estado miembro, mostrándose partidario en el supuesto concreto de afirmar tal responsabilidad respecto de las empresas públicas, negándola, sin embargo, en relación con las privadas. Todo ello lleva consigo, dado que Francia no ha procedido en el plazo de que disponía para ello a la debida integración de la directiva cuestionada en su derecho interno, a una indeseable diversificación del régimen jurídico establecido en relación con la responsabilidad de la empresa por los productos defectuosos.

**30. DREHER, Meinrad:** *Die Auslegung von Rechtsbegriffen im Allgemeinen Geschäftsbedingungen,* «AcP», 189 (1989), pp. 342-385.

Sobre la interpretación de los conceptos jurídicos contenidos en condiciones generales de los contratos.

**31. ECKERT, Jörn:** *Die Verjährung vertraglicher Schadenersatzansprüche gegen Rechtsanwälte und Steuerberater,* «NJW», 1989, pp. 2081-2087.

Prescripción de las reclamaciones de indemnización de daños dirigidas contra abogados y asesores fiscales.

**32. EICHNHOFER, Eberhard:** *Haftung des Schuldners für anfängliches Unvermögen,* «JuS» (1989), pp. 777-783.

Examen de las reglas sobre responsabilidad del deudor por imposibilidad inicial de la prestación cuando ésta le es atribuible, centrándose el autor en la crítica de los criterios tradicionales (teoría de la garantía, teoría de la responsabilidad contractual y teoría del «deber de soportar») como respuestas válidas individualmente para todo tipo de casos y proponiendo una consideración diferenciada.

**33. ESTOUP, Pierre:** *Une création opportune: La Cour d'arbitrage européenne de la Chambre de commerce et d'industrie de Versailles*, «Gazette du Palais», núm. 214-215, 1989, pp. 2 y ss.

Las ventajas indiscutibles que presenta el procedimiento arbitral, entre las cuales pueden enumerarse la posibilidad de confidencialidad, mayor brevedad y, en el plan de litigios sometidos a normas de Derecho Internacional Privado, la posibilidad de evitar los conflictos de leyes y de jurisdicción competente, se ven, sin embargo, empañadas por una serie de inconvenientes como pueden serlo su elevado coste y el hecho de ser la propia calidad del arbitraje función de los árbitros, no conllevando además en ocasiones un proceso tan rápido como sería deseable. Con la finalidad de paliar tales inconvenientes, la Cámara de Comercio e Industria de Versailles ha creado un Tribunal de Arbitraje con vocación decididamente dirigida a solventar las controversias de naturaleza comercial intracomunitarias, dedicándose el artículo objeto de la presente glosa a revisar el reglamento interno y la composición de la citada corte arbitral.

**34. FLESSNER, Axel/KADNER, Thomas:** *Neue Widersprüche zum Gebrauchsgang - BGHZ 99, 182 und 101, 325*, «JuS», 1989, pp. 879-885.

Comentario a dos sentencias contradictorias del Tribunal Supremo sobre si procede o no la indemnización por la privación del uso de un inmueble contractualmente pactado (en un caso un auditorio municipal arrendado a un partido político para un mitin [se niega la indemnización] y en el otro una casa de vacaciones privativa de uno de los cónyuges que habían pactado en el convenio de separación que el otro podría utilizarla durante el período de vacaciones escolares [se concede la indemnización]). Se examina el concepto de daño y el criterio para decidir sobre la cuantía de la indemnización (restitución o compensación), negando que sea posible distinguir entre ambos criterios.

**35. GNIGNATI, Paolo:** *Promessa del fatto del terzo e decorrenza de la prescrizione*. Comentario a la sentencia de la Corte de Casación, secc. II, civile, de 18 de noviembre de 1987, «RDC», N.º 5 septiembre-octubre, 1989, pp. 577 y ss.

**36. GOTTWALD, Peter / SCHULZ, Bertha:** *Das Insihgeschäft und seine Grenzen*, «JuS», 1989, Lernbogen 12/89, pp. L 89-92.

Exposición a modo de lección de las normas sobre autocontratación en el BGH distinguiendo entre el supuesto de autoentrada y el de aplicación. Ambos casos se encuentran prohibidos como regla general con dos excepciones que excluyen típicamente el conflicto de intereses: autorización del representado y cumplimiento de una obligación líquida y vencida. La jurisprudencia ha añadido otras excepciones a la prohibición con el criterio de la ausencia de conflicto de intereses: negocios únicamente beneficiosos para el representado, acuerdos sociales, negocios entre el socio único y la GmbH.

**37. GRAPPIOLO, Roberta:** *Criteri de quantificazione del danno morale*. «NGCC», julio-agosto, 1989, pp. 224 y ss.

Examen de las posiciones jurisprudenciales en torno al concepto del daño no patrimonial, sus criterios de evaluación del daño y fijación del «quantum» pecuniario. Se retorna así, en palabras de la autora, a la antigua cuestión de la compatibilidad entre la figura del resarcimiento en dinero y la función de la indemnización del dolor.

**38. GRIMME, Rainer:** *Duldungs - und Anscheinsvollmacht*, «JuS» (1989), Lernbogen 7/89 L 49-56.

Exposición manualística de las reglas sobre el poder aparente y el tolerado.

**39. GRUNSKY, Wolfgang:** *Das Recht auf Privatleben als Begrenzung vertraglicher Nebenpflichten*, «JuS» (1989), pp. 593-599.

Cuando un deudor no cumple la obligación contraída, la razón del incumplimiento puede encontrarse en circunstancias de su vida privada. En el artículo se examinan los diferentes grupos de casos y las consecuencias de los incumplimientos por estas causas.

**40. GUEVEL, D.:** *La réception des travaux inachevés*, «Gazette du Palais», núm. 351-353, 1989, pp. 4 y 5.

Tomando como punto de partida la admisibilidad de la recepción expresa de una obra inacabada, pese a tratarse de la ejecución de contratos que conllevan obligaciones de resultado, así como también de la recepción tácita de la obra concluida, el autor plantea la posibilidad de admitir, en beneficio del dueño de la obra y bajo ciertas condiciones, la recepción tácita de una obra inconclusa.

**41. HABERSACK, Mathias:** *Richtigkeitsgewähr notariell beurkundeter Verträge*, «AcP» (1989), pp. 403-424.

Crítica a la jurisprudencia del BGH que somete a control del contenido según el modelo de la ley de condiciones generales, a las cláusulas de exención de responsabilidad contenidas en los formularios notariales cuando el contrato tiene lugar entre dos particulares.

**42. HAGER, Johannes:** *Das Mitverschulden von Hilfspersonen und gesetzlichen Vertretern des Geschädigten*, «NJW», 1989, pp. 1640-1647.

Se discute si —y en qué medida— es imputable al damnificado la concurrencia de culpas de su representante legal (titular de la patria potestad) o de sus auxiliares.

**43. HUET, Jérôme:** *Formalisme et preuve en informatique et télématique. éléments de solution en matière de relations d'affaire continues ou de rapports contractuels occasionnels*, «La Semaine Juridique», núm. 33-37, 1989, Doctrina 3.406.

La revolución operada en los últimos años por los medios de comunicación, debido al desarrollo de los sistemas mecanizados, nos sitúa ante un alto grado de incertidumbre acerca de la eficacia probatoria predicable de los datos recogidos.

dos en soportes informáticos. El autor realiza una serie de consideraciones, ante la inexistencia de un marco normativo adecuado, diferenciando las supuestas relaciones ocasionales de aquellas que se producen entre profesionales, mostrándose partidario de organizar los intercambios electrónicos de información con el fin de eliminar las consecuencias perjudiciales derivadas de la posible existencia de fallos en el sistema, posibilitando la utilización de sus ventajas. Así apunta, entre otras, la posibilidad de que las transmisiones de información pasen por un tercero que jugaría un papel similar al de los servicios postales en el caso del correo certificado.

**44. IZZO, Nunzio:** *Il mutamento dell'uso pattuito nella locazione in relazione all'usso cosiddetto netro*. Comentario a la sentencia de la Corte de Casación, secc. III Civil de abril 1989. «GC», julio-agosto, 1989, pp. 1550 y ss.

**45. JAGERT, Uwe/DERICHSWEILER, Stefan:** *Internationales Einheitskaufrecht*, «JuS», 1989, pp. 972-977.

Exposición sintética de los acuerdos internacionales sobre compraventa de bienes muebles: ley uniforme sobre la celebración de contratos de compraventa internacionales y la ley uniforme sobre compraventa internacional de bienes muebles de La Haya de 1964 y el Convenio de Viena de 1980. Se examina el origen histórico de tales convenios, su técnica legislativa; los criterios determinantes de su aplicación; las reservas y las diferencias entre la regulación internacional y el Derecho alemán.

**46. KAISER, Mathias:** *Zum Begriff des «Freizeitveranstaltung» im Haustürwiderrufsgesetz*, «NJW» (1989), pp. 1717-1719.

La ley sobre ventas fuera del establecimiento determina su ámbito de aplicación objetivo en función de que —entre otros supuestos— la celebración del contrato tenga lugar con ocasión de un acto recreativo organizado por un empresario, concepto éste cuyo análisis es objeto del artículo.

**47. KIEFER, Thomas:** *Gewährleistungsrechte ohne Vertrag?*, «NJW», 1989, pp. 3120-3126.

Sobre las acciones edilicias del comprador a plazos al que no se le ha informado de su derecho de arrepentimiento.

**48. KÖHLER, Helmut:** *Zur funktion un Reichweite der gesetzlichen Gewährleistungsausschlüsse*, «JZ», 1989, pp. 761-776.

Sobre las normas legales que excluyen la responsabilidad de un contratante, su función y su alcance como normas que tratan de reducir los costes asociados a la celebración y ejecución de los contratos.

**49. KRÜGER, Wolfgang:** *Bürgerliches Recht: Italienische Reise*, «JuS» (1989), Lernbogen 9/89, pp. L 68-71.

Examen de algunos problemas relativos a la autoentrada del representante y al abuso de poder.

**50. LAMBERT, Bernard:** *La solidarité des auteurs d'accident du travail. Un revirement de la Cour Suprême*, «Gazette du Palais», núm. 225-227, 1989, páginas 2 y ss.

Analiza el autor la sentencia del Tribunal de Casación de 22-12-88 en cuanto prevé que, en caso de división de la responsabilidad entre el empleador o su dependiente y un tercero extraño a la empresa, tiene derecho la víctima a obtener de ese tercero, con arreglo a las normas de derecho común, la reparación de su entero perjuicio en la medida en que éste no hubiera sido resarcido por las prestaciones complementarias.

**51. LIBERTINI, Mario:** *Limiti contrattuali della concorrenza (art. 2.596 Cod. Civil)*, «NGCC», septiembre-octubre, 1989, pp. 323 y ss.

El análisis de la regulación legal de este tipo de pactos limitativos de la competencia, en cuanto a su: causa, sujetos destinatarios, objeto, forma, duración, interpretación y ejecución, se lleva a cabo con exposición de las diferentes doctrinas sostenidas al respecto, tanto por la jurisprudencia italiana como el Tribunal de Justicia de la CEE.

**52. MARELLI, Andrea:** *Mandato in «rem propriam»*, «NGCC», septiembre-octubre, 1989, pp. 298 y ss.

Se somete a examen la jurisprudencia recaída sobre la estructura, causas, intereses del mandante y mandatario, irrevocabilidad, efectos y extinción del mandato «in rem propriam».

**53. MARTIN RADTKE, Christoph:** *Problèmes pratiques soulevés par l'application de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, «Gazette du Palais», núm. 256-357, 1989, pp. 6 y ss.

Las exigencias impuestas por la consecución de un mercado común, con la consiguiente multiplicación de la contratación internacional y por lo tanto de la litigiosidad en relación con tales actos jurídicos, hacían necesario establecer un procedimiento uniforme de Exequatur. La Convención de Bruselas, de 27 de septiembre de 1968 y sus sucesivas modificaciones, tratan de dar una adecuada solución a esta necesidad y resulta evidente su interés en cuanto representa la primera medida unificadora en materia de procedimiento civil, pese a las dificultades que plantea su interpretación y aplicación, las cuales son objeto de comentario por parte del autor.

**54. MEDICUS, Dieter:** *Das Luxusargument im Schadenersatzrecht*, «NJW», 1989, pp. 1889-1985.

¿Deben repararse todos los daños causados a otra persona o cabe hacer algún tipo de excepción respecto a los objetos lujosos en relación con la cuantía de la indemnización?

55. **MEGEDE, Ekkerhard**, zur: *Bemerkungen zu Rechtsfragen im Bereich EDV*, «NJW», 1989, pp. 2580-2587.

Anotaciones sobre los problemas jurídicos de los contratos de cesión de software y otros aspectos del proceso de datos.

56. **MÜSIG, Peter**: *Falsche Auskunfterteilung und Haftung*, «NJW», 1989, pp. 1697-1704.

Estudio de la responsabilidad del experto por dictámenes o peritajes erróneos.

57. **OEHLER, Wolfgang**: *Sicherungsgrundschuld - Folgen der Zahlung durch den Eigentümer - BGH NJW 1988, 2730*, «JuS» (1989), pp. 604-610.

Comentario jurisprudencial sobre las consecuencias del pago realizado por el fiador-propietario del inmueble dado en garantía al acreedor.

58. **PAPIER, Hans-Jürgen**: *Grundfälle zu Eigentum, Enteignung und enteignungsgleichem Eingriff*, «Jus» (1989), pp. 630-636.

Breve exposición sistemática de los conceptos de propiedad, expropiación e intervenciones de efecto equivalente a la expropiación.

59. **PAUTOT, Serge**: *La boxe et la loi*, «Gazette du Palais», núm. 251-252, 1989, pp. 5 y ss.

La práctica deportiva en general y la del boxeo en particular, constituye una potencial fuente de riesgo; al igual que sucede con tantas otras actividades peligrosas, se tolera debido a la utilidad social ínsita en la misma; el artículo objeto de este comentario aborda, entre otros problemas, la noción de aceptación de los riesgos por el deportista, con sus límites, y la responsabilidad del organizador, todo ello a través de los pronunciamientos jurisprudenciales sobre el particular.

60. **PETRELLI, Luca**: *Affitto di fondo rustico, autonomia delle parti e risoluzione per inadempimento*, «RTDPC», núm. 3, septiembre, 1989, pp. 705 y ss.

El actual régimen italiano de resolución de los contratos de arrendamiento de fincas rústicas, tal y como viene configurado por el artículo 5 de la Ley 203 de 20 de mayo de 1982, se examina comparándolo con la disciplina general de resolución, regulada en los artículos 1.453 y ss., del Código civil y con el artículo 4 de la Ley 157 de 5 de abril de 1945, relativo a la cesación de la prórroga legal. Finalmente, el autor plantea la dicotomía intervención estatal/autonomía privada en el presente contexto normativo de los contratos agrarios, y su reflejo específico en el ámbito de la resolución.

61. **PICHOT, Guy**: *Accident de circulation. SIDA. Lien de causalité et répration du préjudice*. Concl. M. Pichot sous C. Paris (20<sup>e</sup> Ch), «Gazette du Palais», núm. 272-273, 1989, pp. 22 y ss.

Pese a tratarse de un escrito de conclusiones, resulta interesante en tanto muestra lo problemático de acudir a la teoría de la equivalencia de las condiciones, debido

a la extensión desproporcionada de la responsabilidad que produce; con una mención tímida hacia la denominada teoría de la causa adecuada, se mantiene la prevalencia de aquélla sin consideración alguna a las más modernas tendencias de la imputación objetiva, con el curioso resultado de hacer responder a quien con su conducta imprudente originó un accidente de tráfico, de los daños derivados de la inoculación del virus del SIDA a la víctima, durante el tratamiento médico a que hubo de ser sometida.

**62. PROBST, Martin:** *Zur Eindeutigkeit von Anfechtungserklärungen*, «JZ», 1989, pp. 878-883.

Sobre los criterios de interpretación de las declaraciones de voluntad en el ejercicio de derechos potestativos y sobre el requisito de claridad.

**63. ROCCA, Françoise de:** *Principe d'une indemnisation liée a u refus de concours de la force publique*, «Gazette du Palais», núm. 197-199, 1989, pp. 2 y ss.

El autor desarrolla la posibilidad de deducir una pretensión de carácter indemnizatorio frente a la administración por los daños causados como consecuencia de la negativa a prestar la colaboración de la fuerza pública para la ejecución de las sentencias judiciales de deshaucio. La fundamentación de esta responsabilidad se apoyaría, bien en el concepto de culpa o bien en el principio de ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas.

**64. ROTH, Herbert:** *Verzinsungspflichten bei Wucherischen und wucherähnlichen Darlehensverträgen*, «ZHR», 153 (1989), pp. 423-445.

Se examina la liquidación de los créditos usurarios, en particular si está justificada la jurisprudencia del BGH en el sentido de negar al usurero cualquier derecho a cobrar intereses por la suma prestada.

**65. RUHWEDEL, Edgar:** *Der Schutz des Besitzers*, «JuS» (1989) Lernbogen 11/89, pp. L 81-84.

Exposición de las reglas del BGH que protegen al poseedor no propietario que posee en virtud de un contrato, frente a los actos de tercero, en comparación con la protección que recibe frente a dichos actos un propietario.

**66. SCHLACHTER, Monika:** *Folgen der Unwirksamkeit AGB für den Restvertrag*, «JuS» (1989), pp. 811-814.

Examen del parágrafo 6 AGB-Gesetz según el cual cuando alguna o algunas condiciones generales son declaradas nulas o no incluidas en el contrato, el resto del contrato se considera válido siendo sustituidas aquéllas por el Derecho dispositivo, siendo nulo todo el contrato caso de que seguir vinculado al mismo suponga un sacrificio irrazonable para cualquiera de las partes.

**67. SCHMIDT, Jürgen:** *Speziesskauf und aliud*, «JZ», 1989, pp. 973-984.

Sobre error respecto a las cualidades y determinación del objeto del contrato.

68. **SCHWACHHEIN, Jürgen:** *Verjährung von Ratenforderungen bei Teilzahlungskrediten*, «NJW», 1989, pp. 2026-2031.

Prescripción de los intereses y del capital en los préstamos de devolver en cuantías periódicas y fijas.

69. **SCIARRONE ALIBRANDI, Antonella:** *Pagamento traslativo e art. 1.333 CC*, «RDC», N.º 5, septiembre-octubre, 1989, pp. 525 y ss.

Amplio examen del artículo 1.333 del Código civil italiano, y en especial, de la aplicabilidad de tal norma a los contratos traslativos de derechos reales.

70. **SILINGARDI, Gabriele:** *Limite di risarcimento nei tra sporti aerei internazionali di persone*. Comentario a la Ley de 7 de julio de 1988, N. 274, «NLCC», núm. 4, julio-agosto, 1989, pp. 772 y ss.

71. **SINGER, Reinhard:** *Geltungsgrund und Rechtsfolgen der fehlerhaften Willenserklärung*, «JZ», 1989, pp. 1030-1035.

Sobre el fundamento de validez de las declaraciones de voluntad emitidas por error o sin conciencia de la declaración.

72. **STADLER, Astrid:** *Der Rang in Immobiliarsachenrecht - ein noch immer ungelöstes Problem*, «AcP», 189 (1989), pp. 425-469.

Sobre la prelación de créditos en Derecho inmobiliario.

73. **STURMBERG, Georg:** *Die Veräußerung selbstgenutzter oder leerstehender Häuser und Eigentumswohnungen - werkverträgliche Gewährleistung ohne Ende?* «NJW», 1989, pp. 1832-1838.

Análisis crítico de la jurisprudencia del BGH en relación con las reglas aplicables en la venta de viviendas utilizadas por el que encargó su construcción o no utilizadas: compraventa o contrato de obra.

74. **SUNDAMANN, Werner:** *Der Zugang der Willenserklärung*, «JuS» (1989), Lernbogen 8/89 L 57-60.

Breve exposición manualística de las normas sobre las declaraciones de voluntad recepticias: entre presentes, entre ausentes y por medio de representantes y nuncios.

75. **TAUPITZ, Jochen:** *Zinsberechnungsklauseln - dritter Akt*, «NJW», 1989, pp. 2242-2244.

Contribución a la discusión sobre la validez de las cláusulas que determinan la forma del cálculo de los intereses en contratos de préstamo.

76. **TEICHMANN, Arndt:** *Zur Zulässigkeit der sog. anmelderklausel eines Reiseveranstalters*, «JZ», 1989, pp. 1005-1010.

Sobre la ineficacia de una cláusula de condiciones generales de viaje que excluye la cesión de las acciones contra la agencia y que legitima exclusivamente al que contrata el viaje para ejercitar acciones contractuales.

**77. TENDLER, Roland:** *Le don manuel: une institution anachronique?*, «Recueil Dalloz Sirey», núm. 36, 1989, Chronique, pp. 245 y ss.

El *don manuel*, contrato por el cual, sin obligación previa y por mera libertad, alguien transmite de mano a mano, por sí o por intermediario, una cosa mueble susceptible de ser transmitida mediante la simple tradición a otra persona que la acepta, es estudiado por el autor haciendo especial hincapié en la importancia del «animus donandi», su carácter de contrato real y sus innegables inconvenientes, afirmando, sin embargo, lo inadecuado de su supresión, a pesar de los peligros que le son inherentes.

**78. TRIFOLA, Roberto:** *Diritto di rescato dopo la «denunciatio» e la trascrizione della vendita stipulata a condizioni diverse da quelle comunicate dal conduttore.* Comentario a la sentencia de la Corte de Casación, secc. III civil, de 4 de mayo 1989, «GC», septiembre, 1989, pp. 1810 y ss., parte 1.<sup>a</sup>

**79. TUNC, André:** *Où va la responsabilité civile aux Etats-Unis?*, «Revue internationale de droit comparé», núm. 3, 1989, pp. 711 y ss.

La llamada crisis de la responsabilidad civil de los años 1984-86, impulsó incluso al gobierno de los Estados Unidos a nombrar un grupo de trabajo interministerial que publicó sus conclusiones en febrero de 1986. Con más retraso, la Academy of Political Science en cooperación con el Manhattan Institute, reunió el 10 de noviembre de 1987 un grupo de expertos. El conjunto de los dieciocho informes emitidos por éste es comentado sumariamente por Tunc, resumiendo las respuestas que aportan en torno a tres interrogantes: si cabe hablar de crisis de la responsabilidad o del aseguramiento de ésta, los efectos derivados de tal crisis y los remedios aplicables a la misma.

**80. TUNC, André:** *L'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation après quatre ans d'application de la Loi Badinter*, «Revue internationale de droit comparé», núm. 4, 1989, pp. 993 y ss.

El autor muestra las ventajas obtenidas en la más eficaz indemnización de las víctimas de accidentes en los cuales se vean implicados vehículos a motor como consecuencia de la Ley Badinter de 5 de julio de 1985 y de la evolución apreciada por fin en la jurisprudencia del Tribunal de Casación a partir de once fallos recaídos todos el 20 de julio de 1987. Analiza Tunc la interpretación jurisprudencial restrictiva de la excepción oponible a la víctima y consistente en la culpa inexcusable de ésta, siempre que haya sido tal negligencia cualificada la causa exclusiva del accidente, y asimismo la doctrina de la corte suprema en relación con temas de tanta trascendencia como puedan serlo los de cuándo cabe entender que concurre la necesaria implicación de un vehículo de motor en el evento dañoso, el alcance del concepto de conductor a los efectos de su exclusión

de la protección legal y la propia autonomía de la regulación contenida en el texto objeto de comentario.

**81. VAN DORSSELAERE, Brigitte:** *La copie des logiciels: Un régime juridique en évolution*, «Gazette du Palais», núm. 305-306, 1989, pp. 4 y ss.

Analiza el presente estudio la regla general y las excepciones contempladas por la Ley de 3 de julio de 1985, instauradora de un régimen propio para los programas informáticos, derogando en tal sentido el régimen clásico del derecho de autor, hacia el cual se había orientado la jurisprudencia antes de dicha Ley.

**82. VIALA, G. y VIANDIER, A.:** *La loi du 20 décembre 1988, «Relative à la protection des personnes se prêtant à des recherches biomédicales» et ses conséquences sur les essais en matière d'innovation thérapeutique médicamenteuse*, «Gazette du Palais», núm. 279-280, 1989, pp. 2 y ss.

**83. VIGO, Ruggero:** *La revoca del mandato in rem propriam all'incasso*, «Banca Borsa e Titoli di Credito», 1989, Fasc. IV-V, pp. 555-589.

El legislador ha dispuesto la revocación del mandato para el cobro cuando el mandatario sea acreedor del mandante, en los casos de administración extraordinaria.

Se examina con cierto detenimiento los elementos que conforman el supuesto de hecho de la norma y el verdadero alcance de ésta.

**84. VIGORITI, Vincenzo:** *L'arbitrato internazionale in Italia*, «RDC», N. 5 septiembre-octubre, 1989, pp. 567 y ss.

El arbitraje como derecho de los particulares, las nociones de arbitraje nacional e internacional, así como los requisitos y efectos del convenio arbitral, son aspectos examinados en primer término. Destaca el autor, como principal efecto de tal convenio, la derogación de la jurisdicción estatal. Se plantea, a continuación, el eventual establecimiento de medidas cautelares por parte de los árbitros, para finalizar con la eficacia, fuera de Italia de los laudos allí pronunciados.

**85. VINEY, Geneviève:** *De l'application de la loi du 5 juillet 1985 à l'accident de la circulation que est en même temps un accident du travail*, «Recueil Dalloz Sirey», núm. 34, 1989, Chronique, pp. 321 y ss.

Son numerosos los supuestos en los cuales la aplicación de las reglas del Derecho civil permitirían a la víctima obtener una indemnización completa, en tanto que las prestaciones de la Seguridad Social no realizan sino una indemnización parcial y en el caso de determinadas pérdidas no permiten obtener tan siquiera este deficiente resarcimiento. Es por ello que resulta indispensable —dice la autora— determinar si la aplicación de la legislación social excluye la del Derecho civil o si por el contrario, permite la intervención de este último y en qué medida.

**86. VIRASSAMY, Georges:** *Regard sur le phénomène de la réitération en droit privé français*, «Recueil Dalloz Sirey», núm. 40, 1989, Chronique, pp. 279 y ss.

El autor se pregunta por el alcance que ha de darse a los efectos jurídicos derivados de la repetición de un acto, hecho o comportamiento, concluyendo la necesidad de tomar en consideración las circunstancias, actitud y motivaciones de los interesados o, incluso, los propios intereses dignos de protección en cada supuesto.

**87. WESTERMANN, H. Peter:** *BGH mit Anmerkung: Zur fehlenden wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Schuldners bei Verbraucherkrediten*, «JZ», 1989, pp. 741-747.

Sobre la validez de contratos de crédito y de las fianzas que suponen un sobreendurecimiento del prestatario cuando se trata de clientes con nula cultura financiera.

**88. WETH, Stephan:** *Bürgschaft und Garantie auf erstes Aufordern*, «AcP», 189 (1989), pp. 303-341.

Exposición sistemática del régimen jurídico de las garantías a primer requerimiento, su relación con la fianza de derecho civil y las excepciones oponibles por el garante.

**89. WOCHNER, Manfred:** *Die neue Schuldknechtschaft*, «BB», 1989, páginas 1354-1358.

Se exponen, muy críticamente, cuatro decisiones recientes del Tribunal Supremo alemán sobre la validez de las garantías prestadas por personas sin experiencia financiera que acaban conduciéndoles a un endeudamiento de por vida.

**90. WOLF, Manfred:** *Schuldnerhaftung bei Automatenversagen*, «JuS», 1989, pp. 899-900.

Se expone el fundamento de la responsabilidad por defectuoso funcionamiento de máquinas automáticas.

## 5. DERECHOS REALES. HIPOTECARIO. REGISTRAL

**91. ARMBRÜSTER, Christian:** *Bürgerlichen Recht: Die hoffnungsvollen Grundpfandgläubiger*, «JuS», 1989, pp. 824-827.

Caso práctico sobre la prelación de créditos hipotecarios.

**92. ATIAS, Christian:** *La copropriété immobilière sur la voie du droit commun (remarques à l'occasion de deux arrêts)*, «Recueil Dalloz Sirey», núm. 38, 1989, Chronique, pp. 263 y ss.

**93. BELOT, Philippe de y LEGRAND, Jacques, M.:** *Commentaire de la loi du 6 juillet, 1989*, «Gazette du Palais», núm. 284-285, 1989, pp. 3 y ss.

El objeto de estudio del presente comentario viene constituido por el citado texto legal, de aplicación básicamente a los arrendamientos de locales para habi-

tación principal, o para uso mixto profesional, así como a los garajes, plazas de estacionamiento, jardines y otros locales alquilados accesoriamente al local principal por el mismo arrendador.

94. **BRIERE DE L'ISLE, Georges:** *Quelques réflexions sur la loi núm. 89-462 du 6 juillet 1989*, «Revue Droit Immobilier», núm. 3, 1989, pp. 277 y ss.

95. **CORDELIER, Jean-Pierre:** *Les locaux professionnels: un mauvais coup*, «Gazette du Palais», núm. 309-311, 1989, pp. 2 y ss.

Plantea el autor el tratamiento, a su juicio perjudicial, que en relación con el ejercicio de las profesiones liberales se deriva de la Ley de 6 de julio de 1989, y más concretamente de su regulación de los arrendamientos de locales para el ejercicio de actividades profesionales.

96. **CORDELIER, Jean-Pierre:** *Les dispositions transitoires de la loi du 6 juillet 1989*, «Revue de Droit Immobilier», núm. 3, 1989, pp. 291 y ss.

97. **DELAFAYE, Bernard:** *Droit de l'auteur et conflit de lois*. Concl. Delafaye sous C. Paris, 6 juillet 1989, «Gazette du Palais», núm. 272-273, 1989, páginas 11 y ss.

Se trata de una argumentación de gran interés, debido a la propia actualidad del supuesto planteado: las obras cinematográficas en blanco y negro, coloreadas mediante ordenador. Se debaten una dualidad de problemas, relativo uno de ellos a la legislación aplicable en materia de propiedad intelectual y el otro a la cuestión de fondo acerca de si el coloreamiento de películas rodadas en blanco y negro supone un atentado al derecho moral de autor.

98. **DUBISCHAR, Roland:** *Fundbesitz im Selbstbedienungsmarkt*. BGH, NJW, 1987, 2812, «JuS» (1989).

Caso práctico sobre la propiedad de un billete de mil marcos encontrado por un cliente en un supermercado.

99. **KÖNING, Michael:** *Die Qualifizierung von Computerprogrammen als Sache i S. des § 90 BGB*, «NJW», 1989, pp. 2604-2605.

Sobre si los programas de ordenador han de calificarse como cosas muebles o como bienes inmateriales.

100. **HOEREN, Thomas:** *Das Washingtoner Abkommen zum Schutz des geistigen Eigentums an Integrierten Schaltkreisen*, «NJW», 1989, pp. 2605-2607.

Exposición del acuerdo de Washington de 1989, sobre la protección de la propiedad intelectual de los circuitos integrados.

101. **LA TORRE, María Enza:** *Possesso; azioni possessorie/Luci e vedute; luci irregolari; servitù*. Comentario a la sentencia de la Corte de Casación, secc. III, civil, de 23 de mayo de 1988. «NGCC», julio-agosto, 1989, pp. 547 y ss.

**102. LIPPERT, Hans-Dieter:** *Wem stehen die Ergebnisse eines Sachverständigengutachtens zu?* «NJW», 1989, pp. 2935-2936.

Sobre la propiedad de los resultados de dictámenes.

**103. MORAND, M.:** *Solutions pratiques des ambiguïtés du calcul de rachat de parts d'ascenseur*, «Gazette du Palais», núm. 260-262, 1989, pp. 4 a 6.

Se plantea el autor la correcta determinación del importe a abonar por los nuevos usuarios del ascensor a la comunidad formada por los copropietarios constructores que han financiado la instalación del mismo.

**104. MORAND, M.:** *Possibilité et conditions de débranchement d'un lot du chauffage*, «Gazette du Palais», núm. 260-262, 1989, pp. 6 a 8.

En los regímenes de propiedad horizontal, la calefacción central es considerada elemento de equipamiento colectivo comprendido en las partes comunes. Se desarrollan en este comentario las circunstancias bajo las cuales la desconexión puede ser llevada a cabo, de conformidad con la Ley de 10 de julio de 1965 y con la jurisprudencia existente en relación con la misma.

## 6. DERECHO DE FAMILIA

**105. BOTTIAU, Annie:** *Empreintes génétiques et droit de la filiation*. «Recueil Dalloz Sirey», núm. 39, 1989, Chronique, pp. 271 y ss.

**106. DINARDO, Marilia:** *Filiazione; filiazione legittima; contestazione di legittimà*. Comentario a la sentencia de la Corte de Casación, secc. I civil, de 10 de enero de 1989, «NGCC», septiembre-octubre, 1989, pp. 635 y ss.

**107. DITZEN, Christa:** *Das Menschenwürdegrundrecht des Kindes*, «NJW», 1989, pp. 2519-2510.

Comentario a una sentencia del Tribunal constitucional alemán sobre el derecho del niño a convertirse en un ser humano adulto.

**108. DÖRR, Klaus:** *Die entwicklung des Güterrechts seit dem 1. EheRG*, «NJW», 1989, pp. 1953-1965.

Información sobre la evolución del régimen económico matrimonial desde 1977.

**109. FOURNIER, Alain:** *Une nouvelle étape dans la réforme permanente du droit des régimes matrimoniaux: la loi du 23 décembre 1985*, «Revue trimestrielle de droit civil», núm. 3, 1989, pp. 447 y ss.

**110. GRABA, Hans-Ulrich:** *Unterhalt nach den ehelichen Lebensverhältnissen*, «NJW», 1989, pp. 2786-2792.

Sobre los criterios para determinar la cuantía de la pensión en caso de separación conyugal y en particular sobre el criterio del estándar de vida.

**111. KAYSER, Pierre:** *Documents sur l'embryon humain et la procréation médicalement assistée*, «Recueil Dalloz Sirey», núm. 29, 1989, Chronique, pp. 193 y ss.

El autor se muestra preocupado por el contenido del anteproyecto de ley sobre «Las ciencias de la vida y los derechos del hombre», comparando el tratamiento que el estatuto del embrión y la procreación artificial hace el aludido texto con la instrucción «El don de la vida», de la Congregación para la doctrina de la fe, fechada el 27 de febrero de 1987.

**112. OTTE, Gerhard:** *Forum: Zur Legitimationskrise der staatlichen Eheschliessung*, «JuS» (1989), pp. 599-604.

Al hilo de la discusión en el 57º Congreso de los juristas alemanes sobre el régimen aplicable a las «parejas no casadas» se exponen las razones que históricamente han hecho del matrimonio un negocio jurídico *formal* y se explora la idea de, sin renunciar a la seguridad jurídica, admitir otras formas de matrimonio aceptadas estatalmente.

**113. PEPE, Alessandro:** *Il fondo patrimoniale*, «GCC», julio-agosto, 1989.

Análisis de la tesis jurisprudenciales relativas a la figura del llamado «fondo patrimonial», introducido en el Ordenamiento Jurídico italiano por la Ley N.º 151, de 19 de mayo de 1975, reformadora del Derecho de familia.

**114. PETERS, Butz:** *Aktuelle Fragen des Rechts der Partnervermittlung*, «NJW», 1989, pp. 2739-2796.

Evolución reciente del Derecho de los contratos con «agencias matrimoniales».

**115. PHILIPPE, Barriere, Claude:** *Le juge d'instance témoin du concubinage*, «Gazette du Palais», núm. 351-353, 1989, pp. 7 y 8.

Se plantea el autor el alcance que pueda tener el acta de notoriedad en relación con la vida en común, ante la evidencia del número creciente de matrimonios de hecho que se dirigen a los juzgados de instancia en solicitud de una tal certificación.

**116. RAMM, Thilo:** *Die Fortpflanzung - ein Freiheitsrecht?* «JZ», 1989, pp. 861-874.

Sobre el derecho a la reproducción y a la no reproducción.

**117. RAMM, Thilo:** *Die gesetzliche Vertretung durch die Eltern, überholt und verfassungswidrig*, «NJW», 1989, pp. 1708-1712.

Se tacha de inconstitucional la atribución de la representación legal de los menores a los padres como una forma excesiva, desde el punto de vista del respeto a la libertad del menor, de proteger los intereses de éste.

**118. RIEGEL, Ralf:** *Grenzen des Schutzes des räumlich-gegenständlichen Bereichs der Ehe*, «NJW», 1989, 2798-2800.

Sobre la protección de la vivienda familiar en caso de separación y utilización de la vivienda por uno de los cónyuges con un tercero.

**119. SANDWEG, Hans-Eberhard:** *Ehebdingte Zuwendungen und ihre Drittwirkung*, «NJW», 1989, pp. 1965-1974.

Calificación y efectos de las atribuciones patrimoniales con motivo del matrimonio.

**120. SCHMIDT, Karsten:** *Die gesetzliche Vertretung durch die Eltern: notwendig und verfassungsmässig*, «NJW», 1989, pp. 1712-1715.

Contestación al artículo de Ramm defendiendo Schmidt la constitucionalidad y adecuación jurídico-política de la atribución de la representación legal a los padres respecto de los menores.

**121. STURLESE, Bruno:** *L'adoption d'enfants étrangers: Réalités et perspectives*, «Gazette du Palais», núm. 314-315, 1989, pp. 2 y ss.

El crecimiento experimentado en Francia por la adopción de niños extranjeros pone de manifiesto la necesidad de habilitar una serie de medidas, entre las cuales la promoción de convenios internacionales ha de ocupar un lugar preeminente, para dar la más adecuada cobertura legal a este fenómeno, con el fin de soslayar los inconvenientes presentados por las soluciones actuales, convenientemente sistematizadas por la autora.

**122. VITALONE, Vincenzo:** *Affidamento dei minori e poteri del giudice*, «GC», septiembre, 1989, pp. 346, parte 2.<sup>a</sup>

Examen de algunas situaciones en las que la Ley prevé la intervención del Juez para dirimir discrepancias, entre los cónyuges, referentes a la educación y mantenimiento de los hijos menores, con indicación del Juez competente para conocer de estas cuestiones. Estudio necesario dada la complejidad y escasa coordinación de las normas que regulan la guarda de hijos menores en supuestos de crisis temporal o definitiva de los cónyuges, de donde se deriva una notable dispersión de la competencia judicial al respecto.

## 7. DERECHO DE SUCESIONES

**123. COLLA, Oriana:** *Successione legittima e testamentaria; accettazione e rinuncia*. Comentario a la sentencia de la Corte de Casación, secc. II civil, de 18 de octubre de 1988 «GC», septiembre, 1989, pp. 1894 y ss., parte 1.<sup>a</sup>

**124. D'ANGIOLELLA, Rosita:** *Successione ereditaria; vocazione legittima e testamentaria; testamento; rinuncia*. Comentario a la sentencia de la Corte de

Casación, secc. II civil, de 18 de octubre de 1988, «NGCC», julio-agosto, 1989, pp. 590 y ss.

**125. DURRANDE, Sylviane:** *Les «héritiers» du droit au respect*, «Recueil Dalloz Sirey», núm. 28, 1989, Chronique, pp. 189 y ss.

El Tribunal de Casación francés, según el autor, ha dado solución al problema fundamental planteado por la transmisión mortis-causa del referido derecho, consistente en la determinación concreta de las personas llamadas a suceder al causante en la titularidad del mismo, dadas las peculiaridades que plantean los derechos de la personalidad, pero dejando, sin embargo, sin resolver el problema representado por la eventual inexistencia de herederos.

**127. FEDDAL, Christian:** *La date dans le testament olographe*, «La Semaine Juridique», núm. 51-52, 1989, Doctrina 3.423.

Afirma el autor concebible el mantener que en caso de ausencia total de fecha y cuando existe un sólo testamento, no cabiendo duda alguna acerca de la capacidad del testador, se impondría la fecha de la muerte del mismo, término indiscutible a partir del cual las disposiciones del causante adquieren normalmente plenos efectos.

**127. HÜBLER, C.:** *Successione ereditaria; testamento ológrafo*. Comentario a la sentencia de la Corte de Casación, secc. II civil, de 9 de diciembre de 1988. «NGCC», julio-agosto, 1989, pp. 597 y ss.

**128. UGLIETTI, Maria Grazia:** *Successione ereditaria; reintegrazione della quota di riserva dei legittimari; azione di riduzione*. Comentario a la sentencia de la Corte de Casación, secc. II, civil, de 31 de enero de 1989. «NGCC», septiembre-octubre, 1989, pp. 752 y ss.

## II. DERECHO MERCANTIL

### 1. PARTE GENERAL. EMPRESA

**129. AGOSTINI, Eric:** *Parasitisme économique et protection du nom Whisky*, «Gazette du Palais», núm. 330-332, 1989, pp. 5 y 6.

La indicación del origen de un producto no basta por sí sola en todo caso para eliminar el riesgo de «confusión». Tal es la terminante fórmula a través de la cual se manifestó el Tribunal de Casación, en relación con el recurso interpuesto por la Scotch Whisky Association, poniendo fin a un dilatado calvario padecido por dicha entidad ante los tribunales franceses en defensa de sus pretensiones y que es objeto de comentario por parte del autor.

**130. AHRENS, Hans-Jürgen:** *Bürgerliches Recht: Die irreführende Werbung*, «JuS» (1989), pp. 553-556.

Un caso práctico sobre el procedimiento y las consecuencias de la publicidad engañosa.

**131. BOUBLI, Bernard:** *La transmission de l'entreprise et le sort des emplois*, «Gazette du Palais», núm. 204-206, 1989, pp. 2 y ss.

El debate entre el mantenimiento del vínculo contractual entre el trabajador y los sucesivos empleadores titulares de la empresa y la posibilidad de despido, ha sido recurrido tras dos sentencias del Tribunal de Casación francés, en las cuales se revisan las condiciones que permiten la conservación de los puestos de trabajo y la consiguiente estabilidad de los mismos, con resultados insatisfactorios para los intereses del asalariado.

**132. BOUTARD-LABARDE, M. C. y VOGEL, L.:** *Droit de la Concurrence et Personnes Publiques*, «Gazette du Palais», núm. 356-357, 1989, pp. 2 y ss.

La aplicabilidad del derecho de la competencia a las personas jurídico-públicas constituye el objeto de análisis del presente comentario en el cual se critica la decisión adoptada por el Tribunal de Conflictos el 6 de junio del presente año en relación con el asunto Villa de *Parmiers*, tanto por la solución dada al problema de competencia cuanto por su motivación oscura y que no llega a definirse en cuanto al propio campo de aplicación de este sector del ordenamiento jurídico.

**133. BRAUSE, H. Peter:** *Zugang kaufmännischer Schreiben in Handelssachen*, «NJW», 1989, 2520-21.

Problemas de prueba de la recepción de documentos mercantiles.

**134. CIRILLO, Fiorella:** *Un'eredità dal passato: il monopolio dell'oro*, «BBTC», 1989, Fasc. IV-V, pp. 594-600.

El monopolio estatal en la adquisición de oro procedente de otros países es considerado anacrónico, puesto que en la actualidad carece de peso la razón válida en otros tiempos: impedir la distracción de riqueza nacional para empleos no productivos.

**135. FORKEL, Hans:** *Grundfälle zu den Immaterialgüterrechten*, «JuS» (1989), pp. 721-727.

(2.ª parte) Examen de los principios en que está basada la protección de la propiedad industrial e intelectual con atención a las diversas fuentes de tales derechos.

**136. HANNOUN, Charley:** *La déontologie des activités financières: contribution aux recherches actuelles sur le néo-corporatisme*, «Rev. trim. dr. comm.», julio-septiembre, 1989, pp. 417 a 455.

En el artículo se realiza un análisis del papel que juega el sistema deontológico en el sector económico de la actividad financiera y del mercado de capitales en el marco de la actual corriente desreguladora (autorregulación) de este particular

mercado. El autor destaca los aspectos psicológicos y corporativos que lo configuran, así como los principios básicos que lo justifican: interés de los inversores e interés del mercado. La segunda parte del estudio se dedica a examinar el régimen de autodisciplina derivado de la autorregulación de la actividad financiera, destacando la estructura de control y la naturaleza y alcance de las sanciones.

**137. KORNMANN, André:** *Propos sur la non-publication du jugement d'ouverture de la procédure à la conservation des hypothèques*, «Gazette du Palais», núm. 258-259, 1989, pp. 2 y ss.

El autor se muestra partidario de no modificar la Ley de 25 de enero de 1985, en el sentido de imponer tal publicación, dada su ineficacia en el supuesto de ser el deudor una sociedad o un comerciante de cierta entidad económica y las ventajas que, por contra, representa la no publicación.

**138. LACHAUD, Jacques:** *L'attribution préférentielle pour maintenir les entreprises agricoles*, «Gazette du Palais», núm. 244-245, 1989, pp. 2 y ss.

**139. MATHIEU:** *Les difficultés de l'agriculture et la loi du 30 décembre 1988: un cadre juridique pour des solutions économiques*, «La Semaine Juridique», núm. 31-32, 1989, Doctrina 3.405.

La evolución experimentada por la Agricultura, de actividad familiar de supervivencia hacia una auténtica empresa agrícola capaz de afrontar el reto de 1992 con posibilidades de éxito, ha conllevado en nuestro país vecino la necesidad de proceder a la promulgación de la Ley de 30 de diciembre de 1988, relativa a la adaptación de la explotación agrícola a su entorno económico y social, comentada por el autor en aquellos aspectos referidos a los procedimientos particulares de arreglo amistoso y quiebra, que son objeto de una profunda revisión.

**140. MUZZO, Enrico:** *L'art. 4, n. 7, n. 516/1982: frode fiscale, apprezzamento del giudice ed incoerenza del legislatore*, «Giur. Comm.», 1989, vol. 4, 594-613.

Se comenta la configuración penal del fraude fiscal en torno a las inexactitudes y/u omisiones en la facturación, documentos contables y declaración de rendimientos, dada la preocupación del Legislador por evitar la evasión y fraude fiscal en los sectores de rendimientos empresariales y procedentes de trabajo autónomo.

**141. REICH, Norbert:** *Die Freiheit des Dienstleistungsverkehrs als Grundfreiheit*, «ZHR», 153 (1989), pp. 571-594.

Análisis de las normas comunitarias que garantizan y delimitan la libertad de circulación de los servicios en el ámbito de la CEE.

**142. RIVOLTA, Gian Carlo:** *Sull'impresa agricola: vitalità ed espansione di una fattispecie codicistica*, «RDC», N. 5, septiembre-octubre, 1989, pp. 537 y ss.

Frente al sector doctrinal que considera trasnochada la categoría de empresa agrícola diseñada en el Código civil italiano, este autor defiende su vigencia ac-

tual y carácter básico, opinión que considera confirmada por la legislación especial en esta materia. A tales efectos, realiza una nueva lectura de las normas del Código reguladas de dicha figura y reflexiona sobre algunos de sus perfiles.

**143. SACK, Rolf:** *Die mengenmäßige Beschränkung der Abgabe an Kunden i. S. von § 6 d UWG*, «NJW», 1989, pp. 2360-2365.

¿Constituye un acto de competencia desleal la práctica de los comerciantes de limitar la cantidad de un producto en oferta que está dispuesto a vender por cliente a las cantidades habituales en una economía familiar?

**144. WESSEL, Hanns Heinz:** § 25 HGB. *eine gefährliche Vorschrift?* «BB», 1989, pp. 1625-27.

Breve examen de la regla que impone la responsabilidad del adquirente de una empresa por las deudas anteriores salvo que se inscriba la exclusión de tal responsabilidad en el registro mercantil.

## 2. DERECHO DE SOCIEDADES

**145. AAVV.:** *La bi-centenaire de la révolution française et le droit des sociétés*, «Revue des Sociétés», julio-septiembre, 1989, pp. 345 a 471.

Se trata de un número monográfico destinado a conmemorar el bicentenario de la revolución francesa. Recoge las ponencias y conclusiones del coloquio celebrado en la Universidad de París en junio de 1989 bajo la dirección del profesor Yves Guyon, en las que se destaca la influencia de los principios revolucionarios en el desarrollo del derecho de sociedades.

**146. BEBCHUK, Lucian:** *Limiting contractual freedom in corporate Law: the desirable constraints on charter amendments*, «Harvard Law Review», junio, 1989 (102), pp. 1820 a 1860.

En el marco de un análisis económico, el profesor Bebchuk critica la creciente influencia en los Estados Unidos de la doctrina que propugna la libertad de las sociedades para adoptar acuerdos que excedan las posibilidades de previsión estatutaria. Especialmente el autor destaca la mayor necesidad de introducir límites a aquella libertad en los casos de reforma estatutaria que en el momento inicial de formación de los estatutos. Analiza los problemas de información y de procedimiento colectivo inscritos en el procedimiento de reforma estatutaria y ofrece algunos criterios para determinar las materias y circunstancias con respecto a las cuales su adopción mediante reforma de los estatutos será prohibida o restringida.

**147. EBENROTH, Carsten/HOPP, Torsten:** *Die ausländische Kapitalgesellschaften KG*, «JZ», 1989, pp. 883-886.

Sobre la posibilidad de que una sociedad anónima extranjera pueda ser socio comanditario de una sociedad comanditaria alemana.

**148. GÄBELEIN, Wolfgang:** *Die Unternehmensspaltung*, «BB», 1989, 1420-1425.

Exposición sintética de los mecanismos de escisión de empresas.

**GRÜNEWALD, Barbara:** *Zur Zulässigkeit eines vertraglich vereinbarten Ausschlussrechts eines Mitgesellschafters*, «JZ», 1989, pp. 956-959.

Sobre una admisibilidad (y reducibilidad o nulidad parcial) de una cláusula contenida en los estatutos de una sociedad comanditaria que permite a uno de los socios excluir a su voluntad a otro u otros socios.

**150. HABERSACK, Mathias:** *Handels - und Gesellschaftsrecht: Der lästige Gesellschafter*, «JuS» (1989), pp. 738-745.

Caso práctico sobre cuentas en participación con venta del negocio por parte del comerciante sin consentimiento del cuentaparticipante.

**151. HOMMELHOFF, Peter:** *Handels - un Gesellschaftsrecht: Eigenkapitalersetzendes Gesellschaftsdarlehen*, «JuS» (1989), pp. 643-649.

Resolución de un caso práctico sobre el supuesto de préstamos realizados por el socio único o dominante a la sociedad, préstamo que sustituye a una aportación de capital, supuesto para el que el parágrafo 32 a *GmbH-Gesetz* excluye la posibilidad de exigir la devolución a la sociedad por parte del socio prestamista.

**152. KONZEN, Horst:** *Geschäftsführungs, Weisungsrecht und Verantwortlichkeit in der GmbH und GmbH & Co. KG*, «NJW», 1989, pp. 2977-2987.

Sobre la responsabilidad de los administradores en la SRL y en la SRL y cía sociedad en comandita.

**153. KORNMANN, André:** *Groupement d'intérêt économique et groupement européen d'intérêt économique*, «Gazette du Palais», núm. 321-322, pp. 2 y ss.

El objeto del presente comentario viene constituido por la modificación de ciertos aspectos de la regulación del Grupo de Interés Económico y la introducción del Grupo Europeo de Interés Económico, operadas en el derecho francés mediante la Ley de 13 de junio de 1989.

**154. LÖFFLER, Joachim:** *Der Kernbereich der Mitgliedschaft als Schranke für Mehrheitsbeschlüsse bei Personengesellschaften*, «NJW», 1989, pp. 2656-2662.

Sobre los límites a la regla de la mayoría en las sociedades personalistas, que el autor discute en torno a la idea de ámbito central de la condición de socio.

**155. LUTTER, Markus:** *Das überholte Thesaurierungsgebot bei Eintragung einer Kapitalgesellschaft im handelsregister*, «NJW», 1989, pp. 2649-2656.

Sobre la posibilidad para una sociedad en formación de utilizar empresarialmente las aportaciones que han de constituir el capital social antes de la inscripción en el registro.

**156. LUTTER, Markus:** *Die Treupflicht des Aktionars*, «ZHR», 153 (1989), pp. 446-471.

Exposición sistemática de una institución controvertida: la existencia de un deber para el accionista de comportarse lealmente en relación con la sociedad anónima y con sus coaccionistas (deber de lealtad del accionista).

**157. MARTIN, Didier y FAUGEROLAS, Laurent:** *Les pactes d'actionnaires*, «La Semaine Juridique», núm. 41, 1989, Doctrina 3.412.

Centrando su análisis en los pactos destinados a reforzar la cohesión y estabilidad del accionariado, esto es, derechos de tanteo y adquisición preferente, pactos de no agresión, aportación a una OPA o convenios restrictivos de la libre negociabilidad de las acciones, el trabajo comentado fundamenta la validez de tales contratos, tanto desde el punto de vista del derecho común como del ordenamiento específico regulador de las sociedades, sin que tan siquiera para las sometidas a cotización oficial la incidencia del derecho bursátil parezca desvirtuar tal conclusión. Afirmada la validez de estos convenios, pasan los autores a abordar la problemática planteada por la ejecución en vía voluntaria de los mismos y las sanciones aplicables para el caso de incumplimiento, con una especial consideración a la posibilidad de la venta efectuada contra el pacto de adquisición preferente, en caso de colusión fraudulenta, y a si tal anulación puede comportar en algún caso la obligación para el promitente de vender al beneficiario del derecho.

**158. MONTALENTI, Paolo:** *La partecipazione di una società di capitali ad una società in accomandita semplice in qualità di accomodante*, «Giur. Comm.», 1989, vol. 4, pp. 640-667.

En contra de una reciente sentencia de la Corte de Casación, que declaraba la ilicitud de la participación de una sociedad de capital en una sociedad comanditaria simple en calidad de socio comanditario, el autor defiende su validez, criticando los argumentos empleados por el Tribunal.

**159. MÜLLER-GUGENBERGER, Christian:** *Die Firma der Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung*, «BB», 1989, pp. 1922-1925.

Examen de los problemas jurídicos de la razón social de las agrupaciones de interés económico.

**160. PILLET, François:** *La responsabilité fiscale des dirigeants de sociétés, personnes morales et groupements (LPF, articles L. 266 et L 267)*, «La semaine Juridique», núm. 27, 1989, Doctrina 3.401.

El autor desarrolla la responsabilidad solidaria establecida para los órganos rectores de las entidades referidas en orden al pago de deudas fiscales contraídas por estas bajo su dirección. Se analizan de forma sistematizada los requisitos, tanto de derecho sustantivo como de orden procesal, requeridos para el ejercicio de tal acción de responsabilidad.

**161. RIMINI, Emanuele:** *Osservazioni sulla flessibilità del modello societario: le società miste in URSS*, «Giur. Comm.», 1989, vol. 4, pp. 668-700.

Breve comentario al origen y desarrollo del fenómeno de «joint venture». Se analiza su empleo en los países del Este europeo, especialmente en la Unión Soviética, como forma de cooperación entre empresas de estos países y empresas occidentales.

**162. SCHMIDT, Karsten:** *Zur kombinierten Nachfolge- und Umwandlungsklausel bei OHG- oder Komplementäranteilen*, «BB», 1989, pp. 1702-1709.

Análisis de las cláusulas de estatutos de sociedades colectivas y comanditarias por las que se prevé la continuación como socio del heredero de un socio fallecido.

**165. SCHMIDT, Karsten:** *Statutarische Schiedsklauseln zwischen prozessualer und verbandrechtlicher legitimation*, «JZ», 1989, pp. 1077-1084.

Sobre las cláusulas de sometimiento a arbitraje en estatutos sociales.

**164. SCHNEIDER, Uwe H.:** *Die Firma des Konzerns un der Konzernunternehmen*, «BB», 1989, pp. 1985-1990.

Examen de la cada vez más frecuente utilización como razón social de la denominación «Grupo de empresas X».

**165. SCHWARZ, Günter:** *Gesellschaftsrecht: Gesellschafterhaftung bei formwechselnder Umwandlung*, «JuS», 1989, pp. 988-992.

Caso práctico en el que se analiza el problema de la responsabilidad del socio colectivo de una sociedad comanditaria que se transforma en una sociedad civil.

**166. SPADA, Paolo:** *La tipologia delle società tra volontà e nomenclatura*, «RDC», N. 5, septiembre-octubre, 1989, pp. 521 y ss.

Planteado el debate en torno a la admisibilidad, en el vigente Ordenamiento jurídico italiano, de sociedades atípicas, el autor examina la noción del tipo societario como «institución» y como «categoría», junto con el régimen de responsabilidad social en sendos supuestos. Finalmente, aborda la eventual facultad de los socios en orden a elegir el tipo de sociedad y la denominación del mismo.

**167. SPITZER, Jean-Pierre:** *L'avant-Projet de SAE et la Societe de Droit Europeen. Une Chance pour les entreprises de la CEE*, «Gazette du Palais», núm. 340-341, 1989, pp. 7 y ss.

De nuevo se alza una voz por la necesidad de lograr un consenso de los diferentes gobiernos, con la finalidad de que la Sociedad Anónima Europea vea la luz antes de 1993 para evitar las desventajas de las empresas europeas frente a las de terceros países.

**168. STOLL, Jutta:** *Zum Vorschlag der EG-Kommission für die 13. Richtlinie auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts über übernahmeangebote*, «BB», 1989, 1489-1491.

Sucinta exposición de la última propuesta de la Comisión de la CEE de una Directiva sobre «OPAS».

**169. STORCK, Jean-Patrice:** *La validité des conventions extra-statutaires*, «Recueil Dalloz Sirey», núm. 38, 1989, Chronique, pp. 267 y ss.

El propio autor resume el contenido de su trabajo afirmando la validez de estas cláusulas cuando, no recayendo sobre materias reservadas expresamente a su regulación, sean conformes con la Ley y los propios estatutos.

**170. STORP, Roger:** *La GmbH & Co. KG (Une forme hybride de société) en droit allemand*, «Gazette du Palais», núm. 223-224, pp. 2 y ss.

Los trazos fundamentales de esta creación de la práctica y jurisprudencia alemanas, a mitad de camino entre una sociedad personalista y la sociedad capitalista por excelencia, al consistir básicamente en una sociedad comandataria en la cual es socio colectivo una sociedad anónima de derecho alemán, limitando así la responsabilidad al capital social de la misma, son abordados detenidamente en este artículo, dedicando una especial atención a las difíciles relaciones entre ambas sociedades y a los aspectos fiscales de semejante organización.

**171. VETTER, Eberhard:** *Die Zuständigkeit der Hauptversammlung beim Abschluss eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages mit einer GmbH*, «BB», 1989, pp. 2125-2130.

Determinación del órgano social competente para decidir sobre la celebración de contratos de dominación en el Derecho de grupos de empresas de sociedades de responsabilidad limitada.

### 3. INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DE TRAFICO

**172. CASELLA, Paolo:** *Alcune osservazioni in tema di «insider trading»*, «Giur. Comm», 1989, vol. 5, pp. 796-844.

La utilización de información reservada para la adquisición o la transmisión de títulos fue relegada tempranamente en los Estados Unidos, aunque la jurisprudencia y la doctrina ha contribuido decisivamente a perfilar la figura del «insider trading».

Asimismo se examina la situación actual de la legislación de los países occidentales sobre el tema.

**173. RÖSSNER, M. Christian/LACHMAIR, Wilhelm:** *Rechtliche Durchsetzbarkeit von Forderungen aus Optionsscheinkäufen*, «BB», 1989, pp. 1990-1994.

Examen de la naturaleza de los contratos bursátiles sobre opciones.

174. **SCHWARK, Eberhard:** *Neues Recht für Börsentermingeschäfte. Das Gesetz zur Änderung des Börsengesetzes 1989*, «NJW», 1989, pp. 2675-2676.

Reforma del Derecho bursátil alemán en materia de negocios a plazo.

#### 4. CONTRATOS MERCANTILES

175. **BENABENT, Alain:** *L'autonomie de la lettre de confort*, «Recueil Dalloz Sirey», núm. 32, 1989, Chronique, pp. 217 y ss.

El autor lleva a cabo un análisis de las llamadas Cartas de favor, recogiendo una clasificación de tales documentos y destacando su carácter indefinido, invocando a su interpretación al efecto de constatar la existencia en ellas de obligaciones con muy variado alcance y contenido.

176. **BRESSON, Jean-Jacques de:** *Un organe méconnu: Le Bureau Central de Tarification de L'Assurance Construction*, «Revue de Droit Immobilier», núm. 3, 1989, pp. 37 y ss.

El «Bureau Central de Tarification» tiene por papel exclusivo fijar el importe de la prima mediante la cual la compañía de seguros que se haya negado a suscribir una póliza de seguro obligatorio, está obligada a garantizar el riesgo propuesto.

En el presente trabajo se analiza la composición de dicho órgano, su funcionamiento y los problemas inherentes al cumplimiento de la misión aparentemente sencilla que le es propia.

177. **CASSANDRO SULPASSO,** *Riserva prolungata della proprietà e cessione globale del crediti d'impresa: il modello tedesco in Francia*, «Giur. Comm.», 1989, vol. 5, pp. 759-795.

En la práctica alemana posterior a la Segunda Guerra Mundial surgieron dos nuevas garantías a fin de facilitar la adquisición de bienes por parte de las empresas, y que ahora han sido recogidas por la legislación francesa: reserva prolongada de la propiedad y la cesión de créditos presente y futuros de la empresa.

178. **CLARKE, Malcon:** *The Reasonable Expectations of the Insured in England*, *J. of Bus. Law*, septiembre 1989, pp. 389 a 404.

El autor considera la posibilidad de trasladar al sistema asegurativo inglés la corriente jurisprudencial norteamericana tendente a interpretar la póliza de seguro contra el asegurador en la medida en que ello sea necesario para cumplir las expectativas razonables del asegurado en el contrato.

179. **COSTA, Concetto:** *Il credito documentario nell'era dei computers e della «smaterializzazione» dei titoli rappresentativi delle merci nel commercio internazionale*, «BBTC», 1989, Fasc. IV-V, pp. 601-627.

El empleo de los más modernos sistemas de procesamiento de datos, conlleva un esfuerzo por solucionar los problemas que implica.

El autor reflexiona sobre la apertura de crédito, su realización, transmisibilidad, etc., y las repercusiones que, en definitiva, pueda tener sobre la teoría tradicional de los títulos valor.

**180. CRINI, Alessandro:** *Servizi bancari e tecniche informatiche*, «RDC», N. 5, septiembre-octubre, 1989, pp. 590 y ss.

El autor trata de profundizar en la configuración actual de los servicios bancarios habida cuenta de las innovaciones producidas por la adopción de técnicas informáticas. Presta especial atención a la búsqueda de las efectivas características jurídicas de este tipo de servicios, examinando la relevancia, en este ámbito, de las obligaciones de hacer.

**181. FLECHEUX, Georges:** *Le droit communautaire et les accords de franchise*, «Gazette du Palais», núm. 340-341, 1989, pp. 2 y ss.

Trata el autor de la problemática planteada en relación con los contratos de franquicia por el artículo 85 del Tratado de Roma y la consiguiente aplicación a tales convenios del régimen de exención por categorías previsto en el mismo, todo lo cual ha sido objeto de regulación en virtud del Reglamento de la Comisión de la CEE número 4087/88.

**182. FORKEL, Hans:** *Der Franchisevertrag als Lizenz am Immaterialgut Unternehmen*, «ZHR», 153 (1989), pp. 511-58.

Intento de captar la calificación correcta del contrato de franquicia como un contrato de licencia de empresa en su carácter de bien inmaterial.

**183. GRANTHAM, R. B.:** *The Impact of a Security Interest on sett off*, *J. Bus. Law*, septiembre, 1989, pp. 377 a 388.

En este trabajo el autor reconsidera la desconfianza judicial hacia el establecimiento de garantías reales sobre el capital circulante de la empresa por deudas ajenas al estricto negocio empresarial de la compañía (alquileres, impuestos, seguros, servicios o trabajos especiales, etc.), por perjudicar a los acreedores comerciales al hacer imposible la compensación de sus cuentas con el deudor.

**184. KODWO BENTIL, J.:** *Competition Ban Clauses in Enterprise Transfer contracts under Common Market Law*, *J. Bus. Law*, julio 1989, pp. 321 a 338.

El artículo expone los criterios, a veces discordantes, que son utilizados por la Comisión y el Tribunal de Justicia de la CEE para asegurar la libertad de competencia económica en el tratamiento de las cláusulas de exclusión de competencia del transmitente en los contratos de transmisión de empresas.

**185. LAWSON, Mark:** *The Reform of the Law Relating to Security Interests in Property*, *J. Bus. Law*, julio, 1989, pp. 287 a 308.

El autor realiza un examen, a modo de recensión, de un trabajo de igual título del profesor A. L. Diamond. Se hace repaso a las anomalías en las que

incurre el actual sistema de garantías de las obligaciones en el Reino Unido. En especial, se destacan las contradicciones que derivan de un sistema formalista en la identificación y categorización de los negocios de garantía, en el que se hace prevalecer la forma sobre la substancia *garantiae causa* del negocio, produciendo disfunciones respecto de las razonables expectativas de las partes en el negocio, y en el mercado crediticio. Se hace repaso a un amplio conjunto de negocios, cláusulas y condiciones de la práctica que tienen por finalidad común garantizar el crédito de modo real o personal, tanto en «operaciones de crédito» como de compraventa en general. El autor defiende una profunda reforma en esta materia, patrocinando la creación de un sistema registral integrado que asegure las posiciones jurídicas de las partes en el negocio y facilite la transparencia de las relaciones que lo integran frente a terceros.

**186. ORNANO, Roland de:** *Taux effectif global et date de valeur*, «Gazette du Palais», núm. 263-264, 1989, pp. 2 y ss.

El artículo comentado pone de manifiesto la frecuente corruptela utilizada por las entidades bancarias para aumentar la tasa efectiva global pactada, consistente en utilizar artificiosamente los días de valor, prolongando injustificadamente la toma de efecto en operaciones deudoras o acreedoras, con todo lo cual se vulneran las previsiones legales garantizadoras de la inalteración unilateral del interés convenido.

**187. REIFNER, Udo:** Die Haftung des Kontoinhabers beim Missbrauch seiner Bankautomatenkarte durch Dritte, «BB», 1989, pp. 1912-1921.

Examen de la responsabilidad de los clientes bancarios por uso indebido por terceros de tarjetas de cajero automático de acuerdo con las condiciones generales bancarias.

**188. SALANITRO, Niccolò:** *Tassi e condizioni nei contratti bancari: vincoli di trasparenza e di uniformità*, «Banca Borsa e Titoli di Credito», 1989, Fasc. IV-V, pp. 489-503.

Una Ley de 1986 vino a establecer la igualdad en la remuneración de los intereses (pasivos y activos) de los depósitos bancarios, entre el Norte y el Sur de Italia, a fin de procurar el desarrollo económico del Sur.

Se estudia la disposición desde una triple perspectiva: delimitación de su imperatividad; incardinación y coherencia con las otras normas del sistema y su relación con el control público de la actividad crediticia.

**189. SCHRÖDER, Albert:** *Rückabwicklung des Leasingvertrages bei entfallener Geschäftsgrundlage und Wegfall der Bereicherung*, «JZ», 1989, pp. 717-725.

Sobre las normas de liquidación de un contrato de leasing cuando el usuario ha ejercitado las acciones edilicias contra el proveedor.

**190. SCHWARK, Eberhard:** *Vertragliche Wettbewerbsverbote bei Praxisübernahme*. BGH, NJW 1988, 3018, «JuS» (1989), pp.

Eficacia de un pacto de no competencia establecido en un contrato de compraventa de un despacho de auditoría. Dos clientes del antiguo asesor no contentos con el nuevo, encargan a aquél el examen de sus cuentas. El BGH negó que el nuevo hubiera sufrido daños alguno. El autor contradice esta solución afirmando la responsabilidad del antiguo auditor frente al nuevo.

**191. SCHWERDTNER, Peter:** *Erfolg und Arbeitserfolg*, «NJW», 1989, pp. 2987-2990.

Sobre los requisitos para que nazca un derecho a favor del mediador a exigir el pago del premio o comisión.

**192. VIANDIER, A.:** *Sécurité et transparence du marché financier (Commentaire des titres 1 et 2 de la loi du 2 août 1989)*, «La Semaine Juridique», núm. 49, 1989, Doctrina 3.420.

**193. VON GRAVENREUTH, Günter:** *Probleme in Zusammenhang mit der Minderung oder Wandelung Mangelhafter Software*, «BB», 1989, pp. 1925-1927.

Breve exposición de las acciones que corresponden al adquirente de programas informáticos en caso de vicios ocultos de éstos.

**194. VON HIPPEL, Eike:** *Gewinnbeteiligung und Verbraucherschutz in der Lebensversicherung*, «JZ», 1989, pp. 663-670.

Sobre el derecho a participación en las ganancias en el contrato de seguro de vida.

## 5. DERECHO CAMBIARIO

**195. DI CHIO, Giuseppe:** *Sul pegno di titoli e valori mobiliari in amministrazione fiduciaria*, «Giur. Comm.», 1989, vol. 4, pp. 614-639.

Problemas que presenta la administración fiduciaria dinámica de título y valores mobiliarios, en concreto la constitución en prenda. Admisibilidad del pacto por el cual el fiduciante autoriza a constituir dicha prenda, a falta de pacto, será nulo el negocio, salvando la posibilidad de confirmación por el mandante.

**196. FERRARINI, Guido:** *I nuovi confini del valore mobiliare*, «Giur. Comm.», 1989, vol. 5, pp. 741-758.

La nueva noción de título valor en la legislación italiana, ampliándose respecto a la delimitación tradicionalmente marcada por la doctrina. Se pone en conexión este tema con el de la «desmaterialización» de los títulos valores.

**197. LA VILLA, Gianluca:** *Illegalità del deposito dei valori mobiliari esteri*, «Banca Borsa e Titoli di Credito», 1989, Fasc. IV-V, pp. 590-593.

Se reputa de ilegal la normativa que impone, salvo supuestos muy concretos, la obligatoriedad que tienen los que tengan su residencia en Italia, de depositar en ciertas entidades los valores mobiliarios extranjeros.

El autor arguye la ausencia de una razón que fundamente suficientemente la normativa, el contraste con el Tratado y las directivas de la CEE sobre circulación de capitales y, en definitiva, una discriminación arbitraria, basada en el dato de la residencia de las partes y en el lugar de colocación del capital.

**198. PLEYER, Klemens/WALLACH, Edgar:** *Aktuelle Probleme der Scheckeinlösung*, «ZHR», 153 (1989), pp. 539-570.

Análisis de los problemas relativos al pago del cheque, en especial si es necesaria una «voluntad de pago» por parte del banco librado.

**199. BENEZRA, Philippe:** *Du bon usage de la procédure de référé en matière de revendication*, «Gazette du Palais», núm. 326-327, 1989, pp. 2 y ss.

Analiza el autor las medidas más habitualmente solicitadas a través de este procedimiento eminentemente preparatorio, por parte de los proveedores de mercancías ante el impago de las mismas por su deudor, las cuales suelen ser la formalización de un inventario del activo de éste y la puesta bajo depósito judicial de los bienes reivindicables, señalando los motivos por los cuales, a su juicio, excedería de la competencia de esta jurisdicción la decisión acerca de una hipotética acción reivindicatoria interpuesta por esta vía.

## 6. DERECHO CONCURSAL

**200. B.S.:** *Le champ d'application des art. 115 et s. de la loi du 25 janvier 1985 relatifs aux revendications (A propos des jugements du Tribunal de grande instance de Béthune du 26 octobre 1988 et du Tribunal de commerce de Lille du 27 janvier 1989)*, «Gazette du Palais», núm. 188-189, 1989, pp. 2 y ss.

Iniciado un procedimiento colectivo, los propietarios de bienes en poder de la empresa pueden reivindicarlos con la finalidad de que no sean integrados en el activo de la misma, lo cual entrañaría su consiguiente indisponibilidad. La Ley francesa de 25 de enero de 1985, reduce el plazo para proceder a tal reivindicación y las sentencias aludidas por el autor plantean una interpretación amplia de tal precepto, disconforme según que punto de vista con la intención del legislador, orientada a que el síndico conozca con rapidez la naturaleza y la importancia de los bienes reivindicados, pudiendo así evaluar las posibilidades de recuperación de la empresa o la conveniencia de proceder a su liquidación.

**201. COMMISSION INTERNATIONALE DU BARREAU DE LYON:** *Le droit des créanciers dans les procédures collectives des principaux pays d'Europe*, «Gazette du Palais», núm. 295-297, 1989, pp. 4 y ss.

Contiene las ponencias alemana, inglesa e italiana, presentadas con ocasión del coloquio organizado por la Comisión Internacional, sobre el derecho de los acreedores en los juicios universales de los principales países de Europa.

**202. ERASMO BONAVERA, Enrico:** *Pluralità di conti dello stesso correntista, giroconto e revocatoria fallimentare*, «Giur. Comm.», 1989, vol. 5, pp. 845-863.

Se aborda la materia de la revocación, debido a la quiebra, de las remesas por cuenta corriente bancaria. Realizando un estudio de los principios jurisprudenciales en este tema y su incidencia en las operaciones efectuadas durante el desarrollo de la cuenta corriente.

**203. FLETCHER, Ian F.:** *The Genesis of Modern Insolvency Law: An Odyssey of Law Reform*, *J. Bus. Law*, septiembre, 1989, pp. 365 a 376.

Se revisan en el artículo los principales factores que fundamentan la reforma legislativa del derecho de la insolvencia durante los años 1985 y 1986 en Inglaterra y Gales, caracterizada por el paso de una regulación fragmentaria, basada en la *pragmatic tradition*, a un sistema de principios predeterminados: *juristic tradition*. No obstante su juicio favorable en general, el autor critica por insuficientes las reformas cuyo objetivo era erradicar notorios y frecuentes abusos del privilegio de la responsabilidad limitada asociada a la insolvencia y liquidación patrimoniales; en prácticas tales como el *centrebinding* y *company recycling* basada en la liquidación fraudulenta de la sociedad para hacer renacer posteriormente la empresa con distinto nombre e iguales elementos («The Phoenix Syndrome»).

**204. GUILLENCHMIDT, Jacqueline de:** *Le règlement amiable et le redressement judiciaire de l'exploitation agricole*, «Gazette du Palais», núm. 293-294, 1989, pp. 2 y ss.

El autor aborda el análisis de la regulación operada en relación con las situaciones de crisis financiera por la Ley de 30 de diciembre de 1988, de adaptación de la explotación agrícola a su entorno económico y social.

**205. HALLOUIN, Jean-Claude:** *Le sociétés non immatriculées face au redressement et à la liquidation judiciaires*, «La Semaine Juridique», núm. 43, 1989, Doctrina 3.414.

El ejercicio de procedimientos colectivos contra las sociedades de hecho, en formación o de participación, parece implicar la necesidad de entablar la acción correspondiente contra todos los asociados, debido a que la adquisición de personalidad jurídica por parte de las sociedades mercantiles, requiere su inscripción registral.

El autor plantea los problemas que conllevará la estimación de la concurrencia de los requisitos exigidos por la legislación (condición de comerciante, artesano o persona jurídica de derecho privado y la situación de suspensión de pagos) en cada asociado. Además, cuando nos encontremos ante una sociedad sin personalidad jurídica en concurrencia con una situación de indivisión, surgirán todas las dificultades relacionadas con la particular posición jurídica de los acreedores de la indivisión. Es por todo esto que algunos órganos jurisdiccionales, en contra del criterio de la ley de la Corte de Casación, continúan admitiendo la acción directamente emprendida contra la sociedad no inscrita.

**206. LANFRANCHI, Lucio:** *Il diritto di difesa nella verificaione del passivo*, «Giur. Comm.», 1989, vol. 4, pp. 575-593.

Con relación a los medios de defensa que tiene el acreedor en caso de quiebra de su deudor, se mantiene la tesis de que una vez aprobado judicialmente el pasivo, tiene el valor de cosa juzgada para el acreedor cuyo crédito ha sido reconocido. Esto conlleva, a juicio del autor, la imposibilidad de recurrir contenciosamente, ya que ha contado con amplios medios para defender su crédito durante la fase de formación del estado del pasivo.

**207. MARTIN, Jean François:** *La cession de l'entreprise aux dirigeants ou actionnaires de la personne morale en redressement judiciaire ou á une société constituée par eux*, «Gazette du Palais», núm. 337-339, pp. 4 y ss.

La vía de cesión de la empresa en rehabilitación judicial a una persona que adquiera la propiedad de la misma y asuma la carga de dicha rehabilitación contemplada en la Ley de 29 de enero de 1985, sin establecer restricción alguna al derecho de hacer una oferta, constituye el punto de partida de este comentario que se muestra partidario de extremar las cautelas para evitar la posibilidad de que sea usada torticeramente por el deudor para continuar la explotación de la empresa sin afrontar el pasivo.

**208. POUCEBLANC, Gérard:** *La loi du 25 janvier 1985*, *Gazette du Palais*, núm. 321-322, 1989, pp. 7 y ss.

Se aborda en el presente comentario la problemática surgida a consecuencia de la aplicación estricta del artículo 77-3 de la Ley de 25 de enero de 1985 en la ejecución de los planes de rehabilitación de la empresa, por cuanto supone de sacrificio para la seguridad jurídica de los acreedores en aras de una mayor facilidad de financiación.

**209. RAMACKERS, Michel:** *Le super privilège des salariés, la subrogation de L'AGS et le redressement judiciaire: du mythe à la réalité?*, «Recueil Dalloz Sirey», núm. 43, 1989, *Chronique*, pp. 301 y ss.

**210. REMERY, Jean-Pierre:** *L'Ordre entre créanciers et la distribution par contribution en droit international privé*, «Gazette du Palais», núm. 328-329, 1989, pp. 2 y ss.

Viene a afirmar el autor que en materia de orden y de distribución por contribución, la solución del conflicto de jurisdicciones conlleva la del conflicto de leyes, apartándose del esquema habitual.

**211. SICA, Marco:** *Norme sull'amministrazione straordinaria*. Comentario a la Ley de 23 de agosto de 1988, N. 391, «NLCC», núm. 4, julio-agosto, 1989, pp. 759 y ss.

**212. TARZIA, Giuseppe:** *La liquidazione dell'attivo nel fallimento*, «Giur. Comm.», 1989, vol. 4, pp. 563-574.

· Crítica a los principios sobre los que descansa la Ley italiana de quiebra: desinterés por la conservación de la unidad productiva, ejecuciones singulares, etc.

Simultáneamente se esbozan, como contraste, las líneas de los proyectos de reforma de la ley: conservación de la empresa, fructuosidad de la liquidación, etc.

**213. TERRANOVA, Giuseppe:** *Garanzie bancarie e fallimento: la sorte del mandato irrevocabile all'incasso*, «Banca Borsa e Titoli di Credito», 1989, Fasc. IV-V, pp. 504-554.

El autor estudia las consecuencias que la declaración de quiebra tienen para el mandato irrevocable para el cobro, figura que, si bien en la práctica se concibe como una forma simplificada de garantía, la doctrina ha puesto de relieve que dicha observación pertenece al mundo de los motivos psicológicos no tutelables por el ordenamiento jurídico.

#### ABREVIATURAS UTILIZADAS

RDC	= Rivista di Diritto Civile.
RTDPC	= Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile.
GC	= Giustizia Civile.
NLCC	= Le Nuove Leggi Civile Commentate.
NGCC	= La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata.
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift.
BB	= Betriebs Berater.
JZ	= Juristen Zeitung.
AcP	= Archiv für die civilistische Praxis.
ZHR	= Zeitschrift für das Gesamte Handels und Wirtschaftsrecht.
JuS	= Juristische Schulung.
Giur. Comm.	= Giurisprudenza Commerciale.
BBTC	= Banca, Borsa e Titoli di Credito.
Harv. Law Rev.	= Harvard Law Review.
J. Bus. Law.	= Journal of Business Law.
Rev. Soc.	= Revue des Sociétés.
Rev. Trim. dr. comm.	= Revue Trimestrielle de Droit Commercial et le Droit économique.
Semaine Juridique.	
Gazette du Palais.	
Rec. Dalloz	= Recueil Dalloz-Sirey.
Revue de Droit Immobilier.	

# RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

## II. Resoluciones

A cargo de IGNACIO PAZ-ARES

### **SOCIEDAD ANONIMA: EXCLUSION DEL DERECHO DE VOTO**

Es válida la cláusula estatutaria que establece la exclusión del derecho de voto en algún asunto concreto en que pueda haber contradicción de intereses (Res. 11 mayo 1989, «BOE», 21 junio).

#### 1. ANTECEDENTES

##### *a) Supuesto de hecho*

Se constituye una sociedad anónima cuyos estatutos sujetan la transmisión intervivos de acciones a «la autorización previa de la sociedad, quién podrá negarla basándose en que el adquirente es menos conveniente para la sociedad que el socio que se propone transmitir o en cualquier causa lícita y equitativa»... A este efecto el socio comunicará su intención al consejo de administración quién convocará junta general extraordinaria. «En dicha junta no se tendrá en cuenta ni la persona del socio que se propone transmitir ni las acciones que el mismo posea, al objeto de determinar el "quorum" de constitución. Dicho socio podrá asistir a la junta con voz pero sin voto. Si el acuerdo de la junta fuere denegatorio deberá especificar las causas de la negativa y hacer una oferta de compra de tales acciones —por precio no inferior al que resulte del último balance aprobado— procediendo, caso de ser aceptada aquélla oferta por el socio interesado en la venta, el derecho de los demás socios a adquirirla y si a ninguno interesase, tal adquisición la llevará a efecto la sociedad con la consiguiente reducción de capital.»

##### *b) Calificación del registrador*

Suspendida la inscripción por cuanto el artículo 8 de los estatutos veda el ejercicio del voto a los accionistas —que pretendan transmitir sus acciones— conculcando los artículos 39.3, 48 y 59 de la Ley de Sociedades Anónimas.

#### 2. DOCTRINA DE LA DIRECCION

La presente cláusula no es ilegal. Nótese que no se trata ahora de resolver siquiera si cabe negar al socio el derecho de voto en los asuntos en que su interés individual está en notoria oposición con los intereses de la sociedad. La cuestión

actual es mucho más leve: si puede preverse en los estatutos la exclusión del derecho de voto en un asunto muy concreto en el que, sobre ser evidente la oposición de intereses, cualquier determinación de la sociedad sólo es posible en los estrechos cauces que permite el derecho de adquisición tipificado en los estatutos y que, si se pone en marcha, es por la expresa voluntad del socio con su voluntad de transmitir notificada a la sociedad y, por tanto, queriendo todas sus consecuencias. No puede haber obstáculo pues, para que, en estos supuestos de excepción, los estatutos prevean que entonces en la formación del acuerdo social no cuente el socio al modo que la misma Ley de Sociedades Anónomas prevé directamente para otros supuestos análogos de oposición de intereses (cfr. art. 22-III).

NOTA: La cuestión suscitada, encuadrable dentro del más genérico tema de la inderogabilidad del contenido legal mínimo inherente a la condición de socio, plantea la validez de la previsión estatutaria que excluye el derecho de voto en determinados supuestos.

El recurrente evita el planeamiento anterior alegando que la Junta —para la cual se prevé la exclusión del derecho de voto del socio vendedor— no actúa en tal ocasión como órgano social por cuanto los asuntos en ella a tratar son, en sí, indiferentes a la sociedad, si no que se trata de una junta especial, mera reunión de los restantes socios en cuanto individuos.

La dirección rechaza, certeramente, la anterior argumentación en base a que la cláusula debatida no deja lugar a dudas de que es la junta general, en cuanto órgano social, la que debe decidir sobre el propósito traslativo de los socios, pues, si se atribuye a la sociedad la concesión de la autorización, lógicamente, sólo puede verificarla por medio de sus propios órganos y, además, si el acuerdo que se adopte es de compra para la sociedad, lleva inherente la consiguiente reducción de capital.

Parece existir cierta unanimidad doctrinal en que, no obstante ser el de voto uno de los derechos esenciales del accionista, su ejercicio puede ser excluido cuando el socio se encuentra en conflicto de intereses con la sociedad. La polémica se abre en el momento en que se intenta buscar el fundamento de aquella exclusión.

Un sector doctrinal sostiene que del conjunto de nuestro ordenamiento y particularmente de la LSA resulta la imposición de un «deber de abstención» al socio que se encuentre en contraposición de intereses con la sociedad (DUQUE en *Tutela de la Minoría. Impugnación de Acuerdos Lesivos*, Valladolid, 1957, pp. 110 y ss., señala como argumento la analogía con el art. 22.3 de la LSA, la evolución legislativa hasta llegar al actual art. 67.1 de la LSA y la doctrina de la representación. VICENT CHULIA alude al principio general de buena fe en el ejercicio de los derechos, art. 7 Cc y de la exigencia de buena fe en los contratos, art. 1.258 Cc y 57 C. de c).

También se ha apuntado que es la propia junta general la que —mediante el oportuno acuerdo— puede imponer aquella exclusión del derecho de voto al accionista en conflicto [ALBORCH, *Derecho de voto del accionista* (supuestos especiales), Madrid, 1977, pp. 300].

Sin embargo, parece muy dudoso que la junta general pueda tener tal potestad y tampoco, de nuestro ordenamiento jurídico se desprende de for-

ma clara la existencia del deber de abstención. Más bien parece lo contrario si tenemos en cuenta que el anteproyecto de LSA de 1947 preveía la impugnación del acuerdo cuando la mayoría necesaria para adoptarlo se hubiese obtenido «por la concurrencia de votos que no debieron emitirse en razón de un interés, propio o ajeno, que estuviese en pugna con el interés social» (DUQUE, *op. cit.*, pp. 113 y 114) y tal precepto lo fue recogido en el texto definitivo de la LSA y que al ser la norma contenida en el artículo 22.3 de la LSA limitativa de un derecho, no debe ser ampliada por analogía (Vid., Díez Pícazo-Gullón, sistema I).

Ello no obsta para que, conforme resulta de la interpretación del artículo 67 de la LSA, si la existencia de la contraposición de intereses determina la adopción de un acuerdo que perjudique el interés social en beneficio de uno o varios accionistas aquél sea impugnabile (BROSETA, *Manual de Derecho mercantil*, Madrid, 1983, pp. 222). Esta línea de no configurar legalmente el «deber de abstención» si no de posibilitar la impugnación en caso de contraposición de intereses es la que adopta modernamente el Derecho comparado, donde como afirma Vicent «se observa una tendencia a reducir el carácter imperativo de las normas» en este tema.

Por el contrario, ninguna duda ofrece el que sean los estatutos los que impongan el mencionado deber de abstención. En tal sentido se manifiesta el centro directivo al resolver la licitud de la cláusula debatida (pese a que no se refiere, directamente, al caso de una cláusula que excluya el derecho de voto para todo supuesto de contraposición de intereses). Aquí si se puede traer a colación, como lo hace la resolución que anotamos, el artículo 22.3 de la LSA para demostrar que el carácter esencial del derecho de voto tiene excepciones.

Finalmente una norma citada en los «vistos» —el art. 47.4 de la Ley General de Cooperativas— confirma la bondad de esta doctrina ya que establece: «los estatutos establecerán los supuestos en que deba abstenerse de votar el socio o el asociado en conflicto por razón del asunto objeto del acuerdo».

## **SOCIEDAD ANONIMA: AMBITO DE LAS FACULTADES DE UN ADMINISTRADOR**

El administrador facultado para hipotecar puede constituir hipoteca en garantía de deuda ajena, salvo contradicción clara con el objeto social. (Res. de 12 y 16 de mayo de 1989.)

### **1. ANTECEDENTES**

a) Don Jesús, como consejero-delegado de la entidad K, constituye hipoteca de máximo favor de una entidad de crédito en garantía de obligaciones que, con ésta, tiene contraídas la sociedad Z (R. 12 mayo «BOE» 4 julio.)

b) Una entidad de crédito concede un préstamo a don Jesús y se garantiza hipotecariamente por la sociedad K, representada en aquel acto por el propio

don Jesús, que además de por sí, interviene —como consejero-delegado— en nombre de aquélla. (R. 16 mayo, BOE», 27 junio.)

c) Entiende la Dirección General que la cuestión a resolver consiste en determinar si el consejero-delegado se halla facultado para constituir, en nombre de la sociedad una hipoteca en garantía de deudas ajenas. A tal efecto, dice, debe tenerse en cuenta:

1) Que según el artículo 20 de los estatutos sociales, que determina las facultades del órgano de administración, aparecen expresamente incluidas las de prestar las garantías, afianzamientos o avales que puedan ser necesarios para el cumplimiento del objeto social, así como las de enajenar, hipotecar y contratar, en general, sobre toda clase de bienes muebles con las personas y entidades que tenga por conveniente.

2) Que constituye el objeto social de la entidad hipotecante la compra, venta, administración, arrendamiento y explotación, bajo cualquier forma o modalidad de fincas rústicas o urbanas y la realización en las mismas de obras de infraestructura y de toda clase de trabajos de urbanización.

3) Que al consejero-delegado le han sido debidamente conferidas todas las facultades que al consejo atribuye el artículo 20 de los estatutos (salvo las legalmente indelegables).

Resulta de todo ello, que el consejero-delegado se halla expresamente facultado para constituir garantías reales (y, por tanto, hipotecas) en favor de terceros si tales actuaciones caen dentro del ámbito definido por el objeto social o son instrumento idóneo para su consecución.

## 2. DOCTRINA DE LA DIRECCION GENERAL

A este respecto debe recordarse la reiterada doctrina de ese centro que para los actos denominados neutros dispone su inscripción, salvo contradicción clara con el objeto social y sin perjuicio del derecho de los interesados para discutir ante los Tribunales acerca de la validez del acto por extralimitación de las facultades de los administradores, en virtud de elementos o medios probatorios que transciendan a la calificación registral.

NOTA: Reitera, aquí el centro directivo la conocida doctrina de los actos neutros (vid. Res. 2-X-81) que se incardina dentro de una más general dirección conducente a ampliar el ámbito de actuación de los representantes sociales frente a la representación civil (1.173 Cc, 145 LH. Vid. Res. 28-X-80, 4-III-85 y 27-II-86), e incluso frente a la mercantil (arts. 261 y 269 C de C. Vid. Res 21-XI-85).

Sorprende, sin embargo, que en la segunda resolución no se haga referencia alguna al supuesto de autocontratación en que incurre el otorgante: parece haber conflicto de intereses y de los antecedentes, no resulta autorización expresa, para tal caso, de la representada (sobre este tema ver Díez PICAZO, *La representación en el Derecho privado*, pp. 199 y ss., Madrid, 1979. También Res. de 1 de febrero de 1980). Seguramente, el que se soslaye este tema se debe a que la nota del Registrador se expresaba en los

siguientes términos: «...no está debidamente facultado el consejero-delegado de la sociedad, para hipotecar bienes de la misma en garantía de deudas contraídas por terceras personas...».

## **ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO SOBRE BIENES QUE FUERON GANANCIALES**

No procede la práctica de la anotación preventiva de embargo, acordada en juicio ejecutivo seguido sólo contra el marido, que recae sobre bienes —anteriormente gananciales— que figuran inscritos a nombre de la esposa por adjudicación en la liquidación de la sociedad conyugal (Res. 29 de mayo 1989, «BOE», 11 julio).

### **1. SUPUESTO DE HECHO**

En 1987 se inicia un procedimiento ejecutivo contra don R, en base a una cambial librada el 1-10-86. Con fecha 5 de mayo de 1987, se dicta sentencia de remate mandando seguir adelante la ejecución y el 7 de junio de 1988 se libra mandamiento de embargo dirigido al Registrador en el que se hace constar que se ha comunicado a la esposa del demandado la existencia del procedimiento y el embargo.

Los bienes embargados habían sido adjudicados a la citada esposa en virtud de una escritura autorizada el 4 de noviembre de 1986 que fue inscrita el día 27 del mismo mes y año.

### **2. DOCTRINA DE LA DIRECCION**

Al ser anterior la inscripción a favor de la esposa (noviembre-86) que el embargo acordado (1987) en juicio seguido sólo contra el mandato, los principios de tracto sucesivo (art. 20 LH) y, en particular lo dispuesto en los artículos 38.3 de la Ley Horizontal y 140.1 Reglamento Hipotecario impiden que pueda hacerse constar en el Registro ninguna restricción del dominio inscrito adoptada en procedimiento del que no es parte el titular registral.

## **COMPRAVENTA CON CONDICION RESOLUTORIA**

I. Es inscribible una escritura de compraventa de varias fincas con precio aplazado y garantizado con condición resolutoria explícita, pese a que no se determina el correspondiente a cada una de ellas, por haber transcurrido, al acceder al Registro, el plazo de vigencia que, convencionalmente, se asignó a la indicada condición.

II. Es irrelevante e improcedente la registración de una condición resolutoria explícita extinguida de modo que no podrá ya subordinarse la inscripción en favor del comprador al reflejo registral simultáneo de aquélla. (Res. de 20 de abril de 1989, «BOE» 19 de junio.)

## 1. ANTECEDENTES

Mediante escritura autorizada el 23 de enero de 1978, los hermanos D. vendían dos locales comerciales y la sociedad D. cuatro pisos y una parcela de terreno, al señor J.

Dicha venta se hizo por un precio global, no distribuido entre las diferentes fincas vendidas, de 1.500.000 pesetas para los dos locales y 4.500.000 pesetas para los cuatro pisos y la parcela.

El precio total alcanzaba 6.000.000 de pesetas y quedaba aplazado en su totalidad por un término máximo de seis años y representado por seis letras de cambio, por un importe —cada una— de 1.000.000 de pesetas, que libraron todos los vendedores y aceptó el comprador.

En la escritura, además de determinar que en cada letra corresponden 50.000 pesetas a cada uno de los cinco hermanos vendedores y 750.000 pesetas a la sociedad D., se establecía que la falta de pago de cualesquiera de las citadas cambiales —debidamente identificadas— daría lugar a la resolución de la compraventa y que «dicha condición resolutoria quedaría extinguida automáticamente, por caducidad, al cumplirse siete años desde la fecha de la escritura, y el comprador podría obtener su cancelación con solo presentar en el Registro de la propiedad su mismo título de compra, acompañado de las seis letras originales anteriormente reseñadas, salvo el caso de que en el propio Registro apareciese algún asiento coaradictorio vigente a la sazón, dando los componentes de la parte vendedora en este acto su expreso consentimiento para que pueda practicarse tal cancelación en los términos dichos».

Nueve años más tarde se presenta en el Registro copia de esta escritura, que acompañaba a un mandamiento judicial cuyo objeto era la anotación preventiva de los bienes embargados reclamados en aquélla. El Registrador suspendió la inscripción porque, de conformidad con el artículo 11 Ley Hipotecaria no se determinaba la parte del precio correspondiente a cada finca, habida cuenta de la garantía establecida.

## 2. DOCTRINA DE LA DIRECCION

### *a) Conexión causal entre la transmisión dominical y la garantía establecida*

La interdependencia y conexión causal entre la transmisión dominical a favor del comprador y la garantía estipulada en beneficio del vendedor puede explicar que la no inscripción de ésta por falta de distribución del precio, trascienda al tratamiento registral de aquélla, al objeto de impedir que por la fuerza de los pronunciamientos registrales pueda romperse el equilibrio registral: una hipotética nueva transmisión realizada por el comprador, inscrita, haría inoperante la garantía real acordada.

*b) Posibilidad de fijar convencionalmente el término de vigencia de la condición resolutoria*

No ofrece duda alguna la validez del plazo de vigencia fijado convencionalmente, toda vez que se trata de una garantía libremente añadida por los contratantes al negocio principal, con el reconocimiento legal —arts. 1.255 y 1.504 Cc— y que por su propia esencia y funcionamiento reclama una duración limitada.

*c) Irrelevancia e improcedencia de inscribir una condición resolutoria extinguida*

Transcurrido el término de vigencia de la condición resolutoria, aún cuando se hubiera subsanado la falta de distribución, no puede ya subordinarse al reflejo registral de aquélla la inscripción a favor del comprador, pues su inscripción no es solo absolutamente irrelevante, sino incluso improcedente.

Es irrelevante por cuanto extinguida dicha garantía no podrá intentarse ya resolución alguna en los mismos términos que aquélla posibilitaba y porque, aun en el caso de que se hubiese operado la resolución durante su vigencia, al no haber sido presentada en el Registro y venir determinada la prioridad registral por el momento de presentación del título resolutorio, es indiferente que ahora se inscriba o no la citada condición.

Es improcedente debido a la exigencia de claridad y exactitud registral —que determina el expurgo, incluso de oficio, de cuanto carezca de transcendencia real—, la naturaleza de la institución registral, encaminada a la publicidad de las situaciones jurídicas vigentes, etc.

*d) Solicitud de no registración. Terceros tenedores de letra de cambio y condición resolutoria*

Por lo demás, al no haber perjuicio alguno para terceros por la no inscripción de esa garantía ya extinguida (en ningún caso esta condición de terceros, corresponde a los tenedores de las letras dado que la garantía se establece en beneficio de la obligación causal y no de la cambiaria y no consta la transmisión de aquélla al acreedor cambiario) nada impide que el comprador o sus causahabientes puedan solicitar ahora que no se produzca esa registración del mismo modo que si la garantía se hubiese inscrito oportunamente, podría aquél solicitar su cancelación con sólo presentar el título de compraventa del que resulta su extinción (arts. 40-b) y 82-2.º de la Ley Hipotecaria y 174-1.º del Reglamento Hipotecario).

*e) Apreciación de oficio de la caducidad*

No puede estimarse la alegación de Registración en el sentido de que no le corresponde apreciar la extinción de la condición resolutoria pactada por cuanto de conformidad con el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, salvo especificación en contrario, la calificación se extiende a todo el contenido documental y de él, juntamente con la fecha de su presentación, resulta la extinción actual de aquella garantía.

## PROPIEDAD HORIZONTAL. PATIOS DESTINADOS A ZONA VERDE

Es inscribible la escritura de división de un elemento privativo (aparcamiento) de la que resultan nuevas fincas, una de las cuales es un patio destinado a zona verde. (Res. de 31 marzo 1989, «BOE» 4 de mayo.)

### 1. ANTECEDENTES

Los hermanos don José y don Miguel, devinieron titulares de la entidad — integrante de un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal— número 1: «apartamento en planta sótano con acceso por una rampa. Mide el aparcamiento propiamente dicho unos 13 m<sup>2</sup> útiles y unos 160 m<sup>2</sup> de zona verde».

Posteriormente ambos titulares, haciendo uso de una de las normas contenidas en el título constitutivo que les autorizaba, procedieron a dividir la entidad antes referida, resultando, por una parte, la finca número 1 de 13 metros útiles y, por otra, la finca número 1-A, patio destinado a zona verde con una superficie de 160 m<sup>2</sup> y con acceso por una rampa.

### 2. DOCTRINA DE LA DIRECCION

#### a) *Diferentes elementos comunes*

Integran el edificio, a efectos de la Ley de Propiedad Horizontal, además de la construcción principal y el solar, las construcciones y terrenos anejos. Estos últimos, los terrenos anejos (patios interiores y exteriores, jardines, etc.), son, como regla general, elementos comunes; más, no se trata de elementos esencialmente comunes, como los muros o cimentaciones, pues cabe que adquieran carácter privativo por disponerlo así el título constitutivo o por acuerdo posterior modificativo de aquél.

#### b) *Concepto de elemento privativo*

Cabe, en consecuencia, concebir como propiedad separada del edificio en régimen de propiedad horizontal no solo la que tenga por objeto, total o parcialmente, uno de los pisos o locales superpuestos verticalmente, sino también la que recaiga sobre cualquier otro espacio o local siempre que —además de ser susceptible de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común o a la vía pública— esté integrado en el edificio, entendido éste como unidad inmobiliaria económica, arquitectónica y urbanística en que la edificación constituya el elemento principal.

#### c) *Efectos del principio de legitimación*

En el presente supuesto, no obstante el carácter excepcional de la hipótesis planteada, pues del Registro resulta que un patio, pese a estar destinado a zona

verde, es parte integrante de un local que es objeto de propiedad separada en régimen de propiedad horizontal, el principio de legitimación obliga a presumir, a todos los efectos legales, que el titular registral tiene sobre ese patio todas las facultades dominicales, siempre que sea compatibles con las limitaciones derivadas de la integración del terreno en el edificio sujeto a propiedad horizontal y, en especial, con el destino a zona verde.

Entre aquellas facultades se encuentra la de explotar el terreno y si bien el obligado destino a zona verde mengua en grado sumo los aprovechamientos posibles, no lo hace de forma total, pues del mismo Registro resulta que tal terreno es elemento integrante de un local objeto de propiedad separada.

### **SOCIEDAD ANONIMA: INTERPRETACION DEL OBJETO SOCIAL**

Es inscribible una escritura de Sociedad Anónima cuyos estatutos incluyen dentro del objeto social la «custodia de bienes» pues de la interpretación de aquéllos conforme a los artículos 1.281 y siguientes del Código civil resulta que no deben comprenderse las actividades de policía privada que determinarían la necesidad de adecuarse a una legislación específica. (Res. 11 de mayo 1989, «BOE», 21 de junio).

#### **1. ANTECEDENTES**

Se otorga una escritura de constitución de Sociedad Anónima cuyos estatutos en su artículo 2.º establecen lo que sigue: «Constituye su objeto: Toda clase de actividades inmobiliarias como la promoción, tenencia y venta de solares, parcelas, edificios, viviendas y locales; la administración y arrendamiento de toda clase de bienes inmuebles. Así como los servicios de administración, custodia, gestión y venta; explotación y tasación de bienes, por cuenta propia y de terceros.

Dentro de este objeto social se comprende toda clase de operaciones y actividades que sean antecedentes, derivadas, complementarias o afines de las anteriormente enumeradas y que con ellas se relacionen, directa o indirectamente.

Podrá, además, ejercer la Sociedad, cualesquiera otras operaciones de lícito comercio que acuerde la Junta General».

El Registrador mercantil suspende la inscripción alegando que al incluir en su objeto la custodia de bienes debe adecuarse al Real Decreto 880/1981, de 8 de mayo, que regula la prestación privada de servicios de seguridad.

#### **2. DOCTRINA DE LA DIRECCION**

*Es aplicable a la interpretación de los estatutos las normas que rigen la interpretación de los contratos.*

La interpretación de los estatutos, salvadas las especialidades que imponen su eficacia respecto de terceros, ha de someterse a las reglas hermenéuticas contenidas en los artículos 1.281 y siguientes del Código civil. Por ello, teniendo en

cuenta que de la cláusula examinada resulta inequívocamente que los socios quisieron contraer el objeto social única y exclusivamente a las actividades inmobiliarias (el resto de las previsiones estatutarias es mera especificación como pone de manifiesto el adverbio «como» que las precede) (art. 1.281 Cc) y que las actividades de vigilancia de bienes a que se refiere el citado Real Decreto quedan excluidas de las que, según los usos, caben reputar típicas de las Compañías inmobiliarias (1.287 Cc) debe concluirse —conforme a lo previsto en el art. 1.283 Cc— que con independencia de la generalidad y extensión de la palabra «gestión» incluida en el precepto estatutario no cabe entender comprendidas en el objeto social los servicios de policía privada, pues, al exceder de las actividades instrumentales de custodia propias del comercio inmobiliario, deben considerarse distintas de aquéllas sobre las que los interesados se propusieran contratar.

## SOCIEDADES ANONIMAS: CONSEJO DE ADMINISTRACION

No es admisible la cláusula que establece el arbitraje como forma de dirimir los empates en el seno del Consejo de Administración. (Res. 27 abril 1989, «BOE» 27 mayo.)

### 1. ANTECEDENTES

La Sociedad X, elevó a escritura pública diferentes acuerdos sociales adoptados en junta universal, entre los que figuraba la modificación del artículo 34 de sus estatutos, cuyo último párrafo quedó con la siguiente redacción:

«... El Presidente o quien haga sus veces no tendrá voto de calidad, teniendo necesariamente que acudir a una solución arbitral, conforme a la Ley de Arbitraje vigente, para deshacer los empates.»

Presentada la escritura meritada en el Registro Mercantil fue calificada así: «Denegada la inscripción de la cláusula contenida en el último inciso del artículo 34 de los Estatutos, por contravenir lo dispuesto en el artículo 78 de la Ley de Sociedades Anónimas».

### 2. DOCTRINA DE LA DIRECCION

#### a) *El empate en una reunión del Consejo de Administración no origina un conflicto litigioso.*

Para juzgar la validez de esta cláusula estatutaria ha de tenerse en cuenta que cuando se produce un empate en una votación de los miembros del consejo de administración, aunque queda impedida la formación de la voluntad del órgano, no se produce contienda o conflicto litigioso que corresponda resolver a los Tribunales.

#### b) *Función y cometido de la institución del arbitraje.*

No procede, por tanto, la aplicación de la institución del arbitraje, que está ideada para sustituir en los litigios la actuación de los órganos judiciales. Por

lo demás, pretender dirimir los conflictos intracorporativos que están detrás de los empates recurriendo al arbitraje puede vulnerar principios básicos del orden público por cuanto no corresponde a la autonomía privada definir el papel de los jueces y tribunales ampliando las funciones que le están encomendadas constitucional y legalmente (art. 117, 4.º Const.). Ello es así porque la actuación conjunta de los artículos 9, 10, 27-4.º, 28 y 31 de la Ley de Arbitraje de 1953, invocada en la cláusula en examen, podría dar lugar a la introducción de los órganos jurisdiccionales en cometidos ajenos a su función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, como es el de coadyuvar o suplir en actuaciones procesales los mecanismos de actuación de las personas jurídicas. Razonamientos análogos podrían hacerse en relación con la hoy vigente Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988.

NOTA: La doctrina establecida por la resolución que acaba de extraerse, sin duda alguna, acertada, suscita algunos comentarios colaterales. El primero es que, si bien queda excluida la posibilidad de recurrir al arbitraje (puesto que éste solamente puede tener por objeto litigios o pleitos: v. L. DIEZ-PICAZO, *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Barcelona, 1957, pp. 75-81), nada impide que pueda echarse mano de la figura del *arbitrio de un tercero* para dirimir empates del órgano administrativo de la sociedad anónima. En este sentido resulta certero el segundo considerando de la resolución que comentamos: «Admitido que para ser nombrado administrador no se requiere la cualidad de accionista, no puede haber obstáculo para que un tercero sea llamado a decidir en hipótesis especiales en las que en la medida en que completa el proceso formativo de la voluntad social viene a desempeñar funciones de administrador». El segundo comentario —también colateral— que suscita la resolución guarda relación con el mismo problema en el ámbito de las juntas generales. En este ámbito, se ha dicho, el recurso al arbitraje en los casos de «empate crónico» y consiguiente parálisis funcional del órgano debe admitirse a fin de evitar que se produzca la disolución de la sociedad por imposibilidad de realizar el fin social: artículos 150.2.º de la Ley de Sociedades Anónimas y 30.2.º LSRL (J. M. MUÑOZ PLANAS, *Estudios homejane a Uria*, Madrid, 1978, pp. 490-492; C. PAZ-ARES, ADC 36 (1983), p. 1074; etc.). Esta opinión podría criticarse aduciendo los mismos argumentos esgrimidos por la resolución examinada: objeto de arbitraje sólo pueden ser los conflictos *jurídicos* o pleitos, nunca las desavenencias que impiden la mayoría. De la idoneidad del recurso al arbitrio de un tercero en este caso podría también dudarse afirmando que de esta manera se dejaría en manos de un no socio la decisión de asuntos que competen a la asamblea de socios (así G. SENEN DE LA FUENTE, *La disolución de la sociedad anónima por paralización de los órganos sociales*, Madrid, 1965, pp. 20-21, aunque este planteamiento nos parece criticable). A nuestro juicio, sin embargo, nos parece correcta la opinión primeramente expuesta, y ello porque en este caso, a diferencia de lo que sucede con los empates en el seno del consejo, el arbitraje no tiene por objeto dirimir el empate y lograr un acuerdo, sino resolver sobre la situación de antagonismo que paraliza la sociedad y establecer cauces de salida; exclusión de los socios que infringen

sus deberes de lealtad (art. 31 LSRL en relación con el art. 218,7.º C de C y aplicación analógica de esta disciplina a las sociedades anónimas cerradas; y sobre ello C. PAZ-ARES, ADC 36 (1983), pp. 1074-1075); establecimiento de la obligación de vender las participaciones a un grupo de socios cuando el otro grupo ha realizado una oferta de compra (el artículo 7 Cc impide que alguien pueda solicitar la disolución de la sociedad por parálisis de la junta cuando ha mediado una oferta de compra); o, en fin, cuando no quepa una solución de salvamento, determinar que efectivamente se ha producido la parálisis de la sociedad y declarar (ya que no es posible obtener el correspondiente acuerdo: art. 152, párrafo 2.º LSA) su disolución mediante laudo (obsérvese que en este caso el laudo no sustituye la voluntad social, puesto que en estos casos el acuerdo de disolución de la junta general no constituye una declaración de voluntad, sino una declaración de ciencia —la verificación de que se ha producido una causa legal de disolución— que como tal puede reemplazarse por la decisión de un árbitro o de un Juez (v., por todos, J. GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades anónimas*, Valladolid, 1952, pp. 571-572). Este razonamiento no puede reproducirse en relación con el órgano administrativo, puesto que si éste se paraliza, corresponde a la junta general poner remedio a la situación (vid. STS de 3 de julio de 1967).

## SEGREGACION DE PARTE DE UNA EDIFICACION URBANA

No es inscribible si no se acredita que la porción segregada goza respecto del resto de finca matriz de la suficiente autonomía físico-económica que permita configurarla como objeto de un derecho dominical independiente del que recae sobre aquél. (Res. 3 abril, 1989, «BOE» 4 mayo.)

### 1. ANTECEDENTES

Don Rafael, titular registral de una edificación urbana sita en la calle San José, números 89, 90 y 92 de una sola planta, con tres portales de acceso y tres viviendas, de las cuales dos se hallan integradas por dos partidos cada una, segregó el partido de la derecha de la casa número 88, que se describe como una vivienda unifamiliar de una sola planta y azotea. En la misma escritura, constituía una servidumbre recíproca de paso sobre el portal y escalera de acceso a las azoteas comunes a los dos partidos que se independizaban por la segregación, pues en la superficie de que consta cada uno de aquéllos se incluía la mitad del ancho del portal y escalera citados. Tal servidumbre, se establecía, habría de extenderse a las posibles edificaciones que libremente pudiera construir cada propietario sobre su predio. Finalmente vendía la finca segregada a don Antonio.

El registrador denegó la inscripción de aquél instrumento público alegando que en él se documenta una situación jurídica semejante a la propiedad horizontal sin constituirla, pese a que posteriormente se procede a dividir horizontalmente el edificio a que se refiere dicha situación, contrariando así el carácter imperativo

inherente a las normas que regulan la propiedad horizontal así como los principios hipotecarios de especialidad y determinación.

## 2. DOCTRINA DE LA DIRECCION

### *a) Pluralidad de situaciones fácticas semejantes a la propiedad horizontal*

La multiplicidad de situaciones fácticas posibles en esta materia determina la no imposición de construcciones jurídicas específicas, sino al contrario, el reconocimiento a los particulares de la libertad de elección del medio jurídico más idóneo al caso concreto en función de sus peculiares características y de los fines perseguidos.

No obstante esta libertad de configuración habrá de respetar las exigencias estructurales del sistema y los límites derivados de la trascendencia «erga omnes» del «status jurídico» de los bienes.

### *b) Carácter imperativo del régimen jurídico de la propiedad horizontal*

En consecuencia para elegir el medio jurídico más adecuado habrá que partir de las características físicas de la situación contemplada pues, si bien para la individualización como fincas distintas no es obstáculo el que haya algún elemento común a todas ellas, no cabe considerar como fincas independientes las que física y económicamente sigan siendo partes inseparables de un único edificio, ni eludir, así, el sistema imperativo establecido para regular la propiedad horizontal.

En el caso debatido no resulta debidamente acreditado que la porción a segregarse goce, respecto del todo, de la autonomía físico-económica necesaria para ser configurada como una finca nueva, independiente y susceptible de un derecho dominical totalmente desligado del recayente sobre el resto de la finca matriz. Por tanto, no procede practicar la inscripción solicitada, sino se acredita que, de conformidad con los considerandos anteriores, es posible la segregación, como entidad registral independiente, de la porción descrita.

NOTA: Se reitera en la presente Resolución la doctrina contenida en la de 26 de junio de 1987: La independencia jurídica de las fincas va indisolublemente unida a su independencia físico-económica. Esta exige que no se permite una *total* separación jurídica de las fincas que sigan siendo partes integrantes de un todo (edificio) y, por tanto, la sujeción de aquéllas al régimen de la propiedad horizontal, normativa que no se puede eludir cuando se dan los presupuestos básicos en que la Ley prevé su aplicación.

## **RESERVA LINEAL: RENUNCIA**

No tiene virtualidad cancelatoria la escritura de renuncia a los derechos reservables que, en vida del reservista, hace uno de los posibles reservatarios —aunque

sea el mejor derecho— ya que si premuere al reservista pueden ser otros los llamados como reservatarios efectivos (Res. 9 marzo, 1989, «BOE», 3-4-89.)

## 1. ANTECEDENTES

En una escritura de formalización de operaciones particionales otorgada por don Eleuterio y su hija doña Rosalía, se adjudica al primero —en pago de sus derechos sucesorios en la herencia de su finada hija María— una cuarta parte indivisa de una casa que la causante había adquirido de su, también difunta, madre. Tal adjudicación se hizo con el carácter de reservable y con aquél carácter se inscribió en el Registro.

Posteriormente doña Rosalía otorgó una escritura en la que, a falta de otros interesados con mejor derecho a los bienes reservables, renunció a cualquier derecho, titularidad o facultad que pudieran corresponderle ya al amparo del artículo 811, ya por razón del segundo matrimonio de su padre, sobre la cuarta parte indivisa de la finca referida que quedaba, así, liberada de toda su sujeción reservatoria. Finalmente se solicitaba la cancelación en el Registro de la constancia de la cualidad de reservable de dicho bien.

Presentada en el Registro copia de aquella escritura en unión de certificaciones del Registro civil acreditativas de ser la renunciante la única reservataria en tal momento, el registrador denegó la práctica del asiento solicitado en base a que tal renuncia aislada, al no acreditarse la muerte del reservista, no puede provocar la cancelación interesada.

## 2. DOCTRINA DE LA DIRECCION

La cuestión planteada debe ser resuelta en sentido negativo, pues la que hoy es reservataria de mejor derecho, no es la única interesada en la reserva, y puede ocurrir que por premorir la renunciante al reservista resulten ser otros los llamados como reservatarios efectivos y éstos no pueden ser afectados por tal renuncia tal y como se desprende de la sentencia de 24 de febrero de 1960 y Resolución de 19 de febrero de 1929.

NOTA: En el caso extractado, el debate se centra en torno al alcance y eficacia de la renuncia a los bienes reservables hecha «pendente reserva». El centro directivo fundamenta su solución en la consideración de que la muerte del reservista es el momento jurídicamente relevante para enjuiciar las consecuencias de la renuncia, pues es el tiempo en que, con carácter definitivo, quedan determinados los reservatarios.

Sin embargo, el artículo 970 —siguiendo las pautas de nuestro Derecho Histórico (LACRUZ, *Derecho de sucesiones II*, Barcelona, 1973 y VALLET, *Panorama... I y comentarios al Cc*, Edersa, tomo XIII)— parece reconocer plena eficacia a la renuncia hecha en vida del reservista por todos los hijos, reservatarios (vgr. «cesará la obligación de reservar»). Así lo entendió la Resolución de 25-3-1925: «la finalidad de orden interno familiar perseguida por la reserva tradicional del cónyuge binubo, se da por alcanzada

cuando los hijos del matrimonio causa de la misma, como representantes de toda las ramas o líneas descendentes que puedan invocar la protección de la Ley para no verse privadas de los bienes del antecesor común, autorizan la libre enajenación de las mismas y completan o purifican la propiedad condicional del cónyuge superviviente». ¿Podemos deducir de lo expuesto que el régimen jurídico de la reserva lineal no se integra con el contenido del artículo 970 Cc? A nuestro juicio la respuesta ha de ser negativa. La sucesión extraordinaria que ordena, por una parte, el artículo 811 Cc y, por otra, los artículos 968 y ss., Cc, se sirven de una misma técnica: la reserva. Y si bien es cierto que su diferente finalidad configura y diversifica aquella en diferentes aspectos (CLAVERIA, ADC 1980 IV) entendemos que tal diferenciación no se produce en el tema de la renuncia.

En efecto, los reservatarios llamados por el artículo 968 Cc lo son por derecho propio y no son otros que aquéllos descendientes del primer matrimonio sin mediación de persona capaz al tiempo de originarse la reserva (otros posibles reservatarios lo serían por «representación»). Por ello la renuncia de aquéllos vivos (929 Cc) o no vivos (923, 924 Cc) al tiempo de morir los reservistas afecta, lógicamente, a sus descendientes. Esta era la línea marcada por el Derecho común (Lacruz) y de ahí los términos en que se expresa la Resolución citada con la vista puesta en el artículo 970 Cc.

Es decir, tratándose de la reserva ordinaria, como en el momento en que surge la obligación de reservar se conocen *todas las personas* que «como representantes de todas las ramas pueden invocar la protección de la Ley», su renuncia produce efectos ipso facto.

La misma doctrina sería aplicable a la reserva lineal siempre que al tiempo de surgir aquélla, todos los posibles reservatarios renunciasen. La renuncia será efectiva y extinguirá la reserva desde entonces.

Sin embargo, esto es más difícil que ocurra en sede de reserva troncal, pues al estar genéricamente llamados todos los parientes dentro del tercer grado —todos ellos, preferentes o no por derecho propio— es claro que la renuncia de reservatario de mejor derecho (equiparable, en el supuesto anterior a los descendientes del primer matrimonio sin mediación de persona capaz), aunque admitamos que vincularía a sus descendientes (en este sentido se manifiesta Lacruz y, para algunos supuestos, también Vallet. En contra, la STS de 24 de febrero de 1990, citada por la presente Resolución) no afectaría a los demás reservatarios y, por tanto, no tendría «pendiente reserva» virtualidad extintiva. Ahora, los reservatarios de mejor derecho no «representan» a todos los que puedan invocar la protección reservatoria, pues existen otros que, si bien de forma subordinada, son igualmente llamados por derecho propio.

Por ello, no es que la distancia finalidad de los dos tipos e reservas impida la aplicación del artículo 970 a la reserva troncal, sino el distinto haz de llamados directamente en una y en otra (y quizá también el apuntado distinto carácter con que se hace aquel llamamiento al posible reservatario) lo que hace improbable, que no imposible, el que la renuncia a la reserva troncal pueda ser inmediatamente liberatoria para el reservista aun antes de su muerte.

## PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO (ART. 131 LH)

Es título hábil para causar la inscripción a favor del cesionario del acreedor rematante el testimonio del auto de adjudicación. (Res. 25-IV-89, «BOE», 3 junio.)

### 1. ANTECEDENTES

En el curso de un procedimiento judicial sumario se celebró tercera subasta, sin sujeción a tipo, en la que al no mejorar el deudor la postura ni presentar persona que lo verificase procedía aprobar el remate a favor del acreedor, quién intervino como postor a calidad de ceder a terceros, por lo que se dictó, por el secretario judicial, propuesta de auto de adjudicación del remate a favor de un tercero cesionario con el visto bueno del Magistrado.

Presentado el testimonio del auto de adjudicación en el Registro fue suspendida su inscripción por observarse, entre otros, el siguiente defecto: «Falta de la escritura pública necesaria para poder inscribir la cesión a favor de un tercero por parte del acreedor adjudicatario de la finca en el procedimiento del artículo 131, por analogía con lo dispuesto en los artículos 1.154 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 224 del Reglamento Hipotecario».

### 2. DOCTRINA DE LA DIRECCION

El centro directivo considera inscribible el testimonio del auto de adjudicación, en el marco de procedimiento judicial sumario, en cualquier caso, en base a lo que sigue:

1.º Quedan fuera del ámbito notarial las situaciones que acontecen y se perfeccionan dentro de la esfera judicial.

2.º Que la Regla 17 del artículo 131 LH establece, sin hacer precisión adicional alguna, que el testimonio del auto de adjudicación es título suficiente para la registración de la mutación jurídico-real operada en aquel procedimiento. Por ello, aquel debe considerarse como el adecuado cualesquiera que hubiesen sido las vicisitudes habidas, sin que se produzca vacío legal alguno que permita la aplicación subsidiaria de otros preceptos dictados para otros procedimientos de ejecución (arts. 1.154 LEC y 224 RH).

3.º También prevé, expresamente, el artículo 131 LH la posibilidad de formular posturas a calidad de ceder el remate, regulándose tal cesión como una incidencia más del procedimiento a verificar ante el Juzgado.

## SOCIEDADES ANONIMAS: RETRIBUCION DE LOS ADMINISTRADORES

El artículo 74 LSA impone la necesaria fijación en los Estatutos de la retribución de los administradores, si la tuvieran, y tal exigencia no queda cumplida sino cuando las previsiones estatutarias son claras y determinadas.

Si aquella retribución consiste en una participación en las ganancias, es necesario que conste con toda certeza en los estatutos la medida de tal retribución, es decir, el tanto por ciento en que se cifra, y ser claramente determinable su base de aplicación, pudiendo o no señalarse límite máximo de percepción. En caso contrario, la inseguridad en la fijación podrá redundar en perjuicio, tanto de los accionistas, como de los propios administradores, que podrán ver reducidos sus emolumentos por la simple voluntad de la Junta. (Res. 26-IV-89, «BOE», 19 junio).

## CANCELACION PARCIAL DE HIPOTECA

No es inscribible una escritura en la que el acreedor hipotecario, por sí solo, cancela parcialmente una hipoteca que recae por entero sobre varias fincas —por división horizontal de la originariamente gravada— liberando de responsabilidad a una de ellas. (Res. 27 de marzo 1989, «BOE», 21 de abril.)

### 1. ANTECEDENTES

Se constituye hipoteca sobre un edificio de planta baja y sótano con el pacto de que aquella se extenderá a las construcciones que sobre dicha finca se levantasen. Con posterioridad el edificio fue derruido construyéndose sobre el solar una edificación de nueva planta que se constituyó en régimen de propiedad horizontal.

El acreedor hipotecario, mediante la oportuna escritura pública, procedió a cancelar parcialmente el referido gravamen liberando del mismo a una de las entidades privativas integrantes del nuevo edificio (núm. 42, piso ático, puerta 2.ª) y reduciendo el crédito hipotecario en la proporción de la cuota (0,79 %) correspondiente al elemento liberado en el valor del conjunto del inmueble.

El Registrador suspendió la práctica de la cancelación parcial solicitada por el defecto subsanable de faltar el consentimiento de los demás titulares de las fincas hipotecadas, «sin que el acreedor pueda determinar por su sola voluntad, la finca liberada por no haberse distribuido previamente la responsabilidad hipotecaria que hubiera exigido tal consentimiento de los titulares afectados».

### 2. DOCTRINA DE LA DIRECCION

#### *a) Hipoteca solidaria: Pluralidad de relaciones jurídicas (interna y externa)*

Cuando un mismo gravamen recae por entero sobre varias fincas, no solo se producen relaciones entre el titular del gravamen y cada uno de los dueños de las fincas afectadas, sino también entre los distintos dueños de éstas.

*b) La hipoteca no solo garantiza al acreedor, sino también al deudor que paga. Subrogación.*

En virtud de tales relaciones, si uno paga la cantidad íntegra garantizada, solo podrá reclamar de los demás la parte que a cada uno le correspondiera satisfacer (jugando también aquí la previsión del art. 1.844, 2 Cc) pero conserva, para ello, las mismas garantías con que contaba el acreedor principal (arts. 1.145, 1.844, 1.087, 1.839 y 1.212 Cc). De aquí se desprende que, si bien el acreedor puede renunciar a sus derechos sobre cualesquiera de las fincas, tal renuncia no puede implicar —en relación a esa finca— la cancelación de un derecho real que, como quedó dicho, confiere facultades, además de al acreedor, a los restantes dueños.

*c) Necesidad del consentimiento de los demás titulares de fincas afectadas por la hipoteca solidaria*

Por lo dicho, y para evitar que por el juego de la solidaridad resultante de los artículos 122 y 123 LH pueda concentrarse el gravamen de forma arbitraria o desproporcionada sobre alguna finca, es por lo que para la cancelación parcial de hipoteca con liberación de alguna finca se precisa, además del consentimiento del acreedor, la conformidad de los que una vez constituida la hipoteca adquirieron fincas procedentes de la división de la primitiva.

*d) Significado jurídico del establecimiento de «cuotas en el régimen de la propiedad horizontal»*

La asignación de cuotas conforme al régimen de la propiedad horizontal, sirve para delimitar a todos los efectos la participación en las cargas. Por ello, si el acreedor hubiese consentido en la distribución de responsabilidad hipotecaria entre los diferentes elementos privativos conforme a aquellas cuotas, ningún obstáculo habría para la práctica de la cancelación solicitada. En otro caso, la cuota de cada piso solo determina en la relación interna un límite mínimo de responsabilidad. De ahí que no baste el consentimiento que ahora presta el acreedor para, por sí solo, liberar esa finca.

## **BIENES GANANCIALES. COMPRAVENTA JUDICIAL**

Es inscribible la compraventa judicial que recae sobre un bien ganancial otorgada por el Juez, a consecuencia de un juicio ejecutivo seguido sólo contra un cónyuge, sin necesidad del consentimiento del otro consorte siempre que a éste le hubiese sido notificada la existencia del embargo. (Res. 11 mayo 1989, «BOE», 3 de agosto.)

## 1. ANTECEDENTES

### *a) Supuesto de hecho*

En un juicio ejecutivo seguido contra el señor A, se procedió al embargo de una finca perteneciente al demandado y a su esposa con carácter ganancial. Seguidos los trámites de la vía de apremio, se adjudicó aquella finca en subasta a la Entidad H, otorgando el Juez la oportuna escritura pública de compraventa «en representación y por rebeldía del demandado».

### *b) Calificación registral*

Se suspende la inscripción porque siendo ganancial la finca, conforme al artículo 1.377 Cc, es preciso para su transmisión el consentimiento voluntario o suplido de ambos consortes, siendo, por tanto, necesario que el Magistrado actúe en representación de los dos y no sólo del esposo.

## 2. DOCTRINA DE LA DIRECCION

1. Cuando el Juez otorga de oficio una escritura en cumplimiento de lo previsto en el artículo 1.514 LEC no actúa propiamente en representación del deudor o del dueño de la finca, sino en ejercicio de la potestad jurisdiccional, cuyos resultados se imponen a los dueños con, sin o contra su voluntad.

2. Ciertamente, el Registrador, en aplicación de sus facultades calificadoras debe decir, entre otras cuestiones si se cumplen las exigencias del principio de tracto sucesivo. Pero, como aquí se califica a una enajenación forzosa, que se realiza sin necesidad del consentimiento del titular registral lo que debe verificar es si consta que las actuaciones judiciales quedaron debidamente entabladas contra el titular registral.

Tratándose del embargo de un bien ganancial por deuda que se reclama sólo al marido, si la esposa fue debidamente notificada de aquél, tuvo ya la oportunidad legalmente prevista de defenderse en relación con el embargo, ateniéndose, en otro caso, a las consecuencias del mismo, las cuales, en el desenvolvimiento natural del procedimiento, conducen a la enajenación por un acto de autoridad; es decir, sin necesidad esencial de que los dueños presten en ese momento su consentimiento.

## **ATRIBUCION VOLUNTARIA DE CARACTER GANANCIAL**

Es inscribible el convenio conyugal que atribuye carácter ganancial a una edificación verificada en suelo privativo con dinero ganancial. (Res. 10-III-1989, «BOE», 13 abril.) (Similar caso y doctrina en el R. 14-IV-89, «BOE», 15-V.)

## 1. ANTECEDENTES

Los copropietarios de un solar indiviso declaran haber construido sobre el mismo, a expensas de su respectiva sociedad conyugal, una edificación que dividen horizontalmente, procediendo a continuación a la adjudicación de las fincas resultantes, en pago de sus respectivas cuotas en el condominio que disuelven.

En la misma escritura, uno de los comuneros —que había adquirido su participación en el solar por título de donación— pactaba con su esposa «al amparo de los arts. 1.355 y 1.323 Cc que la construcción de obra nueva que se ha declarado y el conjunto de la finca resultante, incluso por tanto, el solar, en la proporción imputable a la sociedad conyugal formada por ambos, tendrá carácter ganancial de su matrimonio, y, además, a tenor del art. 93 del RH, solicita su inscripción con tal carácter».

El Registrador deniega la inscripción con el solicitado carácter ganancial, «de conformidad con el art. 1.359 Cc», y lo inscribe a favor del cónyuge copropietario, en concepto de bien privativo.

## 2. DOCTRINA DE LA DIRECCION

### *a) Discordancia entre el asiento solicitado y el practicado. Independencia negociál y unidad documental*

Se alega infracción procedimental, pues el Registrador incribió como privativa la finca que se solicitaba constatase en el Registro como ganancial sin mediar la conformidad del titular del derecho perjudicado por la inscripción (el otro cónyuge). Tal afirmación no puede ser mantenida pues la independencia jurídica —no obstante la unidad documental— entre la declaración de obra nueva, división horizontal y disolución de comunidad y el acuerdo conyugal de uno de los condóminos sobre el carácter de su respectiva adjudicación conlleva que la perfección de aquéllos no se subordine a la validez de éste, de modo que aun cuando se le negase relevancia jurídica sería eficaz la disolución del condominio y consiguientes adjudicaciones con el carácter que tuviesen las cuotas originarias y por tanto, al amparo del artículo 434 RH quedaría posibilitada la inscripción discutida.

### *b) Atribución de carácter ganancial*

— Sentido del artículo 1.359 Cc.

El artículo 1.359 Cc no prejuzga ni es su cometido hacerlo sobre la facultad de los cónyuges para provocar el desplazamiento de la finca edificada desde el patrimonio privativo de uno de ellos hacia el ganancial.

— Desplazamiento patrimonial entre cónyuges: Posibilidad y requisitos.

Posibilidad: El acuerdo de ganancialización de la presente hipótesis, si bien no encaja en el supuesto normativo contemplado por el artículo 1.355 Cc —que lo constriñe a los bienes adquiridos a título oneroso, haya o no indeterminación sobre la naturaleza de la contraprestación al tiempo de la adquisición— no por ello ha de negársele validez y eficacia, toda vez que los amplios términos del

artículo 1.323 Cc posibilitan cualesquiera desplazamientos patrimoniales entre los cónyuges y por ello entre sus patrimonios privativos y consorciales.

Requisitos: Tales desplazamientos habrán de producirse por cualquiera de los medios legítimos previstos al efecto —entre los cuales no puede desconocerse el negocio de aportación de derechos concretos a una comunidad de bienes no personalizada jurídicamente o de comunicación de bienes como categoría autónoma y diferenciada en sus propios elementos y características—, y cuyo régimen jurídico vendrá determinado por las previsiones estipuladas por los contratantes dentro de los límites legales (arts. 609, 1.255 y 1.274 Cc) y subsidiariamente, por la normativa general del Código civil. Por tanto, la errónea alegación del artículo 1.359 no permite sin más rechazar la inscripción solicitada. Cuestión distinta es la de decidir si en el acuerdo debatido concurren todos los elementos determinantes de la validez y efectividad de la aportación pretendida, más la necesaria concreción del recurso a las cuestiones directamente relacionadas con la nota de calificación no permite abordar su análisis en el ahora entablado.

NOTA: Tres preceptos básicos para la ordenación de la Sociedad legal de gananciales se dan cita en el contenido de esta Resolución, cuyo breve comentario acometemos analizando diferenciadamente cada uno de aquéllos.

a) Artículo 1.359.

La presente Resolución, sin agotar el tema, enseña un camino por el que debe discurrir la interpretación del artículo 1.359. No pretende, dice, prejuzgar sobre la facultad de los cónyuges para provocar desplazamientos patrimoniales. Tampoco, a nuestro juicio, parece que sea su cometido, a diferencia de otros preceptos tales como el 1.346, 1347 Cc, etc., determinar que bienes son privativos o gananciales; su verdadero sentido radica en —como señala el centro directivo— «rectificar el criterio del antiguo artículo 1.404 Cc». Supone ello, en consecuencia, reiterar, en sede legal de gananciales, los principios básicos de la accesión (*accessorium sequitur principale* y superficies solo cedit) tan solo modalizados por la singularidad de las reglas establecidas para el cálculo del reembolso (RAMS ALBESA, ADC 1985-II). Su fin es declarar que la naturaleza privativa o ganancial que tenga un bien no se ve alterada por las plantaciones, edificaciones o mejoras (TORRALBA, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, II Tecnos, 1984).

Los desplazamientos patrimoniales entre cónyuges, a la luz del artículo 1.359, no presentan especialidad aún en el supuesto de que tengan por objeto una finca edificada. El artículo 1.359 no altera, en medida alguna, la facultad reconocida en el artículo 1.323. Pueden los cónyuges «provocar el desplazamiento de la finca edificada desde el patrimonio privativo de uno de ellos en favor del consorcial» o, también, operar la previa transmisión de la finca a la masa ganancial antes de que la incorporación tenga lugar para que la finca resultante devenga automáticamente ganancial. (En este último supuesto, y en contra de lo que algún autor parece entender —vid. OLIVARES JAMES, *Anales A. M. del Notariado*, tomo XXV, p. 312—, no se invierte la accesión, sino que se despliegan los efectos propios de aquel instituto: mediante el citado negocio traslativo se comunica la titularidad de un bien privativo —a través de su adscripción a la masa consorcial— al otro cónyuge, quien, como tal cotitular, recibirá y adquirirá el incremento o modificación que aquél bien experimente a consecuencia de la incorporación).

Cuestión distinta de lo anterior, y más compleja, consiste en determinar si la conteste voluntad conyugal puede alterar *directamente* los efectos de la accesión, esto es, si cabe la derogación convencional del artículo 1.359. Pensemos en la siguiente hipótesis: los cónyuges, para alterar los resultados de la accesión, convienen que si realizan una edificación con fondos gananciales sobre bien privativo, el suelo accederá a lo incorporado, de modo que el bien resultante deventrará automáticamente ganancial. *¿Quid iuris?*

Anteriormente aludíamos a que el artículo 1.359 Cc desarrollaba, puntualizaba, con ocasión de regular la sociedad de gananciales, el postulado «superficies sólo cedit» recogido en los artículos 358 y ss. Cc. Por ello, contestar al interrogante planteado exige ponderar todo nuestro régimen jurídico de la accesión.

Partiendo de la aludida visión global del tema planteado, nos parece que la respuesta no puede ser unitaria, sino que conviene distinguir diferentes niveles de actuación de la autonomía privada, a la hora de alterar aquel principio, que provocan un diverso grado de eficacia:

a) Modalización de la accesión; no se derogan los resultados de la accesión, ni se evitan sus efectos, pero se canalizan aquéllos en aras de intereses y finalidades concretas (ej. propiedad horizontal constituida «ab initio» por varios comuneros, prefijando los elementos privativos que «accederán» a cada uno evitando así la comunidad sobre todo lo edificado. (Vid. Res. 25-IV-88 y GARRIDO PALMA, *¿Superficies solo cedit? El principio de accesión y el principio de superficie*. R. D. N. 1969, pp 111 y ss.).

b) Paralización de los efectos de la accesión, manteniendo separada la titularidad del vuelo y del suelo. (Ej. derecho de superficie. Véase Ley 432 de la Compilación Navarra y ALONSO PÉREZ, *Comentarios al Cc*. Edersa, Tomo V, vol. 1.º, p. 234).

c) Inversión de los efectos de la accesión. Supondría que la autonomía de la voluntad altera los términos del principio «superficies solo cedit» de modo que el incorporante adquiere el dominio del suelo.

Este último nivel de actuación de la autonomía de la voluntad es el que juzgamos ineficaz (en otro caso tendríamos que admitir la competencia de la autonomía privada para crear nuevos modos de adquirir distintos de los que la ley prevé). Como dice Peña, la accesión supone una modificación del dominio y no una adquisición de un dominio que no se tiene. Por tanto, el incorporante nunca puede adquirir el dominio del suelo por accesión, sino por el acto o contrato traslativo —cualquiera que fuese la forma en que la autonomía de la voluntad le moldease— seguido de la tradición (ALONSO PÉREZ, *op. cit.*, p. 238). La anterior aseveración viene confirmada por el artículo 361: no hay inversión de la accesión pues, la adquisición del incorporante no se produce «ex lege» (por accesión) sino por una suerte de venta (forzosa) que unilateralmente exige el dueño del suelo (al que se paga la indemnización). (Vid. ALONSO PÉREZ, *op. loc. cit.* y STS de 24-I-86).

A la vista de las consideraciones que preceden parece prudente responder negativamente a la cuestión planteada, pues ni en los artículos 1.323 y 1.355 del Código civil ni en ningún otro precepto encontramos base normativa alguna que permita excepcionar la aplicación de la doctrina expuesta a los desplazamientos patrimoniales entre cónyuges (dejamos a salvo las eventuales matizaciones, que

sería conveniente introducir en alguna posible hipótesis en el concepto de «transmisión patrimonial» no fuere totalmente adecuado para calificar el cambio de adscripción de un bien entre las distintas masas, ganancial y privativa, de los consortes).

Por último, quisiéramos plantear la incidencia que podría tener una estipulación capitular que declarase gananciales todos aquellos bienes que hubiesen soportado una incorporación sufragada con fondos comunes. ¿Sería eficaz? ¿Constituiría un supuesto de accesión invertida? Al desempeñar los pactos capitulares el papel de norma delegada (LACRUZ, *Elementos V*, p. 281), en principio, habría que sostener el carácter vinculante de aquella estipulación, tanto para los consortes como para los terceros, en tanto se cumplan los requisitos de publicidad. Pero en tal hipótesis no se produciría la inversión de la accesión, sino que la incorporación vendría a constituir el supuesto de hecho ante el que actúa una norma determinativa de la naturaleza, ganancial o privativa, de los bienes de los consortes, sin perjuicio de los correspondientes reembolsos (Vgr. arts. 1.347-4, 1.357 Cc, etc.).

#### b) Artículo 1.323.

La resolución que anotamos reconoce que, al amparo del artículo 1.323 Cc, son posibles toda suerte de «desplazamientos patrimoniales entre cónyuges y por ende entre sus patrimonios privativos y el consorcial». Todo tipo de bienes, sean gananciales (Vid. Avila), o privativos, son susceptibles de desplazamiento entre cónyuges.

Los términos en que se expresa este artículo son amplios y, por ello, nos interesa, aquí, llamar la atención sobre los vehículos jurídicos en base a los cuales se pueden articular aquellos desplazamientos. El artículo 1.323, como afirma Díez-Picazo, es una norma de libertad que se comprende como reacción frente a las anteriores normas limitativas. Se limita a reconocer aquella posibilidad de que los cónyuges pueden contratar entre sí, de igual forma que pueden hacerlo con un tercero (CABANILLAS, ADC 38-III, pp. 540-544 y ss.), cuya declaración expresa sería innecesaria de no ser por el motivo apuntado (anterior legislación prohibitiva: arts. 1.344, 1.452 y 1.677 Cc) y, en ese reconocimiento se agota su eficacia. No valora, ni mucho menos «facilita» los elementos que deben integrar el mecanismo traslativo, porque como vimos, es otra su misión.

La validez y eficacia de los desplazamientos patrimoniales entre cónyuges requiere la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos que nuestro Derecho exige para que la transmisión se produzca. Ahora bien, cuando un negocio jurídico pretenda acceder al Registro precisa no sólo que hayan concurrido en el proceso de formación de aquél todos los elementos necesarios para su validez y eficacia (integridad material), sino también que la existencia y regularidad de aquéllos resulte del título inscribible (integridad formal). Los precisos efectos que la Ley confiere al acto inscrito y que se basa en el control de legalidad previo a la inscripción —artículo 18 Ley Hipotecaria— pueden fundamentar tal requisito, que en ningún caso mengua la posibilidad de que las partes se sirvan ante la instancia judicial, de cualquier otro tipo de prueba (art. 1.215 Cc).

Tal exigencia —que el título inscribible sea vehículo de expresión de todos los componentes negociales— desaparece únicamente en aquellos casos en que la propia Ley permite la formulación abreviada del negocio jurídico (ej. art. 1.355

Cc, al que más adelante nos referiremos). Y el artículo 1.323 del Código civil en ningún caso faculta o ampara esa expresión abreviada en los convenios celebrados por los consortes; de ahí que la resolución, una vez que declara que el acuerdo conyugal que nos ocupa puede encajar en el ámbito normativo del precepto antes citado, afirma que «cuestión distinta es la de decidir si en el acuerdo debatido concurren todos los elementos determinantes de la validez y efectividad de la aportación pretendida» en clara alusión a la exigencia a que antes nos referimos. En consecuencia, los contratos y transmisiones patrimoniales entre cónyuges están sujetos a las reglas generales establecidas por el Código y, en su caso, por la Ley Hipotecaria; incidiendo en esa idea, reiterada en el Centro Directivo que aquellos desplazamientos deben producirse «por cualquiera de los medios legítimos previstos al efecto» (nos causa, sin embargo, cierta extrañeza los dos que cita: «aportación a una comunidad de bienes no personalizada» —¿querrá decir venta, permuta, donación, etc., a determinados comuneros?— y «negocio de comunicación de bienes» —¿no es éste el resultado que producen determinados negocios?—. Vid. a este respecto las magistrales páginas escritas por Miquel, particularmente 33 y ss., en comentarios al Código civil, de Edersa, tomo V, vol. II).

c) Artículo 1.355.

También alude el centro directivo, si bien de forma incidental, al precepto que rotula este apartado cuyo análisis ha suscitado vida polémica doctrinal (sobre el tema Vid. CAMARA, *La autonomía de la voluntad en el actual Derecho español sobre la familia*, «BIAGN», separata, núm. 9, 1986, pp. 16 y ss., y *La sociedad de gananciales y el Registro de la propiedad*, ADC 39, II, p. 368 y ss.; GAVIDIA, *La atribución voluntaria de ganancialidad*, Madrid, 1986. RIVERA PONT, *La atribución de ganancialidad del artículo 1.355 de Cc*, «RCDI», núm. 559, p. 1413 y ss.; TORRALBA, *Comentarios...*, pp. 310 y ss.; JIMÉNEZ DUART, «AAMM», Tomo XXVIII, pp. 292 y ss (en nota); MARTÍNEZ SANCHIS, «AAMN», Tomo XXVI, pp. 400 y ss.; ECHEVARRÍA, *Estudios homenaje a Vallet*, Vol. I, pp. 257 y ss., etc.).

Prendemos únicamente reflejar algún comentario que, al respecto, nos sugiere el supuesto que nos ocupa.

El precepto citado supone un reconocimiento a la autonomía de la voluntad conyugal para poder derogar el principio de la subrogación real (Jiménez Duart, Cámara). El cauce para tal derogación es un negocio jurídico que provoca unos efectos traslativos: el bien que había de ser privativo obtiene carácter ganancial (aunque la titularidad formal corresponda a un solo cónyuge, la titularidad material —la pertenencia— es común). Es claro que el negocio produce el efecto de comunicar el bien a la titularidad material de ambos cónyuges y por ello conlleva una atribución patrimonial. (En contra GAVIDIA, *op. cit.*, pp. 83 y ss. Sobre la distinción entre titularidad y pertenencia. Vid., Giménez Duart, obra antes citada). Por otra parte, el convenio conyugal a que se refiere el precepto que comentamos no es un simple negocio de fijación (pues, como dice Gavidia, «no hay fijación sino innovación para el futuro, cambio de una situación cierta por otra también cierta pero distinta» ni tampoco una simple declaración de ciencia, sino una verdadera convención negocial que provoca un desplazamiento patrimonial, una traslación. Por ello, la situación de los terceros debe ser distinta a la

que perfila el artículo 1.324: aquí, porque hay un negocio jurídico, los terceros no pueden meramente desconocerlo, sino que han de impugnarlo.

El Centro directivo parece reconocer aquella eficacia traslativa, por cuanto rechaza en el presente caso la aplicación del artículo 1.355, no porque se pretenda un desplazamiento patrimonial con aquel acuerdo conyugal, sino porque falta el requisito o presupuesto de que la adquisición sea «onerosa» (otro tema es que la disolución de comunidad, que cita la resolución como título adquisitivo, pueda o no ser calificada de onerosa; probablemente porque se trata de un negocio que aun teniendo efectos dispositivos no comporta, al menos «ex novo», una atribución patrimonial escapa a aquella calificación. Vid., Pantaleón, pp. 1370 y ss., Comentarios II, Tecnos, 1984; Miquel, pp. 495, *op. cit.*, y Prada «AAMN», Tomo XVI, pp. 305 y ss.).

También muestra inclinaciones por la naturaleza negocial del acuerdo referido por el artículo 1.355, por cuanto que el convenio formalizado por los cónyuges en el supuesto de hecho presente —y sin prejuzgar sobre si concurren o no todos los requisitos necesarios para su eficacia— lo considera amparado dentro del artículo 1.323 (que se refiere a contratos) y entiende que no encaja en el ámbito del 1.355, no por su naturaleza contractual, que la propia resolución reconoce; sino por faltar el presupuesto antes aludido.

Sin embargo, soslaya la resolución aludir a un presupuesto que a este entender también evitaría, en este caso, la aplicación del artículo 1.355: la necesidad de que esa adquisición onerosa se proyecte sobre un tercero (GAVIDIA, *op. cit.*, p. 111). Tal requisito conlleva, además, que el acuerdo de ganancialización, sea coetáneo o anterior a la adquisición, pues, si aquélla (la adquisición) no se modaliza, el bien entraría definitivamente en el patrimonio del cónyuge titular de la contraprestación, necesitándose —a posteriori— nuevo contrato con virtualidad traslativa que desplace el bien desde el patrimonio privativo del cónyuge adquirente al ganancial. Si ello no ocurriese así, no se produciría el efecto esencial que posibilita ese artículo: la «recta vía» entre el patrimonio del tercer transmitente y el ganancial, originándose así una simplificación legal del mecanismo de la transmisión, pues aquel acuerdo conyugal comunica al cónyuge del titular de la contraprestación la virtualidad traslativa inherente al negocio celebrado con el tercero.

Refiriéndonos, ahora, a su estructura, es importante constatar que el acuerdo conyugal citado es jurídicamente independiente del negocio que se celebra con el tercero (Vid. el anterior y primer apartado de Doctrina de la dirección) y por ello la causa de aquél a diferencia de la de éste puede ser además de onerosa (art. 1.358) gratuita. Y conforme sea su causa, engendrará aquel negocio las obligaciones pertinentes (¿qué sentido tendría si no el art. 1.358, si como sostiene el Registrador —Res. 14-IV-89— siguiendo a Gavidia, el convenio conyugal no creara obligaciones?).

Por otra parte, aquella simplificación negocial permitida por el artículo 1.355 del Código civil (que supone la posibilidad de formular abreviadamente el convenio consorcial que se superpone —ya se celebre con anterioridad, ya simultáneamente— al negocio que justifica la adquisición onerosa a un tercero, de forma que no es menester que en el título inscribible conste, sino la conteste voluntad conyugal de ganancialización) nos introduce en un sistema de abstracción procesal —nunca material— de la causa. Ello provocará, sin duda alguna,

que en ocasiones sea difícil precisar la naturaleza, onerosa o gratuita, del elemento causal (sobre la problemática de si la causa se presume onerosa o gratuita vid. JIMÉNEZ DUART, *op. cit.*, pp. 294 y ss.), con las consecuencias que ello comporta, pues constituye el citado requisito negocial el punto a través del cual verifica el ordenamiento el control del negocio (piénsese, por ejemplo, en la distinta trascendencia de la forma según el diverso tipo de causa).

# ESTUDIO JURISPRUDENCIAL

## La configuración jurisprudencial del promotor como garante

Por ANTONIO CABANILLAS SANCHEZ

Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Alicante (\*)

1. En la actualidad el gran protagonista de la construcción inmobiliaria es el promotor, al ser el profesional que se encarga de concebir y organizar la construcción del inmueble para que determinadas personas adquieran la propiedad o cualquier otro derecho sobre el mismo.

Nuestro Tribunal Supremo ha precisado de una manera eminentemente descriptiva las actividades que realiza el promotor y la misión que desempeña en el proceso edificatorio.

Según la sentencia de 11 de octubre de 1974, es cierto que el término promotor no fue utilizado por el Código Civil, por ser desconocido en aquella fecha el carácter de constructor con la amplitud y características del denominado actualmente promotor, que reúne en una misma persona generalmente el carácter de propietario del terreno, constructor y propietario de la edificación llevada a cabo sobre aquél, enajenante o vendedor de los diversos locales o pisos en régimen de propiedad horizontal y beneficiario del complejo negocio jurídico, lo que no obsta para que en la realización o ejecución del proyecto utilice personal más o menos especializado al que ha de contratar para llevar a cabo la ejecución material de los distintos elementos que integran la construcción de un edificio, cual realiza también el simple contratista.

De esta caracterización de la figura del promotor parten las numerosas sentencias que configuran su responsabilidad, al basarse en la doctrina de la sentencia citada (1). Entre las más recientes, tiene un

---

(\*) Este estudio tiene su origen en la ponencia defendida en la Facultad de Derecho de Granada con ocasión del homenaje al profesor Herrera Catena, gran especialista en el campo de las responsabilidades de la construcción.

(1) En este sentido hay que citar un elevado número de sentencias del Tribunal Supremo, la mayor parte de las cuales hemos anotado en la sección de jurisprudencia (sentencias) de este Anuario: Sentencias de 17 de octubre de 1974, 28 de octubre de 1974, 1 de abril de 1977, 28 de enero de 1980, 9 de marzo de 1981, 21 de abril de

especial interés para definir al promotor la sentencia de 25 de febrero de 1985.

Según esta sentencia, referida denominación, gramaticalmente equívoca, en cuanto susceptible de diversos significados, sirve para designar en alguna de sus acepciones iniciales «a quien pone en movimiento, activa o hace en principio algo» o «a quien inicia o da impulso a alguna cosa», lo que proyectado sobre el marco de la construcción y a la vista de la reglamentación de las viviendas sociales y protegidas en cuyo marco, cual se ha dicho, surge el término, ha dado lugar a que con el mismo se designe, por regla general, a la persona física o jurídica, privada o pública, que facilita la edificación de todo tipo de viviendas, bien para su venta a terceras personas, bien para sus asociados, localizando terrenos edificables, buscando capitales, poniendo en conexión a los propietarios de solares con constructores o capitalistas, facilitando compradores, y todo ello, sin olvidar, que en el cada día más complicado mundo de la construcción, en ocasiones la figura del «promotor» haya ido ampliando los matices de su significación gramatical inicial, para incluir dentro de sus actividades y cada vez con mayor frecuencia las del constructor e incluso vendedor, que es precisamente lo que aquí acontece, en cuanto el tantas veces citado señor reunía el triple carácter de: *propietario* del solar; *promotor* de la edificación, en base al concierto suscrito por él con quien construyó el inmueble; y *vendedor* de los diferentes pisos y locales en que aquél fue dividido para constituirse en régimen de propiedad horizontal.

El Anteproyecto de Ley de Garantías de la Edificación (abril 1985) define al promotor en el artículo 5: «El promotor de la edificación es la persona física, jurídica o, en su caso, la comunidad de bienes que asume la iniciativa y realiza la coordinación del proceso edificatorio en su totalidad, tanto si la edificación está destinada a su enajenación o arrendamiento a terceros, como a su uso y disfrute propio» (2).

Al concebir y organizar la construcción del inmueble, el promotor se encarga de múltiples actividades, tales como: la determinación del tipo de construcción; la adquisición del terreno sobre el que ha de construirse aquél; la financiación de la construcción; el cumplimiento

---

1981, 25 de enero de 1982, 8 de febrero de 1982, 6 de octubre de 1982, 23 de febrero de 1983, 9 de mayo de 1983, 1 de marzo de 1984, 13 de junio de 1984, 16 de junio de 1984, 26 de noviembre de 1984, 11 de febrero de 1985, 25 de febrero de 1985, 28 de marzo de 1985, 20 de junio de 1985, 20 de diciembre de 1985, 20 de junio de 1986, 30 de octubre de 1986, 29 de junio de 1987, 13 de julio de 1987, 17 de julio de 1987, 27 de octubre de 1987, 12 de febrero de 1988, 22 de febrero de 1988, 9 de marzo de 1988, 21 de marzo de 1988, 17 de mayo de 1988, 20 de febrero de 1989 y 9 de junio de 1989.

(2) El texto del Anteproyecto de Ley de Garantías de la Edificación aparece en la obra colectiva *La responsabilidad en la construcción*, Zaragoza, 1987.

de las exigencias de carácter administrativo, fiscal y urbanístico que requiere la construcción; la contratación del arquitecto, de los técnicos y del contratista, si bien, cabe la posibilidad de que el propio promotor se ocupe de la ejecución material de la obra; y el otorgamiento del título constitutivo de la propiedad horizontal (3).

Todas estas actividades las lleva a cabo el promotor con vistas a la comercialización del inmueble, para lo cual venderá los pisos y locales terminados, en proyecto o en construcción, o bien procederá a arrendarlos, a no ser que se trate del promotor de una comunidad, que actúa como mandatario de la misma.

2. Para justificar la responsabilidad del promotor que vende pisos y locales que presentan vicios de construcción, nuestro Tribunal Supremo afirma, además de la posible aplicación de la normativa del Código Civil sobre el saneamiento por vicios ocultos en la compraventa (arts. 1.484 y ss.) (4), la del artículo 1.591, que establece la responsabilidad decenal del arquitecto y del contratista, y la de las normas generales sobre incumplimiento contractual (arts. 1.096, 1.098, 1.101 y 1.124) (5). De esta manera nuestra jurisprudencia evita que los seis meses que, como plazo de caducidad (6) establece el artículo 1.490, frustren el derecho del comprador a obtener una justa indemnización cuando el piso o local adolezca de vicios o defectos de construcción.

El Tribunal Supremo esgrime una serie de argumentos para justificar la aplicación del artículo 1.591 o de las normas generales sobre incumplimiento contractual: 1.º) Al aparejar la misión del promotor una actuación por su cuenta y en beneficio propio, determina que le alcance la responsabilidad por viciosa construcción (sentencias de 1 de marzo de 1984, 28 de marzo de 1986 y 30 de octubre de 1986). La intención del promotor es destinar las viviendas y locales construidos al tráfico con terceros compradores para obtener beneficio económico (sentencia de 20 de febrero de 1989). 2.º) A tenor del artículo 3.1 del Título Preliminar del Código Civil, la realidad social exige la incardinación de la nueva figura del promotor, creada contemporá-

---

(3) Una amplia exposición de todas estas actividades por CABANILLAS, *La responsabilidad del promotor que vende pisos y locales defectuosamente construidos*, en «Anuario de Derecho Civil», 1982, p. 886 y s.

(4) De forma sorprendente, las sentencias de 20 de junio de 1986, 12 de febrero de 1988 y 17 de mayo de 1988 limitan la aplicación del artículo 1.484 del Código Civil a deficiencias de menor entidad y consecuencias para la utilidad de lo construido que las que derivan de la ruina. Sin embargo, es significativo que sea un presupuesto de aplicación del artículo 1.484 que los vicios sean graves, haciendo impropia la cosa para el uso que se las destina, o disminuyan de tal modo este uso que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella.

(5) Referencia jurisprudencial en nota (1).

(6) Sentencias de 22 de mayo de 1965, 22 de diciembre de 1971, 7 de mayo de 1981, 12 de marzo de 1982, 26 de septiembre de 1984, 11 de mayo de 1986 y 20 de junio de 1986.

neamente por la legislación administrativa, dentro del concepto de contratista, alcanzándole la responsabilidad inherente a tal asimilación (sentencia de 9 de marzo de 1988). 3.º) Otro criterio distinto representaría el desamparo de los compradores de pisos adquiridos a través de esa modalidad de construcción por medio de la cual se lleva a cabo hoy día la mayoría de las adquisiciones de pisos de nueva planta (sentencia de 11 de octubre de 1974). Seguramente con la mira puesta en razones de justicia y de utilidad o política jurídica, para que los compradores puedan en todo caso tener satisfacción de su derecho en los supuestos de construcciones y entregas de pisos no ajustados a la *lex artis* ni a las exigencias legales de higiene y seguridad por desgracia frecuentes en época de masivas edificaciones (sentencia de 28 de enero de 1980). 4.º) La complejidad técnica alcanzada en la construcción de inmuebles desde que se promulgara el Código Civil, próximo a su centenario, y la diversidad de elementos personales que en ella intervienen, ha obligado a sentar criterios uniformes y estables acerca de lo que nuestro texto legal denomina contratista en el artículo 1.591, alcanzándose doctrina pacífica en el sentido de equiparar al promotor (sentencia de 22 de febrero de 1988). 5.º) No existe óbice para que el artículo 1.591 se aplique a situaciones que con la relación derivada del contrato de empresa guarden analogía y no se hallen reguladas de modo específico por la norma (sentencias de 17 de octubre de 1974 y 13 de junio de 1984). 6.º) La responsabilidad alcanza al promotor por el riesgo que toda empresa comporta (sentencia de 9 de marzo de 1988). 7.º) La actividad del promotor genera la misma causa de responsabilidad que el artículo 1.591 impone al contratista, en cuanto por su cualidad de promotor crea actividades proyectadas sobre la construcción y cómo la misma ha de llevarse a cabo, lo cual le vincula en relación con los terceros adquirentes, ya que éstos al realizar la adquisición de los pisos y locales contemplan la garantía que les depara el promotor (sentencias de 20 de junio de 1985 y 29 de junio de 1987).

Como destaca la reciente sentencia de 9 de julio de 1989, toda la evolución jurisprudencial propende a fortalecer la tutela judicial efectiva de la parte más débil, los compradores de viviendas, frente a quienes no se permite invocar que no contrataron con los constructores, que no pusieron reparos al recibir el objeto o que han transcurrido los plazos legales para el saneamiento por vicios ocultos.

Al considerar que el promotor se equipara al contratista, y que, por consiguiente, es aplicable al artículo 1.591, nuestro Tribunal Supremo tiene en cuenta la doctrina jurisprudencial surgida en torno a este precepto (7), aplicándola sin restricciones al promotor, cuando se produce la ruina del inmueble construido y vendido.

---

(7) Amplia información jurisprudencial por CABANILLAS. *La evolución de las res-*

3. A nuestro juicio, tiene un especial interés el razonamiento que aparece en las sentencias de 20 de junio de 1985 y 29 de junio de 1987 (8) para configurar la responsabilidad del promotor.

En el caso de la sentencia de 29 de junio de 1987, frente al motivo alegado en el recurso de casación por la representación del promotor, en el sentido de que éste no tiene función específica en la construcción de un edificio, salvo los derechos y obligaciones derivados de los contratos que celebre con esta finalidad, y si interviene estaríamos en presencia del supuesto de una inmisión del dueño de la obra, el Tribunal Supremo considera, de acuerdo con la sentencia de la Audiencia Territorial, que el promotor no es ajeno a los defectos encontrados en las viviendas, en cuanto que por su cualidad de promotor crea actividades proyectadas sobre la construcción y cómo la misma ha de llevarse a cabo, lo cual le vincula en relación a los terceros adquirentes, ya que éstos al realizar la adquisición de pisos y locales contemplan la garantía que les depara el promotor, y todo ello sin perjuicio de las consecuencias que dicha responsabilidad pueda originar en el marco de las relaciones internas entre dicho promotor y el constructor, arquitecto y demás intervinientes en la obra.

La responsabilidad del promotor se hace más patente, atendiendo al caso de la sentencia, por el hecho de haber contratado la construcción por un precio inferior al 50 por 100 del precio de venta de las viviendas y haber encargado la realización de la obra a una persona que no tiene ninguna garantía técnica ni económica para hacer frente a una obra de tal envergadura.

Con toda razón, la sentencia citada, como la precedente de 20 de junio de 1985, destaca que el promotor no es ajeno a la construcción del inmueble, ya que determina cómo ha de llevarse a cabo, y es el garante de su buena construcción.

En el marco de la responsabilidad solidaria que afirma nuestra jurisprudencia cuando no es posible establecer una conducta como exclusivamente causal de la ruina, ni cuantificar su influencia en el resultado, el perjudicado puede dirigir su acción contra cualquiera de los responsables solidarios (art. 1.144 del CC), uno de los cuales es o puede ser el promotor, el cual, en vía de regreso (art. 1.145 del CC), está legitimado para hacer efectivas las responsabilidades en que hayan podido incurrir el arquitecto, el contratista y, en general, los técnicos que ha contratado para la construcción del inmueble (9).

---

*ponsabilidades en la construcción*, en el «Libro del Centenario del Código Civil» (en prensa).

(8) Comentada por BERCOVITZ en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1987, número 4, pp. 4710 y s.

(9) En bastantes sentencias del Tribunal Supremo se considera al promotor responsable solidario: 28 de enero de 1980, 9 de marzo de 1981, 21 de abril de 1981,

La sentencia de 20 de febrero de 1989 pone de relieve que el Tribunal Supremo ha aceptado la legitimación de la promotora de la obra para exigir las responsabilidades surgidas del artículo 1.591 frente a los técnicos y constructores con quienes contrató. Así, la sentencia de 26 de noviembre de 1984 afirma que la legitimación pasiva del vendedor frente a los compradores supone, en principio, la activa para dirigirse contra los técnicos o constructores con quienes contrató la edificación cuando, como aquí ocurre, ante las reclamaciones extrajudiciales de aquéllos a los que vendió las viviendas y reconociendo su razón de pedir, llevó a cabo la subsanación de lo que se entiende que son vicios, defectos o incumplimientos de contrato, asumiendo al propio tiempo el coste de las obras.

Las sentencias de 13 de julio de 1987 y 9 de junio de 1989 admiten, respectivamente, la legitimación activa del promotor contra el arquitecto por vicio del suelo y contra el constructor y los técnicos para exigir el correcto cumplimiento del contrato con base en el vínculo nacido precisamente del mismo.

Sin decirlo expresamente, parece que las sentencias de 20 de junio de 1985 y 29 de junio de 1987 parten de la base de que el promotor es el auténtico productor o fabricante de los pisos y locales, en el sentido apuntado por Morales (10) de que el vendedor de un piso o local no es un vendedor cualquiera, sino un vendedor que, precisamente, lo ha fabricado. No hay que olvidar que la cosa ha sido hecha para su posterior venta, y que esa venta cubre una función transmitiva equivalente a la que se daría en ese caso de haber mediado un contrato de obra. De ahí se desprende una consecuencia: las anomalías de la cosa que pueden relacionarse con su fabricación, son imputables al fabricante vendedor; como si se tratase de un contrato de obra en el que el constructor hubiera incumplido, en cuanto al resultado final, su obligación.

Esta circunstancia es la que puede explicar coherentemente, a nuestro juicio, que las sentencias mencionadas destaquen que los compradores de los pisos y locales contemplan la garantía que les depara el promotor. Se viene a decir, en definitiva, que el mismo es garante de la buena construcción del inmueble.

Con posterioridad a estas sentencias, la de 7 de marzo de 1988 declara con rotundidad que el promotor soporta el riesgo que comporta su actividad empresarial y su cuota de responsabilidad como consecuencia de su carácter de vendedor en relación a los compradores de los pisos.

---

13 de junio de 1984, 16 de junio de 1984, 26 de noviembre de 1984, 30 de octubre de 1986, 29 de junio de 1987, 27 de octubre de 1987, 12 de febrero de 1988, 9 de marzo de 1988, 21 de marzo de 1988, 17 de mayo de 1988 y 9 de junio de 1989.

(10) MORALES. *El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por defectos de la cosa*, en «Anuario de Derecho civil», 1982, pp. 681 y s.

Estamos en presencia de un criterio de atribución del riesgo al promotor por presentar defectos o anomalías los pisos y locales transmitidos (11).

La afirmación de que el promotor es garante, no implica que deba considerársele responsable subsidiario (12), lo cual no es señalado por las sentencias citadas, favorables al criterio de la responsabilidad solidaria cuando no puede precisarse la participación de cada uno de los que han intervenido en la ruina.

En la mesa redonda que tuvo lugar en Zaragoza sobre el Anteproyecto de Ley de Garantías de la Edificación (9 de noviembre de 1985), frente a la tesis de que la posición natural, vocacional, del promotor es la responsable subsidiaria de todas las intervenciones que él ha suscitado, Muñoz Jiménez consideró que el promotor debe estar en primera línea de responsabilidad frente al usuario y, en definitiva, frente a quien va a disfrutar de la vivienda. El promotor es quien crea el producto, el verdadero factor en cuanto a calidad, en cuanto a la utilidad de los servicios que va a producir esa obra, y es quien se va a lucrar fundamentalmente de ese producto que crea. Por ello debe ser el que responde primero, sin perjuicio de que luego, por acción de repetición y sin molestar ni tener que gravar la posición del perjudicado, dilucide esa responsabilidad (13).

Creemos que es muy convincente esta argumentación, partiendo de que el promotor es quien crea el producto, es decir, el productor de los pisos y locales, debiendo entenderse desde esta perspectiva su misión de garante, a la que aluden las sentencias anteriormente mencionadas.

El Anteproyecto de Ley de Garantías de la Edificación se acomoda a este planteamiento, que en el panorama del Derecho comparado ha acogido la Ley francesa de reforma del Código Civil de 4 de enero de 1978 sobre la responsabilidad y el seguro en el ámbito de la construcción (art. 1.972 CC francés) (14).

La Exposición de Motivos del Anteproyecto es sumamente elocuente: La figura del promotor, ignorada en el Código Civil, se configura en la Ley como una persona física o jurídica que asume la

---

(11) Sobre el problema de la insatisfacción del interés adquirente por las anomalías de la cosa como problema de distribución de riesgos, véase MORALES, *El propósito práctico y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro*, en «Anuario de Derecho civil», 1983, pp. 1539 y s.

(12) En el Derecho francés se considera que existe una obligación de garantía del promotor, por lo que éste debe responder directamente de cualquier tipo de vicio que presente el inmueble vendido (DENOVELLE, *Le promoteur de constructions immobilières*, París, 1965, p. 242; MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, París, 1988, pp. 159 y s.).

(13) Mesa redonda sobre la responsabilidad civil, 9 de noviembre de 1985, en *La responsabilidad en la construcción*, cit., pp. 177-178.

(14) MALINVAUD y JESTAZ, *op. cit.*, pp. 155 y s.

iniciativa y realiza la coordinación de todo el proceso edificatorio, y en cuanto tal, se hace responsable de la correcta efectividad del mismo.

La responsabilidad del promotor como responsable principal y directo de los daños y perjuicios causados por el constructor y los técnicos intervinientes en el proceso edificatorio, con independencia del derecho de repetición que pueda corresponderle, establecida en el artículo 16 del Anteproyecto, se justifica en la Exposición de Motivos por ser el agente que inicia el proceso edificatorio y adquiere, por tanto, una cierta responsabilidad global del mismo al determinar y designar a los demás agentes intervinientes.

En su condición de garante, hay que entender que el promotor asume una auténtica obligación de resultado, consistente en la entrega de los pisos y locales de acuerdo con el contenido de los contratos celebrados y lo anunciado en la propaganda publicitaria, construidos según la *lex artis* y exentos de vicios o defectos de construcción.

4. El promotor es garante, como acabamos de señalar, de que los pisos y locales vendidos sean conformes a los mensajes publicitarios. Frente a los anuncios poco veraces, nuestro Tribunal Supremo afirma en la sentencia de 27 de enero de 1977 la eficacia jurídica de la propaganda, al decir que siendo muy parco el contrato privado suscrito por las partes en elementos descriptivos, es lógico que el adquirente del piso se atenga a lo prometido en los folletos de propaganda, de acuerdo con el principio de la buena fe proclamado en el artículo 1.258 del Código Civil, al creerlos, con todo fundamento, vinculantes para la empresa (15).

Con anterioridad, una doctrina semejante aplicó el Tribunal Supremo en la sentencia de 14 de junio de 1976, aunque referida a la venta de maquinaria.

También es interesante la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1982, relativa a la venta de viviendas de protección oficial, al destacar el valor de los anuncios publicitarios para hallar la voluntad real de los contratantes.

La incorporación de los contenidos de la publicidad al contrato implica que se ha de estar a la imagen que del producto (en nuestro caso, los pisos y locales) ofrece la publicidad para determinar si el objeto entregado es adecuado o no para satisfacer el interés del comprador.

Como afirma Morales (16), esta es una garantía legal, ofrecida

---

(15) Comentada por LASARTE, *Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación*, en «Revista de Derecho privado», 1980, pp. 50 y s.; RICO PÉREZ, *Valor de la propaganda de un piso*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1978, pp. 345 y s.

(16) MORALES, *Publicidad engañosa y defectos de la cosa*. Conferencia pronunciada en Albacete en el año 1989.

por el Código Civil, que ha mantenido la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 19 de julio de 1984 (art. 11.1), que es compatible con otras que la misma Ley establece. Esta garantía la presta el vendedor, y permite al comprador pedir, bien la rescisión de la venta, bien una reducción del precio, para adecuarlo al valor del producto. La presta el vendedor, aunque no tenga culpa (desconozca la inexactitud de las afirmaciones publicitarias), ni sea el anunciante.

Además de las razones protectoras de los consumidores que pueden justificar esa imputación de riesgo, hay otra causa que hace razonable que el vendedor preste esa garantía. Se ha aprovechado en la venta de las ventajas de la publicidad.

Todo aquél que emite mensajes publicitarios tiene que asumir el riesgo de la decepción de la confianza creada a través de ellos.

Cuando la confianza impulsa a la adquisición del producto anunciado, tiene que asumir el deber de satisfacer *in natura*, si es posible, y si no el de indemnizar la insatisfacción del interés del consumidor, imputable a la confianza en la publicidad.

Si el anunciante no es parte del contrato, no por ello desaparece esta garantía. Considera Morales (17) que el artículo 8 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, diseña un instrumento jurídico nuevo para la protección de los consumidores. Este instrumento se puede caracterizar así: Se trata de una responsabilidad *ex lege*, que surge al margen de la culpa, y se basa en el hecho de crear confianza a través del medio publicitario. Tal responsabilidad es en realidad una garantía: implica que un tercero, ajeno a la relación contractual, garantiza ciertos efectos de un contrato, porque él ha contribuido a la decepción de la parte. Se superpone a las garantías del otro contratante o de terceros.

En la misma línea, Carrasco (18) señala con posterioridad que según una interpretación probable del artículo 8 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, el vendedor incumple (y responde) cuando la cosa entregada no se ajusta a la publicidad ofrecida por el vendedor, aunque los elementos de ésta no figuren en el contrato. Igualmente incumple cuando la cosa no reúne los caracteres que exigen su naturaleza y finalidad. Ambas especificaciones son *prestación debida*, sobre las que el acreedor tiene un interés de cumplimiento. Lo que no es inessential a efectos prácticos: el comprador puede pedir como interés indemnizatorio de cumplimiento todo lo que le reportaría en utilidad que la cosa tuviese, las especificaciones que se le ofrecieron en la publicidad, no sólo el interés de confianza por haber confiado en una publicidad engañosa.

---

(17) MORALES, *loc. cit. ant.*

(18) CARRASCO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, tomo XV, vol. 1, Madrid, 1989, p. 414.

5. En el ámbito de la actividad inmobiliaria está adquiriendo una gran importancia el promotor de comunidades, contemplado incidentalmente por la citada sentencia de 25 de febrero de 1985 al aludir a la persona física o jurídica, privada o pública, que facilita la edificación de todo tipo de viviendas para sus asociados.

Los últimos párrafos de la Exposición de Motivos de la Ley de Propiedad Horizontal y el Decreto de 12 de diciembre de 1968, que aplica la Ley de 27 de julio de 1968 a comunidades y cooperativas, aluden, respectivamente, a la construcción en comunidad y al promotor de comunidades (19).

El promotor de comunidades no se propone la venta de pisos y locales construidos o en construcción, sino que se limita a organizar la construcción del inmueble por cuenta de los comuneros.

No existe una consolidada doctrina jurisprudencial que configure la responsabilidad del promotor de comunidades cuando los pisos y locales adolecen de vicios de construcción. Tal vez esto se debe a que la construcción en comunidad es menos frecuente que la construcción encaminada a la venta de pisos y locales. No obstante, hoy en día se está acentuando esta manera de constituir el régimen de propiedad horizontal.

El promotor de comunidades actúa como un mandatario, que se compromete a organizar la construcción del inmueble por encargo de la comunidad (20). A tal efecto, tendrá que llevar a cabo actividades análogas a las señaladas con anterioridad.

El artículo 1.831.1 del Código Civil francés concibe este tipo de promotor como garante de la buena ejecución de las obligaciones que asumen las personas con las que ha contratado en nombre del dueño de la obra. Es garante por vicios ocultos en las condiciones de los artículos 1.792 y 2.270.

En su condición de garante, el promotor está vinculado por una obligación de resultado frente a la comunidad que le ha encargado la construcción del inmueble. Por ello el promotor está obligado a reparar los vicios. La intención del legislador ha sido considerar al promotor como garante principal y no subsidiario (21).

---

(19) Véase DE LA CÁMARA, GARRIDO y SOTO, *Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana*, en «Ponencias presentadas por el Notariado español a los Congresos Internacionales del Notariado Latino», Madrid, 1975, pp. 923 y s.

(20) El artículo 1.831.1 del Código Civil francés configura el denominado contrato de promoción inmobiliaria como mandato de interés común. La noción de mandato de interés común no cambia la naturaleza jurídica del mandato y afecta solamente a las normas aplicables en caso de revocación (MALINVAUD y JESTAZ, *op. cit.*, pp. 565 y s.).

(21) MALINVAUD y JESTAZ, *op. cit.*, p. 581; LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, París, 1982, p. 512.

En nuestra doctrina, Cadarso (22) llega también a esta conclusión. La existencia de una obligación de resultado se hace especialmente evidente cuando la misión del promotor alcanza, durante el curso de la construcción, a la coordinación y vigilancia de los constructores a quienes ha contratado.

En virtud de la obligación de resultado que pesa sobre el promotor (alcanzar el buen fin de una construcción conforme al contrato y sin vicios), responderá por el hecho propio y por el hecho del contratista, del arquitecto y de los técnicos que ha contratado, respecto a los cuales el promotor vendría a constituirse en garante.

Esta solución encuentra apoyo en las referidas sentencias de 20 de junio de 1985 y 29 de junio de 1987, que si bien se refieren directamente al promotor-vendedor, no dejan de destacar su condición de garante.

6. La cooperativa de viviendas, en su condición de dueña de la obra, está legitimada para exigir frente al constructor y los técnicos la responsabilidad nacida al amparo del artículo 1.591 del Código Civil, sin que, como afirma la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1989, pueda atribuirse a la cooperativa la condición de promotora de las viviendas, a fin de considerarla en plano de igualdad responsable de los vicios o defectos de construcción y exonerar de responsabilidad al constructor y los técnicos. Falta la intención de destinar las viviendas y locales construidos al tráfico con terceros para obtener un beneficio económico. El objeto de la cooperativa es la adjudicación de las viviendas a sus asociados y familiares. Por esto no tiene sentido afirmar que la cooperativa es garante de la buena construcción de las viviendas para hacerla responsable de los vicios o defectos de construcción, siendo plenamente acertada la doctrina de la sentencia de 20 de febrero de 1989 (23).

---

(22) CADARSO, *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, Madrid, 1976, p. 251.

(23) Sobre esta sentencia, véase nuestra anotación en «Anuario de Derecho Civil», 1989, pp. 1376-1377. En el Derecho francés es específicamente regulada la construcción por medio de sociedades cooperativas, imponiendo el artículo 231-3 de la Ley de 16 de julio de 1971 que el promotor privado que realiza el programa de construcción ha de celebrar con la sociedad cooperativa un contrato de promoción inmobiliaria, es decir, un mandato de interés común (art. 1.831-1 del Código Civil francés) (Véase MALINVAUD y JESTAZ, *op. cit.*, pp. 510 y s.).



# JURISPRUDENCIA

## Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Dirección: Encarna ROCA I TRIAS  
Secretaría: Ramón CASAS VALLES  
Colaboradores: Juan EGEA FERNANDEZ  
Isabel MIRALLE GONZALEZ  
Josep FERRER RIBA  
Cristina TORTORICI PASTOR  
Elena RIBERA GARIJO

### SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En el año 1988, el grupo de investigación que dirijo obtuvo una ayuda de la Comisión Interdepartamental para la Investigación Científica y Técnica (CICYT), para estudiar las aplicaciones constitucionales en el Derecho civil, más concretamente, la evolución que ha experimentado el Derecho de la persona. Gracias a esta ayuda es posible hoy iniciar una colaboración con el Anuario de Derecho Civil. Esta colaboración se desarrollará a tres niveles: una información puntual de las sentencias del Tribunal Constitucional, eventualmente anotadas, que tratan temas tradicionalmente considerados como materia civil o, aun no siendo así, resulten de interés para nuestra disciplina; estados de la cuestión de estas materias; y artículos de fondo sobre aspectos relevantes de la doctrina constitucional.

Es evidente que una colaboración de este tipo necesita una justificación. Se ha definido siempre el Derecho civil como aquella parte del Ordenamiento que se ocupa de la persona; en torno a este concepto se construye toda una teoría, que se manifiesta tradicionalmente en la consagración de la autonomía de la voluntad como sistema de expresión jurídica que permite la actuación de la persona y su capacidad de incidir en el mundo exterior. Pero el Derecho civil tradicional no tiene en cuenta a la persona más que como un sujeto aislado que actúa de forma individual y sin relación con la sociedad donde se inserta. Una prueba de ello es que los civilistas no se han ocupado hasta tiempos muy recientes de los llamados derechos de la personalidad, y que aun hoy se pueden escribir páginas y páginas en las que se intenta demostrar que no coinciden con los llamados derechos fundamentales, a los que muchas veces se intentará mantener alejados de la teoría civilista. La Constitución obliga a replantear toda esta cuestión, porque la persona (no el sujeto de derecho) ya no está tratada como un ser aislado que solo por obligación debe relacionarse con su entorno, sino que es un elemen-

to del Estado social y de Derecho, proclamado en el artículo 1 CE. Un buen ejemplo de ello lo encontramos en el tratamiento de la propiedad en el artículo 33.2 CE.

El Derecho civil ha pasado de ser el Derecho de las relaciones autónomas, basadas en la primacía (falsa) de la autonomía de la voluntad, a estar regido por una serie de reglas distintas, establecidas en la Constitución para operar esta protección de la persona como elemento de intereses colectivos superiores. Así, la Constitución cumple en el campo privado, sector fundamental de la materia civil, las siguientes funciones:

1.<sup>a</sup> Impone una obligación de reinterpretar las viejas normas de acuerdo con los principios constitucionales. Buen ejemplo de ello son los artículos 5 y 7 LOPJ y las diversas sentencias recaídas sobre este tema, de las que hoy se aportan algunos ejemplos.

2.<sup>a</sup> Establece criterios para la solución de ciertos conflictos, en base a la exigencia de aplicar en todo caso los derechos fundamentales, que además servirán como norma de cierre del sistema en aquellos casos de insuficiencia de la normativa positiva.

3.<sup>a</sup> Obliga en todo caso a reformular el principio de la autonomía de la voluntad, en el sentido de los límites que se encuentran en las disposiciones constitucionales, que afectarán a los particulares.

4.<sup>a</sup> Obliga a reformular la igualdad, que pasa del tratamiento general de los sujetos, propio del liberalismo que resulta de las proclamaciones de la Revolución francesa, al establecimiento de normas diferenciales para colectivos especiales (así, por ejemplo, consumidores). Se crean por tanto sectores de regulación no codificados, que no por ello dejan de ser materia civil.

5.<sup>a</sup> Descentraliza el sistema de producción de normas jurídicas, por distribuir el poder legislativo entre las Cortes Generales y los Parlamentos Autonómicos, en base a la distribución de competencias, entre las que se encuentra la civil.

La vigencia de la Constitución no obliga solo a la reinterpretación de las normas vigentes de acuerdo con criterios constitucionales, sino a pensar en el cambio de un sistema tradicional, porque ya no se trata solo de la protección de los intereses individuales, sino de la protección de esos mismos intereses en tanto en cuanto constituyen la forma de alcanzar el Estado previsto en el artículo 1 CE.

ENCARNA ROCA TRÍAS  
*Catedrática de Derecho civil*  
*Universidad de Barcelona*

**Nota:** La selección y reseña de las sentencias incluidas en este número, correspondientes a 1989, ha sido efectuada por E. Roca Trias y R. Casas Vallés, catedrática y profesor titular de Derecho civil en la Universidad de Barcelona.

**STS 1/89, de 16 de enero** («B.O.E» 20 febrero, núm. 43).

**R.A.**

**Ponente: Díez Picazo.**

**Desestima el recurso.**

**Conceptos:** Interpretación *secundum constitutionem*.

**Preceptos de referencia:** Artículo 24 CE y artículo 184-1 LOPJ.

En el texto de la sentencia se discute la interpretación del artículo 184-1 LOPJ. La parte recurrente consideró restrictiva en su derecho a la tutela judicial efectiva la interpretación del Tribunal que estimó interpuesto fuera de plazo un recurso.

El TC recordó la doctrina que ha venido sosteniendo según la que «la interpretación de los preceptos legales ha de hacerse a la luz de las normas constitucionales y especialmente de aquellas que proclaman y consagran derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos y que, en caso de duda, la interpretación que debe prevalecer es la que dote de mayor viabilidad y rigor al derecho fundamental» (FJ 3).

Sin embargo, esta interpretación no puede producir una prórroga arbitraria de los plazos y por ello «no es posible realizar una interpretación especial del artículo 184-1 LOPJ... pues cuando dicho artículo declara hábiles todos los días para la instrucción de las causas criminales sin necesidad de habilitación especial, es claro que se está refiriendo a todos los actos procesales» (FJ 3).

**STS 7/89, de 19 de enero** («B.O.E» 20 febrero, núm. 43).

**R.A.**

**Ponente: De la Vega Benayas.**

**Estima el recurso.**

**Conceptos:** Normas restrictivas, método para su interpretación.

**Preceptos de referencia:** Artículo 24 CE y artículos 1.692 y 1.707 LEC.

La recurrente sostenía que su derecho a la tutela judicial efectiva había sido lesionado por un auto en el que no se admitía a trámite un recurso de casación por incumplirse las formalidades exigidas en el artículo 1.707 LEC y más concretamente, no expresar los motivos del artículo 1.692 en su ordinal 5.º LEC.

El TC se plantea la cuestión de si esta denegación vulneraba efectivamente el mencionado derecho fundamental. Para ello, se dice que debe estudiarse previamente cuál es la finalidad del recurso de casación, que considera doble: «se trata de un recurso que atiende tanto a finalidades privadas (defensa del *ius litigatoris*), como públicas (defensa de la ley y de la uniformidad jurisprudencial, igual a seguridad jurídica)» (FJ 2), si bien ello comporta que las reglas para su admisión, sean «más precisas y exigentes, se diría que restrictivas». Sin embargo, de esta última afirmación no debe seguirse la indefensión del ciudadano: «no es sólo que las normas restrictivas no se han de interpretar o aplicar con rigor (*odiosa sunt restringenda*), ni extremar el rigor con más dificultades, sino que sobra toda interpretación del derecho ha de primar la aplicación de la regla de eficacia y protección de los derechos... Si es que no se quiere causar indefensión, lo adecuado será evitar el rigor y exceso (formulismo) del formalismo que a veces la Ley, por exigencias de seguridad y uniformidad, impone, interpretando sus reglas

de acuerdo con su fin y sin convertir el presupuesto procesal en obstáculo insalvable, insuperable, “en fuente de incertidumbre e imprevisibilidad para la suerte de las pretensiones deducidas”, como se dijo en la STC 49/87» (FJ 2).

**STS 15/89, de 26 de enero** («B.O.E» 20 febrero, núm. 43).

**R.I.** (Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.)

**Estimado parcialmente:** Se declaran inconstitucionales algunos preceptos de la Ley, excluyendo la eficacia directa de otros en ciertas Comunidades Autónomas.

**Ponente:** Díez-Picazo. Hay dos votos discrepantes de Rodríguez Piñero y Díez-Picazo.

**Conceptos:** Competencias estatal y autonómica. Derecho del consumo. Derecho civil. Bases.

**Preceptos de referencia:** Artículos 51, 148 y 149 CE.

Estaba en discusión, de un lado, la competencia misma del Estado para dictar la Ley (LCU); y, de otro, suponiendo que tal competencia existiera, la aplicabilidad a las Comunidades Autónomas (CCAA) recurrentes —que se contaban entre las que habían asumido competencia exclusiva sobre defensa de los consumidores en sus Estatutos— de una larga serie de sus preceptos.

a) En cuanto al primer problema, y para justificar la competencia del Estado para dictar una Ley como la LCU, el TC hace, una triple afirmación:

1.<sup>a</sup> La LCU no puede basarse en la regla de supletoriedad del Derecho estatal, contenida en el artículo 149.3 CE. Esta regla «no es una cláusula universal atributiva de competencias sobre cualesquiera materias en favor del Estado» (FJ 1). El Estado no puede legislar al margen del sistema competencial, con el argumento de que, en definitiva, sus leyes pasarán a segundo plano cuando las CCAA ejerciten las competencias que les corresponden. De ser exacto su planteamiento, el Estado podría elaborar leyes incluso en materias en las que todas las CCAA hubieran asumido competencia exclusiva. Pero no es así. El Estado, para legislar, debe disponer de un título competencial que le habilite. Solo entonces entrará en juego la regla de supletoriedad.

2.<sup>a</sup> El fundamento de la LCU, esto es, lo que la legitima globalmente, es la existencia de CCAA que no asumieron competencia «exclusiva» y que, por tanto, carecen de capacidad para legislar sobre defensa de los consumidores. «Solo las CCAA no limitadas [por el art. 148.1 CE] han podido asumir competencias normativas plenas en dicha materia, correspondiendo al Estado su ejercicio en relación a todos los demás territorios autonómicos, lo que justifica la promulgación por el Estado de una Ley [...] sin perjuicio de que la aplicabilidad y eficacia de la misma no alcance por igual a todo el territorio nacional» (FJ 1). El Estado dispone pues de un título competencial: el «residual» del artículo 149.3 CE («materias que no se hayan asumido por los EEAA»). Pero con ese único título no se podría justificar la aplicabilidad de la LCU en CCAA como Cataluña o Galicia, que asumieron competencia exclusiva.

3.<sup>a</sup> De todas formas, la competencia sobre defensa del consumidor, dadas las características de la materia, es «en toda caso compartida» (FJ 1). Esta tercera afirmación enturbia un tanto lo que parece resultar de las dos precedentes. «Si bien en el artículo 149.1 CE no se ha mencionado expresamente la rúbrica “de-

fensa de los consumidores y usuarios”, abriéndose así en estrictos términos formales, la posibilidad de que algunos EEAA hayan asumido la competencia exclusiva sobre la misma (art. 149.3 CE), como quiera que la sustantividad o especificidad de la materia no es, en líneas generales, sino el resultado de un conglomerado de muy diversas normas sectoriales reconducibles a otras tantas materias, en la medida en que el Estado ostente atribuciones en esos sectores materiales, su ejercicio podrá incidir directamente en las competencias que sobre “defensa del consumidor y usuario” corresponden a determinadas CCAA [...] las cuales, en ese caso, también podrán quedar vinculadas a las previsiones estatales» (FJ 1).

b) En cuanto al ámbito de aplicación de los concretos artículos impugnados, el TC resuelve el problema en función del título competencial que ampara a cada uno de ellos. Si ese título es solo el residual de defensa de los consumidores, entonces la norma se aplicará únicamente en las CCAA sin competencia legislativa en esta materia. Si, por contra, existe además algún título específico, de los incluidos en el artículo 149.1 CE, la norma será directamente aplicable a todo el Estado. Así, por poner un ejemplo, el artículo 31 LCU, que prevé el establecimiento de un sistema arbitral en materia de consumo, es directamente aplicable en toda España, pero no por ser una norma de defensa de los consumidores —aunque también lo es—, sino porque «el establecimiento de un sistema general de arbitraje es materia que incuestionablemente ha sido atribuida a la competencia exclusiva del Estado (art. 149.1, 6.ª y 8.ª)» (FJ 9).

*Nota (R.C.V.).*—En contra de lo que quizá pueda hacer pensar la presente reseña, necesariamente simplificada, la sentencia es poco clara. En principio parece que la LCU, contra lo que su título («General») induce a creer, no es «la» Ley básica, a partir de la que deba construirse nuestro Derecho del consumo. Tal «Ley básica» —que sería una especie de Derecho común del consumo— no existe ni puede existir. Desde este punto de vista, tan básicas serían las leyes de las CCAA con competencia plena como la propia LCU: todas ellas se apoyan directamente en el artículo 51 CE y constituyen, en su ámbito territorial, el primer desarrollo de éste. Sin embargo, al releer la sentencia, no es posible sustraerse a la sospecha de que, en el fondo, el TC comparte, aunque no lo diga, la idea de que corresponde al Estado establecer las bases de la protección de los consumidores. Con todo, a esta sospecha cabría objetar que esa fue precisamente la tesis de uno de los votos particulares (el de Rodríguez-Piñero) y, por tanto, hemos de suponer que fue rechazada por la mayoría.

En otro orden de cosas, de esta sentencia merece destacarse también la llamada de atención del TC al legislador, en cuanto a la necesidad de un expreso pronunciamiento sobre el ámbito de aplicación de las normas que dicta: «es de todo punto necesario que el legislador estatal prevea expresamente el ámbito de aplicación de las leyes y demás normas que dicte, a fin de eliminar, o al menos atemperar, la inseguridad jurídica que dimana del carácter general con que se suelen presentar esas normas» (FJ 1). En la misma línea, y en cuanto al concepto de «bases», es del mayor interés la reclamación que se hace en otro de los votos particulares —el de Díez-Picazo— en orden a «acentuar el carácter formal de las bases», de forma que «el legislador les atribuya expresamente ese carácter», sin abusar de la doctrina de la llamada «inferencia natural», que permite deducir tal condición de «la propia estructura de la norma».

**STS 19/89, de 31 de enero** («B.O.E» 28 febrero, núm. 50).

**R.A.**

**Ponente:** Leguina Villa.

**Desestima el recurso.**

**Conceptos:** Igualdad ante la Ley. Normas que establecen desigualdades con el fin de promocionar colectivos afectados de desigualdad. Discriminaciones por razón de sexo: varón.

**Preceptos de referencia:** Artículo 14 CE.

El reclamante, varón, entendía que se hallaba discriminado, puesto que de acuerdo con los Estatutos de la Mutualidad laboral del Sector Textil (Caja de jubilación y subsidio textil), aprobados por OM de 4-3-55 (prorrogados por OM de 13-6-67. DT punto 10), le correspondía como jubilación el 76 por 100 de su salario regular, mientras que si el jubilado hubiese sido una trabajadora, le hubiera correspondido el 80 por 100.

El TC vuelve a repetir en esta sentencia la doctrina ya establecida en la STC 128/87 sobre la validez de las normas promocionales que establecen discriminaciones tendentes a evitar situaciones de desigualdad real y, por tanto, ofrecen un fundamento racional que justifican el tratamiento desigual y la no arbitrariedad. El TC advierte que en el caso concreto, no deja de ser curioso que se califique como discriminatoria una diferencia en una época en que el colectivo femenino cobraba en el sector unos salarios mucho más bajos que sus compañeros varones. Por ello, se afirma que «no es apropiada la calificación de discriminatoria que el demandante de amparo hace a la disposición impugnada. De la exposición anterior se desprende con claridad que la diferencia de trato consagrada en los Estatutos de la Mutualidad laboral del sector textil no tenía por objeto colocar al trabajador en peores condiciones al momento de su jubilación, sino más bien compensar de algún modo la situación de inferioridad que laboral y socialmente venía padeciendo el personal femenino. Desde la perspectiva actual puede resultar criticable que esa compensación se efectuase mediante medidas aparentemente protectoras o de mejor trato y no, como quiere la Constitución de 1978 (art. 9.2) mediante la remoción de los obstáculos que impidan la igualdad real entre los grupos; pero esa objeción no puede llevar a la declaración de inconstitucionalidad de una medida que, lejos de crear discriminación alguna, se limitaba a otorgar determinadas ventajas a un colectivo que, en un análisis global de la situación social y laboral, estaba claramente discriminado» (F.J 5).

**STS 23/89, de 2 de febrero** («B.O.E» 28 febrero, núm. 50).

**R.A.**

**Ponente:** Begué.

**Desestimado.**

**Conceptos:** Personas físicas y jurídicas. Sobre la igualdad entre unas y otras. Personas jurídicas españolas y extranjeras.

**Preceptos de referencia:** Artículo 14 CE.

La solicitud de una sociedad anónima, que pretendía participar en un concurso para la adjudicación de quioscos de prensa en la ciudad de Barcelona, fue

rechazada por el Ayuntamiento por no tratarse de una persona física. Confirmada esta decisión por el TS, la sociedad recurrió en amparo, alegando violación del artículo 14 CE. Pese a que el Fiscal apoyaba el recurso, el TC lo desestimó, aunque con una doctrina muy matizada. En síntesis:

1.º Contra la tesis del Ayuntamiento (para el que el art. 14 CE solo sería aplicable a las personas físicas, «pues solo de ellas son predicables las circunstancias de nacimiento, raza, sexo, opinión...»), el TC admite que el derecho a la igualdad se reconoce «a los españoles, sin distinguir entre personas físicas y jurídicas» (FJ 2), de modo que cualquier persona jurídica —«de nacionalidad española»— tendrá derecho a no ser discriminada, incluso en relación con las personas físicas.

2.º No existe, sin embargo, «una necesaria equiparación entre personas físicas y jurídicas» (FJ 3). Estas últimas son «una creación del Derecho», correspondiendo al ordenamiento jurídico «delimitar su campo de actuación (...) y determinar, en su caso, si una concreta actividad puede ser desarrollada en un plano de igualdad por personas tanto físicas como jurídicas» (FJ 3). Solo si, a la vista de su configuración legal, fines y actividad a desarrollar, se llega a la conclusión de que la persona jurídica ocupa una posición «sustancialmente igual» a la de las físicas, cabrá plantearse la posible existencia de discriminación.

3.º Aunque la posición de la persona jurídica de que se trate y la de las personas físicas sea «sustancialmente igual» —y, por tanto, esté justificada la comparación— siempre cabe la posibilidad de que la discriminación tenga «una justificación objetiva y razonable». Y esto precisamente, y no otra cosa, es lo que se apreció en el caso planteado: se daba discriminación —ya que, en cuanto a la explotación de quioscos la posición jurídica de una persona física y de una sociedad no difiere en absoluto— pero justificada. «No puede afirmarse que la exclusión de una sociedad mercantil (...) carezca de una justificación objetiva y razonable. Es objetiva porque la desigualdad de trato que la sociedad demandante denuncia no se basa en su condición subjetiva de persona jurídica, sino que es simple corolario de la finalidad perseguida: facilitar la ocupación laboral en régimen de autonomía. Y es razonable por constituir dicha finalidad un objetivo lícito dentro de la política del empleo que deben adoptar los poderes públicos» (FJ 5).

**STS 37/89, de 15 de febrero** («B.O.E.» 2 marzo, núm. 52).

**R.A.**

**Ponente: Rubio Llorente.**

**Parcialmente estimado.**

**Conceptos:** Actuaciones judiciales e intimididad. Examen ginecológico. Inejecutabilidad forzosa de la medida. La «intimididad corporal» como «noción cultural».

**Preceptos de referencia:** Artículos 18 CE y 8.1 LO 1/82.

Tras investigaciones policiales que apuntaban la comisión de posibles delitos de aborto, fue ordenada judicialmente la entrada y registro en una clínica malagueña. A partir de los datos hallados en sus archivos, fueron citadas ante el Juzgado varias mujeres, a las que se tomó declaración, disponiendo asimismo que fuesen sometidas a examen ginecológico por el Médico forense. Una de las

mujeres investigadas, tras negarse a someterse a examen médico, planteó recurso de amparo en defensa, básicamente, de su intimidad (art. 18.1 CE). La violación del derecho se habría producido tanto por la incautación del historial clínico — cosa que, en realidad, no sucedió— como por la providencia —no ejecutada— que dispuso su examen médico.

El Ministerio Fiscal se opuso a la concesión del amparo, argumentando que, si bien la intervención de la historia clínica y el sometimiento a examen ginecológico implicaban intromisión en la intimidad, ésta era legítima, al tratarse de actuaciones judiciales (invocaba, por analogía, el art. 8.1 LO 1/82). El TC otorgó el amparo. Pero, para evitar conclusiones precipitadas, convendrá desglosar el contenido de la sentencia, distinguiendo las diversas cuestiones tratadas.

1.º *Pesquisa judicial, registro de domicilio y secreto profesional.* En cuanto al problema de la intervención de la historia clínica de la recurrente, y a pesar de que el Fiscal se había extendido al respecto, el TC no se pronuncia, toda vez que, en realidad, la supuesta «historia» se limitaba a la identidad personal y a la fecha de una aparente cita médica. En cualquier caso, precisa el TC, «el mandamiento judicial que hace posible la entrada y registro en un domicilio (artículo 18.2 CE) se justifica en el orden procesal penal, por la necesidad de identificar y, en su caso, recoger lo que interese a la instrucción, sin que sea oponible, frente a tal pesquisa legítimamente ordenada, secreto alguno [la recurrente había aludido al secreto profesional] que, dentro del domicilio investigado, importe a las actuaciones judiciales en curso» (FJ 4).

2.º *¿Intimidad dañada o solo amenazada?* El de amparo no es un recurso cautelar o preventivo frente a lesiones que se teme puedan producirse. En el caso de autos, el examen médico no había tenido lugar. Pero, a pesar de ello, el TC entendió que procedía la petición de amparo: «existe ya un acto del poder público (la providencia que ordenó el examen) que afectó de modo directo a lo que la actora estima fue el ámbito de su intimidad personal, por más que tal acto no haya alcanzado aun (...) efectividad plena»; «basta con constatar la existencia de un acto público conminatorio» (FJ 6).

3.º *El alcance de la proyección de la «intimidad corporal».* La intimidad incluye la «intimidad corporal». Esta es «de principio inmune, en las relaciones jurídicas públicas que ahora importan, frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona». Sobre esta base, el TC introduce dos matizaciones. Primera, «intimidad corporal» no es igual a «cuerpo humano»: no se trata de una «entidad física» sino de una «entidad cultural», determinada «por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal, de tal modo que no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo humano sobre las que se operan o por los instrumentos mediante las que se realizan, no constituyen, según sano criterio, violación del pudor o recato de la persona» (FJ 7). Segunda, aunque se trata de un ámbito protegido —como era el caso— «la intimidad puede llegar a ceder [...] ante exigencias públicas, pues no es un derecho de carácter absoluto» (FJ 7). En cualquier caso, tal afectación de la intimidad «es posible solo por decisión judicial» (FJ 7).

4.º *Ponderación judicial de la necesidad de la medida.* Aunque la intimidad no puede ser obstáculo para una investigación judicial, resulta imprescindible —por tratarse de la limitación de un derecho fundamental— «que la resolución

judicial se haya dictado luego de ponderar razonadamente, de una parte, la gravedad de la intromisión [...] y, de la otra, la imprescindibilidad de tal intromisión [...], sólo tal fundamentación permitirá que se aprecie, en primer lugar, por el afectado y que se pueda controlar, después, la razón que justificó, a juicio del órgano judicial, el sacrificio del derecho fundamental» (FJ 8). Esta falta de «ponderación», y no otra cosa, fue el defecto apreciado por el TC en el caso que se le sometía.

5.º Sobre las consecuencias de una eventual negativa a la ejecución de la medida. A pesar de admitir como legítimo que, en el curso de un procedimiento judicial, se disponga el examen ginecológico de una mujer, el TC rechaza que quepa una ejecución forzosa: «podría ser compelida mediante la advertencia de las consecuencias sancionatorias que pueden seguirse de su negativa o de la valoración que de ésta quepa hacer en relación con los indicios ya existentes, pero no, claro está, en ningún caso, mediante el empleo de la fuerza física, que sería en este supuesto degradante e incompatible con la prohibición contenida en el art. 15 CE» (FJ 8).

**STC 45/89, de 20 de marzo («B.O.E.» 2 marzo, núm. 52).**

**C.I.**

**Ponente: Rubio Llorente.**

**Declara la inconstitucionalidad de determinados artículos de la Ley 44/78, de 8 de septiembre.**

**Conceptos:** Concepto de familia, familia de hecho. Igualdad entre cónyuges. Régimen económico matrimonial y tributación. Derecho a la intimidad. Consecuencias de la inconstitucionalidad.

**Preceptos de referencia:** Artículos 14, 32 y 39 CE.

Se trata de la sentencia en la que se declara inconstitucional la tributación conjunta, si lesiona el principio de igualdad. Dejando aparte el problema fiscal, el TC se pronuncia sobre una serie de cuestiones relacionada con el concepto civil de familia, que constituyen la mayor parte de sus argumentaciones.

a) Concepto de familia. El TC limita a la familia matrimonial la argumentación, «sea cual fuere, en efecto, el concepto constitucionalmente adecuado de familia, no es discutible que tal concepto incluya sin duda la familia que se origina en el matrimonio que es en todo caso la que especialmente toman en consideración tanto la Declaración Universal de derechos Humanos como los Tratados de Derechos fundamentales suscritos por España...» (FJ 4). Ello es así para delimitar el sujeto del impuesto. Por ello se dice que «no se trata, sólo, en efecto que, como ya sabemos, la definición de unidad familiar no incluye ni en este ni en otros casos, las unidades de convivencia de otro género..., es que, además, de acuerdo con la propia definición legal, quedan excluidos de la unidad familiar todos los demás individuos (hijos mejores de edad, ascendientes) que convivan con los cónyuges...» (FJ 6).

b) El principio de igualdad jurídica de los cónyuges puede quedar lesionado cuando la carga tributaria que pesa sobre una persona integrada en una unidad familiar es mayor que la que pesaría sobre esta misma persona en otra circunstancia. Además, una configuración de este tipo lleva implícita la idea de que el

sujeto del impuesto no es el individuo, sino el grupo familiar: «en el fondo de esta comparación entre familias parece estar latente, en efecto, la idea de que el sujeto pasivo del impuesto no es el individuo sino la familia, o, dicho de otro modo, que se trata de un «impuesto de grupo». Por lo que la estructura del impuesto chocaría «no sólo con las que derivan de los principios de igualdad y capacidad económica, referibles sólo a las personas físicas y jurídicas, sino también de las (normas) que deducen del concepto de familia y matrimonio que alienta en los artículos 39 y 32 y que es incompatible con una concepción de grupo en la que sólo es *sui iuris* el cabeza y *alieni iuris* todo el resto de sus integrantes, siquiera únicamente a efectos fiscales» (FJ 7).

c) El sistema diseñado en la Ley cuestionada es contrario al principio de igualdad y «directamente va contra el mandato constitucional que ordena la protección de la familia». Existen, además, según el TC otros efectos del sistema, con relación con las normas promocionales: «se trata de la incidencia que el sistema mismo tiene sobre la división de trabajo en el seno del matrimonio y, en particular, sobre el acceso de los cónyuges al mercado de trabajo, es decir, en la práctica, sobre la influencia que el sistema pueda ejercer sobre la opción de la mujer entre el trabajo en el hogar o su incorporación en el mercado de trabajo», pues se parte del concepto de igualdad entre los cónyuges. «Esa igualdad se verá seguramente alterada cuando la libertad de elección u oficio de uno de los cónyuges se vea condicionada por las consecuencias económicas que, en razón de la norma tributaria se seguirán de su elección y, aunque carecemos de estudios sociológicos que claramente lo establezcan, parece poco dudoso que el sistema de acumulación de rentas, en cuanto que incrementa la carga tributaria de la familia, desestimula, por decir lo menos, el trabajo fuera del hogar del posible receptor de la segunda renta que es, en la mayoría de los casos, la esposa» (FJ 7).

d) La obligación de contribución conjunta implica, además, la necesidad de información entre esposos, que lesiona el derecho a la intimidad personal y familiar, especialmente en aquellos casos en que existe una ruptura de hecho que no se haya traducido en «una modificación jurídica del matrimonio, de tal modo que la actuación conjunta ante la Hacienda obligaría a restablecer, con este solo fin, una relación que violenta la intimidad de las personas» (FJ 9).

e) La tributación conjunta se justificaba, además, en el hecho de existir una comunicación de rentas entre cónyuges por regirse el matrimonio por un régimen de comunidad. Este argumento es cuestionado por el TC para quien «es cierto que las diferencias existentes entre los distintos regímenes económico matrimoniales, así como otras circunstancias hacen que sea de muy diferente intensidad, de unos casos a otros, la comunicación de rentas que sustancialmente justifica la sujeción común. Es innegable, sin embargo, que la legislación tributaria, en atención a la propia finalidad, no está obligada a acomodarse estrechamente a la legislación civil (que, sin embargo, tampoco puede ignorar) y que, en consecuencia, es en principio constitucionalmente lícito que el régimen fiscal del matrimonio sea establecido de modo uniforme, sin atender a la variedad posible en la práctica» (FJ 6).

f) Si en algún punto resulta discutible esta sentencia es en la determinación de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad. No se declara la nulidad entendiendo que «ni esa vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad es, sin embargo, siempre necesaria, ni los efectos de la nulidad en lo que toca al pasado

vienen definidos por la Ley, que deja a este Tribunal la tarea de precisar el alcance en cada caso, dado que la categoría de la nulidad no tiene el mismo contenido en los distintos sectores del ordenamiento». Por ello se remite al legislador para llevar a cabo las adaptaciones convenientes y declara no revisables las decisiones mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada y las establecidas mediante actuaciones administrativas firmes, por aplicación del principio de seguridad jurídica. Tampoco en lo que se refiere a pagos hechos en virtud de autoliquidaciones provisionales o definitivas acordadas por la administración (FJ 11).

**STC 46/89, de 21 de febrero** («B.O.E» 14 marzo, núm. 62).

**R.A.**

**Ponente:** Begué.

**Estimado.**

**Conceptos:** Resolución de arrendamiento. Requisitos para acceder a los recursos y tutela judicial. Necesidad de acreditar el pago de las rentas al interponer recurso.

**Preceptos de referencia:** Artículo 24.1 CE y artículo 148.2 LAU.

Decretada en primera instancia la resolución de un contrato de arrendamiento de vivienda y declarado indebidamente admitido el recurso de apelación, por no haberse acreditado al tiempo de interponerlo el pago de las rentas vencidas (artículo 148.2 LAU), se formula por el arrendatario recurso de amparo, alegando que la formalista interpretación del requisito legal hecha por la Audiencia violaba el artículo 24.1 CE. El TC acoge el recurso, reiterando la doctrina de la STC 90/86. Según ella, aunque el requisito establecido en el artículo 148.2 LAU es razonable, las normas que condicionan el acceso a los recursos deben interpretarse de la forma más favorable a la tutela judicial. El órgano juzgador debe «ponderar la entidad real del vicio advertido y la diligencia procesal de las partes, a efectos de determinar si es o no subsanable el defecto en cuestión» (FJ 2). Para ello, es preciso distinguir entre el hecho del pago, «que es un requisito esencial e insubsanable», y la acreditación de haberlo llevado a cabo que, por contra, «constituye un simple requisito formal, cuya omisión debe permitir el Juez que sea subsanada» (FJ 3). Esta distinción, que puede ser irrelevante en los casos en que la resolución se insta precisamente por impago, es, en cambio, decisiva cuando, como en el caso de autos, todo hace suponer que el arrendatario ha pagado puntualmente las rentas (la resolución se había pedido por necesitar la propietaria la vivienda para un hijo que deseaba casarse). En el mismo sentido, y para un caso análogo, vid., la STC 49/89, de 21 de febrero.

STC 51/89, de 22 de febrero («B.O.E» 14 marzo, núm. 62).

**R.A.**

**Ponente: Leguina.**

**Estimado.**

**Conceptos:** Honor y libertad de expresión. «Hechos» y «opiniones». Injurias al Ejército. El «honor» de las personas y la «reputación» de las instituciones públicas. Personas y grupos.

**Preceptos de referencia:** Artículos 18 y 20.1 CE.

La sentencia resuelve el recurso de amparo de un periodista que había sido condenado por un delito de injurias graves al Ejército (por lo visto, entre otras cosas, había escrito que aun no era hora de sustituir el nombre de Caballería «porque hay muchos semovientes en esa gloriosa Arma (...) y también en las demás»). El TC, en su sentencia, reitera doctrina sentada en resoluciones anteriores, en particular en la STC 109/88, que resolvió un supuesto muy semejante.

1.º Aun en los casos en que haya lesión del honor, cabe que la actuación resulte legítima si está amparada por las libertades del artículo 20.1.a) CE, «preferentes» en tanto que garantía de una opinión pública libre.

2.º El alcance justificativo de las libertades de información y expresión no es coincidente. «La libertad de información versa sobre hechos, que pueden y deben someterse al contraste de su veracidad (STC 6/88 de 21 de enero), en tanto que la libertad de expresión tiene por objeto pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor subjetivos, que no se prestan a una demostración de su exactitud, y que, por lo mismo, dotan a aquella de un contenido legitimador más amplio» (FJ 2). La opinión puede llegar pues mucho más allá que la información. Así sucedía en el caso de autos: «cualquier persona [tratándose de materias de interés público] puede manifestar sus opiniones y hacer la crítica de una situación, sea o no exacta o veraz la descripción de la situación criticada, pues no nos hallamos en el ámbito del derecho a la información, y sean más o menos positivas o negativas, justas o injustas y moderadas o acerbas tales opiniones» (FJ 3).

3.º De todas formas, también hay límites para la opinión: «no se incluyen en el ámbito de la libertad de expresión ni tienen valor de causa justificativa consideraciones desprovistas de relación con la esencia del pensamiento que se formula y que, careciendo de interés público [no olvidemos que también aquí se trata de defender la existencia de una “opinión pública libre”], resulten formalmente injuriosas [para] las personas a las que se dirijan» (FJ 2).

4.º Por último, «no puede confundirse el derecho al honor, garantizado también como derecho fundamental por el artículo 18.1 CE, y que tiene un significado personalista referible a personas individualmente consideradas, con los valores de dignidad, reputación o autoridad moral de las instituciones públicas y clases del Estado, los cuales [...] gozan de un nivel de garantía menor [...] máxime cuando las opiniones o informaciones [...] se dirigen no contra una institución, clase o cuerpo como tal, sino indeterminadamente contra los individuos que pertenezcan [...] en un momento dado» (FJ 2).

**STC 54/89, de 23 de febrero** («B.O.E» 14 marzo, núm. 62).

**R.A.**

**Ponente: Latorre.**

**Desestimado.**

**Conceptos:** Sentencia de divorcio extranjera. Denegación del «exequatur» y derecho a la tutela judicial.

**Preceptos de referencia:** Artículos 24 CE y 954 LEC.

La sentencia resuelve el recurso interpuesto contra un auto del TS que denegó el «exequatur» a dos sentencias de divorcio extranjeras, en aplicación del artículo 954, 3.ª LEC (orden público). Según el TC «el examen de los requisitos que derivan del orden público del foro, la homologación del cumplimiento de tales requisitos y la interpretación de las normas que los establecen son cuestiones de legalidad ordinaria en sentido estricto» (FJ 2). Sin perjuicio de ello, antes de la concesión del «exequatur» y en aplicación del artículo 954, 3.ª LEC, deberá verificarse que la resolución extranjera ha tenido en cuenta «las garantías contenidas en el artículo 24 CE, de forma que [su] ejecución no se convierta en un medio para enervar la efectividad de los derechos fundamentales» (FJ 5). Entre tales garantías se encuentra la necesidad de una «prueba suficiente (FJ 5), que era precisamente lo que faltaba en el caso de autos.

**STC 56/89, de 16 de marzo** («B.O.E» 19 abril, núm. 93).

**Ponente: Tomás y Valiente.**

**Conflicto positivo de competencia.**

**Conceptos:** Interpretación de los *nomina iuris*.

El tema que se trae a colación en este resumen es el planteado en el FJ 1, con relación a la interpretación que deba darse a las palabras de uso común que aparecen en las leyes. En este caso, se trataba de un conflicto de competencias provocado por la Generalitat catalana en relación con el RD 1212/84 y sobre si debía entenderse incluida la extracción del coral entre las actividades de marisqueo o entre las actividades pesqueras. El TC la incluyó en este último apartado, con lo que aplicaba el título competencial del artículo 149.1.19 CE.

Para los aspectos civiles, interesaba básicamente el FJ 1, que establece una doctrina sobre la interpretación de conceptos no jurídicos: «con frecuencia sucede que los *nomina iuris* no tienen el mismo significado que cuando estos significantes se emplean en el lenguaje no jurídico». Cita ejemplos como el de parricidio en el artículo 405 CP o la habitación en el artículo 524 Cc y añade que «estos ejemplos, tan banales como fácilmente multiplicables, sirven para ilustrar la afirmación de que la constelación de los conceptos jurídicos es artificial, por lo cual, para precisar su significado técnico sirven de poco disquisiciones procedentes de otros campos semánticos. El argumento construido por los recurrentes en el presente proceso a través de nociones zoológicas... puede adentrarnos en vías tan apasionantes como científicas, pero es de temer que cuando más anduviéramos por ellas más nos habríamos alejado de nuestro objetivo, que, desde luego, no consiste en sentenciar sobre la naturaleza zoológica o la correcta taxonomía de tales celentéreos, sino en determinar si la actividad extractiva no tanto del coral,

sino del polípero o formación calcárea que aquellos producen encaja mejor en el título competencial del marisqueo».

Después de examinar la legislación española y de la CEE sobre esta cuestión, se dice que «la pesca es un *genus* y el marisqueo una *species*, por lo demás no diferenciada en cuanto tal por el Derecho de la CEE, lo que nos impide verificar si fuera del Derecho español se incluye o no la extracción del coral». Y después de añadir que ninguno de los legisladores españoles ha incluido la extracción del coral dentro del marisqueo, concluye diciendo que «el concepto de pesca es tan amplio, tanto en la preconstitucional Ley de Pesca (Ley 147/1961) como en la catalana Ley 1/1986, que sin duda engloba con naturalidad la extracción de coral». (FJ 2).

**STC 62/89, de 3 de abril** («B.O.E» 19 abril, núm. 93).

**R.A.**

**Ponente: Rodríguez-Piñero.**

**Estimado.**

**Conceptos:** Resolución de contrato de arrendamiento. Acceso a los recursos y tutela judicial. Consignación de rentas mediante cheque bancario.

**Preceptos de referencia:** Artículos 24.1 CE y 148.2 LAU.

Tras la estimación en primera instancia de una demanda de resolución de contrato de arrendamiento de vivienda, el inquilino interpuso recurso de apelación, uniendo al correspondiente escrito —que se presentó el último día del plazo en el Juzgado de Guardia— un cheque, emitido por el Banco de Bilbao contra sí mismo y a favor del Secretario del Juzgado «a quo», por el importe a que ascendían las rentas vencidas hasta el momento. El Juzgado de Distrito, pese a la oposición de la parte recurrida, tuvo por interpuesto en tiempo y forma el recurso. En cambio, la Audiencia lo declaró mal admitido, al entender no cumplida la exigencia del artículo 148.2 de la LAU. Según ella, la consignación de rentas debía haberse hecho en metálico.

El inquilino alegaba la violación del derecho a la tutela judicial (art. 24.1 CE), por haberse dado una interpretación demasiado literal y estricta al artículo 148.2 LAU. El Fiscal compartía esta opinión. Finalmente el TC otorgó el amparo, aunque poniendo mucho cuidado en conectar la decisión a las concretas circunstancias del caso. La doctrina de la sentencia es la siguiente:

1.º El requisito establecido en el artículo 148.2 LAU, a pesar de condicionar el acceso a los recursos, no es contrario al derecho a la tutela judicial (art. 24.1 CE). Tiene una justificación razonable y suficiente: «evitar que el arrendatario se valga del pleito para dejar de satisfacer la renta durante la tramitación del mismo» (FJ 3, citando la TC 104/84).

2.º Ahora bien «al ser precisamente un obstáculo al ejercicio de un derecho fundamental, el de la apelación, ese presupuesto procesal ha de ser interpretado, a partir de la Constitución, en un sentido menos rígido del que tradicionalmente había venido exigiendo nuestra jurisprudencia civil» (FJ 3). «Las exigencias de consignación y depósito que las leyes procesales establezcan para interponer recursos, para ser compatibles con el artículo 24,1 CE, no deben constituir obstáculos razonables» (FJ 3).

No hay que pensar, de todas formas, que, en esta sentencia se declare la validez general del cheque bancario como medio de consignación (y menos aún de pago). En ella, como corresponde a la naturaleza del recurso, el TC se limita a resolver el caso concreto planteado, teniendo muy en cuenta las circunstancias concurrentes. En particular, dos: que el demandado no recurrió a la consignación mediante cheque por mero capricho (el Juzgado de Guardia, ante el que se presentó el recurso, no admitía metálico) y que, en cualquier caso, aun si se hubiese consignado metálico, el actor habría recibido lo mismo que en el caso de autos (un talón librado por el Juzgado contra la cuenta de depósitos).

**STS 69/89, de 20 de abril («B.O.E» 19 mayo, núm. 119).**

**R.A.**

**Ponente: García-Mon.**

**Desestimado.**

**Conceptos:** Críticas a los superiores: límites específicos a la libertad de expresión cuando entre quien la ejerce y el aludido hay una relación jerárquica.

**Preceptos de referencia:** Artículo 20.1 CE.

La sentencia resuelve el recurso interpuesto por un policía, sindicalista, sancionado por haber publicado un artículo en el que criticaba al Gobernador civil de la provincia. En ella se aborda el problema del alcance de la libertad de expresión cuando quien la ejerce es un funcionario y el criticado un superior jerárquico. El TC reitera la doctrina sentada, para un caso muy semejante, por la STC 81/83, de 10 de octubre, señalando que, junto a los límites generales que afectan a todos los ciudadanos, la libertad de expresión de los funcionarios puede estar sometida a otros límites específicos, en función del «grado de jerarquización o disciplina interna al que se encuentren sometidos» (FJ 2).

**STC 70/89, de 20 de abril («B.O.E» 19 mayo, núm. 119).**

**R.A.**

**Ponente: Rubio Llorente.**

**Desestimado.**

**Conceptos:** Resolución de contrato de arrendamiento. Diverso enjuiciamiento de un mismo acto administrativo por dos órdenes jurisdiccionales distintos y tutela judicial.

**Preceptos de referencia:** Artículo 24.1 CE.

El propietario de un antiguo inmueble solicitó y obtuvo autorización gubernativa, de acuerdo con lo previsto en la LAU, para demolerlo y levantar otro nuevo. La decisión administrativa fue, sin embargo, recurrida por algunos arrendatarios. Estando en curso el proceso contencioso-administrativo, el propietario planteó demanda civil, solicitando la resolución de los contratos de arrendamiento, con base en la autorización inicialmente obtenida (arts. 114.11, 62.2.º y 78 y siguientes de la LAU). Los arrendatarios se opusieron, alegando que estaba aún pendiente el proceso contencioso y que en él se había dispuesto la suspensión de la ejecutividad del acto. Pese a ello, el Juzgado de primera instancia, aplicando doctrina

del TS, estimó la demanda, declarando resueltos los contratos. La decisión fue confirmada por la Audiencia, a pesar de que, por entonces, en el proceso contencioso ya se había anulado —si bien sin firmeza— la autorización gubernativa.

Los arrendatarios, al acudir ante el TC, denunciaban la violación de su derecho a la tutela judicial (art. 24.1 CE), por entender que existía una flagrante contradicción entre las decisiones contencioso-administrativa y civil. Dicho en palabras del Fiscal, que apoyaba la concesión del amparo, «con arreglo al principio de la unidad jurisdiccional, no cabe, porque supondría violación del artículo 24.1, que dos Tribunales de justicia declaren la existencia y la no existencia de una misma realidad jurídica a un tiempo». El TC desestimó el recurso.

*Nota* (R.C.V.).—El problema del sometimiento de unos mismos hechos al conocimiento de diversas jurisdicciones no es nuevo en la jurisprudencia del TC. Pueden verse, en este sentido, las SSTC 77/83 (en vía penal se absuelve a una persona del delito de desórdenes públicos que se le imputaba, como presunto autor de un falso aviso de bomba, en tanto que en vía contenciosa se confirma la sanción gubernativa que le había sido impuesta); 24/84 (en vía penal se absuelve a un trabajador acusado de hurto, pero la jurisdicción laboral declara procedente su despido); 62/84 (pese al sobreseimiento provisional de una causa penal por apropiación indebida, por no haber autor conocido de los hechos, la magistratura admite la procedencia del despido); y 158/85 (anulada por la jurisdicción contenciosa la sanción impuesta a una empresa, por entender que no se infringió la normativa de seguridad e higiene en el trabajo, la jurisdicción laboral impone, sin embargo, un recargo en las prestaciones debidas a los perjudicados, por entender que sí hubo infracción).

Para la solución de esas aparentes contradicciones, el TC viene distinguiendo entre la realidad de los hechos, respecto de la cual no admite discrepancias («unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado»), y el «enjuiciamiento y calificación» de tales hechos, que sí puede, en cambio, dar lugar a apreciaciones independientes (STC 77/83). Esta doctrina llevó a la estimación del amparo en las SSTC 77/83 y 158/85; en tanto que determinó su desestimación en la STC 24/84. La línea argumental se repite en la que ahora se comenta (así como en la posterior STC 116/89, de 22 de junio, relativa a un caso idéntico):

«No se trata [...] de que un orden jurisdiccional (el contencioso-administrativo) haya negado la existencia de un hecho que el orden jurisdiccional civil afirma, sino de que examinando una y otra jurisdicción un mismo hecho (en el caso un acto administrativo de autorización) desde perspectivas distintas, extraen de su existencia indudable distintas consecuencias» (FJ 3). «No se trata [...] ni de afirmar un hecho cuya existencia haya sido negada por otro orden jurisdiccional, ni de otorgar validez a una actuación administrativa invalidada, por la jurisdicción competente, sino de una consideración “bajo otra perspectiva y bajo otras normas” del ejercicio de una facultad contractual que la jurisdicción contenciosa no pudo contemplar» (FJ 4). «El hecho de que la sentencia pronunciada en esta vía [civil] no haya tenido en cuenta la decisión producida en la primera de ellas [contenciosa] no viola el derecho a la tutela judicial efectiva. No existiendo norma legal que establezca relación de litispendencia entre dichas jurisdicciones corresponde a cada una de ellas, en efecto, en el ejercicio independiente de la potestad que le confiere el artículo 117.3 CE, decidir» (FJ 4).

De todas formas, y pese a su esfuerzo para razonar la ausencia de contradicciones, el TC no puede sustraerse a la insatisfacción que sin duda ha de producir la solución final del caso (en efecto, ¿cómo, a pesar de haberse anulado la autorización gubernativa, puede resolverse en base a ella un contrato de arrendamiento...?). Por ello la sentencia hace notar que, aunque no viole el artículo 24.1 CE, «es, sin duda, criticable la posibilidad de que se produzcan sobre los mismos intereses sentencias en cierta medida contradictorias a causa de una determinada interpretación judicial que establece la concurrencia de dos órdenes jurisdiccionales distintos».

**STC 74/89, de 24 de abril** («B.O.E» 22 mayo, núm. 121).

**Conflicto positivo de competencia.**

**Ponente:** Tomás y Valiente. Voto particular de García-Mon.

**Declara la competencia de la Generalitat de Catalunya.**

**Conceptos:** Competencia en materia civil: interpretación del artículo 149.1.8 en lo que se refiere a instrumentos públicos. Interpretación de la Ley y de los actos jurídicos: uso del catalán en las escrituras públicas.

**Preceptos de referencia:** Artículo 149.1.8 CE.

Se trataba de determinar si la Generalitat de Catalunya tenía competencias para regular el uso del catalán en las escrituras públicas. El conflicto complementa el que se había planteado por el Gobierno central sobre la Ley de normalización lingüística de la Generalitat catalana. Debe recordarse aquí que en la STC 83/86 se consideró inconstitucional el artículo 6.1 de la mencionada Ley que establecía que en el caso que se planteasen dudas entre las versiones catalana y castellana de una ley aprobada por el Parlamento catalán, prevalecía la primera de dichas versiones. La razón de la inconstitucionalidad era que de acuerdo con el artículo 149.1.8 CE, corresponde al Estado la competencia exclusiva para dictar normas sobre aplicación de las normas jurídicas, lo que comprende las reglas sobre interpretación. Sin cambiar esta doctrina, la STC 74/89 entendió que existen diferencias entre el caso resuelto en la STC 83/86 y el planteado en el caso resuelto sobre regulación del uso del catalán en escrituras públicas. Los argumentos de la decisión del TC son de tres tipos:

a) Se afirma la competencia de la Generalitat catalana para dictar normas que regulen el uso del catalán en escrituras públicas, ya que de lo contrario tal competencia quedaría vacía de contenido (FJ 5).

b) Se reconoce la diferencia entre los casos planteados en los dos conflictos, porque las escrituras públicas no son ni contienen normas jurídicas y por ello, las reglas sobre su interpretación no quedan comprendidas en el artículo 149.1.8 CE. Se afirma que «en todo caso, se trata de reglas basadas en la autonomía de la voluntad y circunscritas al ámbito relacional de los otorgantes, a los que proporciona una vía de solución que tiende a favorecer *inter partes* el acuerdo; pero en nada determinan tales reglas la autenticidad e incontrovertibilidad de la interpretación que con arreglo al texto por ellas seleccionado se efectúa, ya que queda expedita la formalización de una eventual discrepancia en sede jurisdiccional».

c) La competencia sobre este punto no tiene nada que ver con la atribuida al Estado en exclusiva en el artículo 149.1.8 CE sobre «instrumentos públicos», dado que esta competencia «tiende al aseguramiento de un tratamiento normativo unitario y común de los documentos públicos notarialmente autorizados, y, por tanto, de las escrituras públicas, uniformando a tal fin el régimen de su naturaleza y contenido, de sus requisitos internos y formales, de su validez y eficacia y, en general, de todos aquellos aspectos que comprometan la unidad de su disciplina jurídica, de modo que una nota definitoria de las reglas ordenadoras de los instrumentos públicos, y, por tanto, de las escrituras públicas, ha de ser la de servir, en relación de necesidad, al establecimiento y preservación de la uniformidad de su régimen jurídico» (FJ 5).

*Nota* (E.R.T.).—En el voto particular se discrepa de esta argumentación, aduciendo que imponer a los particulares una determinada norma interpretativa, significa en todo caso, sustituir su voluntad de forma imperativa y, porque se trata de una norma de este tipo, que invade las competencias exclusivas del Estado.

Otra referencia al tema de la ordenación de los Registros e instrumentos públicos, la hallamos en la STC 87/89, 11 mayo, que soluciona un conflicto positivo de competencias planteado por la Generalitat de Cataluña sobre la reforma del reglamento notarial por RD 1209/84. En este caso (demarcaciones registrales) el TC declaró que las competencias controvertidas correspondían al Estado.

**STC 85/89, de 10 de mayo** («B.O.E.» 13 mayo, núm. 140).

**R.A.**

**Ponente:** Tomás y Valiente.

**Desestimado.**

**Conceptos:** Medidas judiciales y derecho al honor.

**Preceptos de referencia:** Artículo 18.1 CE.

En un proceso penal por posible delito monetario, se acordó la libertad provisional de uno de los imputados, con obligación de comparecer periódicamente ante el Juzgado. El afectado acudió en amparo ante el TC alegando, aunque de forma marginal que las medidas adoptadas afectaban a su honor y a su imagen («la situación de libertad provisional bajo fianza [...] es un hecho público que, de considerarse no ajustado a Derecho, constituye un notable menoscabo» (Antecedente 33). El TC rechazó este planteamiento: «es doctrina reiterada de este Tribunal que la adopción de medidas judiciales, legalmente previstas, no produce una intromisión ilegítima en el derecho al honor, siempre que, como ocurre en este caso, estén acordadas dentro de los supuestos legalmente previstos y expresamente razonados en términos de Derecho» (FJ 3).

**STC 86/89, de 11 de mayo** («B.O.E» 13 mayo, núm. 140).

**R.I.**

**Ponente: López Guerra.**

**Declara la inconstitucionalidad de determinados artículos de la Ley 33/84, 2 agosto, de ordenación de los seguros privados.**

**Conceptos:** Territorialidad de las competencias autonómicas. Competencia del Estado para dictar normas de conflicto.

**Preceptos de referencia:** Artículo 149,1,8 CE.

Se trataba de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por los gobiernos catalán y vasco sobre determinadas normas de la Ley de seguros privados, que se entendía que invadían las competencias legislativas que en esta materia, se habían asumido por los respectivos Estatutos de autonomía.

Por lo que interesa al Derecho civil, hay que decir que se deja sentado que las competencias de las comunidades autónomas están por su propia naturaleza, limitadas a su territorio y que en el caso de que existan conflictos, corresponde al estado la competencia para dictar normas que regulen los conflictos de leyes. En este caso, el estado había ejercitado la competencia, pero lo que se discutía era la validez de los puntos de conexión utilizados (FJ 9), que son considerados conformes a la constitución si se interpretan de acuerdo con las coordenadas señaladas en el FJ 11.

**STC 89/89, de 11 de mayo** («B.O.E» 14 junio, núm. 141).

**C.I. (art. 3, párr. 2.º de la Ley de Colegios Profesionales).**

**Ponente: De la Vega.**

**Desestimada.**

**Conceptos:** Colegiación obligatoria y libertad de asociación. Corporaciones y Asociaciones.

**Preceptos de referencia:** Artículos 22 y 36 CE y 35 CC.

De acuerdo con el artículo 3, párrafo 2.º, de la Ley 2/74 de Colegios Profesionales, «será requisito indispensable para el ejercicio de las profesiones colegiadas la incorporación al colegio en cuyo ámbito territorial se pretenda ejercer la profesión». La Audiencia Nacional, dudando de la conformidad de este precepto con el derecho de asociación (art. 22 CE), elevó ante el TC la oportuna cuestión.

El problema se había planteado ya, directa o indirectamente, en ocasiones anteriores. En esta nueva sentencia el TC no hace sino reiterar su propia doctrina. Conforme a ella, los Colegios Profesionales no están, sin más, incluidos en el artículo 22 CE. Es obvio —ahí está el art. 36 CE— que se les ha querido desgajar del régimen general. Son «en cierto modo» asociaciones, pero de una clase «peculiar o especial» (FJ 7). La inmensa mayoría de la doctrina, como constata el TC, «se pronuncia en favor de una concepción mixta o bifronte que, partiendo de una base asociativa (...), considera los Colegios como corporaciones que cumplen a la vez fines públicos y privados, pero integrados siempre en la categoría o concepto de Corporación, al que, al hablar de las personas jurídicas, ya se refería el artículo 35 del CC, que separa “las Corporaciones, Asociaciones y Fundaciones de interés público reconocidas por la Ley” de las “Asociaciones

de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales...» (FJ 4). «Los Colegios Profesionales, en efecto, constituyen una típica especie de Corporación, reconocida por el Estado, dirigida no solo a la consecución de fines estrictamente privados, lo que podría conseguirse con la simple asociación, sino esencialmente a garantizar que el ejercicio de la profesión —que constituye un servicio al común— se ajuste a las normas o reglas que aseguren tanto la eficacia como la eventual responsabilidad en tal ejercicio, que, en principio, por otra parte, ya ha garantizado el Estado con la expedición del título habilitante» (FJ 5). Por ello, aunque la CE no ordena la colegiación obligatoria, tampoco impide que la ley la imponga (FJ 8).

**STC 100/89, de 5 de junio** («B.O.E» 4 julio, núm. 158).

**R.A.**

**Ponente: De los Mozos.**

**Desestima el recurso.**

**Conceptos:** Discriminación por razón de edad: Jubilación. Derechos adquiridos.

**Preceptos de referencia:** Artículos 9.3 y 14 CE.

En esta sentencia se reitera la doctrina según la cual, la jubilación forzosa no vulnera ningún derecho fundamental, porque afecta por igual a todas las personas que se hallan en la misma situación. Lo mismo debe aplicarse en las reclamaciones contra la Ley de Función Pública, que adelanta la edad de jubilación. Según el FJ 4, «al anticipar la jubilación con ocasión de diseñar un nuevo modelo de la función pública, entra dentro de las elecciones legítimas del legislador ordinario que para nada vulneran los derechos fundamentales y lo mismo cabe decir del tema de las pensiones que no es más que una consecuencia del anterior» (FF.JJ 5 y 6).

En relación con el tema de los derechos adquiridos y la aplicación retroactiva de la Ley, el TC reitera en esta sentencia la doctrina de que se trata de una cuestión de legalidad ordinaria y que corresponde a los Tribunales decidir sobre la misma, sin que pueda plantearse la inconstitucionalidad. Este tema «constituye una cuestión de legalidad ordinaria, en el proceso de sucesión de las normas jurídicas en su vigencia en el tiempo, de modo que, sólo de acuerdo con la fuerza vinculante de las normas jurídicas y con sus posibilidades de configuración de la realidad que se toman como presupuestos de aplicación de las mismas, se puede hablar de verdaderos derechos adquiridos» (FJ 4).

Se reitera también aquí una ya consolidada doctrina que excluye el artículo 9 CE de la protección otorgada por el recurso de amparo, por establecerlo así el artículo 53 CE (FJ 4).

**STC 103/89, de 8 de junio** («B.O.E» 4 julio, núm. 158).

**Recursos de inconstitucionalidad.**

**Ponente: Rodríguez Bereijo.**

**Declara la inconstitucionalidad del párrafo 1 del artículo 26 de la Ley 23/84.**

**Conceptos:** Derecho supletorio.

**Preceptos de referencia:** Artículo 149.3 CE.

La Comunidad Autónoma de Galicia impugnó la Ley 23/84, de 25 de junio, por entender que invadía las competencias que había asumido en su Estatuto de Autonomía sobre marisqueo y acuicultura. En lo que interesa al ámbito civil, se discutía el alcance supletorio de la Ley impugnada, establecido en su disposición adicional, por entender que ni siquiera por vía supletoria puede el Estado, vigente un Estatuto de autonomía, innovar la legislación estatal preestatutaria.

Dos son los puntos objeto de la argumentación del TC:

a) El relativo a si la legislación preestatutaria puede ser o no modificada posteriormente, por haberse asumido competencias sobre la materia una Comunidad autónoma. El TC rechaza la opinión positiva y entiende que «la tesis mantenida por los recursos en este punto no sólo conduciría al otorgamiento de una rigidez absoluta, de indiscernible fundamento material a las leyes estatales vigentes al tiempo de la adopción de cada Estatuto, sino también y por necesaria consecuencia lógica, a una fragmentación, igualmente inaceptable, del Derecho estatal que fuera de aplicación, principal o supletoriamente, en las distintas partes del territorio nacional, conclusión ésta que, como fácil es de comprender, contraría las más elementales exigencias tanto de principio constitucional de unidad como la regla de supletoriedad del Derecho del Estado» (FJ 3).

b) Sobre el significado de la cláusula de supletoriedad del artículo 149.3 CE, el TC niega que se trate de una fórmula que permita atribuir competencias al Estado: «si bien la regla de supletoriedad del Derecho estatal del art. 149.3 CE en manera alguna constituye una cláusula universal atributiva de competencias para legislar sobre cualesquiera materias a favor del Estado (STC 15/89, FJ 1) porque, obviamente, no es una norma competencial, sino ordenadora de la preferencia en la aplicación de las normas en el Estado compuesto configurado por la Constitución» (FJ 4).

Ello llevará a distinguir los diferentes ámbitos de aplicación: «La supletoriedad declarada por su tan repetida disposición adicional, lo es respecto de las normas que puedan dictar las Comunidades autónomas que ostenten competencias sobre la materia, concepto éste —el de “materia” regulada por la legislación estatal— que alcanza aquí virtualidad sólo en atención a cada precepto de la misma Ley, cuyo objeto específico de normación habrá de considerarse en cada caso para apreciar el grado de aplicación (supletoria o directa) que para sí busquen las reglas estatales» (FJ 4).

**STC 108/89, de 8 de junio** («B.O.E» 4 julio, núm. 158).

**R.A.**

**Ponente:** Rubio Llorente.

**Deniega el amparo.**

**Conceptos:** Aplicación del principio de igualdad en las relaciones entre particulares.

**Preceptos de referencia:** Artículo 14 CE.

CC.OO pidió que se declarara lesionado su derecho a la igualdad, por no haber sido convocada como parte a una reunión de la mesa negociadora de un convenio colectivo, en la que se suscribió un convenio de eficacia limitada.

Dejando aparte la cuestión que da lugar al recurso, en lo que aquí interesa, hay que destacar la afirmación que se realiza en el FJ 1, donde, después de decirse que no puede alegarse vulneración de la igualdad sin aportar la norma que ha sido objeto de aplicación discriminatoria, se añade que «el respecto de la igualdad ante la Ley se impone a los órganos del poder público, pero no a los sujetos privados, cuya autonomía está limitada sólo por la prohibición de incurrir en discriminaciones contrarias al orden público constitucional, como son, entre otras, las que expresamente se indican en el art. 14 CE» (FJ 1).

*Nota (E.R.T.).*—En esta cita se contiene una afirmación que no contradice, sino que confirma lo que se está negando, ya que si es cierto que los particulares tienen su autonomía limitada por la prohibición de incurrir en las discriminaciones previstas en el artículo 14 CE, es que el principio de igualdad debe respetarse en las actuaciones entre particulares. Además, esta afirmación no parece muy conforme con lo declarado en otras sentencias, como las 18/84 y 177/88, así como la posterior 171/89.

**STC 113/89, de 22 de junio** («B.O.E» 24 julio, núm. 175).

**CI (art. 22.1 del TR de la Ley General de la Seguridad Social).**

**Ponente:** Díaz Eimil.

**Conceptos:** Responsabilidad patrimonial. Límites. Embargo de pensiones y «mínimos vitales».

**Preceptos de referencia:** Artículo 24 CE.

El pago periódico de una indemnización, mediante retención del parte del salario del obligado, se vio interrumpido al jubilarse éste y pasar a recibir una pensión de la Seguridad Social, inembargable de acuerdo con el artículo 22 del TR de la LGSS. El acreedor exigió pese a ello el cumplimiento de la sentencia, planteando la Audiencia-cuestión de inconstitucionalidad, por entender que la inembargabilidad absoluta de la pensión violaba el derecho a la tutela judicial (art. 24.1 CE).

Como reiteradamente ha puesto de manifiesto el TC, la tutela judicial incluye el derecho a la ejecución de las sentencias. Y, aunque corresponde al legislador disponer cómo habrá de llevarse a cabo, los requisitos o limitaciones que establezca, por afectar a un derecho fundamental, habrán de responder «a razonables finalidades de protección de valores, bienes o intereses constitucionalmente protegidos» y guardar «debida proporcionalidad con dichas finalidades» (FJ 3). Entre las variadas razones que motivan las numerosas declaraciones legales de inembar-

gabilidad, «destaca la social de impedir que la ejecución forzosa destruya por completo la vida económica del ejecutado y se ponga en peligro su subsistencia y la de su familia» (FJ 3). El respeto a la dignidad humana, la protección de la familia y los derechos a la salud y la vivienda, son la base constitucional que justifica la creación de «una esfera patrimonial intangible a la acción ejecutiva de los acreedores» (FJ 3). Ahora bien, el sacrificio impuesto al acreedor debe ajustarse al principio de proporcionalidad: «es preciso que la declaración de inembargabilidad se desenvuelva dentro de los límites cuantitativos que resulten imprescindibles para asegurar el mínimo económico vital de sus beneficiarios y no los sobrepasen» (FJ 3). Este límite lo habría fijado el legislador —que es a quien corresponde hacerlo— en el salario mínimo interprofesional (FJ 3).

Sobre este mismo problema, y aplicando la doctrina aquí sentada (inconstitucionalidad de la inembargabilidad absoluta, y al margen de su cuantía, de las pensiones de la Seguridad Social) vid., las SSTC 138/89 y 140/89, ambas de 20 de julio de 1989.

**STC 121/89, de 3 de julio** («B.O.E» 24 julio, núm. 175).

**R.A.**

**Ponente: Rodríguez-Piñero. Voto discrepante de Díaz Eimil.**

**Estimado.**

**Conceptos:** Libertad de expresión y derecho al honor. «Honor» de las personas públicas y «dignidad o prestigio» de las Instituciones y Clases del Estado.

**Preceptos de referencia:** Artículos 18.1 y 20.1 CE.

Con ocasión de un incidente bastante conocido (la comparecencia en un Juzgado, durante el carnaval, de varias personas disfrazadas, entre ellas el Juez), se publicó por un abogado una columna periodística en la que —sin mencionar personas ni casos concretos— se incluían frases como las que siguen: «los Secretarios no han llamado la atención durante décadas vestidos de “inservibles”»; «sería la primera vez que alguien del Poder Judicial presta atención a lo que un Abogado hace o dice en el acto de un juicio»; «¿acaso es serio tardar tres meses en hacer lo que cuesta quince minutos, o hacer por escrito lo que ha de ser oral, o suspender los juicios atrasados para tomar café, o citar a la gente a las diez para empezar los juicios a las once o a las doce? ¿Es serio tratar a los testigos como acusados y a los acusados como convictos o sustituir el servicio por mala educación, o convertir un derecho en un suplicio?».

El autor del texto fue condenado como autor de una falta del artículo 570.5.º CP, por «trato desconsiderado e irrespetuoso hacia cuerpos determinados del Estado». El recurso de amparo, interpuesto por violación de la libertad de expresión, fue apoyado por el Fiscal. En su sentencia, el TC reitera la doctrina sentada en fallos anteriores:

1.º Las libertades del artículo 20 CE no son solo derechos fundamentales sino también «garantía de la opinión pública libre», esencial en un Estado democrático, por ello gozan «de una eficacia que trasciende a la común y propia de los demás derechos fundamentales, incluido el honor (SSTC 6/81, 114/86, 107/88 y 165/87)» (FJ 2).

2.º «En el contexto de asuntos de relevancia pública», y el funcionamiento de la Administración de Justicia lo es, «es preciso tener presente que el derecho al honor tiene en nuestra Constitución un significado personalista, en el sentido de que el honor es un valor referible a personas individualmente consideradas, lo cual hace inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas o de clases determinadas del Estado, respecto de las cuales es más correcto, desde el punto de vista constitucional, emplear los términos de dignidad, prestigio y autoridad moral, que son valores que merecen la protección penal que les dispense el legislador, pero... en su ponderación frente a la libertad de expresión debe asignárseles un nivel más débil de protección del que corresponde atribuir al derecho al honor de las personas públicas o de relevancia pública» (FJ 2).

*Nota (R.C.V.).*—Merece destacarse el voto particular del Magistrado Díaz Eimil, formulado no tanto por desacuerdo con el sentido de la sentencia —aunque también— como por razones de índole doctrinal. Son dos los puntos de discrepancia:

1.º La doctrina según la cual la lesión de la libertad de expresión residiría en la falta de una explícita ponderación de los derechos fundamentales en conflicto.

Esta fue la argumentación utilizada en la STC 104/86 para justificar la anulación de una sentencia que había condenado a un periodista como autor de una falta del artículo 570.5 CP. La decisión, decía el TC, no se anulaba por una discrepancia de fondo, sino porque en ella faltaba una explícita valoración de los derechos fundamentales enfrentados. El TC tenía interés en dejar bien sentado que era al Juez a quien correspondía decidir sobre el fondo y que, cumplido el requisito —de carácter más bien formal— de la ponderación de la libertad de expresión, nada le impedía valorar los hechos conforme a su propio criterio, dictando, en su caso, sentencia condenatoria. En su deseo de hacer patente que no invadía las funciones de la justicia ordinaria, el TC afirmaba que la absolución del periodista no era la única solución compatible con la Constitución, llegando incluso a apuntar las diversas líneas argumentales que el Juez pudo haber utilizado para resolver el conflicto planteado en el mismo sentido en que lo hizo, esto es, dando preferencia al honor (vid., FJ 7). Quizá fue esta argumentación, y el hecho de que solo se le hiciese un reproche formal, lo que llevó al Juez a dictar nueva sentencia condenatoria, incluyendo esta vez la ponderación cuya falta se criticaba a la anterior. El TC hubo de conocer así de un segundo recurso de amparo, que también estimó (STC 159/87, asimismo con voto discrepante de Díaz Eimil).

Parece obvio que si el TC está de acuerdo con el sentido del fallo, lo respetará (le bastará, por ejemplo, con entender que la ponderación es implícita). Y, si no está de acuerdo, por mucho que haya una ponderación explícita y detallada, anulará la sentencia. En vista de ello, ¿no sería más lógico entrar directamente en el fondo, evitando un circuito inútil? ¿No es eso, de hecho, lo que el TC hace en la mayoría de ocasiones, aun sin decirlo? ¿Para qué mantener entonces una doctrina que solo tiende a dar una protocolaria satisfacción al principio de que son los jueces quienes deben valorar los hechos y aplicar la ley? Esa es la propuesta de Díaz Eimil, y quizá merecería acogerse.

2.º La necesidad de reconducir o limitar la doctrina de la «preferencia» o «valor prevalente» de la libertad de expresión.

Son reiteradas las ocasiones en las que el TC ha declarado que las libertades del artículo 20 CE (expresión, información...) tienen un valor preferente frente a los derechos del artículo 18 CE (honor, intimidad...), en la medida en que resultan determinantes para la creación y mantenimiento de una opinión pública libre. Con esta afirmación el TC ha pretendido sin duda salir al paso de la lectura literal del artículo 20.4 CE que, sobre todo en los comienzos de la aplicación de la LO 1/82, venía haciendo la justicia ordinaria (al menos entonces, la frase más repetida en la jurisprudencia del TS era la de que «la libertad de expresión jamás podrá justificar la atribución gratuita, a persona identificada por su nombre y apellidos, de hechos que inexcusablemente la hacen desmerecer del público aprecio y reprochables a todas luces, sean cualesquiera los usos sociales del momento» [STS de 4 nov. 1986]).

Sin embargo, no hay que olvidar que la doctrina de la preferencia de las libertades de expresión e información, es solo un intento de restablecer el equilibrio aparentemente roto por el artículo 20.4 CE, al señalar que los derechos al honor, a la intimidad y a la imagen son límites específicos de aquéllas. Pese a ello, tal doctrina tiende a invocarse fuera de contexto, como si de una norma inapelable se tratase. Nada tiene pues de extraño que el voto particular que se comenta afirme que «existe el riesgo de que se minimice el derecho al honor» y reclame la fijación de criterios para lograr una aplicación razonable de la «regla de prevalencia». Resulta interesante en este sentido que el Magistrado discrepante reclame una mayor atención a la realidad social española, y al elevado valor que en ella se da al honor personal, evitando importar criterios de otras latitudes (aparece aludir a los EUA). Pero ¿cómo saber cuál es esa realidad social, siempre en boca de los juristas para justificar las opiniones más dispares? Entiende Díaz Eimil que para conocerla nada mejor que recurrir al criterio de los Jueces y Tribunales, en mejor situación para ello que el TC, «alejado como está, en su actuación institucional, del contacto directo con los ciudadanos». Opinión respetable, pero que seguramente pocos compartirán, a la vista de sentencias como la que dio origen a la que nos ocupa. ¿Podría servir de algo ensayar la introducción de jurados para contribuir a efectuar la valoración de fondo en el enjuiciamiento de los ilícitos penales —y por qué no civiles— conectados al ejercicio de la libertad de expresión?.

**STC 126/89, de 12 de julio** («B.O.E» 9 agosto, núm. 189).

**R.A.**

**Ponente: De la Vega.**

**Desestimado.**

**Conceptos:** Divorcio. Atribución a la esposa de vivienda arrendada. Sentencia no notificada al arrendador. Resolución del contrato por cesión inconstituida. ¿Contradicción entre las sentencias matrimonial y arrendaticia?.

**Preceptos de referencia:** Artículo 24 CE.

En un proceso de divorcio, mediante homologación judicial de lo acordado en el convenio regulador, se atribuyó a la esposa y a la hija la vivienda familiar, de la que era arrendatario el marido, al parecer en virtud de contrato concertado tras el matrimonio. Este hecho no se comunicó, sin embargo, a la propietaria

que, poco después, planteó demanda de resolución del contrato por cesión inconstituida (art. 24 LAU). Tanto el Juzgado como la Audiencia entendieron que la atribución de la vivienda en sentencia de divorcio no eximía del deber de notificar al arrendador el cambio de titularidad operado, por lo que estimaron la demanda.

La mujer —y su nuevo esposo— recurrieron en amparo, alegando violación del artículo 24.1 CE. Sostenían que su caso nada tenía que ver con el de la cesión de vivienda regulado en el artículo 24 LAU y que, al haberse efectuado la atribución en una sentencia judicial, el trámite de la notificación al arrendador era innecesario. En cuanto al fondo, el Fiscal se mostró conforme con los recurrentes, afirmando, con invocación de la conocida STC 135/86, que «el cónyuge que celebra el contrato de arrendamiento no actúa en nombre propio, sino en representación de la familia, lo que impide considerar más tarde que la atribución del domicilio, tras el divorcio, a uno de los cónyuges configure un caso de cesión inconstituida». Añadía el Fiscal que, además, «las sentencias recaídas en el proceso sobre la resolución del contrato de arrendamiento contradicen lo ya resuelto en otra sentencia anterior sobre divorcio, respecto de la relación jurídica de la esposa con la vivienda».

La desestimación del amparo se basó en los siguientes argumentos:

1.º El problema de fondo, esto es, si la existencia de una sentencia matrimonial que atribuye el uso de la vivienda a uno de los cónyuges exime o no del deber de notificación al arrendador, es de legalidad ordinaria y, por tanto, no corresponde decidirlo al TC (la sentencia, sin embargo, no deja de señalar que la pretensión de que la decisión judicial valga como notificación, a los efectos del art. 24 LAU, sería «una aplicación analógica forzada y que la ley no autoriza» [FJ 2]).

2.º En este caso, a diferencia de lo que sucedía en el resuelto por la STC 135/86, no había indefensión, ya que la recurrente en amparo fue parte en el proceso civil (en la sentencia citada, en cambio, no se permitió a la esposa intervenir en el juicio de desahucio seguido contra su marido, a pesar de habersele atribuido a ella el uso de la vivienda).

3.º La existencia de una eventual contradicción entre las sentencias matrimonial y arrendaticia sí constituiría —caso de darse— un problema de alcance constitucional. El Fiscal y los recurrentes sostenían, en este sentido, que la sentencia recaída en el proceso arrendaticio debió respetar la titularidad de la esposa, establecida en la anterior sentencia de divorcio. A ello opone el TC que, frente a terceros, la cosa juzgada, «solo alcanza a las cuestiones relativas al estado civil, es decir, y en el caso, a la situación de divorcio establecida, pero no a la relación contractual de cesión (atribución de la vivienda) de carácter patrimonial» (FJ 2).

*Nota (R.C.V.).*—Como otras de las que se recogen en esta selección de jurisprudencia constitucional, esta sentencia merece una atención mayor de la que aquí puede prestársele. No cabe duda de la que ha generado un notable desconcierto, al menos después de las expectativas suscitadas por la STC 135/86. La doctrina de la «titularidad familiar del arrendamiento» acogida en esta última —aunque seguramente de forma innecesaria, ya que no era esencial para la estimación del amparo por indefensión— parecía asegurar que, en casos como el que ahora nos ocupa, la decisión del TC sería favorable a los recurrentes (¿cómo hablar de «cesión» cuando la atribución se realiza en favor de uno de los miembros de

la familia titular? ¿Acaso pesó en el ánimo del TC el hecho de que la mujer hubiese contraído un nuevo matrimonio?...). Lo cierto es que hay una laguna legal y que el problema de las consecuencias de la atribución de la vivienda arrendada en los procesos matrimoniales debiera resolverse —como se reclamó ya en 1981, antes de la modificación del CC— mediante la oportuna reforma de la LAU. Pero, entre tanto, no parece razonable tratar estas situaciones, en las que los intereses del propietario no parecen especialmente amenazados, como supuestos de cesión inconstituida.

**STC 128/89, de 17 de julio** («B.O.E» 9 agosto, núm. 189).

**R.A.**

**Ponente: López Guerra.**

**Estimado parcialmente.**

**Conceptos:** Sucesión temporal de normas y principio de igualdad.

**Preceptos de referencia:** Artículo 14 CE.

La sentencia tiene su origen en la denegación de una indemnización por mal funcionamiento de la Administración de Justicia, al haberse producido los hechos con anterioridad a la LOPJ. Una de las cuestiones que se suscita —sin duda, de gran envergadura, aunque solo sea objeto de atención marginal— es la de la posible violación del principio de igualdad, como consecuencia de la entrada en vigor de nuevas normas (así, según los recurrentes, se habría atentado contra el art. 14 CE, al no aplicar el principio de responsabilidad establecido en la LOPJ a hechos anteriores a ella cuyos efectos, sin embargo, aun perduran).

El TC, aunque estimó el amparo reconociendo el derecho «a solicitar» la indemnización, rechazó esta tesis: «la sucesión [temporal] de normas, conforme ha afirmado este Tribunal (SSTC 70/83, 103/84 y 121/84, entre otras), no puede hacerse equivaler a una desigualdad de trato temporal ni constituye, en sí misma, infracción del artículo 14 CE (AATC 66/87 y 226/87)» (FJ 3). Pero es obvio —de ahí la precisión «en sí misma»— que no por ello debe descartarse que, en ciertas circunstancias, la solución dada a los problemas de derecho transitorio pueda dar lugar a discriminaciones contrarias al principio de igualdad.

**STC 131/89, de 19 de julio** («B.O.E» 9 agosto, núm. 189).

**R.A.**

**Ponente: Rodríguez Bereijo. Voto particular discrepante de Díaz Eimil.**

**Desestimado.**

**Conceptos:** Colegiación obligatoria y derecho de asociación. Principio de igualdad.

**Preceptos de referencia:** Artículo 22 CE.

Se trata del RA interpuesto por un médico del INSALUD, al que se le reclamaban las cuotas del Colegio de Médicos. El TC reitera la doctrina de sentencias anteriores acerca de la constitucionalidad del principio de colegiación obligatoria (FJ 4).

Respecto a otros casos semejantes hay en este, sin embargo, un factor diferencial o, si se quiere, un argumento nuevo. El médico recurrente destacaba que

no ejercía, ni había ejercido nunca, la medicina privada, habiendo dependido siempre de la Administración, y que por ello, al igual que sucedía con otras profesiones tituladas cuando se trata de funcionarios, la exigencia de colegiación era improcedente. El TC entendió que, en efecto, en estos casos puede estar justificada la exención del deber de colegiarse, ya que las funciones del Colegio las cumple directamente la Administración. Pero, al no constar que esa exención se hubiese llevado a cabo por el legislador, había que entender vigente la exigencia. Es este el punto en el que discrepa el voto particular, para el que: 1.º) «la base asociativa de los Colegios Profesionales está constituida por aquellos que ejercen la profesión, en libre competencia y despacho abierto al público, en régimen de derecho privado»; y 2.º) «la colegiación obligatoria de profesionales que actúan exclusivamente en el ámbito de la función pública no viene establecida en precepto expreso e inequívoco de la Ley de Colegios profesionales, como es exigible para entender lícitamente impuesta una limitación legal a un derecho fundamental».

**STC 136/89, de 19 de julio** («B.O.E» 10 agosto, núm. 190).

**R.A.**

**Ponente: Leguina.**

**Estimado.**

**Conceptos:** Derecho a la intimidad. Utilización de aparatos para la captación de conversaciones privadas. Acto público.

**Preceptos de referencia:** Artículos 18.1 CE y 7.2, LO 1/82.

Dos Diputados autonómicos fueron sancionados, días después de la correspondiente sesión, por un comentario, referente a un tercero, que quedó registrado en las cintas magnetofónicas en las que se había grabado aquélla. El recurso de amparo de los sancionados fue estimado, razonando el TC que las facultades del Presidente de la Asamblea para mantener el orden no les permitían imponer sanciones con posterioridad a las sesiones.

Pero los recurrentes también habían invocado su derecho a la intimidad (artículo 18.1 CE). Sostenían que, al haberse grabado y posteriormente divulgado, una conversación privada, se había producido la intromisión tipificada en el artículo 7.2 de la LO 1/82, sobre protección civil del honor, intimidad e imagen («utilización de aparatos de escucha [...] para el conocimiento de la vida íntima de las personas o manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción»). El TC rechazó de plano esta argumentación. «La utilización por la Asamblea Regional de aparatos de grabación y reproducción de las intervenciones [...] no guarda relación alguna con el supuesto de intromisión ilegítima previsto en el artículo 7.2 de la LO 1/82. Y otro tanto cabe decir del uso de la grabación por el Presidente para informarse acerca de la [...] conducta verbal reprochada [...], pues dicha conducta se produjo en un acto parlamentario, sometido a las reglas de la publicidad parlamentaria y no encuadrable en la esfera de lo privado» (FJ 2).

**STC 139/89, de 20 de julio** («B.O.E» 10 agosto, núm. 190).

**R.A.**

**Ponente: García-Mon.**

**Estimado.**

**Conceptos:** Adscripción obligatoria a las Cámaras Agrarias y derecho de asociación.

**Preceptos de referencia:** Artículo 22 CE.

Varios agricultores, propietarios de fincas rústicas, fueron condenados a pagar las cuotas de la Cámara Agraria Local, correspondientes a 1977, 1978 y 1979. Tras agotar la vía judicial, recurrieron en amparo ante el TC, al entender que la adscripción obligatoria a las Cámaras vulneraba su libertad de asociación.

El TC aplica la doctrina sentada en la STC 132/89 (RRII contra las leyes de Cámaras catalana y estatal), reiterando que, si bien es constitucionalmente posible que existan entidades de adscripción obligatoria, son de carácter excepcional y, por tanto, se precisa una suficiente justificación. «Las Cámaras Agrarias [...] por lo genérico de sus funciones [...], por la ambigüedad de sus fines [...] e incluso por el carácter coyuntural de su creación [...] no justifican que, una vez aprobada la Constitución de 1978, pudiera mantenerse la obligatoriedad de adscripción» (FJ 5).

**STC 144/89, de 18 de septiembre** («B.O.E» 18 octubre, núm. 250.)

**R.A.**

**Ponente: Rubio Llorente.**

**Estima el recurso.**

**Conceptos:** Discriminación por razón de sexo: pensiones a viudos. Derogación por inconstitucionalidad sobrevenida.

**Preceptos de referencia:** Artículo 14 CE.

**STC 176/89, de 30 octubre** («B.O.E» 4 diciembre, núm. 250).

**R.A.**

**Ponente: Rubio Llorente.**

**Estima el recurso.**

**Conceptos:** El mismo de la sentencia anterior.

**Preceptos de referencia:** El mismo de la sentencia anterior.

En ambas sentencias se partía del mismo supuesto y se resolvió de la misma forma y con los mismos argumentos. Se trataba de la reclamación por los actores, varones, de una pensión de viudedad en el régimen de seguro obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI).

La doctrina de ambas sentencias coincide con la ya consolidada a partir de las SSTC 103/83, 105/83 y 42/84; se considera, por tanto inconstitucional la diferencia de trato al varón al que no se le reconoce el derecho a cobrar una pensión de viudedad al fallecimiento de su esposa afiliada a dicho régimen y cotizante del mismo. «La igualdad consagrada en el citado precepto (art. 14 CE) supone... que las consecuencias jurídicas que se derivan de supuestos de hecho iguales sean, asimismo, iguales debiendo considerarse iguales dos supuestos de

hecho cuando el elemento diferenciador introducido por el legislador carece de relevancia para el fin perseguido por la norma... La diferencia de trato que el D-L mencionado introduce en perjuicio del varón sólo podría en consecuencia, ser considerada conforme a la Constitución si se apoya en una fundamentación razonable, pues, de lo contrario, se incurre en un atentado al principio de igualdad al discriminar por razón de sexo» (FJ 3).

Por estas razones, el TC consideró derogada por inconstitucionalidad sobrevenida, la norma que establecía la discriminación y advertía a los diferentes Tribunales que la aplicaron que deberían haberse abstenido de hacerlo: «el órgano judicial debió considerar derogada por la Constitución la norma que establece esta desigualdad de trato en vez de aplicarla en sus propios términos, originando en la práctica un atentado claro al art. 14 CE» (FJ 3).

**STC 152/89, de 2 de octubre** («B.O.E» 7 noviembre, núm. 267).

**R.A.**

**Ponente: Díaz Eimil.**

**Deniega el amparo.**

**Conceptos:** Igualdad en la aplicación de la ley. Igualdad de casos.

**Preceptos de referencia:** Artículo 14 CE y 24 CE.

La demandante alegaba que su caso había sido tratado de forma distinta al de una compañera a la que la misma Sala había admitido un recurso sobre reclamación de bases de cálculo en una pensión por jubilación.

El TC examina si se produce o no identidad de casos y constata la existencia de una diferencia entre el aportado por la reclamante y el decidido, lo que justifica la diferencia de trato y la imposibilidad de aplicar el principio de igualdad (FJ 4).

Esta sentencia se inserta en la línea seguida en materia de igualdad en la aplicación de la ley, que admite o rechaza el recurso de amparo según se haya probado la existencia de un caso igual.

**STC 159/89, de 6 de octubre** («B.O.E» 7 noviembre, núm. 267).

**R.A.**

**Ponente: Gimeno Sendra.**

**Estimado.**

**Conceptos:** Separación conyugal. Adjudicación de local de negocio a la esposa y resolución por cesión inconstentida. Igualdad: discriminación por razón de estado civil. Reinterpretación del artículo 31.1 LAU, para extenderlo a los casos de separación y divorcio.

**Preceptos de referencia:** Artículos 14 y 24 CE.

En un proceso de separación, tras la disolución del régimen económico matrimonial (gananciales), los cónyuges acordaron, aprobándolo el Juez, la adjudicación a la esposa de un negocio de panadería instalado en un local arrendado por el marido (al parecer se trató del negocio familiar, llevado en común por ambos cónyuges hasta que se produjo la crisis). La esposa pidió entonces al propietario del local que, en adelante, los recibos se expidieran a su nombre. Pero

éste planteó demanda de resolución del contrato, alegando que se había producido una cesión, subarriendo o traspaso ilegal. En primera instancia la demanda fue desestimada, razonando el Juez que el arrendamiento tenía carácter ganancial y que, por tanto, su adjudicación a uno de los esposos no tenía carácter de traspaso o similar. El fallo fue, sin embargo, revocado por la Audiencia de Valencia, con el argumento de que, habiéndose decretado judicialmente solo la disolución del régimen económico, la adjudicación del local había resultado «de un acuerdo transaccional».

La mujer recurrió en amparo, alegando violación de los artículos 14 CE (igualdad) y 24 CE (tutela judicial). El Fiscal, solicitó su estimación por el segundo motivo. El TC otorgó el amparo, anulando la sentencia de la Audiencia y confirmando la de primera instancia, con la siguiente argumentación:

a) En cuanto al principio de igualdad (art. 14):

1.º Contra lo que sostenía la recurrente, no había habido desigualdad «en la aplicación de la ley» debida a un cambio de criterio inmotivado. Ni los casos resueltos por la propia Audiencia de Valencia, que se invocaban como punto de comparación, era iguales al de autos (lo que hacía innecesario «entrar en la cuestión referente a la Sala o Sección concreta»), ni procedía tomar como referencia la sentencia del TS que también se aportaba, por tratarse de un órgano distinto (aparte de que, en cualquier caso, el punto de comparación debe ser expresivo «de un criterio consolidado, no siendo suficiente la cita de cualquier pronunciamiento judicial» [FJ 4]).

2.º Ahora bien, las decisiones judiciales no solo pueden infringir el principio de igualdad por un cambio de criterio arbitrario. Cabe también que lo hagan mediante una interpretación y aplicación de la ley discriminatoria «per se», al margen de toda comparación con otras decisiones. De este género sería, a juicio del TC, la infracción cometida en el caso que se comenta, al haber interpretado la Audiencia de forma literal y restrictiva el artículo 31.1 de la LAU, que prevé la transmisión «mortis causa» del arrendamiento del local a los hijos y cónyuge del fallecido. El TC consideró discriminatorio no extender esta posibilidad también a los casos de separación y divorcio. «¿Goza de algún género de justificación objetiva y razonable la inaplicación del artículo 31.1 LAU a los supuestos de sucesión de la relación arrendaticia a los hijos y esposa como consecuencia de una separación legal? [...] la respuesta [...] ha de ser forzosamente negativa. No existe razón alguna que abone por reputar traspaso de local de negocio a la adjudicación de los derechos de arrendamiento a la esposa (quien, con sus hijos y en nuestro caso, venía regentando el negocio de la panadería) como consecuencia de la disolución de la sociedad de gananciales tras un proceso de separación judicial. Estimar lo contrario significaría admitir un trato discriminatorio en dicha disolución frente a la que puede suceder por causa de muerte del titular formal de la relación arrendaticia y, como se ha expuesto más arriba, el principio de igualdad del artículo 14 y 32.1.º ha de informar no sólo la constitución del matrimonio, sino también los “efectos de su disolución y de la separación”, por lo que una diferenciación en punto a la exención del traspaso del local de negocio entre los efectos de la disolución de la sociedad de gananciales atendiendo exclusivamente a su causa (la muerte, el divorcio o la separación legal), aparte de carecer de justificación jurídica, conlleva una discriminación social entre el estatus de “viuda”, que podría beneficiarse de la exención del artículo 31.1.º de la LAU,

y el de "separada" (o divorciada) quien quedaría civilmente penalizada mediante la resolución del contrato y consiguiente lanzamiento y ello aun cuando, como acontece en el presente caso, la esposa no hubiere dado lugar a la separación legal» (FJ 5).

b) En cuanto al derecho a la tutela judicial (art. 24 CE):

También entendió el TC infringido este precepto, ya que la sentencia de la Audiencia «contiene una argumentación que no respeta el derecho de tutela [...] en cuanto su razonamiento esencial resulta intrínsecamente contradictorio y, por tanto, irrazonable» (FJ 7). La contradicción consistía en entender producido un traspaso después de admitir, como premisa, que ambos cónyuges eran titulares del arrendamiento por ser de naturaleza ganancial («si se admite primero una titularidad conjunta [...] no puede mantenerse después [...] que se ha producido un traspaso o cesión del arriendo, toda vez que ésta figura necesariamente implica por su misma naturaleza la adquisición de una titularidad que previamente no se ostentase» [FJ 7]).

*Nota (R.C.V.).*—Esta sentencia, un tanto desconcertante, merece sin duda un comentario específico, que aquí no es posible hacer. Sin embargo, y sin intención de exhaustividad, no pueden dejar de señalarse algunas de las dudas que suscita. Por ejemplo, y sobre todo, la referente a la conexión de la decisión con el régimen económico del matrimonio. Aunque la sentencia no es en este punto del todo clara, parece que el hecho de tratarse de una sociedad de gananciales no resultó determinante. ¿Podemos suponer entonces que el fallo hubiera sido el mismo para un matrimonio casado en régimen de separación? De hecho, el artículo 31 de la LAU poco tiene que ver con el régimen económico conyugal... Se diría, a reserva de una reflexión más detenida, que el TC, por razones de justicia material, ha extendido al local de negocio la doctrina sentada en relación con la vivienda familiar.

También abre interrogantes la relación —que obviamente existe— entre analogía e igualdad. En el caso que se planteaba, la discriminación estaba en la Ley. La Audiencia se limitó a aplicarla sin extenderla por analogía. ¿Hasta qué punto recurrir o no a razonamientos analógicos puede suponer una discriminación? Resulta asimismo llamativo —y pudiera dar lugar a numerosos recursos de amparo— que se entienda violado el derecho a la tutela judicial (art. 24 CE) por no resolverse de acuerdo con lo que exige la «naturaleza» de una institución.

**STC 161/89, de 16 de octubre** («B.O.E» 7 noviembre, núm. 267).

**R.A.**

**Ponente: Rubio Llorente.**

**Otorga el amparo.**

**Conceptos:** Igualdad en la aplicación de la Ley.

**Preceptos de referencia:** Artículo 14 CE.

Se trata de un supuesto en que el TCT interpreta de forma distinta a como venía haciéndolo el artículo 2.3 de la Orden de 2 de febrero de 1979 impidiendo que se calcule sobre los haberes que los trabajadores jubilados habrían percibido de mantenerse activos hasta cumplir los 65 años y, por el contrario, la calcula sobre la cuantía que tales haberes tenían en el momento en que acogidos al

Plan de regulación de la empresa, decidieron abandonar el trabajo. En este caso, se producía una identidad de supuestos, pero la jurisprudencia no era uniforme, ya que en diversas ocasiones se había interpretado el mencionado artículo en una u otra de las formas propuestas.

Los temas que se tratan en esta sentencia son los siguientes:

a) El primero es el relativo a la necesidad de conjugar el principio de igualdad en la aplicación con el de la independencia del Juez. Este principio no se refiere, según la STC, al criterio individual de cada Juez, sino que viene referido al órgano judicial concreto. En este sentido se dice que «la reducción de las exigencias derivadas del principio de igualdad en la aplicación de la Ley a una simple exigencia de coherencia personal de cada juez consigo mismo llevaría a vaciar totalmente de contenido al mencionado principio constitucional (el de independencia), que cuando menos, obliga a considerar que el órgano judicial es siempre el mismo, definido por su denominación orgánica, aunque cambie su titularidad» y por ello la diferencia de criterios interpretativos de la OM de referencia «ha de ser considerada, en consecuencia, como producto de un cambio de criterio del órgano judicial, no como diferencia existente entre órganos distintos» (FJ 2).

b) La segunda cuestión hace referencia al momento en que debe considerarse producido un cambio de criterio. Se repite aquí la doctrina del TC que exige que el cambio que se produce sea arbitrario para que se considere lesivo del derecho a la igualdad. Aquí se da un nuevo paso al concretar cuáles son los elementos que deben concurrir para que exista arbitrariedad: el cambio ha de ser tachado necesariamente de arbitrario cuando es adoptado «en atención a consideraciones o circunstancias que por no ser peculiares o características del caso en cuestión en relación con otros, no debieron ser tomadas en cuenta en aquél si no lo fueron en éstos. Esta arbitrariedad, que no hace referencia a la motivación subjetiva del Juez, que puede ser no sólo legítima, sino incluso plausible, sino a las condiciones objetivas que el principio de igualdad impone a la actuación de todos los Poderes públicos, incluido, claro está, el Judicial, es fácilmente perceptible aquí» (FJ 3).

c) La tercera cuestión hace relación a la necesaria motivación de las sentencias que producen la lesión de la igualdad. En el caso presente, la sentencia impugnada ofrecía razones que justificaban la decisión de la Sala y tampoco era incongruente, pero el TC consiera que «este entendimiento de lo razonable es insuficiente y que la razonabilidad no es un puro sinónimo de la corrección hermenéutica, sino también, además de ello, adecuación a los valores que la Constitución incorpora y más concretamente, puesto que nuestro punto de partida es el principio de igualdad, justificación suficiente de la diferencia que, con el cambio, se viene a introducir entre los litigantes por razón exclusivamente, de la distinta fecha en que fueron resueltos sus correspondientes litigios o recursos y su puesta siempre la igualdad de las situaciones fácticas (FJ 4).

*Nota (E.R.T.).*—Resulta evidente, por otra parte, que esta doctrina contradice en ciertos aspectos la que se había formulado en el sentido que la justificación del cambio de criterio evitaba la arbitrariedad y por ello y porque el TC no puede controlar la argumentación de los jueces, esta justificación implicaba la evitación de la lesión. Por esta razón se puede decir que esta sentencia implica un cambio en la línea anteriormente seguida, si bien el TC entiende que «tratándose de cambios en la interpretación de las normas legales o reglamentarias es

difícil que este Tribunal pueda oponer reparo alguno a la sustancia de tales cambios en la medida en que las normas interpretadas no afecten a los derechos y libertades de carácter sustantivo que la Constitución consagra, entre los que no se encuentra seguramente el derecho a la igualdad... La salvaguarda de este derecho, en su vertiente de igualdad en la aplicación judicial de la ley ha de llevarse a cabo, en consecuencia, teniendo en cuenta, sobre todo la adecuación del procedimiento seguido para operar el cambio...» (FJ 4).

**STC 170/89, de 19 de febrero** («B.O.E» 7 noviembre, núm. 267).

**R.I. (Ley madrileña 1/85, del Parque Regional de la Cuenca Alta del Manzanares.)**

**Ponente: Rodríguez-Piñero.**

**Desestimado.**

**Conceptos:** Competencias en materia civil: creación y regulación de derechos reales. Propiedad: límites y limitaciones.

**Preceptos de referencia:** Artículos 149.1.8.ª y 33 CE.

La Ley citada fue recurrida, como viene siendo habitual en estos casos, por dos tipos de razones, unas de orden competencial y otras de orden sustantivo.

a) En cuanto al problema competencial, sostenían los recurrentes que, al crear la Ley recurrida un derecho de tanteo y retracto en favor de la CA de Madrid, había regulado una materia propia de la legislación civil, competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.8.ª CE). El TC rechaza la presunta incompetencia de la Comunidad, distinguiendo entre el «establecimiento en favor de la Administración de un derecho de tanteo y retracto para determinados supuestos» —que era a lo que se limitaba la Ley impugnada— y la «regulación de tal institución civil». Solo lo segundo sería legislación civil, competencia exclusiva del Estado «a reserva de los derechos forales especiales» (FJ 6).

b) En cuanto al problema sustantivo, se denunciaba la inconstitucionalidad de la Ley por no respetar el contenido esencial del derecho de propiedad (art. 33 CE). El TC también rechaza este motivo, aplicando —como en ocasiones anteriores— la conocida distinción entre «limitar» y «delimitar», entre «ablación» y «simple configuración». En cuanto a la frontera para distinguir ambas nociones, y por tanto para decidir cuándo existirá obligación de indemnizar, el TC da por bueno el criterio establecido en la propia Ley impugnada («la utilización tradicional y consolidada de los predios»), señalando que es «habitual en el ordenamiento para fijar el límite entre la simple configuración del derecho y la estricta privación» (FJ 8).

**STC 171/89, de 19 de octubre** («B.O.E» 7 noviembre, núm. 267).

**R.A.**

**Ponente: García-Mon.**

**Deniega el amparo.**

**Conceptos:** Aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Destinatarios de los derechos fundamentales. Fuentes del derecho: convenio colectivo.

**Preceptos de referencia:** Artículo 14 CE.

Se discutía si la cláusula de un convenio colectivo que establecía unas prestaciones económicas aplicables sólo a trabajadores ingresados en la empresa con anterioridad a 1979, debía beneficiar también a los ingresados después. Hay que tener en cuenta que el beneficio económico se debía al hecho de que la empresa había pagado los impuestos y la seguridad social, por lo que el salario era más alto y que a partir del momento en que estos conceptos recaían sobre los trabajadores, se producía una reducción que no afectaba a los que habían sido contratados a partir de 1979, con las nuevas condiciones establecidas legalmente. La Magistratura de Trabajo de Navarra estimó el carácter discriminatorio, en una sentencia que fue revocada por el TCT. Se impugnaba esta sentencia por los trabajadores contratados después de 1979.

El TC consideró que el recurso de amparo no es el instrumento adecuado para controlar si el convenio colectivo respeta o no los derechos fundamentales de las partes implicadas, porque sólo puede dirigirse contra actuaciones de los poderes públicos, aunque ello no impide su control, si bien a través de un «acto judicial no reparador de las lesiones producidas» y que en todo caso es «a dicha resolución judicial a la que habrá que imputar la lesión del derecho fundamental».

A partir de aquí, existen dos cuestiones fundamentales en la STC:

a) La eficacia cuasi-pública del convenio, que adquiere, «una vez negociado eficacia normativa» y se incardina en el sistema de fuentes del derecho, sometiéndose pues, a las normas de mayor rango jerárquico, al cuadro de derechos fundamentales, y, en concreto, a las exigencias derivadas del derecho a la igualdad y a la no discriminación» (FJ 2b).

b) La afirmación de que «las relaciones entre particulares, si bien con ciertas matizaciones, no quedan pues, ...excluidas del ámbito de aplicación del principio de igualdad, y la autonomía de las partes ha de respetar tanto el principio constitucional de no discriminación como aquellas reglas, de rango constitucional u ordinario, de las que se deriva la necesidad de igualdad de trato» (FJ 2b).

*Nota (E.R.T.).*—En esta sentencia se recoge la doctrina de las 177/88 y 18/84, a las que se cita, en ellas se afirma que la autonomía de la voluntad en las relaciones privadas tiene unas limitaciones por la aplicación del principio de igualdad. Otras SSTC han aceptado esta teoría como las 166/88 y 241/88.

**STC 173/89, de 19 de octubre** («B.O.E» 7 noviembre, núm. 267).

**R.A.**

**Ponente: De la Vega.**

**Desestimado.**

**Conceptos:** Comunidad de propietarios. Reclamación por deudas comunes. ¿Deben ser demandados todos los copropietarios?

**Preceptos de referencia:** Artículo 24 CE.

Tras una demanda de reclamación de cantidad, dirigida y tramitada en contra de una Comunidad en régimen de propiedad horizontal, se pidió en ejecución de sentencia, que la acción se entendiese dirigida contra todos y cada uno de los comuneros. Atendiendo a los requerimientos de la parte actora se procedió a embargar bienes —privativos— de los distintos copropietarios. Firme esta decisión, uno de ellos recurrió en amparo ante el TC, alegando que verse sometido a ejecución, sin haber sido parte en el proceso, constituía indefensión (art. 24.1 CE). El Fiscal apoyó este planteamiento, solicitando la concesión del amparo.

El TC, sin embargo, considera que la cuestión es «de legalidad ordinaria» y que, además, no habiendo una solución clara y definitiva en la jurisprudencia del TS sería «delicado» interferir. Sin embargo, parece que no hubiera tenido otro remedio que hacerlo si en el caso no hubiesen concurrido ciertas circunstancias, que le permitieron eludir un pronunciamiento de alcance general y limitarse a apreciar que el recurrente no había padecido indefensión. Así, por una parte, las letras de cambio origen de la condena estaban aceptadas no solo por el presidente de la Comunidad sino también por una sociedad a la que todos los copropietarios habían apoderado al efecto. Por otra, y sobre todo, el recurrente en amparo no era un simple copropietario, sino el mismo Presidente de la comunidad, que, en representación de ésta, sí había intervenido en el litigio y, por tanto, difícilmente podía alegar indefensión.

En cualquier caso, la cuestión de fondo (esto es, si —por exigencia del art. 24 CE— debe demandarse o no a todos los copropietarios, para luego poder ejecutar sobre bienes privativos), queda sin resolver.

**STC 179/89, de 2 de noviembre** («B.O.E» 4 diciembre, núm. 290).

**R.I.**

**Ponente: López Guerra.**

**No se admite el recurso.**

**Conceptos:** Publicación de las normas autonómicas.

**Preceptos de referencia:** Artículo 9.3 CE.

El Gobierno Central impugnó el Reglamento del Parlamento de Navarra por considerar inconstitucional la exigencia de mayorías cualificadas para la adopción de determinados acuerdos. Se planteaba como cuestión previa si el *dies a quo* para la interposición del recurso de inconstitucionalidad era el de la publicación de la norma en el Boletín del Parlamento de Navarra o en el Diario Oficial de la Comunidad Autónoma.

Resulta interesante esta cuestión, porque obliga al TC a plantear el tema de la publicación de las normas autonómicas, partiendo de la exigencia de publicidad

del artículo 9.3 CE como garantía de los ciudadanos en un estado de derecho. Se pierde, sin embargo, una ocasión de que el TC se pronunciase sobre el valor que tiene la publicación de estas normas en el «BOE», tema que directamente soslaya: «la estructura del Estado prevista en la Constitución ha supuesto, lógicamente, una alteración en el esquema tradicional referido a los instrumentos oficiales de publicación de las normas jurídicas, debido a la efectiva asunción de competencias, por parte de las Comunidades autónomas... Esta publicación aparece, pues, como condición para la eficacia de las normas legislativas de la Comunidad Foral, sin que sea necesario, en este momento, examinar los efectos que pueda producir la publicación, además, en el “Boletín Oficial del Estado”. Baste en el presente estadio con constatar que la publicación de las leyes de la Comunidad Foral sólo puede apreciarse si han sido incluidas en el Boletín Oficial de la misma» (FJ 3). Por ello, «no cabe considerar que constituya publicación suficiente la inserción del reglamento de la Cámara en un Boletín de carácter interno, sino que será necesaria su inclusión en el instrumento oficial previsto para la publicación de las normas generales de la Comunidad foral, esto es, el «Boletín Oficial de Navarra» (FJ 4).

**STC 183/89, de 3 de noviembre** («B.O.E» 4 diciembre, núm. 290).

**R.A.**

**Ponente: Leguina.**

**Desestimado.**

**Conceptos:** Derecho de asociación. Urbanización privada. ¿Obligatoriedad de pertenencia a una asociación de propietarios?

**Preceptos de referencia:** Artículo 22 CE.

En las «Condiciones Generales» de una urbanización privada, inscritas en el Registro de la Propiedad, se preveía la creación de una Asociación, a la que habrían de pertenecer obligatoriamente todos los titulares de parcelas y apartamentos. Tras constituirse la Asociación, sin embargo, en los Estatutos se distinguió entre propietarios socios y «no socios», estableciendo para unos y otros derechos y obligaciones diversos.

Los compradores de un apartamento, que no pertenecían a la Asociación, fueron condenados a pagar las cuotas que ésta les reclamaba. Uno de ellos recurrió en amparo, alegando su derecho a no asociarse (art. 22 CE). El TC, aun reconociendo este derecho, desestimó el recurso, por entender que, al margen de lo que pudieran establecer las «Condiciones Generales» inscritas, en ningún momento se había pretendido realmente una incorporación forzosa a la Asociación, habiéndose limitado ésta a exigir el cumplimiento de obligaciones civiles asumidas de forma voluntaria por los compradores. En síntesis:

1.º) La Asociación era una «entidad asociativa “strictu sensu”», sujeta por tanto al artículo 22 CE. Existía pues un «derecho fundamental de carácter irrenunciable» de los propietarios de no pertenecer a ella («cualquier cláusula que lo desconozca es nula [...] ya que tal derecho fundamental no puede quedar condicionado o impedido por cargas reales o personales de ningún tipo») (FJ 3).

2.º) «Pero una cosa es la obligación contractual de darse de alta y de permanecer en una Asociación y otra muy distinta la de asumir ciertas cargas económi-

cas en favor de una Asociación constituida se pertenezca o no a ella. Es del todo claro que esta última obligación ninguna relación guarda con el derecho constitucional de asociación pues [es] solo una obligación civil constituida entre personas distintas, que no trae causa ni depende de la existencia de un vínculo asociativo entre las mismas» (FJ 3). La obligación de contribuir, aun sin pertenecer a la Asociación, fue asumida —de acuerdo con la apreciación del juez ordinario— contractualmente (compraventa, más «Condiciones Generales») y estaría justificada por el destino de las cuotas (levantamiento de los gastos comunes de la urbanización). Tan solo habría que comprobar —como observa el TC— si, en efecto, las cuotas reclamadas por la Asociación eran las correspondientes a los «no socios».

**STC 185/89, de 13 de noviembre** («B.O.E» 4 diciembre, núm. 290).

**R.A.**

**Ponente: Rodríguez Bereijo.**

**Desestimado.**

**Conceptos:** Honor y libertad de expresión. Declaración de persona «non grata».

**Preceptos de referencia:** Artículos 18.1 y 20.1 CE.

El Ayuntamiento de Priego, en Acuerdo adoptado en un pleno extraordinario, declaró «non grata» a una persona, revocándole además el nombramiento de cronista de la ciudad (al parecer, por haber trasladado unos «Cursos de verano» a la vecina localidad de Cabra). El afectado recurrió el Acuerdo, al considerarlo atentatorio contra su honor. La AT lo anuló, condenando al Ayuntamiento a indemnizar el daño moral. El TS, en cambio casó la sentencia, por entender que no hubo atentado contra el honor. Contra ésta decisión se solicitó el amparo.

El TC, al resolver el recurso, hace las siguientes afirmaciones:

1.<sup>a</sup>) Que, contra lo sostenido por el Ayuntamiento de Priego, el TC puede revisar la valoración hecha por los tribunales ordinarios: «una errónea delimitación del contenido de un derecho fundamental o una ponderación entre derechos fundamentales que no se ajuste al contenido respectivo delimitado por la Constitución y, en su caso, por este Tribunal, puede y debe llevar, sin género de dudas, a un pronunciamiento sobre el fondo» (FJ 1).

2.<sup>a</sup>) Que los problemas relativos al derecho al honor deben resolverse en función de «las circunstancias concretas en que se producen los hechos» y de las «ideas dominantes» en la sociedad (EJ 4). Por tanto, casuismo y posibilidad de evolución.

3.<sup>a</sup>) Que ser declarado persona «non grata» «no puede considerarse atentatorio contra el honor (...) de acuerdo con pautas sociales generalmente aceptadas hoy día» (FJ 4). Con todo, el TC no deja de conectar esta afirmación a las circunstancias del caso: la decisión se adoptó en el contexto de una polémica entre el recurrente y la Corporación, que había trascendido a la opinión pública. Ello excluía «que la decisión municipal pudiera atribuirse por terceras personas a causas distintas que, eventualmente, pudieran constituir un menoscabo de la aceptación o aprecio público que el actor pueda tener (...) y atentar por ello a su honor» (FJ 4). Por tanto, no parece imposible que, en alguna ocasión, tal declaración pueda producir daños al honor del afectado.

**STC 200/89, de 30 de noviembre** («B.O.E» 5 enero, núm. 5).

**R.A.**

**Ponente: De la Vega Benayas.**

**Admite el amparo.**

**Conceptos:** Igualdad en la aplicación de la Ley. Función de los Tribunales.

**Preceptos de referencia:** Artículo 14 CE y artículo 9.3 CE.

Se trataba de examinar si una sentencia del TCT se apartaba o no de su jurisprudencia anterior; los recurrentes aportaban un término de comparación y entendían que la sentencia había lesionado sus intereses por haber aplicado la ley de forma distinta a los casos aportados en el término de comparación.

Tres son las cuestiones tratadas en esta sentencia, que matizan y vuelven sobre puntos ya largamente debatidos en la jurisprudencia del TC sobre el problema de la igualdad en la interpretación de la ley: a) Los Tribunales deben aplicar e interpretar razonable y fundadamente las normas y no pueden modificarlas ni cambiar el sentido de las mismas (FJ 3). Por ello, la función del TC no es «ni sustituir al juzgador ordinario en su apreciación de las diferencias que unos y otros puedan mostrar, ni determinar cuál de las dos resoluciones es la correcta en Derecho, ni en fin, operar como órgano unificador de la jurisprudencia sobre la interpretación y aplicación de las leyes (FJ 5).

b) La exigencia de la igualdad en la aplicación de la ley «por los Jueces y Tribunales, en aras del principio de igualdad, no tiene un carácter material, en el sentido de que se hayan de resolver siempre en los mismo términos sobre supuestos pretendidamente iguales, puesto que las peculiaridades del caso pueden postular un tratamiento distinto y esta aplicación singularizada es competencia del Juez, no de este Tribunal, sino más propiamente un carácter formal» (FJ 5).

El carácter formal «por tanto, tiene mucho que ver con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), traducido en la confianza de los ciudadanos de que sus pretensiones van a ser resueltas de modo igual para todos, sin discriminaciones injustificadas, por el Juez» (FJ 5).

c) La exigencia de la aplicación igual «se cumplirá siempre que dentro del ámbito de la independencia de los Jueces y Tribunales en su función específica, se exteriorice y razone la aplicación del Derecho que en cada caso se efectúe, y que, supuesta la no sujeción al propio precedente (*stare decisis*), se explicité en la decisión innovadora, o se deduzca con claridad, la razón del distinto fallo, bien porque los hechos o circunstancias no sean parejos, bien porque sea otra la realidad social del tiempo en que se apliquen las normas (art. 3.1 Cc), bien, en fin, porque se considere preciso corregir interpretaciones erróneas de los precedentes» (FJ 5).

Ciertamente, esta doctrina parece diferir un poco de la mantenida en la STC 161/89. citada en este resumen.

**STC 215/89, de 21 de diciembre** («B.O.E» 11 enero, núm. 10).

**R.A.**

**Ponente:** De la Vega Benayas.

**Admite el amparo.**

**Conceptos:** Prescripción extintiva: apreciación de oficio por el Juez y vulneración de la tutela judicial efectiva.

**Preceptos de referencia:** Artículo 24 CE y 1.930 Cc y 1.935 Cc.

Se debatía si las acciones derivadas de los derechos reconocidos en la Ley de Amnistía de 15 de octubre de 1977 eran imprescriptibles y dado que la Ley 1/84, de 15 de octubre había sido declarada inconstitucional por el TC (en la STC 7/1986) precisamente porque la imprescriptibilidad de derechos provocaba una inseguridad contraria al artículo 9.3 CE, si el Juez podía o no apreciar de oficio la prescripción de las acciones derivadas de aquellos derechos (prescriptibles) como así había ocurrido y si esta apreciación constituía una lesión al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

El TC considera que el TCT «entendió que esa renacida posibilidad de prescribir los derechos en juego, como causa de extinción de las acciones correspondientes, podía ser apreciada de oficio o bien (puesto que hubo intervención preceptiva del Ministerio Fiscal), sin audiencia de parte, como si se tratara de ese otro instituto jurídico denominado caducidad. Pero es doctrina general pacífica que la prescripción o mejor, el transcurso del tiempo determinado en la norma no produce *per se*, esos efectos automáticos, ya que, desde la perspectiva de su fundamento subjetivo, esa incidencia efectiva depende de la voluntad del sujeto favorecido por el fluir del tiempo, es decir, del hecho de oponer ese efecto a la pretensión de quien ejercita el derecho discutido. Es el favorecido por la prescripción quien decide sobre si la opone o no a la demanda, o bien si renuncia (expresa o tácitamente, según el art. 1.935 Cc) a sus efectos. No ocurre así con la caducidad, apreciable de oficio, y no susceptible de interrupción» (FJ 2).

Se añade, además, que «la apreciación de oficio de la prescripción, sin perjuicio de constituir una infracción procesal..., no causaría indefensión (en el sentido constitucional de este término) cuando el afectado hubiera podido alegar y discutir sobre esa causa de extinción de las acciones» y como este no era el caso, existió indefensión y por ello, se admitió el amparo y se anuló la sentencia.

# Jurisprudencia del Tribunal Supremo

## I. SENTENCIAS COMENTADAS

### **INTERPRETACION DEL CONTRATO. NULIDAD POR FALTA DE OBJETO. ALIUD PRO ALIO. RESARCIMIENTO DEBIDO POR DEFECTO EN LA COSA VENDIDA**

(Comentario a la STS, Sala 1.ª, 8 de marzo 1989) (\*)

#### **I. ANTECEDENTES FACTICOS (Extraídos del propio texto de la sentencia)**

La sociedad «Miquel y Costas y Miquel, S. A.» y la sociedad «Envases y complejos, S. A.» celebran un contrato de compraventa en virtud del cual la primera se obliga a suministrar 17.072,5 kilogramos de papel pergamino a la segunda, a cambio de un precio cuyo pago se efectúa en una serie de plazos.

Recibida la mercancía por parte de la sociedad compradora, ésta paga los plazos que van venciendo, hasta que, más de seis meses después, comienza a negarse el pago de los restantes, puesto que le han sido devueltas las partidas de mantequilla que había empaquetado, porque se encuentra en mal estado, debido a que el papel empleado (que es el suministrado por la sociedad vendedora) era inapto a tal fin.

Ello motiva que la sociedad vendedora del papel demande a la compradora en reclamación de cantidad, a lo que contestó ésta, oponiéndose en parte, y reconviniendo, por incumplimiento de contrato, para que, tras la correspondiente compensación (que debe ser la restitución de lo hasta entonces pagado), se condene a la demandada reconvenzional al pago de 3.275.729 ptas.

El Juez de primera instancia dictó sentencia en los términos solicitados por la demandada-reconviniendo, a la que ordena devolver los 17.072,5 kilogramos de papel pergamino recibidos, y condenando a la vendedora demandante y demandada reconvenzional a la devolución de 1.819.688 ptas., y al pago de una indemnización de 3.000.000 ptas., en concepto de mantequilla inutilizada por el uso de aquel defectuoso papel.

La Audiencia confirma la sentencia, y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso.

---

(\*) *La Ley*, T. 1989-2, n.º 9826, R. A.: 2026, ponente: señor Fernández Rodríguez

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

*Primero:* Teniendo en cuenta las bases en que sustenta la entidad recurrente «X. S. A.», el recurso de casación de que se trata, un orden lógico impone alterar en el que vienen formulados los motivos en que se sustenta, pasando a considerarlos por el siguiente: cuarto, tercero, primero, quinto, octavo, segundo, séptimo, sexto y noveno.

*Segundo:* Considerando el encargo realizado por la entidad demandada «Y, S. A.», ahora recurrida, a la demandante «X, S. A.», ahora recurrente, referente a papel para envolver mantequilla, plantea la segunda de dichas entidades como base del recurso de casación interpuesto el motivo cuarto, al amparo del artículo 1.642.4 LEC, por pretendido error en la apreciación de la prueba, lo que se contrae a la idoneidad del papel suministrado para servir a tal finalidad de destino a embalaje de mantequilla, fundándose para ello en dictámenes obrantes en autos emitidos por el ingeniero don José F., análisis efectuado por el Centro Nacional de Nutrición del Ministerio de Sanidad y Consumo, y tal motivo procede desestimar, porque aparte que los dictámenes referidos y análisis aludidos no tienen el carácter de documentos a efectos de evidenciar error en la apreciación de la prueba, a fines de casación, según tiene declarado con reiteración esta Sala, y de ello son reciente exponente las sentencias de 29 de noviembre de 1985, 17 de febrero, 25 de abril y 10 de mayo de 1986, 9 de febrero, 3 y 4 de abril de 1987, es de tener en cuenta que dichos dictámenes y análisis no revelan que el papel cuestionado sea idóneo para el empaquetado de mantequilla, pues en cuanto a los dictámenes del referido ingeniero don José, carecen de eficacia a fines decisorios del debate jurídico planteado, dado que si en principio indicó el dictaminante que las muestras que le proporcionó la entidad «X, S. A.» podían servir para el embalaje de mantequilla, posteriormente desvaneció ese aserto, al dictaminar a instancia de la entidad «Y, S. A.», dando efectividad a prueba documental por esta propuesta al respecto, manifestar no poder determinar si las muestras tenidas en cuenta para emitir aquel primer dictamen eran iguales o distintas, resultándole técnicamente imposible dictaminar si las hojas que sirvieron de muestra eran iguales, por no poder disponer de ellas al haber sido reiteradas del laboratorio después de un tiempo de conservarlas, con lo que se desvanece la constatación del dictamen del mencionado ingeniero.

*Tercero:* A igual solución desestimatoria es de llegar en cuanto al motivo tercero, planteado con amparo en el artículo 1.692.5 LEC, por pretendida infracción del artículo 632 LEC, en lo que guarda relación con el informe pericial emitido en autos por el perito ingeniero don Vicente, pues aparte de la prueba pericial a que este último precepto se refiere es de valoración por el Tribunal de instancia de acuerdo con las normas de la sana crítica, según tiene declarado esta Sala en sentencia de 6 de febrero de 1984, y que, como proclaman las sentencias de 20 de marzo de 1953, 9 de junio de 1954 y 23 de enero de 1984, no cabe combatir el juicio dado por el Tribunal de instancia en virtud de su examen y apreciación del conjunto de pruebas por el resultado aislado de alguno de sus elementos, es lo cierto que dicho informe si reconoce que el papel pergamino en cuestión, en función de su naturaleza intrínseca, podía ser válido para el empaquetado de grasas, en manera alguna afirma que lo sea para el de mantequilla, que es la finalidad para la que se dice encargado.

*Cuarto:* Tampoco es de acoger el motivo primero, que la precitada entidad recurrente, «X, S. A.», fundamenta, al amparo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en infracción por inaplicación, del artículo 1.281.1 del Código civil, en cuanto dispone que «si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas», en relación con el artículo 50 del Código de comercio, previsor de que «los contratos mercantiles, en todo lo relativo a su interpretación... se regirán en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código... (refiriéndose al de Comercio) por las leyes generales del Derecho común», y todo ello a consecuencia del principio *in claris non fit interpretatio*, porque, de una parte, si ciertamente en la hoja de pedido conservada por la compradora recurrida, facturas emitidas por la vendedora recurrente y albaranes de entrega y recepción de las mercaderías aportadas a los autos, no se estableció que el papel a suministrar a la precitada entidad «X, S. A.», tuviese las características específicas para el envase de mantequilla, es asimismo de tener en cuenta que tampoco lo excluye, y el órgano jurisdiccional de instancia, en actividad encaminada a la determinación de las circunstancias finalistas del encargo en cuestión ante la discrepancia producida entre las partes, así como tratando de indagar la intención evidente de las partes con el encargo en cuestión ante la discrepancia producida entre las partes, así como tratando de indagar la intención evidente de las partes con el encargo genéricamente documentado, cual establece el artículo 1.281.2 del Código civil, claramente reconoce en los fundamentos de derecho de la sentencia recurrida, en relación con los Considerandos de la sentencia dictada en fase procesal de primera instancia que expresamente acepta, por deducción de otros elementos probatorios traídos a los autos, que el suministro de papel cuestionado fue efectuado en virtud de la finalidad de que fuese idóneo para el empaquetado de mantequilla, lo que no fue cumplido, determinando en consecuencia una manifestación fáctica vinculante en casación, al no haber sido atacada eficientemente por la entidad recurrente por el cauce o vía del error en la apreciación de la prueba, que depara el artículo 1.602.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y emanar de la facultad que en materia de interpretación viene conferida al Tribunal de instancia, en cuanto no se demuestre ilógica o absurda, según tiene declarado esta Sala entre otras y como más recientes, en las sentencias de 10 de enero, 14 de marzo y 26 de septiembre de 1985, 30 de enero, 20 de marzo y 20 de octubre de 1986, 23 de septiembre y 8 y 10 de octubre de 1987; y de otra parte debido a que lo en realidad pretendido por la precitada entidad recurrente en el desarrollo del motivo que se examina es de establecer en casación una nueva valoración de la prueba, con olvido que no es procedente efectuarlo, dado que, conforme viene indicado en sentencias de 12 de abril, 21 de marzo y 21 de mayo de 1985, 24 de junio, 30 de abril y 17 de octubre de 1986, el recurso de casación no es una tercera instancia, sino un mero remedio procesal encaminado a determinar si dados unos hechos, incólumes de casación en cuanto no sean eficientemente desvirtuados, es adecuada la apreciación jurídica y solución contenida en la sentencia recurrida; y aparte que, en todo caso, a fines de desvirtuar la apreciación probatoria de la Sala sentenciadora de instancia ningún valor tiene el dictamen que a instancia particular de la mencionada entidad recurrente emitió el ingeniero don José, ya que, cual viene puesto de relieve con el procedente fundamento de hecho, si bien en principio afirmó con base en muestras que la proporcionó

la entidad «X, S. A.» que el papel que le fue presentado puede servir para el embalaje de alimentos y mantequilla en particular, posteriormente en certificación expedida a instancia judicial, dando efectividad a prueba documental propuesta por la entidad demandada, ahora recurrida, «Y, S. A.», manifiesta no poder determinar si las muestras tenidas en cuenta en aquel dictamen emitido a instancia particular de la tan citada cantidad demandante, ahora recurrente, se correspondían al que también emitió, mediante dicha certificación, ante el órgano jurisdiccional de primera instancia, a solicitud de meritada entidad demandada ahora recurrida, y concretamente si eran iguales o distintos, resultándole técnicamente imposible determinar si las hojas que sirvieron de muestra eran iguales por no poder disponer de ellas al haber sido reiteradas del laboratorio después de un tiempo de conservarlas, con lo que, según ya también viene anteriormente expuesto en el segundo de los fundamentos de derecho de esta resolución, hace desvanecer la constatación real de su dictamen, que, además, para que tal dictamen generase efectividad probatoria al respecto, debía de haber sido prestado por las normas procedimentales que exige a la prueba pericial de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o sea, con constatación ante la autoridad y con la intervención de las partes.

*Quinto:* Procede rechazar el motivo quinto, formulado al amparo del artículo 1.692.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por entender la entidad recurrente que la sentencia recurrida infringe la doctrina jurisprudencial sobre aplicación indebida de normas, al subsumir los hechos probados en el ámbito de lo que equivocadamente se estima aplicable en cuanto la dicha resolución impugnada estimó ser de aplicación al supuesto de autos, el artículo 31 Reglamento Técnico-Sanitaria para la elaboración, circulación y comercio de grasas comestibles, margarinas y preparados grasos, contenido en el Real Decreto 1011/1981 de 10 de abril, y según criterio de dicha recurrente, esa reglamentación, si bien es aplicable a las margarinas, no lo es en relación con la mantequilla, que es a lo que se contrae la litis originadora del presente recurso, pues contra ello se alza en contra, con toda claridad, el contenido de la normativa reflejada en el mencionado Real Decreto, complementaria del Real Decreto 2519/1984 de 9 de agosto, y concretamente en su artículo 31, que al disponer que «las grasas comestibles deberán expendirse al consumidor, tanto industrial como público, debidamente envasados y rotulados» que podrán serlo en envases consistentes de «cisternas, depósitos y bidones, de materiales que cumplan lo establecido en el artículo 12» y «los compuestos celulósicos parafinados, sulfatizados o complejos, vidrio, cerámica, envases de material macromolecular autorizado para tal fin o cualquier otro material que previamente haya sido autorizado por la Dirección General correspondiente del Ministerio de Trabajo, Sanidad y Seguridad Social», indudablemente tiene aplicación a la mantequilla, en discrepancia de lo apreciado en el motivo que se examina, toda vez que e citado artículo 12 del mencionado Real Decreto, al que el referido artículo 13 expresamente se remite, concretamente previene, como condiciones generales de los materiales, todos los «de las máquinas y demás elementos que estén en contacto con materias primas o auxiliares, artículos en curso de elaboración y envases serán de características tales que no puedan transmitir a las grasas propiedades nocivas y originar, en contacto con ellas reacciones químicas, físicas o biológicas perjudiciales», el artículo 8 del Real Decreto 1011/1981 de 10 de abril, considera como preparados grasos «los productos de aspecto graso elaborados con grasas y/o aceites comestibles, con o sin agua y otros ingredientes

alimenticios o alimentarios siempre que el ingrediente fundamental sea el graso», cuyas características concurren en mantequilla, requiriendo solamente en su apreciación, según se deduce del contexto del artículo 27 de tal mencionado Reglamento, su ajuste a las características fijadas en las declaraciones que la Entidad elaboradora tiene obligación de presentar en la Dirección General correspondiente del Ministerio de Trabajo, Sanidad y Seguridad Social, en el momento de su registro, aspectos que puestos en consideración con los envases cuestionados conducen al reconocimiento de incumplimiento por su suministrador «X, S. A.», de las condiciones reglamentarias, aunque con limitada asignación a lo correspondiente a los suministros encargados y efectuados con posterioridad al repetido Real Decreto 1011/1981 de 10 de abril, puesto que en la recurrida sentencia se establece, sin desvirtuación eficiente por la entidad recurrente por la causa del error en la apreciación de la prueba que posibilita el artículo 1.692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como ha sido apreciado al examinar los motivos cuarto y tercero, la no concurrencia en los envases cuestionados de los requisitos reglamentariamente exigidos en su destino de aplicación a la mantequilla, y también afirma, asimismo sin desvirtuación, la carencia de autorización de tales envases a tal fin por la Dirección General correspondiente al Ministerio de Trabajo, Sanidad y Seguridad Social, requerida por el tantas veces mencionado artículo 13 del Reglamento de que se viene haciendo mención.

Sexto: Formulado el motivo octavo, con amparo en el artículo 1.695.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en pretendida infracción del artículo 1.311 del Código civil, previsor de que «la confianza puede hacerse..., tácitamente», en concordancia con el principio jurisprudencial de los llamados «actos, de apropiación o de utilización», con la equivalencia a una admisión de la prestación, a modo de expresión de una latente voluntad de aceptarla, cuya eficacia jurídica dimana de entenderse que quien hace uso, conforme a lo convenido, de la cosa y ejecuta así el contrato es porque admite quedar vinculado recíprocamente, incardinado además con el principio *venire contra factum proprium*, su inconsistencia y consiguiente desestimación surge de tener en cuenta que la circunstancia, alegada como base fundamentadora del expresado motivo, de que la demandada «Y, S. A.», pudiese haber venido utilizando el papel destinado para los envases de mantequilla suministrados por la entidad demandante «X, S. A.», con posterioridad a haberle sido devueltas partidas de tal mercancía que dicha demandante a su vez había proporcionado a la entidad «Z, S. A.», no es por sí solo eficaz para generar la confirmación de otros suministros del papel de envase cuestionado con defecto determinante de incumplimiento contractual, puesto que, de una parte, tratándose de suministros independientes, lo que se acepta en relación a unos de manera alguna vincula a los demás, y de otra parte en razón a que, como tiene declarado esta Sala en sentencia de 10 de noviembre de 1981, no supone confirmación tácita el no ejercicio de una acción de nulidad, es decir, la determinada por faltar uno de los elementos esenciales del contrato fijados en el artículo 1.261 del Código civil, puesto que solamente alcanza a los anulables, es decir, a los contratos en que, concurriendo tales precisos elementos, se produzca en ellos algún vicio subsanable, que no es lo sucedido en relación con la mercancía de que se trata, dado que al no ser entregada la cosa convenida —material susceptible al envase de la mantequilla— falta realmente el objeto del contrato, y por tanto uno de los esenciales elementos para darle vida en el campo del

derecho, no generándose con ello causa viabilizadora de confirmación, que como queda dicho solamente tiene posibilidades en el aspecto de contratos anulables, ya que en orden a los nullos su efecto vivificante únicamente puede producirse a medio de su ratificación, cuya naturaleza no es el suplir deficiencias sobre elementos contractuales, sino constituir un nuevo acto jurídico, aunque lo sea con el carácter de no independiente del que ha sido ratificado, pues que está motivado precisamente por su existencia, pero que requiere una manifestación expresa convalidante de la causa de nulidad existente, y mucho más si se tiene en cuenta que significando en definitiva la ratificación la renuncia a la acción de nulidad que el derecho faculta, precisa para su apreciación una expresión clara, precisa y concluyente, determinada por una manifestación de voluntad revelada formalmente de modo expreso y no basada en meras presunciones.

*Séptimo:* Es asimismo de llegar a la solución desestimatoria del motivo segundo, que, al amparo del tan citado artículo 1.692.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se trata de fundamentar por la entidad recurrente «X, S. A.», en infracción, a causa de no haberlo aplicado, del artículo 342 del Código de comercio, en cuanto establece que «el comprador que no haya hecho reclamación alguna fundada en los vicios de la cosa vendida, dentro de los treinta días siguientes a su entrega, perderá toda acción y derecho a repetir por esa causa contra el vendedor», en relación con el artículo 345 del Código de comercio, previsor de que «en toda venta mercantil el vendedor quedará obligado a la evicción y saneamiento en favor del comprador, salvo pacto de contrario», y artículo 50 del Código de comercio en relación con el artículo 1.490 del Código civil determinante de que «las acciones que emanan de lo dispuesto en los artículos precedentes se extinguirán a los 6 meses, contados desde la entrega de la cosa vendida», toda vez que esa normativa tiene exclusiva aplicación del supuesto de vicios de la cosa, pero no al de entrega de cosa diferente de la encargada, que es lo que ocurre en el presente caso, según certeramente ha sido apreciado en la sentencia recurrida, pues en tal caso al estar en presencia de un *aliud pro alio*, significado por la entrega de cosa distinta, en cuanto no cumple las características exigidas al respecto con arreglo al fin de destino, es equiparable a la falta de entrega, a lo que corresponde no el plazo de prescripción de las acciones por causa de vicios en la cosa, sino de falta de entrega, a la que alcanza el plazo de prescripción de 15 años, establecido en el artículo 1.964 del Código civil para las acciones personales.

*Octavo:* Decae el motivo séptimo, planteado con amparo en el artículo 1.692.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con base en alegada infracción, por no aplicación del artículo 4.1 del Código civil, que establece la procedencia de «la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplan un supuesto específico pero no regula otro semejante entre los que se aprecia indebilidad de razón», en relación con el artículo 1.6 del Código civil —que incardina a la jurisprudencia dentro del marco de normas o fuentes de derecho— y en concordancia con el principio jurisprudencial establecedor de que los efectos jurídicos entre las partes contratantes no se verán afectados por incumplimiento de carácter extensible por analogía a los de carácter administrativo, por que si es cierto que un incumplimiento de éstos no prima o interfiere en los efectos jurídicos del contrato a que se contrae el debate jurídico planteado, realmente convenido entre las partes, limitándolo o restringiéndolo, ni por tanto el hecho de que la referida entidad

«X, S. A.», no estuviere inscrita en el Registro público establecido para fabricar material destinado al embalaje de alimentos, pues la resolución impugnada en manera alguna se basa exclusivamente en tal circunstancia, que considera a los meros efectos complementarios de argumentación, sino fundamentalmente en el hecho apreciado de que el objeto convenido a entregar no cumplía las condiciones pactadas, al no ajustarse a la reglamentación establecida al respecto, y concretamente de las derivadas de lo normado en el artículo 31 del Real Decreto 1011/1981 de 10 de abril, cuyo efecto ya fue considerado precedentemente al examinar el motivo quinto.

*Noveno:* La inconsistencia y consiguiente desestimación del motivo sexto, planteado igualmente al amparo del artículo 1.692.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y formulado con base en pretendida infracción, por no aplicación del artículo 2.04.01 en relación con el artículo 2.04.02.3. a) y b) D 2484/1967 de 21 de septiembre (Código Alimentario Español, en vigor según el Decreto 2519/1974, de 9 de agosto, desde el día 9 de marzo de 1975), sobre «condiciones generales del material relacionado con los elementos, porque evidenciado de lo apreciado en la sentencia recurrida, tanto en su aspecto fundamentador como en cuanto expresamente acepta los Considerandos de la pronunciada en fase procesal de primera instancia, que el papel adquirido por la entidad demandada, ahora recurrida, «Y, S. A.», a la entidad demandante, ahora recurrente, «X, S. A.», determinante de las reclamaciones formuladas en las súplicas de los escritos inicial de demanda y de reconvencción ejercitada en el correspondiente escrito en que se formuló, emana de encargos efectuados con posterioridad a la publicación en 1 de junio de 1987, en el «BOE», el Real Decreto 1011/1981, de 10 de abril, claramente conduce a la inaplicación al presente caso de la invocada normativa en que la recurrente sustenta el motivo que se examina, y en consecuencia el recurso en cuestión, sino por el contrario lo prevenido en el mencionado Reglamento aprobado por Real Decreto de 10 de abril de 1981, precisamente complementario en desarrollo del referido Código alimentario español, que nada disponía sobre módulos especiales de envases a fines de mantequilla, pasando a regular concreta y específicamente en el tal citado Real Decreto 1011/1987, que sanciona la Reglamentación Técnico-Sanitaria para la elaboración, circulación y comercio de grasas comestibles (animales, vegetales y anhídras), margarinas, minarinas y preparados grasos, y singularmente su artículo 31, en relación con los artículos 12 y 27, de procedente aplicación a la mercancía objeto de litis, tanto en las pretensiones de la demanda como de la reconvencción, de conformidad con lo dispuesto en su disposición transitoria 2.ª, que si posibilita, en su párrafo 1, la posibilidad de que durante el plazo de 18 meses a contar desde la publicación en el «BOE» de dicha Reglamentación, que tuvo lugar el 1 de junio de 1981, o sea hasta diciembre de 1982, los industriales entonces dedicados a la fabricación de grasas comestibles (animales, vegetales y anhídras), margarinas, minarinas y preparados grasos podrán seguir utilizando las existencias en almacén o contratadas envases, cierres, envolturas o etiquetas de todo tipo que tuviesen en uso y que no se ajusta a lo dispuesto en dicha reglamentación, sin embargo, en su párrafo 2 dispone que después de la mencionada publicación del referido Real Decreto —que como queda manifestado tuvo lugar el 1 de junio 1981— todo encargo de envases, cierres o envolturas o etiquetas se ajustará a lo establecido en el texto de la precitada reglamentación, con proyección a la cuestión

sometida a controversia, en cuanto que los encargos de la mercancía cuestionada tuvieron efecto después de entrar en vigor tal normativa reglamentaria contenida en el aludido Real Decreto 1011/1981 de 10 de abril.

*Décimo:* Tratando del motivo noveno, que se formula con amparo en el artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por entender la entidad recurrente «X, S. A.», que la resolución impugnada infringe, por no aplicación, la norma contenida en el artículo 2.172 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que tal entidad proyectada con carácter sustantivo, su no acogida viene determinada por la circunstancia de que si bien, conforme a la orientación jurisprudencial a que se alude en dicho motivo, el acuerdo convenido a efectos de determinación del estado, calidad o cantidad de géneros recibidos, con alcance a constatación de daños y perjuicios y fijación de su montante, que haga necesario acudir al procedimiento previsto en dicho artículo 2.127, sólo produce efectos entre vendedor y comprador que lo hubiesen convenido, pero no con alcance a tercero, es lo cierto que la sentencia recurrida, para llegar a la solución que acoge en cuanto a la mercancía suministrada a la entidad «Z. S. A.», por la entidad demandada-reconviniente «Y, S. A.», reconociéndola como módulo cuantitativo compensatorio en relación con la cantidad que se reconoce de la reclamada en medio del escrito inicial de demanda formulada por «X, S. A.», se basa no simplemente en dicho convenio, sino como se expresa en su texto fundamento de derecho *in fine*, en concordancia con el considerando séptimo también en su parte final, de la sentencia de primera instancia que acepta, en reconocer acreditada la devolución, por causa del defecto apreciado en el papel suministrado de que se viene haciendo mención, en un alcance contraído a la entidad de 1.819.688 ptas., reconocida por tal concepto, y por «mantequilla» inutilizada por el uso de aquel defectuoso papel, en un alcance reconocido en suma de 3.000.000 de pesetas, revelando en consecuencia aspectos de hecho vinculantes en casación en cuanto no han sido desvirtuados ni intentando hacerlo por el cauce o vía del error en la apreciación de la prueba, que autoriza el artículo 1.692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues según tiene declarado esta Sala y de ello son exponente la sentencias de 2 de julio de 1940, 23 de enero de 1964, 18 de marzo y 17 de julio de 1982 y las más recientes sentencias de 19 de noviembre y 10 de diciembre de 1985, y 13 de octubre de 1987, la realidad del daño indemnizable, a efectos del artículo 1.101 del Código civil, y concretamente contravención del tenor de las obligaciones, es facultad del juzgador de instancia, contra la que no cabe casación por la vía o cauce del artículo 1.692.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al que acudió la mencionada entidad recurrente como soporte del motivo ahora examinado, sino por la del artículo 1.692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no ejercitado, según viene dicho, en orden a tal cuestión por la entidad recurrente, a medio del que se acreditare error en tal apreciación judicial indemnizatoria.

*Undécimo:* En consecuencia procede declarar no haber lugar al recurso, con imposición a la Entidad recurrente «X, S. A.» de las costas en él causadas y pérdida del depósito constituido: y todo ello a tenor de lo normado en el artículo 1.715.4.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

### III. COMENTARIO

1. Considera en primer lugar la sentencia comentada la *vexata quaestio* de la determinación de lo debido *ex contractu* por el deudor que, en este caso, se concreta en decidir si el vendedor debe o no suministrar, en base al contrato válidamente celebrado, un tipo de papel apto para envasar mantequilla.

Para la resolución de este problema, es clásico manejar una concepción del negocio jurídico, en virtud de la cual su contenido queda circunscrito a la mutación jurídica que ha de producirse y, por tanto, una concepción de la compraventa, en tanto subespecie de negocio jurídico, cuyo contenido obligacional queda circunscrito a la transmisión de la titularidad sobre la cosa vendida (o —diría alguna doctrina— a la entrega que lo facilita) y al pago del precio. Todas las demás intenciones, expectativas y finalidades que los contratantes albergasen, los resultados a que aspirasen, o las afirmaciones que hubiesen realizado, son ajenos a este contenido obligacional, porque no cimentan la «verdadera» voluntad negocial que, en exclusiva, se dirige al efecto transmisivo (posibilitándolo, *eo ipso*, ya que éste se produce sólo en la medida en que sea querido, y sólo porque es querido). De este modo, *ad exemplum*, las cualidades que la cosa vendida debiera tener, sólo pueden ser objeto de un mero motivo que influya accesoriamente en el proceso de formación de la «verdadera» voluntad negocial (encaminada a la transmisión de la titularidad sobre la cosa), y toda declaración que el vendedor hiciera en relación a tales cualidades (*ex hypothesi*, expresa y con la forma del propio contrato, pues sólo así puede vincularse, *in abstracto*, la voluntad del promitente), aun siendo expresa y formal, jamás puede generar una obligación: obligación es sólo aquella que se refiere al efecto negocial y sólo puede tener por objeto un comportamiento posterior del vendedor y nunca estados físicos o jurídicos (aquella declaración generaría, en su caso, una «garantía», una aseguración o una promesa de indemnización) (1).

Ocurre, sin embargo, que, para el problema suscitado por las cualidades que ha de reunir la cosa vendida, los Códigos siguen ofreciendo la figura de la obligación de saneamiento (aunque profundamente modificada tras el proceso codificador) como específica vía de solución. Por ello, para cohonestar esta añeja figura con la concepción dominante del negocio jurídico, en general, y de la compraventa, en particular, anteriormente expuesta, se precisa recurrir a variadas construcciones, entre las que destaca la de Windscheid, quien elabora la figura de la presuposición (*Voraussetzung*) (2), donde introduce aquellas circunstancias que, aunque no expresamente contempladas en el contrato, fueron, no obstante, determinantes en su conclusión, y constituyeron una limitación de la voluntad declarada. De esta forma, la acción redhibitoria se define como una acción que elimina los efectos del contrato, en tanto que no son concordes con la voluntad real e interna (de uno) de los contratantes que, aunque no declarada, es, en todo caso, el fundamento de validez del contrato.

Junto a la teoría de la presuposición, destacan elaboraciones en torno al «fin

---

(1) *Vid.*, por todos, ZITELMANN, *Irrtum und Rechtsgeschäft*, Leipzig. 1879.

(2) WINDSCHEID, en *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Düsseldorf, 1850; y, con aún mayor depuración, en «Die Voraussetzung» *Arch. Civ. Pr.* 1982, LXXVIII, pp. 161 y ss.

práctico del negocio», la causa «subjctiva», «concreta», «real» o «efectiva», y las cualidades de la cosa como «principal motivo impulsor» o «motivo causalizado» del contrato, o sutiles definiciones de error-vicio, como discrepancia entre el valor que el comprador le da a su declaración y el que socialmente se le otorga a la misma, o como instrumento para atribuir relevancia anulatoria a circunstancias sobrevenidas en la fase de ejecución del contrato (3), o apelaciones a la «equivalencia subjctiva de las prestaciones», o a la base del negocio, e incluso a las nociones siempre recurrentes de «condición tácita» o de «pacto implícito» que, *in toto*, pueden calificarse como prolongaciones o depuraciones del camino inicialmente abierto por Windscheid (4).

Sin embargo, esta corriente doctrinal (en sus múltiples manifestaciones) no ha logrado nunca, en relación con la obligación de saneamiento, superar satisfactoriamente, los siguientes obstáculos:

a) No explica por qué, por definición legal, sólo uno de los contratantes es el que puede ejercitar la acción redhibitoria —siempre el comprador—, siendo así que nada excluye que también el vendedor pudiese presuponer, verse principalmente impedido a contratar o errar.

b) No explican muchas de estas construcciones por qué el contrato, al descubrirse sobrevenidamente el vicio o defecto inicialmente oculto, no queda resuelto *ipso iure* (y eso, aunque le «falte» la causa (subjctiva, concreta, real o efectiva) o le «falte» la base, etc...), ni por qué es en todo caso incuestionable el derecho del comprador a mantener el contrato (siquiera parcialmente), mediante el ejercicio de la acción *quantum minoris* (en realidad, ello sólo lo pueden explicar aquellos que resueltamente ven en la acción redhibitoria una acción de anulación por error).

c) No explica los criterios por los cuales unas cualidades entran en la presuposición (o causa, base, etc...) y otras serían tan sólo menos motivos irrelevantes (y, si se dan criterios, difícilmente pueden sustraerse a las críticas de arbitrariedad, de crear incerteza en el tráfico, y a la de que se irroga perjuicio a la legítima confianza de uno de los contratantes, quien ve cómo sorpresivamente se le saca de la chistera un motivo, finalidad o deseo, no declarado por el otro contratante, convertido en presupuesto-base-causa del contrato).

d) Ni da cuenta de por qué el comprador, para redhibir (resolver) el contrato, no precisa probar que él presupuso, o que erró al contratar, o que al contrato le falta la causa, sino tan sólo el vicio o la falta de cualidades del objeto vendido que de forma grave o seria incida en el sinalagma funcional del contrato, algo que los clásicos conseguían limpiamente, al decir que las acciones edilicias proceden *propter vitium rei*.

(3) La primera es elaborada por BERCOVITZ, R. en «La naturaleza jurídica de la acción redhibitoria y estimatoria» ADC, 1969, pp. 777 y ss.; y la segunda, adelantada por MORALES en *El propósito práctico y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro* «ADC», 1983, pp. 1529 y ss. y recientemente desarrollada en *El error en los contratos*, Madrid, 1988.

(4) Por tanto, la profecía de WINDSCHEID de que su construcción, rechazada para el BGB, por atentar en exceso contra la seguridad jurídica, renacería inexorablemente, se ha cumplido. En España ha ido acentuando su aproximación a la estela abierta por el insigne pandectista, MORALES, quien ha superado primeras formulaciones bastante objetivas (en *El alcance protector de las acciones edilicias*, «ADC», 1980, pp. 585 y ss.), hasta llegar a un cierto subjetivismo en «El propósito práctico...», y en CCJC, n.º 18, comentario n.º 472, pp. 918 y ss.

En suma, todas estas construcciones contienen un cierto grado de artificiosidad: recurren a la idea mística de una voluntad interna, implícita, o no expresada, que es un dato, en los casos concretos, inexistente o no necesariamente existente, y con ello corren el peligro de infringir el principio de que la voluntad esencial al contrato es la voluntad manifestada o exteriorizada. Y rezuman un psicologismo exacerbado en su concepción de lo que ha de ser el juicio de funcionalidad sobre un contrato (juicio que, *ex natura sua* presupone la validez del contrato enjuiciado), al partir de las premisas de que los efectos negociales sólo se producen en tanto sean queridos, y en la medida en que sean queridos, y de que el querer negocial, creador de tales efectos, juega no sólo en el momento constitutivo y genético del contrato, sino también durante su fase ejecutiva, pues circunstancias sobrevenidas pueden revelar que tales efectos habían quedado sujetos, en realidad, a condiciones implícitas o presuposiciones o causas concretas, reales, efectivas o subjetivas, no declaradas, pero presentes en el querer interno (de uno) de los contratantes, que sería siempre y en todo momento su única fuente (5).

*Ictu oculi*, la sentencia comentada resuelve el caso que la motiva desde esta perspectiva: pese a que ni en la hoja de pedido, ni en las facturas, ni en los albaranes de entrega y recepción, se especificaba que el papel a suministrar debía reunir las características propias para el envasado de mantequilla, apela a las «circunstancias finalistas» y a la «intención evidente», para declarar que «el suministro fue efectuado en virtud de la finalidad de que fuese idóneo para el empaquetado de mantequilla» (Fdto. 4.º). Sin duda, parecería que fuese a declarar la nulidad del contrato, porque el comprador padeció error, porque presupuso, o porque al contrato le faltó la base o la causa.

Sin embargo, como veremos *in extenso* más adelante, nada de esto declara, porque el Tribunal considera, ante todo, que *existe* una vinculación obligatoria del vendedor (lo que presupone *per se* declarar la validez del contrato del que necesariamente tal obligación es efecto), y, a continuación, que tal vinculación obligatoria no se ceñía a una entrega de cualquier papel, sino que se extendía hasta abarcar determinadas cualidades que dicho papel debía reunir. Y ello lo afirma *sin necesidad* de que las partes hayan hecho declaración expresa alguna, y *sin necesidad* de realizar ninguna indagación psicológica de la voluntad interna de los contratantes (por lo demás, irrealizable): lo afirma, en realidad, sobre la base objetiva de que se ha producido una evidente insatisfacción de la legítima expectativa contractual del comprador (revelada por el sobrevenido conocimiento de la anteriormente oculta inidoneidad del objeto vendido al fin contractualmente establecido, dato que desencadena un típico juicio de funcionalidad sobre el contrato válido), y de que tal insatisfacción del comprador debe ser imputada al vendedor. Sin duda, la sentencia efectúa, en realidad, una interpretación tendencialmente objetiva del contrato, siendo la «fabricación» *ad hoc* de una vaporosa voluntad, en este caso concreto, el cauce desahogado (pues la voluntad común de las partes, expresa o tácita, es el criterio fundamental de interpretación del contrato —art. 1.281 Cc—) para determinar —extensivamente— el contenido de lo debido *ex contractu* por el vendedor, e ignora todas las construcciones que

---

(5) *Vid.*, la reciente exposición *in extenso* de esta clásica temática, realizada por GAVIDIA *Presuposición y riesgo contractual*, «ADC», 1987, pp. 525 y ss.

hemos reseñado y agrupado en torno a la línea conductora marcada por la teoría de la presuposición.

Y no se detiene aquí la sentencia comentada: constatamos que ésta no sólo interpreta el contrato en el sentido indicado, sino que, *además*, lo integra crucialmente, ya que el argumento básico de la decisión judicial viene dado por el juego de las reglamentaciones técnicas existentes en materia de envasado de mantequilla. Ello pone de relieve que la sentencia comentada emplea el artículo 1.258 del Código civil, no como un portillo que le permita al Juez bucear en la psique del sujeto y reconstruir así su voluntad real interna no expresada, sino como una verdadera fuente de Derecho positivo, que determina (ampliando y precisando, en este caso) el contenido de lo debido por cada contratante, en base a valoraciones que responden a intereses generales (o tendencialmente supraindividuales). En efecto, la sentencia hace correcto uso del principio de que la ley, esta vez *lato sensu*, es una de las fuentes para la integración del contenido obligatorio de un contrato, previamente interpretado subjetiva y/o objetivamente (aunque, claro está, no es la única, siendo hoy clave el juego integrativo de la buena fe en sentido objetivo y aludiendo el art. 1.258 Cc también a los usos). Ley que, en este caso, es imperativa, a diferencia de lo que preceptúa el artículo 1.167 del Código civil, de igual teleología (aunque con carácter general, y no para bienes específicos), pero de alcance puramente dispositivo.

Y ante este *modus procedendi* de la sentencia comentada, que nadie se sorprenda, como parece hacer la parte recurrente, apelando a la «ausencia de efectos en el plano civil de una regulación administrativa» —(en argumentación, por lo demás, de claro corte liberal-decimonónico hoy, en cualquier caso, superado), porque el propio Código, para un mercado intenso e inseguro, como lo fue el de animales (medio de producción fundamental en una economía predominantemente agrícola) en todo el siglo XIX, hacia suya la misma técnica, dejando en blanco el concepto de vicio redhibitorio, y remitiéndolo a la ley (recordemos el Proyecto de 1851 y su lista tasada) o a los usos (art. 1.496,2.º Cc); o porque, en verdad las propias acciones edilicias nacen en Roma como consecuencia de una medida administrativa de policía para los mercados (o sea, como remedios «reglamentarios», establecidos al margen del *ius civile*); y porque resplandece a lo largo de todo el Derecho intermedio el durísimo control de calidad de los géneros que las corporaciones y gremios de comerciantes y artesanos realizaban (para, a la larga, beneficio propio, y no de los consumidores), mediante estrictas reglamentaciones que, en la última fase del *Ancien régime* son asumidas por el Estado absolutista, en forma de pragmáticas y ordenanzas (6); y porque hoy,

---

(6) Basta observar el ejemplo que nos ofrece POTHIER: «C'est un vice rédhibitoire à l'égard des étoffes neuves, lorsqu'elles sont tarées, c'est-à-dire lorsqu'elles ont certaines défauts exprimés pour les régléments faits pour le commerce», *Traité du contrat de vente*, partie II, Ch. I, Art. II 1, n.º 207, Bruxelles, 1831 y, en general, las magníficas constataciones de GARRISON sobre un sistema comercial medieval, que exigía para su existencia medidas rigurosas de control, manifestadas en una «police économique spécialement minutieuse qui sera maintenue jusqu'à la révolution par les régléments professionnels» «à l'encontre du vendeur, les status locaux, urbains ou professionnels, posent la nécessité liminaire d'une exécution loyale de ses obligations», en *La vente commerciale de marchandises*, dirigida por J. HAMEL, Paris, 1951, pp. 13-18.

con presupuestos muy diferentes (¿o no tanto?) la consagración diáfana de tal *modus operandi* legal se yergue incontestablemente en la LCU y, en particular, en su artículo 11, en conexión con los artículos 2, 4, 5 y 28 del mismo texto legal.

Ello ha permitido al Tribunal, pues, integrar el contenido de lo debido por el vendedor; y, tras ello, pronunciar la resolución del contrato, lo que, por definición, exige la constatación de una obligación principal, que nace (así integrada) del contrato válidamente celebrado y subjetiva y/o objetivamente interpretado, y que se encuentra seria o gravemente incumplida; y, sobre todo, recurrir a la idea de la «falta de entrega», que es el expediente conceptual justificador de que se apliquen al caso las consecuencias del incumplimiento (resolución y resarcimiento): es evidente que la entrega del papel fue materialmente efectuada, de forma que la obligación de entrega aludida no puede entenderse en los términos del artículo 1.462 del Código civil, sino como un continente conceptual sintético de, entre otras, la obligación del vendedor de que el objeto vendido sea idóneo (exento de vicios y dotado de las cualidades necesarias) para el fin contractualmente fijado, que es la que, *sub specie facti*, se aprecia *in concreto* incumplida (7), y en modo imputable al vendedor, todo lo cual —reitero— presupone la validez del contrato funcionalmente enjuiciado.

2. No podría soslayarse el análisis al modo en que resuelve la sentencia comentada, la alegación de que se produjo la aceptación tácita de la cosa vendida por parte del comprador (alegación hecha por el recurrente, *vid.*, Fdto. 6.º): sorprendente argumento es, qué duda cabe, que ello no procede apreciarlo, porque el contrato es nulo, al faltarle el objeto, y no puede, por tanto, ser confirmado, ni expresa, ni tácitamente, *ex* artículos 1.300 y 1.310 (ambos en conexión con el art. 1.261,2.º).

Llama sin duda la atención que la sentencia, antes y después de esta afirmación, no sea coherente. En efecto, para serlo, debería haber omitido las discusiones sobre la prescripción de la acción del comprador, porque siendo la falta de objeto uno de los vicios para los que el Código ordena el régimen de la nulidad absoluta (art. 1.261 Cc), nada habría habido que discutir, siendo la acción de nulidad imprescriptible; y debería, en su caso, haber fundamentado el resarcimiento que concede sobre la base de una *culpa in contrahendo* del vendedor, que conoció o debió haber conocido la nulidad radical del contrato que se celebró, y que no advirtió de ello al comprador, creando, así, en éste, unas expectativas que, con posterioridad, quedan desvanecidas, infiriéndosele, por ello, unos daños y perjuicios resarcibles, por hipótesis, sólo precontractualmente, pues contrato no hubo.

Nada de esto se declara, sino todo lo contrario: la sentencia no exige que el comprador pruebe que el objeto que él se representó mentalmente al momento

---

(7) Baste recordar la idea de POTHIER, que resume la tradición histórica anterior: «Le vendeur, par la nature du contrat de Vente, est tenu de garantir l'acheteur, que la chose vendue est exempte de certains vices qui sont de nature à rendre ou presque inutile, ou même quelquefois nuisible, l'usage pour lequel cette chose est dans le commerce». «Cette obligation est une suite de celle que contracte le vendeur de faire avoir à l'acheteur la chose vendue; car s'obliger à faire avoir la chose, dans l'intention des parties, est s'obliger à la faire avoir la chose, dans l'intention des parties, est s'obliger à la faire avoir utilement, puisqu'en vain l'acheteur a utilement une chose qui ne peut lui être d'aucun usage»; *op. cit.*, p. II, C. I, A. IV, n.º 203.

de contratar difiriese del objeto en que pensó en ese instante el vendedor (prueba del *error in corpore*: típico error impropio, pues su relevancia proviene no tanto del error, cuanto de la falta de objeto), sino que se contenta con la sola prueba que da el comprador de que se ha constatado sobrevenidamente que el papel suministrado era, desde antes de perfeccionarse el contrato, ocultamente inidóneo para envasar mantequilla (prueba de la insatisfacción del acreedor, hecho material del incumplimiento), lo cual demuestra que no ha razonado en términos de validez/nulidad, sino de inclusión o no en lo debido *ex contractu* por el vendedor de la cualidad específica que debía tener el papel (*discusión que presupone, evidentemente, la validez del contrato*), lo que, por añadidura, ha resuelto, como hemos visto, en sentido afirmativo, gracias al juego de la interpretación subjetiva y/o objetiva y a la posterior integración *ex lege*. Justamente por ello ha declarado que el comprador no recibió toda la utilidad que legítimamente podía exigir, según el contrato válido celebrado (y aparentemente ejecutado); utilidad, *in obligatione* (y no *in conditione* o presupuesta) para el vendedor, cuya falta, además, entiende imputable a éste último.

O sea, una de dos: o se discute sobre la validez/nulidad de un contrato, para, si es inválido, proceder a las consiguientes restituciones (y, a lo más, con responsabilidad precontractual de la parte en la que se aprecie una *culpa in contrahendo*); o, dejando sentada la validez del contrato, se plantea si el deudor cumplió o no lo debido conforme a él. Son términos incompatibles de una alternativa, para la cual *tertium non datur*.

La sentencia no llega, pues, pese a lo expresado *verbatim*, a declarar nulo el contrato, sino que, antes bien, toma como premisa su validez: precisamente porque el contrato es válido y subsiste como tal, aunque esté incumplido (y por estar sería o gravemente incumplido) necesita decretar su resolución, lo que permite liberarse al comprador cumplidor de la obligación contractual, que hasta ese momento le vinculaba. Y la sentencia no concede un resarcimiento que se apoye en la *culpa in contrahendo* concurrente con la conclusión de un contrato nulo, sino que lo apoya —mediatamente— en la infracción de la obligación contractual (que la propia sentencia deduce de una interpretación del contrato válido, y que luego integra con apoyo en la ley), que supuso el suministro de un objeto ocultamente inidóneo, antes de perfeccionarse el contrato, al fin en este establecido. Infracción que fue lo suficientemente grave como para legitimar al comprador a pedir —y obtener—, como inmediato efecto de la misma, la resolución del contrato. Y no declara la imprescriptibilidad de la acción del comprador, sino que discute sobre la aplicación o no de los plazos contenidos en los artículos 342 y 345 del Código de comercio y 1.490 del Código civil, afirmando, finalmente, que estamos ante un caso «equiparable a la falta de entrega, a lo que corresponde no el plazo de prescripción de las acciones por causa de vicios, sino de falta de entrega, a la que alcanza el plazo de prescripción de quince años establecido en el artículo 1.964 del Código civil» (Fdto. 7.º).

Todo ello hace que en el *iter* argumental que sigue la sentencia comentada, globalmente considerado, la pretendida nulidad del contrato, que emerge inopinadamente, sea, a todas luces, incoherente. Lo cual no empece, que a nadie escape que esta incongruencia proviene del uso de un argumento *di commodo* para desbarazarse de una alegación impertinente del vendedor y recurrente (y peligrosa para la suerte de la acción del comprador): maniobra que, pese a emanar del

deseo por ofrecer una solución justa al caso, no sólo es improcedente, sino también, como veremos, innecesaria.

Porque, en verdad, a pesar de la dicción del Fdto. 6.º, estamos ante un contrato válido (no se ha probado que careciese de ninguno de los elementos esenciales del art. 1.261 Cc), cuyo objeto no va más allá de las obligaciones sinalagmáticas, que son su fundamental efecto, y que, *ex parte venditoris* se sustancian en la compleja obligación de entregar, con fines transmisivos, un objeto idóneo (exento de vicios y dotado de las cualidades necesarias) para el fin contractualmente señalado. Tal obligación es posible (nulidad por falta de objeto cabría apreciar en el supuesto del art. 1.460,1.º Cc —imposibilidad física—) y en nada contradice a la ley, a la moral o al orden público (como hace, por ejemplo, el contrato que recaiga sobre animal afectado de enfermedad contagiosa, *ex art.* 1.494 —imposibilidad jurídica—) (8), sino que, por el contrario, es integrada crucialmente por la propia ley. Por tanto, no se discute sobre si el contrato no supera el juicio de validez, por faltarle uno de los elementos estructurales, que el ordenamiento le exige para su reconocimiento, sino sobre la situación por la que atraviesa, al sobrevenir sucesivamente circunstancias (no el vicio o defecto oculto, que, por hipótesis, existía ya al celebrarse el contrato, sino el conocimiento que de él se viene a tener) que revelan un desarrollo diverso al válidamente programado en el contrato; esto es, se realiza un juicio de funcionalidad sobre el contrato válido celebrado, desencadenado por el sobrevenido conocimiento del originario vicio o defecto oculto, que juega como un típico hecho material del incumplimiento, al determinar la insatisfacción de la expectativa contractual legítima del comprador.

Y, a diferencia de los casos en que faltó absolutamente la prestación de entrega material del vendedor o en que el comprador rechazó con justa causa el objeto ofrecido, al no adecuarse a lo contractualmente pactado, ya sea en el momento de la entrega o *inmediatamente* después de ella (pensemos en el caso de mercancías embaladas o enfardadas), en los que se deducirá, en tanto ello sea imputable al vendedor, responsabilidad contractual *por falta de entrega*, aquí se dilucida, habiendo existido entrega material, sobre si:

1) El comprador, pese a la falta de calidad contractualmente exigible, acepta, expresa o tácitamente la prestación del vendedor, en cuyo caso no se suscitará ninguna pretensión de responsabilidad, pues se ha producido una especie de dación en pago (que es, en el plano de funcionalidad de un contrato, lo que la renuncia tácita al ejercicio de una acción de anulabilidad es en el plano de su validez: la tolerancia (o irrelevancia del incumplimiento) y la confirmación tácita son, en planos diversos y alternativos (contrato válido/contrato inválido), manifestaciones de un idéntico principio —*protestatio facto contraria*—); o bien si.

2) El comprador no se resigna, tras advertirla, a la inidoneidad inicial, antes oculta, del objeto comprado (tal advertencia acontecerá justamente *tras* la entrega, e incluso, a veces, bastante después de la misma, cuando, por ejemplo, el comprador intente emplear el objeto para el fin establecido) (9), alegando, enton-

(8) RIVERO, en LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho civil*, II, Vol. 3, Barcelona, 1986, p. 66; DIEZ PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, 5.ª ed., Madrid, 1988, p. 303; MORALES, en *El alcance...*, p. 626.

(9) Y, por ello, el vicio o defecto debe ser *oculto*.

ces, tal defecto o vicio hasta entonces oculto, cuyo conocimiento opera así como circunstancia sobrevenida que da pie a un juicio de funcionalidad sobre el contrato válido, puesto que el vicio o defecto ahora conocido determina la insatisfacción de la expectativa contractual legítima del comprador, como es propio de un típico hecho material del incumplimiento.

Se desencadena, en este segundo caso, *ipso facto*, la controversia, que versará, ante todo, sobre si hay o no insatisfacción del comprador, y, a continuación, sobre si, habiéndola, ésta es o no imputable al vendedor, y, finalmente, sobre si, apreciándose una insatisfacción imputable, se permite, *porque el contrato es válido*, que el comprador insatisfecho y cumplidor pueda optar por exigir el cumplimiento (pidiendo la sustitución o la reparación de la cosa vendida) (10), o, si la infracción contractual fue grave, por resolver el contrato, eliminado retroactivamente los eventuales efectos que éste hubiera producido.

Que la sentencia se haya detenido en el examen de la existencia o no de aceptación tácita del objeto entregado por parte del comprador, justamente corrobora que no se planteó si el consentimiento de los contratantes había recaído o no sobre objetos diversos en el momento genérico del contrato, sino que analiza circunstancias acaecidas en la fase de su ejecución. Y este problema pudo haberlo resuelto fácilmente, entendiéndolo que la ausencia de protesta inmediata del comprador, no conociendo todavía la inidoneidad del papel entregado al fin contractualmente establecido (de haberla conocido, hubiese existido esa especie de dación en pago a que nos referimos, porque ya no habríamos estado ante un vicio o defecto *oculto*), sólo era una aparente aceptación, que no pudo hacer surgir el cumplimiento allí donde no lo había. La obligación del vendedor no se extingue con esa aceptación aparente del comprador, sino con la recepción definitiva por éste de cuanto debe recibir según el contrato (a menos que *realmente acepte* recibir otra cosa). Tal aparente aceptación inicial no es (mientras no se pruebe que el comprador conoció entonces el vicio, que, por tanto, no era *oculto*), sino un juicio emitido en el sentido de que, *prima facie*, la prestación *parece* idónea y conforme al contrato, pero dejando imprejuizadas las acciones que al comprador correspondan, en caso de manifestarse sucesivamente vicios o defectos que, siendo, por hipótesis, inicialmente ocultos, como tales sólo pueden descubrirse tras la entrega material (11).

3. Digno de nuestra atención es también el recurso que la sentencia comentada hace a la figura del *aliud pro alio* que, en relación al saneamiento por vicios, es una creación jurisprudencial, que obedece a dos razones fundamentales:

I. Superar el obstáculo representado por el breve plazo impuesto a las acciones edilicias, de seis meses, contados desde la entrega de la cosa vendida (art. 1490 del C.c.), y de, según la interpretación más fiel al tenor legal, 30 días, también contados desde la entrega (art. 342 C.com.), que parece ser el aplicable —dado el carácter mercantil (arts. 325 y 326 C.com.) del contrato de autos— al presente caso.

(10) Para la procedencia de las acciones de exacto cumplimiento, remito a mi trabajo «La garantía del artículo 11 LCU», pendiente de publicación por esta Revista.

(11) Así, sustancialmente, WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, traducción de FADDA y BENSÀ, Vol. 2, Torino, 1925, pp. 529-531; y BERCOVITZ, R. en *La naturaleza...*, p. 826.

Es cierto que la brevedad del plazo nace históricamente con las propias acciones edilicias, pero ello se justifica porque su creación fue el objeto de una medida de policía administrativa dictada para paliar la indefensión que en la contratación apresurada que se realizaba en los mercados —ámbito exclusivo de jurisdicción de los ediles— podía alcanzar a un comprador poco precavido, que no hubiese pactado expresamente las usuales estipulaciones de garantía, al no existir ni una acción anulatoria por error, ni tampoco una acción contractual, pues todavía no había nacido el contrato consensual de *emptio-venditio*; y porque, además, consagran la primera manifestación de una institución desconocida hasta entonces por el *ius civile*, como es la resolución de un contrato válidamente celebrado. La brevedad del plazo (cuyo cómputo, no obstante, se hacía en días hábiles: seis meses útiles), fundamentada en esa doble excepcionalidad de las acciones edilicias, no plantea inicialmente un problema excesivamente grave, porque en la mayoría de los casos subsisten y proceden los tradicionales remedios del *ius civile*, entre los que destaca la *actio ex stipulatu*, basada en la frecuente estipulación de garantía que las partes acordaban, de duración ilimitada, o el progresivo juego de la *actio de dolo*. Y esa brevedad del plazo, tendrá dificultades para subsistir cuando, cristalizada ya la figura del contrato consensual *bonae fidei* de *emptio-venditio*, las acciones edilicias quedan absorbidas en el *iudicium empti* (lo que significa precisamente que el vicio redhibitorio es considerado legalmente como una forma de violar el contrato) y se hacen valer mediante la acción contractual (*actio empti*), cuya duración es también ilimitada.

En el Derecho Intermedio el plazo breve se observa tan sólo «para cosas animadas, frágiles y corruptibles» (12), es decir, para animales y esclavos, a los que, sólo por analogía, se irán añadiendo ciertos objetos perecederos y susceptibles de tráfico mercantil, a medida que los comerciantes fueron afianzándose socialmente y las ferias expandiéndose. Para todos los demás bienes (inmuebles, maderas de mala calidad, o un libro viciado) se aplica el plazo perpetuo de la *actio empti*; y, desde luego, siempre queda imperejuzgado el ejercicio de la acción contractual, cuando concurra el supuesto de mala fe (*dolo* o *culpa lata* equiparada) del vendedor (13).

Sin embargo, al promulgarse el Código, ley emanada del Estado, que encarna ahora los designios de las clases comerciantes emergentes, se establece «en interés general» la unificación y reducción de los plazos aplicables a las acciones ejecutables en relación con vicios y defectos ocultos, como se desprende del tajante tenor del artículo 1.490 del Código civil (14), que incluso parece someter también a su plazo breve al supuesto del artículo 1.486,2.º del Código civil y que, por si era poco, ordena el cómputo de los seis meses desde el día de la entrega (allí donde el Derecho Intermedio había ordenado que el plazo breve, en los pocos casos en que procedía, comenzase a correr el día que el comprador conociese o descubriese el vicio, por definición, oculto) (15); lo que se agrava con la com-

(12) Gregorio LÓPEZ, *apud* MORALES, *El alcance...*, pp. 608-617.

(13) Una magnífica exposición de la situación en nuestro Derecho Intermedio en MORALES, *El alcance...*, pp. 608-617.

(14) Así lo cree también MORALES, *El alcance...*, p. 623 y ROJO, *La responsabilidad civil del fabricante*, Bolonia, 1974, p.288, nota 88.

(15) «Luego que el comprador la entendiere aquella enfermedad» P,5,5,65. Gregorio LÓPEZ explica que, puesto que se trata de acciones útiles, la afirmación de que

*munis opinio* de que tal plazo es, además, de caducidad (justamente porque el interés de los comerciantes se identifica con el orden público).

Observemos que el fenómeno se acentúa, aún más, al pasarse de los seis meses que el Código de comercio de 1829 establecía, a los treinta días del Código de comercio aún vigente (art. 342), más la exigencia de una rápida denuncia preclusiva para los casos del artículo 336 del Código de comercio; y al acogerse en el Código civil la pretensión de los comerciantes de eliminar por completo la obligación de saneamiento en las ventas hechas en feria de animales y ganados (art. 1.493 del Código civil) (16) y, en todo otro caso, la de reducir el plazo, en la compraventa de animales, a 40 días salvo uso en contrario (art. 1.496).

Se consuma así un profundísimo cambio: las acciones edilicias, de ser, junto con la *actio empti* (y en el fondo no son sino un específico ejercicio de la *actio empti*), el cauce exclusivo por el que resolver los supuestos de cumplimiento cualitativamente inexacto —no existiendo acciones generales, pues las propias y específicas de cada contrato bastan y sobran—, pasan a ser, de este modo, acciones que se califican de especiales, e incluso, por calificarse de especiales, pasan a ser acciones que precluyen el acceso a las generales (arts. 1101 y 1124 del C.c.), que ahora se crean. Con este plazo breve, pues, se consigue una estabilidad en los contratos necesaria para la prosperidad de aquellos que extraen beneficios de la contratación múltiple y veloz sobre mercancías. Y, además, se corta, (en base, cómo hemos visto, a esa especialidad que empieza a predicarse de la obligación de saneamiento, propiciada, por un lado, por el citado rasgo novedoso del plazo breve y, por otro, por el carácter objetivo de su funcionamiento, que contrasta con la visión apriorística que sobre la responsabilidad contractual se tiene, al exigírsele siempre, para su juego, la existencia de una culpa o dolo sobre la que descansa), el acceso a la acción resolutoria que —repito—, por vez primera en la historia, se regula ahora con carácter general (art. 1124 del C.c.), lo que igualmente redundará en beneficio de los comerciantes, ya que ésta es un instrumento muy ágil para eliminar vinculaciones que rápidamente se revelan insatisfactorias [por definición, antes (falta absoluta de entrega material), en el momento (se rehusa aceptar la cosa por no adecuarse a lo contractualmente pactado) o *inmediatamente* después de la entrega (se descubre la no adecuación de la cosa entregada al contrato, al ser ésta desembalada o desenfardada)], pero muy temido cuando puede ser empleado (pues su ejercicio es una opción libremente concedida al comprador singular, lo que confiere un alto valor a su mera voluntad) para poner en cuestión operaciones que parecían cumplidas (es decir, tras la entrega

---

el cómputo se inicia en el momento de la venta (que también aparece en el texto legal) se hace bajo el supuesto de que el comprador hubiese conocido el vicio luego de celebrado el contrato; «*videtur intelligendum, quod hic dicit, si eodem die emptor scivit vitium; alias esset praedicta et contra dispositione per jus commune*» apud, B. GUTIÉRREZ, *Códigos o estados fundamentales sobre el Derecho civil español*, Tratado de las obligaciones, Tomo IV, 3.º ed., Madrid, 1877, p. 386. También GÓMEZ escribía *tempus currit a tempore scientiae et non ante, apud* MORALES, *El alcance...*, p. 608; y LAURENT, *Principes de Droit civil*, Vol. XXIV, Bruxelles, 1879, p. 297, por estimarla más conforme al adagio «la prescripción no corre contra el que no puede actuar»; y DOMAT, *Les eois civiles dans leur ordre naturel*, Tome 1.º, París, 1777, en «Du contrat de vente», Tit. II, Sect. XI, XVII, p. 80.

(16) Eliminación de la obligación de saneamiento que no aparecía en el artículo 1415, Proy. 1851, y que se introdujo en la redacción definitiva.

y, a veces, mucho tiempo después de la entrega) (17). La iniquidad de esta nueva configuración será, en muchos casos, flagrante, y la jurisprudencia y la doctrina, sensibles, buscarán vías para superarla:

a) Acudiendo frecuentemente al error-vicio, lo que, en la mentalidad subjetivista de finales de siglo, es bien acogido, pues conecta con la predominante concepción del negocio jurídico, en general, y del contrato, en particular, que expusimos, aunque en esta materia sea una senda históricamente poco hollada (por influjo del Derecho romano, que nos lega una tradicional marginación de las vías de defensa de un comprador individual basadas en los vicios de consentimiento, enfocando el problema desde la integración por modos diversos del contenido de lo debido *ex contractu* por el vendedor) (sin perjuicio de que el hecho de ser una vía ajena a la tradición no impida que allí donde se den los presupuestos del error sea hoy ortodoxa). A través de esta vía la jurisprudencia consigue, en todo caso, un campo temporal operativo de cuatro años, que ofrece indudables ventajas prácticas (aún puede contemplarse en el Código civil el art. 1494.2, nítido exponente de esta concepción, introducido *ex novo* en 1889, pues no aparecía en el art. 1416 del Proyecto de 1851 (18)).

b) Entendiendo que el plazo de seis meses se refiere a la denuncia de los vicios o defectos ocultos de la cosa recibida, que el comprador debe hacer, comenzando a correr, a partir de ese momento de la denuncia, el plazo normal de prescripción del artículo 1964 del Código civil, lo que carece de apoyo legal, y se inspira en prácticas comerciales y legislaciones foráneas (19).

---

(17) Es ilustrativa la Exposición de motivos del C.com 1885: «Son igualmente importantes las reformas introducidas en la duración de las acciones que se conceden al comprador para establecer la oportuna reclamación judicial, en el caso de que notare vicios o defectos de cantidad o de calidad en las mercancías, cuyos plazos se reducen considerablemente, con el objeto de dar seguridad y firmeza a las transacciones mercantiles, evitando todo lo que pueda mantener la intranquilidad y la incertidumbre en el dominio y posesión de las mercaderías, y dificultar su libre circulación». Escribe igualmente GARRIGUES «al vendedor le interesa, sobre todo, enajenar la cosa porque su beneficio depende del número de ventas que realice; (...) le interesa al vendedor que el comprador haga inmediatamente su reclamación, para que el contrato sea liquidado en un sentido o en otro. (...) con la amenaza en otro caso, de pérdida de su derecho a reclamar al vendedor» en *Curso de Derecho mercantil*, 7.º ed. Madrid, 1980, Vo. II, revisada por F. SÁNCHEZ CALERO.

(18) Que obedece, aparte de a las concepciones de la época, a la necesidad de la jurisprudencia francesa de hacer frente a casos injustos que no quedaban cubiertos por el sistema de listas que se había seguido para la definición del vicio redhibitorio en los animales. Así, LAURENT pone como ejemplo de utilización de esta vía, el caso de un jumento, que había sido vendido como pacífico, y que no cesaba de rebuznar y no podía ser atado sin peligro, *op. cit.*, p. 276. A causa de este precepto y de la mentalidad de la época, se acentúa la idea de que el caso de falta de cualidades pactadas es un supuesto de error-vicio, lo cual sólo es lúcidamente discutido por PUIG BRUTAU, quien cree que se trata de un caso de resolución por incumplimiento, en *Fundamentos de Derecho civil*, T. II, Vol. I, p. 169.

(19) BERCOVITZ, R. *La naturaleza...*, p. 883 y ss. y, de nuevo, con clara trascendencia, pues consigue resolver un injusto caso real, en el comentario a la Sentencia de 22 de diciembre de 1971 «ADC», 1973, pp. 356 y ss.; también, de *iure condendo* GARCÍA CANTERO, en *Comentarios al Código civil*, dirigidos por ALBALADEJO, Tomo XIX, Madrid, 1980, p. 358; y ROJO, *op. cit.*, p. 277, aunque reconoce que «la simple lectura de la exposición de motivos del C.com vigente pone de manifiesto cómo los redactores, al reducir los plazos de los artículos 370 y 371 C.com 1829, pensaban estar

c) Creando múltiples deberes precontractuales para el vendedor (obligación de información, de seguridad), que permiten emplear el plazo de la responsabilidad, bien extraconceptual, bien contractual (y justificar, además, resarcimientos más amplios que los tolerados, *prima facie*, por el art. 1486.1 del C.c.), o bien esgrimir el tradicional adagio *culpa lata aequiparatur*, de modo que la mala fe a la que alude el artículo 1486 del Código civil, se entiende de modo extensivo, abarcando los diversos supuestos que, según la realidad social del tiempo presente, se califiquen de *culpa lata*, con lo que se retoma la tradición medieval, frente a la cual el Código civil representa, por varios motivos, una clara interrupción, viéndose de nuevo al vendedor rodeado de múltiples deberes, deducidos de su posición y función social, e impuestos por la ley, los reglamentos y los usos, que, al ser incumplidos, suscitan tal grado de reproche social, que permite la imputación (íntegra) de los daños y perjuicios al vendedor que, además —y ante todo—, entregó una cosa viciosa o defectuosa, y que tal imputación se pueda realizar haciendo abstracción del plazo breve dictado por los artículos 1490 del Código civil y 342 del Código de comercio (20).

d) Y finalmente, abandonando el terreno propio del error-vicio, se utiliza una figura sacada del contexto de su regulación (el *aliud pro alio*) (21), para permitir que el comprador disponga, bien de la acción resolutoria general *ex* artículo 1124 del Código civil, bien de la acción contractual general *ex* artículo 1101 [en su manifestación de petición del (exacto) cumplimiento o, caso de no ser posible *in natura*, del equivalente, más, en ambos casos, los daños y perjuicios que completen el interés contractual positivo], lo cual, en suma, no es sino la

---

operando sobre plazos para el ejercicio de las acciones integrantes de la garantía y no sobre términos de denuncia de los vicios o defectos», y confiesa que esta interpretación supone «un meritorio esfuerzo, cuyo origen se remonta a la primera edición del *Curso* de GARRIGUES, que ha forzado los textos legales».

En realidad, es muy verosímil que la figura de la denuncia obligatoria surgiese como privilegio otorgado a determinadas transacciones mercantiles, y fuese posteriormente generalizado hasta convertirse en uso de comercio. Así, es significativo que el ejemplo que ROJO nos ofrezca de esta figura («*ut merces ab ipsis semel venditae et traditae pro nobis habeantur, nec redhibetur aut pretii diminutioni locus sit, nisi intra triduum a die traditionis emptor de vitio conqueratur*») sea un privilegio que el Reino de España tuvo que otorgar de los comerciantes hanseáticos para sus relaciones con compradores españoles (*op. cit.*, p. 282).

(20) Cfr., la crítica que a estas posturas formulo en mi trabajo «la garantía del artículo 11 LCU».

(21) ULPIANO, D.18,9,2 «*Inde quaeritur, si in ipso corpore non erratur, sed in substantia error sit, ut puta si acetum pro vino veneat, aes pro auro ven plumbum pro argento del quid aliud argento simile, an emptio et venditio sit. Marcellus scripsit libro sexto digestorum emptionem esse et venditionem quia in corpus consensus est, etsi in materia sit erratum. Ego in vino quidem consentio, quia eadem prope est, si modo vinum acuit: ceterum si vinum non acuit, sed ab initio acetum fuit, ut embemma, aliud pro alio vinisse videtur, in ceteris autem nullam esse venditionem puto, quotiens in materia erratur*».

Tal naturaleza del *aliud pro alio*, sigue intacta en las Partidas. *Vid.*, por ejemplo, P,5,5,21 «*Latón vendiendo un ome a otro por oro, o estaño por plata, o otro metal qualquier uno por otro, non valdria tal vendida. Otrosí dezimos que si un ome vendiesse a otro algún siervo, e fuesse fallado que era muger. E el comprador cuydando que era varon lo comprasse, que non valdria tal vendida, maguer aquel que la vendiesse non supiesse que era muger*», supuestos que la propia ley de partidas engloba bajo el título de «*cuando no vale la vendida que fuere fecha vendiendo una cosa por otra*».

resurrección de la tradicional *actio empti* (englobadora de ambas posibilidades —recibiendo el ejercicio de la *actio empti* en función resolutoria, el nombre críptico de «redhibición», porque justamente en Derecho Romano, la *actio redhibitoria* es la primera manifestación de la resolución de un contrato válido— desde el Derecho justiniano) que, expulsada por la puerta del Código (pues la obligación de saneamiento parece configurarse como especial, en razón de su plazo breve de ejercicio), nos entra por la ventana jurisprudencial. La evanescencia del concepto de *aliud* (que, *qua talis* denota un caso de *error in corpore*) y la dudosa fidelidad a la intención del legislador, preocupado exclusivamente por la reducción de los plazos de ejercicio de las acciones propias del incumplimiento cualitativo, no arredran a la jurisprudencia, acuciada por la justicia del caso, para:

1. Encontrar un modo de burlar el plazo de seis meses y poder decretar, por ejemplo, la resolución (redhibición) del contrato en casos donde la acción redhibitoria (resolutoria pretendidamente especial) no podría ya jugar.

2. Justificar más fácilmente resarcimientos que respondan a los principios generales de la responsabilidad contractual, superando la aparente restricción resarcitoria con que se expresa el artículo 1486.1 del Código civil.

Es decir; para, tras haber sido intencionalmente desfigurado (en su configuración formal, aunque no, a mi juicio, en su significado sustantivo) por el Código el histórico tratamiento de los supuestos de cumplimiento cualitativamente inexacto, recuperar su ininterrumpida naturaleza de paradigmáticos supuestos de incumplimiento contractual y aplicarles las consecuencias ordinarias propias de la misma. La operación, pues, tiene una honda trascendencia: se reconoce que la diferencia fundamental que presenta la obligación de saneamiento se reduce a la brevedad del plazo de su ejercicio, lo que es una pura peculiaridad de índole formal (pues nadie discutiría que no sea responsabilidad contractual la que se le determina al contratista tras apreciarse vicios ruinógenos a él imputables *ex* artículo 1591 del Código civil, o al transportista mercantil, *ex* artículo 366 del Código de comercio, *pese a tener también plazos específicos y breves*), y es, además, una peculiaridad, que obedece exclusivamente a los designios que, como hemos desvelado, animaron al codificador, en apoyo de las clases comerciantes, cuya injustificación sustantiva es, precisamente, el motivo que impele hoy a la jurisprudencia a acudir a la figura, extraída de la teoría del error, del *aliud*. La obligación de saneamiento no es sino la situación que subsigue a la apreciación de un incumplimiento imputable al vendedor, diferenciada tan sólo de la que se aprecia cuando juegan los artículos 1101 o 1124 del Código civil, en que, por hipótesis, procede por un incumplimiento material que se revela y se considera imputable *tras* la realización de la entrega material por parte del vendedor, y *pese a la realización de tal entrega*, mientras que los artículos 1101 o 1124 del Código civil entran en juego justamente cuando la entrega material falta absolutamente, o cuando se rechaza por el comprador con justa causa el objeto ofrecido, al no adecuarse a lo contractualmente pactado, ya sea en el momento mismo en que se entrega la cosa vendida, ya sea inmediatamente después de la entrega material (pensemos en el caso de mercancías embaladas o enfiardadas contemplado en el art. 336 del C.com.). O sea, la diferencia estriba en que la obligación de saneamiento procede ante un incumplimiento cualitativamente inexacto o ante, en otros términos, un falso o aparente cumplimiento, que exige dilucidar si existió por parte del comprador una aceptación expresa o tácita de la cosa entregada o si, por el contrario,

se trató de una aparente aceptación que en modo alguno implicó renuncia del comprador a sus derechos contractuales (cuestión específica que abordamos en el punto anterior); mientras que los artículos 1101 y 1124 del Código civil proceden ante un incumplimiento *tout court* de la obligación de entrega, que engloba los casos en que la entrega material faltó absolutamente, o en los que el comprador rechazó con justa causa la mercancía ofrecida, bien en el momento de la entrega, bien inmediatamente después de ésta. Es decir, se trata de dos formas diversas de un mismo fenómeno sustantivo de incumplimiento de la compleja obligación del vendedor de entregar, con fines transmisivos, un objeto idóneo (exento de vicios y dotado de las cualidades necesarias) para el fin contractualmente establecido, necesariamente diferenciadas en razón de que en una de ellas el incumplimiento es oculto o latente (o el cumplimiento falso o aparente), pero en modo alguno distintas en su naturaleza jurídica (22). Por ello, sabiamente la doctrina clásica denomina a la obligación de saneamiento «prolongación» o «continuación» de la obligación de entrega (23).

II. El segundo motivo que impele a la jurisprudencia a la creación de la figura del *aliud* es de tipo conceptual. En efecto, en base a un escolasticismo logicista, exasperado por la *Begriffsjurisprudenz*, el vicio redhibitorio pierde su tradicional noción de «vicio que, por sus caracteres, da lugar a la redhibición (resolución) del contrato» (24), y pasa a verse de forma sorprendente como un vicio necesariamente corporal, material, consistente en alteraciones físicas o taras (ignorándose los datos contundentes que tanto el Derecho romano como el Derecho intermedio nos ofrecen: imposibilidad de distinguir entre *vitius* y *morbus*, existencia de vicios no necesariamente materiales —esclavo con tendencia suicida o fugitiva, por ejemplo— o la clara responsabilidad del vendedor por los *dicta et promissa* realizados, con independencia de que lo afirmado fuera la integridad física del objeto o cualidades funcionales del mismo (25).

(22) Como bien dice BERCOVITZ, la peculiaridad de las acciones edilicias responde al hecho de que el incumplimiento no resulta evidente al comprador en el momento de la entrega y recepción de la cosa, por lo que hay que establecer una nueva regulación (aparte de la destinada a permitir rehusar el pago), que evite la indefensión del comprador», en *La naturaleza...*, pp. 809 y 834. También MORALES: en «las acciones edilicias, el ejercicio posterior a la entrega se explica, para dar ocasión al comprador de descubrir los vicios», en *El alcance...*, p. 629.

(23) El recurso al *aliud pro alio* no es sino un modo más contundente para llegar al resultado que ya conseguía la jurisprudencia admitiendo el concurso de la acción de saneamiento y de las acciones de responsabilidad contractual (arts. 1101 y 1124 C.c.), ya que es evidente que, con tal admisión, quedaba sin mucho sentido la búsqueda de los específicos presupuestos de aplicación de la obligación de saneamiento.

(24) Así, CASTAN, *Derecho civil, común y foral*, Vol. 3. Madrid, 1986, p. 130; o MORALES, *El alcance...*, al decir, «denominase vicio o defecto redhibitorio en la terminología mal acogida por el Código, aquellos que dan lugar al ejercicio de las acciones edilicias», p. 633, o POTHIER: «Ces vices que le vendeur est tenu de garantir, se nomment rédhibitoires, parce que l'action qui naît de cette garantie est une action rédhibitoire...» *op. cit.*, p. 333. Sin ir más lejos, tal noción aparece incontestable en los artículos. 1491 y 1499 del Código civil.

(25) Para el Derecho romano, *vid.*, ARANG RUIZ, *La compravendita en Diritto Romano*, Vol. II, Napoli, 1972, pp. 356 y ss.; para el Derecho intermedio, otra vez espléndido el trabajo reiteradamente citado de MORALES, donde se nos muestra cómo las Partidas aluden a los vicios mediante las expresiones «tacha», «maldad», «enfermedad», «mala enfermedad» o «tacha porque valiese menos»..., aparte de referirse a

Por ello, para resolver situaciones suscitadas por defectos que no encajaban en esa noción apriorísticamente restringida de vicio y que, no obstante, urgían la tutela del comprador, se aplica la noción de *aliud*, que no sólo es ajena en la tradición a esta materia, sino también contradictoria y evanescente. Contradictoria, porque no se entiende cómo se le conceden quince años al comprador para defenderse, en un caso en que el defecto, por definición, debería ser más fácilmente detectable que en un caso de «vicios ocultos», donde se le conceden sólo seis meses (con lo cual, paradójicamente, a mayor riesgo para el comprador se corresponde una menor protección del mismo). Y evanescente porque el predominio creciente de la compraventa genérica (en la que, siendo el género no una categoría ontológica, sino aquel conjunto de cosas de las cuales es predicable una serie de caracteres comunes, determinados convencionalmente por los contratantes, todo defecto o falta de tales caracteres determina un *aliud* respecto al objeto diseñado en el contrato) (26), y la creciente incisividad de las fuentes integradoras del contenido de lo debido por el vendedor, como son la ley (como hemos visto en esta misma sentencia) y, en su defecto, o junto a ella, la buena fe en sentido objetivo, revelan cuán artificiosa es la distinción conceptual trimembre entre vicio, falta de cualidad y *aliud*, que no es sino un descorazonador *onus camelorum* (27).

Hoy, pues, procede retomar la tradicional concepción de vicio: tara o falta de cualidad o defecto de cualquier índole que, por su gravedad objetivamente

---

defectos concretos (como la ley 64, que habla del «siervo ladrón» o que «oviesse por costumbre fuyrse a su señor»). Recoge también la clasificación de MOLINA, quien distingue entre vicio *in substantiam, in quantitate (mensura, pondus) e in qualitate* (enfermedad animal, medicina que no cura), a los solos efectos conceptuales, y la afirmación de HEVIA y BOLAÑOS «también ha lugar la redhibitoria, o *quanti minoris*, en otro cualquier defecto de la cosa que el vendedor prometa o asegure no tener»; en (*Alcance protector...*, p. 606).

(26) Así lo resalta ROJO, «en las obligaciones genéricas no existe un término medio entre la entrega de la cosa vendida y la entrega de otra cosa» *op. cit.*, p. 276. Sin embargo, es dominante la postura doctrinal de que las acciones edilicias no pueden jugar en la compraventa genérica. Por ejemplo, BERCOVITZ R. llega a afirmar que la compraventa genérica no es en realidad una compraventa, y que, en todo caso, para ella las acciones edilicias no son una institución válida, *La naturaleza...*, pp. 778 y 312. Igualmente MORALES descarta analizar esta compraventa porque la problemática que suscita es diversa (cumplimiento del contrato) a la de la compraventa de cosa específica, (*El alcance protector...*, p. 648, nota 31), para aceptar lo cual, habría que creerse como dogma de fe que la problemática que abordan las acciones edilicias no es la del cumplimiento de un contrato, lo que, a mi juicio, no queda probado y es insusceptible de prueba (la que MORALES ofrece es apriorística y, por tanto, inconcluyente: no abordan la problemática del cumplimiento del contrato, porque prescinden de la culpa, lo que es requisito esencial, a su juicio, para apreciar fenómenos de responsabilidad contractual). Sólo admiten el juego de las acciones edilicias en la compraventa genérica GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, p. 341, BORREL, *El contrato de compraventa según el Código civil español*, Barcelona, 1952, p. 143, y RIVERO, *op. cit.*, p. 66; para lo cual tienen, desde luego, a su favor la tradición histórica, pues es justamente para las mercancías y bienes perecederos, para los que se aplica específicamente, por exigencias del comercio, las acciones edilicias, comenzando a sustraerlas a los plazos generales de la acción contractual; y el propio Código, que no distingue más que el régimen de la obligación de saneamiento en la compraventa de animales.

(27) Pensemos simplemente en los abundantes ríos de tinta que se han vertido sobre este punto, sin llegar a una satisfactoria conclusión. *Cfr.*, una abigarrada exposición de las distintas opiniones en SÁNCHEZ CALERO, *Los vicios ocultos y el ejercicio*

considerada, determina la insatisfacción de la expectativa legítimamente derivable del contrato —interpretado, subjetiva y objetivamente, e integrado por la Ley, la buena fe y los usos— por el comprador, lo que no es sino entender rectamente la perfecta definición, acuñada por la acrisolada elaboración doctrinal a lo largo de los siglos, que ofrece el artículo 1484 C.c. (28), y reconocer la exactitud que, a este respecto, nos brinda el artículo 336 del Código de comercio, donde quedan unificados, en contra del conceptualismo de su época, las nociones de vicio, defecto de calidad y defecto de cantidad (29).

Por tanto, cuando en el caso litigioso la sentencia comentada declara apreciar la existencia de un supuesto de *aliud pro alio*, está declarando *eo ipso*, la existencia de un incumplimiento contractual (en concreto, un cumplimiento cualitativamente inexacto), imputable al vendedor, que debe tener consecuencias jurídicas, *pese a alegarse* una vez transcurridos los plazos que al saneamiento por vicios le impuso *ex novo* la codificación liberal (30).

---

*de las acciones que de ellos derivan en la compraventa mercantil*, «RDM», 1956, pp. 450 y ss.

No comparto la propuesta reiterada de R. BERCOVITZ, (por ejemplo, *vid.*, el comentario n.º 199, en «CCJC», n.º 8 (1985), pp. 2471 y ss. secundada por ROJO, *op. cit.*, p. 227 y ss.), para reformar el Código en el sentido de dejar el artículo 1.124 para el *aliud pro alio* manifiesto, y el artículo 1484 del Código civil para el *aliud pro alio* oculto: para ese viaje no se necesita ninguna alforja, pues es exactamente lo que dice el Código y es lo que se ha dicho siempre.

Con independencia de ello, además, se ha de tener bien en cuenta que no hay ninguna diferencia sustantiva entre el incumplimiento que un *aliud pro alio* manifiesto implica y el que un *aliud pro alio* (o vicio o defecto oculto) significa, como he expuesto en el texto.

(28) Donde no sólo no se diferencia entre vicio, falta de cualidades y *aliud*, sino que, desde luego, el rasgo que, según la jurisprudencia, define al *aliud*, cuál es el de la inutilidad al fin determinado para el objeto, está claramente incluido (e incluso es el caso fundamental que contempla); lo que se corrobora más aún por el artículo 1487, que regula el vicio más grave que pueda existir: el que destruye la cosa. Tal pretendido rasgo definidor del *aliud* es una adquisición secular de la teoría de los vicios ocultos: *vid.*, por ejemplo, ULPIANO, D,21,1,1,8 «*proinde si quid tale fuerit vitii sive morbi, quod usum ministeriunque hominis impediatur*», y que se acentúa en DOMAT, hasta llegar a ser este rasgo, que hoy supuestamente distingue al *aliud*, el definitorio del vicio redhibitorio: «Comme il n'est pas possible de réprimer toutes les infidélités des vendeurs, et que les inconvénients seroient trop grands de résoudre ou troubler les ventes, pour toutes sortes de défauts des choses vendues, on ne considère que ceux qui les rendent absolument inutiles à l'usage», *op. cit.*, «Du. contrat de vente», Tit. II, sect. XI, III, p. 77.

(29) En suma, se observa un paralelismo claro con la evolución que sufre la noción jurisprudencial de «vicio ruinógeno», a los efectos de aplicación del artículo 1591 del Código Civil.

(30) Es la conclusión que modélicamente expone RIVERO, «Se observa en la jurisprudencia, sobre todo a partir de los años 60, una tendencia creciente a considerar como incumplimiento contractual y prestación distinta, en lugar de hipótesis de vicios ocultos, muchas situaciones que en otros tiempos hubieran quedado subsumidas en el saneamiento, precisamente para extraer su tratamiento y efectos de los limitados plazos —y de caducidad— de los artículos 1490 y 1496 del Código civil, que perjudican al comprador, frente a los plazos de prescripción del régimen general de los artículos 1101 y 1124» *op. cit.*, p. 67; e igualmente BERCOVITZ, R. *La naturaleza...*, p. 819, o en el comentario 60, en «CCJC», n.º 2 (1983), p. 636, donde ofrece un argumento muy contundente: elabora dos listas de los casos que han sido tratados por el Tribunal Supremo *aliud* o como vicios redhibitorios, respectivamente, de las cuales sólo se obtiene un desconsolador desconcierto. Como anillo al dedo vienen, pues afirman encon-

4. Concluyamos con el comentario al resarcimiento de daños y perjuicios que la sentencia comentada ordena. Liberada, mediante el recurso al *aliud*, de los aparentes límites que, para el resarcimiento, establece el artículo 1486.1 del Código civil, no va a tener ninguna dificultad en disponer, no sólo la restitución íntegra de las prestaciones que fueron efectuadas en cumplimiento del contrato válidamente celebrado y que ahora se decreta retroactivamente ineficaz, como es propio de toda resolución de contrato (que es lo que, pese a su nombre críptico y pretendida especialidad, es la redhibición), sino también el resarcimiento del daño emergente que el comprador sufre y prueba, después de que el contrato, en cuya eficacia confió, quede resuelto (redhibido), porque la prestación gravemente defectuosa efectuada por el vendedor le faculta a pedir tal resolución (redhibición), y al tribunal a decretarla.

Se trata de un resarcimiento difícilmente obtenible en el seno de las acciones edilicias [aunque, en mi opinión, se puede conseguir (31)], pero que es innegablemente correcto sobre la base de los artículos 1106 (al ser el valor de la pérdida que el comprador ha sufrido) y 1107.1 (al ser un daño emergente previsto —precisamente la sentencia ha determinado, mediante una interpretación tendencialmente objetiva, aunque nominalmente subjetiva, y la integración por ley del contrato, que la compleja posición deudora del vendedor se enriquecía con la obligación de entregar papel apto para envasar mantequilla—, o que pudo fácilmente preverse al tiempo de constituirse la obligación —calculando cuántos kilos de mantequilla podrían ser empaquetados con los kilos de papel suministrado— y ser consecuencia necesaria, aunque mediata, de la falta de exacto cumplimiento de la compleja obligación del vendedor, que legitimó de forma inmediata la resolución (redhibición) del contrato solicitada por el comprador y otorgada por el tribunal)

TOMÁS RUBIO GARRIDO  
Departamento de Derecho civil.  
Universidad de Sevilla

---

trarse ante casos de vicio redhibitorio, la sentencia de 14 de abril de 1978, donde se trataba de material inadecuado para su utilización en la construcción de viguetas de cemento, y la sentencia de 23 de septiembre de 1982, sobre cajas de cartón para el embalaje de botellas de agua mineral, que resultan inservibles para ese fin: casos sustancialmente análogos al que sirve de base a la sentencia aquí comentada para afirmar la existencia de un *aliud pro alio*.

(31) *Vid.* P.5,8,14: «Toneles, o otros vasos malos, o quebrantados, alquilando un ome a otro, para meter y vino, o olio o otra cosa semejante; si por culpa de aquellos vasos se perdiere, o se empeorase, rescibiendo mal sabor aquello que y meten; si aquel que lo rescibe o aloguero, non es sabidor de la maldad de los vasos quando los logo, tenuto es el señor dellos, de pechar al otro el daño o el menoscabo que rescibió por culpa dellos; maguer que el señor non fuesse sabidor, que eran malos o quebrados...»; caso en el que, si hacemos abstracción de que trata de un contrato de arrendamiento, tenemos un conflicto de interés análogo al dirimido en la presente *litis*.

*Vid.* también, a este respecto, mi trabajo, ya citado, pendiente de publicación en esta Revista.



## **PRENDA REGULAR, PRENDA IRREGULAR Y PRENDA DE CREDITO** **Sobre la pignorabilidad de una imposición a plazo fijo**

**(Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, 18 julio 1989) (\*)**

### **I. ANTECEDENTES FACTICOS**

Don José Codina Soldevilla y don Francisco Salamanca Arévalo, empresarios de la plaza de Lucena (Córdoba), solicitaron un crédito de una entidad bancaria con sucursal en dicha localidad: el Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Ronda. El aludido crédito es, en concreto, una póliza de crédito de descuento comercial, por valor de 22 millones de pesetas.

Ambos sujetos conjuntamente deudores son, por otra parte, titulares, asimismo conjuntos, de una imposición a plazo fijo, por valor de 25 millones de pesetas, en la misma entidad bancaria prestamista.

En el momento del préstamo, ambos cotitulares de la imposición —y, en tal veste, coacreedores de la entidad bancaria— añaden, de conformidad con el banco depositario y prestamista, la siguiente cláusula al contrato bancario de imposición, para garantía del préstamo recibido: *«la cantidad objeto de la imposición a plazo fijo (25.000.000), queda pignorada en garantía de la póliza de crédito de descuento comercial de pesetas 22.000.000, vencimiento de 9 de enero de 1984»*.

Después de ese vencimiento, y para cobro de otro crédito, una entidad bancaria distinta (Banco de Andalucía, S. A.) traba embargo de la referida imposición a plazo fijo.

Frente a dicho embargo del Banco de Andalucía, la Caja de Ronda reacciona demandando, en incidente del correspondiente juicio ejecutivo, al banco embargante, a los señores Codina y Salamanca, y a Lucinense, S. A. (que debe ser la sociedad a través de la cual los dos anteriores ejercen sus actividades comerciales), interponiendo frente a todos ellos, y sobre la base de la cláusula antes transcrita, ante todo tercería de dominio, por entender que es propietaria exclusiva, de la cantidad de dinero en ella depositada en régimen de imposición a plazo fijo, y, subsidiariamente, tercería de mejor derecho, por entender que, en todo caso, la cláusula en cuestión le da derecho a cobrarse, sobre tal imposición, con preferencia al banco embargante.

El Juez de Primera Instancia de Lucena, en sentencia de 4 de marzo de 1985, desestima la demanda de la Caja de Ronda en cuanto a la tercería de dominio,

---

(\*) R.A. 5713, Ponente Excmo. Sr. D. Manuel González-Alegre y Bernardo.

pero la admite, en cambio, en cuanto a la pretensión subsidiaria (tercería de mejor derecho) y reconoce la preferencia en el cobro, respecto de los 25 millones de pesetas de la imposición a plazo fijo embargada, de la Caja de Ronda, respecto del Banco embargante.

Apelada la sentencia de primer grado por el Banco de Andalucía, la Audiencia la revoca, en sentencia de 9 de julio de 1987, negando toda preferencia en el cobro a la Caja de Ronda.

Recurrida en casación la sentencia de segunda instancia por la Caja de Ronda, el Tribunal Supremo desestima el recurso.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.—Denuncia el primero de los motivos, amparado en la causa quinta del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la violación, por inaplicación del artículo 1.857, con los que le sirven de complemento 1.863 y 1.861 del Código civil; se dice que en la garantía que se ofreció a la recurrente para responder de la Póliza de Crédito concertada, es decir, la imposición a plazo fijo de los 25 millones, concurren cuantos requisitos establecen los artículos del Código civil invocados, para la constitución del contrato de prenda; que se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación principal, que la cosa pignorada pertenezca en propiedad al que la empeña, que se tenga la libre disposición sobre ella, y que se ponga en posesión de la misma al acreedor; pero yerra el recurrente puesto que según se declara en la recurrida sentencia el título esgrimido no es otro que la cláusula inserta en la imposición por plazo fijo de un año, prorrogable por otro igual, de la cantidad de 25.000.000, verificada por don José C. S. y don Francisco S. A., demandados en el juicio ejecutivo, del que es incidente la presente tercería, en cuanto en dicha cláusula se establece queda pignorada en garantía de la Póliza de Crédito de descuento comercial de pesetas 22.000.000, vencimiento de 9 de enero de 1984, y como tiene declarado esta Sala y es también recogido en dicha sentencia «el depósito de dinero o imposición de plazo fijo no puede ser conceptuado de título valor y consecuentemente no cabe hablar de contrato típico de prenda, ya que los derechos que entrañan no reúnen los requisitos para calificarlos como tal y poder subsumirlos en la específica normativa del Código civil; el depósito de dinero o imposición a plazo fijo legitima a un titular para exigir en su día la correspondiente suma de dinero y nada más, en consecuencia está en lo jurídicamente cierto cuando revoca la sentencia de primera instancia la que estimó la tercería de mejor derecho en atención a la preferencia en relación a determinados bienes muebles garantizados con prenda que se dicen quedaron en poder de la actora hoy recurrente, por lo que procede desestimar éste primer motivo.

SEGUNDO.—El segundo motivo con igual amparo que su anterior, denuncia la infracción del artículo 1.922,2 del Código civil pero como bien dice lo es a consecuencia de lo que se expone en el motivo precedente, esto es la existencia de un contrato de prenda que se constituyó para asegurar el cumplimiento de una obligación principal, y claro es, si esto hubiera sido así el actor recurrente hubiera gozado de la preferencia de su crédito, pero fracasado el motivo al no darse, tal como lo entendió la sentencia recurrida, los requisitos del contrato de

prenda, no goza por tanto de la señalada preferencia por lo que también este segundo motivo, último articulado, ha de ser desestimado.

TERCERO.—Desestimados los dos motivos del recurso procede declarar no haber lugar al mismo con imposición de costas al recurrente conforme preceptúa el artículo 1.715 de la Ley Procesal Civil.

### III. COMENTARIO

Una primera lectura de la sentencia comentada puede producir la impresión —que a mí, por lo que se dirá después, me parece engañosa— de que su comentario se agota en sus mismos fundamentos jurídicos, que resuelven, con facilidad lineal y economía de palabras, el recurso planteado, y, además, en el único sentido que —siempre a primera vista— parece posible hacerlo.

En cambio, si yo no me engaño al respecto, una lectura más atenta de la propia sentencia, puesta debidamente en conexión con los antecedentes fácticos de ésta, revela una profunda insatisfacción: la de hallarse ante una labor inacabada. En concreto, el lector tiene el derecho (y este comentarista acaso el deber) de preguntarse, si, siendo cierto lo sentado para este caso por el Tribunal Supremo (no hay verdadero contrato de prenda, no hay derecho real mobiliario de garantía consiguiente, ni preferencia crediticia a él inherente), lo estipulado por las partes del contrato bancario de imposición a plazo fijo, como anexo al mismo, en garantía de determinado crédito, no tenía *alguna* virtualidad garantística (aun no existiendo contrato de prenda, consiguiente derecho real de prenda, ni preferencia crediticia de éste derivada).

Porque, a fin de cuentas, lo que el Tribunal Supremo viene a afirmar, por omisión de mayores explicaciones, es que no pudiendo existir, en este caso, derecho real de prenda, no existe *nada* que garantice el crédito de 22 millones de pesetas de que es titular la Caja de Ronda.

Donde la doctrina de la sentencia comentada se detiene, es donde comienza, por tanto, este comentario (y donde, según creo, debió continuar la propia sentencia comentada): en el análisis de la virtualidad garantística —distinta, por las razones oportunamente aducidas por el Tribunal Supremo, de la prenda regular— de la cláusula insertada en el contrato que mediaba entre la Caja de Ronda y los señores Codina y Salamanca.

Porque, en efecto, a mí me parece que sí tenía *alguna*, aunque para explicarlo, habrá que consumir, lo advierto desde ahora, bastantes más palabras de las utilizadas por la frugal sentencia que nos ocupa.

1. Para comprender lo que sigue (y, en alguna medida, lo que antecede), hay que recordar, brevemente, los dos modos en que el *dinero* (u otras cosas fungibles) puede utilizarse a efectos de garantizar un crédito.

a) El dinero, y cualquier otra cosa fungible que tenga carácter mueble, comerciable y poseible (art. 1.864 Cc) puede ser objeto de un genuino contrato de prenda: para ello bastará que el dinero u otras cosas *naturalmente* fungibles se *especificuen* o *individualicen* —se hagan *convencionalmente* infungibles—. Lo cual, por hablar sólo del dinero, se consigue, por ejemplo, colocándolo en un recipiente sellado, tomando la referencia numérica de los billetes, o marcándolos.

En estas condiciones, como digo, la doctrina es unánime en que nos hallamos

ante un verdadero contrato de prenda y ante un consiguiente auténtico derecho real de prenda, constituyó en su virtud en favor del acreedor garantizado, como derecho real de garantía sobre una cosa mueble ajena, cuya propiedad sigue correspondiendo al constituyente de la garantía —deudor o tercero—, aunque su posesión se desplace a las manos del propio acreedor o de un tercero.

La única especialidad de esta genuina o auténtica prenda pecuniaria, es que, llegado el momento del vencimiento de la garantía, el acreedor pignoraticio no necesita ejecutar el valor del dinero pignorado (arts. 1.858, 1.872 Cc): cosa que no es ni necesaria, ni posible (habida cuenta del carácter de medida de valor que tiene el propio dinero pignorado: si la subasta persigue la conversión de la prenda en dinero, cuando la prenda misma es dinero de curso legal no hace falta tal conversión).

Tal acreedor pignoraticio, en suma, se lo apropiará, sin más, en la medida necesaria para cobrarse el crédito garantizado. En otras palabras, y siempre con la doctrina común, aquí no es de aplicación la prohibición del pacto comisorio (artículo 1.859 Cc), puesto que la *ratio* de tal norma no rige respecto de la genuina prenda pecuniaria: el carácter del objeto pignorado —el ser él mismo medida de valor— hace que, sin necesidad de subasta y a pesar de la apropiación, estén siempre a salvo el interés del deudor (o constituyente propietario de la cosa gravada) y el de los demás acreedores del deudor (o del propietario de la cosa pignorada).

De esta dispensa de la subasta, y precisamente por las razones que la justifican, sólo habría que exceptuar los casos —estadísticamente poco frecuentes— en que el dinero especificado y pignorado no lo es, pese a ser de curso legal, como mera medida de valor, sino que se pignora como un valor distinto, autónomo del facial o legal (los billetes con que Julio Iglesias hizo determinado pago).

b) Pero junto a la figura de la genuina o auténtica prenda de dinero u otras cosas fungibles (*prenda regular*), la doctrina conoce también la contrafigura de la *prenda irregular*: caracterizada frente a la hipótesis anterior, porque las cosas fungibles que constituyen su objeto, se entregan como tales, *sin* especificación o individualización que impida su confusión en el patrimonio del acreedor garantizado.

En este segundo caso, nos hallamos, para el Derecho español, ante un contrato atípico o innominado, no contemplado o regulado por la Ley, que no tiene nada que ver con el genuino contrato de prenda, salvo su común función de garantía de un determinado crédito.

Tal contrato atípico se caracteriza esencialmente por su *naturaleza transmissiva*: el acreedor garantizado se convierte en *propietario* del dinero o cosas fungibles que se le entregan, desde ese mismo momento de la recepción, pero, al mismo tiempo, asume la *obligación* (eventual) de restituir al *tantumdem eiusdem generis* de lo recibido, para el caso de que el deudor satisfaga, a su vencimiento, el crédito garantizado. En caso de incumplimiento de tal crédito, por el contrario, el acreedor garantizado imputará a su cobro el valor del dinero o de las cosas fungibles recibidas y apropiadas (determinado, en su caso, sobre la base de los criterios señalados en el art. 482 Cc).

A la vista de las indicaciones someramente esbozadas sobre los efectos de una y otra figura, se comprende lo antes dicho de que nada tienen en común, salvo el nombre y la función de garantía: en particular, el contrato transmissivo de prenda irregular, al transmitir la propiedad de las cosas entregadas al acreedor

que las recibe, es incompatible con un derecho real de garantía sobre cosa ajena en favor de éste: ni hay contrato de prenda, ni derecho real de prenda, ni preferencia crediticia que derive de éste (la transmisión al acreedor garantizado de la propiedad de las cosas entregadas, como consecuencia del contrato, excluye la posibilidad misma de un derecho real en cosa ajena en favor de tal acreedor-propietario).

Para la contraposición, en términos parecidos a los aquí sucintamente expuestos, de prenda regular e irregular, vid., p. ej., Albaladejo, *Derecho civil*, III, 2, Barcelona 1983, 5.ª ed., p. 251 y ss.; Castán/Marín Pérez, II, 2, Madrid, 14.ª ed., 1988, pp. 522 y ss.; Díez-Picazo/Gullón, *Sistema*, III, Madrid, 1989, 4.ª ed., pp. 481-482; Puig Brutau, *Fundamentos*, III, 3, Barcelona, 1983, 3.ª ed., pp. 25-26; Sancho Rebullida en Lacruz y otros, *Elementos*, III, 2, Barcelona, 1980, pp. 154-155; Peña, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Madrid, 1986, 2.ª ed., pp. 378-379; Guilarte Zapatero, en *Comentarios Albaladejo*, XXIII, Jaén, 1980, sub art. 1.864, p. 410 y ss.; Wolff/Raiser en el *Tratado Enneccerus/Kipp/Wolff*, III, 2, Barcelona, 1971, 3.ª ed., p. 493 y ss. —y allí, Pérez González y Alguer, p. 496—; Viñas Mey, *La prenda irregular* en «RDP», 1925, p. 342 y ss.; De Simone, *Los negocios irregulares*, Madrid, 1956, pp. 31 y ss., y 81 y ss. —y allí, Castán Vázquez, en *Apéndice*, p. 156 y ss.—; Dalmartello, voz *Pegno irregolare* en «Noviss. Dig. it.», XII, Torino, 1982, p. 798 y ss.; *ib.*, Montel, voz *Pegno (diritto vigente)*, p. 772 y ss., y allí, p. 790, sub n. 33; Gorla, *Pegno. Ipoteca* en «Comentario Scialoja/Branca», Bologna-Roma, 1968, 3.ª ed., sub art. 2.784 C. civ. it., p. 25 y ss.; Ciccarello, voz *Pegno (dir. priv.)* en «Enc. Dir.», XXXII, Milano, 1982, p. 682 y ss., y allí sub n. 10, p. 687 y ss.; Rubino, *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*. Torino, 1952 (reimp. de la 2.ª ed.), p. 214 y ss. En los lugares citados abundante bibliografía. Destaco entre la aquí reflejada, muy especialmente, la espléndida voz de Dalmartello (autor, por otra parte, de diversos trabajos sobre la prenda irregular).

Hay que decir, todavía, que algunos de los autores citados, sin ignorar las características propias de la prenda irregular, creen posible calificarla como verdadera prenda —por su función de garantía—, aunque «con especialidades» (cfr. opp. y locc. citt. Viñas, De Simone, Castán Vázquez). La opinión mayoritaria, que yo también creo preferible, en cambio, sin negar la función de garantía que también cumple, desde luego, la prenda irregular, ve en el modo o forma de cumplirla una radical y evidente incompatibilidad con la genuina prenda (prenda regular): las «especialidades» de un derecho real de garantía en cosa ajena, nunca pueden llegar... a dejar de serlo. Que el contrato de prenda irregular tenga, como tiene, una causa o función de garantía, no significa que eso haya de traducirse en la creación, por su través, de un derecho real de garantía. Del mismo modo que la cesión de un crédito con función o causa de garantía —la llamada prenda de un crédito—, aun reforzando la posición del cesionario (acreedor garantizado), no lo convierte, tampoco, en titular de un derecho real de garantía.

2. A propósito de la prenda irregular y del correspondiente contrato que la origina, a la vista de lo poco estudiados que se hallan entre nosotros, me parece oportuno señalar lo siguiente:

2.1. El contrato de prenda irregular, según se ha visto, es por un lado, título de transmisión de la propiedad de las cosas entregadas al acreedor garantizado; y, por otro, fuente de la obligación, para dicho acreedor, de restituir el *tantum-*

*dem*, en caso de cumplimiento de la obligación garantizada. Este doble efecto, transmisivo y obligacional, señala una indiscutible afinidad con otros contratos restitutorios «irregulares» (en especial, el llamado depósito irregular) y con el mutuo.

Pero, en todo caso, no conviene olvidar que esa «irregularidad» del contrato, es una mera etiqueta terminológica, una forma de hablar que se ha generalizado en el lenguaje doctrinal, que nada tiene que ver con la existencia de una anomalía que afecte a la validez o licitud del contrato (cfr., así, Dalmartello, voz cit., pp. 798-799, y Ciccarello, voz cit., pp. 687-688). De hecho, el trabajo antes citado de De Simone, pretende agrupar, para su estudio, las distintas formas de contrato irregular, concebido como categoría descriptiva en el sentido (no patológico) del que ahora se habla.

2.2. La prenda irregular, al igual que la regular, exige *desposesión, entrega*, de las cosas pignoradas por parte del constituyente. En este sentido el contrato de prenda irregular, que, como ya se ha dicho, al igual que el mutuo, es un contrato transmisivo (real *quoad effectum*), podría ser también considerado, por quienes predicán igual carácter del propio mutuo y del contrato de prenda regular, como contrato real *quoad constitutionem* (cfr. Dalmartello, voz cit., pp. 800 y 804). Esto último, no, claro, por quienes critican, con razón, la consistencia de tal categoría contractual y ven en la entrega de las cosas recibidas un requisito de la transmisión de la propiedad u otro derecho real (tradición, que se suma al título) para los contratos «reales» con eficacia transmisiva, y, en todo caso (para todos los contratos «reales»-restitutorios) un simple presupuesto fáctico de la obligación de restituir, que nace en todo caso del contrato: simultáneamente con su perfección, en la hipótesis normal (entrega de la cosa en tal momento); o aplazadamente, cuando la entrega prometida en el momento de la perfección del contrato, se hace con posterioridad a él. (La perfección del contrato, en uno y otro caso, como en cualquier otro contrato, depende del simple consentimiento concorde de sus partes y es independiente de la entrega de la cosa a que se refiere). Sintomática, a este respecto, la explícita admisión del precontrato de prenda regular *ex* artículo 1.862 del Código civil. Vid., ampliamente, Jordano Barea, *La categoría de los contratos reales*, Barcelona, 1958. En esta perspectiva crítica, por tanto, ningún inconveniente para un contrato de prenda irregular meramente obligacional: el constituyente se *obliga* a entregar las cosas objeto de la garantía, y el acreedor a restituir el *tantundem*, una vez recibidas, si, vencido el crédito garantizado, el deudor lo paga.

2.3. En cuanto al objeto de la prenda irregular, por un lado, han de ser, como se ha dicho antes, cosas naturalmente fungibles que las partes del contrato hayan tratado como tales (mientras que objeto de la prenda regular son cosas infungibles o fungibles individualizadas convencionalmente), y, por otro, han de ser cosas de fácil y segura valoración económica en cualquier momento.

El primer requisito contempla la hipótesis del cumplimiento por el deudor de la obligación garantizada: en cuyo caso el acreedor ha de restituir el *tantundem eiusdem generis* de las cosas recibidas.

El segundo requisito contempla, en cambio, el caso del incumplimiento de la obligación garantizada: en cuyo caso el acreedor imputa a la deuda incumplida el valor de las cosas apropiadas desde su recepción. (Este segundo requisito, como se verá más adelante —*sub* 2.4.2—, guarda cierta relación con la propia admisibilidad de la prenda irregular y la no vulneración, por vías indirectas, de

la prohibición del pacto comisorio: art. 1.859 Cc). Para ambos requisitos, cfr. Dalmartello, voz cit., p. 805, *sub* n. 9.

Se comprende fácilmente que es el dinero de curso legal, por su condición de medida de valor universal, de todas las cosas, y su naturaleza hipergungible, el objeto que más y mejor responde a estos dos requisitos.

2.4. El contrato de prenda irregular, en el actual estado de nuestro Derecho, es, como se ha dicho ya, un contrato atípico, cuyo reconocimiento y admisibilidad se reconduce, por tanto, al de la autonomía de la voluntad, dentro de sus límites (art. 1.255 Cc). [En Italia, en cambio, se regula para un supuesto concreto: prenda irregular en garantía de una anticipación bancaria (art. 1.851 C. civ. it.: cfr. Fiorentino en *Commentario Scialoja/Branca*, Bologna-Roma, 1969, pp. 141 y ss.; Messineo, voz *Anticipazione bancaria*, en «Noviss. Dig. it.», I, 1, Torino, 1981, *sub* n. 8, p. 651 y ss.; Cian/Trabucchi, *Commentario breve al Codice civile*, Padova, 1981, p. 777), lo que plantea allí el problema, resuelto por la doctrina más autorizada afirmativamente, de la extensibilidad de la prenda irregular fuera del ámbito de los acreedores bancarios (Cfr. Dalmartello, voz cit., pp. 804-805, *sub* n. 8; Gorla, op. cit., p. 25, nota 2; Ciccarello, voz cit., p. 689 y nota 65). Antes de 1942, en cambio, también la doctrina italiana consideraba al contrato de prenda irregular como atípico].

Desde la perspectiva del reconocimiento en nuestro Derecho del contrato de prenda irregular, como contrato atípico, se plantean, particularmente, dos problemas:

2.4.1. La identificación de la *causa* del contrato, como autónomo fundamento jurídico del mismo, que justifique, por tanto, la necesidad de crear ese contrato *a se*, por no ser obtenibles los fines que se pretenden cumplir con él, a través de ninguno de los contratos (típicos) regulados por el ordenamiento. (La cuestión no deja de suscitarse una vez que el contrato de prenda irregular deviene típico: entonces hay que preguntarse el porqué de su regulación autónoma frente a los demás contratos típicos).

2.4.2. La verificación de que, en tanto creación de la autonomía negocial, los fines atípicamente perseguidos por su través, no chocan con ninguna ley imperativa, y, en particular, con la prohibición del pacto comisorio (art. 1.859 Cc). (Tampoco esta cuestión deja de plantearse una vez que el contrato de prenda irregular deviene típico: entonces hay que indagar si se ha introducido legalmente una derogación de la prohibición del pacto comisorio y con qué alcance.)

2.4.1. Desde la primera perspectiva, lo que procede, ante todo, anteponer, es que lo que confiere autonomía (causal) al contrato de prenda irregular, frente al mutuo o frente al llamado depósito irregular, es la *función* (por completo ausente de los dos indicados contratos) *de garantía en favor de un determinado crédito*, función que, en cambio, es común con la que realiza el contrato de prenda regular, pero uno y otro a través de técnicas garantísticas radicalmente diversas: analogía funcional, pero diversidad estructural. Estructuralmente —transmisión de la propiedad de las cosas entregadas; obligación eventual (en caso de cumplimiento de la obligación garantizada) de restituir el *tantundem*— el contrato de prenda irregular está más cerca del mutuo o del depósito irregular que del contrato de prenda regular; pero funcionalmente está más próximo a éste (garantía de un determinado crédito), que al mutuo (finalidad de goce) o al depósito irregular (finalidad principal de seguridad o guarda); lo cual —ambas analogías: estructu-

ral y funcional— ha de ser tenido en cuenta a la hora de determinar el régimen jurídico aplicable a este contrato, especialmente cuando es atípico (cfr. Rubino, op. cit., pp. 214-215; De Simone, op. cit., p. 81 y ss.; Montel, voz cit., p. 790; Viñas, op. cit., p. 345).

De esta finalidad de garantía que caracteriza (y da autonomía) al contrato de prenda irregular, deriva su más importante diferencia de régimen con el mutuo o con el depósito irregular: mientras en estos dos contratos la restitución del *tantundem* habrá de producirse *necesariamente* por quien recibe la propiedad de las cosas fungibles entregadas (llegado el momento pactado para la devolución, o *ad nutum* y cuando lo quiera el depositante), el acreedor garantizado con prenda irregular sólo *eventualmente* está obligado a restituir el *tantundem* de las cosas apropiadas desde su entrega: cuando el deudor cumpla, llegado el momento de su vencimiento, la obligación garantizada. Obsérvese que es, precisamente a través de este carácter eventual de la restitución del *tantundem*, a través del cual se actúa la función de garantía de la prenda irregular: es el equivalente económico de la retención posesoria de la cosa ajena, en la prenda regular (cfr. Dalmartello, voz cit., p. 800, *sub* n. 2 y nota 2; Gorla, op. cit., p. 28, nota 2; Albaladejo, op. cit. p. 252).

Por tanto, las explicaciones doctrinales que se dan de la causa del contrato de prenda irregular tienen que compaginar: 1) la transmisión en propiedad de las cosas entregadas para garantía de su crédito al acreedor, ya en el momento de su recepción; 2) la obligación eventual de restitución del *tantundem* por parte del acreedor garantizado, caso de que el deudor cumpla; y 3) la eventual imputación final al pago de la deuda garantizada, del valor de las cosas inicialmente apropiadas por el acreedor garantizado, si el deudor incumple, a su vencimiento, la obligación garantizada.

Dos son, fundamentalmente, las explicaciones que pueden darse del fenómeno en análisis (vid., Dalmartello, voz cit., pp. 802-803, y Ciccarello, voz cit., p. 688):

1) Para algunos la causa explicativa de la prenda irregular es una *causa credendi*: lo que persigue el *deudor* constituyente de la prenda irregular, al transmitir la propiedad de las cosas entregadas al acreedor, es hacer surgir en éste una obligación (de restitución eventual del *tantundem*) con la cual poder en el futuro compensar *convencional* o *voluntariamente* (lo que explica que la prenda irregular pueda funcionar, teniendo en cuenta el respectivo valor de prestaciones no homogéneas en cuanto al objeto, como se exige, en cambio, para la compensación *legal*: art. 1.196-2 Cc) su propio débito; o, desde la perspectiva contraria, la prenda irregular ofrece al acreedor garantizado, la posibilidad de resistirse a la restitución del *tantundem* de lo recibido, mientras no se le pague el crédito garantizado, y de hacerlo sólo en el exceso sobre éste, una vez que, vencido, no se haya satisfecho (por idéntico mecanismo de compensación voluntaria o convencional). Visto desde esta perspectiva, el contrato de prenda irregular se presenta como esencialmente encaminado a preconstituir entre sus partes una situación de futura compensabilidad convencional de dos créditos, de la que ambos puedan prevalerse en caso de incumplimiento de la obligación garantizada (en este carácter eventual, asociado al incumplimiento de la obligación garantizada, se revela la finalidad o causa de garantía). (En este primer sentido, Simonetto, *I contratti di credito*, Padova, 1953, p. 411; Rubino, op. cit. p. 215).

2) Para otros, en cambio, lo que persigue el *constituyente* de la prenda irre-

gular, al transmitir la propiedad del dinero u otras cosas fungibles al acreedor, es hacer un pago o una *datio in solutum* (según que, respectivamente, las cosas entregadas sean o no prestación homogénea respecto de la debida por el deudor). La causa de la transmisión no es, pues, *credendi*, sino *solvendi*. Ahora bien, se trata de un pago o de una dación en pago anticipados y resolutoriamente condicionados al cumplimiento por el deudor de la obligación garantizada: si llegado el momento del vencimiento de ésta, el deudor paga, lo que anticipadamente se entregó *sobreviene* indebido, y, por tanto, el constituyente de la prenda irregular tiene acción personal contra el acreedor garantizado, para exigirle el *tantundem* de lo por él recibido. (En este segundo sentido, fundamentalmente, Dalmartello, voz cit., pp. 802-803 y cfr. otros trabajos suyos citados en nota 1, p. 803. También Gorla, op. cit., p. 27 y ss. Como subraya el propio Dalmartello, es el carácter condicionado del pago anticipado, el que, al no excluir la posibilidad del cumplimiento posterior por el deudor, permite —no extinguiendo directa, inmediata, definitivamente el pago condicionado la relación obligatoria garantizada— a la prenda irregular desempeñar su característica función de garantía).

a) Entre las dos construcciones doctrinales expuestas hay una diferencia que merece la pena subrayar: el fundamento explicativo adoptado por la primera, impide que constituyente de la prenda irregular sea una persona distinta del deudor, pues es evidente que presupuesto subjetivo de toda compensación (legal o voluntaria), es que dos personas sean principal y recíprocamente deudoras (artículo 1.196-1 Cc); mientras que es, asimismo, evidente que no existe razón alguna para tal restricción: la función de garantía de un determinado crédito que subyace en la prenda irregular, consiente que ésta venga constituida por un tercero (arg. ex art. 1.857 *in fine*, en base a la recordada analogía *funcional* entre prenda regular e irregular). El que un tercero pueda actuar como constituyente de una prenda irregular, se explica, en cambio, fácilmente por la tesis de la *causa solvendi*: por las mismas razones que ese tercero puede realizar un pago directa, inmediata, definitivamente liberatorio (art. 1.158 Cc). (Cfr. Dalmartello, voz cit., p. 804; Ciccarello, voz cit., p. 688 y nota 64). En todo caso, como se ve, la tesis de la compensación es reduccionista del ámbito de actuación de la prenda irregular (vid. Wolff/Raiser, op. cit. p. 494, nota 2).

b) En cambio, también por lo que concierne a los elementos subjetivos del contrato de prenda irregular, existe coincidencia en las dos construcciones arriba expuestas, en excluir que pueda ser parte del mismo, en el lugar del acreedor (el de adquirente de la propiedad de las cosas fungibles entregadas), un tercero. En el caso de la tesis de la compensación, por la misma razón expuesta *sub a* (falta de los presupuestos subjetivos de la compensación, ahora entre deudor y tercero adquirente no-acreedor); en el caso de la tesis del pago condicionado, porque ese tercero no-acreedor carece, en cuanto tal, de legitimación para recibirlo (art. 1.162 Cc).

En definitiva, si no es el acreedor el adquirente de la propiedad de las cosas entregadas, falta por completo la razón jurídica que ponga en conexión la definitiva apropiación económica de lo recibido —en el sentido de no tener que restituir el *tantundem* de lo que se adquirió desde su entrega— con la falta de cumplimiento de la obligación garantizada (aquí, que se dice garantizar).

La única forma jurídica de instrumentalizar para garantía de un determinado crédito, la entrega en propiedad de ciertas cosas fungibles a un tercero (persona

distinta del acreedor garantizado), parece ser la de pignorar en favor del acreedor el crédito a la restitución del *tantundem*, que nace, de dicha entrega transmisiva y *credendi causa* (mutuo, depósito irregular), contra el tercero y en favor del deudor (Cfr. Dalmartello, voz cit., p. 804; Ciccarello, voz cit., p. 688 y nota 64; Fiorentino, op. cit., p. 142, nota 2). Téngase presente que en el Derecho español, según la doctrina, la prenda de un crédito (*rectius*, cesión de un crédito para garantía de otro) puede desembocar, por una especie de subrogación real, en prenda irregular, si el acreedor no utiliza, para realizar el valor del crédito pignorado, el procedimiento del artículo 1.872 del Código civil, y prefiere cobrarlo directamente del deudor cedido (cfr., p. ej., Díez-Picazo/Gullón, *Sistema*, III, cit., p. 482. Para el Derecho italiano, vid., art. 2.800 y ss. C. civ. it.).

De todos modos, sin llegar a la prenda del crédito, pero de forma similar a ella, otros autores hablan de otra técnica de garantía, en forma de relación, asimismo, trilateral: el tercero que adquiere la propiedad de las cosas a él entregadas conjuntamente por acreedor y deudor o propietario-tercero (codeponentes en un depósito irregular), asume la obligación de restituir el *tantundem* al acreedor codeponente, sólo si el deudor no le paga a éste el crédito garantizado (para que proceda así a imputar el valor de dicho *tantundem* a la deuda garantizada), y en otro caso, la restitución se hará al otro codeponente (propietario de las cosas que se entregaron) (vid., Gorla, op. cit., pp. 31-32; Rubino, op. cit., p. 216).

2.4.2. La segunda de las cuestiones arriba planteadas, tiene repercusiones prácticas más inmediatas y evidentes: si el fundamento de la acogida en nuestro Derecho del contrato de prenda irregular, es, ante todo, la autonomía de la voluntad, ésta sólo juega dentro de sus límites (art. 1.255 Cc), y, a propósito de ellos, parece chocar con una ley imperativa —la prohibición del pacto comisorio: artículo 1.859 Cc— un contrato que, teniendo por función la garantía de un determinado crédito, conduce a la apropiación por el acreedor de las cosas que se le entregan con esa finalidad.

Sin embargo, un examen más detenido de la cuestión, conduce a descartar el rechazo en nuestro Derecho del contrato de prenda irregular, por contravención del artículo 1.859 del Código civil.

1) En primer término debe observarse que el pacto comisorio se refiere a la apropiación por el acreedor garantizado, en el momento *posterior* de la ejecución de la garantía, de cosas que *inicialmente*, al constituirse ésta, son ajenas (en efecto, el art. 1.859 Cc habla de «apropiarse *las cosas* [ajenas] *dadas en prenda* [regular] *o hipoteca*»). En cambio, el contrato de prenda irregular produce la transferencia *inmediata* de la propiedad de las cosas entregadas al acreedor, antes, por tanto, del vencimiento —y, consiguientemente, incumplimiento— de la obligación garantizada [incluso antes del propio nacimiento de la obligación garantizada, cuando se trata de garantizar una obligación futura —lo cual es admisible en base a la repetida analogía funcional con las garantías reales (arts. 142-143 LH) o personales (art. 1.825 Cc)]. (Cfr., Dalmartello, voz cit., p. 803, *sub* n. 6, y Ciccarello, voz cit., p. 688.) Naturalmente, que la prenda irregular como tal contrato transmisivo —en todo caso oneroso para el acreedor garantizado— o como pago o dación en pago del deudor o de un tercero, podrá ser impugnado por los acreedores del constituyente a quienes perjudique, o afectado por la retroacción de la quiebra de dicho constituyente.

2) A lo anteriormente dicho, aún puede objetarse que la definitiva apropiación

ción de las cosas irregularmente pignoradas, se produce, *en sentido económico* (en sentido jurídico, ya sabemos que con su entrega), con el incumplimiento de la obligación garantizada: al compensarse la obligación del acreedor garantizado de restituir el *tantundem*, con la obligación garantizada.

Sin embargo, tampoco la consideración del problema en esta perspectiva —el momento de la imputación-compensación— conduce al rechazo de la prenda irregular: basta con adaptar las mismas exigencias que subyacen en la *ratio* del artículo 1.859 del Código civil para las garantías reales —la protección del interés del constituyente de la garantía y el de sus (demás) acreedores—, a la figura estructuralmente distinta, pero funcionalmente análoga, de la prenda irregular. Y, entonces, tras esa adaptación, lo que se nos presenta como una exigencia imperativa (convencionalmente inderogable), es que el acreedor garantizado no pueda apropiarse definitivamente (en realidad: pueda quedar dispensado de la obligación de restituir) el eventual (y normal) exceso de valor que exista entre las cosas recibidas en prenda irregular y el crédito garantizado. Un pacto en contra de tal exigencia restitutoria del meritado supravvalor (un pacto de apropiación económica definitiva de las cosas recibidas en garantía, cualquiera que sea su valor), sería nulo por chocar con las mismas exigencias que subyacen en la *ratio* del artículo 1.859 del Código civil (Cfr. Gorla, op. cit., nota 3 en pp. 27-28; Fiorentino, op. cit., p. 142). A este mismo resultado conduce la norma del artículo 6-4 del Código civil: de otra forma se abriría una cómoda vía de elusión del artículo 1.859 del Código civil respecto de la entrega, *con función o causa de garantía*, del dinero y las demás cosas fungibles.

A este propósito conviene recordar, que el carácter fungible y fácilmente vulnerable de las cosas que son objeto de prenda irregular, favorece la admisión de ésta, en cuanto conduce a una fácil compensación del valor de las obligaciones de restitución del *tantundem* y garantizada, y a una consiguientemente fácil determinación del exceso de valor de la primera sobre la segunda (con lo que desaparece el peligro de que el acreedor se apropie definitivamente de bienes, recibidos en propiedad pero con función de garantía, de valor superior al de la deuda garantizada) (cfr. Martorano, *Cauzione e pegno irregolare*, en «Riv. dir. comm.», 1960, I, p. 94 y ss., y allí, pp. 107 y 120; Dalmartello, voz cit., p. 803, *sub n.* 6; Ciccarello, voz cit., p. 688).

La cuestión es más clara cuando se trata de prenda irregular de dinero, entonces el valor de la suma entregada al acreedor —el importe del crédito restitutorio— equivale (funcionalmente) al resultante de la ejecución de la prenda regular, y se emplea, imputándolo al crédito garantizado, en los mismos términos que este otro —o sea, también con obligación de restitución del eventual exceso de valor sobre el crédito garantizado— (cfr. Viñas, op. cit., p. 349).

3.1. Como se ha visto, la doctrina es unánime en señalar, que el dato distintivo fundamental entre contrato de prenda regular y contrato de prenda irregular, es el carácter transmisivo de la propiedad de las cosas entregadas al acreedor, que tiene el segundo contrato. También concuerda la doctrina en que, por ende, saber cuándo nos hallamos ante un supuesto y cuándo ante otro, dependerá de la *interpretación* de la voluntad de las partes del contrato (en punto a qué se ha pretendido transmitir, si un derecho real sobre las cosas ajenas entregadas, o la propiedad de las cosas que se entregan).

Pero, en orden a esta distinción de supuestos, aún puede irse más lejos de

esa genérica remisión a las reglas interpretativas de los contratos: teniendo presente que la voluntad transmisiva de la propiedad de las cosas entregadas al acreedor, lo mismo puede ser expresa que tácita (vid., p. ej. Castán/Marín Pérez, op. cit., p. 523; Sancho/Lacruz, op. cit. p. 154; Guilarte, op. cit., p. 411), y que existe esta segunda —una voluntad transmisiva de la propiedad de las cosas entregadas, inequívocamente expresada *per facta concludentia*— cuando se entregan al acreedor cosas fungibles sin emplear cualquiera de los fáciles procedimientos que permitirían su identificación e individualización o especificación: entonces se ha, tácitamente, renunciado a la conservación de un derecho absoluto sobre la *species* entregada y se ha puesto la relación con el *accipiens* sobre bases meramente obligacionales (restitución del *tantundem*) (vid., Dalmartello, voz cit., páginas 801-802). De ahí que pueda decirse, con razón —puesto que tal especificación o individualización no es lo corriente en el tráfico—, que la entrega de cosas fungibles al acreedor, y, muy especialmente, la de dinero, se hace, normalmente o como regla, a título de prenda irregular (y no de prenda regular). Naturalmente, como dice Gorla, la cuestión se resuelve *in terminis* si se pacta expresamente que el acreedor deba solamente restituir el *tantundem* de lo recibido. (Cfr. Gorla, op. cit., pp. 25-26; Albaladejo, op. cit., p. 252; Wolff/Raiser, op. cit., p. 493; Puig Brutau, op. cit., p. 26).

3.2. En resumidas cuentas, para que haya prenda irregular tiene que haber entrega al acreedor de cosas fungibles y de fácil valoración, y entrega hecha con voluntad (expresa o tácita) de transmitirle su propiedad.

Sobre esta necesidad de la entrega o desposesión ya hemos discurrido anteriormente; ahora sólo queda por precisar un dato, que tiene gran interés al hilo de la sentencia comentada: y es, que tal entrega transmisiva ha podido producirse con anterioridad al momento de la celebración del contrato de prenda irregular.

Buscando un paralelo de lo que decimos con la prenda regular, la situación de la que ahora se habla, vendría a equivaler a aquélla en que, con anterioridad a la constitución de la prenda regular, la cosa objeto de la garantía se halla ya, por otro concepto, en posesión del acreedor o del tercero a quien se va a designar como poseedor de la prenda (*ex arts. 1.863 y 1.866 Cc*). Entonces, en virtud de la constitución sucesiva del derecho real de prenda, *cambia el título de la posesión* de quien, manteniéndose en ella, la tenía antes de ese momento por otro concepto.

De forma análoga, puede darse sucesivamente un contrato de prenda irregular, cuando, previamente al mismo, se ha transmitido al acreedor-*accipiens*, la propiedad de ciertas cosas fungibles, en base a un contrato transmisivo y restitutorio —*credendi causa*— distinto (p. ej., depósito irregular, mutuo), y con posterioridad este contrato se nova, convirtiéndolo —por modificación de su causa— en contrato de prenda irregular, con este resultado fundamental: la alteración desde entonces del *título* (fundamento) *de la obligación de restituir el tantundem*. O sea, lo que antes era una restitución *necesaria* (porque apoyada en una causa de goce o de seguridad y guarda: restitución en el momento convenido, *ad nutum* y por voluntad del depositante), se convierte ahora, tras la novación, en una restitución *eventual*, para el sólo caso de que el deudor cumpla la obligación garantizada (porque la obligación de restituir se apoya ahora en una causa de garantía de, precisamente, esta deuda garantizada) (vid. Dalmartello, voz cit., p. 800, *sub n. 2*, y cfr. Ciccarello, voz cit., p. 688). Y, todavía que más, lo que

antes de la novación —el crédito, por el *tantundem*, contra el *accipiens*— era compensable *facultativamente* por el *tradens* y con *cualquier* crédito que el *accipiens* tuviese, a su vez, contra el *tradens* (según el régimen de la compensación «ordinaria» de créditos); se convierte, desde la novación (desde que hay prenda irregular) y para el caso de incumplimiento de la obligación garantizada, en *necesaria* compensación del crédito por el *tantundem* y, precisamente, con el crédito garantizado y no satisfecho (*no* con otro, y aunque el deudor incumplidor de éste, no sea, simultáneamente, el acreedor del *tantundem* —prenda irregular constituida, previa, simultánea o posteriormente a la entrega de las cosas fungibles por un tercero no-deudor—: compensación «impropia» que es efecto de la prenda irregular).

Sólo cuando se da esa novación causal, ese cambio en el título de la restitución del *tantundem*, nos hallamos ante una prenda irregular constituida sucesivamente a la entrega en propiedad de las cosas objeto de la garantía. Porque las partes del contrato transmisivo y restitutorio (de mutuo o de depósito irregular) han podido pretender un resultado diverso, también con vistas a asegurar un determinado crédito: ceder el *tradens* su crédito, por el *tantundem*, contra el *accipiens*, en garantía de un crédito de éste contra el primero: en cuyo caso nos hallamos ante la prenda de un crédito —contra el propio acreedor garantizado—.

Este caso ahora indicado de prenda de crédito, puede llegar, es cierto, a asemejarse mucho al de la prenda irregular, especialmente cuando tanto el crédito garantizado cuanto el crédito cedido en garantía son homogéneos en cuanto a su objeto: entonces, el acreedor garantizado, en el momento del vencimiento de ambos créditos, compensará cuanto debe pagar con aquello que debe recibir; de todas formas, y aun en este último supuesto, subsiste una importante diferencia entre ambas formas de garantía: cuando hay prenda de crédito (cesión de un crédito en garantía de otro), el crédito garantizado y el cedido en garantía conservan su autonomía en cuanto a vencimiento (exigibilidad); mientras que, tratándose de prenda irregular, es el vencimiento (y consiguiente incumplimiento) del crédito garantizado, el que determina la inmediata y necesaria imputación a él (compensación impropia) del crédito por la restitución del *tantundem* (vid., Dalmartello, voz. cit., nota 5, p. 799).

Cuando, si con posterioridad a un contrato transmisivo *credendi causa* que genera obligación de restituir el *tantundem*, y queriendo sus partes garantizar, sobre la base del crédito a dicha restitución, otro determinado crédito, nos hallamos ante una prenda irregular (constituida con posterioridad a la entrega en propiedad de las cosas fungibles y sobre la base de la novación del previo contrato transmisivo), y cuando ante una prenda de crédito, es algo que dependerá de cómo se articule, en concreto, la voluntad de dichas partes: en todo caso, parece sensato señalar que aunque lo que pacten no será necesariamente una prenda irregular, es esto lo que, en principio, hay que entender como normal que hayan pactado (Dalmartello, voz. cit., nota 4, en p. 799).

Hay que advertir, que existió un sector doctrinal —que se remonta a Pfaff, *Das Geld als Mittel pfandrechtlicher Sicherstellung insbesondere das s.g. «pignus irregulare»*, Wien, 1868, y que tuvo ilustres seguidores: Chironi, Kretschmar, Windscheid— que estimaba que en la prenda irregular siempre había prenda de un crédito: el de la restitución del *tantundem*, contra el propio acreedor garantizado. Tesis modernamente criticada (por no responder al normal propósito de

las partes del contrato, y, en Italia, tampoco a lo dispuesto en el art. 1.851 C. civ. it.), y calificada de «abstrusa e inacceptable» (vid., así, literalmente, Rubino, op. cit., p. 215, nota 3; también, Gorla, op. cit., p. 28, nota 1; De Simone, op. cit., p. 83 y nota 93; Viñas, op. cit., p. 343 y ss —donde puede encontrarse, asimismo, una exposición resumida de las tesis de Pfaff y Chironi—).

3.3. Como consecuencia de lo que antecede, cabe concluir que existen dos situaciones posibles en orden a la constitución de la prenda irregular:

a) Aquélla en que la adquisición de la propiedad de las cosas entregadas al acreedor es consecuencia de la *previa* o *simultánea* celebración del contrato de prenda irregular, como título jurídico con idoneidad transmisiva, al propio tiempo que fundamento de la (eventual) obligación restitutoria del *tantundem*, que sobre el mismo acreedor-propietario pesa.

b) Aquélla en que la adquisición de la propiedad de las cosas fungibles entregadas al acreedor, es el resultado de un distinto contrato transmisivo con simultánea obligación de restitución del *tantundem* (*credendi causa*) —en especial, el depósito irregular—; y en que, por tanto, la posterior novación de ese contrato previo, convirtiéndolo en contrato de prenda irregular, no transmite la propiedad de las cosas ya entregadas (transmisión que *ya* se había producido conforme al primer contrato y que no es ni necesario, ni posible producir de nuevo): el efecto transmisivo derivado del primer contrato es respetado y absorbido por el nuevo que ocupa su lugar (que no es causalmente incompatible, en este punto, con el contrato novado: también la prenda irregular es contrato transmisivo); la novación causal se limita a modificar-sustituir el título o fundamento de la restitución del *tantundem*, haciéndola eventual y vinculándola esencialmente, por tanto, al cumplimiento de un determinado crédito, por razón de cuya garantía se produce la tal novación causal (cfr. Dalmartello, voz cit. nota 3, p. 801). (Incidentalmente hago notar, que la novación causal sólo en cuanto a la obligación de restituir el *tantundem*, pero no en cuanto al efecto transmisivo, se explicaría, según una de las construcciones doctrinales antes expuestas en cuanto a la causa del contrato de prenda irregular, por la parcial coincidencia causal, sólo en cuanto a tal transmisión de las cosas fungibles entregadas —*causa credendi*—, entre el contrato de prenda irregular y el mutuo o depósito irregular.)

*Sub a)* la transmisión de la propiedad de las cosas entregadas, es consecuencia jurídica de la *previa* o *simultánea* celebración del contrato de prenda irregular (éste es el título de transmisión); *sub b)* la transmisión de la propiedad de las cosas entregadas, es consecuencia del mutuo o depósito irregular *anterior* a la conclusión (por novación) del contrato de prenda irregular, este último pacto novatorio (la conversión del anterior contrato transmisivo en contrato de prenda irregular que lo absorbe y sustituye) se limita a hacer suya y a apoyarse en la consecuencia jurídica de un título transmisivo anterior.

Aplicando lo ahora dicho al caso de la sentencia comentada, me parece evidente que si, como parece lo más probable, la imposición a plazo fijo preexistía al otorgamiento del préstamo por la Caja de Ronda, esta institución crediticia, desde el momento del depósito (irregular) adquirió la propiedad del dinero depositado, asumiendo frente a los impositores la correspondiente deuda de restitución del principal, al finalizar el plazo de la imposición (además del pago de los correspondientes intereses); y sería con posterioridad, en el momento de la conce-

sión del préstamo, cuando los prestatarios-impositores y la Caja de Ronda, aprovechan el preexistente depósito irregular, para, novándolo —pero respetando y apoyándose en el efecto transmisivo ya producido—, constituir la prenda irregular en garantía del préstamo ahora concedido.

No cuesta trabajo, por otra parte, comprender, que, a la vista del modo usual de proceder de los profesionales del crédito —bancos y cajas—, será, precisamente, esta modalidad de prenda irregular por novación —aprovechando los depósitos irregulares constituidos vinculadamente por sus clientes— la que más frecuentemente se practique (el banco presta sobre seguro: siempre, claro, por debajo, como en el caso de la sentencia comentada, del valor del crédito restitutorio de los depositantes o impositores).

Naturalmente, que en el caso de la sentencia comentada, podrá pensarse, que de poco le ha servido a la Caja de Ronda la garantía de la prenda irregular concertada para su préstamo. A lo cual se responde fácilmente, diciendo que ello ha sido sólo porque el Tribunal Supremo no ha sabido apreciar su virtualidad garantística (como si, no habiendo prenda regular, no pudiese haber otra forma de garantía; como si el pacto de la Caja de Ronda con sus impositores y prestatarios no tuviese —en contra de lo que pensaron y quisieron sus partes— virtualidad garantística alguna).

El tratamiento de esta cuestión exige el examen previo de, precisamente, cuáles son los efectos de la prenda irregular. Tema que, como se verá, tampoco es fácil, y para el que también habrá que emplear, todavía, una cierta cantidad de palabras, por lo que pido perdón a quienes piensen que ya van empleadas demasiadas (ninguna, quiero pensar yo, que no sea necesaria para comprender una institución complicada y que apenas se ha estudiado entre nosotros: cuya comprensión es imprescindible para poder comentar la sentencia que las motiva).

4.1. La complejidad en cuanto a los efectos de la prenda irregular, sin embargo, sólo se refiere a alguna de sus posibles consecuencias, y, en concreto, la más propiamente garantística (esa imputación o compensación impropia, de la que hasta ahora se ha hablado en términos deliberadamente ambiguos o genéricos, pero en cuya entraña se hace preciso adentrarse, para acabar de comprender la prenda irregular, y el porqué de la insatisfacción que la sentencia comentada produce).

En concreto, los efectos de la prenda irregular (vid., p. ej., Dalmartello, voz cit., p. 805 *sub* n. 10; Guilarte, op. cit., p. 411; Castán/Marín Pérez, op. cit., pp. 523-524) son:

a) El más evidente es, como sabemos, *jurídico-real*: la adquisición por el acreedor garantizado de la propiedad de las cosas fungibles entregadas, adquisición que es inmediata a la entrega —no en el momento del incumplimiento de la obligación garantizada—, y que, en los casos de novación que se acaban de examinar, puede ser el efecto de un contrato transmisivo *credendi causa* anterior a la constitución de la prenda irregular.

b) Junto al anterior efecto transmisivo, está lo que podría llamarse un doble efecto alternativo, apoyado en la obligación de restituir el *tantundem* de lo adquirido: en el *efecto obligacional* del contrato de prenda irregular; alternatividad en función de que la obligación garantizada con la prenda irregular se cumpla o no, llegado el momento de su vencimiento:

b 1) En el primer caso (hipótesis de cumplimiento) el acreedor deberá restituir el *tantumdem* de lo que se le transmitió en propiedad para garantía de la obligación cumplida. Deuda de restitución que en nada difiere de la que nace de los contratos transmisivos *credendi causa* (mutuo, depósito irregular), y para cuyo cobro, su acreedor (constituyente de la garantía), en tanto que simple titular de un derecho personal para el que la ley, en su enumeración taxativa, no otorga ningún tipo de preferencia por razón del origen o causa del mismo, carece, en principio, de privilegio (desde luego, no lo tiene *ex art.* 1.922-2 Cc: no se trata de un acreedor pignoraticio) (vid. Viñas, *op. cit.*, p. 349; Guilarte, *op. cit.*, páginas 412-413).

b 2) En el segundo caso (incumplimiento de la obligación garantizada, llegado el momento de su vencimiento), se da esa imputación del valor del crédito por el *tantumdem*, al de la deuda garantizada e incumplida, esa compensación impropia sobre la cual es preciso detenerse.

4.2. Ya se ha advertido anteriormente que prenda regular y prenda irregular son, ambas, técnicas jurídicas de garantía, que, a pesar de esa común función o finalidad de garantía de un determinado crédito, operan sobre estructuras o mecanismos jurídicos muy diversos.

La garantía se actúa en el primer caso, a través de la constitución de un derecho real sobre cosa ajena, el cual, vencida la obligación garantizada y no cumplida, consiente la ejecución del valor de la cosa gravada —en orden a asegurar la cual, se desposesiona al constituyente de la garantía—, atribuyéndose al acreedor garantizado preferencia en el cobro, sobre ese valor de realización, frente a los demás acreedores del propietario de la cosa gravada.

En cambio, en la prenda irregular, la transferencia de la propiedad al acreedor garantizado, desde el momento de su recepción, de las cosas a él entregadas, hacen innecesaria e imposible, tanto la realización de su valor, cuanto la atribución sobre las mismas de una preferencia de cobro al acreedor garantizado frente a otros acreedores del constituyente (pues el traspaso de propiedad excluye toda posibilidad de concurrencia con ellos) (vid., Viñas, *op. cit.*, p. 348; Gorla, *op. cit.*, p. 29; Dalmartello, *voz cit.*, p. 804; Messineo, *voz cit.*, p. 651; Fiorentino, *op. cit.*, p. 142).

En el caso de la prenda irregular, su función de garantía se actúa, para el caso de incumplimiento de la obligación garantizada, llegado el momento del vencimiento de ésta, a través de la imputación que hace el acreedor garantizado del valor de su obligación restitutoria por el *tantumdem*, al de la obligación garantizada e incumplida. Con el resultado (según la cuantía de los respectivos valores) de: a) o tener que restituir sólo el exceso de valor de la primera sobre la segunda (exceso de valor que, vista la *función de garantía* del instituto, no podría nunca retener: arg. *ex art.* 1.859 Cc); b) o poder reclamar *al deudor* (no necesariamente constituyente de la prenda irregular) la parte de valor del crédito garantizado e incumplido no cubierta por el menor del *tantumdem*. A la vista de la función de garantía de la prenda irregular, desde el punto de vista práctico —y, sobre todo, como se ve en el caso de la sentencia comentada, de la práctica bancaria—, el caso *sub a)* será el más frecuente.

Obsérvese, una vez más, que es la función (causa) de garantía de la prenda irregular, la que, por tanto, hace sólo eventual la obligación restitutoria del *tantumdem* por parte del acreedor garantizado (para el caso de cumplirse la obliga-

ción garantizada), y es esa misma función (causa), la que determina que el vencimiento de esa obligación eventual se asocie *indisolublemente* al de la obligación garantizada.

Pero, volviendo al caso de incumplimiento de la obligación garantizada, también aquí se revela la función o causa de garantía de la prenda irregular: a) el acreedor garantizado no puede dejar de imputar el valor del *tantundem* al de la deuda garantizada (o sea, no puede pretender el cumplimiento forzoso de ésta —al menos, por lo que antes se dijo, de su *totalidad*—); b) el acreedor garantizado no puede imputar-compensar el valor del *tantundem* con un crédito distinto de aquél determinado para cuya garantía la prenda irregular se constituyó.

Ambos efectos conducen unívocamente al carácter *automático* de la «compensación» que es efecto de la prenda irregular: desde el vencimiento e incumplimiento de la obligación garantizada, o el acreedor garantizado es deudor (del constituyente de la prenda irregular) por *sólo* el exceso de valor del *tantundem* sobre su crédito; o es acreedor (del deudor garantizado) *sólo* por la diferencia de valor entre su crédito y el *tantundem* menos valioso.

Este efecto automático se explica, en parte, desde la *asimilación funcional* que se produce —vista la común finalidad de garantía que subyace en prenda regular e irregular— entre el crédito por el *tantundem* (*rectius*, su valor) y el valor que resulta de la ejecución de la prenda regular (que tampoco el acreedor prendario puede imputar a la satisfacción de un crédito distinto del garantizado, cfr. Viñas, op. cit., p. 348). En cambio, esta asimilación funcional no explica el efecto de la prenda irregular arriba expuesto *sub a)* (el acreedor pignoraticio conserva, junto a la acción real que nace de la garantía, la acción personal que nace del crédito garantizado); y no en vano: sobre este otro efecto no existe unanimidad doctrinal (quienes lo afirman lo consideran, claro, un efecto específico de la voluntad de las partes en el contrato de prenda irregular).

Estas particularidades —junto a la subrayada en su momento sobre los sujetos de la prenda irregular: el constituyente de la misma puede ser un tercero no deudor de la obligación garantizada— son las que, desde tiempos remotos, movieron a la doctrina a separar —pese a la existencia de cierta semejanza efectual entre ambas— prenda irregular y compensación, llamando al efecto de la primera del que ahora se habla «compensación impropia», «compensación especial», «especie de compensación», «*cosiddetta compensazione*» (cfr., en estos distintos sentidos, Viñas, op. cit., p. 347; Guilarte, op. cit., p. 411; Messineo, op. cit., página 651; Gorla, op. cit., p. 32); o tratando de configurar ese efecto compensatorio impropio de la prenda irregular como institución autónoma, incluso con antecedentes históricos en las fuentes romanas: *secum pensare*, compensación de adquisiciones (no de créditos): *Erwerbskompensation* (vid., Viñas, op. cit., p. 346 y ss.; cfr. Gorla, op. cit., p. 28 y p. 29, nota 4: «costringgere a forza, sotto questo rispetto, il pegno irregolare nel concetto comune di compensazione è un voler classificare ad ogni costo»). En cambio, la consideración del efecto compensatorio de la prenda irregular, como fruto de una compensación voluntaria (y no legal), superaría el obstáculo de que legalmente no pueden compensarse deudas heterogéneas en su objeto, cuando lo sean la deuda por el *tantundem* y la garantizada (cfr., así, Rubino, op. cit., p. 215).

4.3. Desde el punto de vista constructivo-doctrinal, el automatismo de la prenda irregular, es sostenido indistintamente por autores que defienden las dos configuraciones antes expuestas de la misma.

1) Más claramente, tal vez, en la primera de ellas: si se concibe la prenda irregular como contrato *solvendí causa*, como un pago o una *datio in solutum* anticipados y resolutoriamente condicionados, es claro que, ya desde el primer momento de la entrega, la deuda garantizada se extinguió, de forma provisional, total o parcialmente, y el incumplimiento posterior de la obligación garantizada (el incumplimiento definitivo de la condición resolutoria del pago o dación en pago anticipados), hace definitiva esa liberación (total o parcial) anterior, colocando al acreedor garantizado y satisfecho total o parcialmente en el sólo deber de restituir el exceso de valor del *tantundem* sobre el crédito garantizado, o en situación de poder exigir la sola diferencia entre el crédito parcialmente satisfecho y el menor valor del *tantundem* (vid., así, Dalmartello, voz cit., p. 806, *sub* n. 11, y Gorla, op. cit., pp. 27 y ss.). La extinción —total o parcial— del crédito garantizado desde el primer momento —con el pago o dación en pago anticipados—, confirmada después con el incumplimiento de la obligación garantizada, explica limpiamente, tanto la pérdida (total o parcial) de la acción de cumplimiento forzoso por el acreedor garantizado, como que la garantía así instrumentalizada sólo sea referible al concreto crédito que, de forma anticipada y resolutoriamente condicionada, se satisfizo. Precisamente, como antes se dijo, es este carácter condicionado del pago o dación en pago anticipados, lo que les permite desempeñar una función de garantía, y lo que hace que el acreedor garantizado no pueda apropiarse definitivamente el exceso de valor arg. ex artículo 1.859 del Código civil; en cambio, cuando se trata de una dación en pago *inmediata*, la protección del deudor *solvens* frente a los abusos del acreedor, discurre por otros caminos: rescisión por lesión (en los Derechos forales donde se admite con carácter general), represión de la usura, revocación por los acreedores del *solvens* (cfr. Gorla, op. cit., p. 28, nota).

2) Pero también desde la perspectiva doctrinal de la consideración del contrato de prenda irregular como un contrato con *causa credendi*, celebrado a efectos de preconstituir una futura compensación voluntaria, se ha sostenido el carácter automático (e impropio) de esta compensación: en el acuerdo de las partes está también implícita la finalidad de garantizar un determinado crédito y de compensarlo, caso de su incumplimiento, necesariamente con la obligación restitutoria del *tantundem* (*pactus de compensandis nominibus*): el crédito restitutorio nace previsto y predispuesto para la eventual compensación final con (o eventual absorción, total o parcial, por) el crédito, así garantizado, contra el deudor. En otras palabras, todo contrato de prenda irregular implica por naturaleza (función) *necesariamente* un pacto de compensación final entre los dos referidos créditos, para el caso de incumplimiento de la obligación garantizada, de forma que tanto el acreedor como el deudor (sólo él puede ser parte del contrato de prenda irregular según esta concepción doctrinal) pueden servirse de él, oponiéndolo, una vez incumplida la obligación garantizada, a la acción de cumplimiento forzoso de (la totalidad) de la obligación garantizada e incumplida, o de (la totalidad de) la obligación restitutoria (Vid., desde la perspectiva de la compensación, en favor del automatismo, Rubino, op. cit., p. 215; cfr. también Dalmartello, voz cit.,

pp. 802 y 803, *sub* n. 5, y pp. 806-807; Messineo, *op. cit.*, pp. 651-652; Fiorentino, *op. cit.*, p. 142).

En la doctrina española, en favor, también, del carácter automático del efecto compensatorio de la prenda irregular, *vid.*, Albaladejo, *op. cit.*, p. 252, y Guilarte, *op. cit.*, p. 411: «si la obligación principal resulta incumplida, la del acreedor queda *automáticamente* extinguida, por una *especie de compensación* con aquélla».

Con todo, como ya se advirtió, no han faltado en Italia autores y sentencias que, en contra de esta automaticidad, reconocen al acreedor garantizado la posibilidad de exigir coactivamente, al deudor, el cumplimiento total de la obligación garantizada e incumplida, siempre y cuando, claro, dicho acreedor ofrezca, simultáneamente, restituir (al constituyente de la prenda irregular) íntegramente el *tantundem* de lo recibido (algunos autores, dejando a salvo el caso de la prenda irregular en garantía de una anticipación bancaria —art. 1.851 C. civ. it., norma que parece inequívoca en el sentido de la automaticidad— (cfr. Dalmartello, *voz cit.*, p. 807 y Ciccarello, *voz cit.*, p. 689, y doctrina allí citada). Para Dalmartello, en cambio (*loc. cit.*, p. 807, nota 2), este resultado sólo sería posible cuando, concebido el contrato de prenda irregular como contrato *credendi causa*, el acreedor garantizado se hubiese reservado expresamente, en el momento de su conclusión, la *facultad-posibilidad*, de carácter unilateral por su parte, de compensar el crédito garantizado con su deuda restitutoria; no cuando tal pacto no exista, y nunca —por no ser entonces, claro está, ese pacto admisible— si se concibe el contrato de prenda irregular como contrato *solvendi causa*: aquí la «compensación» para caso de incumplimiento de la obligación garantizada es siempre automática, y un tal pacto desvirtuaría la prenda irregular (como pago o dación en pago anticipados), convirtiéndola en otra cosa (una obligación facultativa). En la posibilidad o no de ese pacto, nace, para Dalmartello, la única diferencia relevante, en cuanto a sus efectos, entre adoptar uno u otro planteamiento (*causa credendi* o *solvendi*) a propósito del contrato de prenda irregular.

Todavía hay que señalar que la automaticidad del efecto compensatorio, se acentúa en el caso de que la obligación restitutoria del *tantundem* y la obligación garantizada son de objetos homogéneos: entonces no tiene ningún sentido que, habiéndose entregado, por ejemplo, dinero al acreedor garantizado, se le pague la deuda dineraria garantizada, para recuperar ...la cantidad de numerario inicialmente entregada. La restitución del acreedor garantizado aquí sólo tiene sentido *en todo caso* por el exceso de valor de lo entregado en garantía, sobre la deuda garantizada (o su acción de cumplimiento forzoso, en aplicación de los principios ya conocidos, por lo que falte a la suma entregada en garantía, hasta el importe de la deuda garantizada) (*vid.*, Gorla, *op. cit.*, pp. 30-31, y cfr. Dalmartello, *voz cit.*, p. 805, *sub* n. 9). Aquí la entrega del constituyente de la prenda irregular, asume, mucho más claramente, el carácter de pago anticipado, y la cuestión de la restitución del íntegro *tantundem* (*que presupone la posibilidad de un cumplimiento posterior del deudor garantizado*), vencida la obligación garantizada, consiguientemente, *no se plantea*. Este tipo de garantías pecuniarias —«fianzas», «cauciones»— se utiliza frecuentemente para asegurar deudas futuras e inciertas (eventuales): en especial, posibles responsabilidades futuras. Cuando se aseguran deudas futuras, pero ciertas, parecen equivaler, sin más, a un pago anticipado de las mismas.

4.4. A la vista de todo lo precedentemente dicho, podemos analizar la posición de los demás acreedores del deudor (o constituyente) frente al acreedor garantizado por prenda irregular (cfr. Gorla, op. cit., p. 31):

a) Estos otros acreedores carecen de toda posibilidad de persecución sobre los bienes entregados al acreedor garantizado, quien, adquiriendo, al recibirlos, su propiedad, los colocó en el ámbito de agresión de sus propios acreedores, y los sustrajo, por ende, al del constituyente. Por decirlo elegantemente, con Gorla, el acreedor garantizado *suum recepit*. Naturalmente, esta transferencia puede ser revocada por los acreedores del constituyente perjudicados —o afectada por la declaración de quiebra del constituyente—, en las mismas condiciones que un pago anticipado o un contrato oneroso.

b) En cambio, antes del vencimiento de la obligación garantizada, estos mismos acreedores del constituyente, pueden embargar el *crédito eventual*, por la restitución del *tantundem*, contra el acreedor garantizado (eventual, porque sólo surgirá si el deudor paga la deuda garantizada, llegado el momento de su vencimiento); y pueden también (cuando el constituyente de la prenda irregular es, simultáneamente, el deudor de la obligación garantizada) pagar, en el momento de su vencimiento, la obligación garantizada, subrogándose, *ex artículo 1.111 del Código civil* en la posición de su deudor, para exigir, después, del acreedor garantizado la restitución íntegra del *tantundem*. Si deudor y constituyente de la prenda irregular son personas distintas, los acreedores del constituyente, podrían pagar la obligación garantizada como terceros interesados en ella *ex artículo 1.158 del Código civil*, rigiéndose sus relaciones con el deudor liberado por el propio artículo 1.158 del Código civil, en conexión con los artículos 1.209-1.210 del Código civil, y sus relaciones con el acreedor garantizado, por el contrato de prenda irregular, al colocarse, en vía subrogatoria *ex artículo 1.111 del Código civil*, en la posición del constituyente y poder exigir, en su lugar, una vez cumplida la obligación garantizada, el crédito por la restitución íntegra del *tantundem*.

c) Finalmente, una vez vencida e incumplida la obligación garantizada, y admitido el carácter automático del efecto compensatorio de la prenda irregular, los acreedores del constituyente de la prenda irregular sólo pueden embargar el crédito de éste, contra el acreedor garantizado, por el exceso de valor del *tantundem* sobre el crédito garantizado (supuesto que tal exceso, como es lo normal, exista).

4.5. A la vista de todo lo cual, y teniendo en cuenta que en el caso de la sentencia comentada, el embargo de la imposición a plazo fijo (o sea, del crédito restitutorio, por el *tantundem*, de los deudores ejecutados contra la Caja de Ronda), se ha producido con posterioridad al vencimiento (e incumplimiento) del crédito a cuya garantía estaba afecta, ha de concluirse, que dicho embargo sólo podía referirse al exceso de valor entre dicho crédito restitutorio (25 millones de ptas.) y el garantizado (22 millones de ptas.): o sea, el crédito restitutorio de 3 millones de pesetas, de los deudores ejecutados contra la Caja de Ronda.

A este resultado se llega, tanto si consideramos que la prenda irregular produce su efecto compensatorio automáticamente —en realidad, por lo dicho antes, al ser homogéneos los objetos de la deuda restitutoria y de la garantizada, y ser ésta cierta, nos hallaríamos, en el caso de la sentencia comentada, ante un pago anticipado—, como si, aplicando la doctrina de la compensación ordinaria o propia (art. 1.202 Cc), entendemos que la compensación de dos créditos, alega-

da a instancia de cualquiera de los acreedores recíprocos (aquí la banca garantizada), produce sus efectos retroactivamente al momento de su concurrencia con los requisitos legales de compensabilidad (aquí, el vencimiento de la obligación garantizada). [Esta es la doctrina mayoritaria en materia de compensación: voluntad-instancia de parte en cuanto a la alegación; automaticidad-retroactividad, *ex art. 1.202 Cc*, en cuanto al efecto extintivo: *vid.*, p. ej., López Vilas, en *Comentarios Albaladejo*, XVI, vol. 1.º, Madrid, 1980, *sub art. 1.202*, p. 483 y ss., espec., 496-497; Delgado Echeverría, en Lacruz y otros, *Elementos*, II, vol. 1.º, Barcelona, 1985, 2.ª ed., p. 424 y ss.; Díez-Picazo/Gullón, *Sistema*, II, Madrid, 1989, 6.ª ed., pp. 194-195.]

Claro, que la defensa de la Caja de Ronda... se ha perdido por los cerros de Ubeda, al fundamentar el recurso de casación en unas normas —referidas a la prenda regular— que no eran, en absoluto, de aplicación al caso. Pero, si se parte, con la doctrina más autorizada, de la automaticidad del efecto compensatorio en la prenda irregular, especialmente claro, como se ha visto ya, en un caso como el de la sentencia comentada, aquel efecto debió ser reconocido en todo caso; y, por otra parte, al alegar la Caja de Ronda la garantía pactada, y la consiguiente indisoluble vinculación, establecida por voluntad de las partes del contrato de prenda irregular, entre el crédito restitutorio y el vencimiento del crédito garantizado, podrían darse por sobradamente cubiertas las exigencias de alegación de la compensación ordinaria o propia, a pesar de la errada invocación de las normas de la prenda regular, si se considera —cosa que no parece, y más, por las razones antes dichas, en un caso como el de la sentencia comentada— que una tal alegación era necesaria. O sea, lo que quiero decir, es que, de pensar que nos hallamos ante una compensación ordinaria, la alegación del contrato de prenda irregular, debería tener la misma virtualidad que la alegación de un contrato de cuenta corriente; en uno y otro caso esa alegación lleva necesariamente implícita la de la compensación final (para el supuesto de incumplimiento de la obligación garantizada, en el primer caso); porque ésta resulta del propio contenido de los pactos y de su función-causa: lo que, para la prenda irregular, se traduce en la repetida indisociabilidad del crédito garantizado y el restitutorio del *tantundem*; del mismo modo que, para la cuenta corriente, en la de los múltiples créditos recíprocos existentes entre sus partes en el momento de la liquidación. En ambos casos son los propios pactos los que conducen a la *necesidad* de determinar el saldo final.

Tampoco es obstáculo para el aludido efecto compensatorio, y para los que piensen que nos hallamos ante una compensación ordinaria, el embargo que pesa sobre el crédito restitutorio de los deudores ejecutados (art. 1.196-5 Cc), pues tal embargo para que impidiese la compensación, habría de ser anterior al momento de la concurrencia de los dos créditos compensables (con los requisitos legales necesarios para ello) —aquí el del vencimiento de la obligación garantizada que se compensa con el crédito restitutorio—, por la eficacia retroactiva, a ese momento, de la alegación posterior de la compensación, aun siendo dicha alegación posterior al embargo, siempre que éste, a su vez, sea posterior a aquel primer momento (*vid.*, Delgado, *op. cit.*, p. 422; López Vilas, *op. cit.*, *sub artículo 1.196*, p. 438).

En resumen, pienso, como dije al principio, que la sentencia comentada, acertando al excluir las normas de la prenda regular, erróneamente alegadas como

infringidas por la Caja recurrente, no ha sabido, en cambio, apreciar, en su justo valor garantístico (de prenda irregular, al amparo del art. 1.255 Cc), la estipulación que medió entre los deudores ejecutados y dicha recurrente.

4.6. En cambio, en otro caso de prenda irregular (afectación, para garantía de las deudas de un socio con una sociedad comanditaria, del capital aportado por el primero a la misma), el Tribunal Supremo, en sentencia de 13 de octubre de 1891 (*Col. RGLG*, vol. 70, núm. 55), reconoció la preferencia de la sociedad acreedora frente al acreedor personal del socio y embargante de su participación en el capital social, acogiendo la tercería de mejor derecho interpuesta por dicha sociedad contra el embargo de tal acreedor personal. Preferencia de cobro que significó la previa imputación-compensación a la aportación del socio de sus deudas pendientes con la sociedad, y la consiguiente limitación del embargo del acreedor personal al *remanente*. A esta afirmación (pienso que correcta), llegó, entonces, el Tribunal Supremo sobre la base errónea de que existía verdadera prenda (derecho real) y consiguiente preferencia de cobro, y es esta errada doctrina, la que, a su vez, equivoca el planteamiento de Viñas (op. cit., p. 346). La verdad es que no hay prenda, ni derecho real, ni privilegio, pero sí (automática) extinción de las deudas en la cantidad concurrente, como consecuencia de esa imputación-compensación impropia, a través de la cual se realiza la función de garantía de la prenda irregular. En todo caso, aquella antigua sentencia, por encima de las imprecisiones técnicas, sí supo reconocer la virtualidad garantística del pacto atípico de prenda irregular. Lo contrario, como se ve, que le sucede a la sentencia comentada.

La otra sentencia que la doctrina española suele recoger a propósito de la prenda irregular, es Tribunal Supremo de 1 de marzo de 1930 (R.A. 722). Pero, a pesar de las afirmaciones en este sentido del propio fallo, resulta enormemente dudoso que se tratase, en el caso, de una prenda irregular, pareciendo éste, más bien, serlo de una prenda regular sobre títulos valores, a la que se adosó un pacto comisorio (nulo *ex art.* 1.859 Cc, claro), sin que, por otra parte, al no respetarse las exigencias del artículo 1.865 Cc (cfr. además, art. 320 y ss. Ccom.), tal garantía pudiese perjudicar a los demás acreedores del constituyente (vid., en este sentido, Díez-Picazo, en *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, II, Madrid, 1981, p. 386 y ss., sent. núm. 390; y cfr. Gujarte, op. cit., p. 413).

5. Para concluir, que, ciertamente, ya es hora, dos breves apuntes acerca del régimen de la prenda irregular, que me parecen de interés:

1) De su carácter eventualmente solutorio y, en todo caso, transmisivo al acreedor garantizado de la propiedad de las cosas entregadas, lo que hace perder sentido a todo privilegio o ejecución sobre las mismas por parte del acreedor garantizado, deduce la doctrina italiana la inaplicabilidad a la prenda irregular del equivalente italiano (art. 2.787 C. civ. it.) de nuestra norma del artículo 1.865 del Código civil (vid., Dalmartello, voz cit., p. 804, *sub* n. 7; Gorla, op. cit., p. 31).

2) También de su carácter solutorio, o, en todo caso, del automatismo de la compensación impropia necesariamente implícita en ella, caso de incumplimiento de la obligación garantizada, deduce la doctrina que la compensación-liberación opera en favor del deudor garantizado, incluso cuando el vencimiento de la obligación garantizada se produce, estando en ese momento pendiente, después de la declaración en quiebra del acreedor garantizado (vid., Gorla, op. cit., p. 29; Messineo, voz cit., p. 652; Viñas, op. cit., p. 349).

Mientras que, como es sabido, para la compensación ordinaria, la doctrina española mayoritaria (con autorizadas voces discrepantes) entiende, que sólo pueden compensarse con créditos del quebrado, los créditos de sus deudores que ya estuviesen vencidos antes, no ya sólo de la fecha en que se declara la quiebra, sino de aquella otra a la que se retrotraen sus efectos (Vid., p. ej., López Vilas, op. cit., p. 439; Díez-Picazo, *Fundamentos*, I, Madrid, 1983, 2.<sup>a</sup> ed., pp. 656-657; Delgado, op. cit., p. 427).

De admitirse como exacta esta segunda consecuencia, el deudor garantizado (o el constituyente de la prenda irregular) debería insinuarse en la masa concursal, sólo por el (eventual) exceso de valor de su crédito restitutorio respecto del garantizado (así, Gorla, op. y loc. ult. citt.). Mientras que en el activo de dicha masa sólo podría figurar el (eventual) exceso de valor del crédito garantizado sobre el crédito restitutorio, por el *tantundem*, contra el quebrado.

FRANCISCO JORDANO FRAGA  
*Profesor Titular de Derecho civil.*  
*Universidad de Sevilla*

## **CONTRADICCIÓN ENTRE CONDICIONES GENERALES.**

**(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo  
de 3 de febrero de 1989)**

Don E.M.M. propietario de dos naves industriales celebra en 1979 dos contratos de arrendamiento (uno por nave). En el primero, es arrendataria doña M.<sup>a</sup> Carmen la cual, autorizada a ello en el contrato cede su posición en el mismo a ILGESA, sociedad de la que es Consejera delegada. En el segundo, el arrendatario es don E.R. Ambos arrendatarios suscriben pólizas de seguro de incendios y de responsabilidad civil frente al propietario por tres y seis millones respectivamente.

El 6-6-1984 arden las dos naves. La renta era en ese momento de 85.000 ptas./mes por cada una. Desde entonces deja de pagarse, el arrendador demanda a los dos arrendatarios, a la S.A. subrogada en el primero y a la compañía de seguros.

El Juzgado resolvió: 1.º que la obligación de pago de la renta se extinguió (arts. 1.561 y 1.182 CC y 118 LAU); 2.º que no concurrió en el incendio caso fortuito (art. 1.105 CC); 3.º que, por lo tanto, jugaba la presunción de culpabilidad de los arrendatarios (arts. 1.563 y 1.183 CC); 4.º que los daños ascendieron a 2.790.885 y 4.291.992 ptas., respectivamente y condenó a ILGESA, al señor E.R. y a la Aseguradora a las cantidades de 2.243.653, 2.608.858 y 2.230.366 ptas., respectivamente. Para calcular la cuantía de la indemnización a cargo de la aseguradora aplicó el artículo 30 LCS y la condición particular primera del contrato (regla proporcional).

La Audiencia Territorial de Valencia varió la cuantía de la indemnización a cargo de la aseguradora. Tomó como valor de cada una de las naves el de 5.100.000 ptas., y condenó a ILGESA a pagar 2.790.885 y a E.R. a 4.291.992. A la Aseguradora la condenó a pagar solidariamente 1.641.697 en concurrencia con ILGESA y 4.291.882 con don E.R. Para determinar las cantidades respecto de las cuales resultaba responsable la aseguradora, la Audiencia se basó, teóricamente en las mismas reglas que el Juzgado.

Sólo recurre en casación la Compañía aseguradora que alega infracción del artículo 1.281 CC en relación con el artículo 1 LCS al no haberse aplicado por la Audiencia la cláusula primera de las garantías suplementarias (en adelante «condición particular»). Tal cláusula establecía:

«Responsabilidad civil frente al propietario del edificio, piso o local: El asegurado declara que la cuantía señalada en la presente póliza representa el valor total del edificio o, por lo menos, quince veces el importe anula del alquiler del edificio, piso o local ocupado por el negocio garantizado, en caso de siniestro, si resultara tal declaración ine-



«Cuando interés y suma asegurada no coinciden, corresponde a los tribunales aplicar esas reglas sin desventaja para ninguna de las partes... la ley (del contrato de seguro) tiene un carácter imperativo, pero trata de proteger al asegurado como parte débil (ver art. 2), declarando la validez de las cláusulas que le sean más beneficiosas, si la cláusula es oscura como ocurre en la que nos ocupa, nunca puede ser lesiva para el asegurado que se somete a un contrato con formulario-tipo o de adhesión (art. 1.288 CC) e incluso la ley del consumidor que citamos con criterio interpretativo sólo concede prevalencia de las cláusulas particulares sobre las generales si resultan más beneficiosas para él» (Fundamento de derecho 2.º *in fine*).

Con tal argumentación el Tribunal Supremo mezcla, a nuestro juicio dos reglas cuya distinción es necesario mantener, aún cuando, efectivamente, estén muy relacionadas y la ley de consumidores en su artículo 10-2-II haya oscurecido la misma: la regla *contra proferentem* y la regla de la prevalencia. La primera se apoya en el artículo 1.288 CC y supone interpretar una cláusula dudosa en contra de aquél a quien la oscuridad le sea imputable y en beneficio de la otra parte (vid., detalladamente J. Alfaro «la interpretación de las condiciones generales de los contratos» RDM, núm. 183-184, pp. 49-60). La regla de la prevalencia, por el contrario, se apoya en el artículo 1.281 CC (precepto en el que la aseguradora basa el recurso de casación) y tiene como supuesto de hecho la divergencia o contradicción entre una condición general y una condición particular y afirma que la condición particular, en cuanto prevista específicamente para el contrato concreto debe prevalecer sobre la condición general porque refleja mejor la voluntad de las partes, o como el mismo Tribunal Supremo afirmó en una muy antigua sentencia «como singular y particularmente concertada para un contrato determinado es (la condición particular) la que real y verdaderamente revela la deliberada y manifiesta intención de las partes... derogando o anulando... lo consignado en las condiciones generales» (STS 18-1-1909).

En nuestra opinión, en la argumentación del Tribunal Supremo hay dos afirmaciones difíciles de compartir. En primer lugar no nos parece que la condición particular sea oscura. Establece claramente que en el caso de divergencia entre el valor del interés y la suma asegurada, la compañía sólo indemnizará los daños en la proporción existente entre ésta y el importe de quince años de alquiler. Por lo tanto, no debería proceder la aplicación de la regla *contra proferentem*. Al margen cabe preguntarse cuál es la interpretación más favorable para el asegurado.

En segundo lugar, no creemos que exista relación entre el carácter dudoso, ambiguo u oscuro de una cláusula y su carácter lesivo para el asegurado. El primer juicio hace referencia a la *interpretación de la cláusula* mientras que el segundo es un *juicio de legitimidad* o de control del contenido. Esta diferencia queda claramente reflejada en las consecuencias de uno y otro carácter, si una cláusula es oscura, la consecuencia es una interpretación en el sentido más favorable para el asegurado de entre los posibles (art. 1.288 CC). Si es lesiva la consecuencia es la nulidad de la cláusula (art. 3 LCS).

Como decíamos la LCU ha modificado este panorama en cuanto hace prevalecer las condiciones particulares sólo si son más beneficiosas para el consumidor que las generales (art. 10.2.II), pero en el caso no estamos ante arrendatarios-

consumidores, en el sentido del artículo 1.2 y 1.3 LCU por lo que —como correctamente afirma el Supremo— su cita sólo puede hacerse con «criterio interpretativo» (Sobre la noción de consumidor en la LCU vid., por todos, A. Bercovitz «La noción de consumidor en la LCU» 3 *Estudios sobre consumo* (1984), pp. 7 y ss.).

Sin embargo, a lo que parece, el Supremo considera que la regla del artículo 10.2 II LCU podría extenderse analógicamente al contrato de seguro aún cuando el asegurado no sea un consumidor.

El Tribunal Supremo, en otra sentencia muy próxima en el tiempo a la que comentamos había realizado una declaración que hubiera cubierto el fallo —correcto según veremos— al que se llega en ésta. En la sentencia de 22-1-1989 (R.A. 1.245) afirmó que «cualquier duda... que pueda ofrecer la coordinación de las condiciones particulares con las generales y su coherencia interna no debe favorecer (al predisponente) ...pues sería imputable a deficiencias de redacción sólo a (él)... atribuibles por tratarse de un contrato... de adhesión».

Ambas sentencias tienen en común, pues, aplicar la *regla contra proferentem* a supuestos de contradicción entre dos condiciones contractuales. A nuestro juicio, sin embargo, tal aplicación sólo es correcta si se dan dos presupuestos. En primer lugar, que la llamada por la Aseguradora «condición particular» sea en realidad una cláusula prerredactada, y por tanto, una condición general en el sentido de la definición legal contenida en el artículo 10.2 I LCU, porque de tratarse de un auténtico acuerdo individual, la contradicción debe resolverse a favor del acuerdo individual de acuerdo con las reglas de hermenéutica contractual (art. 1.281 CC) con lo que cabría el recurso al artículo 1.288 CC. En segundo lugar, que la duda que suscita la contradicción no pueda resolverse con arreglo a otros criterios interpretativos que el legislador hace prevalecer sobre la *regla contra proferentem* vid., detalladamente Alfaro, RDM 1987, pp. 44-48).

En lo que hace al primer requisito, de la redacción de la «condición particular» parece deducirse que estamos ante una cláusula prevista para una pluralidad de contratos (la cláusula habla de edificio, piso o local sin hacer referencia concreta que se trataba de una nave, y, sobre todo, la misma cláusula se encontraba en ambos contratos). Por lo tanto, se trata, efectivamente, de resolver una divergencia entre dos condiciones generales.

Para estos supuestos caben en principio dos soluciones: aplicar la condición general que resulte «más particular», lo que nos llevaría a considerar correcto el fallo del juzgado; o aplicar la condición más importante de acuerdo con la economía del contrato y la voluntad de las partes, lo que nos llevará como veremos a apoyar la solución dada por la Audiencia y el Supremo. La primera solución, como hemos argumentado en otro lugar [RDM (1987), pp. 44-45 sobre todo nota 77], no es satisfactoria, por lo que procede aplicar la segunda. Sólo si no es posible determinar qué condición resulta más importante en la voluntad (declarada o presunta) de las partes se daría el segundo requisito expuesto y sería correcto acudir a la *regla contra proferentem* para resolver la cuestión.

Pues bien, tanto el punto de vista de la voluntad real como desde el de la voluntad deducida de elementos objetivos nos conducen a afirmar que la condición general número 26 que recoge lo dispuesto en el artículo 30 LCS era «más importante» en la voluntad de las partes y en la economía del contrato que la llamada condición particular.

4. A) En efecto, una interpretación literal de la «condición particular» debe llevarnos a la conclusión de que la Aseguradora, con ella, no pretendía (como luego, sin embargo, afirma en el recurso) «matizar o variar» el artículo 26 de las condiciones generales, sino simplemente concretarlo, ya que la condición particular concluye afirmando que lo establecido en ella es «conforme a lo dispuesto en el artículo 26 de las condiciones generales» por lo que no es de recibo pretender ahora que, comprobada la discrepancia y las diferentes consecuencias de una y otra afirme que su voluntad al establecer la cláusula particular era modificar la condición general.

B) En lo que hace a la voluntad de *ambas partes* deducida de elementos objetivos, hay que tratar de decidir cuál de las dos cláusulas es más conforme con el supuesto de hecho regulado, esto es, el *infraseguro* (vid., STS 19-11-1965 en Alfaro, RDM (1987), pp. 46-47). En el caso, no nos cabe duda de que la más conforme con el supuesto de infraseguro y sobreseguro en el seguro de daños es la número 26 de las condiciones generales que, según declara la sentencia, recogía el artículo 30 LCS y que aplicaron tanto la Audiencia como el Supremo. Como es sabido, en caso de infraseguro (es decir, que la suma asegurada sea inferior al valor del interés asegurado) prima pagada por el tomador y el riesgo asumido por el asegurador cuando se ha asignado al objeto asegurado un valor inferior a su valor real (vid., por todos J. Garrigues, *Contrato de seguro terrestre*, Madrid, 1983, pp. 185-187), y en el caso de sobreseguro, el principio indemnizatorio recogió en el artículo 31.1 I LCS *in fine* garantiza que el seguro no significa en ningún caso enriquecimiento para el asegurado. No se justifica, por el contrario, la regulación establecida por la Aseguradora en la cláusula particular, en primer lugar, de su lectura se deduce que resulta irrelevante en principio, que el valor del objeto asegurado sea superior o inferior a la suma asegurada, dado que para que entre en juego la regla proporcional basta con que la declaración resulte «inexacta», lo cual resulta excesivo, porque si la suma asegurada es superior al valor del interés, por aplicación de la regla de sobreseguro expuesta, la regla proporcional carece de aplicación. En segundo lugar, para aplicar la regla proporcional en la cláusula no se toma como medio de cálculo la relación entre la suma asegurada y el valor del interés, sino la relación entre aquella y el importe de quince años de alquiler, con lo que cabe preguntarse: a) a qué viene la referencia al valor real del objeto, si el mismo resulta irrelevante; b) por qué se recurre al importe de 15 años de alquiler exclusivamente para calcular la indemnización y no a ambos (alquiler y valor real). No creemos que exista duda alguna en que es más conforme con la situación de infraseguro aquella cláusula que se remite a la regulación legal que otra que la deroga. Por lo tanto, es de aplicación la regla que hemos denominado «de la condición más importante» y debe hacerse prevalecer la condición general 26 y calificar de correcto el fallo de la Audiencia y del Supremo.

## II. SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SANCHEZ  
Colaboran: Joaquín ATAZ LOPEZ  
José Antonio COBACHO GOMEZ  
Gabriel GARCIA CANTERO  
Regina GAYA SICILIA  
Isabel GONZALEZ PACANOWSKA  
Francisco LLEDO YAGÜE  
Encarna SERNA MEROÑO

### 2. DERECHO DE LA PERSONA

**Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen como límite a la libertad de información.**—Las libertades de que se trata en el artículo 20.4 de la Constitución, entre ellas, la de expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción, tienen un límite en el respeto de los derechos reconocidos en este Título, especialmente en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia. Por ello, puede decirse que la Constitución no tolera la libertad de expresión en forma tan amplia como la entiende el recurso.

**Derecho al honor. «Exceptio veritatis».**—La protección del honor llega a tal extremo que hasta se impide al que lo ataca probar la verdad de sus imputaciones, es decir, no puede oponer la denominada «exceptio veritatis», criterio ya recogido por esta Sala en su sentencia de 11 de octubre de 1988.

**Protección de la esfera privada.**—La esfera privada, como parte del honor de la persona, incluye aquel sector de circunstancias que sin ser secretas, ni de carácter íntimo, merecen, sin embargo, el respeto de todos, por ser necesarias para garantizar el normal desenvolvimiento y la tranquilidad de los titulares particulares, sin que en modo alguno, y fuera de los casos permitidos por la ley o las mismas circunstancias, se admitan intromisiones extrañas. El derecho que cada uno tiene a que se respete su esfera privada garantiza la inviolabilidad de

---

NOTA: En el fascículo IV, tomo XLII, se omitió involuntariamente la relación de las personas que colaboraron en la redacción de esta sección. Fueron: Joaquín Ataz López, Antonio Cabanillas Sánchez, José Antonio Cobacho Gómez, Gabriel García Cantero, Regina Gaya Sicilia, Isabel González Pacanowska, Francisco Lledó Yagüe y Encarna Serna Meroño.

su vida particular, y merece también protección la personalidad frente a publicación indebida de hechos particulares o familiares, aunque no sean secretos, prescindiendo de si son ciertos o inciertos.

**Solidaridad.**—El criterio de la solidaridad a los responsables de acto ilícito extracontractual es plenamente aplicable a los supuestos de responsabilidad civil que regula la Ley Orgánica 1/82, en defecto de norma específica en este punto. Esta Sala ha razonado ya reiteradamente la fundamentación de tal solidaridad, principalmente, en obtener una mayor eficacia de la protección de los perjudicados por actos ilícitos, sin necesidad de acudir a aplicar el artículo 65,2 de la Ley 14/1966, de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta.

**Indemnización.**—Según reiterada jurisprudencia de esta Sala, la determinación de las indemnizaciones es cuestión de hecho sólo impugnabile a través del número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**Apreciación de los daños de naturaleza inmaterial.**—Entra dentro de la soberanía de la Sala de instancia sin necesidad de acudir a la prueba intelectual de presunciones judiciales. (**Sentencia de 20 de febrero de 1989**; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Con motivo de haber adoptado los actores a un menor, en cuyo nombre se ejercita la acción, los adoptantes, también actores, manifestaron un origen del menor en cuanto a su filiación distinto del que los demandados, en el ejercicio de su profesión periodística, publicaron en un diario de gran difusión; lo que implicaba una rectificación de aquellas manifestaciones, que se hicieron para ser publicadas en la prensa, rectificación que se dice hecha para dar a conocer la verdad sobre la filiación natural del expresado menor: «La madre... trabaja en una barra americana», «el hijo de... fue adquirido».

Ambas sentencias de instancia estimaron en parte la demanda, condenándose de forma solidaria a los demandados a abonar una determinada indemnización, con publicación en el diario de la resolución. No prospera el recurso de casación.

**Protección del honor. Derecho de crítica.**—Se ha dicho, quizá exagerando la nota, que quien ostenta un cargo público ha de soportar el derecho de crítica, bien entendido dentro de un régimen democrático para la transparencia de las gestiones encomendadas al mismo, y que cualquier exceso ha de deputarse en la punitiva, como jurisdicción preferente a la civil, y así se recoge en el artículo 1,2 de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, y así lo ha precisado recientemente la sentencia de 11 de noviembre último al determinar que cuando la intromisión sea constitutiva de delito se estará a lo dispuesto en el Código penal, haciendo reserva de que serán aplicables los criterios de la propia Ley para la determinación de la responsabilidad derivada del delito. (**Sentencia de 7 de febrero de 1989**; no ha lugar.)

**HECHOS.**—El demandado, como concejal de un Ayuntamiento, solicitó la convocatoria de un pleno extraordinario para tratar de unas presuntas irregularidades del concejal de urbanización, y antes de que se reuniera el pleno daba cuenta de su petición a dos periódicos, dañan-

do gravemente la imagen del demandante al imputarle graves irregularidades en la concesión de licencias de construcción, demolición de edificios y percepción de cantidades a través de cheques que no se exhibían.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Territorial acogió el recurso de apelación, absolviendo al demandado. No prospera el recurso de casación.

**Lesión al honor producida en el escrito por el que se ejercita el derecho de rectificación.**—Las frases y expresiones que se transcribieron en el séptimo antecedente del fundamento primero de esta sentencia, nada tienen que ver con lo que debe entenderse cual ejercicio del derecho de rectificación, y entran de lleno en el insulto o en la descalificación a que se alude en el quinto fundamento de la recurrida, con lo que el demandado recurrente incide, en realidad, en el apartado 4 del meritado artículo 20: «estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título... y, especialmente, en el derecho al honor...».

**El Derecho al honor y su conculcación.**—El derecho al honor es, esencialmente, un derecho derivado de la dignidad humana y consistente en no ser escarnecido o humillado ante uno mismo o ante los demás, reconocido como derecho fundamental, entre otros, en nuestra Constitución, y cuya negación o desconocimiento se produce, fundamentalmente, a través de cualquier expresión proferida o cualidad atribuida respecto a determinada persona que, de modo inexcusable, lo haga desmerecer en su propia estimación o del público aprecio, significación ésta que viene a estar en línea con la «intromisión ilegítima» que se recoge en el número 7 de la Ley Orgánica 1/82: «la divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena»; por ello, conforme ha ido perfilándose a lo largo de constante y reiterada jurisprudencia de esta Sala, el ataque al honor se desenvuelve, tanto en el marco interno de la persona afectada (inmanencia) e, incluso, de la familia, como en el externo o ámbito social (trascendencia) y, por tanto, profesional, en el que cada persona desarrolla su actividad, y ésto así, es obvio que la libertad de expresión nunca puede justificar la atribución a una persona, identificada con su nombre y apellidos o de alguna forma cuya identificación no deje lugar a dudas, de hechos que le hagan desmerecer del público aprecio y respeto, y reprochables a todas luces, sean cuales fueren los usos sociales del momento. (STS de 24 de abril de 1989; no ha lugar.) (L.F.R.S.).

**Distinción entre el honor y el prestigio profesional. Diferente protección jurídica.**—Los derechos fundamentales del individuo coexisten con otro grupo de derechos de la persona. Aquéllos, llamados personalísimos, encuentran una protección jurídica especial, como ocurre con el honor, la intimidad personal y familiar o la propia imagen, al paso que los últimos encuentran también su tutela jurídica cuando son vulnerados, habiéndose catalogado entre estos últimos el prestigio profesional como patrimonio de la persona. Los primeros encuentran su tutela en el ámbito de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, al paso que los segundos han de acogerse a la tutela genérica del artículo 1.902 del Código civil cuando se demuestre la existencia de un daño moral.

El honor protegido genéricamente por la calendada Ley Orgánica está representado por dos aspectos íntimamente conexos: a) el de la inmanencia, represen-

tado por la estimación que cada persona hace de sí mismo y b) el de la trascendencia o exteriorización, representado por la estimativa que los demás hacen de nuestra dignidad. En cambio, el prestigio se decanta por los derroteros de la buena fama que disfruta una persona, bien como tal persona o por su profesión o influencia que se tiene por ella. (STS de 2 de marzo de 1989; ha lugar.) (L.F.R.S.).

**Derecho a la persona: Criterios atribución del sexo: Factores determinantes.**—A la hora de clasificar al individuo en uno de los dos géneros sexuales que el derecho reconoce —*tertium non licet*— es evidente que no habrá de ser el factor el que predomine, aún sin negarle su influencia, ni aún tampoco el gonadal, muchas veces equívoco y, en ocasiones, parcialmente modificado por la técnica quirúrgica y médica, sino el fenotípico que atiende el desarrollo corporal y, con mayor fuerza aún, al psicológico que determina el comportamiento caracterial y social del individuo; y ello, no sólo porque son los factores psíquicos los más nobles e importantes de la persona y los que determinan su diferencia esencial con las especies de grado inferior, sino también porque en los factores anímicos anida el centro del desarrollo de la personalidad, a la que atiendo de manera expresa el mandato constitucional; ante la posible objeción que cabría hacer a la inclusión de un individuo en un grupo sexual que no se corresponde con sus características cromosómicas, que responde que por razón del principio de accesoriadad habremos de hacerlo en aquél al que se correspondan las que deban reputarse esenciales.

**Ficción jurídica al sexo.**—Siquiera sea de manera atenuada y parcial, estamos operando por medio de una ficción, instituto desde siempre reconocido por la ciencia jurídica —recuérdese ya la ficción del *nasciturus* que elaboró el Derecho romano—, y que permite a un objeto o sujeto de derecho un tratamiento jurídico que se reputa necesario o simplemente justo, y que, en otro caso, no le correspondería; carácter de ficción que ostenta esta atribución de sexo distinto al que se reconoció en el Registro al individuo en el momento de nacer, que ha sido reconocido ya por las sentencias de esta Sala de 2 de julio de 1987 y 8 de julio de 1988, también esta última reconociendo que la inexistencia de la norma reguladora de estos cambios de sexo plantea el problema relativo a la determinación de los efectos de la declaración jurisdiccional, atendiendo celosamente a la limitación de los mismos al proclamar, en declaración que esta resolución comparte, que los eventuales matrimonios del individuo sujeto al cambio ordenado, serían nulos.

**Derecho al libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución Española.**—Resulta acreditado que el actor, ya desde los cinco años se sintió rechazado por sus compañeros de sexo por su inclinación a realizar juegos femeninos; que a los 18 inició su vida artística vistiéndose de mujer; que a los 29 se operó, desprendiéndose del pene que le impedía realizar su vida femenina, que era lo que buscaba, comenzando a tener problemas con su documentación, que se contradecía con su aspecto y, finalmente, que tiene una personalidad atormentada, viviendo permanentemente en un estado de ansiedad; lógico es concluir que la actual inscripción en el Registro civil como varón contribuye a impedir el libre desarrollo de su personalidad a la que tiende su sexo psíquico que es de mujer, por lo que la resolución en que así no se aprecia viola el artículo 10 de la Constitución. (Sentencia de 3 de marzo de 1989; ha lugar.)

NOTA.—Puede hablarse ya de una doctrina jurisprudencial reiterada que permite hacer constar en el Registro civil el cambio del sexo masculino, que figura en el acta de nacimiento, al sexo femenino obtenido artificialmente mediante la intervención de la cirugía. Se trata de tres sentencias, no absolutamente idénticas en su argumentación, de 2 de julio de 1987, 8 de julio de 1988 y la presente de 3 de marzo de 1989, que marcan ya una segunda jurisprudencia pese a los votos particulares que han originado (en la última, uno muy razonado del señor Marina y Martínez-Pardo). Es curioso constatar que los comentarios hasta ahora suscitados han sido más bien críticos: Díez del Corral Rivas, *Estado civil y sexo. Transexualidad, Actualidad Civil*, 1987, 2, pp. 215 y ss.; Gordillo Cañas, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*, abril-agosto, 1987, pp. 4271 y ss.; De Angel Yáñez, *Transexualidad y cambio de sexo*, «La Ley», 1987-4, pp. 166 y ss.; sin que la última sentencia contribuya a disipar los interrogantes producidos. Aparte de cierta anomalía en la estimación del motivo del recurso por error en la apreciación de la prueba con base en informes periciales, y de una muy discutible prevalencia dada al sexo psicológico, la *ratio decidendi* parece situarse en la violación del artículo 10 CE, olvidando las razonables consideraciones de Gordillo Cañas (loc. cit., pp. 4744 ss.): «Desarrollo de la personalidad, pero no hasta el punto de hacer cómplice al Registro civil de un posible engaño a terceros. Y, sobre todo, desarrollo de las facultades personales y realizadoras de la plenitud personal, pero no desarrollo, con la connivencia del Derecho, de la propia patología personal». Moviéndose, como hacen estas sentencias, en el plano de la ficción que el Registro civil va a canonizar en adelante, se asesta a esta institución un golpe dirigido a su credibilidad social y eficacia jurídica; pero, sobre todo, se deja en la indefinición el concepto de sexo, elemento definidor de la persona, así como sobre su estabilidad y permanencia, indispensables para el mantenimiento de relaciones familiares; se dejan sin respuestas graves interrogantes: ¿Hay un derecho indefinido al cambio sexual?, si quirúrgicamente la operación es reversible ¿podrá retornarse al primitivo? ¿Va a entrar definitivamente el sexo en el ámbito de la autonomía del sujeto? El gran debate sobre estos temas está por desarrollarse entre nosotros (G.G.C.).

### 3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

**Contradicción entre el Código civil y el Código penal.**—Cualquier duda que pueda ofrecer la coordinación de las condiciones particulares con las generales y su coherencia interna no debe favorecer al predisponente pues tal duda sería imputable a deficiencias de redacción sólo a él mismo atribuibles. (STS de 22 de febrero de 1989.)

**HECHOS.**—Un individuo sufre un accidente conduciendo un automóvil en el que resulta lesionado su hijo que viajaba con él. Tenía suscritas dos pólizas de seguro con la misma compañía. Una de éstas

era un «seguro individual contra los accidentes corporales de todas clases» y la otra recogía el «seguro de vehículos de motor». Las condiciones particulares de uno de los contratos no cubrían los daños sufridos por familiares, los cuales si estaban cubiertos por el otro.

El *problema* consistía en determinar a qué contrato correspondían cada una de las condiciones particulares porque las lesiones sufridas por el hijo sólo serían indemnizadas por la compañía aseguradora en el caso de que las lesiones a familiares estuviesen cubiertas por el *seguro de vehículos de motor*.

NOTA.—La solución dada tanto por el Juzgado de primera instancia como la audiencia entendieron que la condición particular que ampliaba la cobertura del seguro a familiares pertenecía al contrato de seguro de vehículos de motor. Para afirmarlo se basaron en que el número de póliza que figuraba en las condiciones particulares que excluían a los familiares coincidía con el del seguro de accidentes individuales. Esta argumentación es aceptada por el Tribunal Supremo.

La compañía aseguradora trata de enervar tal conclusión alegando que lo contrario se deduce del hecho de que la condición particular que incluía a los familiares dijese que quedaban cubiertos «única y exclusivamente... los accidentes corporales que puedan sufrir...» con lo que, dado que el seguro de vehículos de motor cubría también daños a las cosas, la mención de accidentes corporales como únicos y exclusivos riesgos cubiertos permitía deducir que dicha condición particular formaba parte del seguro de accidentes corporales. El Tribunal Supremo rechaza la argumentación a contrario de la Aseguradora afirmando que «la frase... no implica... que se excluyen los daños a las cosas, sino que, en el ámbito de los accidentes corporales, se limitan éstos “única y exclusivamente” por lo que se refiere a los ocupantes del automóvil, a cinco plazas incluidos los familiares».

La Aseguradora alegó además la existencia en el seguro de vehículos de motor de una condición general que excluía de la cobertura a los familiares, pero el Supremo desestima igualmente el motivo por entender que, aunque así sea «cualquier duda que pueda ofrecer la coordinación de las condiciones particulares con las generales y su coherencia interna no debe favorecer a la recurrente, pues será imputable a deficiencias de redacción sólo a ella misma atribuibles y tratarse de un contrato de los denominados de adhesión».

**Reconocimiento de deuda. Doctrina sobre los negocios abstractos. Ausencia de causa. Ineficacia.**—En nuestro ordenamiento civil el contrato abstracto es válido siempre que cumpla los requisitos inherentes a todo contrato, y si bien la falta de expresión de la causa a la que obedece es relevada conforme al artículo 1.277 por su presunción, cuando ésta es destruida por la prueba del que aparece como deudor, cual sucede en el supuesto de autos, el contrato pasa a ser un contrato sin causa, sin que produzca efecto alguno. (Sentencia de 14 de marzo de 1989; no ha lugar.)

**Simulación relativa. Compraventa con opción de retroventa que encubre préstamo mercantil. Validez del contrato disimulado.**—Se aparenta un negocio jurídico

co simulado e inexistente por falta de causa que esconde otro real y querido por las partes consistente en un préstamo mercantil con pacto de intereses, señalándose la cantidad que queda por devolver, el tipo de interés al 2 % mensual, que se calculará en atención a las fechas de la entrega del capital por el prestamista y a las fechas de devoluciones efectuadas, cuya liquidación se verificará en ejecución de sentencia, no siendo la obligación solidaria; todo lo cual respeta la autonomía de la voluntad y hace aplicación correcta del artículo 1.258 CC perfilando las consecuencias que, conforme a la naturaleza del contrato disimulado, querido evidentemente por las partes, aparecen conformes a la buena fe, al uso y a la ley del propio contrato, ejercitando la Sala de instancia la facultad interpretativa que le corresponde en negocio realmente anómalo, pero que no permite señalar período alguno de carencia en la producción pactada de intereses.

**Contrato usuario. Doctrina general.**—Según doctrina de esta Sala, merecen la consideración de usuarios, los contratos: 1.º) En que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso; 2.º) En que se consignent condiciones que resulten lesivas o en que todas las ventajas establecidas lo sean en favor del acreedor; y 3.º) En que se suponga recibida una cantidad mayor que la efectivamente entregada; juicio de valor que versa sobre un presupuesto fáctico respecto del cual el artículo 2 de la Ley de 1908 concede a los Tribunales una gran libertad de criterio, que sólo puede ser combatida proyectando la atención sobre el hecho objeto de la calificación jurídica, eso es, actualmente por la vía del número 4 del artículo 1.692 LEC, y en el presente caso los hechos sentados por la Audiencia, negadores del carácter usurario del préstamo, no han sido atacados en casación.

**Recibo del capital sin mención de intereses.**—Para que puedan aplicarse los artículos 314 y 318 Ccom en relación con el 1.110 CC ha de tratarse de recibo del capital completo, y no una parte del mismo, pues lo normal es que el acreedor que cobre el total, entregue al deudor el documento justificativo, lo que no suele ocurrir en el pago parcial. (**Sentencia de 11 de febrero de 1989**; no ha lugar.)

NOTA.—Parece correcta la calificación del negocio como relativamente simulado así como la validez del subyacente préstamo. Aunque en épocas pretéritas el 2 % mensual hubiera podido parecer usuario, no resulta «notablemente superior al normal del dinero». Quizá llama la atención la interpretación del párrafo 1.º del artículo 1.110 CC, contradictoria, en cierto modo con la interpretación jurisprudencial habitual de tratarse de una causa de extinción automática de la deuda de intereses, y que está más en consonancia con la exégesis que propugna Rodrigo Bercotitz, en su excelente comentario a dicho precepto en *Comentarios Albaladejo XV-1* (Madrid, 1989), p. 944 ss., en favor de una presunción *iuris tantum* de extinción, que admite la prueba en contrario, y, por ende, una mayor rigurosidad en los presupuestos de aplicación, y que parece preferible seguir. (Marginalmente acaso quepa señalar un nuevo estilo de redacción de las sentencias, y en particular de los fundamentos de derecho; se intercalan interrogantes («¿Qué se pretende?») y frases coloquiales («parece que se paró la máquina cuan-

do se iba a decir nulidad...») acaso poco acordes con el tradicional estilo forense (G.G.C.).

**Negocio fiduciario y no venta con pacto de retro. Prueba.**—El contrato existente entre las partes es un negocio fiduciario y no una venta con pacto de retro, como se deduce de hechos relevantes, como son, el mantenimiento de la real situación posesoria, la fijación del precio de la retroventa en función de la cantidad prestada, la continuación, por parte de los vendedores, en el pago de gastos y tributos propios del derecho de dominio, el mantenimiento de esta situación dominical de forma pública, incluso en la percepción de indemnizaciones por servidumbres impuestas de paso de líneas de conducción eléctrica, y prórrogas sucesivas del término del derecho a recuperar la propiedad.

**Efectos «inter partes» del negocio fiduciario.**—De conformidad con la doctrina de las sentencias de 6 de abril de 1987, 25 de febrero de 1988, 8 de marzo de 1988 y 22 de diciembre de 1988, el negocio base de fiducia confiere al acreedor una titularidad formal de bienes, nunca oponible, como derecho de dominio, el deudor dueño, aunque la recuperación por éste de tal titularidad está subordinada al cumplimiento de las obligaciones garantizadas, sin que, en ningún caso, pueda prevalecer *inter partes* la apariencia creada por el negocio indirecto (en este caso, venta por pacto de retro), sobre el negocio real, directo de garantía. (Sentencia de 19 de mayo de 1989; no ha lugar.)

NOTA.—El tratamiento más completo, doctrinal y jurisprudencial, sigue siendo el de De Castro, *El negocio jurídico* (Madrid, 1967), pp. 379-442. Sabido es que, carente de regulación legal, la figura del negocio fiduciario se acepta por el Tribunal Supremo a partir de la sentencia de 25 de mayo de 1944 (Pte. Castán Tobeñas), siendo recibida con gran generalidad por la doctrina y jurisprudencia posterior. En el presente caso no se alude expresamente a la teoría del doble efecto —a la que frontalmente se opone De Castro (*op. cit.*, p. 405 ss.)— pero está implícito al tratarse exclusivamente de las relaciones entre las partes del negocio fiduciario que se encubre bajo la apariencia de una venta con pacto de retro. Hay, por tanto, continuidad con la doctrina que ya puede considerarse tradicional del Tribunal Supremo (G.G.C.).

**Distinción entre dación en pago y cesión de bienes para pago de deudas.**—Es asimismo de considerar y determinar, por ser base de la solución que aquél deba merecer, y concretamente en orden a la apreciación del título viabilizador de tercería de dominio, el concepto, naturaleza, carácter y efectos respectivamente atribuibles jurídicamente a la adjudicación en pago de deudas o «datio pro soluto» y la adjudicación para el pago de deudas o «datio pro solvendo», y en tal sentido es de entender que la primera, o sea la «datio pro soluto», significativa de adjudicación del pago de deudas, si bien no tiene una específica definición en el derecho sustantivo civil, aunque sí en el ámbito fiscal, se trata de un acto por virtud del cual el deudor transmite bienes de su propiedad al acreedor, a fin de que éste aplique el bien recibido a la extinción del crédito de que era titular, actuando este crédito con igual función que el precio en el contrato de compraventa, dado

que, según tiene declarado esta Sala en sentencia de 7 de diciembre de 1983, bien se catalogue el negocio jurídico que implica como venta, ya se configure como novación, o como acto complejo, su regulación ha de acomodarse análogicamente a las normas de la compraventa, al carecer de reglas específicas, adquiriendo el crédito que con tal cesión se extingue como viene dicho, la categoría de precio del bien o bienes que se entreguen en adjudicación en pago de deudas, en tanto que la segunda, es decir, la «datio pro solvendo», revelador de adjudicación para pago de deudas, que tiene específica regulación en el artículo 1.175 del Código civil, se configura como un negocio jurídico por virtud del cual el deudor propietario transmite a un tercero, que en realidad actúa por encargo, la posesión de sus bienes, y la facultad de proceder a su realización, con mayor o menor amplitud de facultades, pero con la obligación de aplicar el importe obtenido en la enajenación de aquéllos al pago de las deudas contraídas por el cedente, sin extinción del crédito en su totalidad, pues que, salvo pacto en contrario, el deudor sigue siéndolo respecto del adjudicatario en la parte del crédito a que no hubiese alcanzado el importe líquido del bien o bienes cedidos en adjudicación, toda vez que ésta sólo libra de responsabilidad a tal deudor por el importe líquido de los bienes cedidos, como expresamente previene el meritado artículo 1.175 del Código civil, no generando en consecuencia el alcance de efectiva compraventa, que es atribuible por el contrario a la adjudicación en pago de deudas o «datio pro soluto».

**Convenio de suspensión de pagos con carácter de dación en pago, que transmite la propiedad a los acreedores.**—La Sala llega a la adecuada calificación del negocio jurídico que aquel convenio supone, reconociéndolo certeramente como de adjudicación en pago de deudas, o «datio pro soluto», sin que en consecuencia sea absurda o ilógica, sino por el contrario adecuadamente correcta esa calificación, y sin que a ello obste la circunstancia de que para la efectividad de la referida adjudicación en pago, o «datio pro soluto», se encomiende a una comisión de acreedores para la efectividad de abono de la resultante económica asignada a los acreedores, por el orden convenido, con concesión de poderes al respecto, ya que éstos son meros aspectos de ejecutoriedad del Convenio, pero no de su naturaleza, ni tampoco la tradición del suspenso a sus acreedores, si se considera que aquélla no se produce por la efectividad del convenio, sino simplemente por su aprobación por la autoridad judicial, que le confiere aspecto documentado transmitido por el indicado convenio a los acreedores los bienes comprendidos en el activo del expediente de suspensión de pagos con correlativa liquidación del pasivo de la entidad deudora en dicha suspensión, genera una efectividad a la compraventa que determine tradición, por la circunstancia, por aplicación análogica del párrafo segundo del artículo 1.462 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de que en el ámbito jurídico no puede darse mayor alcance a la escritura pública que el auto de aprobación judicial del referido convenio, puesto que sí, a tenor del artículo 1.216 del Código civil, son documentos públicos «los autorizados por un notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley», evidentemente ha de merecer ese carácter de auto judicial aprobatorio del convenio dictado en el expediente de suspensión de pagos de que se viene haciendo mención, por ser el órgano competente conforme a lo prevenido en el artículo 72 de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922, y mayormente en cuanto que la similitud del referido auto que aprobó el menciona-

do Convenio con la escritura pública emanada la circunstancia de que ésta es, en definitiva, el instrumento en que se consigna un acto o negocio jurídico, o sea, el instrumento público por el cuál una o varias personas, judicialmente capaces, establecen, modifican o extinguen relaciones de derecho, que es precisamente lo que se produce mediante el expresado convenio judicialmente aprobado. (STS de 13 de febrero de 1989; no ha lugar.) (L.F.R.S.).

**Compraventa de inmuebles con precio aplazado. Pacto expreso de abonar resto del precio al elevar a escritura pública el contrato. No procede resolución por incumplimiento.**—Se pacta expresamente la simultaneidad de la escritura pública y el pago del resto del precio, por lo cual el acuerdo de interdependencia de las obligaciones de los contratantes impide hablar de que el comprador haya incumplido cuando la escritura aún no se ha otorgado, y, mucho menos, de una voluntad reacia al cumplimiento a que se subordina la aplicación del artículo 1.504 Cc por remisión implícita al genérico 1.124.

**Doctrina genérica sobre las arras.**—Es reiterada la doctrina jurisprudencial según la cual, de las tres funciones tradicionalmente asignadas a las arras, como señal en la celebración de un contrato o prueba de su cumplimiento (arra confirmatoria), como entrega de cantidad para responder del cumplimiento del contrato, o arras penales, que tienen una función estricta de garantía del cumplimiento ya que se pierden si el contrato se incumple, pero que no permiten desligarse del mismo, y como arras penitenciales que faculta para la resolución del contrato perfeccionado, siendo a estas últimas a que el artículo 1.454 Cc se refiere, debiendo serles atribuido un carácter excepcional que exige una interpretación restrictiva, de modo que la nota genérica de no presunción de las arras alcanza en éstas su mayor rigor, exigiendo su constancia si no denominándolas expresamente con su específico nombre, si haciendo constar inequívocamente la función resolutoria que contienen.

**Calificación de las arras pactadas.**—En el presente caso se niega la calificación de arras penitenciales, atribuyéndolas la naturaleza de arras penales previstas para caso de incumplimiento (art. 1.152), como se deduce del contexto general del contrato y de la conducta confusa del vendedor que en repetidas intervenciones posteriores al contrato, incluso en la confesión judicial y en la reconvencción, alegó como motivo básico de la resolución que postula el incumplimiento por el comprador de la supuesta promesa de proporcionarle otra vivienda de más reducida extensión, en vez de invocar lisa y llanamente la facultad resolutoria del contrato con base en el artículo 1.545 CC. (Sentencia de 9 de marzo de 1989; no ha lugar.)

NOTA.—Resulta meridianamente clara la estipulación base de la demanda según la cual «el resto, es decir siete millones de pesetas, será abonado en el acto del otorgamiento de la escritura pública de compraventa y cuya fecha será el 16 de diciembre de este año». El comprador obtuvo sentencia favorable en ambas instancias condenando al vendedor al otorgamiento de la escritura y recibir la parte de precio no pagado. Es inexplicable que el vendedor se aferre a un hecho indemostrado, a saber que hubo un convenio verbal de condicionar la validez de la venta a que el comprador proporcionara un piso de menor extensión

que el vendido. La sentencia hace una alusión a la intervención de un Agente de la Propiedad Inmobiliaria que, presumiblemente, haría la oferta no reflejada en el contrato. ¿Cabe conjeturar en la venta realizada por una persona de edad que ya no necesita un piso grande porque los hijos se han casado, y que desea en realidad una permuta que no acierta a escriturar? A veces, tras un claro caso judicial se esconde un drama humano (G.G.C.).

**Contrato de obra por ajuste o a precio alzado. Interpretación. Aumento de precio por cambio en el proyecto.**—El contrato contiene en realidad la fijación de un precio alcanzado para la obra, aunque el mismo figure desglosado en varias partidas, pues no ofrece duda que se contempla «la obra como un conjunto» (Sentencia de 7 de octubre de 1986) a realizar por el precio indicado, siendo irrelevante que se consignen partidas tales como «movimiento de tierras», «hormigones», «albañilería», «carpintería», «electricidad», etc., cuyo único significado es el de explicar y justificar el *quantum* señalado, en definitiva, como importe total del precio; en consecuencia, como el contratista se comprometió a realizar la obra por un precio alzado, el coste superior debe imputarse a su cargo, conforme a la regla general del artículo 1.593, salvo el caso de «cambio» en el proyecto, no identificado con diferencias de coste en el inicial, aunque sean atribuibles a defectos técnicos del mismo, debiendo tenerse presente, además que el contratista por su profesión está en mejor posición para calcular el costo de la obra y detectar cualquier error en el presupuesto, aunque lo haya confeccionado el Arquitecto. (Sentencia de 8 de marzo de 1989; no ha lugar.)

NOTA.—Ha de resaltarse la notable argumentación con que se justifica la *ratio* del artículo 1.593, normalmente poco fundamentado en la doctrina (cfr. Lucas Fernández, *Comentarios al Código Civil dirigidos por Albadalejo*, XX-2.º, Madrid, 1986, pp. 381-383). Puede así leerse en el 3.º de los *Fundamentos de Derecho* (pte. Ortega Torres): «De lo contrario se desvirtuaría la operatividad propia de cualquier presupuesto y el «precio alzado», cuya característica es la invariabilidad, derivaría, a consecuencia de errores no imputables al dueño de la obra, a un precio indeterminado previamente, y fijado, en último término, sobre la base del coste real de la obra, lo que contradice la esencia de lo pactado»; «esta interpretación del artículo 1.593 es conforme al «sentido propio de sus palabras» (art. 3.º 1 Cc) en cuanto veda los aumentos de precio salvo «cambio en el plano», equiparable a alteración de lo proyectado, y pondera la equidad en su aplicación en la medida que sólo impone al contratista las consecuencias de una apreciación propia y de su compromiso de realizar la obra conforme al presupuesto inicial, que no deben ser afrontadas por la otra parte contractual, pero le libera de soportar el costo de las modificaciones del proyecto, que deberá ser abonado por el dueño de la obra siempre que las haya autorizado». Por otra parte, sale al paso de la imputación de enriquecimiento injusto que se hace al contratista: «Si bien es cierto que abonará un importe inferior al real, ello es consecuencia del contenido obligacional del contrato y de su regulación legal y, ha de insistir-

se, no puede ser constreñido a pagar la diferencia consecuente a una previsión equivocada del contratista, quien sí se enriquecería injustamente si el precio alcanzado tuviera sólo la consideración de un mínimo revisable, lo que implicaría un desplazamiento a la otra parte del riesgo industrial insito en su actividad». En suma, el artículo 1.593 es consecuencia del respeto a lo pactado (como quieren De Diego y Castán), y de la consideración de que el aumento de costes es un riesgo consustancial a la función empresarial del contratista (así Gullón), más agudizado en nuestra época de constante alza del índice de precios al consumo (G.G.C.).

**Contratos de recogida de remolacha. Canon impuesto por comisión central mixta de agricultores y fabricantes azucareros. Contratación obligatoria.**—La contratación obligatoria que rige en las campañas de recogida de remolacha, para la que se señala un comprador único, no priva a estos contratos de su carácter de derecho privado, y sin que la obligatoriedad del cumplimiento de las prestaciones pueda ser menoscabado por normas procedentes de terceros no contratantes, con lo que se infringiría el principio de relatividad de los contratos del artículo 1.257, pár. 1.º Cc, no menos que el de igualdad de posición jurídica de ambos contratantes, al imponerle a uno de ellos un gravamen (descuento de precio) al que se opone, y que, a su arbitrio, aplica la otra parte, con lo que además se infringe el artículo 1.256; estos principios rectores de la contratación privada, corolarios del de autonomía de la voluntad, no pueden quedar afectados por normas dictadas por las Autoridades administrativas en preceptos de rango inferior, reguladores con carácter transitorio de la recogida de remolacha, cuyas condiciones generales no pueden interpretarse tan extensivamente que incluyan detracciones del precio sin que aparezca con nitidez la voluntad inequívoca de la entidad vendedora, y sin que se compruebe vínculo ni obligación alguna de la recurrida con la beneficiaria de aquellas detracciones.

**Casación civil. No se da contra violación de normas administrativas y reglamentarias. Orden reguladora de campaña azucarera.**—Se alegan como infringidos preceptos que carecen de la categoría de leyes en la jerarquía normativa, ya que el recurso de casación ha de fundarse precisamente en infracción de ley o de doctrina legal, o jurisprudencia reiterada, y no en Decretos, Reales Ordenes o Reglamentos, y así lo ha declarado repetidamente esta Sala en sentencias de 11 de octubre de 1985, 15 de diciembre de 1986 y 26 de octubre de 1988.

**Devolución del depósito para recurrir. Falta de conformidad de las sentencias.**—Procede la devolución del depósito constituido por no ser conformes «de toda conformidad» ambas sentencias de instancia, en cuanto la recurrida resta de la suma concedida por la de primera instancia la cantidad de nueve ptas., lo que ha de ser tenido en cuenta a estos efectos por no hacer distinción alguna el artículo 1.703 LEC. (Sentencia de 26 de mayo de 1989; no ha lugar.)

NOTA.—Nada que oponer al fondo de la sentencia, sino congratularme de que los órganos jurisdiccionales corrijan los abusos de cierto intervencionismo administrativo que todavía subsiste en determinadas áreas de nuestra economía. Correcta la doctrina sentada, algo de sosla-

yo, sobre la fuerza vinculante de las condiciones generales de los contratos intervenidos por la Administración en el sector agrario; a mayor abundamiento hubiera podido invocarse el artículo 10 de la Ley de Consumidores de 1984, posterior a los hechos aquí enjuiciados. Menos plausible la decisión procesal sobre devolución del depósito para recurrir por una diferencia en la condena de nueve pesetas, con base en una argumentación que parece poco seria (G.G.C.).

**Retracto arrendaticio urbano. No procede cuando se enajenan porciones indivisas de la totalidad de la finca.**—La totalidad de la casa, matriz del piso retraído, fue adquirida en 1952 por una sociedad anónima que arrendó el piso al ahora recurrente en 1953, y al ser reducido el capital social, se adjudicaron a los accionistas cuotas partes indivisas de la finca global en proporción de las acciones de su respectiva titularidad, lo que tuvo lugar en 1975, inscribiéndose en el Registro en 1983, correspondiendo a la parte demandada el 10 por 100 del total de la casa, no siendo posible ejercitar el retracto por no completarse tal posibilidad en el artículo 47 LAU según la doctrina contenida en sentencias de 30 de junio de 1962 y 24 de mayo de 1982, que mantiene el criterio de que cuando el arrendador enajena una porción de finca mayor que la que el arrendatario tiene arrendada, no resulta posible el derecho de retracto.

**Colisión de retractos. Preferencia del de comuneros sobre el arrendaticio.**—Cuando un condueño de piso concreto se transforma en dueño exclusivo por adquisición de las coparticipaciones restantes, no puede jugar fructuosamente el retracto del arrendatario.

**Fraude de Ley.**—El concepto de fraude, como de mero hecho, es de apreciación del Tribunal de instancia que explícitamente lo ha rechazado en este caso; y habiéndose examinado todo el proceso transmisorio desde 1952 hasta el presente, y no habiéndose ejercitado cuando pudo hacerse el derecho de retracto que ahora persistentemente y con vehemencia se quiere hacer prevalecer en tiempo y forma procesal no adecuado para ello, no es lícito alegar tal fraude legal, cuando se ha hecho por la demandada uso de una titularidad conforme a derecho, lo que nunca puede ser abusivo, ni puede reputarse injusto, cuando lo adquirido lo ha sido en base a preceptos legales concretos y que corresponde por Ley (SS. de 10 de abril y 12 de noviembre de 1988). (Sentencia de 27 de marzo de 1989; no ha lugar.)

NOTA.—Supuesto complejo, cuyos hechos y precedentes son minuciosamente expuestos por el Tribunal Supremo (Pte. Malpica y González-Elípe), no sólo para argumentar la desestimación del recurso, sino para mostrar pedagógicamente al recurrente en qué momento debió ejercitar el retracto. Los varios socios de un inmobiliario se adjudican la totalidad del edificio por cuotas partes; en un momento posterior concretan sobre cada piso las cuotas que corresponden a los comuneros, y finalmente uno de los comuneros adquiere las cuotas de los demás, lo que origina el ejercicio del retracto, que es desestimado. En general, la colisión de derechos legales de adquisición preferente no tiene en nuestro ordenamiento un tratamiento general y sistemático, sino sectorial y relativizado; en el presente caso el artículo 50 L.A.U. tiene una claridad

meridiana sobre la preferencia del comunero sobre el arrendatario. El T.S. opina que el retracto se hubiera ejercitado con éxito en el momento de concretarse sobre cada uno de los pisos las cuotas correspondientes a los comuneros, pues ello equivalía a una forma de división de la comunidad. Prescindiendo de la utilidad y conveniencia de que el T.S. ejerza funciones pedagógicas con ocasión de la resolución de los recursos de casación, parece urgente una revisión a fondo de las preferencias entre los diversos derechos legales de adquisición preferente en el ordenamiento civil, tanto común como foral (G.G.C.).

**Arrendamientos urbanos. Actividades industriales molestas. Resolución de contrato.**—Cuando por la comprobación de las denuncias efectuadas resulta patente que la actividad debe ser calicada de incómoda, procede la aplicación de las normas contenidas en los artículos 7, párrafo tercero y 19, párrafo segundo de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal, sin olvidar las normas estatutarias de la comunidad de propietarios y que el calificativo de «industria molesta» es un concepto de puro hecho, al margen y con independencia del alcance y significación que pudiera tener o dársele en la esfera administrativa. (**Sentencia de 14 de febrero de 1989**; no ha lugar.)

**HECHOS.**—En un inmueble regido por el régimen de comunidad de propietarios, cuyos estatutos reguladores prohibían la instalación en los locales comerciales de industrias insalubres, nocivas, molestas y peligrosas, un comunero propietario de un local comercial en la planta baja lo cedió en arrendamiento a un industrial, para la instalación y explotación de café-bar (habiéndosele concedido licencia municipal), cuyo aparato de música rebasaba el nivel de presión acústica permitido. La comunidad de propietarios interpuso demanda de juicio de desahucio contra el arrendatario, solicitando la resolución del contrato de arrendamiento o cualquier otro por el que se ocupaba el local. El juez de primera instancia desestimó la demanda; la Audiencia Territorial estimó el recurso de apelación. No prospera el recurso de casación. (E.A.P.).

**Compatibilidad entre la situación profesional de la agricultura y la situación de un jubilado agrario.**—El criterio de la incompatibilidad entre la situación de jubilado agrario y la de profesional de la agricultura ha venido evolucionando a partir de entonces en un sentido más permisivo, pues ya en la sentencia de fecha de 19 de mayo de 1986 se llega a la conclusión de que no cabe identificar la jubilación con la pérdida de la profesionalidad agraria, apoyando el fallo desestimado del recurso en la reiterada aseveración de que, aparte e independientemente de haber accedido el demandado a la condición de jubilado, «dejó de ser tanto cultivador personal como cultivador directo por haber abandonado su ocupación agraria»; actuando el dato de la jubilación únicamente como elemento establecedor de una especie de presunción. La apertura de esta vía permisiva ha llegado a sus últimas consecuencias en las recientes sentencias de 28 de enero y 3 de junio de 1988, en las que de una forma rotunda se establece que «la consideración de cultivador personal no se desvirtúa por la edad del arrendatario,

ni su situación de pensionista, ya que el carácter cultivador personal, con proyección de profesionalidad de la agricultura, surge de tratarse de una persona natural, en la plenitud de sus derechos civiles, en dedicación con carácter preferente a actividades agrarias, y con ocupación de manera efectiva y directa en la explotación»; no impidiendo la situación de pensionista que el arrendatario que se encuentre en tal situación, pueda merecer la consideración de profesional de la agricultura o cultivador personal, conforme a los artículos 15 y 16 de la Ley, ya que en ellos existe condición prohibitiva a este respecto, y la incidencia que pudiera producir la cláusula restrictiva contenida en la Ley de la Seguridad Social, sería, en todo caso, completamente inoperante en relación con la posibilidad de hecho y jurídica, de merecer el arrendatario el carácter de cultivador personal o profesional de la agricultura. (Sentencia de 20 de febrero de 1989; no ha lugar.) (L.F.R.S.).

**Donaciones. Acción revocatoria por fraude de acreedores.**—Los dos requisitos esenciales que, supuestas la existencia de un crédito anterior a favor del acreedor-demandante y la realidad de una transmisión de bienes a tercero realizada por el deudor-demandado, condicionan el éxito de la acción revocatoria o pauliana del artículo 1.111 del Código civil son: a) que el deudor carezca de bienes suficientes para atender al pago del crédito en cuestión, lo que integra el llamado requisito de subsidiariedad de esta acción, que establecen el citado artículo 1.111 y, de manera más explícita, el artículo 1.294 del mismo Código y b) que la transmisión que se impugna sea fraudulenta. La no concurrencia del primer requisito (por tener el deudor bienes suficientes —además del transmitido a título gratuito— para atender al pago de sus deudas) lleva aparejada la ausencia del segundo, pues al no entrañar perjuicio para el acreedor la transmisión impugnada, no puede ésta ser calificada de fraudulenta, como expresamente lo establece el párrafo segundo del artículo 643 del Código civil. Por otra parte, la normativa reguladora del «onus probandi», contenida en el artículo 1.214 del Código civil, solamente es aplicable, en conexión con el 1.250 del mismo cuerpo legal, si de una presunción de «iuris tantum» se trata, en el supuesto de que un hecho haya sido probado; pero no es necesaria la prueba cuando se acredita que los deudores tienen bienes suficientes —además del transmitido a título gratuito— para atender el pago del crédito en cuestión, lo que hace desaparecer la presunción de fraude. (Sentencia de 31 de marzo de 1989; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Ante una donación de un local de negocio realizada por un matrimonio a sus hijos, la entidad mercantil solicitó la rescisión del contrato y consiguiente revocación de la donación por fraude de acreedores. El juez de primera instancia estimó la demanda de la entidad mercantil, no así la Audiencia Territorial. No prospera el recurso de casación. (E.A.P.).

**Seguro voluntario de accidentes de circulación. Cláusula de las condiciones generales que excluye a los familiares de la cualidad de terceros. No aceptada ni firmada por el tomador del seguro.**—Ambas sentencias proclaman rotundamente que esta cláusula limitativa del condicionado general de la póliza no fue

aceptada ni firmada por la tomadera del seguro, por lo que no puede estimarse como vinculante al no formar parte integrante del contrato..

**Falta de equidad y violación de la ley de consumidores de 1984.**—Considerando que, sobre todo en vehículos de uso privado, que son la mayoría de los circulantes, el porcentaje de personas familiarmente allegadas es infinitamente superior a las extrañas, la exclusión de las primeras como personas protegidas por el seguro de responsabilidad civil contra terceros, aunque pueden serlo por la vía del «seguro de ocupantes del vehículo», pudiera entrañar una fuerte desproporción de contraprestaciones, exenta en alguna medida de la exigible equidad (párrafo c, número 3.º del art. 10 de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984), cuya nulidad posible podría ser objeto de consideración futura por la Administración pública, conforme al mandato que encierra el artículo 3.º.3 de la ley de 1980, cuestión que no ha sido materia del recurso, por lo que no es dable pronunciarse sobre extremo tan específico en este recurso extraordinario. (**Sentencia de 26 de mayo de 1989**; no ha lugar.) (G.G.C.)

NOTA.—Nada que objetar a la declaración de la falta de valor vinculante de una cláusula inserta en el condicionado general de la póliza cuando no ha sido aceptada por la parte a quien perjudica. Con anterioridad a la ley de 1980 era la solución postulada con carácter general por la doctrina civilista y mercantilista. Causa cierta sorpresa la declaración que, a mayor abundamiento, se hace por la sentencia extractada (5.º de los F. de D.) en la que se aventura una posible nulidad de dicha cláusula, a instancia de la Administración pública, poniendo en relación el artículo 3.º.3 de la Ley del Seguro con la del artículo 10 de la Ley de Consumidores; probablemente es una de las primeras referencias que el T.S. hace a este texto legal, aunque sea en condicional y a mayor abundamiento; por otra parte; parece que la Ley de 1984 es general en este punto, y aunque de ella puede deducirse una nulidad absoluta de la cláusula inequitativa, declarable de oficio, ha de ceder ante una ley especial con un régimen menos enérgico para las cláusulas abusivas. Con todo, hay que congratularse de que la ley de 1984 comience a mencionarse en las sentencias del T.S. iniciándose una vía de renovación del Derecho contractual que pueda seguir los pasos de la jurisprudencia alemana en relación con la Ley de Condiciones Generales de los Contratos (G.G.C.).

**Culpa extracontractual. Accidente de trabajo. Gran invalidez ocasionada por descarga eléctrica. Responsabilidad del subcontratante por culpa «in eligendo». Concurrencia de culpa de la víctima.**—Es responsable la empresa que recibe directamente el encargo de las obras, y las sub-contrata, eligiendo y pagando a la subcontratista, en cuya actuación se produce la descarga que causa al obrero gran invalidez; desprendiéndose que eligió mal porque con deficiencias de seguridad efectuó la obra la empresa por ella elegida.

**Responsabilidad solidaria con determinación de cuantía.**—De los daños causados responden solidariamente la empresa sub-contratante, la sub-contratista y el

dueño de la obra, determinándose en la sentencia recurrida la cuantía de la responsabilidad por su contribución al daño causado, sin perjuicio de que los condenados puedan reajustar sus propias responsabilidades.

**Defectos del recurso.**—El artículo 1.214 del Código civil por su carácter general no puede, en principio, servir de soporte a un recurso de casación, porque el Tribunal de instancia puede obtener su convicción por cualquiera de las pruebas obrantes en autos, con independencia de quien las proporcione, habiéndose declarado la sentencia recurrida que, además de la propia culpa del actor concurrió omisión de diligencia por parte de la empresa a que pertenecían los obreros y culpa *in eligendo* del recurrente. (Sentencia de 20 de febrero de 1989; no ha lugar.) (G.G.C.).

NOTA.—Probablemente pueden explicar las vicisitudes procesales la doctrina sentada no siempre coincidente con la recaída en otros casos similares. En primera instancia resulta absuelto el subcontratante y son condenados el dueño de la obra y la empresa ejecutora; pero en apelación se condena a aquél y se eleva la cuantía de la indemnización, imponiéndose la responsabilidad solidaria con determinación de cuantía (el 50 % a la empresa ejecutora, y 25 % respectivamente al subcontratante y al dueño de la obra). Sólo recurre en casación el subcontratante, aquietándose los otros demandados. Se desestima el recurso porque aquél eligió mal y la obra se realizó sin condiciones de seguridad. El T.S. no aclara si la condena del dueño de la obra se basa en que intervino en su ejecución, dando instrucciones y asumiendo una función directora (como afirma Lacruz, elementos, II-1.º, 1985, p. 577 con cita de la ss. de 9 de febrero de 1976 y 17 de mayo de 1977). Por otra parte hay jurisprudencia que exculpa al subcontratante (así ss. de 5 de julio de 1979 y 4 de enero de 1982). la casuística es muy amplia y no parece que haya un cuerpo uniforme de doctrina jurisprudencial (G.G.C.).

**Indemnización por daños producidos por los defectos del servicio de saneamiento y recogida de aguas pluviales. Diversidad de sujetos responsables.**—Este recurso no es interpuesto por ninguno de los arquitectos demandados y condenados en la sentencia impugnada. Consecuencia de ello y de la concurrencia de diversos demandados, unos a título de arquitectos; otra como constructora; varias comunidades de propietarios, en los dos procesos que seguidos en dos juzgados de primer a instancia fueron acumulados en al Audiencia Territorial, es que la Sala de Instancia se haya visto en lo que a la determinación de responsabilidades se refiere y aplicando para ello una adecuada técnica tanto normativa como doctrinal, en la necesidad de distinguir entre las imputables a cada una de las partes demandadas para atribuir a unas la derivada del artículo 1.591 del Código civil, a otra la de los artículos 1.101 y ss. de dicho Cuerpo Legal y a las Comunidades de propietarios la llamada extracontractual del artículo 1.092 del mismo cuerpo normativo. Es de señalar, por tanto, que a Valeriano Urruticoechea, S. A. no se le imputa una responsabilidad decenal, sino la derivada de los citados artículos 1.101 y ss. respecto de las comunidades de propietarios y la extracontractual en

relación con las sociedades actoras; como consecuencia de que según se dice en el quinto Considerando de la sentencia impugnada, «no ofrece ninguna duda que, como constructora-vendedora de los edificios integrantes de aquellas comunidades de propietarios, venía obligado a dotar al complejo de las adecuadas instalaciones de saneamiento y evacuación de aguas pluviales, lo que indudablemente no hizo...» (quinto Considerando de la sentencia recurrida); y en cuanto a la posibilidad extracontractual, la aprecia en lo que a la constructora aquí recurrente se refiere, por cuanto «...que, plenamente consciente de los riesgos que derivaban del sistema mecánico adoptado para el funcionamiento del servicio de saneamiento y evacuación de aguas pluviales, que, carente de otro alternativo, quedaba a merced, entre otras eventualidades, del corte de energía eléctrica, y así, según sus manifestaciones se vió obligada a pagar recibos ante la amenaza de un corte de suministro por parte de Iberduero, cesó la vigilancia que venía efectuando, sin cerciorarse de la asunción de tal misión por parte de las comunidades de propietarios...» (Considerando cuarto).

**Distinción entre causa inicial y causa eficiente.**—Tampoco este motivo puede ser estimado, ya que lo en él alegado es incierto, intentándose inducir a confusión a esta Sala entre dos aspectos perfectamente diferenciados, cual son, la **causa inicial** de las inundaciones, representada por las grandes caídas, y la **causa eficiente** de la producción de los daños, representada por esa falta de vigilancia, achacable según el tribunal de instancia a las comunidades recurrentes, como aparece del Considerando cuarto donde se dice: «igualmente, la inexistencia de una vigilancia adecuada del lugar, fue causa eficiente de las inundaciones reseñadas» y se agrega en el Considerando quinto: «siendo igualmente responsables solidarios de dicha indemnización las citadas comunidades de propietarios, y ello por omitir la vigilancia y cuidados en las instalaciones comunes que nos ocupan a lo que venían obligadas no sólo por ser propietarias del citado elemento común, sino por establecerlo así expresamente las normas reguladoras de la propiedad horizontal, máxime cuando habían sido requeridas para ello por la empresa constructora».

**Desestimación de la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario.**—Independientemente de que la falta de litisconsorcio pasivo necesario no es necesario alegarla como excepción para que pueda ser estimada por los Tribunales, dado que éstos están facultados para declararla de oficio, la entidad recurrente parece no haber tenido en cuenta que en el caso aquí contemplado, quienes han sufrido directa o indirectamente los daños cuya indemnización se interesa son precisamente los arrendatarios, razón por la cual la intervención de los propietarios de los locales no era necesaria. (Sentencia de 29 de mayo de 1989; no ha lugar.) (L.F.R.S.).

**Responsabilidad civil extracontractual. Modulación de la responsabilidad.**—Juzgado y Audiencia parten de lo posible para proceder a su examen y, al verificarlo, llegan a la conclusión de que lo posible fue real, afirmando, sin duda alguna, que «ha de aceptarse igualmente la existencia de culpa grave en la conducta de la propia víctima, "quien", conocedora del peligro del lugar por vecindad y habitación en el pueblo a que la carretera o camino o paso a nivel conduce,

así como de los repetidos accidentes mortales anteriores habidos en el lugar, asume el riesgo de pasar sin precaverse de la proximidad del tren; su comportamiento incardina un grado de responsabilidad negligente, adecuado a suplementar la del agente productor del daño, con suficiente relieve para disminuir o modular ésta en el ámbito indemnizatorio, y en los términos que el prudente arbitrio del juzgador acoge; repartiendo el daño entre ambos, cuando como aquí procede se declare la compensación por esa causa».

**Inaplicabilidad de la presunción de inocencia a la culpa extracontractual.**—Se olvida en recurrente de que: a) toda presunción iuris tantum admite prueba en contrario y la Sala de instancia se basa en la apreciación conjunta de la obrante en autos; b) según sentencia de esta Sala de 27 de julio de 1985, la presunción de inocencia que establece el artículo 24.2 de la Constitución española no es aplicable en caso de contemplación de culpa extracontractual; y c) por más que se extienda fuera del ámbito penal la presunción de inocencia, siempre habrá de referirse a normas represivas o sancionadoras, pero el artículo 1.092 no tiene tal carácter, pues la indemnización que establece tiene carácter de reparación o compensación.

**Solidaridad entre los responsables del ilícito culposo y desestimación de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario.**—Este Tribunal Supremo admite lo que se llama solidaridad impropia o por necesidad de salvaguardar el interés social en los casos de responsabilidad extracontractual entre sujetos responsables de ilícito culposo, con pluralidad de agentes y concurrencia causal única, cuando no es posible individualizar comportamientos ni responsabilidades (SS. de 17 de junio, 13 de septiembre, 13 de noviembre y 30 de diciembre, todas de 1985; 7 y 17 de febrero y 8 de mayo de 1986; 1 y 19 de diciembre de 1987), lo que permite dirigirse contra cualquiera de los obligados, sin necesidad de demandar a todos, de manera que no puede oponerse frente al acreedor la excepción de litisconsorcio pasivo necesario (ver artículos 1.141 y 1.144 Cc.) y la relación jurídico procesal estará bien constituida (SS. de 3 de enero de 1979, 30 de diciembre de 1981; 28 de mayo de 1982; 2 de febrero, 31 de octubre, 14 de noviembre y 19 de diciembre de 1984; 7 de febrero de 1986; 16 de octubre de 1987, entre muchas otras). (Sentencia de 20 de febrero 1989; no ha lugar.)

**Responsabilidad civil extracontractual. Responsabilidad directa del empresario, por accidente laboral de un operario.**—La negligencia por parte del personal de QUINASA es evidente, lo cual se traduce en un deber de responder de las consecuencias del evento lesivo por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.093 del Código civil y en la doctrina de esta Sala que lo interpreta, dado que, a) la responsabilidad del artículo 1.093 citado, es directa; b) las relaciones entre QUINASA y la Empresa Nacional Siderúrgica S. A. (ENSIDESA) a la que pertenecían las instalaciones, estaban reguladas por contrato en el que QUINASA asumía la responsabilidad por las actuaciones de su personal y por los daños que sufrieran.

**Valor probatorio de las sentencias de absolución recaídas en procedimientos penales.**—Las sentencias a que se refiere el motivo tercero, por tratarse de resolu-

ciones dictadas en juicios penales, según una frecuente y uniforme doctrina que de esta Sala, no tienen otra trascendencia en el orden civil que la de constituir un medio de prueba más, a valorar conjuntamente con las restantes practicadas. (Sentencia de 8 de febrero de 1989; no ha lugar.) (L.F.R.S.).

#### 4. DERECHOS REALES

**Declaración de propiedad. Elevación de nueva planta sobre edificio ya existente.**—Según resolución de 30 de junio de 1982, la construcción de una segunda planta sobre un edificio ya existente supone una mejora que sigue la cualidad del primitivo edificio.

**Comunidad de bienes. Piso en propiedad horizontal. Falta de prueba.**—Ninguno de los demandados ha logrado acreditar la existencia de esa variación de la propiedad individual, cuya titularidad legítima a la actora, que pretende oponer mediante la ficticia realidad de suponer que existe una unidad de objeto con pluralidad de sujetos, constitutiva de la comunidad de bienes descrita en el artículo 392 del Código civil, ni mucho menos el derecho singular y exclusivo de propiedad sobre un piso de un edificio del que disfrutaban de su aprovechamiento independiente conforme el artículo 396, cuyo régimen disciplina por remisión especial la Ley de 1960.

**Sociedad civil. Falta de «affectio societatis».**—Las aportaciones para reparaciones o disfrute de algún elemento constructivo, ni constituyen sociedad, puesto que en modo alguno se infiere la existencia de una relación contractual dotada de affectio societatis, es decir, voluntad de unión de una pluralidad de sujetos para correr en común ciertos riesgos, poniendo dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias (art. 1.665 del C.c.), ni existe prueba de la voluntad de los interesados, manifestada por actos inter vivos o mortis causa de los que se deriva el título que estableció la comunidad, fuente que tiene carácter primario, cuya demostración corresponde a quien lo alega.

**Precario. Como dato con duración al arbitrio del comodante. Artículo 1.750 del Código civil.**—Los demandados ocupan el piso-vivienda sin derecho ni título alguno para ello, en una situación de precario que la moderna doctrina configura como una variedad del préstamo de uso, es decir, un comodato con duración al arbitrio del comodante, quien al amparo del artículo 1.750 puede reclamar lo cedido a su voluntad.

**Descripción adquisitiva. No puede invocarla el poseedor precario.**—Careciendo de *animus domini* las personas que ocupan el piso por simple anuencia de su propietaria es claro que no puede adquirir por prescripción extraordinaria

**Accesión por construcción. Derecho de retención del artículo 278 compilación de Cataluña.**—El dueño de un terreno en que se ha edificado, sembrado o plantado, tiene un derecho de elección, condicionado por la buena o mala fe, precesándose, no sólo la creencia con que obran o lo hacen las personas a quienes afecta,

sino una prueba manifiesta y clara de que la edificación haya sido realizada por quien invoca el derecho de retención conforme al artículo 278 Comp. Cataluña, puesto que la mera posesión del bien discutido no le legitima para ejercitarlo, ni mucho menos aportaciones dinerarias, o de otra índole, sin calificación determinada. (Sentencia de 23 de mayo de 1989; no ha lugar.) (C.G.E.).

NOTA.—En juicio declarativo ordinario se pretende la declaración de propiedad de una vivienda y el lanzamiento de sus ocupantes, teniendo en cuenta que aquélla es el resultado de elevar una planta sobre otra que figura inscrita en el Registro a nombre de la actora. Se desestima la demanda en primera instancia, pero se acoge en apelación. Los cinco motivos del recurso de casación —que es desestimado en ponencia de López Vilas— adolecen de soporte fáctico suficiente, por lo que la mayoría de razonamientos caen en el vacío. La afirmación básica es que los demandados son precaristas, carentes de todo título jurídico, o si se quiere, dotados de la endeble protección de un comodato revocable *ad nutum*. No pueden, por tanto, invocar a su favor la usucapión extraordinaria; ni alegar la existencia de una comunidad de bienes, ni un régimen de propiedad horizontal, ni una sociedad civil que realizara las obras de ampliación del primitivo edificio. Casi como último argumento se invoca al artículo 278 de la Comp. Cataluña que otorga un derecho de retención al que edifica de buena fe en terreno ajeno. No está muy clara la razón por la que se desestima este motivo del recurso; no parece ser la mala fe —que habría que declarar probada— sino la falta de prueba de la edificación misma, así como su cualidad de precarista. Sobre el artículo 278 *vide* ampliamente Puig Ferriol, *Comentarios Albaladejo*, XXX (Barcelona 1987) p. 10 ss. (G.G.C.)

**Propiedad horizontal. Sistema estatutario de distribución de gastos.**— Con respecto a la posibilidad de modificar en los estatutos el sistema de distribución de los gastos generales que, en principio, ha de tener por base la cuota de participación fijada en el título de constitución en régimen de propiedad horizontal, resulta de la necesaria conjunción de los dispuesto en el último párrafo del artículo 396 del Código civil, disposición transitoria primera de la Ley de Propiedad Horizontal y artículo 5, párrafo 3.º y regla 5.ª del artículo 9 de la propia ley, la posibilidad de establecer en los estatutos el régimen especial sobre distribución de los gastos generales, la fijación de módulos distintos a los significados por la cuota de participación de cada piso o local en el valor total del edificio

**Sociedad. Carácter consensual.**—Es doctrina reiterada y constante de esta Sala, que puede representar por todas la sentencia de 22 de diciembre de 1986, que las irregularidades de una sociedad, incluso pactada verbalmente, no transcienden a las relaciones de los socios que lo constituyen, pues el contrato de sociedad es esencialmente consensual, de tal modo que aunque se aporten bienes inmuebles o derechos reales sin el otorgamiento de escritura pública que exige el artículo 1.667 del Código civil, ha de producir sus efectos en cuanto a los derechos y obligaciones de los socios entre sí. (Sentencia de 2 de marzo de 1989; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Una comunidad de propietarios dedujo demanda contra uno de los copropietarios y su esposa, solicitando que se les condenase al abono de una determinada suma por consumo de agua, luz y gas, a razón de cien pesetas por apartamento y día de ocupación. Los demandados se opusieron a la demanda, diciendo que tales servicios eran comunes y generales, no susceptibles de individualización (los apartamentos carecían de contadores), por lo que su importe habría de estar incluido en la cuota mensual de gastos y mantenimiento, dado que el acuerdo de las cien pesetas por día y ocupación había sido impugnado. El juez de primera instancia y la Audiencia Territorial estimaron la demanda. No prospera el recurso de casación

**Competencia de la jurisdicción civil para declarar la consideración de elementos comunes y externos en un edificio.**—Al referirse a declaraciones de consideración de elementos comunes de los edificios de que se trata la nulidad de los Estatutos a ellos afectantes, con otros pronunciamientos inherentes y consecuencia de tales pretensiones, indudablemente es determinante de aspectos de índole estrictamente civil, y como de tal índole sometidos a la jurisdicción de esa naturaleza, en cuanto le son propias, al emanar de alegaciones de obligaciones de tal naturaleza, sin supeditación a actos administrativos o disposiciones reglamentarias

**No es necesario demandar a todos los propietarios de pisos de los bloques, para reclamar la retirada de construcciones sobre los elementos comunes que estime abusivas.**—Las acciones ejercidas por los demandantes, ahora recurridos, en cuanto vienen proyectadas a lo que entienden ser elementos comunes adscritos a su respectiva vivienda, emanan de derechos que les afectan personalmente y por tanto sin necesidad para defenderlos de traer al proceso, para que le sean reconocidos, a los demás también propietarios de pisos de los relacionados bloques, y por tanto que dichos demandantes trataban de defender con base indudablemente en los epígrafes a) y b) del artículo 3 de la vigente Ley de Propiedad Horizontal, ya que, como tiene reconocido esta Sala en sentencia de 28 de abril de 1966, tal precepto al señalar los derechos de los comuneros, tiene buen cuidado de puntualizar que tienen «el derechos singular y exclusivo de propiedad sobre un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente y la copropiedad con los demás dueños de pisos y locales, de los restantes elementos, pertenencias y servicios comunes, por lo que configurada esta especial institución como yuxtaposición de estas dos distintas clases de propiedad, se comprende fácilmente que todos los que sean titulares de ella, bien en conjunto, o bien aisladamente —y aun existiendo Presidente designado—, podrán ejercitar toda clase de acciones afectantes a sus propiedades exclusivas con referencia a los elementos comunes, de tal manera que el propietario singular puede instar la retirada de construcciones que estime abusivas, concretamente afectante a elementos que estime comunes, cual sucede en el presente caso, porque los poderes de gestión, representación y disposición están limitados en la indicada especial comunidad al ámbito de la administración y buen uso del edificio, sin interferencia por el Presidente ni de los demás comuneros en los derechos autónomos que corresponden individualmente a cada propietario

**Eficacia del pacto por el que se atribuye la propiedad del terreno adyacente únicamente a los propietarios de fincas sitas en la planta baja del edificio. Inexistencia de norma imperativa. Viviendas de protección oficial.**—No se producen tales circunstancias determinantes de ineficacia contractual en el caso, ahora producido, de que realizada una construcción al amparo de las normas y beneficios de protección oficial al proceder a la transmisión de los pisos o viviendas construidas, se efectúe esa transmisión con limitación a la parte ocupada propiamente por la edificación y expresa exclusión del terreno sobrante o al ocupado por las plantas bajas al cubrir ese sobrante o parte del mismo, que se asigna, también expresamente, en absoluto dominio a los propietarios de los locales de las plantas bajas, conforme viene determinado en los estatutos o reglamento de la comunidad de propietarios de la comunidad de propietarios en cuestión, de lo que manifestaron los adquirentes de los pisos demandantes, ahora recurrentes (sic), tener conocimiento y acatar en las correspondientes escrituras de adquisición; a lo que en nada obsta el contenido del artículo 6 del Código civil, al que se remite la sentencia recurrida en cuanto acepta y da por reproducidos los fundamentos de derecho de la dictada en fase procesal de primera instancia, puesto que la nulidad de pleno derecho a que se contrae tal precepto requiere, ineludiblemente, como tiene declarado esta Sala en sentencia de 25 de junio y 26 de noviembre de 1969, 28 de junio y 14 de diciembre de 1971 y 28 de mayo de 1973, la existencia de una norma imperativa prohibitiva del vínculo jurídico concertado, lo que no se aprecia existente en el presente caso, dado que ninguna se alega que impida que los que construyen al amparo de disposiciones reguladoras de protección oficial, con base en proyectos presentados y aprobados administrativamente a tal fin, con el consiguiente otorgamiento de calificación definitiva, transmitan a particulares los pisos construidos con limitación a la parte superficial de terreno que corresponda a la edificación en que se asiente el piso o vivienda transmitido, con exclusión de otros terrenos a que no alcance la edificación que expresamente fueron excluidos de la enajenación, con expresa asignación a otro destino, y más aún si se tiene en cuenta que para la apreciación de dicha nulidad se precisa la cita concreta del precepto vulnerado, según indica la citada sentencia de 28 de junio de 1971, y, como también ponen de manifiesto las de 14 de diciembre de 1971 y 28 de mayo de 1973, que en él aparezca claro el carácter coactivo prohibitivo de la ley, carácter que no tienen las normas que se limitan a definir o dar el concepto, alcance y efectos de los contratos, cual las referentes a autorización, construcción y calificación de viviendas de protección oficial. (**Sentencia de 8 de mayo de 1989; no ha lugar.**) (L.F.R.S.)

**Relaciones de vecindad. Realización de obras necesarias para eliminar molestias de la actividad industrial.**—Los principios que rigen las relaciones de vecindad se desenvuelven entre la prohibición del acto emuladorio y el derecho al uso inocuo, por lo que, siendo la industria molesta por olores y ruidos a los demás vecinos, pero disponiendo de licencia municipal, procede la realización de las obras necesarias para eliminar las molestias, porque la finalidad del artículo 19 de la Ley de Propiedad Horizontal, en relación con su artículo 7.º consiste en la correlación de la actividad molesta, no en la inmediata y definitiva cesación. No se produce la resolución del negocio que permite ocupar el local, porque la situación creada no es exclusivamente imputable a los demandados, puesto que las medidas

correctoras establecidas no pueden llevarse a cabo por no permitirlo los actores, alegando éstos que la concesión de la licencia vulnera el reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas; pero no se puede revisar en el proceso el acto administrativo de concesión de licencia. (**Sentencia de 20 de marzo de 1989**; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Debido a la existencia de una industria de fabricación de pan y sus derivados en el bajo comercial de una comunidad de propietarios, cuya actividad se considera incómoda, insalubre y peligrosa, la citada comunidad demandó al propietario del bajo comercial y al ocupante del local, solicitando la supresión de industria, la realización de obras necesarias al efecto y la extinción de plano del vínculo contractual. El juez de primera instancia y la Audiencia Territorial estimaron en parte la demanda. No prospera el recurso de casación (E.A.P.).

**Servidumbre de paso. Prescripción inmemorial.**—Las servidumbres de paso adquiridas por prescripción inmemorial antes de la vigencia del Código civil deben respetarse tras su entrada en vigor por el juego de la norma de la disposición transitoria primera del mismo cuerpo legal, al tratarse de un derecho nacido bajo el régimen de la legislación anterior.

**Interpretación restrictiva de las servidumbres.**—Como restrictivas de la propiedad deben interpretarse conforme al viejo aforismo «odiosa restringenda».

**Servidumbre voluntaria.**—Nacida la vereda en tiempo inmemorial, surgió así una servidumbre voluntaria, cuyas causas de extinción están específicamente detalladas en el Código civil (artículos 546 y siguientes). A las servidumbres voluntarias no le son aplicables, en general, los preceptos específicos de las servidumbres legales, y por tanto, si la vereda no consta que naciera por imposición legal de los artículos 564 y siguientes, no debe entenderse extinguida por el juego del artículo 568, que exige petición expresa en tal sentido máxime cuando las partes ni lo invocan. (**Sentencia de 15 de febrero de 1989**; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Formulada demanda de mayor cuantía sobre acción negativa de servidumbre el juez de primera instancia dictó sentencia condenando a los demandados a que se abstuvieran en lo sucesivo de pasar por la finca del autor. Después de admitir que la servidumbre existía desde tiempo inmemorial estimó que había desaparecido su razón de ser desde que se construyó otra salida de la finca a camino público. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Territorial revocó esta sentencia en el apartado relativo a la servidumbre de paso por estimar que, probada su existencia inmemorial, no podía sin petición expresa decidirse su extinción. No prospera el recurso de casación.

## II. DERECHO MERCANTIL

**Ejercicio de la acción de nulidad de registro de marca. Colisión entre los derechos derivados del registro y los que surgen de la aplicación del artículo 8 del Convenio de Unión de París. Consolidación. Prioridad registral.**—La acción de nulidad de la inscripción registral se ejercita por quien, en defecto de inscripción de la denominación en litigio, se beneficia de la protección otorgada al amparo del artículo 8 del Convenio de la Unión de París. No procede, pues, la consolidación del otro signo inscrito por no haberlo impugnado, considerándose su acción imprescriptible en tanto la solicitud de la inscripción lo fue de mala fe. En consecuencia, habiéndose demostrado que ejercía una actividad sobre la marca con anterioridad a la persona que la inscribió, prevalece su titularidad sobre la de esta última, justificándose su protección y prioridad registral. (**Sentencia de 30 de marzo de 1989**; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Inscrita determinada denominación como marca en el Registro de la Propiedad Industrial, y a pesar de haber transcurrido el plazo que, a efectos de consolidación, prevé el EPI, se solicita la nulidad de tal inscripción. La Audiencia Territorial estima la demanda declarando la nulidad solicitada. No prospera el recurso de casación.

**NOTA.**—Para comprender adecuadamente esta sentencia, ha de recordarse que, aunque nuestro Tribunal Supremo niega legitimización activa al titular extrarregistral cuando se trata de la acción de nulidad de registro (vid. entre otras, sentencias de 7 de octubre de 1975 y 15 de febrero de 1980), este sistema queda modificado en presencia del artículo 8 del Convenio de la Unión de París. A tenor del mismo, los estados miembros se hallan obligados a proteger el nombre comercial sin necesidad de previo registro. Mandato éste, que el Tribunal acoge plenamente, llegando incluso a una suerte de ficción en virtud de la cual acude a la imposibilidad de «doble inmatriculación», principio hipotecario que utiliza, de ordinario, para negar la posibilidad de consolidación de la marca registrada en perjuicio del titular de otra previamente registrada, cuando éste no la impugne en el plazo de tres años. La crítica que desde la doctrina avanza, alude a la limitación a la que, desde el punto de vista subjetivo, se somete el precepto mencionado, en tanto sólo protege a los extranjeros —como en el caso comentado—, frente a una legislación interna que desconoce el amparo otorgado por el Convenio de la Unión de París (E.G.S.).

**Ejercicio de la acción de nulidad de registro de marca y de nombre comercial. Nulidad radical.**—La inscripción nació con un vicio de origen, cual es la falta de autorización, ya que, aunque prestada, no cubría la actividad que el distribuidor quiso desplegar al amparo de la denominación inscrita.

**Consolidación.**—A mayor abundamiento, al consolidación no se produce en tanto el registro se efectuó con violación de la prohibición de los artículos 124.1 y 201 b).

**Interpretación de la protección otorgada por el artículo 8 del CUP.**—Desde un punto de vista subjetivo, el precepto mencionado sólo ampara a las personas que no tienen la condición de nacionales, protegiéndoles como si tuvieran inscrito su derecho. Objetivamente, aunque sólo se refiere al nombre comercial, el T.S. asume que, por extensión, también comprende la marca. (**Sentencia de 24 de febrero de 1989**; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Celebrado un contrato de distribución exclusiva, el distribuidor obtuvo el consentimiento para utilizar e inscribir determinada denominación como nombre comercial y marca, con la expresa condición de comercializar únicamente los productos previstos en el contrato. Comprobado que su actividad se desvió a la distribución de artículos de la competencia, se promueve la nulidad de las inscripciones mencionadas. La AT estima la demanda, decretando la nulidad solicitada. No prospera el recurso de casación.

**NOTA.**—Destaca en esta sentencia, en primer término, la pauta que sienta el TS ante el debate existente en la doctrina en orden a la calificación de cada uno de los supuestos de prohibición de marca que contempla el EPI. Específicamente, aquí, sí existe anulabilidad (y posibilidad de consolidación), cuando el signo carece de capacidad diferenciadora. Tratándose de identidad el TS acoge la calificación de nulidad. Relevante y clarificador es, en segundo lugar, el razonamiento efectuado para dar respuesta a la situación derivada de la aplicación del artículo 8 del CUP, en tanto, posiblemente discriminatoria para los nacionales. Reiterando su doctrina, observa el TS que para otorgar a nombre comercial y marca la protección legal derivada del ordenamiento interno, la normativa unionista no exige formalidad alguna, ni tampoco el uso en España, siempre que tal denominación lo sea según la legislación del país de origen, bastando demostrar su utilización antecedente en este, signatorio del Convenio. En este sentido, no es que se otorguen más derechos a los extranjeros, sino que, conforme el artículo 8, los equipara a los españoles que, al ser potestativo el registro del nombre comercial, lo hubieran inscrito (E.G.S.).

**Ejercicio de la acción de nulidad de patente.**—Se declara la nulidad de la patente de introducción en tanto ésta no puede amparar invenciones divulgadas y conocidas en España. Estas circunstancias no quedan desvirtuadas por el hecho de que el objeto de la patente de introducción incorpore elementos extraños a la patente de invención extranjera en tanto a: a) en su memoria se establece claramente que sean independientes del objeto de la patente cierto tipo de accesorios que pueda incorporar el aparato, calificación que pueden merecer los elementos que, presentes en la de introducción, faltan en la de invención; b) trata de elementos cuyo uso y adquisición se consideran comunes en el mercado nacional.

**Consolidación.**—El artículo 14 del EPI sólo se refiere a las marcas no cabe extender su protección a las patentes de introducción. (**Sentencia de 20 de abril de 1989**; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Habiéndose solicitado y concedido una patente de introducción para determinada cámara fotográfica, se solicita la nulidad de la misma en tanto ya era objeto de una patente de invención registrada en otro país, pero distribuida y, por tanto, sobradamente conocida en España. La Audiencia Territorial declara la nulidad de la patente de introducción. No prospera el recurso de casación (EGS).

**Ejercicio de la acción de casación.**—La acción de casación es ejercitada por quien, teniendo inscritos en el Registro de la Propiedad Industrial determinados signos distintivos y modelos industriales a su nombre, se beneficia de la presunción de «iuris tantum» de dominio y protección de los artículos 5 a 7 y 14 del EPI. En consecuencia se ordena el cese de la utilización por otro de esos mismos signos y modelos, evidentemente confundibles con los suyos, aunque el uso de éstos le hubiera sido transmitido por quien, según el derecho común, gozaba de disposición sobre ellos.

**Doctrina de los actos propios.**—a los efectos de la aplicación de esta doctrina, el Tribunal Supremo reitera que los actos propios han de realizarse con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho, causando estado y definiendo unilateralmente la situación jurídica del autor de los mismos, de manera que produzcan incompatibilidad con su conducta posterior (entre otras, Ss. de 22 de julio, 25 de septiembre, 5 y 16 de octubre, todas de 1987). En este sentido, no considera suficiente la existencia de un contrato en virtud del cual la demanda, transmitente del uso de los signos y modelos, otorgó la administración de sus establecimientos al demandante. El convenio no contiene, por la simple gestión negocial, un reconocimiento explícito en favor de la demanda de su derecho al uso exclusivo y excluyente de los signos y modelos, que el demandante compartía y usaba en sus establecimientos. (**Sentencia de 10 de mayo de 1989**; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Celebrado un contrato de transmisión del derecho exclusivo al uso de determinados signos distintivos y modelos industriales, inscritos en el Registro de la Propiedad Industrial a nombre de un tercero, solicita éste se declare la nulidad del mismo, o en su defecto, su falta de efectividad, junto a la cesión por parte del licenciataria de la utilización de aquéllos en lo sucesivo. El juez de primera instancia estima la demanda, decretando la falta de efectividad del contrato por insuficiencia jurídica del consentimiento del licenciante, así como el cese inmediato en el uso de los signos y modelos mencionados. La Audiencia Territorial revoca parcialmente la sentencia apelada por lo que se refiere a la falta de efectividad del convenio, confirmándola en lo relativo al cese en el uso. No prospera el recurso de casación interpuesto (EGS).

**Tercera de dominio. Endoso.**—En endoso debe calificarse como un negocio mixto escriturario y real. Mediando, pues, un endoso pleno la transmisión de la propiedad de la letra exige tanto la indicación en el documento cambiario cuanto la efectiva entrega del mismo. Cubiertos ambos requisitos, el dominio, y así la libre disposición, corresponde al endosatario.

**Doctrina de los actos propios.**—A los efectos de esta doctrina legal, el Tribunal Supremo considera suficiente el hecho de que el aceptante solicitara el embargo del efecto aún teniendo conocimiento, y más habiéndose mostrado conforme, al endoso en un tiempo anterior. (**Sentencia de 1 de marzo de 1989**; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Girada una letra de cambio en ejecución de un contrato de compraventa, el aceptante, ante su decisión de resolver éste y desconociendo el endoso del que había sido objeto aquélla, al que en un primer momento se mostró conforme, solicita y obtiene que se trabe embargo contra la misma. El endosatario interpone demanda de tercería de dominio solicitándose declare que a él pertenece la plena propiedad del documento, o subsidiariamente su mejor derecho y por tanto que se alce el embargo trabado, dejándolo a su libre disposición. El juez de primera instancia estima la demanda, declarando que el mencionado efecto es de plena propiedad del endosatario-demandante y acordando el alzamiento del embargo. La Audiencia Territorial revoca la sentencia apelada, desestimando la demanda y absolviendo a los demandados-apelantes de su contenido pretensional. Prospera el recurso de casación interpuesto (E.G.S.).

### III. DERECHO PROCESAL

**Arbitraje de equidad. Casación contra el laudo. Ambito del recurso.**—En el recurso frente al laudo de equidad, como pone de relieve la sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de marzo de 1988, el Tribunal Supremo es sólo juez de la forma del juicio o de sus mínimas garantías formales, de tal manera que la revisión que opera es, según expresó la sentencia de esta Sala de 13 de octubre de 1986, un juicio externo en que la resolución que se produce deniega el recurso, o bien, como en el recurso por quebrantamiento de forma, se limita a anular la sentencia que infringe los supuestos legales de su conformación y plasmación, pero no su decisión sustancial, dejando sin efecto el laudo o bien haciéndolo sólo en parte y con remisión a los interesados al procedimiento adecuado.

**Designación de los árbitros. Artículo 22 de la ley de 1953.**—El artículo 22 de la ley de arbitrajes de Derecho privado de 1953, establece que los árbitros habrán de ser designados, en todo caso, de común acuerdo y que no será válido el pacto de deferir a una de las partes, o a un tercero, la facultad de hacer el nombramiento en ninguno de ellos; precepto de indubitado carácter imperativo e inexcusable observancia en cuanto a la prohibición que contiene de «definir» a un tercero la facultad de hacer el nombramiento de ninguno de los árbitros, y que fue infringido en la escritura de constitución del arbitraje, habida cuenta de que, tras designar cada uno de los compromitentes un árbitro, expresando su nombre y profesión, se establece en la estipulación tercera que «ambos árbitros designarán a un tercero también arquitecto, de común acuerdo, en el plazo de quince días a partir de la fecha de la aceptación de sus cargos».

**Vicios del procedimiento arbitral.**—Ha quedado patente del contenido literal del laudo impugnado que los árbitros no concedieron a la entidad aquí recurrente la oportunidad de ser oída o de presentar pruebas, infringiendo así el principio de tutela jurídica efectiva que el artículo 24 de la Constitución consagra, como ya puso de relieve la sentencia de esta Sala de 1.º de diciembre de 1986. (**Sentencia de 2 de marzo de 1989**; ha lugar.)

NOTA.—La causa de nulidad del laudo consistente en la forma de consignar el tercer árbitro, claramente formulada en el párrafo 2.º del artículo 22 de la ley de 1953, ya no tendría aplicación en el régimen establecido por la Ley de 7 de diciembre de 1988, pues su artículo 9.º-2 contiene una regla opuesta: «las partes podrán defirir a un tercero, ya sea persona física o jurídica, la designación de los árbitros», modalidad de designación que resulta esencial en el arbitraje encomendado a corporaciones de Derecho público, asociaciones y entidades sin ánimo de lucro de que trata el artículo 10.º. En cambio, la nulidad por no respetar el principio de audiencia se daría bajo la ley vigente con base en el artículo 45.2 aunque ahora el recurso de nulidad se tramita ante la Audiencia Provincial a tenor del artículo 46.1 (G.G.C.).

**Competencia de la jurisdicción civil para resolver sobre lesión de los derechos de libertad sindical, por la Ley de 62/1978 de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona.**—La única alternativa posible, con arreglo a la normativa de la repetida ley de 1987, aplicable al supuesto de autos por remisión directa del artículo 13 de la Ley Orgánica 11/1985, de libertad sindical, es la atribución de competencia para conocer de ella la jurisdicción civil, sin que tal conclusión pueda entenderse contradicha por el mandato del artículo 1 del Real Decreto Legislativo 1.568/1980 de 13 de junio que, de modo general, atribuye a los órganos jurisdiccionales del orden social, con exclusividad, la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en los litigios que se promuevan dentro de la rama social del Derecho, máxime cuando se trata de un precepto general que debe ceder su aplicabilidad ante los especiales que para la protección de los derechos fundamentales, en este caso el de libertad sindical, se integran en las repetidas leyes de 1978 y 1985. (**Sentencia de 20 de febrero de 1989**; no ha lugar.) (L.F.R.S.)

**El demandante en la tercería de dominio no ha de estar vinculado en modo alguno, como sujeto pasivo, al pago del crédito para cuya efectividad se realizó la traba.**—El objeto del juicio de tercería de dominio es liberar del embargo bienes indebidamente trabados, excluyéndolos de la vía del apremio, teniendo indudables analogías con el ejercicio de la acción reivindicatoria, aunque no siempre pueda indentificársele con la misma, señalándose entre las principales diferencias justamente la de constituir su objeto propio, no tanto la obtención o recuperación del bien, cuando el levantamiento del embargo trabado sobre el mismo (sentencias de esta Sala de 29 de octubre de 1984, 15 de febrero de 1985, 21 de febrero y 9 de julio de 1987, 11 de abril de 1988, entre otras), lo que lógicamente, presupone la ineludible exigencia previa de que el demandante de tercería no esté de algún modo vinculado, como sujeto pasivo, al pago del crédito para cuya efectivi-

dad se realizó la traba o, lo que es lo mismo, que con relación a dicho crédito tenga la condición de tercero. (Sentencias de 15 de febrero de 1985, 20 de febrero y 21 de noviembre de 1987).

**No es necesario acudir a la rescisión de las capitulaciones matrimoniales para poder embargar los bienes adjudicados al cónyuge deudor, que eran gananciales en el momento del nacimiento del débito.**—Para la subsistencia y efectividad de la garantía, no es necesario acudir a la rescisión o nulidad de las capitulaciones matrimoniales en que tal modificación se instrumente, como acertadamente, aunque por motivos estrictamente procesales, ha entendido la sentencia recurrida, ya que, del sentido general de los artículos 1.399, 1.403 y 1404 del Código civil, se desprende que la preservación de los derechos de los acreedores se traduce en que éstos conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor con responsabilidad ilimitada y, además, su consorte responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados, si se hubiese formulado debidamente inventario, pues en otro caso, y por aplicación de las normas de las sucesiones (artículos 1.401 y 1.402 en relación con el 1.84, todos del Código civil), tal responsabilidad será la «ultra vires», todo lo cual determina que, aún después de la disolución de la sociedad de gananciales, permanece viva la acción del acreedor contra los bienes que, antes de aquélla, tenían naturaleza ganancial (sentencias de 15 de febrero y 13 de junio de 1986 y 28 de abril de 1988, entre otras), sin que la normativa hipotecaria constituya obstáculo alguno para la persecución de los bienes que en la referida liquidación de la sociedad conyugal se adjudicaren a cada uno de los esposos, cuando la demanda se dirigió contra el esposo deudor y a la esposa se la notificó la existencia del proceso y la práctica del embargo, a los efectos del artículo 144 del Reglamento Hipotecario, como ocurrió en este supuesto litigioso.

**El principio de legitimación registral no es obstáculo para la anotación del embargo sobre el bien que figure inscrito a nombre del cónyuge del deudor.**—En el supuesto aquí contemplado no entra en juego el principio de legitimación registral proclamado en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, ni el mismo es obstáculo a lo anteriormente expuesto ya que, precisamente, en garantía de los derechos de los acreedores de la sociedad de gananciales, la ley faculta para perseguir los bienes que ostentaren tal naturaleza, aunque estén legalmente en poder y posesión de uno de los cónyuges como bienes privativos en virtud del cambio de régimen económico-matrimonial, es decir, aunque registralmente estén a nombre de la esposa y el deudor que los obligó fuera el esposo, posibilitando la anotación preventiva del embargo el artículo 144 del Reglamento Hipotecario. (Sentencia de 20 de marzo de 1989; no ha lugar.) (L.F.R.S.).

