

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XLIII
FASCICULO III



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

RAFAEL NUÑEZ LAGOS
Notario de Madrid

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

Secretario

ANTONIO MANUEL MORALES MORENO

SUMARIO

Estudios monográficos

	<u>Págs.</u>
WACKE, Andreas: <i>Del hermafroditismo a la transexualidad</i>	677
MOISSET DE ESPANES, Luis: <i>La codificación española y su influencia en el Código civil argentino</i>	713
DIAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Ignacio: <i>La responsabilidad del productor: Referencia a la directiva comunitaria y a las leyes y proyectos de actuación</i>	737
DOMINGUEZ LUELMO, Andrés: <i>La disposición testamentaria de bienes gananciales (Régimen jurídico)</i>	793
LOPEZ FRIAS, Ana M. ^a : <i>Clases de nulidad parcial del contrato en Derecho español</i>	851

Estudios legislativos

RUBIO GARRIDO, Tomás: <i>La «garantía» del artículo 11 LCU</i>	867
ESPERT SANZ, Vicente: <i>Comentario al párrafo último del artículo 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, según redacción dada por la Ley de 25 de julio de 1989</i>	921

GARCIA CANTERO, Gabriel: <i>En torno al XIII Congreso Internacional de Derecho Comparado</i>	927
--	-----

Bibliografía

LIBROS

ASOCIACION DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL: <i>Centenario del Código civil (1889-1989)</i> , por Nieves Fenoy Picón.—ASUA GONZALEZ, Clara I.: <i>La culpa in Contrahendo (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)</i> , por Nieves Fenoy Picón.—NAVARRO PEREZ, José Luis: <i>El retracto de créditos litigiosos</i> , por Remedios Aranda Rodríguez.—RAGEL SANCHEZ, Luis Felipe: <i>Las urbanizaciones de uso privado</i> , por Luis M. López Fernández.—SAENZ GARCÍA DE ALBIZU, Juan Carlos: <i>El objeto social en la sociedad anónima</i> , por Fernando Martínez Sanz	931
---	-----

REVISTAS

REVISTAS EXTRANJERAS

Coordinador: Jesús ALFARO, Isabel ARANA, José Luis CASTRO y Luis Miguel LOPEZ	951
---	-----

Jurisprudencia

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

II. SENTENCIAS

A cargo de Antonio CABANILLAS SANCHEZ. Colaboran: Esther ALGARRA PRATS, Gabriel GARCIA CANTERO, Carmen GARCIA PEREZ, Isabel GONZALEZ PACANOWSKA y Miguel NAVARRO CASTRO ...	983
---	-----

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, separatas, 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 III



JULIO-SEPTIEMBRE
MCMXC

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

I.S.B.N.: 84-7787-076-4.

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

ESTUDIOS MONOGRAFICOS

Del hermafroditismo a la transexualidad

Por el Profesor Dr. ANDREAS WACKE (*)

Catedrático de Derecho romano y de Derecho civil, Universidad de Colonia

ABREVIATURAS MAS UTILIZADAS

- JZ: Juristenzeitung.
HRG: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte.
RE: Pauly/Wissowa (dirigido por), Realenzyklopädie der class. Altertumswiss.
StAZ: Das Standesamt (Revista).
SZ: Savigny-Zeitschrift, romanist. Abt.

I. DIFERENCIACION LEGAL EN TORNO AL SEXO

1. «Dios creó al hombre a su imagen y semejanza... lo creó como hombre y como mujer» (*masculum et feminam*, 1. Moisés 1,27). El hombre comparte con los demás seres vivos de orden superior, en particular con los mamíferos, la diferenciación entre un sexo femenino y un sexo masculino. Sin embargo, sólo para el hombre se plantea la cuestión de una diferenciación legal en torno al sexo.

En la actualidad esta cuestión tiene una importancia práctica menor que en el pasado, pues el artículo 3.º de la Ley fundamental de la República Federal de Alemania (1949) prohíbe, de principio, cualquier discriminación, en particular la realizada por razón del sexo. Tal disposición indica que: «Todas las personas son iguales ante

(*) Versión abreviada de un extenso artículo en lengua alemana aparecido en la Festschrift für Generalbundesanwalt Prof. Dr. Kurt Rebmann (München 1989), páginas 861-903. Durante el tiempo en el que fue escrito ese artículo, mi colega y amigo Prof. Dr. Juan de Churrua (Bilbao) se hallaba en mi Instituto como Profesor invitado. A él he de agradecerle algunas importantes sugerencias, en especial en relación a cuestiones de Derecho canónico. La traducción castellana del texto ha sido realizada por el Lcdo. en Derecho y asistente temporal en mi Instituto Guillermo Carbó (Madrid). Una revisión del texto y la traducción de las notas tengo que agradecerélas a la profesora Encarnació Ricart (Barcelona) que las realizó durante su estancia de tres meses en mi Instituto.

la ley. Hombres y mujeres gozan de los mismos derechos. Nadie puede ser perjudicado o preferido por razón de su sexo». El artículo 14 de la Convención Europea de los Derechos Humanos tiene el mismo contenido. La actividad legislativa y jurisprudencial ha transformado desde entonces el mandato de igualdad en una realidad prácticamente total.

Desde 1980 y respecto al Derecho del Trabajo el § 611a del BGB recalca una vez más la prohibición de discriminación. Sólo son admisibles excepciones allí donde las diferencias biológicas entre hombre y mujer lo exijan (1).

2. No obstante, cuanto más retrocedemos en la Historia, mayor desigualdad reina entre las personas (2) y tanto más se diferencian el hombre y la mujer en su status jurídico (3).

En los Derechos germánicos y romano arcaico, la mujer se hallaba sujeta a la tutela por razón del sexo, ya fuera de su marido como de su pariente más próximo (4). Las mujeres no podían ser *pater familias* bajo ningún concepto. Por lo tanto, se hallaban excluidas de la representación legal de sus hijos (incluidos los no matrimoniales) (5). En un principio, también le estaba vedada la posibilidad de adoptar (6). No podían ser testigos en los negocios jurídicos formales (en particular en el otorgamiento de testamento, véase infra II 3c in fine, 5) y tampoco podían representar asuntos litigiosos en nombre de otros frente a los tribunales (7). Por un lado, se consideraba que las mu-

(1) Por ejemplo en lo relativo a un embarazo. Sobre ello vid. un reciente trabajo: WACKE/SCHMITZ, art. Schwangerschaft: HRG IV (1989) 1557 ss. con abundante literatura.

(2) La llamada a la *égalité* corresponde a un programa revolucionario. Sobre la historia de esta exclamación ERLER, art. Gleichheit, HRG I (1971) 1702 ff.; el mismo, *Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich* (Hannover 1967); para el mundo antiguo SEIDL, *Röm. Privatrecht* (1963) 4 ff.; WINKEL, *Geschiedenis van het gelijkheidsbeginsel*, en: C. W. MARIS, *Gelijkheid en recht* (Deventer/Zwolle 1968) 99-152; también WACKE, *Die potestiores in den Rechtsquellen*, en: TEMPORINI, *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt* II 13 (1980) 562, 603 núm. 200.

(3) Comp. D. SCHWAB, art. Gleichberechtigung der Geschlechter, HRG I (1971) 1696 ff.; URSULA FLOSSMANN, *Die Gleichberechtigung der Geschlechter in der Privatrechtsgeschichte*, *Festschr. H. Eichler* (Linz 1977) 119-144.

(4) Sobre la *tutela mulieris* y su desaparición en la antigüedad tardía, al igual que sobre la situación jurídica de las mujeres en Roma, puede verse KAESER, *Römisches Privatrecht*, 2.^a ed. I (1971) 277 ss., 369 ss.; II (1975) 110 s., 119 s.

(5) Con todo algunos rescriptos de Antonino Pio, Marco Aurelio y Septimio Severo (Dig. 43,30,1,3) reconocen a la madre divorciada un limitado derecho de guarda; sobre ello WACKE, *Elterliche Gewalt im Wandel der Jahrtausende*, *Zeitschr. für Familienrecht* 1980, 250 ss.; también en: ECK y otros (dir.), *Studien zur antiken Sozialgeschichte*, *Festschr. Fr. Vittinghoff* (Köln 1980) 417 ss. Aquí, en la nota 1, puede encontrarse abundante literatura con indicaciones sobre la situación de la mujer en el Derecho romano.

(6) KURYLOWICZ, *Die adoptio im klass. röm. Recht* (Varsovia 1981) 71 ss.

(7) Dig. 3,1,1,5. Como *occasio legis* se indica el descarado comportamiento pleitista de una tal Carfania; este caso se encuentra citado en el *Sachsenspiegel* (antiguo código de Derecho sajón, 1235) LandR 2,63,1.

chachas maduraban sexualmente antes que los muchachos, por lo que eran mayores de edad y capaces de contraer matrimonio dos años antes que éstos, es decir, con 12 años en vez de con 14; pero, por otro lado, las mujeres no respondían en caso de relaciones fiduciarias y otras intervenciones en favor de terceros. Esto último corresponde a los denominados «beneficios jurídicos» para las mujeres (*weibliche Rechtswohltaten*) (8).

Los juristas romanos fundamentaban los motivos de un trato desigual basándose en cierta debilidad del sexo femenino, la «*imbecillitas sexus*» o «*infirmitas (fragilitas) feminarum*». Esto mismo sostuvieron los juristas del siglo XIX, pero no obstante, toleraron algunas excepciones, en primer lugar para las mujeres regentes de entonces, así como en particular para las mujeres dedicadas al comercio (9).

3. Los inconvenientes jurídicos mencionados así como los «beneficios jurídicos» para el bello sexo se transformaron en historia; no obstante, el principio de separación ha permanecido. Con independencia del trato igual o desigual por razón del sexo, la «pequeña diferencia» en el recién nacido, la división en masculino y femenino, es de importancia fundamental, tanto para la persona como para el orden jurídico global y social. Ya en el momento de la inscripción en el Registro civil es necesario indicar el sexo; también el nombre propio debe permitir el reconocimiento del mismo. Los matrimonios homosexuales están prohibidos (9a). En la vida cotidiana podemos encontrar la distinción por razón del sexo en numerosas ocasiones, así por ejemplo, pensemos en los cuartos de aseo separados en los restaurantes y edificios públicos, en las cabinas para cambiarse de ropa, en las duchas emplazadas en piscinas y salas de deportes. Casi todas las escalas de rendimientos en los reglamentos deportivos diferencian entre hombres y mujeres. El Derecho penal distingue delitos sexuales propios de cada sexo, como por ejemplo, los §§ 175, 177 del StGB (Código penal alemán); ejecutándose la pena también por separado. Si finalmente se introdujeran en los parlamentos, partidos políticos y empresas, así como en el Servicio Público regulaciones de porcentajes, o incluso se optara por las mujeres en caso de igualdad de capacidad y rendimiento en su empleo, queda claro que para ello habría que partir en cualquier caso de una certeza completa a la hora de fijar quién es el hombre o mujer en sentido jurídico y biológico.

(8) Comp. *anonym*, Die vorzüglichsten Rechte der deutschen Weibsbilder, als Jungfern, Bräute, Ehefrauen, schwanger und gebährend betrachtet (Wien 1791; nueva edición 1966 con Introducción y comentarios de CL. D. SCHOTT).

(9) Representativo GLÜCK, Ausführliche Erläuterung der Pandekten II (2.^a ed. 1842) 119 ss.

(9a) En Dinamarca, no obstante y recientemente, se admite la inscripción registral de las parejas homosexuales: véase WÄCKE, *Familienrechts-Zeitschrift*, 1990, 347-351.

El sexo biológico sin duda pertenece, como elemento esencial del ser de la persona, a los presupuestos ontológicos para la creación del Derecho en sí mismo, a aquellos factores de orden real de los que ha de partir la actividad legislativa, y que la condicionan (10). La determinación acerca de la pertenencia a un sexo o a otro corresponde al médico (11). El hecho de que el sexo biológico no se deje fijar siempre con seguridad por la aparición de casos de hermafroditismo (que como se demostrará se remonta a épocas antiquísimas), constituía un factor ya conocido por los especialistas. Lo permitió hacer comprender a la opinión pública mayoritaria que la actitud psicológica frente al sexo puede no converger con el sexo biológico y que tal predisposición puede llevar a una transformación, es la aparición del fenómeno de la transexualidad, en principio descrita en la ciencia sexual, después, con reservas, por la jurisprudencia y finalmente reconocido por la legislación (12). En el caso de los hermafroditas, como en el caso de los transexuales, el jurista se halla obligado a tomar una decisión. El cambio de sexo sólo se permite en cuatro Estados de Europa occidental, y desde hace poco también en Turquía (comp. infra III 3). Por lo que respecta a la discusión jurídica del fenómeno, no se aclaró del todo la cuestión de qué orden de intereses se protegían en realidad, cuándo el cambio de sexo estaba vedado. En el caso de los hermafroditas, conforme al § 47 de la Ley alemana del estado civil, se permitía el cambio sólo con grandes restricciones. La cuestión planteada se cierne en especial sobre quién o qué es el o lo que sienta los patrones: ¿la biología?, ¿el Derecho? ¿No es más bien el ordenamiento jurídico con su concepción dual del ser de las personas quien los fija y predetermina originariamente? ¿O nos encontramos finalmente ante el triunfo de la psique humana sobre el ser de su propio cuerpo?

El tema no deja de ser de actualidad. Las apariciones periódicas de tales casos en los medios de comunicación no dejan de causar sensación y subrayan su importancia. Coccinelle, transexual francés(a) escribió sus memorias a los 56 años (13). Existen diversas autobiografías que aparecieron con frecuencia en las columnas de las revistas (14).

(10) Sobre esto, en general HEINRICH HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie* (1964) 160 ss., 166 ss., 293 ss.

(11) H.-G. KOCH, *Transsexualität und Intersexualität*, *Medizinrecht* 1986, 172 ss.

(12) Sobre su evolución, especialmente sobre el problema metodológico de la laguna legal y del consiguiente obstáculo para los jueces, PAWLOWSKI, *Methodenlehre für Juristen* (1981) núm. marg. 611 ss.; también STAUDINGER-COING/HABERMANN, núm. marg. 13-14 antes § 1 BGB (12.ª ed. 1978); SOERGEL/SCHUTZE-VON LASAU núm. marg. 12-13 antes § 1 BGB (11.ª ed. 1978).

(13) «Coccinelle par Coccinelle» (París 1978); comp. *Corriere della Sera* de 9.4.1987, p. 3: «Yo soy desde la coronilla hasta la punta de los pies completamente una mujer».

(14) *Indicaciones completas en WILL, Geburt eines Menschenrechts: Geschlechtsidentität im europäischen Recht*, *Ged. Schr. Constantinesco* (1983) 912, además ÖTZAN/WILL, *Das neue türkische Transsexuellengesetz* *Festschr.* (1989).

Bibi Andersen es el pseudónimo de un(a) transexual perteneciente al mundo del espectáculo español. «¿Fue Juana de Arco un hombre?» preguntaba el «Frankfurter Allgemeine Zeitung» (15). «La campeona mundial de esquí Erika Schinegger, ahora conocida como Erik Schinegger y transformada en hombre, casado(a) y padre de una niña, devuelve su medalla de oro 22 años después» (16), anunciaban hace poco (noviembre 1988) varias revistas (17). Dentro de las modernas introducciones al Derecho, sólo hemos encontrado una que dedica un espacio, aunque relativamente pequeño, a nuestra cuestión (18).

II. LA DUDOSA DETERMINACION DEL SEXO

Es interesante afrontar el tema desde una perspectiva histórica, pues el Derecho vigente ha valorado insuficientemente la enseñanza que de ella se deriva. El hermafroditismo humano existe —como veremos— desde que existe la humanidad, aunque no deja de ser un fenómeno aislado. Con frecuencia la fantasía humana se ha ocupado del fenómeno en el campo mitológico. Por ello, este tema se halla relacionado con parte de la historia del espíritu y de la cultura. Los trabajos sobre hermafroditas pertenecen a las curiosidades de la literatura jurídica o forense del siglo XVIII. La extensa bibliografía de Lipenius recoge diversas publicaciones entre 1692 y 1717 (19). El último trabajo de esta serie es la tesis doctoral de Monet, citada por Glück, escrita en latín en Estrasburgo (20). De forma más asequible, en el Diccionario Zedler el artículo «Hermaphroditus» informa sobre las cuestiones más importantes (21). Sin embargo, Glück (loc. cit. p. 118 y s.) y los posteriores tratados de las Pandectas no suministran una información completa.

1. El BGB no contiene ninguna disposición en relación a los hermafroditas. De esta manera permanece fiel a su programa de codifi-

(15) Frankfurter Allgemeine Zeitung Nr. 218 de 21.9.1981: ROBERT GREENBLATT, biólogo americano considera dudoso el sexo de esta heroína francesa. El cree que dicha heroína genéticamente era un hombre.

(16) Kölner Express Nr. 140 del 22.6.1981: El recién nacido no tenía órganos ni masculinos ni femeninos (un verdadero *neutrum*), probablemente a causa de alguna medicación tomada durante el embarazo.

(17) Por ejemplo, Namibia-Nachrichten del 25.11.88: La deportista dice: «En 1966 yo gané el Campeonato mundial como mujer, pero era, sin saberlo, un hombre».

(18) PAWLOWSKI, Allg. Teil des BGB (3.ª ed. 1987) núm. marg. 205-211.

(19) M. LIPENIUS, Bibliotheca realis juridica (Reimpresión Olms 1970), vol. I p. 56, III p. 20, V p. 658, VI (1823) p. 503, siempre bajo los nombres Hermaphroditus y Androgynus.

(20) PETRUS FRANCISCUS MONET, Dissertatio inauguralis de jure circa hermaphroditos, Argentorati (Estrasburgo) 1788, 13 páginas.

(21) Vol. 12 (1735, Reimpresión Graz 1961) 1723-1726. Comp. art. «Geschlecht», en J. WEISKES Rechtslexikon IV (2.ª ed. Leipzig 1844) 678 s.; ECCIUS, art. «Zwitter», en Fr. HOLTZENDORFFS Rechtslexikon II (Leipzig 1871) 728.

cación consistente en no regular los supuestos extravagantes. El arte de legislar consiste en suprimir los detalles demasiado específicos (22) pues de lo contrario el código se transformaría en un monstruo. Por ello, el BGB ni siquiera recoge una regulación sobre el nacimiento de gemelos (23). Por el contrario, en el Código civil español, así como en el detallado «Allgemeines Landrecht Preussens» (ALR) se hallan reguladas ambas cuestiones. Los cálculos estadísticos indican que de cada 85 nacimientos, uno de ellos es de gemelos (24). Sin embargo, el nacimiento de un hermafrodita es mucho menos frecuente, dándose a conocer con menor frecuencia y si llegara el caso serán más bien los médicos que no los juristas los que serán informados al respecto. Estos han de ser discretos: entrar demasiado en detalles en la elaboración de informes, como es normal para ginecólogos, urólogos (25), o como sería también el deseo de un historiador de la Medicina (26), violaría la natural pudicitia (com. § 172 n.º 1.º de la Gerichtsverfassungsgesetz en el que se ordena que en tales casos la publicidad del proceso sea muy limitada). En esta medida, el jurista confía en los conocimientos cualificados de los médicos. Ahora bien, al margen del atractivo planteamiento médico-jurídico del tema, no debemos olvidar la repercusión a nivel humano: para el propio afectado (incluso para los desgraciados padres en el momento del nacimiento) se trata de un hecho trágico.

Los trastornos sexuales son bastante frecuentes, elevándose a un 2 ó 3 por 100 de los nacimientos. El cromosoma diacrítico Y fija en el momento de la fecundación el sexo masculino. Si el óvulo recibe en vez del cromosoma Y el cromosoma X, el sexo será femenino. Defectos del cromosoma Y provocan el desarrollo de hermafroditas. Es posible que por predisposición genética aparezcan con frecuencia casos de este tipo en una misma familia. Los órganos genitales se desarrollan en ambos sexos partiendo de una base común: La protuberancia genital se transforma en el hombre en el pene y en la mujer en el clítoris. La diferenciación con respecto a los genitales masculinos es un proceso activo dirigido por hormonas. Si este proceso se

(22) Ya Teofrastos había dicho esta sabia regla: WACKE, Das Rechtssprichwort: Quod raro fit, non observant legilatores, Jurist. Arbeitsblätter 1987, 75 s.

(23) WACKE op. cit.

(24) Esto es aproximadamente 1,2 por 100. Para trillizos puede valer la frecuencia 1:85², para cuatrillizos 1:85³ (según la conocida regla de Hellin). Geográficamente estos porcentajes son distintos. La frecuencia inferior de gemelos se da en Japón. Las madres más mayores tiene mayor probabilidad que las jóvenes. Comp. J. MURKEN/H. CLEVE, Humangenetik (3.ª ed. 1984) 103 ss.

(25) Sobre las diferentes formas de intersexualidad, puede verse GÜNTHER KERN, Gynäkologie 4.ª ed. reelaborada de J. BALZER/H. BICKAN (1985) 37-51 con ricas ilustraciones.

(26) TH. HOPFNER, Das Sexualleben der Griechen und Römer (Prag 1938, Reimpresión New York 1975) sobre hermafroditismo y transexualidad p. 441 ss., 449 ss.; comp. HERB. LEWANDOWSKI, Römische Sittengeschichte (Stuttgart 1964) 258 s.

ve alterado, se darán casos de hermafroditismo. Con independencia del sexo genético cada persona tiene una tendencia primaria hacia lo femenino. Esto nos recuerda a las religiones que justifican la aparición de la humanidad con la existencia de una madre ancestral. Jost describió el difícil camino de la diferenciación sexual hacia el ser masculino de la siguiente manera: «Becoming a male is a prolonged, uneasy, and risky venture, it is a kind of struggle against inherent trends towards femaleness» (27). («El desarrollo de lo masculino es una aventura prolongada, difícil y arriesgada, es una especie de lucha contra los impulsos inherentes hacia lo femenino»).

De conformidad con los legisladores del BGB de hecho sólo existen hermafroditas aparentes:

«Con arreglo al actual estado de la ciencia médica, se puede aceptar como válida la inexistencia de personas asexuales o de personas de ambos sexos, es decir, que cualquiera de los llamados hermafroditas es o bien un hombre con trastornos en su aparato genital o bien una mujer con el mismo problema. La máxima del Derecho romano por la que el hermafrodita tendía hacia el sexo que corporalmente preponderase, es acertada aunque deriva de la situación de hecho en sí misma considerada; en tanto en cuanto una u otra de las formas se reconocible: La duda es resoluble por la determinación de tal forma» (28).

Hay que reconocer en favor de los legisladores que en la mayor parte de los casos de intersexualidad nos encontramos frente a meros casos de hermafroditismo aparente. Especialistas en genética humana calculan que el pseudohermafroditismo (llamado feminización testicular (29) como ya fuera advertido para Juana de Arco) aparece con una frecuencia de 1 a 20.000, mientras que la variante femenina más importante (el síndrome androgenital, en las mujeres) incluso con una frecuencia de 1 a 5.000. No obstante, nadie duda ya que la negación del hermafroditismo real hecha por los legisladores del BGB, es falsa. Es cierto que tales casos son mucho menos frecuentes, pero, no obstante, se han descrito aproximadamente 300 desde principios del siglo (30). Así pues, existen por un lado los seres con ambos sexos (*hermaphroditismus verus*), así como los seres asexuales (*gonadismus*). En el caso de la inexistencia de glándulas sexuales (el neutro real), Virchow (1821-1902) ya hablaba del *homo neutris generis* (31).

(27) Citado en MURKEN/CLEVE 28 ss. Existen diferentes factores (desde 7 hasta 9) que determinan el estatus sexual efectivo de las personas. Comp. el resumen en BORNEMANN (op. cit. infra nota. 48) 531 s., E. J. HAEBERLE, Die Sexualität des Menschen (2.^a ed. Berlín/New York 1985) 9 s.

(28) Motive I 26, en MUGDAN, Die gesammten Materialien zum BGB I (1899) 370.

(29) En un tribunal inferior de Freiburg se vio un caso sobre esto: StAZ 1983, 15 s.

(30) Los informes estadísticos en KERN (op. cit. nota 25) 37, 51.

(31) Comp. KERN op. cit. nota 25; ALFRED SCHNEIDER, Rechtsprobleme der Transsexualität (Diss. Köln 1975) 11 ss. (fundamentos médicos), especialmente 31 s.

Ambos, también los hermafroditas de dos sexos, son estériles (el *utrumque* así como el *neutrum*) (32).

Los legisladores del BGB propusieron para el caso del *non liquet* aplicar las habituales reglas de la carga de la prueba (33). Pero este camino ya no es factible. Una frase como ésta: «Aquél que no sea unívocamente un hombre o unívocamente una mujer, no podrá pretender para sí derechos de hombre o de mujer» no puede llevarse a la práctica; tampoco en el caso de que se sustituya la palabra «unívocamente» por una menos estricta como «preponderantemente» (34). Oertmann (en nota 33) escribió para el caso del hermafrodita real: «Parece que un sujeto de tales características es incapaz para contraer matrimonio, puesto que a tal efecto se precisa de una diferencia de sexos de los contrayentes». Sin embargo, parece difícil admitir la exclusión de los hermafroditas (tampoco de los reales) del campo de aplicación del derecho fundamental a contraer matrimonio. Este punto de vista ya fue planteado por los enciclopedistas franceses (35).

Así, el BGB no aporta ninguna solución para el hermafrodita real. No se pondera la posibilidad de que un ser de tales características se incline por un sexo, se amolde a él y organice su vida conforme a éste. Esta solución ya apareció a lo largo de la historia del Derecho. Marginando tal problema del Código no se obtiene ninguna solución para este conflicto social, siendo la consecuencia de ello una mera y consciente laguna legal.

Tampoco encontramos una disposición en el BGB acerca de los partos fallidos (*monstra*) cuya proximidad con el fenómeno del hermafroditismo comentaremos más adelante (36). De este modo, un jurista con madera de poeta compuso el siguiente verso: «Monstra und Hermaphroditen leben nur im Reich der Mythen» («Los monstruos y los hermafroditas sólo viven en el mundo de los mitos») (37). Sin embargo, los hermafroditas viven en la realidad.

2. Windscheid, uno de los más importantes colaboradores en la elaboración del BGB, escribió: «El Derecho romano no reconoce el sexo hermafrodita» al igual que el BGB (38). La diferenciación entre

(32) He aplicado el término latino de acuerdo con DELCOURT/HOHEISEL, art. Hermaphrodit, RAC 14 (1988) 650 ss., 678 s.

(33) Comp. OERTMANN, BGB Allg. Teil (3.ª ed. 1923) Preliminar 2 (in fine) antes § 1.

(34) La regla de la prueba ayuda sólo en ocasiones muy concretas. Por ejemplo, el Principio «*Mulier tacet in ecclesia*». Este principio puede valer como segura expresión del Derecho de la Iglesia Católica, en cuanto a que sólo puede ser ordenado un hombre. Por ello puede no ser ordenado quien no esté en disposición de acreditar este presupuesto.

(35) Comp. MONET (op. cit. nota 20) 10.

(36) MUGDAN (op. cit. nota 28) I 371 s.

(37) G. COHN, Das Bürgerliche Recht in Sprüchen, cit. ENNECCERUS-NIPPERDEY, Allgemeiner Teil des BGB vol. I (1959) 484, § 84.

(38) WINDSCHEID, Pandekten vol. I (9.ª ed. 1906) p. 240 s. (§ 54); también KUHLENBECK, Von den Pandekten zum BGB (1989) 133 ss. nota 3.

femenino y masculino supone de hecho un sistema binario al igual que el polo positivo y el polo negativo, en sentido lógico una disyunción completa (*divisio* en contraposición a *partitio*) (39); un *tertium no datur*. El cuerpo está irremisiblemente unido a la sexualidad. Sólo «el alma carece de sexo» (40). Esto es válido, de conformidad con el Evangelio, para los que nos abandonaron por su muerte corporal (41), pero para el mundo de los vivos se ha tornado en dudosa pretensión debido a la unidad psicosexual de la persona. La gramática es la única que conoce un género neutro, aunque también los chistes populares: «¿No sabéis que existen tres sexos?» —preguntaba Sidney Smith (42), para luego continuar— «hombres, mujeres y sacerdotes». El clérigo obligado por el celibato aparece en estos términos como sujeto asexual. También los eunucos o castrados eran considerados en la Antigüedad, debido a la amputación de los testículos (*e-viratus*), como no masculinos y afeminados (43).

3. Los griegos denominaban «hermaphroditos» al fenómeno biológico que nos ocupa. Los romanos derivaron de tal concepto el de *hermaphroditus*. Las lenguas románicas tomaron tal expresión en distintas versiones (44), así como también el inglés con «hermaphrodite». La expresión alemana «Zwitter» está emparentada etimológicamente con «zwei» (dos); en sus orígenes el nombre era curiosamente «Zweidorn» («dos espinas») y lo que tiene por significado un ser híbrido. Tal expresión en su sentido de concentración de ambos sexos aparece ya en el siglo XIII, pero es a partir del siglo XVI cuando lo encontramos con este significado exclusivamente (45).

«Mannweib» (hombre-mujer) es una expresión alemana traducida literalmente del griego «androgynos» cuyo significado es equivalente. Actualmente se entiende por tal concepto una mujer de rasgos esencialmente masculinos (amazona). La medicina habla en este caso de *Ginandria* (tendencia hacia lo masculino en lo corporal y en la psi-

(39) D. NÖRR, *Divisio und partitio* (München 1972) 20 ss.

(40) H. e A. BEYER, *Sprichwörterlexikon* (München 1985) 211 (sin Fuentes).

(41) Comp. Lucas 20, 27-40; Mateo 22, 23 ss. Sobre la cuestión de cómo será acomodada la resurrección de los cuerpos con la sexualidad, vide CANCIK, *Zur Entstehung der christl. Sexualmoral*, en SIEMS (infra nota 43) 347 ss., 354 (asexualidad de los ángeles; Jesucristo tenía sólo un cuerpo aparente).

(42) El autor citado era un destacado escritor inglés y pastor anglicano (1771-1845). En inglés original: «Don't you know, as the French say, there are three sexes: men, women and clergymen?».

(43) Comp. DALLA, *L'incapacità sessuale* (infra nota 70); sobre el tema, la recensión de BENÖHR, SZ 99 (1982) 426 ss.; GUYOT, *Eunuchen als Sklaven und Freigelassene in der Antike* (Stuttgart 1980); también la recensión de PAULUS, SZ 101 (1973) 711 ss.; NOCK, *Eunuchs in ancient religion*, en SIEMS (dirigido por), *Sexualität und Erotik in der Antike* (Darmstadt 1988) 58 ss.; también HERTER, art. *Effeminatus*, RAC IV (1959) 621 ss.

(44) DI TULLIO, art. *Ermafroditismo*, *Novissimo Digesto italiano* 6 (1960) 659.

(45) PAUL/BETZ, *Deutsches Wörterbuch; Großer Duden, Herkunftswörterbuch*; KLUGE/MITZKA, *Etymolog. Wörterbuch*.

que, pese a poseer órganos genitales femeninos); lo contrario se denomina *Androginia* (46).

Hermaphroditos fue en sus orígenes una divinidad híbrida del mundo oriental en la que confluían ambos sexos. Su culto llegó a Atenas presumiblemente desde Siria a través de Chipre donde, no obstante, no era adorada de forma especial. Eran más bien la poesía y las artes plásticas las que se centraban en este ser perfecto. En la mitología griega aparece hermaphroditos como hijo de *Hermes* y de *Afrodita*. La ninfa Salmakis de una fuente de Karien se enamoró de este hermoso joven y para no ser separada jamás de él, imploró a los dioses para que su cuerpo se fundiera en una sola pieza con él. De este modo atrajo al joven indeciso a sus aguas. Ambos cuerpos se fusionaron creándose el ser con ambos sexos tal y como lo describe Ovidio de forma magistral en sus *Metamorfosis* (47):

*Nec duo sint, et forma duplex, nec femina dici
Nec puer ut possint, neutrumque et utrumque videtur.*

No son dos, pero sin embargo si tienen una figura doble, no se les puede denominar ni muchacho, ni muchacha, de forma que parecen no ser ninguna de las dos cosas, siendo, no obstante, ambas cosas a la vez.

De la metamorfosis del que originalmente era un muchacho, se desprende el motivo por el cual el hermafrodita tiene en todos los idiomas el género masculino desde el punto de vista gramatical, incluso en aquellos idiomas antiguos y modernos que conocen el género neutro.

Los escultores de la Antigüedad dieron diversas formas al ser andrógino y la arqueología clásica coleccionó los distintos modelos (48): como durmientes, de pie, a modo de estatuillas, en los frescos pompeyanos, esculpidos en los sarcófagos de piedra o grabados en los sellos de los anillos o finalmente agrupados con otras figuras en un grupo.

La Historia del Arte nos muestra, no obstante, solamente uno de los lados del fenómeno. En realidad la postura de la cultura de

(46) No accesible: NEUGEBAUER, *Hermaphroditismus beim Menschen* (1908); J. SINGER, *Androgyny: Toward a new theory of sexuality* (Londres 1977).

(47) Ovid, *Las Metamorfosis* IV 288-389; traducción detallada reproducida en W. DIEKE, *Die antiken Hermaphroditen*, *Zentralblatt für Gynäkologie* 78 (1956) 889, 898 ss.; Indicación del contenido con otros pormenores en ZEDLERS *Lexikon*, art. *Hermaphroditus*.

(48) Sobre esto DIEKE op. cit.; especialmente MARIE DELCOURT, *Hermaphrodite* (París 1958, traducción inglesa 1961). La misma autora, *Hermaphroditea* (Bruxelles 1966); todo con numerosas ilustraciones; una selección también en: HERB. LEWANDOWSKI, *Römische Sittengeschichte* (Stuttgart 1964) p. 241 s. con ilustraciones pp. 27-30; art. *Hermaphrodit*, DAREMBERG/SAGLIO (dirigido por), *Dictionnaire des antiquités* III (1900) 135 ff.; *Lexikon der Alten Welt* (1965); E. BORNEMANN, *Das Patriarchat* (1976) 636. RAC s. v. *Hermaphrodit* 659 ss.

la Antigüedad respecto a los seres de dos sexos estaba dividida, o al menos en sus orígenes era ambivalente. Por un lado, se supervaloraba el principio de la androginia como unidad perfecta y completa, como la perfección personificada liberada de la libido y que no está supeditada a la existencia de un compañero para su complementación (a). Por otro lado, el nacimiento real de criatura con aspecto de hermafroditas era considerado en la Antigüedad como portador de desgracias, inductor de miedos y como símbolo fatalista. Incluso se quitaba la vida de estos seres, por considerarlos carentes de tal derecho (b).

a) Ideas bisexuales se hallan muy extendidas en la mitología y en el ritualismo de la Edad Antigua; también la etnología moderna tiene mucho que aportar al respecto (49). En un principio aparece frecuentemente una divinidad ancestral y originaria como unidad portadora de ambos sexos, como símbolo de la procreación autónoma, de la capacidad de poder fecundar y parir por sí misma (50). Es más tarde cuando la criatura originaria se separa en cielo y tierra, en sol y luna, en lo masculino y lo femenino. Los principios del Este asiático Yin y Yang, que se complementan en su contraposición, dan un cuerpo simbólico a esta unidad dentro de la ambigüedad (51).

Análogamente a como ocurre en la cosmogenia se representa mitológicamente la aparición de la humanidad. El ser humano original se halla muy próximo a la divinidad agrupando en su persona una figura masculina y otra femenina. Pero éste se levanta contra la divinidad y como castigo a su osadía aquélla le divide en dos mitades. Además queda desterrado de la proximidad de la divinidad. La división simboliza la caída de la armonía esférica a la polaridad terrenal. El nacimiento de una nueva vida se hace depender de la unión de lo separado. La división es una fuente del amor entre los sexos. Lo que una vez estuvo unido tiende a reunirse de nuevo.

En el Symposium de Platon describe Aristófanes el mito de esa criatura originariamente bisexual, con extraordinaria plasticidad (52). También por lo que respecta a la historia de la creación bíblica, la unidad bisexual de Dios y del primer hombre no es un planteamiento desconocido, puesto que si Dios creó al hombre y a la mujer a su imagen y semejanza y si Dios es considerado como una unidad, aparecerá lógicamente como un ser con ambos sexos. Las antiguas edi-

(49) Muy detallado HERM. BAUMANN, *Das doppelte Geschlecht: Ethnolog. Studien* etc. (Berlín 1955).

(50) A. BERTHOLET, *Das Geschlecht der Gottheit* (Tübingen 1934); DIEKE (supra nota 47) 889 ss.

(51) Comp. M. LURKER, *Der Kreis als Symbol im Denken, Glauben und künstlerischen Gestalten* (Tübingen 1981) 133 ss.; FR. CAPRA, *Wendezeit: Bausteine für ein neues Weltbild* (Bern/München 1985) 35 s., 40 ss. passim.

(52) PLATON, *Symposium* cap. XIV-XVI; trad. de B. SNELL y otros (1953); comentado por BAUMANN (supra nota 49) 176 ss.; DIEKE (nota 47) 894 s.

ciones de la Biblia tradujeron en realidad: «El (Adán) fue creado a la imagen y semejanza de Dios como ser masculino y femenino». Y en vez de hablar de la costilla que tomó Dios de Adán para crear a Eva (1. Moisés 2,2 y ss.) también se puede traducir: «y tomó de él uno de sus lados». En la Teología judía y la cristiana se enseñó realmente, y durante largo tiempo, que Adán era en un principio un hombre-mujer (53).

b) El nacimiento de un bebé con figura de hermafrodita se incluía por los romanos dentro de la categoría de partos fallidos. De hecho tales deformaciones derivan de los trastornos de la natural diferenciación de sexos. Los partos fallidos de figuras antinaturales, los así llamados monstruos, se consideraban como deformaciones que inspiraban miedos (*prodigia, portenta, ostenta*). Eran un presagio de desgracias próximas y como consecuencia de la extensión de las creencias en prodigios (54), eran eliminados en ceremonias de purificación. Este cruel aspecto del fenómeno es ocultado con frecuencia por la arqueología clásica y por la historia de los sexos.

Un bebé recién nacido sólo era considerado como ser capaz jurídicamente si se cumplían las condiciones de viabilidad (55). La eliminación de los recién nacidos muy desfigurados ya fue dispuesta por Rómulo. Para ello los padres habían de solicitar la opinión de cinco testigos entre sus vecinos (56). Por su aspecto antinatural recibían la denominación de «monstruos», es decir, señales de advertencia o indicaciones de los dioses acerca de una desgracia amenazante (57).

La medicina y la jurisprudencia del mundo occidental se ocuparon vivamente hasta bien entrados los siglos XVII y XVIII de los *monstra* (58). En la época de las persecuciones de herejes, las relaciones

(53) Documentado en DIEKE 894 s. Parcialmente crítico DELCOURT/HOHEISEL, RAC art. Hermaphrodit 666 s., con indicaciones de DIETRICH, Der Urmensch als Androgyn, Zeitschr. f. Kirchengeschichte 58 (1939) 313 ss.

(54) R. BLOCH, Les prodiges dans l'antiquité classique (París 1963).

(55) IMPALLOMENEI, Vitalità e forma umana come requisiti essenziali della personalità, Iura 22 (1971) 117 ss. Lo mismo en art. 30 C.c. español; art. 725 C.c. francés; comp. WACKE, Jurist. Arbeitsblätter 1981, 550; OGRIS, art. Lebensfähigkeit, HRG I 1657.

(56) RICCOBONO (dirigido por), Fontes Iuris Romani antejustiniani I (1941) p. 6, comp. 35; KASER, Röm. Privatrecht I (1971) 61 s., notas 7-9. SENECA escribió: «Extingamos los fetos portentosos, también los hijos débiles o monstruosos, ahoguémoslos; no como producto de la ira, sino más bien de la razón, con el fin de separar los inútiles de los sanos». (De ira 1,15,2); comp. DALLA, Status e rilevanza dell'ostentum, en: Sodalitas, Scritti in onore di A. Guarino II (Napoli 1984) 519 ss.

(57) «*Quod monstret futurum*» según Festus 138; WALDE-HOFMANN, Lat. etymolog. Wörterbuch II (3.ª ed. 1954) 109 s.

(58) Comp. F. MAROI, L'interpretazione dei monstra... secondo G. B. Vico, en MAROI, Scritti giuridici II (1956) 659-672. AMBROISE PARÉ (1509-1590) escribió una obra completa con ilustraciones médicas: «De monstres et prodiges» (París 1575). Recientemente se ha publicado en España una traducción con introducción de I. MALAXECHVERRÍA, Monstruos y prodigios (Madrid 1987); crítica en «La Vanguardia» (Periódico) de 6-11-1987. Comp. también el extenso art. «Missgeburt», Zedlers Universal-Lexikon vol. 21 (1739, Reimpresión Graz 1961) 486-492.

antinaturales con animales, se castigaban, como sodomía, con la muerte en la hoguera. Ello era debido al miedo metafísico al nacimiento de seres híbridos entre el ser humano y los animales. El animal en cuestión parecía asimismo en esa hoguera para desterrar así todo peligro (59). La conocida caracterización de Samuel Pufendorf del Sacro Imperio Romano-Germánico como «*aliquod corpus irregulare et monstro simile*» (60) tenía una connotación que hoy es difícilmente perceptible. Su existencia aparecía como algo digno de ser suprimido.

Como ya cuenta Plinio, dentro de los monstruos también se incluían los hermafroditas (61). Los redactores romanos de los Anales informan (indicando las fechas exactas) que entre el año 207 y el año 95 a. C. nacieron 11 hermafroditas (62). Conforme a un decreto de los sacerdotes se les introducía vivos junto a una bestia (como una serpiente) en un cesto o en un saco y se les hundía en el mar o en un río (63). En la ceremonia de purificación (*lustratio*) que seguía, tres coros de 9 vírgenes se paseaban a través de la ciudad.

La supresión de esta cruel costumbre de eliminar la vida de estos seres fue un paso hacia la humanización. Ya con Aristóteles que se ocupó detalladamente de los monstruos en el reino animal, no es posible encontrar ningún rastro de las creencias míticas de influjos superterrenales en su nacimiento. Para Aristóteles tales fenómenos no eran más que accidentes de la naturaleza en la concepción o en el nacimiento (64) explicables casualmente. La Jurisprudencia romana distinguió correctamente entre las deformaciones corporales y los partos de bebés carentes totalmente de figura humana (65). La cuestión no aclarada por esta Jurisprudencia en cuanto a la línea divisoria que media entre ambos fenómenos, fue decidida en el siglo XIX, en el sentido de que al menos debía existir una cabeza con forma humana (66). Los legisladores del BGB no consideraron necesaria una dis-

(59) Art. 116 de la Constitutio Criminalis Carolina (1532); BUCHHOLZ, Rechtshistor. Journal 5 (1986) 134 s.

(60) Comp. WILLOWEIT, art. Pufendorf, HRG IV (1985) 107.

(61) PLINIUS secundus, Naturalis historiae libro VII (antropología), traducción alemana de P. KÖNIG/G. WINKLER (Munich 1975): *Gignuntur et utriusque sexus quod hermaphroditos vocamus, olim androgynos vocatos et in prodigiis habitos, nunc vero in deliciis*. «Se alumbran también personas con dos sexos, antes se llamaban andróginos y se contabilizaban entre los prodigios; pero ahora se ven en los espectáculos». HOPFNER p. 445 traduce «*in deliciis habitos*» como «objeto de placer».

(62) Especialmente IULIUS OBSEQUENS, que (extraído de Livio) deja una obra póstuma sobre los *prodigia*; comp. RE 17,2 (1937) 1.743 s.

(63) La conocida *poena cullei*; sobre esto BRUNNENMEISTER, Das Tötungsverbrechen im altröm. Recht (Leipzig 1887) 185 ss., especialmente 195 s.; E. NARDI, L'otre dei parricidi e le bestie incluse (Milano 1980) especialmente 47 ss. nota 6.

(64) P. LOUIS, Monstres et Monstruosités dans la biologie d'Aristote, en: Le monde Grec, hommage à Cl. Préaux (Bruxelles 1975) 277-284.

(65) DALLA (supra nota 56).

(66) Detallado GLÜCK II (supra nota 9) 70 ss.; SAVIGNY, System des heutigen Röm. Rechts II (1840) 9 s.; también KOCH, Kommentar zum ALR (8.^a ed. 1884) I p. 82, observación 18 a I 1 § 18. Todas estas opiniones se basan en un texto del Jurista

posición como la que contiene el Allgemeines Preussisches Landrecht I 1 §§ 17 y 18 (67). Debido a la catástrofe producida con el medicamento «Contergan» en los años 1960, se hizo necesario plantear de nuevo la cuestión de la línea divisoria: «En el caso de darse una cabeza humana los recién nacidos habrán de ser alimentados y mantenidos con vida el máximo tiempo posible» (como ordenaba el ALR).

c) Tras la superación del arcaico ritual para su eliminación se possibilitó así la vida para los hermafroditas. Las meras deformaciones de las extremidades no implican la calificación de *monstra*. Algunos hermafroditas representados por las artes plásticas, lo están de una forma tan detallada que su creador no ha podido realizarlos sin la presencia de un modelo natural (68). Incluso Favorinus de Arles, el conocido sofista del siglo II d. C., era un hermafrodita (69). Para los juristas romanos la existencia de hermafroditas es una realidad. Justiniano recogió tres manifestaciones de juristas clásicos tardíos en el Digesto, una general y dos referentes a cuestiones concretas de tipo técnico. Dichos textos mantienen una opinión unánime al dejar decidir a los caracteres sexuales preponderantes (70). Es seguro que en aquella época carente de conocimientos médicos fundamentales, el aspecto exterior era lo determinante (71).

La primera manifestación considerada como general corresponde a Ulpiano: presumiblemente se refería a cuestiones hereditarias (72):

Dig. 1,5,10 (Ulpianus libro 1 ad Sabinum) Quæritur: hermaphroditum cui comparamus? et magis puto eius sexus aestimandum, qui in eo praeualet.

Se pregunta: ¿qué sexo atribuimos al hermafrodita? Y pienso que ha de ser estimado el sexo que en él parezca prevalecer.

El Derecho romano distinguió entre hombres y mujeres a efectos del otorgamiento de testamento, así como a efectos de adquisición

Paulo sobre el Derecho romano de sepulcros, Dig. 11,7,44 pr., donde se decide en un caso de la sepultura de un muerto dividido en partes y enterrado en lugares distintos *illum religiosum esse, ubi quod est principale conditum est, id est caput, cuius imago fit, unde cognoscimur*.

(67) MUGDAN (supra nota 28) I 371 s.

(68) DIEKE (supra núm 47) 906 contra WINCKELMANN.

(69) El nació como hermafrodita: no era un eunuco (*non castratus, sed sine testiculis natus*); pero ello no fue obstáculo para que, ya en su madurez fue acusado de haber mantenido relación adúltera con la esposa de un consul; comp. W. SCHMID, RE 6 (1909) 2.078 ss.; HOPFNER (supra nota 26) 446 s.

(70) Sobre estos tres textos, comp. LANFRANCHI, Studi Volterra IV (Milano 1971) 131 s.; DALLA, L'incapacità sessuale in diritto romano (Milano 1978) 152, 158 s. con nota 78; el mismo (supra nota 56) 522.

(71) «That sex which is prevalent in his or her make-up»: así, parafraseando, se encuentra en la traducción inglesa del Digesto dirigida por A. WATSON (1985) D. 1,5,10.

(72) El libro primero de Ulpiano ad Sabinum trata de la *testamenti factio*; comp. LENEL, Palingenesia iuris civilis II 1.019 ss. La colocación del fragmento por LENEL (Nr. 2.435) es discutible.

de la herencia (73). En tal contexto tenía que plantearse forzosamente la cuestión (no sólo de tipo académico) acerca de la inclusión de una de ambas categorías para los hermafroditas. En la respuesta llama la atención su formulación reservada (*et magis puto*): ¿pretendía Ulpiano excluir otras soluciones ponderadas? Es seguro que no tenía intención de permitir un tercer sexo. Más bien parece que los privilegios masculinos sólo se reservan para las personas que sean hombres sin ninguna duda y no a «semihombres». No obstante, se eligió un término medio de forma que los hermafroditas no quedaran totalmente excluidos de los privilegios reservados para los hombres. El impotente por causa natural no tiene ninguna limitación legal; no así el castrado, dado que su incapacidad para procrear tiene su causa en una intervención artificial. Esto lo indica Ulpiano en los siguientes párrafos de un texto, extremadamente útil para nuestra cuestión, también esta vez respecto a un tema de carácter sucesorio:

Dig. 28,2,6 (Ulpianus libro 3. ad Sabinum) *pr.* Sed est quaesitum, an is, qui generare facile non possit (74), postumum heredem facere possit. et scribit Cassius et Iavolenus posse: nam et uxorem ducere et adoptare potest. spadonem quoque posse postumum heredem scribere et Labeo et Cassius scribunt: quoniam nec aetas nec sterilitas ei rei impedimento est. § 1. Sed si castratus sit, Iulianus Proculi opinionem secutus non putat postumum heredem posse instituire, quo iure utimur. § 2. Hermaphroditus plane, si in eo virilia praevallebunt, postumum heredem instituire poterit.

También se preguntó si puede instituir a un póstumo el que no es fácil que pueda engendrar. Casio y Javoleno escriben que sí, porque se puede casar y adoptar un hijo. También escriben Labeón y Casio que el impotente puede instituir heredero a un póstumo, porque para esto no es obstáculo ni la edad ni la esterilidad. § 1. En cuanto al castrado, opina Juliano, siguiendo el parecer de Próculo, que no puede instituir al póstumo, y así se observa. § 2. El hermafrodita al contrario podrá instituir al póstumo si predomina en él el sexo masculino.

El texto habla por sí mismo: Ni la falta de potencia para concebir ni la esterilidad absoluta excluyen la posibilidad de que un hombre nombre heredero a un *postumus*. Tras el otorgamiento del testamento se puede adoptar válidamente (75), así como contraer matrimonio.

(73) La capacidad de testar sólo la tenía el *pater familias*. Las mujeres originariamente no podían testar; más tarde sólo lo podían hacer con especiales formalidades. Los herederos testamentarios de las esposas de los ciudadanos acomodados, estaban igualmente limitados. En el período tardo-clásico estas limitaciones dejaron de estar en vigencia. Vid. KASER, *Römisches Privatrecht I* (2.^a ed. 1971) 682 ss.

(74) «*Facile*» puede no ser eliminado, de lo contrario Ulpiano habría dicho dos veces lo mismo. Acertadamente MANTHE, *Die libri ex Cassio des Iavolenus* (1982) 266 s.

(75) «*Postumus*» es el que nace después de la muerte del padre. En sentido más amplio también puede significar el nacido o adoptado después de otorgar el testamento.

Sin embargo, un eunuco no puede realizar ninguna de las dos cosas: es discriminado conscientemente. Un hermafrodita, por el contrario, no sufre sus inconvenientes: si conforme a su aspecto exterior se le puede calificar como hombre, podrá (como se deduce del texto precedente) incluso contraer matrimonio y adoptar válidamente (76).

No obstante, en las Sentencias de Paulo, que conforme a la opinión mayoritaria pertenecen a la época postclásica, nos encontramos con una dirección distinta en cuanto a la concepción jurídica del hermafrodita; el texto también se refiere a una cuestión de orden sucesorio:

Dig. 22,5,15,1 (Paulus libro 3. sententiarum). Hermafroditus an ad testamentum adhiberi possit, qualitas sexus incalescentis ostendit.

El que pueda intervenir en un testamento el hermafrodita depende de su apetito sexual.

Conforme a una antigua regla, sólo se permite actuar como testigos de un negocio jurídico a los hombres (77). La libido predominante sería decisiva para determinar el sexo del hermafrodita, dice Paulo. La prueba de ello era una cuestión delicada. No se exigía una potencia regular de los órganos sexuales del hermafrodita; parece que bastaría el mero apetito sexual. Si seguimos este criterio en serio, los hermafroditas que carecieran de impulsos internos, quedarían excluidos de la posibilidad de ser testigos negociales. No parece que se haya seguido esta línea. Quizá se daban por satisfechos con asegurarse de cuál era el sexo con el que el hermafrodita se sentía más identificado y que se confirmaba en el actos que éste exteriorizaba. La pregunta acerca de la sensación interior incluye una subjetivización notable. El Derecho canónico suscribió tal postura con posterioridad partiendo de esta idea.

En la Antigüedad se sabía que una castración no implicaba siempre la pérdida de la libido. Pero aun así, los eunucos no quedaban por ello liberados de las desventajas jurídicas que ello acarrea. También la Iglesia cristiana en sus principios estaba en contra de una castración de hombres que con ello querían asegurar su voto de castidad. Los eunucos, no obstante, tuvieron que hacer frente a grandes dificultades en los comienzos de la cristiandad (78).

(76) Comp. LANFRANCHI (supra nota 70) 132.

(77) KASER, RP I² (nota 73) 683. Análogo el Derecho germánico: GRIMM, Deutsche Rechtsaltertümer I (4.^a ed. 1899, reimpr. 1965) 563.

(78) Por ejemplo ORIGINES (aprox. 185-253 d. C.), según indica EUSEBIO, Obispo de Cesarea (Palestina), Historia ecclesiastica 6, ed. E. SCHWARTZ, Sources Chrétiennes 41 (Paris 1955), cap. 7. Además *Justinus Martyr, Apología* 1, 29 = I. G. T. DE OTTO, Corpus Apologetorum Christianorum saeculi II, vol. 1 (3.^a ed. Jena 1876) 88 ss. Sobre esto J. DE CHURRUCA, Un episodio de la Apología de San Justino y la represión de la castración en el siglo II, en: Estudios Deusto 14 (1966) 429-443. El concilio de Nicea (325 d. C.) prohibió la autocastración: RAC s. v. Hermaphrodit col. 680.

Los hermafroditas que aparentaban el sexo masculino, gozaron, en el Derecho antiguo, en síntesis, de una posición mucho más favorable que los eunucos.

4. La exclusión de las mujeres de la posibilidad de ser testigos en actos solemnes como por ejemplo en la constitución de testamentos parece inapropiada. Suprimir este impedimento jurídico hubiese supuesto un paso adelante hacia la igualdad de sexos. No obstante, esto no ocurrió hasta el siglo XVIII como consecuencia de la influencia del Derecho natural (79). La «Reichsnotarordnung» de 1512, totalmente influida por el Derecho romano, mantuvo la anterior situación también de conformidad con los antiguos Derechos germánicos. Sobre la base de este Ordenamiento, no podían ser testigos en un testamento «la mujeres; tampoco los hermafroditas, es decir, los que se han desarrollado con atributos masculinos y femeninos y prevalece en ellos lo femenino». Así se tomaba claramente el principio expresado en Dig. 22,5,15,1 (80).

En el Código civil sajón de 1863/65, en el parágrafo 46, podemos encontrar la diferenciación en orden a los atributos predominantes:

Por regla general, la diferencia entre los sexos no justifica una desigualdad de derechos civiles. Una persona cuyo sexo sea dudoso se encuadra en aquel sexo que predomine en ella.

Esta solución, que también los padres del Código civil alemán consideraron como la más acertada (comp. supra 1), no sirve para el caso de hermafroditas reales o para casos donde la determinación sea dudosa. El Codex Maximilianeus civilis bávaro de Kreittmayr de 1756, contiene para este caso una solución (que había tenido anteriormente vigencia durante largo tiempo y que se perdió en el desarrollo posterior de la discusión), en Parte I, capítulo 3 § 4 número 2:

Los hermafroditas serán considerados como pertenecientes a aquel sexo que prevalezca de conformidad con el consejo y la opinión de los entendidos; pero si no se advierte una prevalencia, han de decidirse ellos mismo por uno de los dos sexos, no pudiendo separarse de tal decisión bajo *poena falsi*.

El derecho del hermafrodita a elegir entre uno y otro sexo fue una solución autóctonamente desarrollada por el Derecho canónico. El Decretum Gratiani acogió en principio el pasaje del Digesto sobre la capacidad de los hermafroditas para ser testigos en un testamen-

(79) G. WESENER, Geschichte des Erbrechts in Österreich (1957) 151.

(80) Reichsnotarordnung 1.512, I § 6, en SCHMELZEISEN, Quellen zur Neueren Privatrechtsgeschichte II 1, Polizei- und Landesordnungen (1968) 102 con nota 60 s. (p. 115); comp. SCHMELZEISEN, Polizeiordnungen und Privatrecht (1955) 163.

to (81). Los Glosadores aplicaron analógicamente esta línea de argumentación en relación con su capacidad para contraer matrimonio (cuestión con respecto a la que el Derecho antiguo sólo había tomado una postura implícita, pero no expresa, com. supra 3c en relación con Dig. 28,2,6 § 3): Debido a la prohibición de matrimonios entre personas del mismo sexo, una mujer sólo puede contraer matrimonio con un hermafrodita preponderantemente masculino y viceversa. Si no se respeta tal disposición el matrimonio será nulo (82).

El proceso de Grand-Jean (antes de 1780) fue un litigio célebre. Por tratarse de un hermafrodita aparente y haber contraído matrimonio en igualdad de sexos fue condenado en Lyon a recibir bastonazos y al destierro permanente. No obstante, el Parlamento parisino le rehabilitó —pues actuó de buena fe— y debido a su impotencia sexual *utroque sexu* no apreció ningún abuso en el matrimonio (83).

Buchholz describió detalladamente el matrimonio en igualdad de sexos en Sajonia hacia 1725 entre un *putativus maritus* (no parecía tratarse de un hermafrodita) y una *vera fémina* (84).

El proceso más largo fue el de la Santa Rota romana por una declaración de nulidad en un matrimonio celebrado en 1855. Ya en la noche de bodas, Johannes C. se percató de un atributo sexual anormal en su Faustina. Durante 11 años el desgraciado marido intentó procrear con su mujer en vano (*coniugalibus officiis operam dantes et quidem quam saepissime*) y en particular *non certe defectu viri, sed ob miram et omnino insuetam conformationem mulieris*. El primer proceso que comenzó en 1866 se prolongó hasta 1870. En 1884 Johannes trató de obtener de nuevo la declaración de nulidad de matrimonio. En marzo de 1888 autorizó el Tribunal papal una investigación de la demandada por tres especialistas en Medicina que llegaron a los siguientes resultados: 1. *Putata uxor esse sexu masculino*, 2. *aptam non esse matrimonii consummationi qualis femina*, 3. *hujusmodi impotentiam esse antecedentem matrimonii celebrationi (nempe a. 1855), perpetuam atque insanabilem*. Tras ello, Roma declaró en agosto de 1888 la nulidad del matrimonio (85).

Si no se puede determinar un sexo preponderante, es decir, si sus órganos parecen apropiados para desarrollar ambas funciones sexua-

(81) Decr. Secunda pars Causa 4 quaestio 2 canon 3 § 22; en FRIEDBERG, *Corpus Iuris Canonici I* (1879/Reimpr. 1959) 540. El Derecho judío, en cambio, consideraba a los hermafroditas como incapaces para ser testigos: FREISEN (infra nota 86) 343 nota 49.

(82) Análogamente el Derecho alemán vigente: En la unión de dos personas del mismo sexo no hay matrimonio: OLG Frankfurt NJW 1976, 1.800 = StAZ 1977, 12 s.; comp. (críticamente) BUCHHOLZ (infra nota 84) 119.

(83) MONET (supra nota 20) 12 s.; ulteriores indicaciones en LIPENIUS (supra nota 19) IV 503 nota 3: «El proceso de Grand Jean, una deshonra maldita del Sacramento del matrimonio en Lion, en *Berühmte Rechtshändel* (célebres pléitos).

(84) BUCHHOLZ, *Liebesglück und Liebesleid in Sachsen*, *Rechtshistor. Journal* 5 (1986) 119-137.

(85) 22 páginas (con un extenso fundamento del juicio), en: *Acta Sanctae Sedis* 21 (1888) 482-502. Resumen en SANTI (infra nota 86) 278.

les, el hermafrodita está obligado por el Derecho canónico a decidirse expresamente por una de ellas, y a jurar que en adelante no hará uso de la otra. Esta solución fue aplicada por vez primera, como cuenta Henricus de Segusia, quien murió en 1271 como cardenal Hostiensis en Susa, en relación a un caso real del obispo de la Diócesis de Turín. Un hermafrodita fue a visitar al Cardenal en su villa y obtuvo la dispensa para contraer matrimonio con una mujer, después de que jurara no hacer uso de su función sexual femenina (86).

Los juristas del *Usus modernus* siguieron esta línea de planteamiento. El juramento se hacía necesario pues con el se evitaban los problemas que podían surgir con los cambios. «Pues sería “*monstruosum*” hacer uso de ambos sexos a la vez» (87). Algunos juristas opinaban que el análisis del cuerpo era innecesario: bastaba con que el hermafrodita jurara cuál de los dos sexos sentía con mayor intensidad. La opinión mayoritaria —compartida por Samuel Stryck y Benedict Carpzow— exigía, no obstante, una *inspectio corporis* por los peligros de un perjurio y de un fraude para el futuro conyuge (88), salvo en el caso de un *periculum animae* acuciante (89).

5. El Codex bávaro *cit.* contemplaba una conducta contraria al sexo elegido como un delito de falsedad. Este *crimen falsi* del Derecho penal común equivale a un conjunto de diversos tipos penales modernos, como son estafa y falsificación de documentos y monedas. En nuestro caso se trataría de perjurio, más concretamente de la inobservancia de un juramento promisorio; un delito execrable según la Jurisprudencia canónica de la confesión (90). En muchas ocasiones fuentes diversas hacen referencia a los severos castigos inflingidos a los hermafroditas, tras un cambio en sus funciones sexuales, que en los tiempos de las quemas de brujas consistían precisamente en la muerte en la hoguera.

Según un informe de Darmstadt de 1527 un hermafrodita fue bautizado en principio con el nombre de Elisabeth. Más tarde se condujo como un hombre y se hizo bautizar como Johannes, finalmente murió como mujer en la hoguera (91). En 1603, en París fue colgado en el patíbulo un hermafrodita y su cadáver fue incine-

(86) Véase para todo ello J. FREISEN, *Geschichte des kanon. Ehrechts* (2.^a ed. 1893/Reimpr. 1963), 343 s.; más amplio FR. SANTI, *Praelectiones juris canonici* (3.^a ed. por M. LEITNER) vol. IV (1899) p. 276 ss.: *Quare in jure canonico valebat principium: Hermaphroditus considerandus est juxta sexum praevalentem. At quando uterque sexus videbatur aequaliter potens, hermaphrodito debatur optio ita ut electo uno sexu alteri deberet abjurare in perpetuum.*

(87) ZEDLERS *Lexikon* op. cit. (infra nota 94) in conexión con CARPZOW y STRYCK.

(88) Justificación en MONET (supra nota 20) 11.

(89) SANTI/LEITNER op. cit. (nota 86).

(90) Arts. 107-115 en la Constitución Carolina; explicación detallada en DAHM, *Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter* (1931) 501 ss., 526 ss.; más resumido en RÜPING, *Grundriss der Strafrechtsgeschichte* (1981) 29 s., 45.

(91) STOBBE, *Handbuch des Deutschen Privatrechts* I (2.^a ed. 1882) 283 nota 6.

rado en la hoguera, *qui ab electo sexu discesserat* (92). En 1620 se torturó y ejecutó a un «wifman» (hombre-mujer) que habiendo estado unido primero a un hombre, se desposó más tarde con una mujer de edad, mediando engaño. En 1686 se procesó a una persona que primero tuvo y amamantó a sus niños, pero que más tarde preñó a muchachas jóvenes (93).

La quema en la hoguera nos recuerda fatalmente los arcaicos ritos de purgación de la época anterior a Cristo (*supra* 3b). La posterior jurisprudencia ilustrada consideró que el castigo con la pena de muerte era demasiado severo. No obstante, los juristas opinaban que un cambio del papel sexual era en cualquier caso ignominioso (94), pero el matrimonio contraído por un hermafrodita viudo con un nuevo cónyuge —esta vez del otro sexo— se consideraba válido.

6. El Derecho canónico considera al hermafrodita preferentemente en relación con el Derecho matrimonial. Parte, por tanto (como el *Codex bávaro*) de que el hermafrodita puede elegir su función sexual por sí mismo y bajo juramento, sin que se fije una edad mínima especial. No obstante, esta decisión se ha de tomar por diversos motivos con mucha anterioridad. Ya en el bautizo se plantea la cuestión práctica de si se le ha de atribuir al niño un nombre femenino o masculino. Hacia 1800 los médicos partieron de que un hermafrodita «pertenece en realidad al sexo femenino y que su masculinidad no era más que una apariencia» (95). Esto se corresponde con los actuales conocimientos acerca de genética humana, y amparándose en ellos se predica la existencia de una tendencia primaria en todos los individuos hacia el sexo femenino (comp. *supra* 1). No obstante, conforme a los juristas del *Usus modernus*, en caso de duda debía considerarse al niño hermafrodita como de sexo masculino (96), pues el sexo masculino tenía la consideración de ser el más elegante (97). Por ello, debía ser bautizado con el nombre de un hombre (98), en especial con objeto de mantener sus derechos de orden sucesorio.

En la época de la Ilustración y del Humanismo la concepción de la preponderancia del sexo masculino perdió su fundamento. El Co-

(92) MONET (*supra* nota 20) 12.

(93) Los dos últimos hechos (con otros pormenores) en HOEFER, *Altville im Sachsenspiegel* (Halle 1870) 17 s. (nota).

(94) ZEDLERS *Lexikon* art. *Hermaphroditus* vol. 12 (1735) col. 1.725; igualmente SÁNCHEZ, citado según MONET (*supra* nota 20) 12.

(95) G. A. BIELITZ, *Praktischer Kommentar zum preuss. ALR I* (Erfurt 1823) 233 (ad ALR I 1 §§ 19 ss.).

(96) ZEDLERS *Lexikon* art. «*Hermaphroditos*» XII (1735) col. 1.724 s.

(97) El sistema germánico de composición de la pena preveía una penalidad más grave cuando el afectado era del sexo masculino que cuando era del femenino; RUD. HÜBNER, *Grundzüge des deutschen Privatrechts* (5.^a ed. 1930/1969) 72 (§ 9).

(98) ZEDLERS *Lexikon* art. «*Zwittertauf*» vol. 64 (1750) col. 1.747, apelando a Aristóteles, para el que la sexualidad más preponderante debe ser elegida con preferencia a la más latente.

dex bávaro declaraba programáticamente al inicio del Derecho de Personas, un siglo antes que el BGB sajón (comp. supra 5): «Ninguno de ambos sexos tiene preferencia sobre el otro...»; asimismo el ALR prusiano (1794) I 1 § 24.

El ALR no sienta ninguna presunción de masculinidad, sino que encuentra otra solución que se corresponde más con la justicia y con la igualdad. En su parte I título I contiene en relación con nuestra pregunta disposiciones muy detalladas:

§ 19. Cuando nace un hermafrodita son los padres los que determinan el sexo sobre la base del que recibirá su educación.

§ 20. No obstante, una vez alcanzados los 18 años de edad, le corresponde a la persona de aquellas características la libre elección de determinar a que sexo pertenece.

§ 21. Conforme a esta elección quedarán perfilados sus derechos en el futuro.

§ 22. Si los derechos de un tercero dependen de un presunto hermafrodita, el primero podrá solicitar una investigación por un perito.

§ 23. El dictamen del perito es el determinante, incluso contra la elección del hermafrodita y la de sus padres.

Esta regulación de corte Salomónico equivale en el plano jurídico-técnico a la de la Ley alemana acerca de la educación religiosa de 1921: Primero deciden los padres legitimados para ejercer el derecho de guarda mediante su decisión unánime (§ 1). Alcanzada determinada edad es el niño quien decide al respecto (§ 5). La madurez religiosa que tiene lugar antes de la mayoría de edad, se corresponde en cierta medida a una «especie de madurez de determinación de la sexualidad» en el ALR. También ésta aparece antes de la mayoría de edad general (24 años según el ALR I 1 § 26). La frontera de los 18 años equivalía a la *plena pubertas* del período romano tardío; coincidía prácticamente con la madurez matrimonial del hombre (18 años según el ALR II 1 § 37), siendo 14 años para las mujeres. La frontera de los 18 años parece haber sido fijada correctamente, pues el proceso de madurez desarrollado en la pubertad culmina en ese momento. Es necesario un derecho propio de determinación que permita revisar la temprana y ajena determinación realizada por los padres, debido a que ésta podría no corresponderse ya con la realidad, debido a los eventuales cambios producidos en los elementos sexuales secundarios. Para la elección propia bastaban actos de tipo concluyente como hacer uso de ropaje masculino o femenino (99). La decisión que se hubiera tomado tenía la consideración de irreversible, intención que

(99) DERNBURG, Lehrbuch des Preussischen Privatrechts I (5.^a ed. 1894) § 48 nota 8. Por el contrario, proponiendo una formalidad para este importante acto KOCH, Kommentar zum ALR (8.^a ed. 1884) nota 20 ad § 23, I 1.

los redactores de la ley trataron de reflejar en el § 21 (100). No obstante, a diferencia del Codex bávaro, no se hallaba prevista ya ninguna sanción, en particular ninguna tan severa como en su día preveía el Derecho canónico. La elección de los padres o la propia no debía regirse obligatoriamente atendiendo a las características preponderantes. Los derechos de terceros, sin embargo, no podían verse perjudicados por una decisión que los contraviniera según los §§ 22 y 23. Se pensaba con ello en particular en las cuestiones de tipo matrimonial, o en la preferencia conferida al hombre en el Derecho de sucesiones. La masculinidad simulada es un motivo frecuente de relatos novelados.

Se puede concluir lo siguiente: La regulación del ALR es una solución desarrollada, ponderada, y bien meditada por la jurisprudencia del Usus modernus, tomada del Derecho canónico (101). Partiendo de la libertad de autodeterminación del sexo para estos sujetos, que sólo provisionalmente es ejercida por los padres, protege la intimidad personal, y exige la *inspectio corporis* sólo en aquellos casos en que haya en juego intereses de terceros.

7. En la Historia del Derecho no hallamos mención alguna de las operaciones transexuales (102). La terapéutica actual para los niños hermafroditas es la adaptación a uno de los dos sexos para que en el futuro se halle encuadrado sexual y sociológicamente de la mejor forma (103). La cuestión de determinar el sexo más apropiado se reconduce a una mera funcionalidad. La meta a alcanzar no depende de la estructura de los cromosomas, sino más bien del aspecto exterior de los genitales. Los niños cuyos testículos se hallen en el interior del abdomen y que tengan cromosomas masculinos serán inscritos, no obstante, como niñas. Pasados los 3 o 4 años de edad se considera —por motivos de orden pedagógico y social— que en principio ya no debe modificarse el sexo civil. Las operaciones de corrección se llevan a cabo dentro de los dos primeros años de vida para facilitar así un desarrollo psicosexual uniforme. La conformidad es prestada para el niño por los padres titulares del derecho de guarda. En caso de duda, se lleva a cabo una corrección que afemine; máxime porque la modelación del órgano sexual masculino no satisface plenamente a la cirugía plástica (104).

(100) KOCH op. cit., nota 21.

(101) En WEISKES Lexikon (supra nota 21) se sostiene, sin fundamento, que la solución del Derecho canónico, alrededor de 1844, no era practicable.

(102) Las primeras intervenciones fueron realizadas en Berlín y Praga en 1912, pero no se han extendido hasta principios de 1960: SIGUSCH, *Medizinischer Kommentar zum Transsexuellengesetz*, NJW 1980, 2740; EDLBACHER, *Transsexualität*, Österr. JurZ 1981, 173 s. Sobre un caso humanamente conmovedor de una operación experimental realizada a una persona más de 6 veces, en 1950, informa DIEKE 915 ss.

(103) MURKEN/CLEVE (supra nota 24) 37.

(104) KERN (supra nota 25) 49, 51.

Los pseudohermafroditas masculinos registrados como mujeres son capaces de llevar a cabo grandes logros a nivel deportivo. Para poder participar como mujeres en las competiciones se habrá de aportar, dentro del marco del diagnóstico del sexo, la prueba de la existencia de cromatina X y la ausencia de cromatina Y (105). Normalmente las mujeres alcanzan en el deporte sólo una parte de los éxitos de los hombres (106). La *infirmas feminarum* y la *fragilitas sexus* aceptadas por los antiguos juristas (*supra* I 2) se confirman así en cierta medida por las modernas investigaciones de psicología laboral.

III. COMPARACION ENTRE HERMAFRODITAS Y TRANSEXUALES

1. «Girls will be boys and boys will be girls - it's a mixed up world» (107). La posibilidad de cambiar de sexo ocupó la fantasía de muchos pueblos y se asentó en la mitología y en las creencias populares (108). Ya Hipócrates habló de una enfermedad entre los Escitas que les transformó en mujeres; algo parecido se pudo observar más tarde entre los Tártaros. En las leyendas griegas encontramos con cierta frecuencia cambios de sexo: Theiresias (el ejemplo más importante) es «castigado» por ello, según Hesíodo (109); Poseidón y Letho provocan el cambio de sexo de una virgen. Grimmelshausen no consideraba que fuera una novedad el nacimiento de mujeres que después de sufrir un proceso de masculinización adoptaran la imagen de hombres. Los padres de la Iglesia y los inquisidores creían realmente en la posibilidad de un cambio de sexo por obra del diablo. Conforme a una creencia extendida desde Francia a Serbia, lo masculino se transforma en femenino si traspasa el arco iris (lo que naturalmente es imposible ya que el arco iris se aleja a la misma velocidad con la que nos aproximamos a él). También a la fuente de la juventud se le atribuyó en la Edad Media la fuerza de cambiar de sexo tomando un baño en ella (en obvio paralelismo con la leyenda de

(105) MURKEN/CLEVE 32. Comp. sobre esto el caso *supra* nota 17. El diagnóstico sexual nuclear se presenta teniendo en cuenta la raíz del cabello o la célula de la mucosa bucal. Así no se hace necesario un examen más intenso.

(106) También puede decirse que el rendimiento de las mujeres en el trabajo alcanza sólo el 80 por 100 del de los hombres: ROHMERT, *Geschlechtstypische Unterschiede aus der Sicht der Arbeitswissenschaft*, en: R. ECKERT (dir.), *Geschlechtsrollen und Arbeitsteilung* (München 1979 / CH Beck'sche Schwarze Reihe Nr. 206) 124 ss., 141 ss. (Tablas).

(107) TH. KINKS, Lola, citado según T. HONORÉ, *Sex Law* (London 1978) 84.

(108) Documentación para lo siguiente en KUMMER, art. *Geschlechtswechsel*, *Handwörterbuch des deutschen Aberglaubens* III (1930, reimpresión 1986) 752 ss., algunos también en EICHER (*infra* nota 117) 4 ss.

(109) HOPFNER (*supra* nota 26) 449 s.; OSMUN, *Changes of Sex in Greek and Roman Mythology*, *The Classical Bulletin* 54 (1978) 75-79, con muchos otros ejemplos.

la aparición de Hermaphroditos, comp. supra II 3). La etnología describe diversas formas de cambio de sexo en las culturas de ámbito no europeo (110).

En la Antigüedad clásica no sólo se conocía el fenómeno de los travestis (111). También se conservan informes sobre casos famosos de cambio de sexo. Plinio escribe en su antología (112):

No es ninguna fábula el hecho de que las mujeres se transformen en hombres. Encontramos en los anales que siendo cónsules P. Licinius Crassus y C. Cassius Longinus (171 a. C.) una muchacha se transformó en un muchacho ante la presencia de sus padres; después, atendiendo las instrucciones de los adivinos, fue transportado a una isla desierta. Licinius Mucianus informa de que en Argos vio a un tal Arescon que en otro tiempo se llamaba Arescusa y que como tal había contraído matrimonio, aunque poco más tarde le apareció barba y adquirió aspecto masculino, tomando además como esposa a una mujer. También vio a un muchacho en Smyrna que le ocurrió otro tanto. Yo mismo vi en Africa a L. Consitius, un ciudadano de Thysdrus que en el día de su boda se transformó en hombre.

Naturalmente aquí se plantea (como más arriba con los hermafroditas) la cuestión de la veracidad de relatos de este tipo (113). Hopfner no manifiesta ningún género de duda; es más, recoge incluso más ejemplos debido a su característico amor por los detalles. El emperador Claudio recibió en el año 45 d. C. a una muchacha de 13 años, ya prometida, que tras una breve enfermedad había sido transformada tras tremendos dolores en un joven. Otra muchacha de Epidamnus de nombre Kallo tomó, tras la correspondiente transformación en la

(110) G. HOFER, Das Phänomen Geschlechtswechsel, dargestellt an ethnographischen Beispielen, en: N. BISCHOF/H. PREUSCHOFT, Geschlechtsunterschiede: Entstehung und Entwicklung (München 1980, CH Beck'sche Schwarze Reihe Nr. 207) 202 ss. En Irak meridional conocido como «mustergil», en Pueblos en Nuevo Méjico, etc. La aparición de un «nadle» bajo unos troncos indianos puede valer como caso afortunado; ello contiene una divergencia notable del parto de un hermafrodita en el mundo antiguo europeo (supra II 3b).

(111) DELCOURT, Hermaphrodite (supra nota 48) 1 ss. V. A. TRACY, Roman dandies and transvestites, Echos du Monde Classique 20 (1976) 60-63. No es un auténtico travestismo el caso famoso de un excéntrico senador que en sus banquetes utilizaba vestidos de mujer (*quasi viriles*, Dig. 34,2,33): La diferencia entre la vestimenta de hombre y de mujer no era grande; la *vestis cenatoria* femenina era ricamente adornada y más cómoda. Comp. WACKE (supra nota 2) 567 s.; también BORNEMANN (supra nota 48) 450 con lit. para la vestimenta romana p. 647.

(112) Plinio (como en nota 61) 7,36. Este texto se encuentra citado literalmente en Gellius, Noctes atticae 9,4 (p. 159 en la ed. de Plinio citada en nota 61).

(113) La traducción citada en la nota anterior en relación a este punto tiene la siguiente observación: «Sobre lo que informa Plinio en estas transformaciones de hombre a mujer y viceversa, pertenece al mundo de la Fábula. Sin duda estas diferentes deformidades posteriores, como por ejemplo la criptorquidia (prominencias posteriores o en general erróneas de los órganos genitales masculinos) querían darse como pretexto».

que había colaborado un boticario con una operación auxiliar, el nombre de Kallon. El boticario solicitó honorario doble pues había transformado a una mujer enfermiza en un joven sano.

La reacción pública a este tipo de fenómenos milagrosos era en principio parecida a la producida con motivo del nacimiento de hermafroditas: Los augures y los sacerdotes de sacrificios consideraban tales disturbios del orden como fuente de males y desdicha, por lo que al principio se desterraba a los implicados. El miedo irracional se encuentra ya en la historia de la época más antigua, y explica también los cautelosos pasos del legislador moderno frente a los fenómenos de transexualidad (114).

2. Puedo reconocer el sexo de aquél que se halle frente a mí en un primer vistazo. Estoy irritado cuando quizá por su voz al teléfono no he podido determinar correctamente el sexo. De conformidad con el § 119 apartado 2 BGB un error en torno al sexo puede ser una causa para la impugnación de un contrato (115).

Las lenguas románicas permiten deducir el sexo de los participantes de una conversación incluso en expresiones tan cotidianas y breves como «sono stato» o «estoy cansado». Una pregunta que se refiera a la persona del interlocutor, o un piropo, habrá de plantearse correcta en cuanto al género del adjetivo. Junto al temprano aprendizaje del idioma, el niño aprende también a encuadrarse a sí mismo dentro del sexo correcto y a expresarse correspondientemente. La gramática refuerza de este modo la presión hacia una socialización específica en cuanto al sexo. Para los transexuales supone una complicación adicional de su adaptación. La coeducación y las modas unisex en cuanto a la vestimenta y al corte de pelo (en los países del norte aparentemente más extendida que en los del sur) exigen por su lado una nivelización. ¿Podría ser que por este motivo la transexualidad es menos frecuente en la Europa meridional?

La cuestión de la determinación del momento a partir del cual el entorno ha de reconocer un cambio de sexo se configura de modo parecido a la planteada en el Derecho Internacional público en cuanto al reconocimiento de nuevos gobiernos o Estados. El jurista práctico se halla frente a la cuestión de determinar el momento a partir del que una persona transexual ha de ser tomada por hombre o mujer en las actuaciones judiciales o en las sentencias. Dirigirse a ésta mediante la utilización de barras: «el/la demandante» como es costumbre en la RFA de conformidad con el § 611b BGB (de acuerdo con la prohibición de discriminación por razón de sexo, art. 3 apart. 2 de la Constitución) no puede considerarse la solución. Por ello, antes

(114) Comp. WILL (supra nota 14) 914.

(115) Sobre un *error in sexu* en la compra de una esclava (distinto el error sobre la falta de virginidad): Dig. 18,1,11,1, que hoy puede adquirir significación en la compra de un animal: BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht II* (1884) 458 s.

de la inscripción de un cambio de sexo en el Registro civil sobre la base de una disposición judicial que siga a una operación de cambio de sexo, permanece el sexo que se encuentre inscrito (116). El cirujano se halla frente a la misma alternativa para saber si su paciente ha de ser ingresado en la sección de hombres o de mujeres.

Llamamos transexualidad al fenómeno conocido hace ya casi 140 años y que se denomina así conforme a la expresión introducida por Harry Benjamin en 1953 (117). En ocasiones hallamos la antigua expresión propuesta por H. Ellis «eonismo».

Esta expresión deriva del *Chevalier d'Eon* (1728-1810), uno de los principales agentes de la diplomacia secreta francesa de Luis XV; que debido a su propio juego para presentarse alternativamente con uno de ambos sexos fue temporalmente una conocida figura dentro del mundo de las anécdotas (118). Su vida ofrece material suficiente para escribir una comedia de enredo. En la corte de la zarina Elisabeth apareció como mujer, ganó su confianza y se convirtió en su lectora personal. Más tarde retornó a la Corte como hombre y embajador y se dio a conocer como hermano de aquella lectora personal de la zarina. Exiliado en Inglaterra sólo podía retornar a Francia bajo la condición de que fuera una mujer. Las dudas acerca de su sexo ocuparon a sus contemporáneos de un modo tan apasionado que algunos de ellos hicieron apuestas. Sin ser transexual, dirigió sus dotes como extraordinario travestí hacia fines políticos. tomó parte en la guerra de los 7 años como comandante de dragones, siéndole concedidos una serie de galardones y medallas por su valentía y habilidad en la lucha en distintos campos de batalla (de alguna manera es la versión masculina de Juana de Arco aunque no fue tan célebre). Más tarde, como embajador en Londres acaparando todo tipo de poderes, realizó valiosos servicios para su patria, dejando a su muerte unas memorias de amplio contenido.

3. La transexualidad es una perturbación de la autoidentificación sexual y no tiene nada que ver con el apetito sexual. Tales personas sufren una partición entre su espíritu y su cuerpo. Consideran que su sexo corporal es un «error de la naturaleza» y aspiran a una adaptación al sexo opuesto (119). El sistema sexual dual es reconocido así por los propios transexuales. Los sufrimientos pueden aumentar

(116) Landesarbeitsgericht Berlin, Arbeitsrecht in Stichworten 1980, 159.

(117) Comp. la obra capital de carácter médico de WOLF EICHER, *Transsexualismus: Möglichkeit und Grenzen der Geschlechtsumwandlung* (Stuttgart/New York 1984) 5 ss. con completa literatura p. 172 ss.; A. SCHNEIDER Diss. iur. (supra nota 31) 36 ss.; H. E. EHRHARDT, *Transsexualität: medizinische, rechtliche und ethische Aspekte*, en: G. BUCHHOLZ y otros (dirig.), *Der Arzt, Profil eines freien Berufes*, Festschr. J. F. Volrad Deneke (1985) 272 ss., al igual que las obras citadas en nota 102.

(118) Sobre él comp. Nouveau Larousse illustré IV (Paris ca. 1900) 209.

(119) Comp. WILL (supra nota 14) 912; HOFER en: BISCHOF (supra nota 110) 203 s.

de tal manera que los enfermos psicológicos pueden llegar a amputarse a sí mismo algún órgano o intentar suicidarse.

La legislación acerca de la transexualidad existe en Suecia desde 1972 (120), desde 1980 en la República Federal de Alemania (121), desde 1982 en Italia (122), desde 1986 en Holanda (123) y desde 1988 incluso en Turquía (124). Provocaron toda una avalancha literaria. Como antesala ya habían aparecido previamente las polémicas sentencias de la Comisión Europea de Derechos Humanos (125) y de la Corte Constitucional Federal alemán (126) (comp. también supra nota 12 y ss.). Paradójicamente, en el último decenio se ocupan de este tema más parlamentarios, médicos y juristas que transexuales existen (en cualquier caso en número mayor que los hermafroditas). Todavía no ha tenido lugar en medida suficiente un intercambio de experiencias a nivel de Derecho comparado más allá de las fronteras en lo que a la elaboración de estas leyes se refiere (127).

La Ley de transexualidad alemana contiene en 18 párrafos una regulación detallada de la «solución por la puerta pequeña» (el mero cambio de nombre, §§ 1 y ss.) y de la «solución por la puerta grande» (la transformación real del sexo al que se pertenece, §§ 8 y ss.). Sobre el fenómeno conexo de los hermafroditas la ley se mantiene en silencio. Así, en la práctica aparecen problemas de diferenciación de los procedimientos (128). En el caso de los intersexuales se sigue el § 47 de la Personenstandsgesetz, PStG (normativa que regula la inscripción en el Registro civil) (129), donde no queda fijado nada en torno a los presupuestos de Derecho material. En este caso, al igual que en el Derecho romano, son las características predominantes las que acaban por inclinar la balanza en un sentido u otro. Esto no altera el hecho de que el hermafrodita no es mencionado por la ley escrita.

(120) Comp. CARSTEN, StAZ 1972, 332; sobre ello WILL (supra nota 14) 917.

(121) Gesetz über die Änderung der Vornamen und der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen vom 10. Sept. 1980, Bundesgesetzblatt (Boletín oficial de la RFA) I p. 1.654.

(122) Sobre esto PATTI/WILL, La rettificazione di attribuzione di sesso, Rivista di diritto civile 28 (1982) 729-762; los mismos, Mutamento di sesso e tutela della persona (Padova 1986, 145 páginas); WILL (supra nota 14) 929 ss.

(123) BREEMHAAR, StAZ 1986, 204-206.

(124) Ley Nr. 3444 del 4-5-1988: La *occasio legis* fue el escándalo por el conmovedor caso de una cantante, conocida por el nombre de «Bülent Ersoy»; sobre esto ÖTZAN/WILL (supra nota 14) con otras indicaciones.

(125) Comp. WILL (supra nota 14) 928, 938 s.

(126) BVerfGE (Colección oficial de sentencias del Bundesverfassungsgericht, Tribunal Constitucional) vol. 49, p. 286 del 11-10-1978.

(127) Sobre la que presenta objeciones bien razonadas WILL (supra nota 14) 915 ss.

(128) Sobre esto Amtsgericht (Tribunal de 1.ª Instancia) Freiburg, StAZ 1983, 16 s.

(129) AUGSTEIN, StAZ 1982, 241 mención 19 casos entre 1964 y 1980. Para una estadística sobre decisiones en casos de transexualidad vid. AUGSTEIN, StAZ 1983, 339 ss.

Los transexuales no son con seguridad hermafroditas pues pueden ser perfectamente encuadrado en un sexo o en otro. Partiendo de la unidad psicosomática de la persona hay que reconocer, no obstante, que nos encontramos aquí frente a una serie de casos que guardan paralelismos y parecidos entre sí. Desde el punto de vista de su localización psíquica el transexual es un «hermafrodita»; común a ambos es la inseguridad de su encuadramiento sexual. El problema de los intersexuales debería pues haber sido regulado también por una ley más precisa, que hubiese cubierto por fin la laguna que existe desde la publicación del BGB (en el año 1900). Puesto que hasta la fecha la práctica jurídica supo salir adelante con estos medios tan rudimentarios, no surgió la necesidad de regular esta cuestión. El material histórico-jurídico acerca de los hermafroditas tampoco había sido estudiado hasta la fecha. Sin embargo, para los transexuales, las sentencias de los altos Tribunales venían reclamando una regulación precisa.

Es dudoso que este esfuerzo regulador se halle justificado. ¿No habría bastado con añadir un único párrafo al § 47 de la PStG? (130). La Ley de transexualidad no alcanza la calidad de la regulación del ALR para los hermafroditas (supra II 6 in fine). Además sus disposiciones no se encuentran sistematizadas respecto a algunas cuestiones. Así, la «solución por la puerta pequeña» de la alteración del nombre propio no modifica en absoluto un matrimonio ya existente (131); y como consecuencia se deduce de la inscripción del mismo un matrimonio homosexual. Sin embargo, una persona de estas características no puede contraer un nuevo matrimonio debido al § 7 apartado 1.º número 3 (132).

IV. LA TRANSFORMACION SEXUAL QUIRURGICA Y LA CASTRACION: UNA COMPARACION

1. Es más grave que la Ley regule de forma compleja las particularidades procedimentales que deberían haber sido recogidas en un mero reglamento. La cuestión de Derecho material que por su contenido era decisiva, esto es, la fijación de los presupuestos para llevar a cabo una operación de transformación de los genitales, quedó sin resolver por el legislador. La ley no fija ninguna edad mínima para

(130) Tal como debió ser previsto en 1943 en Bolivia, comp. WILL (supra nota 14) 241. Análogamente hoy en Turquía: ÖTZAN/WILL (supra nota 14).

(131) Esto se deduce *contrario sensu* del § 8 apart. 1 nota 2 y era además expreso motivo legislativo. Tiene también el valor de ensayo, reconocido por el legislador, en el nuevo papel sexual, en personas que querían preservar en su matrimonio precedente. Comp. KOCH, Medizinrecht 1986, 174.

(132) Como inconsecuente lo critica AUGSTEIN, StAZ 1981, 10 s.

poder llevar a cabo tal operación. Así se crea una situación paradójica en relación con la Ley de castración de 1969 (133). Pese a sus diferenciados objetivos, una operación de cambio de sexo es sin duda la intervención más grave. Alguien que vaya a ser castrado sólo pretende liberarse de sus impulsos masculinos hipertróficos. Un transexual busca el total rechazo de su masculinidad subdesarrollada y la creación quirúrgica de los caracteres femeninos. La intervención quirúrgica tiene en el segundo de los casos un componente destructivo y otro constructivo, siendo la fuera destructiva, como ya indica la Ley, la total esterilización (134). Así, los juristas romanos no dudaron un solo instante en denominar *castratus* al hombre intervenido quirúrgicamente y a someterle a las correspondientes desventajas jurídicas. No es necesario seguir aclarando cuáles son las incomparables y graves consecuencias en relación a la ejecución y costes de la intervención, descrita con el eufemismo «adaptación de sexo». Prueba de ello es que el médico tiene que informar detalladamente al paciente, y éste debe firmar una declaración de conformidad. Los tribunales alemanes condenan a las mutualidades aseguradoras de enfermedad, conforme a una interpretación amplia del concepto «enfermedad», a correr con los gastos de esta intervención (135).

Conforme a los §§ 2 y 4 de la Ley de castración, la castración no es una lesión corporal punible, cuando además de otros requisitos, el afectado tenga al menos 25 años de edad y cuando los peritos médicos le hayan reconocido e informado convenientemente. La Ley de transexualidad, por el contrario, no fija ninguna edad mínima; los peritos sólo deben informar acerca del éxito de una operación ya realizada, según indican los § 4 apartado 3.º y § 9 apartado 3.º. La edad de 25 años sólo fue acogida en un acercamiento a la Ley de castración en el § 1 apartado 1.º número 3.º y § 8 apartado 1.º número 1 de la Ley de transexualidad, aunque sólo para los procedimientos judiciales del cambio de nombre propio, así como de la determinación del sexo. Debido a estas «medias tintas» del legislador, la Corte Constitucional Federal (quizá por una aplicación un tanto

(133) Gesetz über die freiwillige Kastration und andere Behandlungsmethoden (Ley sobre la castración voluntario y otros tratamientos terapéuticos) de 15-8-1969, BGBl I p. 1.143.

(134) § 8 apart. 1 nota 1 Ley de transexualidad; KOCH, *Transsexualismus etc.*, Medizinrecht 1986, 175. Pormenores también en WILLE/KRÖHN/EICHER, *Sexualmedizinische Anmerkungen zum Transsexuellengesetz*, FamRZ 1981, 418 ff.; EICHER (supra nota 117) 98 ss.

(135) SPENGLER, *Transsexualität eine Krankheit im Sinne der RVO*, NJW 1978, 1.192; BSG 62, 83 ss. = NJW 1988, 1.550 s.; LSG München Breith. 1987, 531 ss.; LGS Celle FamRZ 1987, 107; LSG Stuttgart NJW 1982, 718. Sobre el coste para 10-20 días de estancia hospitalaria en Servicios especializados vide EICHER (supra nota 117) 166. Sobre la relación coste-aprovechamiento, críticamente EHRHARDT (supra nota 117) 283 ss. Según la Oberlandesgericht de Frankfurt, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 1981, 320, los presos no tienen ningún derecho al tratamiento de transformación de sexo.

impetuosa del principio de igualdad) declaró la nulidad de la edad mínima de 25 años prescrita para la «solución por la puerta grande» (136). Por ello, la ya de por sí complicada situación jurídica se ha visto aún más enturbiada. Esta declaración de nulidad se apoya exclusivamente sobre el hecho de que el legislador no hizo depender la intervención quirúrgica misma de alcanzar la edad en cuestión, lo que habría sido tolerable desde el punto de vista jurídico-constitucional (137). Comparada con la Ley de castración se trataba pues del principio de un fallo en la redacción de la Ley de transexualidad que no contenía ninguna referencia a una edad mínima para llevar a cabo la intervención quirúrgica (138). Con ello, la oportunidad para un deseado aumento de la edad mínima parece haberse desvanecido (139). Un cirujano no puede rechazar los deseos de transformación de una persona mayor de 18 años con la justificación de que son ilegales en tanto en cuanto no se haya alcanzado una edad más madura. No se puede hacer valer el argumento de que las intervenciones realizadas a las personas jóvenes sanan más de prisa y mejor. Sólo en contados casos los jóvenes de 21 años (desde un punto de vista penal alemán considerados como «semi-adultos») gozarán de la madurez psicológica y sexual necesaria para darse cuenta plenamente de la transcendencia de su deseo. Ya que el legislador no atenuó la responsabilidad del cirujano ni siquiera en parte (al contrario que en la Ley de castración), su eventual punibilidad se rige conforme a la disposición general del § 226a del Código penal alemán (140).

«Es ist der Geist, der sich den Körper baut» («Es el espíritu el que da forma al cuerpo») (141). Estas palabras de Friedrich von Schiller se han hecho realidad por los avances producidos en las técnicas quirúrgicas. El hecho de que la conciencia ética no se desarrolle de acuerdo con el progreso tecnológico no es ninguna novedad. El hecho de que los hermafroditas puedan ser auxiliados mediante operaciones correctoras realizadas a temprana edad (supra II 7) es naturalmente un adelanto. Ello es sin duda una correcta curación. Los reparos de tipo jurídico-ético comienzan allí donde un órgano sano, capaz para la procreación, es quirúrgicamente destruido y amputado. Una des-

(136) BVerfGE (supra nota 126) 60, 123 = NJW 1982, 2.961; comp. MÜNCHENER KOMMENTAR-REBMANN (2.ª ed. 1989), Introducción nota marg. 164 ss.

(137) Razonable AUGSTEIN, StAZ 1982, 174, en su advertencia crítica (puesto que presentó Recurso de inconstitucionalidad en nombre de su cliente). Igual KOCH, Medizinrecht 1986, 175 nota 27.

(138) Críticamente sobre el error de la falta de una edad mínima, también EHRHARDT (supra nota 117) 281 s. La nueva normativa holandesa no prescribe tampoco ninguna edad mínima.

(139) Para la Adopción se prescribe en § 1743 BGB una edad mínima de 25 años.

(140) Sobre esto MICH. WALTER, JZ 1972, 263 ss.; también GIESEN, Transsexual Surgery and the Law, en: The International Journal of Medicine and Law vol. 1 (ca. 1980) 469-474.

(141) SCHILLER, Wallensteins Tod (1799), 3.º acto, escena 13.

trucción de tal tipo contraviene el histórico juramento hipocrático (142). El derecho al propio cuerpo sigue encontrando sus límites en las buenas costumbres (§ 226a Código penal alemán). La moralidad pública limita también el llamado «derecho de autodeterminación sobre el propio sexo» muy popular en la actualidad (143). Se precisa para ello de un profundo examen para saber si el estado de la enfermedad psíquica ha disminuido el equilibrio de la persona afectada de tan insoportable manera, que sólo puede ser superado por vía de una intervención quirúrgica. Esta intervención ha de permanecer como última ratio, conforme a las intenciones del legislador.

Con todo el reconocimiento hacia el arte de los cirujanos (al menos por lo que a la operación de hombre a mujer se refiere) (144) sus intervenciones se mueven en el campo de la estética; pese a un tratamiento hormonal durante toda una vida no puede resultar completa la transformación en el nuevo sexo (a menudo la aparición de barba y la gravedad de la voz ya delatan al sujeto). Los pacientes esperan muchas veces más de lo que una operación en sí puede ofrecer. Incluso se dan casos en los que el paciente desea retornar al punto de partida, si la operación es un fracaso. Las operaciones de mujer a hombre son por su naturaleza mucho menos satisfactorias en cuanto a sus resultados (145).

«La transexualidad es una enfermedad psíquica y por lo tanto ha de ser combatida con los medios de la psiquiatría» (146). La meta de toda psicoterapia es lograr un tratamiento del paciente de tal modo que aprenda a valorar su rol social y a aceptarlo. Es decir, una terapia ha de basarse primordialmente en la conservación del sexo que corresponde por naturaleza y no en una transformación del mismo.

Acerca del éxito de los esfuerzos psicoterapéuticos existen diversas opiniones. La tendencia preponderante considera tales experimentos como intentos vanos, condenándolos de antemano al fracaso. Los transexuales estarían bloqueados por sus aspiraciones a desenvolverse en el sexo contrario y ningún intento de influenciar de algún modo tal tendencia les empujaría a actuar de otro modo (147). Sin embargo,

(142) El Juramento Hipocrático comprendía incluso una cláusula por la que no se debe operar un cálculo en la vesícula de la orina, porque podía comportar pérdida de la capacidad generativa, dadas las técnicas quirúrgicas de aquella época. Comp. K. DEICHGRÄBER, *Die ärztliche Standesethik des hippokratischen Eides*, en: *Quellen und Studien zur Geschichte der Naturwissenschaften und Medizin* vol. 3, Heft 2 (Berlín 1933) p. 29-49 (resp. 79-99).

(143) WILL (supra nota 14) construye la expresión «Die Geburt eines Menschenrechts» (alumbramiento de un nuevo Derecho humano).

(144) Reproducciones en EICHER (supra nota 117) 99 ss.

(145) EHRHARDT (supra nota 117) 276 s. la designa incluso, con acierto, como intervención mutilatoria.

(146) SIGUSCH NJW 1980, 2.745; aprobado por EHRHARDT (supra nota 117) 282 s.

(147) SIGUSCH NJW 1980, 2.743; más detallado EICHER (supra nota 117) 151 ss.; FAHRNER et al. (infra nota 149) 340 con otras indicaciones.

a lo dicho cabe oponer que en ciertos casos, tras una terapia de años, algunos pacientes han dejado de identificarse con el sexo contrario (148). La primera postura, es verdad, no considera a éstos últimos como «auténticos», la psiquiatría y la terapia de comportamiento se ocupan de llevar a cabo una importante labor de selección. Sus medios han de haberse agotado completamente antes de proceder a seccionar, para liberarles del peso.

Naturalmente, un rechazo pleno de las transformaciones sexuales por vía quirúrgica (tal y como mantienen aún hoy los altos tribunales franceses) no es de desear desde un punto de vista político-jurídico. De modo parecido a como ocurre con la problemática del aborto se empujaría así a los paciente a la ilegalidad; y esto significaría enviarlos a Casablanca (donde, como es sabido, se realizan en mayor medida este tipo de operaciones).

Sobre la base de observaciones catamnésicas de los últimos años, se advierte que los transexuales operados se hallan mejor integrados desde un punto de vista psicosocial en su nuevo rol sexual que antes de la operación, o que aquéllos que no se han sometido a una operación (149). Para ellos es necesaria una preparación del paciente y de las circunstancias que le rodean durante varios años, así como un estudio intensivo del individuo y de sus motivaciones. De conformidad con los §§ 1 y 8 de la Ley de transexualidad, el cambio de nombre propio o del sexo sólo tienen lugar, cuando el paciente «manifieste durante al menos 3 años» una conciencia traumática al querer vivir en conformidad con sus planteamientos, dentro del rol social del sexo contrario. En correspondencia con esto, la fase de tratamiento preoperativo se ha de extender al menos a 3 años.

Conforme a la situación legal, la quirúrgica transformación sexual aparece como un proceso legal, aún cuando se halle sujeto a unas condiciones concretas. Pese a todo, la operación no puede considerarse como un medio de sanación completo. Este tipo de intervenciones sustanciales en la integridad corporal sólo se perciben en el caso de enfermedades de las que derive un grave peligro para la vida. Una operación de tales características, en las que se altera de forma tan determinante el orden natural de las cosas, debe considerarse siempre como la última solución a tener en cuenta. De modo parecido a la regulación vigente sobre el aborto que no protege suficientemente frente a abusos, la Ley de transexualidad deja sin protección, en especial frente a «experimentos», aún cuando estén muy bien intencionados (150).

(148) FRISCHE, *Behandlung und Begutachtung der Transsexualität*, en: *Lebensversicherungsmethoden* (Revista) 1981, 165 ss.; FAHRNER (infra nota 149) 341.

(149) FAHRNER/KOCKOTT/DURAN, *Die psychosoziale Integration operierter Transsexueller*, en: *Nervenarzt* (Revista) 1987, 340-348.

(150) Sobre el precedente, con acierto EHHARDT (supra nota 117) 281 ss.

Existen trabajos preparatorios en orden a la renovación de la Ley de castración (151). La grave discrepancia ya señalada en relación con las operaciones efectuadas con transexuales, precisa ser eliminada cuanto antes. Finalmente, el legislador también debería decidirse a regular expresamente los problemas de los hermafroditas, silenciados durante 90 años.

2. A aquellos hombres transformados quirúrgicamente en mujeres, les serían de aplicación las disposiciones en vigor para las mujeres. Por ejemplo, se considerarían víctimas potenciales de un delito de violación (152). También la prohibición de trabajo nocturno debería serles aplicable (153).

El objeto de una transformación sexual quirúrgica es la reproducción fiel del sexo contrario de forma tal que la ilusión sea perfecta. Pese a que una integración total en el rol sexual contrario sería de desear, el transexual objeto de una operación de transformación, está obligado a informar de su estado a aquél con el que pretenda contraer matrimonio, pues de lo contrario el matrimonio sería anulable por efecto de un error sobre un elemento personal de tipo esencial (154). También el matrimonio contraído por un hermafrodita debería contemplarse como matrimonio anulable y no como inexistente (debido a la prohibición de matrimonios homosexuales), puesto que la cuestión de la preponderancia de sus caracteres sexuales no puede concretarse de modo categórico (155).

V. CONSIDERACION METODOLOGICA FINAL

El criterio de diferenciación empleado con los hermafroditas desde antiguo es susceptible de ser generalizado (156). Peter Hanau utilizó hace poco, entre otras cosas, con objeto de superar el problema de los *empleados directivos* en el Derecho laboral, el criterio de la preponderancia de caracteres, enlazándolo expresamente con la concepción de hermafroditas practicada por el Derecho romano (157). Según

(151) Comp. SCHÖNKE/SCHRÖRDER/ESER, Strafgesetzbuch § 223 StGB nota marg. 64.

(152) § 177 StGB: FRISCHE (supra nota 148) 168.

(153) § 19 apart. 1 Arbeitszeitordnung (Ley sobre el horario de trabajo), Landesarbeitsgericht Berlin, JZ 1980, 201, 203. Conforme a ello, la fuerte inclinación transexual de un trabajador ya puede servir como fundamento para un despido procedente.

(154) Münchener Kommentar zum BGB MÜLLER-GINDULLIS (2.ª ed. 1989) § 32 EheG nota marg. 38.

(155) Para un matrimonio inexistente OLG Frankfurt NJW 1976, 1.800 = StAZ 1977, 12, en un caso de un matrimonio aparentemente homosexual.

(156) Para figuras jurídicas híbridas, véd. WACKE, Logische Paradoxien in antiker und moderner Jurisprudenz, Festschrift der Kölner Rechtswiss. Fak. z. 600jähr. Univ. jubiläum (1988) 325, 360 ss.

(157) HANAU, Analogie und Restriktion im Betriebsverfassungsrecht, en: Arbeitsleben und Rechtspflege, Festschrift GERH. MÜLLER (1981) 169 ss., 179 s.

las palabras de Hanau, el hermafrodita como ser híbrido «vale en la actualidad como modelo para la subsunción jurídica de supuestos de hecho que no se dejan incluir de forma precisa dentro del sistema de categorías jurídicas establecidas». Para algunos supuestos legales basta la preponderancia de un carácter (158). En otras disposiciones, la ciencia y la práctica igualan el cumplimiento total del supuesto de hecho con la aplicación analógica al principio de la preponderancia (159). Esto puede tener como consecuencia una extensión muy amplia del campo de aplicación de una disposición, y precisa de una profunda reflexión para determinar las exigencias que se deben plantear en cuanto a la intensidad de la preponderancia.

Heinrich Lehmann calificó expresamente los *contratos mixtos* como *contratos híbridos* (o *hermafroditas*) (*Zwitterverträge*) (160). De conformidad con la teoría de la absorción que en relación con esto viene representada por Ph. Lotmar (161), es la prestación principal la que condiciona la naturaleza del contrato; los restantes elementos de otros contratos en éste son absorbidos por el contrato principal. La teoría de la absorción no se corresponde con la opinión dominante en la actualidad (162). Sobre la base de la libertad contractual en el campo del *Derecho de obligaciones*, y del número ilimitado de los tipos contractuales combinables entre sí, no rige la regla lógica del tercero excluido como en el caso del dimorfismo sexual aquí expuesto. Un ejemplo más adecuado es la *donación mixta*: En tanto que la adquisición gratuita, debido a la ausencia de contraprestaciones patrimoniales, no es favorecida por el ordenamiento jurídico en comparación con la onerosa (163), se plantea aquí la misma cuestión en cuanto a la fijación de límites se refiere. Como regla parece aplicable la diferenciación, según prepondere el carácter oneroso o el gratuito (164). También en el campo del Derecho tributario parece aplicable el criterio de la preponderancia, esto es, en cuanto a la diferenciación entre los gastos empresariales de las inversiones de tipo privado (en tanto en cuanto no corresponda hacer allí una división) (165).

El reconocimiento teórico de la justificación de este procedimiento ya lo mostró Cicerón en su obra titulada «Acerca de las fronteras

(158) Por ejemplo § 118 apart. 1 Betriebsverfassungsgesetz (Ley sobre la constitución de sociedades mercantiles); HANAU 179.

(159) § 37 apart. 6 y 7 Betriebsverfassungsgesetz; HANAU 179.

(160) ENNECCERUS/LEHMANN, Schuldrecht (15.ª ed. 1958) § 100 III.

(161) LOTMAR, Der Arbeitsvertrag I (1902) 176 ss., 686 ss.

(162) STAUDINGER/LÖWISCH § 305 BGB, nota marg. 25; SOERGEL/M. WOLF § 305 nota marg. 27.

(163) Comp. MEDICUS, Bürgerliches Recht (13.ª ed. 1987) § 16.

(164) Así (referente a § 530 BGB), BGHZ 30, 120, 122 ss. Para pormenorizaciones MünchKomm.—KOLLHOSSER § 516 nota marg. 26-36.

(165) Los tratados de Derecho Financiero hablan de la esencialidad de la causa, comp. TIPKE, Steuerrecht (11.ª ed. 1987) § 11 p. 256 ss., 261 s.

entre el bien y el mal»: «El entero se califica siempre como tal sobre la base de sus partes más importantes y de mayor extensión» (166).

En los casos de que se hallen en la zona intermedia (biológicamente los hermafroditas auténticos), no se puede aplicar tal principio. El Derecho canónico introdujo aquí el derecho de autodeterminación sexual del interesado. El ALR prusiano acogió un derecho de determinación ajeno a los padres para el caso de los menores de edad. Determinar si este derecho de autodeterminación ha de vincular para todo momento futuro, es para el caso de los hermafroditas como para el caso de los transexuales, una cuestión que ha de ser resuelta en última instancia desde un planteamiento jurídico-político.

(166) Cicero, De finibus 5,92: *Semper enim ex eo, quod maximas partes continet latissimeque funditur, tota res appellatur*. He de agradecer a G. NOODT, Opera omnia III (Napoli 1786) p. 25 = Commentarius ad Pandectas, ad lib. I tit. 5 su indicación sobre la posibilidad de ponder esta cita de Cicerón en relación con el hermafrodita. «Porque cada cosa toma su denominación por su parte más distintiva», dice sobre ello el art. «hermafrodita» en el ZEDLER Lexikon, apoyándose en BENEDICT CARPZOW.

La codificación española y su influencia en el Código civil argentino (*)

Por LUIS MOISSET DE ESPANES

SUMARIO: I. Introducción.—II. El proceso de codificación española. a) Proyecto de 1821. b) Proyecto de 1836.—III. El proyecto de 1851 y García Goyena.—IV. Influencia del Proyecto de 1851 en el Código civil argentino. a) Concordancias. b) Artículos elaborados sobre la base de comentarios de García Goyena. c) Artículos del Código civil argentino que se inspiran en el Proyecto de 1851.—V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Hemos elaborado este trabajo como un homenaje al Código civil español en el centenario de su vigencia, y con tal propósito hemos elegido como terreno de nuestra investigación la influencia que el proceso de codificación hispano ejerció en algunos códigos civiles americanos, con especial referencia al de nuestro país.

Somos plenamente conscientes de que si lo hubiésemos titulado: «Influencia del Código civil español en el derecho civil argentino» hubiésemos incurrido en un manifiesto anacronismo, ya que el principal cuerpo del derecho privado argentino fue sancionado por el Congreso de la Nación en 1869 (1), es decir dos décadas antes de que entrase en vigencia el Código civil español.

Podría reprochárse nos que no es factible que don Dalmacio Velez Sarsfield se inspirase en un modelo que todavía no había tomado forma. La crítica pecaría, sin embargo, de superficial, pues —como ya lo hemos demos demostrado en alguna oportunidad, el proceso

(*) Investigación efectuada para presentarse en el Congreso Internacional de Lima en Homenaje al Centenario del Código civil español: 1889-1989.

(1) El Código fue sancionado por el Congreso de la Nación el 25 de septiembre de 1869, por ley núm. 340, y promulgado por decreto del Presidente Sarmiento el día 29 del mismo mes. Entró en vigencia el primero de enero de 1871.

de elaboración de un Código comienza siempre bastante antes de su sanción y vigencia, y las ideas que en él se incorporaron pueden ejercer influencia en la elaboración de otras leyes que logran su sanción con anterioridad.

Hemos visto así, por ejemplo, que el Código civil Uruguayo, sancionado en 1868 (2), incorpora normas tomadas del Proyecto argentino (3), que recién lograría consagración legislativa un año y medio después. Y el Código civil español tomó muchas veces como modelo el Anteproyecto belga de Laurent (4), que nunca llegó a convertirse en ley (5). Por su parte en Costa Rica se ha señalado la curiosidad de que en el Código de 1888 existen artículos iguales a los del Código español, promulgado con posterioridad, lo que se explica porque «el costarricense se inspiró principalmente en el proyecto hispano de 1851», que la comisión codificadora hubo de tener a la vista (6).

En el caso particular de España su máxima ley civil es un fruto tardío del moviminetto codificador del siglo XIX, que se realiza bajo la orientación de la codificación napoleónica, pero esta demora no constituye un defecto, sino que se convierte en una ventaja, pues en lugar de ser una mera imitación servil del modelo, puede independizarse de su prestigio intelectual, recoger las críticas —tanto metodológicas, como de contenido (7)— y mantener el respeto debido a instituciones enraizadas en el sentir social del pueblo que debía regirse por esas leyes.

(2) La comisión redactora, presidida por Tristán Narvaja, e integrada por Manuel Herrera y Obes, Antonio Rodríguez Caballero y Joaquín Requena, elevó el proyecto el 31 de diciembre de 1867, y fue sancionado por Decreto del 23 de enero de 1868, dictado por el Brigadier Venancio Flores, Gobernador provisorio de la República Oriental del Uruguay. Este Decreto fue ratificado por el Congreso uruguayo el 29 de abril de 1868.

El Código entró en vigencia el 18 de julio de ese mismo año.

(3) Ver nuestro «Derecho civil español y americano. Sus influencias recíprocas», *Revista de Derecho Privado*, Madrid, julio-agosto, 1972, p. 599 y siguientes (en especial notas 26, 79 y 80, y apartado 37, p. 613).

(4) Esta influencia se ejerce a través del Anteproyecto de 1882-1888, como bien lo señala PEÑA BERNALDO DE QUIROS, en el prolijo estudio preliminar (ver p. 33) que precede a la publicación de ese documento por la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Reus, Madrid, 1965.

(5) Vemos así que muchos arts. del Código español vigente, tomados del Anteproyecto de 1882-1888, tienen como fuente el proyecto belga de Laurent. A título ejemplificativo mencionaremos los siguientes: con relación a los testamentos otorgados en país extranjero, los párrafos primero y tercero del art. 732 del Código reproducen los del art. 731 del Anteproyecto, que los tomó del art. 811 de Laurent; el art. 812 del Código vigente se aproxima más a los arts. 797 y 798 del proyecto belga, que al propio artículo 797 del Anteproyecto; en materia de parentesco, el art. 915 del Código (art. 925 del Anteproyecto, que reproduce el 776 de Laurent); los arts. 916 y 917 del Código también están fuertemente influidos por el proyecto belga.

(6) BEECHE LUJÁN, Héctor y FOURNIER JIMÉNEZ, Fabio: «Estudio preliminar» a la edición realizada por el Instituto de Cultura Hispánica del Código civil de Costa Rica, Madrid, 1962, p. 21.

Mencionan allí investigaciones efectuadas por el licenciado BRENES CÓRDOBA.

(7) Ver nuestro trabajo citado en nota 3 (apartado V, p. 603 y ss.).

Pero el hecho de que el Código recién se sancione en 1889 no significa que el pensamiento jurídico español hubiese permanecido ajeno a la necesidad de dar mayor claridad y certeza a su derecho privado. Muy por el contrario, ya desde comienzos del siglo XIX comenzará un «proceso de codificación», que sufrirá diversas alternativas, y en el cual descuella el Proyecto de 1851, y las Concordancias y Comentarios de esa obra, debidas a don Florencio García Goyena.

Toda esa tarea, desarrollada a lo largo de más de setenta años, brinda una valiosa doctrina que enriquece el derecho hispano, y que marca por igual con huellas indelebles a la codificación americana (8) y al Código civil español (9).

II. EL PROCESO DE CODIFICACIÓN ESPAÑOLA

A comienzos del siglo XIX, ocupada España por los franceses, la Carta de Bayona de 1808 alude a la necesidad de sancionar un Código civil (10) y el rey José Napoleón promulga disposiciones que sólo tuvieron aplicación en las zonas dominadas por los franceses. Bien dice Federico de Castro que esos antecedentes nada significan para la vida jurídica de España y que el movimiento codificador recién recibirá impulso con la Constitución de Cádiz de 1812 (11), lle-

(8) El código de Chile, pese a ser contemporáneo con el Proyecto de 1851, alcanza a conocerlo, como lo señalan Fernando MURILLO RUBIERA (Congreso Internacional «Andrés Bello y el Derecho», ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1981, p. 244 in fine), y LIRA URQUIETA: «El Código civil chileno y su época», ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1956, p. 77 y 91 (citado por CASTÁN VÁZQUEZ, en «Andrés Bello y el Derecho latinoamericano-Congreso Internacional», La Casa de Bello, Caracas, 1987, p. 337, nota 14).

La Comisión de Códigos uruguayo, en su nota del 31 de diciembre de 1867 dice que se ha servido del proyecto del «Sr. Goyena», e insiste luego mencionando opiniones del «sabio jurisconsulto Goyena», con especial referencia a sus «Concordancias».

Por su parte don Dalmacio Vélez Sársfield, al elevar el proyecto del Libro Primero del Código argentino al Ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública Dr. Eduardo Costa, en nota del 21 de junio de 1865 manifiesta que una de las fuentes que ha tomado en consideración ha sido el Proyecto de Código civil para España del señor García Goyena.

Finalmente recordemos que LACRUZ BERDEJO («Nota preliminar» a la reimpresión de las «Concordancias...», Zaragoza, 1974, p. VII), informa que también la Comisión redactora del Código de Guatemala de 1877 alude al Proyecto de 1851.

(9) La primera de las «Bases» de la Ley de 1888, estipula:

«El Código tomará por base el proyecto de 1851 en cuanto se halla contenido en éste el sentido y capital pensado de las instituciones civiles del derecho patrio...».

Existe una continuidad en el proceso de codificación civil española que vincula estrechamente el proyecto de 1851 con el Código de 1889.

(10) El art. 96 de la Constitución de Bayona de 1808 disponía que «Las Españas y las Indias se gobernarán por un solo Código de leyes civiles y criminales».

Esta norma, que propone la unificación del derecho civil, va a provocar escozor en las regiones forales, que resistirán siempre esta solución, mirándola con un avance de los «afrancesados».

(11) CASTRO, Federico de: «Derecho civil de España-Parte General», tomo I, 3.^a ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955, p. 205.

gándose a nombrar una comisión para redactar el Código, intento que se frustra por la disolución de las Cortes, dispuesta por Fernando VII en mayo de 1814.

a) *Proyecto de 1821*

Posteriormente al levantamiento de Riego, en 1820, obliga al rey Fernando VII a jurar la Constitución de 1812 y convocar a nuevas Cortes, que el 22 de agosto designan una Comisión encargada de elaborar un proyecto del Código civil, que estaba integrada por siete miembros: Antonio Cano Manuel y Ramírez de Arellano; Antonio de la Cuesta y Torres; Pedro de Silves; Juan Nepomuceno Fernández San Miguel; Martín Hinojosa; Felipe Benicio Navarro; y Nicolás María Garelly. En junio de 1821 este último lee ante las Cortes el «Discurso Preliminar» y esquema del proyecto, que se manda imprimir (12), al igual que partes del articulado proyectado (13).

Los avatares políticos de la época impiden que la obra prosperase, pero los trabajos, aunque incompletos, han merecido un juicio crítico favorable de autores tan conspicuos como Federico de Castro, quien nos dice:

«La obra en su conjunto, parece el resultado de una fuerza, pero original conciliación entre los principios políticos liberales y progresistas, de sus autores y los ideales que inspiraban al derecho tradicional español, en cuyo estudio se habían educado y en cuyo ambiente seguían viviendo. Se logra así un texto moderno que no repugnaba al sentido tradicional español y que con originalidad y amplia visión jurídica y social se adelanta a regular las relaciones de trabajo» (14).

b) *El proyecto de 1836*

El absolutismo que caracterizó la última etapa del reinado de Fernando VII, y su suspicacia frente a las ideas liberales o renovadoras, retrasa la tarea de codificación. Recién en 1831, y por instancias de Manuel María Cambroner comienza a superarse este letargo, y por decreto de mayo de 1833 se nombra a ese jurisconsulto para que hiciera la redacción del Código civil, tarea que encara con entusiasmo

(12) Ver LASSO GAITE, Juan Francisco: «Codificación civil. Génesis e historia del Código», en «Crónica de la codificación española», 4-I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1970, p. 63.

(13) Autor y obra citados en nota anterior, p. 64.

(14) Obra citada en nota 11, p. 207.

y perseverancia, pero queda inconclusa por su fallecimiento, ocurrido en enero de 1834.

Por su parte Fernando VII había fallecido en septiembre de 1833 y se inicia en España el período de las guerras carlistas por la sucesión del trono. La reina viuda María Cristina de Borbón, en su carácter de regente durante la minoridad de Isabel II, busca apoyo en los partidos liberales y en el constitucionalismo parlamentario. En enero de 1834 se forma gobierno bajo la presidencia de Martínez de la Rosa, quien designa Ministro de Gracia y Justicia a Nicolás María Garelly, quien retoma sus inquietudes codificadoras y procede a designar una comisión encargada de redactar el Código civil, que trabaja sobre el antecedente del Proyecto de 1821, y los proyectos elaborados por Cambroner, que habían sido entregados al gobierno por sus familiares.

De esta forma el 15 de septiembre de 1836 se presenta un Proyecto, firmado por José Ayuso Navarro, Eugenio de Tapia y Tomás María Vizmanos, que el gobierno eleva a las Cortes, donde nunca fue objeto de estudio.

Lasso Gaité realiza un análisis bastante pormenorizado del contenido del Proyecto (15), al que la mayor parte de los tratadistas españoles modernos dedican muy pocas líneas (16), pese a que tenía el mérito de asentar sus bases en el derecho histórico español, tanto en el común como en el de las regiones forales, sin desdeñar los aportes del modelo francés, pero sin atarse a él servilmente. Posiblemente, como apunta Lasso Gaité (17), esta actitud le valió el repudio de los sectores «progresistas», que en esos momentos se sentían más afines con las modernas doctrinas francesas, que con el derecho tradicional español, y explica el olvido en que ha caído ese proyecto.

Metodológicamente supera al Código Napoleón, con una adecuada distribución de materias en cuatro libros, separando los derechos reales (Libro II), de las obligaciones y contratos (Libro III). Creemos que no se ha indagado debidamente sobre la influencia que ejerció este plan sobre el Código actualmente vigente en España cuando, después de elaborado el Anteproyecto de 1882-1888, al confeccionarse el proyecto definitivo, apartándose del plan francés y del adoptado por el Proyecto de 1851, se decidió —posiblemente bajo la influencia de Benito Gutiérrez— a adoptar la división en cuatro libros (18).

(15) Autor y obras citadas en nota 12, p. 116 a 149.

(16) En Federico de Castro encontramos solamente una nota; Castán Tobeñas y Albaladejo lo menciona en una línea. Espín Cánovas, Lacruz Berdejo y otros autores casi ni lo mencionan.

(17) Autor y obras citados en nota 12, p. 148.

(18) Ver PEÑA: «Anteproyecto...», p. 10, nota 13; y p. 37, núm. 111; y nuestro trabajo citado en nota 3, núm. 21, p. 607.

III. EL PROYECTO DE 1851 Y GARCIA GOYENA

La doctrina española coincide en afirmar que «los trabajos de la codificación civil en España no toman aspecto política y científicamente serio hasta la creación de la Comisión General de Códigos, por Real Decreto de 19 de agosto de 1843» (19).

La Comisión fue presidida originariamente por don Manuel Cortina y acordó dividirse en cuatro secciones, destinadas a redactar los proyectos de Código civil, penal y de los respectivos procedimientos, disponiendo también que cada una de ellas redactase las bases del correspondiente Código, que deberían ser discutidas en plenario de la Comisión General, a fin de que guardasen correlación y armonía. Respecto al Código civil se estableció que debía abrazar «las disposiciones convenientes para que en la aplicación de él a las provincias que tengan legislaciones especiales, no se perjudiquen los derechos adquiridos, ni aun las esperanzas creadas por las mismas legislaciones».

Apunta ya aquí la resistencia de las regiones de derecho foral a la sanción de un Código civil único.

La sección de Derecho civil estuvo presidida, desde el primer momento por Florencio García Goyena, e integrada por Alvarez, Luzuriaga, Vila, de Quinto, Ruiz de la Vega, Vizmanos, y Ortiz de Zúñiga. Con el fin de conciliar en lo posible la tarea de codificación con las legislaciones forales, solicitó informes sobre estos puntos a las Audiencias y Colegios de Abogados de Coruña, Oviedo, Valencia, Granada y Bilbao (20). No existen actas de las reuniones realizadas por la sección en los años 1843 y 1844, pero no hay dudas que trabajó con empeño, pues elaboró, discutió y sometió al pleno las bases de la codificación civil, que fueron aprobadas por la Comisión General y elevadas al gobierno el 7 de marzo de 1844 (21). Aprobadas las bases se dedicó de lleno a la confección del Proyecto y ya el 23 de noviembre la Sección elevó al pleno el Libro Primero del Código civil, en el que tuvo destacada participación Cirilo Alvarez. Con posterioridad se elevaron también los Libros Segundo y Tercero, pero las tareas se suspendieron porque un Real Decreto de julio de 1846 suprimió la Comisión.

Sin embargo poco después se continúa la tarea, al restablecer el

(19) Conf. LÁCRUZ BERDEJO, José Luis: «Nota Preliminar» a la reimpresión de «Concordancias...», p. IV.

(20) El pedido se formuló el 8 de noviembre de 1843, y se reiteró el 4 de julio de 1844 (ver LASSO GAITE, obra citada, p. 157).

(21) El texto de las 53 bases de la codificación civil puede ser consultado en la obra de LASSO GAITE, p. 163 a 165.

Se establecía en ellas la división de la obra en tres libros, a semejanza del Código francés (base 1); la mayoría de edad los veinte años (base 16); la libertad en la fijación de los intereses convencionales (base 45) y la inscripción constitutiva de los títulos de dominio de inmuebles (base 52).

11 de septiembre de 1846 la Comisión General de Legislación. Se completan los trabajos, se los analiza y discute, se los revisa para darles armonía y el 21 de diciembre de 1850 se elevan al Ministerio de Gracia y Justicia.

Por Real Orden del 12 de junio de 1851 se dispone la publicación del Proyecto, pero se posterga su promulgación por la gravedad y trascendencia de la obra ... en especial «por la existencia de fueros y legislaciones especiales, usos y costumbres varias y complicadas», lo que hacía conveniente ilustrar a la opinión, y reclamar al parecer de «los Tribunales de justicia y autoridades, los Colegios de Abogados, Universidades y personas ilustradas».

Se ha reprochado al Proyecto de 1851 su «afrancesamiento» y también el no haber tomado en consideración las instituciones históricas del derecho español, o el haber atendido solamente al derecho castellano y no al de las regiones forales. Autor tan prudente como Castán Tobeñas se hace eco de esas críticas (22), que han sido frecuentes en la doctrina española.

Sin embargo el Proyecto de 1851 no carece de virtudes: hay en él claridad, concisión «y sentido común en el tratamiento de muchos institutos y en las rectificaciones aportadas a los modelos que sigue o al Derecho histórico castellano» (23). Esos méritos le han permitido sobrevivir de alguna manera en el Código español vigente, a través del Anteproyecto de 1882-1888, por lo que Manuel Peña ha podido decir con razón: «El proyecto de 1851 es el propio Código civil en una fase de su gestación», señalando que el Código vigente «a veces abandona la redacción que a algún artículo da el Anteproyecto para volver a la del Proyecto de 1851. Biológicamente bien puede considerarse que el Proyecto de 1851 es el Código civil español en una etapa muy avanzada de su elaboración» (24).

Con mucho equilibrio el maestro don Federico de Castro destaca que «las características del proyecto pueden resumirse diciendo que era moderadamente progresista, decididamente liberal y excesivamente afrancesado, aunque respetando las líneas fundamentales de la organización tradicional de la familia española» (25), y recuerda que

(22) CASTÁN TOBEÑAS, José: «Derecho civil español, común y foral - Introducción y Parte General», tomo I, vol. I, 10.^a ed., Reus, Madrid, 1962, p. 175, nos dice:

«Representaba este Proyecto —cuyo principal autor fue el jurisconsulto don Florencio García Goyena— el sistema de unidad, en su forma más centralista, pues sus redactores, procediendo con un criterio estrecho y parcial, utilizaron como fuentes de su trabajo el Derecho de Castilla, las doctrinas de los expositores del Derecho castellano y bastantes principios e instituciones de Derecho extranjero, principalmente del Código francés, postergando y eliminando, casi en absoluto, las instituciones de derecho foral. Tal vez por ello, y por ser excesivamente radical en algunas materias de carácter social y religioso, no llegó a ser ley».

(23) LACRUZ BERDEJO: «Nota preliminar» citada, p. V.

(24) Peña, Manuel: «Anteproyecto ...» citado, p. 25 y 26.

(25) CASTRO, Federico de: Obra citada, p. 211.

es una obra fundamental en la historia jurídica de España, antecedente inmediato del Código civil.

Don Florencio García Goyena, presidente de la Sección de Derecho civil que elaboró el Proyecto de 1851, había recopilado por prolija minuciosidad los antecedentes de esa tarea, no solamente los referidos a los puntos en que le correspondió actuar de ponente, sino también a los trabajos ajenos, y los dio a luz en 1852, con el título de «Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español», para facilitar la mejor comprensión del Proyecto. Esta obra, realmente invaluable, se difundió en España y América, como trabajo doctrinario de capital importancia, y es lo que ha permitido al Proyecto sobrevivir, a pesar de su aparente fracaso por falta de sanción.

Aunque se haya dicho de García Goyena que «no es un escritor demasiado original, ni de excepcional fuerza de pensamiento» (26), y que «poco conocía de los maestros franceses, belgas y alemanes» (27), se le reconoce solidez de juicio, bastante estudio (28), además de ser «un buen recopilador, un hombre aplicado e inteligente» (29), virtudes que había puesto ya de relieve en su actualización del «Febrero», que ha sido de todas las ediciones de esa obra la que más éxito tuvo.

Creemos propicia la oportunidad para rendirle el homenaje que le adeuda la ciencia jurídica iberoamericana por su aporte, que ha contribuido a mantener los lazos que unen a todos los derechos nacionales que integran esta gran familia.

IV. INFLUENCIA DEL PROYECTO DE 1851 EN EL CODIGO CIVIL ARGENTINO

Hemos señalado más arriba que el Proyecto de 1851 fue una de las fuentes que tomó en consideración don Dalmacio Vélez Sársfield. Procuraremos ver ahora en qué campos ejerció esa influencia, recordando que el codificador, en cumplimiento de las instrucciones impartidas por el gobierno al encargarle la confección del Código, no solamente debía redactar el cuerpo legal, sino que también debía «anotarlo», para su mejor comprensión y manejo.

Será pues en el contenido de esas notas, y del articulado del Código, donde debemos buscar las huellas que han dejado el Proyecto de 1851 y las «Concordancias» de García Goyena que, en cambio, no ejercieron influencia alguna en el método y plan del Código civil

(26) LACRUZ BERDEJO: «Nota preliminar» citada, p. IV.

(27) SGOVIA, Lisandro: «El código civil de la República Argentina. Su explicación y crítica bajo la forma de notas», 2.^a ed., Buenos Aires, 1933, tomo I, Introducción, p. XXI.

(28) Autor y obra citados en nota anterior.

(29) LACRUZ BERDEJO: trabajo y lugar citados en nota 26.

argentino, que en estos puntos buscó su inspiración en el Esbozo del juriconsulto brasileño Teixeira de Freitas.

Es menester recordar también que el autor del Código civil argentino muchas veces, al consagrar unas normas en su proyecto, no reproducía artículos de otros códigos, sino que tomaba ideas expresadas por la doctrina y las elevaba al rango de texto legal.

En nuestras búsquedas hemos seguido la prolija y aguda investigación realizada por Lisandro Segovia (30), que ha determinado con mucha exactitud las fuentes de que se valió nuestro codificador. Nuestra principal tarea, pues, ha sido releer íntegramente la obra de Segovia, para ir extrayendo las referencias que contiene al pie de cada artículo o de cada nota.

a) *Concordancias*

Don Florencio García Goyena, en el Prólogo de su libro, nos dice que ha colocado al pie de cada artículo «un epítome o resumen de lo que sobre ese tenor se halla dispuesto en el Derecho romano, citando siempre y copiando muchas veces sus leyes; siguen nuestros Códigos patrios desde el Fuero Juzgo, y todos los modernos de más nombradía; es decir que, a un simple golpe de vista se descubrirá la legislación, que puede llamarse universal, sobre la materia del artículo, y esto es lo que yo comprendo en la palabra *concordancias* (31).

El codificador argentino colocó «concordancias» en muchos de los artículos. La mayor parte de ellas, como bien lo señala Segovia, han sido tomadas de García Goyena, o del proyecto del Código civil para el Uruguay de Azevelo (32). La reproducción es tan «fiel» que a veces repite el mismo error de cita que se había deslizado en el original, como lo señala con agudeza Manuel Peña (33), y también lo había advertido Segovia (34).

Por una razón de tiempo al elaborar esta ponencia no hemos podido confeccionar un apéndice con todas las «concordancias» de Vé-

(30) SEGOVIA. Lisandro: Obra citada, en nota 27.

(31) GARCÍA GOYENA. Florencio: «Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español», reimpresión de la edición de Madrid de 1852, Zaragoza, 1974, Prólogo, p. XV.

(32) Sobre el punto dice SEGOVIA que Vélez ha tomado de García Goyena «casi todas las citas de las leyes romanas, españolas y de los Códigos europeos», obra citada, Introducción, p. XXI.

Destaca también que hay numerosos errores de copia o de tipografía (tomo I, Introducción, p. XXV).

(33) PEÑA. Manuel: «Anteproyecto...» citado, p. 36, nota 110, donde señala un error de cita del Código holandés.

(34) Por ejemplo las concordancias al art. 1.648 del Proyecto mencionan erróneamente los antecedentes del Código francés (1981, en lugar de 1901), y del sardo (1913, en lugar de 1929), error que es reproducido por Vélez en la nota al art. 620 del Código civil argentino.

lez que han sido tomadas de García Goyena, cuya lista es realmente impresionante, pues alcanza a varios centenares.

b) *Artículos elaborados sobre la base de comentarios de García Goyena*

Nos ha parecido de interés destacar algunas normas del Código argentino, elaboradas sobre la base de textos doctrinarios contenidos en la obra de García Goyena.

Novación. En esta materia, en el comentario al artículo 1.134 del Proyecto, dice García Goyena:

«Cuando una obligación pura se convierte en otra condicional, no habrá novación, si llega a faltar la condición puesta en la segunda, y quedará subsistente la primera.

Tampoco habrá novación, si la obligación se convierte en pura y llega a faltar la condición de la primera...» (35).

Estas afirmaciones son el corolario lógico de la exigencia de dos obligaciones sucesivas para que se produzca novación. Vélez eleva estas afirmaciones al rango de normas:

«Art. 807.— Cuando una obligación pura se convierte en otra obligación condicional, no habrá renovación, si llega a faltar la condición puesta en la segunda, y quedará subsistente la primera».

«Art. 808.— Tampoco habrá novación si la obligación condicional se convierte en pura, y faltase la condición de la primera».

Cláusula penal. El comentario al artículo 1.082 del Proyecto español de 1851 contiene la siguiente frase:

«... cuando la cláusula penal fue puesta en una obligación de no hacer, se debe la pena desde que contra lo estipulado se hizo lo que no debía hacerse» (36).

Vélez la recoge, y estampa en el Código:

«Art. 657.— El deudor incurre en la pena, en las obligaciones de no hacer, desde el momento que ejecute el acto del cual se obligó a abstenerse».

(35) Edición de Zaragoza, p. 604.

(36) Edición de Zaragoza, p. 582.

Personas a quien debe hacerse el pago. El Código civil argentino ha recogido en el inciso 7 de su artículo 731 un párrafo del comentario al artículo 1.101 del Proyecto de 1851.

«Art. 731.— El pago debe hacerse:

7) Al tercero indicado para poder hacerse el pago, aunque lo resista el acreedor, y aunque a éste se le hubiese pagado una parte de la deuda».

«Comentario al art. 1.101 del proyecto.— ... Si en la obligación se hubiere además señalado la persona de un tercero para poder hacerse el pago, puede el deudor pagar a éste aunque lo resista el acreedor, y aunque se haya pagado ya a éste parte de la deuda» (37).

Precio de la compraventa. El artículo 1.351 del Código civil argentino dispone que «la estimación que hicieren la persona o personas designadas, para señalar el precio, es irrevocable, y no hay recurso alguno para variarlo».

El comentario que hace García Goyena al artículo 1.369 del Proyecto, ha sido sin duda determinante de la solución adoptada por Vélez (38).

Usufructo. Al comenzar su comentario al artículo 444, García Goyano critica que se haya suprimido del Proyecto una norma que contemplaba la situación de cosas que se desgastan lentamente por el uso, diciendo:

«... había antes otro artículo más importante reducido a que en las cosas que se gastan y deterioran lentamente con el uso, el usufructo tiene derecho a servirse de ellas para los usos a que están destinadas, y sólo está obligado a devolverlas al extinguirse el usufructo en el estado que entonces tengan, salvo si se deterioran por su dolo, culpa o negligencia» (39).

«Art. 2.872 (Código civil argentino).— El usufructo tiene derecho a servirse de las cosas que se gastan y deterioran lentamente en los usos a que están destinadas, y sólo está obligado a devolverlas, al extinguirse el usufructo, en el estado en que se hallen, salvo si se deterioran o consumen por su culpa».

Estimamos que estos ejemplos son claramente demostrativos de la forma en que las doctrinas sustentadas por el jurista español han

(37) Edición de Zaragoza, p. 591.

(38) Ver Edición de Zaragoza, p. 729; «Si la persona determinada señalare un precio manifiestamente excesivo o diminuto, ¿podrá la parte agraviada recurrir al juez para que lo reforme?... Nosotros, que rechazamos la rescisión por causa de lesión, aunque ésta sea enormísima, tenemos también que rechazar todo recurso en este caso».

(39) Edición de Zaragoza, p. 232.

plasmado luego en preceptos legales contenidos en el Código civil argentino.

c) *Artículos del Código civil argentino que se inspiran en el Proyecto de 1851*

Los estudiosos del Código civil argentino saben que entre sus principales fuentes se cuentan el esbozo de Freitas, que aportó algo más de 1.000 artículos; el tratado de Aubry y Rau, del que tomó 700 normas; el Código civil francés, que inspiró cerca de un millar, pero del que sólo se tomaron de manera directa unos 150.

Segovia en su obra señala cerca de 500 artículos del Código civil argentino que han recibido alguna influencia del Proyecto de 1851, y hemos confeccionado con ellos una lista, que incorporamos como Apéndice I a esta ponencia.

Sin embargo no todos ellos han tenido influencia decisiva, y el propio Segovia estima en 300 artículos la contribución del Proyecto de 1851, sin duda una de las más importantes (40).

Algunos de estos dispositivos, como los relativos a la curatela de los incapaces mayores de edad, artículos 468, 469 y 470 del Código civil argentino, se inspiraron en los artículos 278, 279 y 280 del Proyecto de 1851, que no han pasado al Código español; otros, en cambio, como los artículos 1.060, 1.061, 1.065 y 1.059, que en el Proyecto de 1851 se referían a lo que allí se denominaba mancomunación —e inspiraron respectivamente los artículos 706, 708, 710 y 713 del Código civil argentino, en materia de obligaciones solidarias—, han seguido su camino en la codificación española, pasando por el Anteproyecto (arts. 1.159, 1.160, 1.164, y 1.158), para luego dar forma a normas incorporadas al Código (arts. 1.142, 1.143, 1.147 y 1.141).

En un segundo Apéndice enumeramos solamente aquellos artículos del Anteproyecto que tuvieron influencia sobre el Código civil argentino, y han pasado al Código civil español.

V. CONCLUSIONES

El Proyecto de 1851, pieza clave del proceso codificador español, ha ejercido destacada influencia sobre numerosas codificaciones iberoamericanas, y sobre el Código vigente en España.

De esta forma ha contribuido a fortalecer los vínculos que dan fisonomía propia y características comunes, a la familia de derecho iberoamericana.

(40) SEGOVIA. Lisandro: Obra citada, Introducción, p. XXI.

APENDICE

<i>Código civil argentino</i>	<i>Proyecto 1851</i>
Art. 12	Art. 10
Art. 19	Art. 4
Art. 90, inc. 3	Art. 45 (v. 44)
Art. 90, inc. 5	Art. 44
Art. 90, inc. 8	Art. 42
Art. 118	Art. 318 y 319
Art. 119	Art. 320
Art. 122	Art. 322 y 323
Art. 124	Art. 325
Art. 166	Art. 47
Art. 169	Art. 51, 52-1 y 54-1
Art. 191	Art. 65 y 66
Art. 192	Art. 67
Art. 200	Art. 72
Art. 205	Art. 81
Art. 236	Art. 56
Art. 237	Art. 800-1
Art. 238	Art. 804
Art. 246	Art. 101
Art. 253	Comentario a los arts. 104-106
Art. 259	Art. 113 y 115
Art. 264	Art. 131 y 327-328
Art. 278	Art. 147
Art. 290	Comentario al art. 154
Art. 291, inc. 1	Art. 156
Art. 293	Art. 150 y coment.
Art. 307	Art. 162 y coment.
Art. 309	Art. 162
Art. 311	Art. 118
Art. 316	Art. 121
Art. 334	Art. 125
Art. 378	Art. 176
Art. 379	Art. 173
Art. 386	Art. 173
Art. 390, inc. 4	Art. 182
Art. 395	Art. 267 y 270
Art. 398, inc. 8	Art. 202-1
Art. 398, inc. 9	Art. 202-1
Art. 416	Art. 220
Art. 417	Art. 224
Art. 418	Art. 224
Art. 423	Art. 221
Art. 427	Art. 222-2
Art. 443, inc. 3	Art. 246

<i>Código civil argentino</i>	<i>Proyecto 1851</i>
Art. 450, inc. 4	Art. 244-1
Art. 450, inc. 5	Art. 245
Art. 456	Art. 254
Art. 457, inc. 3	Art. 203-2 a 4
Art. 460	Art. 255
Art. 462	Art. 261
Art. 463	Art. 262-1
Art. 464	Art. 263
Art. 465	Art. 264 y coment.
Art. 468	Art. 278
Art. 469	Art. 279
Art. 470	Art. 280 y 281
Art. 527	Art. 1.029
Art. 539	Art. 1.034
Art. 540	Art. 1.035-1
Art. 543	Art. 1.037
Art. 544	Art. 1.038
Art. 546	Art. 1.039
Art. 547	Art. 1.039-2
Art. 555	Art. 1.041-1
Art. 624	Art. 1.653
Art. 625, 2. ^a parte	Art. 1.008-2
Art. 626	Art. 1.100
Art. 636	Art. 1.051-2 y comentario
Art. 638	Art. 1.053
Art. 641	Art. 1.055, 2 y 3
Art. 657	Comentario al art. 1.082
Art. 706	Art. 1.060
Art. 708, 2. ^a parte	Art. 1.061-2
Art. 710	Art. 1.065
Art. 713	Art. 1.059
Art. 715	Art. 1.067
Art. 716	Art. 1.068
Art. 724	Art. 1.086
Art. 726	Art. 1.099-1
Art. 731, inc. 1	Art. 1.101
Art. 731, inc. 7	Comentario al art. 1.101
Art. 734	Art. 1.102
Art. 742	Art. 1.094
Art. 746	Art. 1.097
Art. 761	Art. 1.114-3
Art. 763	Art. 1.115-2
Art. 776	Art. 1.105
Art. 778	Art. 1.106

<i>Código civil argentino</i>	<i>Proyecto 1851</i>
Art. 807	Comentario al art. 1.134
Art. 808	Comentario al art. 1.134
Art. 818	Art. 1.122 y comentario
Art. 822	Art. 1.132
Art. 829	Art. 1.727-1
Art. 839	Art. 1.714
Art. 842	Art. 1.719
Art. 843	Art. 1.720 y comentario
Art. 857	Art. 1.727-1
Art. 861	Comentario al art. 1.727
Art. 863	Art. 1.157
Art. 877	Art. 1.141
Art. 878	Art. 1.142
Art. 882	Art. 1.764
Art. 886	Art. 1.144-1
Art. 887	Art. 1.144-2
Art. 937	Art. 990-2
Art. 938	Art. 990-3
Art. 941	Art. 991
Art. 971	Art. 1.181
Art. 975	Art. 1.202
Art. 996	Art. 1.214
Art. 1.009	Art. 1.215-2
Art. 1.010	Art. 1.215-1
Art. 1.031	Art. 1.205-1
Art. 1.032	Art. 1.205-2
Art. 1.033	Art. 1.206
Art. 1.049	Art. 1.186-2
Art. 1.060	Art. 1.187-1
Art. 1.061, 2. ^a parte	Art. 1.219
Art. 1.109	Art. 1.900
Art. 1.113	Art. 1.901-1
Art. 1.123	Art. 1.905
Art. 1.125	Art. 1.902-2
Art. 1.165	Art. 1.191
Art. 1.170	Art. 996
Art. 1.175	Art. 994-2
Art. 1.184	Art. 1.003
Art. 1.194	Art. 1.214-1
Art. 1.219	Art. 1.238-1
Art. 1.222	Art. 1.241
Art. 1.223	Art. 1.242 y 1.244
Art. 1.228	Art. 1.293
Art. 1.229	Art. 1.293
Art. 1.230	Art. 1.246

<i>Código civil argentino</i>	<i>Proyecto 1851</i>
Art. 1.234	Art. 1.254 y 1.260
Art. 1.235	Art. 1.247
Art. 1.243	Art. 1.272
Art. 1.248	Art. 1.270
Art. 1.256	Art. 1.281-2
Art. 1.261	Art. 1.310
Art. 1.262	Art. 1.313
Art. 1.263	Art. 1.314-1
Art. 1.264	Art. 1.316
Art. 1.265	Art. 1.317
Art. 1.271	Art. 1.328
Art. 1.271	Art. 1.322-2
Art. 1.275, inc. 1	Art. 1.329-5
Art. 1.275, inc. 2	Art. 1.329-3
Art. 1.275, inc. 3	Art. 1.329-1
Art. 1.275, inc. 4	Art. 1.330
Art. 1.275, inc. 5	Art. 1.332
Art. 1.284	Art. 1.363-1
Art. 1.285	Art. 1.366
Art. 1.291	Art. 1.339
Art. 1.299	Art. 1.356-1
Art. 1.300	Art. 1.356
Art. 1.314	Art. 1.353
Art. 1.323	Art. 1.367
Art. 1.328	Art. 1.382-1
Art. 1.336	Art. 1.375
Art. 1.349	Art. 1.369-1
Art. 1.351	Comentario al art. 1.369
Art. 1.355	Art. 1.371
Art. 1.361, inc. 5	Art. 1.381-4
Art. 1.361, inc. 6	Art. 1.381-5
Art. 1.389	Art. 1.445
Art. 1.390	Art. 1.446
Art. 1.419	Art. 1.390
Art. 1.458	Art. 1.459
Art. 1.476	Art. 2.460-1
Art. 1.492	Art. 1.472
Art. 1.497	Art. 1.486
Art. 1.521	Art. 1.487
Art. 1.530	Art. 1.490
Art. 1.559	Art. 1.479
Art. 1.604, 1. ^a parte	Art. 1.496
Art. 1.615	Art. 1.492
Art. 1.616	Art. 1.493
Art. 1.629	Art. 1.529

<i>Código civil argentino</i>	<i>Proyecto 1851</i>
Art. 1.630	Art. 1.531
Art. 1.632	Art. 1.537
Art. 1.633	Art. 1.534
Art. 1.634	Art. 1.539
Art. 1.640	Art. 1.536-2
Art. 1.645	Art. 1.538
Art. 1.652	Art. 1.585
Art. 1.677	Art. 1.589-1 y 3
Art. 1.692	Art. 1.587
Art. 1.725	Art. 1.580
Art. 1.728, 1. ^a parte	Art. 1.578-1
Art. 1.728, 2. ^a parte	Art. 1.578-2
Art. 1.729	Art. 1.579
Art. 1.730	Art. 1.590
Art. 1.741	Art. 1.598
Art. 1.760	Art. 1.597-1
Art. 1.778	Art. 1.583
Art. 1.788	Art. 1.601
Art. 1.798	Art. 955
Art. 1.807, inc. 1	Art. 1.259
Art. 1.816	Art. 952
Art. 1.873	Art. 1.603
Art. 1.879	Art. 1.604
Art. 1.906	Art. 1.607
Art. 1.909	Art. 1.611
Art. 1.913	Art. 1.615
Art. 1.924	Art. 1.612
Art. 1.930	Art. 1.616 y 1617
Art. 1.945	Art. 1.621
Art. 1.948	Art. 1.618-1
Art. 1.949	Art. 1.618-2
Art. 1.950	Art. 1.618-3
Art. 1.953	Art. 1.619
Art. 1.970	Art. 1.623
Art. 1.971	Art. 1.625
Art. 1.979	Art. 1.627
Art. 1.995	Art. 1.737
Art. 2.001	Art. 1.741
Art. 2.002	Art. 1.742
Art. 2.012	Art. 1.743
Art. 2.015, inc. 2	Art. 1.744-1 y 2
Art. 2.015, inc. 5	Art. 1.744-3
Art. 2.015, inc. 6	Art. 1.744-4
Art. 2.019	Art. 1.749
Art. 2.025	Art. 1.757-6

<i>Código civil argentino</i>	<i>Proyecto 1851</i>
Art. 2.031	Art. 1.756
Art. 2.033	Art. 1.755
Art. 2.036	Art. en su art. 1.755
Art. 2.039	Art. 1.759
Art. 2.041	Art. 1.760
Art. 2.046	Art. 1.765
Art. 2.050	Art. 1.763
Art. 2.056	Art. 1.071 o comentario?
Art. 2.063	Art. 1.700-2
Art. 2.070	Art. 1.703
Art. 2.098	Art. 1.398-3
Art. 2.099	Art. 1.399
Art. 2.110	Art. 1.404
Art. 2.126	Art. 1.402-2
Art. 2.144	Art. 921
Art. 2.159	Art. 1.463
Art. 2.176	Art. 1.408-2
Art. 2.177	Art. 1.413
Art. 2.187	Art. 1.686
Art. 2.193	Art. 1.667-2
Art. 2.194	Art. 1.668
Art. 2.201	Art. 1.665
Art. 2.224	Art. 1.684
Art. 2.239	Art. 1.688
Art. 2.251	Art. 1.647
Art. 2.255	Art. 1.630-1
Art. 2.270	Art. 1.637
Art. 2.278	Art. 1.638
Art. 2.281	Art. 1.639
Art. 2.285	Art. 1.641
Art. 2.286	Art. 1.643
Art. 2.287	Art. 1.642
Art. 2.290	Art. 1.892-1
Art. 2.323	Art. 382-2
Art. 2.334	Art. 418-1
Art. 2.335	Art. 418-2
Art. 2.425	Art. 429-2
Art. 2.589	Art. 406-1
Art. 2.590	Art. 407
Art. 2.594	Art. 416
Art. 2.595	Art. 419-2
Art. 2.602	Art. 422
Art. 2.621	Art. 525
Art. 2.629	Art. 527
Art. 2.641	Art. 490

<i>Código civil argentino</i>	<i>Proyecto 1851</i>
Art. 2.643	Art. 485
Art. 2.654	Art. 530
Art. 2.655	Art. 531
Art. 2.656	Art. 531-2
Art. 2.660	Art. 533
Art. 2.749	Art. 510-2
Art. 2.807	Art. 435
Art. 2.812	Art. 436
Art. 2.816	Art. 436
Art. 2.851	Art. 449-2
Art. 2.857	Art. 451
Art. 2.863	Art. 438
Art. 2.866	Art. 441
Art. 2.867	Art. 441
Art. 2.870	Art. 443 y 453
Art. 2.871	Art. 444 y 449
Art. 2.872	Art. 444 (comentario)
Art. 2.873	Art. 446-1 y 2
Art. 2.874	Art. 447
Art. 2.880	Art. 462
Art. 2.900	Art. 461
Art. 2.902	Art. 454
Art. 2.924	Art. 464-5 y comentario
Art. 2.926	Art. 464-3
Art. 2.952	Art. 470
Art. 2.962	Art. 474
Art. 2.973	Art. 476-2
Art. 2.974	Art. 476-2
Art. 2.976	Art. 479
Art. 2.993	Art. 539 al fin
Art. 3.037	Art. 544
Art. 3.059	Art. 545-2
Art. 3.063	Art. 546
Art. 3.109	Art. 1.784
Art. 3.110	Art. 1.800-5 y 1.801
Art. 3.162	Art. 1.808
Art. 3.169	Art. 1.811
Art. 3.217	Art. 1.774-1
Art. 3.229	Art. 1.778
Art. 3.231	Art. 1.777
Art. 3.280	Art. 553
Art. 3.291	Art. 617-1
Art. 3.292	Art. 617-2
Art. 3.293	Art. 617-3
Art. 3.294	Art. 617-4

<i>Código civil argentino</i>	<i>Proyecto 1851</i>
Art. 3.295	Art. 617-5
Art. 3.296	Art. 617-6
Art. 3.304	Art. 620-1
Art. 3.314	Art. 835-2
Art. 3.316	Art. 836-2
Art. 3.319	Art. 829
Art. 3.331	Art. 832
Art. 3.332	Art. 833
Art. 3.333	Art. 824
Art. 3.334	Art. 826
Art. 3.343	Art. 834
Art. 3.345	Art. 837
Art. 3.354	Art. 822-2
Art. 3.357	Art. 841
Art. 3.362	Art. 842
Art. 3.368	Art. 847
Art. 3.370	Art. 848 y 845
Art. 3.433	Art. 871 y 876
Art. 3.458	Art. 896
Art. 3.462	Art. 902
Art. 3.463	Art. 904
Art. 3.472	Art. 911 y 912
Art. 3.480	Art. 884 a 886
Art. 3.481	Art. 883
Art. 3.482	Art. 881
Art. 3.502	Art. 939
Art. 3.508	Art. 920
Art. 3.546	Art. 751-1
Art. 3.547	Art. 744
Art. 3.552	Art. 757
Art. 3.561	Art. 756
Art. 3.566	Art. 763
Art. 3.569	Art. 766
Art. 3.582	Art. 779
Art. 3.583	Art. 778
Art. 3.584	Art. 780
Art. 3.587	Art. 768 a 770
Art. 3.591	Art. 784 y 785
Art. 3.598	Art. 643
Art. 3.599	Art. 646
Art. 3.600	Art. 645
Art. 3.601	Art. 647
Art. 3.602	Art. 648
Art. 3.603	Art. 649-2
Art. 3.607	Art. 555 y comentario

<i>Código civil argentino</i>	<i>Proyecto 1851</i>
Art. 3.610	Art. 708
Art. 3.613	Art. 605
Art. 3.619	Art. 558-1
Art. 3.620	Art. 560
Art. 3.621	Art. 561
Art. 3.658	Art. 568
Art. 3.663	Art. 566
Art. 3.664	Art. 614
Art. 3.665	Art. 602
Art. 3.666	Art. 569
Art. 3.667	Art. comentario 569
Art. 3.668	Art. 570
Art. 3.671	Art. 571-4
Art. 3.677	Art. 575
Art. 3.680	Art. 580
Art. 3.692	Art. 593
Art. 3.693	Art. 599-2
Art. 3.694	Art. 594
Art. 3.695	Art. 595 y 596
Art. 3.710	Art. 625
Art. 3.714	Art. 640
Art. 3.715	Art. 644
Art. 3.716	Art. 628
Art. 3.721	Art. 626
Art. 3.722	Art. 610 y 611
Art. 3.724	Art. 629
Art. 3.725	Art. 630
Art. 3.726	Art. 631
Art. 3.727	Art. 633
Art. 3.728	Art. 632
Art. 3.729	Art. 634
Art. 3.730	Art. 637
Art. 3.731	Art. 639
Art. 3.732	Art. 636-1 y 2
Art. 3.733	Art. 606
Art. 3.734	Art. 607-4
Art. 3.739	Art. 613
Art. 3.744	Art. 666
Art. 3.745	Art. 669-1
Art. 3.746	Art. 668 y comentario
Art. 3.749	Art. 673
Art. 3.750	Art. 670
Art. 3.756	Art. 691
Art. 3.757	Art. 692
Art. 3.758	Art. 690

<i>Código civil argentino</i>	<i>Proyecto 1851</i>
Art. 3.759	Art. 558
Art. 3.766	Art. 697 y 698
Art. 3.767	Art. 700 y 701-3
Art. 3.782	Art. 688
Art. 3.783	Art. 689
Art. 3.786	Art. 686 y comentario
Art. 3.793	Art. 696
Art. 3.795	Art. 702
Art. 3.807	Art. 706 y 707
Art. 3.824	Art. 717
Art. 3.827	Art. 718
Art. 3.828	Art. 719
Art. 3.851	Art. 728 y 729
Art. 3.859	Art. 729-2
Art. 3.868	Art. 737-1 y 3
Art. 3.875	Art. 1.923-1
Art. 3.879, inc. 1	Art. 1.924-1 y 2
Art. 3.880, inc. 1	Art. 1.925-1
Art. 3.880, inc. 2	Art. 1.925-2
Art. 3.885	Art. 1.926, núm. 6-3
Art. 3.919	Art. (v. 1.929 ?)
Art. 3.947	Art. 1.933
Art. 3.950	Art. 1.935
Art. 3.951	Art. 1.936
Art. 3.958	Art. 1.969-1
Art. 3.959	Art. 1.949
Art. 3.960	Art. 1.938
Art. 3.962	Art. 1.941
Art. 3.963	Art. 1.942
Art. 3.965	Art. 1.940
Art. 3.987	Art. 1.985-2 y 3
Art. 4.002	Art. 1.954-2
Art. 4.011	Art. 1.959-1
Art. 4.015	Art. 1.961
Art. 4.017	Art. 1.964
Art. 4.018	Art. 1.965-1
Art. 4.020	Art. 915-1
Art. 4.023	Art. 1.967-1
Art. 4.027	Art. 1.971
Art. 4.030	Art. 1.184 y 1.185
Art. 4.031	Art. 1.184
Art. 4.032	Art. 1.972
Art. 4.033	Art. 1.166
Art. 4.035	Art. 1.973
Art. 4.036	Art. 1.974

<hr/> <i>Código civil argentino</i> <hr/>	<hr/> <i>Proyecto 1851</i> <hr/>
Art. 4.037	Art. 1.976-1
Art. 4.038	Art. 1.976-2
Art. 4.051	Art. 1.980

La responsabilidad del productor: Referencia a la directiva comunitaria y a las leyes y proyectos de actuación

Por IGNACIO DIAZ DE LEZCANO SEVILLANO
Doctor en Derecho

SUMARIO: I. Introducción.—II. Incidencia de la Constitución en la responsabilidad del productor.—III. Las distintas construcciones nacionales sobre la responsabilidad del productor hasta la directiva comunitaria de 25 de julio de 1985.—III.1. Alemania. III.2. Francia. III.3. Italia. III.4. Inglaterra. III.5. España. III.5.1. Situación anterior a la LDCU. III.5.2. La responsabilidad del productor en la LDCU. III.5.2.1. Sujetos. III.5.2.1.1. Sujeto activo. III.5.2.1.2. Sujeto pasivo. III.5.2.2. Régimen de responsabilidad. III.5.2.2.1. Sistema de responsabilidad civil culposa. III. 5.2.2.2. Sistema de responsabilidad objetiva. III.5.3. La responsabilidad del productor en los Estatutos de Autonomía.—IV. La responsabilidad del productor en Estados Unidos.—V. La directiva de la CEE de 25 de julio de 1985 relativa a la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. V.1. Introducción. V.2. Sujetos. V.2.1. Sujeto activo. V.2.2. Sujeto pasivo: solidaridad. V.3. Objeto: el producto defectuoso. V.4. El daño. V.5. Régimen de responsabilidad. V.6. Prescripción y caducidad de las acciones. V.7. Actuación de la directiva comunitaria: situación de España.

I. INTRODUCCION.

El objeto central de este trabajo consiste en la responsabilidad que pueda contraer el productor como consecuencia de daños ocasionados por defectos de productos. Este punto ha sido objeto desde hace más de veinte años de controversias doctrinales, tanto por civilistas como por mercantilistas (1).

(1) Cfr.: FRANZONI, *Colpa presunta e responsabilità del debitore* (Padova 1988), pp. 283 y s.

Con carácter general, se afirma que el comportamiento ilícito causante del daño puede provenir o bien de un incumplimiento de las obligaciones contraídas por el causante del daño por una relación contractual precedente, o bien por el incumplimiento con su conducta de los deberes que se derivan del ordenamiento jurídico, que impone la exigencia de un determinado comportamiento y sin necesidad de que medie con el consumidor lesionado una previa relación contractual. En un caso estaríamos ante la llamada responsabilidad contractual, mientras que en el otro nos encontraríamos ante la denominada responsabilidad extracontractual.

Las características técnico-jurídicas tradicionales de ambos tipos de responsabilidad se muestran hoy como inadecuadas para una eficaz satisfacción de las exigencias indemnizatorias que pueden derivarse de la actual situación de un mercado con una producción masificada, enormemente compleja y tecnificada, y totalmente despersonalizada. No se trata pues, de otra cosa que de configurar, adecuándose a la nueva realidad, una nueva técnica de protección al consumidor para indemnizarle de los daños que el consumo pueda irrogarle (2).

Por otra parte, pone de relieve García Amigo que el problema de la protección de los consumidores desborda al Derecho civil, al Derecho privado; pero dentro del Derecho privado, el problema clave que se plantea es el de la responsabilidad civil, tanto de la contractual, por defectos del bien adquirido o del servicio utilizado, como de la extracontractual, por los daños sufridos en razón del consumo de los bienes o de la utilización de los servicios. El primer aspecto lleva fundamentalmente al problema de las cláusulas limitativas de la responsabilidad; el segundo a la responsabilidad por el riesgo creado, y, en todo caso, al problema de la culpa objetiva, por violación de los reglamentos reguladores de la producción y distribución de bienes y servicios (3).

La falta de una normativa especial sobre la responsabilidad del productor en la mayoría de los países occidentales (en España hasta la Ley para la defensa de los consumidores y usuarios de 1984), ha hecho que para afrontar este problema se hayan seguido dos direcciones fundamentales. La primera, partiendo del presupuesto que los productos circulan a través de compraventas ha intentado establecer la protección del consumidor amparándose en este tipo contractual. La segunda se ha apoyado en el principio general establecido en el artí-

(2) Cfr.: ALPA, *Tutela del consumatore e controlli sull'impresa* (Bologna 1977), pp. 229 y s.; FERRERA, *Contributo allo studio della tutela del consumatore* (Milano 1983), pp. 3 y s.; ROJO, *La responsabilidad civil del fabricante* (Bologna 1974), pp. 29 y s.; SEQUEIRA, *El derecho a la indemnización de daños y perjuicios en la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, RCDI 576 (1986), pp. 1.446 y ss.; de ANGEL YAGÜEZ, *La responsabilidad civil* (Bilbao 1988), p. 209.

(3) GARCIA AMIGO, *Ley para la defensa de los consumidores y usuarios: responsabilidad civil extracontractual*. Actualidad civil 17 (1986), pp. 1210 y ss.

culo 2.043 del Codice civile italiano sobre la responsabilidad por hecho ilícito (art. 1.902 del Código civil español) reconduciendo el fenómeno del daño a la responsabilidad extracontractual (4).

En cuanto a la primera dirección, la responsabilidad derivada del contrato se ha venido limitando al daño económico que directamente se deriva de su incumplimiento, pero no a las consecuencias del consumo. Y el daño se presenta con un mayor o menor alcance en función del elemento intencional que originó el incumplimiento del contrato, llegando a no existir daño resarcible en los supuestos de vicios ocultos desconocidos para el vendedor. El hecho, además, del carácter tradicionalmente dispositivo del contrato, que permite a las partes configurarlo en gran medida en base a la libre autonomía de voluntad, lleva a que en la práctica se produzca una notable eliminación de la responsabilidad empresarial básicamente a través de las condiciones generales de los contratos. En todo caso, el principio de relatividad que sólo permite a las partes ser los legitimados para reclamar, imposibilita la acción del consumidor frente al productor en cuanto éste no era directamente parte en el contrato. La exigencia, finalmente, de una conducta imputable por culpa o dolo que, además, ha de ser demostrada para poder solicitar indemnización, presenta el colofón de una serie de limitaciones y dificultades que hacían (hasta la Ley para la defensa de los consumidores y usuarios, a la que hay que añadir la directiva comunitaria de 25 de julio de 1985, número 374, en materia de «responsabilidad por daño de productos defectuosos») prácticamente imposible acceder por esta vía a una completa indemnización de daños y perjuicios (5).

Por lo que se refiere a la segunda solución, tampoco ofrece un remedio eficaz para basar la indemnización de daños y perjuicios. Bien porque no posibilita con facilidad la individualización del responsable sobre quien cargar el resarcimiento (6), bien porque al perjudicado le resulta árdua la prueba de la culpabilidad del productor o del fabricante (7).

Ante esta situación de insuficiencia y desamparo del consumidor, en los diversos ordenamientos, fundamentalmente a través de interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales, se ha procedido a una revisión del derecho a la indemnización de daños y perjuicios que el consumo pudiera acarrear. Se trata de buscar fórmulas de amparo

(4) Cfr.: CARNEVALI, *La responsabilità del produttore* (Milano 1974), capítulo tercero íntegro; ALPA y BESSONE, *La responsabilità del produttore* (Milano 1980), pp. 2-20 y 88 y ss.

(5) SEQUEIRA, *OC* nota 2, p. 1.447.

(6) El fenómeno de la producción en masa y la utilización de procesos técnicos cada vez más complejos despersionaliza de tal manera el consumo que hace prácticamente imposible la determinación de quién pueda ser realmente el causante del daño.

(7) CABELLA PISU, *Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali* (Milano 1983), pp. 168 y 249 y s.

al consumidor, con independencia de su posición como parte o no del contrato en la adquisición del bien o servicio de que se trate; fórmulas que se han venido englobando bajo la «responsabilidad del productor» (8). Se puede afirmar que la tendencia de las formulaciones ha ido evolucionando hacia unas soluciones que van desde posiciones que pretendían dar solución a los problemas desde una óptica contractual y que todavía perviven en algunos modelos (ejemplo: en Francia, mediante la concesión de acciones directas al consumidor contra el fabricante) hasta soluciones dentro del marco extracontractual (ejemplo: Alemania, Italia y, con las peculiaridades propias de su modelo jurídico, Estados Unidos e Inglaterra). Y todo este esfuerzo deriva fundamentalmente hacia un intento de superación de la exigencia de culpa como elemento necesario para el buen fin de la acción, que se ve sustituida por unas presunciones de culpabilidad que derivarían de la propia lógica del sistema económico y que en algún supuesto tienden incluso hacia la responsabilidad objetiva (ejemplo: «La Stric Liability in Tort», en Estados Unidos) (9). Esta circunstancia ha originado que la directiva comunitaria de 25 de julio de 1985 en materia de responsabilidad por daños derivados de productos defectuosos no parezca —según Galgano— destinada a introducir una innovación del sistema jurídico en los estados miembros, al continuar con los principios (en primer lugar, con el principio de responsabilidad objetiva del productor) que ya habían adoptado las diversas sociedades industriales de nuestro tiempo, tanto europeas como extraeuropeas (10).

Por otra parte conviene fijar el concepto de productor. La doctrina suele utilizar los términos empresario, fabricante o productor; nuestro Diccionario de la Lengua nos dice que empresario es aquella persona que, con responsabilidad propia, toma a su cargo una empresa; la palabra fabricante significa dueño o artífice de una fábrica; finalmente, productor es cada una de las personas que intervienen en la producción de bienes y servicios. En este trabajo utilizo la expresión productor al considerarlo un término más propio y amplio (11) que los de empresario o fabricante; y también, más acorde con la doctrina moderna, especialmente la italiana (12) y con la directiva comuni-

(8) Sobre los diferentes sistemas jurídicos de Derecho comparado, *vid.*, *infra* epígrafe III.

(9) Cfr.: SEQUEIRA OC nota 2, p. 1.448.

(10) GALGANO, *Responsabilità del produttore*, Contratto e Impresa (1986), p. 996.

(11) Los términos empresario y fabricante son más estrictos y no van acorde con lo que establece la Directiva comunitaria de 25 de julio de 1985 respecto a las personas que pueden responder por productos defectuosos, deber que puede alcanzar también a quien comercializa el producto defectuoso.

(12) MARTORANO, *La responsabilità del produttore verso i terzi* (Napoli 1964); GHIDINI, *La responsabilità del produttore di beni consumo. I profili precontrattuali* (Milano 1970); CARNEVALI, *La responsabilità del produttore* (Milano 1974); ALPA y BESSONE, *La responsabilità del produttore* (Milano 1976); FRIGNANI, *Responsabilità del*

taria que, salvo las precisiones que se refieren a los distintos sujetos responsables, usa siempre la expresión «productor», considerada más amplia, en sus connotaciones semánticas, respecto a las de fabricante o empresario (13).

Una vez fijado el término productor se puede establecer un concepto de lo que se entiende por responsabilidad del productor: consistirá en la facultad del consumidor de un producto defectuoso de reclamar, tanto del fabricante como del distribuidor, el pago de los daños y perjuicios que tal defecto le cause (14).

Para terminar esta introducción, haré una breve referencia a los orígenes de la responsabilidad del productor. Esta responsabilidad no fue regulada por el Derecho romano tal como lo exige la práctica actual. Pero el problema ha sido planteado por los romanistas (15) al estudiar las llamadas acciones edilicias. Según la regla «caveat emptor», dominante en el Derecho Romano clásico, el comprador había de desconfiar y prevenirse si no quería soportar las consecuencias de una adquisición defectuosa. Esta acción tuvo primero un carácter penal, y después se transformó en contractual y se prescindió del elemento de la culpa por parte del vendedor. La responsabilidad por vicios de la cosa se hizo connatural al contrato de compraventa. Posteriormente, observa Lee (16), las acciones edilicias sirvieron para obtener una indemnización por los daños derivados del incumplimiento del contrato, no por los defectos de la cosa vendida, a menos que los conociera el vendedor, o los garantizara. Excepción a esta regla, o sea, procedía indemnización de daños a causa de los vicios de la cosa cuando el vendedor era fabricante del objeto defectuoso y cuando era un comerciante que vende los artículos en cuyo tráfico consiste su negocio. En el segundo caso, es decir, venta por un comerciante no fabricante de la cosa, parece más natural que la responsabilidad adscrita al vendedor afecte a quien es tercero en la transacción por la que se distribuye el producto al consumidor, es decir, que afecte al fabricante, tercero respecto del comprador en el plano estrictamente contractual. Sostiene Lee que el detallista no debe responder de los defectos ocultos procedentes del fabricante, cuando la conserva-

produttore: il progetto in direttiva Cee e gli ordinamenti degli Stati membri, en Giur. piemont. (1985); GALGANO, *Responsabilità del produttore*, Contratto e Impresa (1986); FRANZONI, *Responsabilità del produttore*, OC nota 1.

(13) Vid. ALPA, *L'attuazione della direttiva comunitaria sulla responsabilità del produttore. Tecniche e modelli a confronto*, Contratto e Impresa (1988), p. 578.

(14) Sobre el concepto de responsabilidad del productor, vid. BARRERA GRAF, *La responsabilidad del productor en el Derecho mexicano*, Revista de Derecho Mexicano 143-144 (1977), pp. 185 y ss.

(15) Vid. SCHULZ, *Classical Roman Law* (1951), pp. 535 y ss.; LEE, *An Introduction to Roman Dutch law* (1953), pp. 295 y ss., citados por Puig Brutau, *Fundamento de Derecho civil II-2* (Barcelona 1956), pp. 203 y s. Vid. también IGLESIAS, *Derecho romano. Instituciones de Derecho privado* (Barcelona 1958), pp. 374 y ss.

(16) LEE, en Puig Brutau, OC nota 15, p. 204.

ción del objeto exija que el vendedor se abstenga de averiguar si contiene defectos ocultos.

II. INCIDENCIA DE LA CONSTITUCION EN LA RESPONSABILIDAD DEL PRODUCTOR

Con la aprobación por el pueblo español de la Constitución de 1978 se obtiene el enmarque sistemático de la responsabilidad del productor. Efectivamente, la protección de los consumidores va a considerarse como uno de los principios rectores de la política social y económica del Estado español al incluir nuestra Constitución un artículo específicamente dedicado a consagrar esa protección. Se trata del artículo 51 que tiene el texto siguiente (17).

«1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca.

3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales».

Este precepto (absolutamente innovador en el panorama constitucional europeo, ya que la Constitución portuguesa de 1976, si bien señala que «corresponde prioritariamente al Estado.. proteger al consumidor», se limita a concretar esta protección en «el apoyo a la creación de cooperativas y de asociaciones de consumidores») debe leerse, además, conjuntamente con el artículo 53 de la propia Constitución española, que en su párrafo tercero establece que «el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo 3.º informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos». Con lo cual se está erigiendo la protección de los consumidores al rango de auténtico principio general del Derecho que, como señala el artículo 1,4 del Código civil, deberá informar el ordenamiento jurídico (18). Esta última función del precepto constitucional es particularmente importante, pues viene

(17) Este art. está inspirado en la Resolución del Consejo de la Comunidad Económica Europea, de 14 de abril de 1975, relativa a un programa preliminar de la CEE para una política de protección y de información de los consumidores. Sobre el origen de interpretación de este precepto constitucional, *vid.* BERCOVITZ, A., *La protección de los consumidores, la Constitución española y el Derecho mercantil*, en *Lectura sobre la Constitución española II* (Madrid 1978), pp. 12-20.

(18) QUINTANA CARLO, *La protección del consumidor en España (Aspecto comparativo con la Comunidad Económica Europea)* Actualidad civil 13 (1987), p. 802.

a significar que, en caso de duda sobre la interpretación de una norma determinada, cuando se invoque o pueda aplicarse a una operación realizada con consumidores, deberá interpretarse de manera coherente con los dispuesto en el artículo 51 de la Constitución.

Otro aspecto de igual trascendencia consiste en que las Cortes deberán elaborar las leyes que, al igual que ocurre en otros países más avanzados en esta materia, sirvan para llevar a la práctica los derechos que a los consumidores reconoce el artículo 51 de la Constitución, especialmente en aquellos ámbitos en que el reconocimiento de tales derechos se ha revelado de especial importancia (19). Por tanto, a partir de la entrada en vigor de la Constitución española, los legisladores al dictar nuevas normas, la Administración al desarrollarlas y ejecutarlas y los jueces y magistrados al aplicarlas deberán tener en cuenta a los consumidores como sujeto más débil del tráfico económico (20).

Sin embargo, el artículo 51 de la Constitución no contiene ninguna referencia explícita a la responsabilidad del productor por los daños que le puedan producir al consumidor sus productos, este silencio podría —según Sequeira (21)— haber constituido un obstáculo a la hora de construir determinadas figuras de amparo al consumidor que intentasen prescindir de las dificultades derivadas de una exigencia de responsabilidad basada siempre en la presunción de culpa en el causante del daño. En este sentido, el Tribunal Constitucional reconoce, en sentencia de 30 de noviembre de 1982, la no discordancia entre el sistema de responsabilidad objetiva y los principios constitucionales (22).

(19) Cfr. BERCOVITZ, A., *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores* (Madrid 1987), p. 65.

(20) Con toda claridad lo explica BERCOVITZ, A., *OC*, nota 17, p. 10, al decir que «el prototipo de consumidor necesitado de protección es la persona que individualmente no está en condiciones de hacer valer sus justas exigencias sobre los productos o servicios que adquiere y que carece de los medios necesarios para enfrentarse con las empresas con que contrata».

«Las razones que explican esta situación —continúa Bercovitz— son evidentes. Debido a la ampliación de los mercados, a los avances de la técnica, a la importancia que cobra la organización empresarial, particularmente en las grandes empresas, a la influencia que cobra la organización empresarial, particularmente en las grandes empresas, a la influencia cada vez mayor de los medios de comunicación social que permiten la realización de eficaces campañas publicitarias, el hecho es que en la actualidad y como regla general el consumidor individual no tiene apenas ninguna posibilidad de defender sus legítimos intereses. De entrada, es normal que no esté en condiciones de juzgar por sí mismo sobre la bondad de los productos o servicios; no tiene posibilidad de influir en el mercado, ni en cuanto a precios ni en cuanto a calidades; se ve sometido a una extraordinaria presión por medio de la publicidad, que tiende a reducir su capacidad crítica, y es tal la desproporción entre los medios de que dispone el consumidor normal y los que poseen las empresas cuyos productos o servicios adquiere, que apenas tiene ninguna posibilidad efectiva de hacer respetar sus derechos.»

(21) SEQUEIRA, *Defensa del consumidor y Derecho constitucional económico*, Revista Española de Derecho Constitucional 10 (1984), p. 104.

(22) Esta sentencia tuvo su origen en el recurso interpuesto por el Gobierno contra la Ley vasca del consumidor.

A pesar del silencio constitucional se puede afirmar que el principio constitucional de protección al consumidor alcanza a la responsabilidad del productor por los daños que a aquéllos les causen los productos defectuosos, al ser este derecho a indemnización de daños un «legítimo interés económico» (23) del consumidor, y, por otra parte, este derecho salvaguarda la «seguridad» del consumidor amparada también por el artículo 51 de nuestra Constitución (24). Era, por lo tanto, necesario un desarrollo normativo de los derechos del consumidor con especial incidencia en la reparación de los daños, a fin de solventar su alcance, que, como consecuencia del silencio constitucional, era difícil perfilar, con independencia de cual fuera la técnica de política jurídica que se optara por seguir.

La Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios va a suplir el silencio constitucional de este derecho del consumidor, estableciendo entre los derechos básicos de los consumidores y usuarios la indemnización o reparación de los daños y perjuicios sufridos (artículo 2, punto 1.º, apartado c). Por su parte la directiva sobre responsabilidad derivada de productos defectuosos, de 25 de julio de 1985 (a la que nuestra legislación debe adaptarse como consecuencia de la adhesión de España a la Comunidad Económica Europea), también establece en su artículo primero que el productor es responsable del daño causado por un defecto de su producto.

III. LAS DISTINTAS CONSTRUCCIONES NACIONALES RELATIVAS A LA RESPONSABILIDAD DEL PRODUCTOR HASTA LA DIRECTIVA DE 25 DE JULIO DE 1985

Las soluciones al problema de la responsabilidad del productor que han adoptado los sistemas jurídicos de mayor interés (a nuestro criterio) dentro de los países pertenecientes a la CEE son los que siguen:

III.1. ALEMANIA

La responsabilidad del productor no puede decirse que constituya un problema nuevo en Alemania. Ya en 1915 el Tribunal del Reich hubo de pronunciarse sobre la cuestión. Sin embargo, en ésta y en otras sentencias posteriores se aprecia la carencia de una consideración jurídica unitaria del problema. Es necesario esperar al final de los años cincuenta y al inicio de la siguiente década para que la res-

(23) *Vid.* art. 51,1 de la CE.

(24) También el artículo 41,2 de la Constitución italiana pone a la iniciativa económica privada el límite de la salvaguarda de la seguridad humana.

ponsabilidad del productor sea individualizada como tal. La doctrina y la jurisprudencia se encuentran con el espaldarazo definitivo a este problema en 1968 al ser elegido como objeto de las discusiones del 47 Deutsche Juristentag (25). El estudio realizado y las conclusiones propuestas servirán para sentar las bases sobre las que trabajarán tanto los autores como los Tribunales de Justicia. Así en el mismo año el Tribunal Federal consagra la regla siguiente: En el caso de que en el adecuado empleo de un producto industrial resulte dañada una persona o cosa como consecuencia de que el producto había sido fabricado con un defecto, el fabricante deberá probar la falta de culpa en dicho defecto. Si no lo logra responderá en vía delictual. El adquirente intermedio no podrá liquidar contractualmente los daños producidos a un tercero (BGH, 26 de noviembre de 1968) (26). El Tribunal Federal argumentó que el productor controla la esfera de producción (determina y organiza el proceso de producción, efectúa el control de las consignas de los productos acabados) y, por otra parte, las dimensiones de las empresas, la complicada organización con una compleja subdivisión del trabajo, los procesos técnicos, químicos o biológicos, hacen que al perjudicado le sea prácticamente imposible aclarar la causa del defecto que ha dado lugar al daño. La víctima esta en condiciones de exponer al juez los hechos de tal modo que permitan a éste último, juzgar con seguridad si hay que imputar una falta a la dirección de la empresa o si se trata de un defecto de fabricación o de una «irregularidad» de vez en cuando posible o, incluso, a un error en el «desarrollo» previsible en base al nivel técnico y de la ciencia existente en aquel momento. Por tanto, si la causa que imposibilita la aclaración de las circunstancias entra en la esfera del productor, la prueba de la misma debe también adscribirse a su esfera de riesgo. En este caso, es razonable que al productor le corresponda demostrar su ausencia de culpa (27). La trascendencia de esta decisión fue de suma importancia: En primer lugar y fundamental, al haber establecido en el Derecho alemán la inversión de la carga de

(25) La tradicional atención que los DJT venían dedicando a los problemas de la responsabilidad civil encuentra una manifestación particularmente significativa en el 47 DJT, celebrado en Nuremberg del 17 al 20 de septiembre de 1968.

(26) El asunto fue el siguiente: la propietaria de una granja avícola había hecho vacunar a sus gallinas contra la peste aviar, con el resultado desastroso de que poco tiempo después morían más de cuatro mil y otras cien hubieron de ser sacrificadas. La demandante, que por otra parte ni siquiera había adquirido directamente la vacuna —el adquirente había sido el veterinario— acude a los Tribunales para solicitar de la empresa productora de la vacuna la indemnización correspondiente como consecuencia de la aplicación del producto por ella fabricado. Se alegó como prueba que determinados frascos no se encontraban en perfectas condiciones de inmunización y que contenían en su confección original focos bacteriológicos activos.

(27) Esta sentencia del Tribunal Federal de 26 de noviembre de 1968 ha sido comentada entre otros por GALGANO, *OC* nota 10, pp. 1.005-1.006; DIEDERICHSEN, *Anmerkung zum Ur. des BGH vom 26 de noviembre de 1968*, NJW (1969), pp. 269 y s.; ROJO, *OC* nota 2, pp. 98 y ss.

la prueba de la culpa del productor de un producto defectuoso (Be-weisumkehr) (28). En segundo lugar el haber determinado ejemplarmente que la responsabilidad del fabricante es cuestión a resolver mediante el desarrollo y perfeccionamiento de los principios jurídicos del propio sistema por parte de los Tribunales de justicia (29). Y, por último, el haber rechazado de forma indubitada el enfoque contractual que había planteado un sector doctrinal (30).

El deber de organización del productor, constituirá el verdadero criterio de imputación de la responsabilidad, 'deber que irá ligado a una noción objetiva de diligencia que junto con un nivel objetivo de seguridad que han de ofrecer los productos hacen que en Alemania se haya llegado aplicar un modelo esencialmente objetivo de responsabilidad del productor (31).

III.2. FRANCIA

El Código civil napoleónico entró en conflicto con las exigencias que se requerían en materia de responsabilidad por daños ocasionados por productos defectuosos, esto dio lugar a que se siguieran en Francia a este respecto dos líneas diversas (32). La primera de ellas

(28) Sobre la inversión de la carga de la prueba en la responsabilidad del productor por defecto de sus productos *vid.* TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva* (Milano 1961), p. 21-23.

(29) *Vid.* ROJO, *OC* nota 2, p. 100.

(30) En efecto, los autores, incluso a veces sobre una cierta base jurisprudencial, trataron de fundamentar la responsabilidad del productor en distintas construcciones jurídicas de naturaleza contractual. Así, fundamentaron la responsabilidad del productor sobre un contrato entre productos y consumidor: cualquiera que venda un producto destinado a una colectividad indeterminada de consumidores, crea una serie de expectativas a través de los mensajes publicitarios, la imagen de su propia empresa, la marca... En esencia, el productor tiene gran similitud a la figura del arrendador y, por tanto, está obligado a responder de los perjuicios provocados por los defectos de la cosa, también, respecto a otros sujetos además del consumidor no pueden ser, por ejemplo, los parientes; de esta forma se superaba el esquema rígidamente bilateral, aunque no se salía completamente del modelo de la compraventa que, a la vez, estaba utilizado como instrumento para la circulación de bienes. *Cfr.*, SIMITIS, *La responsabilità per i prodotti difettosi-L'approccio tedesco-occidentale*, *Riv. crit. dir. priv.* (1985), p. 29. Consecuentemente, pronto sería criticado esta orientación tanto desde el punto de vista estructural, como desde el punto de vista funcional. En efecto, no se puede modelar el contrato, hasta el punto de realizar fines que no se adapten ontológicamente a su naturaleza. También, desde el punto de vista funcional, el acercamiento de la responsabilidad del productor a la figura contractual ha permitido objeciones más que fundadas, entre ellas, no se establece con claridad hasta donde es legítima la expectativa del consumidor. *Cfr.*, SIMITIS, *La responsabilità per i prodotti difettosi-L'approccio tedesco-occidentale*, *Riv. crit. dir. priv.* (1985), pp. 230 y ss.

(31) *Cfr.* GALGANO, *OC* nota 10, p. 999.

(32) ALPA y BESSONE, *OC* nota 4, pp. 165 y s.; OVERSTAKE, *La responsabilità du fabricant de produits dangereux*, *Rev. trim. dr. civ.* (1972), pp. 485 y s.; FRANZONI, *OC* nota 1, pp. 292 y s.; CABELLA PISU *Garanzia per vizi e tutela del consumatore nella giurisprudenza francese*, *Riv. trim. dir. proc. civ.* (1976), p. 698.

intentó dar una visión más actual de las normas sobre compraventa, así, el vendedor que a esta condición une la de ser fabricante del producto que vende es considerado por los Tribunales como «connaissant les vices de la chose», y, en consecuencia, obligado a la reparación de todos los daños y perjuicios ocasionados al adquirente artículos 1.446 y 1.645 Codice civile (33). Se trata de una presunción relativa que no encuentra eco en el texto legislativo al haber sido los Tribunales los que han introducido este elemento innovador que permite al comprador perjudicado dirigirse directamente al primer vendedor, es decir, al fabricante, de este modo se admite una acción directa para hacer efectiva la tutela del consumidor, acción que no encuentra resonancia en la disciplina del Codice civile sobre la compraventa, y que además, presenta una indiscutible utilidad (34). El empleo de esta acción permite ampliar el círculo de personas protegidas más allá de los límites de la compraventa inmediata al admitir que el subadquirente ejercite una acción directa de naturaleza contractual contra el vendedor primitivo. Sin embargo, la acción directa protege a una categoría limitada de consumidores: únicamente a los compradores finales. Al ser una acción contractual no puede tutelar a quien no haya sido adquirente, aunque haya sido usuario o consumidor del producto. Por eso, cuando el dañado sea un tercero ajeno a la cadena de distribución del producto, el productor no podrá quedar sujeto a responsabilidad más que en los términos de los artículos 1.382 y 1.383 del Codice civile. De esta forma entramos en la segunda línea trazada en Francia sobre la responsabilidad del productor. Esta segunda tendencia reconduce la responsabilidad del fabricante al régimen común de la responsabilidad extracontractual. De este modo se garantiza la responsabilidad del productor frente a cualquier consumidor bien sean adquirentes finales, o bien «bystanders» (35). El principal problema de aplicación de este régimen es el relativo a la culpa, es decir, la necesidad de que el perjudicado pruebe la culpa del fabricante sea en el proceso de fabricación, sea en la puesta en circulación del bien por no haber dispuesto de modo conveniente el producto o previsto sus posibilidades de empleo. La jurisprudencia francesa ha aplicado en estos casos normas que únicamente de ser interpretadas en un sentido no literal pueden dar solución a estos supuestos. Ha sido aplicada así al productor el artículo 1.384 del Code civil, que regula la responsabilidad por cosas en custodia y por el hecho ilícito de los dependientes, con el fin de imputarle especiales deberes de diligencia

(33) Cfr. ALPA Y BESSONE, *OC* nota 4, pp. 165 y s.; MAZEAUD, *La responsabilité du vendeur-fabricant*, Rev. trim. dr. civ. (1955), pp. 611 y ss.

(34) Cfr.: Cass. civ., 4 de febrero de 1963.

(35) Se denomina «bystanders» a aquellos sujetos que, no siendo consumidores, resultan perjudicados por el defecto de un producto.

profesional. La atribución de estos deberes especiales conducen a una implícita noción del riesgo creado.

La doctrina francesa, ha abandonado progresivamente la línea contractual para estudiar la tutela del consumidor centrándola en torno a la figura del fabricante, como sujeto que mejor que otros puede soportar el riesgo por daños causados a consecuencia de la circulación de productos defectuosos (36). En esta línea están también las más recientes disposiciones legislativas como la ley Royer de 27 de diciembre de 1973, que entre otras cosas ha admitido la legitimación activa de las asociaciones de consumidores sobre los fabricantes en las causas que tienen como objetivo la falsa publicidad de productos y cualquier otro supuesto de perjuicios directos o indirectos al interés colectivo de los consumidores. Y también la Ley 78-23 de 10 de enero de 1978 que introdujo modificaciones en la disciplina relativa a los contratos de adhesión.

III.3. ITALIA.

En Italia el estudio del fenómeno de responsabilidad del productor ha seguido diversos caminos sobre todo por parte de la doctrina influenciada por los estudios elaborados en otros ordenamientos jurídicos.

Un sector doctrinal partiendo de los artículos 1.494 y siguientes del Codice civile de 1942 considera que las normas sobre compraventa y más concretamente las que hacen referencia a las garantías del vendedor por los vicios de la cosa, constituyen un «hortus conclusus», con el que es posible atribuir fundamento contractual a la acción (37). El fundamento a esta responsabilidad contractual del vendedor se encontraría en el párrafo 1.º del artículo 1.494 del Codice civile al considerar los vicios de la cosa vendida como una frustración del resultado contractual pactado que sufre el comprador (38).

Otros autores, a partir del párrafo 2.º del artículo 1.494 del Codice civile que se ocupa de los daños producidos por vicios de la cosa vendida, establecen una regla especial de responsabilidad extracontractual objetiva en derogación del artículo 2.043 del mismo cuerpo legal, al sujetar a quien pone a la venta cosas afectadas por vicios susceptibles de causar daño, concediéndose la prueba liberatoria por haber ignorado sin culpa los vicios de la cosa. Propiamente se trata de una responsabilidad por hecho ilícito, que sujeta al vendedor no sólo frente a su directo adquirente, sino también respecto a los sucesi-

(36) Cfr.: ALPA y BESSONE, *OC* nota 4, p. 183; FRANZONI, *OC* nota 1, p. 294.

(37) Cfr.: FRANZONI, *OC* nota 1, pp. 302-303.

(38) *Vid.* GALGANO, *OC* nota 10, p. 1.000.

vos subadquirentes (39). En esta protección (tanto sobre el adquirente directo como sobre los sucesivos subadquirentes), reside la ventaja de esta posición.

La jurisprudencia que se ha formado en Italia sobre responsabilidad del productor ha seguido la perspectiva extracontractual como cauce obligado de solución. Así, partiendo de la cláusula general establecida por el artículo 2.043 del Codice civile, es decir, habrá lugar a responsabilidad civil solamente cuando en el supuesto de hecho ofrecido a la consideración judicial se den los presupuestos del ilícito aquiliano. Ello significa que, en cualquier caso, requisito indispensable para la aplicación de la norma es la culpa del fabricante, y que, en consecuencia, la persona dañada permanecerá desprovista de tutela jurídica en todas aquellas hipótesis en las que el daño ocasionado no derive de una conducta negligente del fabricante en el proceso de producción (40).

En efecto, la imputabilidad al fabricante de los eventos dañosos que no puedan ser resarcidos mediante la invocación del artículo 2.043 del Codice civile, resulta de inútil e imposible acomodo en las demás disposiciones en las que el legislador de 1942, sin introducir un principio absoluto de responsabilidad objetiva, ha agilizado la comprensión del requisito de la culpa, como son los artículos 2.049 y 2.051 del Codice civile. Por cuanto atañe al artículo 2.049, que regula la responsabilidad de los patronos y de los comitentes por los daños ocasionados por el hecho ilícito de sus domésticos y empleados en el ejercicio de sus incumbencias, es opinión prevalente en la doctrina que dicha norma postula la culpa del dependiente, con lo que su aplicación en el tema que nos ocupa conduce a los mismos resultados prácticos que la del artículo 1.043 del mismo cuerpo legal. De otro lado, el artículo 2.051 relativo al daño ocasionado por una cosa en custodia, no encuentra aplicación frente a quien, en el momento de verificarse el evento dañoso, se haya desposeído del control efectivo sobre el bien, y éste es precisamente el caso del fabricante (41).

Sin embargo, la jurisprudencia en materia de responsabilidad del productor se basa en el artículo 2.043 del Codice civile y, por tanto, sobre la culpa del productor. Pero, el consumidor está dispensado del peso probatorio que le ocasiona la culpa del productor, la cual es asumida como «culpa in se ipsa», es decir, se considera implícita en el hecho mismo de la comprobación dañosa del producto (42). Así,

(39) Cfr.: GALGANO, *OC* nota 10, p. 1.000; VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti* (Padova 1972), p. 183; CABELLA PISU, *Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali* (Milano 1983), pp. 114 y ss. y 168 y ss.

(40) MARTORANO, *Sulla responsabilità del fabbricante per la messa in commercio di prodotti dannosi (a proposito di una sentenza della Casazione)*, *Foro it.* 5 (1966), pp. 13 y s.

(41) Cfr.: ROJO, *OC* nota 2, pp. 104-105.

(42) GALGANO, *OC* nota 10, p. 1.000.

en el caso de las galletas «Saiwa» deterioradas, la Casación determinó la responsabilidad del productor por su «conducta culposa», la cual se deduce automáticamente al excluir la responsabilidad del revendedor (43).

Son también significativas las sentencias referentes al estallido de una botella sobre la barra de un bar. En estas sentencias la presunción de culpa ha desarrollado un papel esencial también con fines de imputar el daño al hecho del productor desde el punto de vista de la reconstrucción de la relación de causalidad. Verdaderamente, en todos los casos fallados el origen del estallido permaneció desconocido. Ahora, el problema de la reconstrucción de la relación causal, como a menudo recuerda la doctrina, puede volverse árido al igual que el de la prueba de culpabilidad del fabricante. En casos como éste, en los cuales la comprobación del defecto no puede ser demostrado al haberse producido la destrucción material del bien defectuoso, la presunción de culpa pone al que causó el daño (productor) en las condiciones de poderse librar sólo mediante la prueba positiva del caso fortuito. Sólo en tal situación, de hecho, puede afirmarse con certeza que ha sido interrumpida la relación de causalidad entre el hecho y el daño; en caso contrario, es más plausible concluir que el hecho ha sobrevenido por una causa ignorada igualmente reconducible a la responsabilidad del productor (44).

Se advierte que detrás de la utilización de la presunción de culpa se esconde una verdadera responsabilidad objetiva, imputada a través

(43) La Cass. de 25 de mayo de 1964, núm. 1.964, núm. 1.270 casó el siguiente asunto: Los actores, marido y mujer alegaban que habían sufrido determinadas perturbaciones en su salud, para cuya cura tuvieron necesidad de tratamiento médico, como resultado de haber ingerido algunas galletas en mal estado de una caja adquirida por el marido en un negocio al por menor. En consecuencia se dirigían contra el revendedor y contra la empresa fabricante solicitando la condena solidaria de los mismos a la indemnización de daños y perjuicios, y, en concreto, el reembolso de los gastos ocasionados por el tratamiento. Rechazada la demanda por el juez de primera instancia, ésta se admitía en apelación limitadamente al fabricante, excluyéndose por el contrario toda responsabilidad del revendedor por haber sido vendido el producto en la confección original de fábrica. El fabricante recurría en casación fundamentando su recurso con el hecho de que los actores no habían presentado la prueba de la culpa en el proceso de fabricación, es decir, la inobservancia del deber de diligente fabricación en el proceso de producción de la mercancía, mientras que existía la posibilidad de que la alteración en el producto fuese atribuible a una deficiente conservación de la mercancía por parte del detallista. El recurso fue rechazado por la Casación argumentando que en el caso de daños derivados del consumo de productos alimenticios defectuosos, vendidos al público en confecciones originales, no existe responsabilidad del revendedor a menos que se pruebe su culpa en la deficiente conservación de la mercancía o en la venta en período posterior al límite temporal de la garantía. Una vez excluida la culpa del revendedor —continuaba la Casación— es legítimo individualizar la causa de la alteración en la negligencia del fabricante en el proceso de fabricación, a través de un procedimiento lógico presuntivo, dejado a la discrecionalidad del juez que conoce del asunto, y sustraído como tal al control de legitimidad de la Casación.

(44) Cfr.: FRANZONI, *OC* nota 1, pp. 306-307.

de la relación de causalidad (45). El productor no se libera de esta presunción ni demostrando la diligencia en las fases de construcción del bien ni tampoco si la causa del evento queda ignorada, sólo se liberará probando el hecho que determina la interrupción de la relación causal. Tal es el supuesto del caso fortuito o la demostración que el daño es consecuencia de la actividad del constructor de uno de los componentes que integran el bien que causó el daño (46).

En substancia, la responsabilidad por culpa presunta produce un efecto equivalente a la responsabilidad objetiva (47).

En Italia con anterioridad a la directiva de la CEE de 25 de julio de 1985, el problema de la responsabilidad del productor ha sido examinado cumplidamente por el legislador únicamente en el Proyecto de Estatuto de la empresa. En este proyecto de ley se dedica al problema de la responsabilidad del productor el artículo 33 que dispone: «El empresario es responsable, según el principio de riesgo de empresa, de los perjuicios causados a consumidores y usuarios de productos de la empresa (48).

Los estudiosos en al materia han advertido inmediatamente la importancia de semejante regla, en particular en el contexto de un proyecto de ley que intenta determinar las normas fundamentales del funcionamiento de la empresa (49). Así, Alpa entiende que aún tratándose de un Proyecto que probablemente no saldrá nunca a la luz, la norma es ciertamente expresiva de la tendencia hacia una responsabilidad objetiva (50).

III.4. INGLATERRA

Tanto en Inglaterra como en América del Norte, el problema de la responsabilidad del productor se anticipó respecto a los países del viejo continente.

En Inglaterra bajo la influencia del principio relativo a la eficacia y límites del contrato, en el siglo XIX un tercero que resultase dañado por el incumplimiento culpable de un contrato, no gozaba de am-

(45) Cfr.: La comparación entre los modelos de decisión de las sentencias de los jueces italianos, franceses y alemanes en GALGANO, *OC* nota 10, pp. 1.002-1.004.

(46) Cfr. Cas. 13 de marzo de 1980: En este caso se comprobó que el daño fue producido por la baja calidad del metal con el que fueron construídos los tornillos de una grúa.

(47) FRIGNANI, *Riflessioni sulla responsabilità del produttore*, Riv. soc. (1978), página 1606.

(48) El texto del Estatuto está en Riv. crit. dir. priv. (1986), pp. 87 y s., con una nota de GALGANO.

(49) Cfr. TRIMARCHI, *La responsabilità del fabbricante nel progetto di statuto dell'impresa*, *Quadrimestre* (1985), pp. 207 y s.

(50) ALPA, *Rischio contrattuale*, *Contratto e impresa* (1986), pp. 627-631.

paro legal (51). Por tanto, el fabricante o vendedor primitivo no había de responder de los daños causados por los defectos de las cosas vendidas sino frente al adquirente inmediato en virtud del principio denominado «privity of contract». El productor no aparecía nunca como parte contractual, por lo que permanecía siempre al margen de cualquier tipo de resarcimiento (52). Sólomente en casos excepcionales se admitió la demanda de un tercero, en el supuesto de que la cosa vendida fuese peligrosa «per se» (v. gr.: veneno, explosivos...), así como en el caso de ocultamiento por el vendedor al adquirente de un defecto conocido que determinó un daño al tercero (53).

Este criterio fue mantenido hasta 1932 donde una importantísima sentencia (Donoghue v. Stevenson) proclama el principio en cuya virtud el fabricante es responsable frente al consumidor, aunque sólo sea por el hecho de que el primero ha manipulado los artículos que pueden llegar a manos de otro y causarle un daño si son defectuosos (54). En Inglaterra se reconoció entonces que el demandado podía ser condenado, siempre que fuese probada la culpa, es decir, que se demostrase que el demandado expuso al actor a un riesgo que un hombre razonable en las mismas circunstancias hubiese debido prever y evitar. En estos casos era necesario probar la culpa, pero esa prueba

(51) Cfr. Winterbotton v. Wright (1842): En este supuesto el tribunal negó que el actor, un cochero, tuviera derecho a una indemnización como consecuencia de los daños ocasionados por causa de un defecto oculto en un vehículo postal que conducía. Aunque se llegó a demostrar la negligencia de la empresa que había atendido la manutención del vehículo, la Corte excluyó su responsabilidad, argumentando la falta de relación contractual con el dañado.

(52) Esto, respondía a la lógica del «laissez faire» que requería una particular tutela a la empresa, entendida como elemento motor de la economía y, por tanto, de sumo interés para la comunidad. Penalizar a la empresa suponía penalizar a la misma colectividad. Cfr. ALPA y BESSONE, *OC* nota 12, pp. 195 y ss.

(53) BUSTAMANTE, *Teoría general de la responsabilidad civil* (Buenos Aires 1987), pp. 380-381.

(54) En el supuesto concreto, un fabricante de «ginger-ale» fue condenado a indemnizar a la actora, quien había adquirido una botella del producto, por intermedio de un amigo, en un café. Al consumir la bebida, la atención de la actora se había detenido en los restos en descomposición de un caracol que contenía la botella, que por otra parte era opaca. El inevitable «shock» psicosomático y el daño sufrido por la actora movieron a la «House of Lords» a enunciar un principio revolucionario. La Corte estableció, en efecto, que cuando el fabricante pone en el mercado productos confeccionados de modo tal que llegan hasta el consumidor sin posibilidad de controles intermedios responderá de los daños imputables a su «negligence» frente al público. La existencia de un contrato con el adquirente inmediato no impide la de un deber de naturaleza extracontractual frente a terceros, y ello con independencia del producto fabricado. Ya no va a importar que se trate de una cosa peligrosa en sí misma o que la peligrosidad sea el resultado de un defectuoso proceso de fabricación. Junto a la obligación derivada del contrato de poner a disposición del otro contratante un producto no susceptible de ocasionar daños como consecuencia de su defectuosidad, se establece a cargo del fabricante un deber de diligencia en el proceso de producción —o a cargo del vendedor primitivo en el proceso de distribución— de tal modo que nunca pueda comprometerse la integridad de la persona o sus bienes. Cfr.: ROJO, *OC* nota 2, p. 55.

era favorecida por la doctrina «res ipsa loquitur», que atribuye una presunción «iuris tantum» de culpa en los casos en que el demandado ha tenido la guarda de la cosa y el daño no se hubiese producido si se hubiere ejercido un cuidado razonable (55).

Sin embargo, esta solución que también fue adoptada en Estados Unidos (56) resultaría insuficiente. Pronto los Tribunales norteamericanos harán rápidos progresos creando una doctrina de la responsabilidad del productor de tipo objetivo («products liability»), mientras que los jueces británicos permanecerán anclados en los principios establecidos por la sentencia «Donoghue v. Stevenson» de 1932.

III.5. ESPAÑA

En este epígrafe examinaré la regulación de la responsabilidad del productor, en nuestro país, con anterioridad a la directiva comunitaria de 25 de julio de 1985. Para ello, seguiré la siguiente sistemática:

1. Situación del problema antes de la promulgación el 19 de julio de 1984 de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios (en adelante LDCU).

2. La responsabilidad del productor en la LDCU.

3. Incidencia de la responsabilidad del productor en algunas comunidades autónomas.

III.5.1. Situación anterior a la promulgación de la LDCU

Antes de la promulgación de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, la protección de los consumidores frente a los supuestos de daño tenía que ser canalizada necesariamente a través de las fuentes tradicionales de la responsabilidad civil. Todo dependía si el hecho originador del daño era o no constitutivo de delito o falta.

En el primer caso, nos encontramos ante una responsabilidad civil derivada del ilícito penal que tiene su fundamento en el artículo 1.092 del Código civil, en relación con los artículos 19 a 22 y 101 a 111 del Código penal. Según dichos artículos, las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código penal, que establece que toda persona responsable criminalmente lo es también civilmente. Por consiguiente, la jurisdicción penal está obligada a pronunciarse en materia de responsabilidad civil, a no ser que el perjudicado exprese su deseo, bien de renunciar a dicha responsabilidad, bien de reservársela para su ejercicio posterior ante la

(55) BUSTAMANTE, OC nota 53, p. 381.

(56) Vid. McPherson v. Buick Motor C°. 1916.

jurisdicción civil. Ahora bien, para que nazca en este supuesto la responsabilidad civil, no sólo tiene que existir una conducta penalmente reprochable, sino que además la misma ha tenido que lesionar un derecho subjetivo o un interés privado, de forma que si esta lesión no se produce, no cabe que el Tribunal penal se pronuncie sobre la citada responsabilidad (57).

En el segundo caso, es decir, cuando el hecho originador del daño no es constitutivo de delito o falta la responsabilidad del productor se canalizaba a través de las reglas generales sobre responsabilidad contractual y extracontractual (si bien, la responsabilidad civil nacida del ilícito penal es de carácter extracontractual):

Por lo que a la responsabilidad contractual se refiere, dichas reglas generales aparecen recogidas en los artículos 1.101 a 1.107 y 1.124 (este último para los contratos bilaterales) del Código civil. De acuerdo con ellas, el consumidor podía exigir, junto con el cumplimiento debido del contrato o su resolución, la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la otra parte. Cuando el deudor que había incurrido en algún tipo de incumplimiento había actuado de buena fe, tenía que responder de los daños y perjuicios previstos o que se hubiesen podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que fuesen consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En cambio, cuando el deudor no había actuado con buena fe, por haber incurrido en una conducta dolosa o gravemente culposa, el deudor debía responder de todos los daños y perjuicios que conocidamente hubiesen derivado de la falta de cumplimiento (58).

La responsabilidad contractual del productor se dará, en principio, cuando el usuario o consumidor que resulta dañado por el producto defectuosamente fabricado lo adquiera directamente del titular del proceso de producción. Este tipo de responsabilidad se produce, por tanto, en la mayoría de los casos, cuando coinciden comprador (consumidor o usuario) dañado por el producto defectuoso de un lado, y vendedor (productor), de otro. Por consiguiente, sus relaciones se regirán en general por las normas reguladoras de las obligaciones y contratos; y en particular, por las del contrato de compraventa.

En el contrato de compraventa según los artículos 1.484 y siguientes del Código civil, el vendedor responde de los vicios ocultos de la cosa vendida, incluso si ignora su existencia. El comprador puede exigir la resolución del contrato o una rebaja del precio y, además, una indemnización de los daños y perjuicios sufridos cuando el vendedor conozca (o deba conocer, de acuerdo con la diligencia que le

(57) Cfr.: STS de 8 de octubre de 1966, 7 de marzo de 1968 y 20 de febrero de 1979.

(58) Cfr.: BERCOVITZ R., *La responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del consumo de bienes y servicios*, en *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores* (Madrid 1987), p. 222.

sea exigible) la existencia de los vicios o defectos ocultos. Por tanto, si el producto padece defectos que ocasionan daños al consumidor, surge una primera responsabilidad que incumbe al vendedor: el saneamiento del producto defectuoso. Junto a ella, tendrá asimismo obligación de indemnizar al comprador por los daños y perjuicios que haya sufrido. Si bien, dicha obligación está condicionada a que el mencionado vendedor haya incurrido en dolo, negligencia o morosidad en el cumplimiento de sus obligaciones, o de cualquier modo contraviniera el tenor de aquéllas (artículos 1.101 del Código civil). A este respecto, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo declara compatible el ejercicio de las acciones generales de incumplimiento de los contratos con el de las acciones específicamente previstas para reclamar por vicios ocultos en la compraventa (59). Dicha compatibilidad permite salvar la dificultad que deriva de la concesión de un plazo de seis meses a partir de la entrega de la cosa vendida para el ejercicio de las acciones previstas específicamente para los vicios ocultos, excesivamente corto para una plena eficacia de la defensa del comprador frente a la existencia de esos vicios ocultos en la cosa adquirida. Hay que tener en cuenta que las acciones generales por incumplimiento del contrato no están sometidas a plazo alguno de seis meses y prescriben a los quince años (60).

También, en el contrato de arrendamiento de obra, el contratista de un edificio que se arruina por vicios de la construcción responde de los daños y perjuicios ocasionados si la ruina tuviese lugar dentro de diez años, contados desde que concluyó la construcción; igual responsabilidad, y por el mismo tiempo, tendrá el arquitecto que la dirigiere, si se debe la ruina a vicio del suelo o de la dirección (art. 1.591 del Código civil). El paralelismo con las hipótesis de responsabilidad del productor resulta notorio; según Rojo se trata de la manifestación parcial de un principio general: la obligación legal de reparar el daño causado que incumbe al profesional que no ha desempeñado la actividad que le es propia con arreglo a la «lex artis» o pericia profesional (61). La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha generalizado el concepto de ruina del artículo 1.591 del Código civil (STS de 9 de mayo de 1983), con el fin de que la protección prevista en el mismo se pueda aplicar a cualquier tipo de vicio de la construcción. En relación con el mismo supuesto se ha aplicado la figura de la subrogación para que los sucesivos adquirentes de la obra pue-

(59) STS de 8 de noviembre de 1958, 25 de noviembre de 1967, 21 de diciembre de 1981, 23 de septiembre de 1982.

(60) Cfr.: BERCOVITZ R., *OC* nota 58, pp. 222-223; RICO PÉREZ, *La responsabilidad civil del productor en Derecho español*, RDP (1978), pp. 280 y ss.; MULLERAT, *La responsabilidad del fabricante* (Tarragona 1976), pp. 17 y s.; OLMOS, *La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados por el consumo de productos alimenticios*, LA LEY 4 (1987), pp. 1.017 y ss.

(61) ROJO, *OC* nota 2, p. 145.

dan, en su caso, reclamar la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por vía contractual (62). Finalmente, se ha establecido la responsabilidad solidaria de todos los causantes de los vicios de la obra facilitando así la acción del arrendatario y el cobro efectivo de la indemnización de los daños y perjuicios que se le deban (STS de 6 de octubre de 1982).

El tipo de responsabilidad expuesto es de naturaleza contractual y, consecuentemente, únicamente puede ser exigida frente a la otra parte contratante. No cabe pues utilizarla, en principio, para responsabilizar de los daños sufridos a sujetos distintos, concretamente al productor o fabricante del bien cuando no es él quien lo suministra directamente al consumidor o a cualquier otro intermediario anterior al minorista. No obstante, la doctrina ha tratado de buscar cauces dentro de la esfera contractual para justificar una reclamación entre personas que no contrataron directamente y así se han apuntado varias teorías, que van desde la teoría de la acción directa hasta la de la configuración jurídica de los contratos intermedios como negocios fiduciarios, pasando por la de la transmisibilidad de las obligaciones y por la de la relación contractual fáctica (63).

La responsabilidad civil extracontractual, constituye el cauce a través del cual es posible fundamentar la reparación de los daños ocasionados por los productos defectuosos. En concreto, el artículo 1.902 del Código civil contiene la siguiente cláusula general: «El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia está obligado a reparar el daño causado». No cabe duda, por tanto, que la responsabilidad civil del productor podrá siempre albergarse en los términos generales del citado artículo. Es decir, los daños que los productos defectuosos produzcan a los consumidores siempre podrán ser reparados en los términos que el artículo 1.902 establece. En él se consagra la acción general de indemnización de daños y perjuicios cuando entre el productor y el consumidor no exista vínculo jurídico previo a la lesión. La fórmula utilizada por el legislador en el artículo 1.902 reproduce sustancialmente el esquema de los artículos 1.382 y 1.383 del Code civil francés, con lo que incluye, tras las huellas de este precedente, el elemento subjetivo de la culpa (o del dolo) entre los componentes del juicio de responsabilidad civil. Así, los problemas que para el consumidor suscitaba la utilización de esta vía eran primordialmente dos, ambos referidos al mismo requisito: el de la culpa. Para que naciera esta responsabilidad se necesitaba la concurrencia de culpa en la conducta del fabricante y que el perjudicado la acreditase.

(62) Cfr.: STS de 3 de octubre de 1979 y 25 de febrero de 1983.

(63) Para un estudio de las distintas teorías al respecto Cfr.: SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil* (Madrid 1987), pp. 665 y ss.

La moderna jurisprudencia ha diluido considerablemente las dificultades que tales exigencias planteaban facilitando la indemnización del daño: ha acentuado la diligencia exigible, sobre todo en relación con la profesionalidad o la actividad especializada de los sujetos causantes del daño, ha invertido la carga de la prueba, de modo que tendrá que ser el fabricante el que demuestre que actuó con toda la diligencia debida (con lo que se pasa paulatinamente de un sistema culpabilista o subjetivista a un sistema objetivista, que prescinde de la culpa) y ha aplicado la solidaridad a todos los sujetos causantes del daño que hay que indemnizar. Las sentencias más destacables, a este respecto, son las de 20 de octubre de 1983 y 14 de noviembre de 1984. Tratan de los daños causados por un producto insectida a distintos agricultores de la provincia de Valladolid. Por razones de competencia una demanda se vió en Medina del Campo y la otra en Valladolid. Mientras un Juzgado de primera instancia estimaba la demanda el otro la desestimaba. La Audiencia, en ambos casos, condenó solidariamente a las dos empresas demandadas al 50 % de los daños y perjuicios. La primera de las sentencias de la Audiencia es recurrida en casación, no admitiéndose a una empresa el recurso y no habiendo lugar al de la otra (S. de 20 de octubre de 1983). La segunda sentencia no es recurrida por la empresa a quien se le desestimó la primera, por lo que sólo una de las dos formalizó el recurso de casación, declarando el Tribunal Supremo que hay lugar al recurso, casando y anulando la sentencia.

Hay que decir que entre una y otra sentencia transcurre un año y que las partes ya habían liquidado los daños en la fecha de la segunda sentencia.

La segunda sentencia estableció la siguiente doctrina en esta materia:

— «La responsabilidad civil del fabricante por los daños causados a los usuarios o consumidores de los productos que aquél elaboró, habrá de basarse bien en la negligente fabricación, con lanzamiento al tráfico comercial de una sustancia defectuosa, ora en faltas cometidas respecto de la necesaria instrucción o información, es decir, en el olvido de las indicaciones precisas para la utilización, absteniéndose de comunicar al público los peligros que el uso entraña, por lo que los daños pueden ser directamente causados por el propio producto o motivados por la carencia de instrucciones o inadecuación de las mismas en cuanto a sus cualidades, características y forma de empleo; prescindiendo de señalar las precauciones que han de adoptarse».

— La responsabilidad del fabricante por defectos de fabricación del producto o por incumplimiento del deber de orientar al usuario, quebrantando el general principio («neminem laedere») o concretas obligaciones contractuales, habrá de discurrir normalmente por el cauce extracontractual, salvo cuando esté ligado por un contrato de com-

praventa con el usuario o consumidor, descansando tal responsabilidad en la inexcusable presencia de un acto culposo o negligente» (64).

El sistema de protección que deriva de estas reglas generales de la responsabilidad para los consumidores era ciertamente insuficiente a pesar de esa evolución marcada por la jurisprudencia. Con ellas existían grandes dificultades para reclamar la indemnización de los daños sufridos al productor. Hay que tener en cuenta que éste es normalmente el causante del daño y, además, que suele tener mayor solvencia que el minorista o suministrador directo del consumidor. Esas dificultades para responsabilizar al productor venían producidas y potenciadas por los siguientes fallos de nuestro régimen general de responsabilidad patrimonial y de protección jurisdiccional de los derechos, que recoge Bercovitz (65): dificultad de probar el nexo causal existente entre la conducta del productor (que determina defectos en su productos) y el daño sufrido por el consumidor; posibilidad de que el productor (u otros sujetos que intervienen en la comercialización de los bienes) se exonere de responsabilidad cuando la actuación culposa proceda de sus dependientes (alegando y probando que actuó diligentemente en su elección y vigilancia); posibilidad de que el productor quede libre de responsabilidad en general si prueba que actuó diligentemente; excesiva brevedad de los plazos que se conceden para el ejercicio de las acciones: un año de prescripción en la responsabilidad extracontractual, seis meses para la denuncia de vicios ocultos en la compraventa (plazos más breves todavía cuando se trata de una compraventa mercantil); dificultad para deslindar a veces la responsabilidad contractual de la extracontractual con el consiguiente riesgo de error en la acción que se interponga para reclamar la indemnización de daños y perjuicios; dificultad para deslindar a veces la jurisdicción competente, la ordinaria o la contencioso-administrativa, cuando debe responder extracontractualmente alguna persona jurídico-pública o algún concesionario de la Administración, con el consiguiente riesgo de error en relación con el procedimiento; falta de cauces procedimentales suficientemente rápidos y accesibles para asegurar la realización verdadera del derecho a una indemnización de los daños sufridos que las normas reconocen.

Frente a tal situación y con el fin de dar cumplimiento al mandato del artículo 51 de nuestra Constitución (66), surge la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios (objeto de análisis en el epígrafe siguiente) (67).

(64) Sobre la STS de 14 de noviembre de 1984 *vid.*, el comentario realizado por STORCH DE GRACIA, *La responsabilidad civil del fabricante y del distribuidor*, LA LEY I (1985), pp. 615 y ss.

(65) BERCOVITZ R., *OC* nota 58, p. 224.

(66) *Supra* epígrafe II «Incidencia de la Constitución en la responsabilidad del productor».

(67) Sobre la responsabilidad civil extracontractual del productor en D. Español

III.5.2. *La responsabilidad del productor en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*

La Ley 26/1984 de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, introdujo importantes innovaciones en relación con la responsabilidad del productor por daños debidos a los productos.

El antecedente inmediato a esta ley es el proyecto de ley del gobierno de Unión de Centro Democrático de 1980 que la disolución anticipada de las Cortes impidió que se convirtiera en la «Ley del consumidor».

Posteriormente el Partido Socialista, que llega al poder a finales de 1982, se ve obligado a sacar una Ley del consumidor empujado de un lado, por las consecuencias del «síndrome tóxico» y, por otro, por la sentencia de 30 de noviembre de 1982 del Tribunal Constitucional sobre la ley del Parlamento Vasco que aprobó el Estatuto del Consumidor para su comunidad autónoma (68).

El 2 de diciembre de 1983, aparece publicado el proyecto de ley socialista en el Boletín de las Cortes. El 24 de julio de 1984, a los ocho meses, se publica en el «Boletín Oficial del Estado».

La LDCU, en su preámbulo, viene a dar cumplimiento al mandato constitucional (69) y aspira a dotar a los consumidores y usuarios de un instrumento legal de protección y defensa, que no excluye ni suplanta otras actuaciones y desarrollos normativos derivados de ámbitos competenciales cercanos o conexos (párrafo 2.º del preámbulo).

El capítulo VIII de la LDCU dedicado a las «Garantías y responsabilidades», se ocupa de la materia relativa a la responsabilidad del productor.

Dicho capítulo desarrolla la letra c) del apartado 1 del artículo 2 de la Ley, a tenor de la cual «la indemnización o reparación de los daños y perjuicios sufridos» es uno de los derechos básicos de los consumidores y usuarios.

III.5.2.1. Sujetos

Antes de entrar en el análisis del régimen de responsabilidad que esta Ley impone, conviene hacer unas precisiones previas sobre los sujetos que intervienen en el mismo.

Cfr.: CAVANILLAS MÚGICA, *Responsabilidad civil y protección del consumidor* (Palma de Mallorca 1985), pp. 26 y s.; BERCOVITZ R., *OC* nota 58, p. 223-224; RICO PÉREZ, *OC* nota 60, pp. 273 y s.; DE ANGEL YAGÜEZ, *La responsabilidad civil* (Bilbao 1988), p. 210-211; ROJO, *OC* nota 2, pp. 168 y s.; OLMOS, *OC* nota 60, pp. 1.018 y s.

(68) Cfr.: *infra* epígrafe III.5.3. sobre la responsabilidad del productor en los Estatutos de Autonomía.

(69) Cfr.: artículo 51 de la Constitución Española.

III.5.2.1.1. Sujeto activo

Sujeto activo, acreedor o receptor de esta Ley, y por tanto, el titular del derecho a indemnización por los daños sufridos por bienes o servicios defectuosos es el consumidor o usuario (y sus causahabientes). La noción legal del consumidor es determinada por la Ley en su artículo 1 apartado 2 que dice:

«A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden».

La expresión «destinatarios finales» pone de relieve que la protección legal es a quien en última instancia consume el bien o utiliza el servicio de que se trata, y no a quienes profesionalmente adquieran o utilicen bienes o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros (70). Es por tanto, el destino efectivo del producto el que determina la atribución de la condición legal. También, es de destacar, que la Ley protege por igual al dañado que hubiera adquirido directamente del fabricante, que al que, sin ser adquirente, haya consumido o utilizado en cuanto destinatario final el producto causante del daño. A la Ley le es indiferente que exista o no una relación jurídico contractual entre el responsable legal y el sujeto dañado.

Pero no basta con el contenido del artículo 1, apartado 2, para determinar al sujeto activo; es además necesario de acuerdo con el artículo 1 apartado 3, que el producto no se integre en un proceso de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros (71).

Por último, no se considerarán sujetos activos a efectos de esta Ley a aquellas personas que no siendo consumidores directos resulten perjudicados por efecto del producto (72) son los denominados por la doctrina «bystanders». Estos sujetos no tendrán problema para reclamar los daños sufridos por la vía extracontractual vigente en nuestro ordenamiento.

(70) Por ejemplo, podrá ampararse en los preceptos de la Ley quien adquiera en un comercio una caja de leche e mal estado, pero no el comerciante que ha comprado al fabricante una partida de cajas para la venta en su establecimiento.

(71) Por ejemplo: los huevos comprado por un fabricante de mahonesa. En este caso al fabricante no le ampara esta Ley, pues se integra en un proceso de transformación o producción y el adquirente no es destinatario final.

(72) Por ejemplo, si el producto provoca un incendio en el que se ven implicado vecinos del consumidor directo, es decir, vecinos de la persona que adquiere, utiliza o disfruta el bien. Sobre la figura del «bystander» cfr. ALPA y BESSONE, *Il consumatore e l'Europa* (Padova 1979), pp. 29 y s.; CARNEVALI, *La responsabilità del produttore* (Milano 1979), pp. 414 y s.; CAVANILLAS MÚGICA, OC nota 67, pp. 176-177.

III.5.2.1.2. Sujeto pasivo

La Ley 26/1984 contiene en su artículo 26 una enumeración de los sujetos pasivos, es decir, de la persona responsable de un producto o servicio defectuoso. Así, serán responsables el fabricante, importador, vendedor o suministrador de tales productos o servicios. Por su parte, el artículo 27, apartado 1, letra a), equipara sin ninguna diferenciación al fabricante, importador, vendedor o suministrador.

Según lo expuesto, el sujeto activo podrá dirigirse, a su libre elección, contra cualquiera de los sujetos considerados legalmente como responsables, pero no conjunta y simultáneamente contra dos o más de ellos, salvo que pruebe (según el artículo 27 apartado 2) que a la producción del daño concurren los demandados.

Posteriormente, la Ley matiza la responsabilidad respecto a productos a granel (art. 27,1, b) y a productos envasados, etiquetados y cerrados con cierre íntegro (art. 27,1, c):

a) Respecto a los primeros responsabiliza al tenedor, que será aquella persona que (conforme a los arts. 430 y 431 del Código civil en materia de posesión) esté en posesión de los productos a granel. El tenedor responderá por este hecho con independencia de que sea o no el causante del daño o que haya fabricado o importado el producto, si bien, la Ley le permite que se exonere de responsabilidad identificando y probando la responsabilidad bien del anterior tenedor del producto, bien del fabricante, del importador o del vendedor (art. 27,1, b) (73).

b) Por lo que se refiere a productos envasados, etiquetados y cerrados con cierre íntegro será responsable la empresa anunciadora. Este supuesto plantea la cuestión de si los tres requisitos a que alude la Ley (envase, etiquetado y cierre íntegro) deben concurrir para la aplicación del criterio especial de imputación o si, por el contrario, la concurrencia no es requisito absolutamente necesario. Me inclino por esta segunda interpretación en base al artículo 1 de la Ley «esta Ley tiene como objeto la defensa de los consumidores y usuarios...»; lógicamente concurriendo cualquiera de los tres requisitos se protege más al consumidor o usuario que si requieren los tres a la vez.

III.5.2.2. Régimen de responsabilidad

La LDCU concede acción a consumidores y usuarios frente al fabricante, importador, vendedor o suministrador de un bien o produc-

(73) Sobre la figura del tenedor en el art. 27,1,b) de la LDCU, cfr.: ROJO, *La responsabilidad del fabricante en la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, Estudios sobre Consumo, número extraordinario (1987), p. 40; DE ANGEL YAGÜEZ, *OC* nota 67, pp. 217-218.

to final que cause un daño o perjuicio a través de dos vías: una general, que establece un sistema de responsabilidad civil culposa, y otra de responsabilidad objetiva (74).

III.5.2.2.1. Sistema de responsabilidad civil culposa

Al contemplar el requisito subjetivo de la culpa la Ley parte de un criterio general de exigencia de una conducta culposa como elemento necesario para una posible imputación de responsabilidad, ya que no regula el daño en conexión con el producto defectuoso, sino con las acciones u omisiones determinantes de daños que el producto ocasiona. Se subjetivizan así los términos del problema al requerir la Ley la valoración de conductas y no la mera existencia de productos defectuosos causantes de un daño (art. 26 LDCU). Por tanto, el productor incurrirá en responsabilidad por los daños o perjuicios causados a menos que conste o se acredite que se han cumplido debidamente las exigencias y requisitos regularmente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del producto, servicio o actividad. Pero esta responsabilidad civil subjetiva (basada en la culpa) del productor, tiene características particulares por cuanto se invierte la carga de la prueba (75), es decir, no va a ser el consumidor o usuario el que tenga que probar la conducta culposa (o dolosa) del productor en la producción del bien o en el suministro del servicio, sino que será este último el que deberá probar, no sólo que ha cumplido debidamente las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos, sino que también ha adoptado aquella diligencia que exigía la naturaleza del producto, servicio o actividad (art. 26 LDCU). Criterios ambos que ya eran exigidos por la jurisprudencia a la hora de interpretar el artículo 1.902 del Código civil español en materia de responsabilidad extracontractual (76).

(74) Con una interpretación sistemática diferente, cfr. ROJO, *OC* nota 73, pp. 41 y s.; BERCOVITZ R., *La responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del consumo de bienes y servicios, en Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores* (Madrid 1987), pp. 225 y ss.

(75) Este criterio de invertir la carga de la prueba está en consonancia con lo que venía siendo práctica jurisprudencial, *vid.* STS de 5 de junio de 1972; 10 de noviembre de 1975; 25 de abril de 1979.

(76) Por lo que hace referencia al requisito de la diligencia que exige la naturaleza del producto, servicio o actividad es de destacar una STS de 17 de marzo de 1981 en la que se declaraba que en los caso de funcionamiento de una actividad industrial, previas las precauciones señaladas en los reglamentos, su ejercicio ha de guardar el debido respeto a la propiedad ajena, de modo que se debe indemnizar a los perjudicados por los daños anormales derivados de esa explotación permitida, radicando entonces el deber de indemnizar más que en la antijuridicidad del acto —que hasta cierto punto no sería contrario al derecho— en la exigencia de justicia conmutativa de aquel que ha defendido su interés en perjuicio del derecho de otro que, aunque autorizado, ha de resarcir a quien hubo de soportar la perturbación sin menoscabo del derecho de propiedad.

El productor deberá demostrar, por tanto, para eximirse de responsabilidad, que los daños sobrevinieron por culpa exclusiva del consumidor (art. 25 LDCU) o de un tercero, que fueron debidos a caso fortuito o fuerza mayor (art. 1.105 C.c); o bien, que él no solo cumplió con los requisitos legalmente exigidos, sino también con todos los cuidados y diligencias que la naturaleza del producto, servicio o actividad exigía (art. 26 LDCU).

En relación a la eximente por caso fortuito el productor no responderá de los daños que no hubiera podido prever. El límite de la previsibilidad implica la exención de responsabilidad del productor respecto de aquellos daños que, en el momento de la puesta en el mercado del producto, no hubieran podido ser previstos de acuerdo con el nivel de conocimiento científicos y técnicos existentes en ese momento. Son los denominados «riesgos del desarrollo», de los cuales no responde el productor en este sistema.

III.5.2.2.2. Sistema de responsabilidad objetiva

Por esta vía se podrá exigir responsabilidad al productor por daños originados en el correcto uso y consumo de bienes y servicios que, por su propia naturaleza o estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, considerándose, en todo caso, sometidos a este régimen de responsabilidad los productos alimenticios, los de higiene y limpieza, cosméticos, especialidades y productos farmacéuticos, servicios sanitarios, de gas y electricidad, electrodomésticos y ascensores, medios de transporte, vehículos a motor y juguetes y productos dirigidos a niños (art. 28 LDCU).

Estos productos quedan sometidos a un sistema de responsabilidad objetiva, es decir, el elemento subjetivo de la culpa no se presenta como un supuesto necesario para deducir aquélla cuando se produce un daño, sino que éste se muestra como suficiente a efectos de la posible exigencia de la indemnización. El criterio de imputación de responsabilidad es el mero hecho de que el consumidor sufre el daño, sin que tenga ninguna importancia el que haya mediado negligencia o no del productor.

A tenor de este artículo 28, aunque parece mantenerse un criterio restrictivo en cuanto a los productos de que se responde objetivamente (según esto, este sistema de responsabilidad objetivo tendría un carácter especial respecto al sistema de responsabilidad civil culposo), lo cierto es que el número de productos que se pueden incluir en la tipicidad del artículo 28 de la LDCU es bastante amplio. Encontrar

un producto que no encaje en el artículo 28 de la LDCU y deba seguir el régimen de responsabilidad culposa es bastante difícil (77).

En cuanto a la prueba, el consumidor que sufre un daño, únicamente deberá probar que se le ha causado un daño o perjuicio, que este es consecuencia del bien o servicio de que se trate, y que el responsable es fabricante, importador, vendedor o suministrador, independientemente de si medió o no culpa de los mismos.

Para hacer plenamente efectiva esta responsabilidad objetiva y, por otra parte, para permitir que los productores puedan cubrir sus consecuencias económicas mediante la contratación de los correspondientes seguros, la Ley completa el régimen de responsabilidad objetiva del artículo 28 con el establecimiento de una limitación de la cuantía de la indemnización «por las responsabilidades derivadas de este artículo» hasta la cifra de 500 millones de pesetas, y con el establecimiento de «un sistema obligatorio de seguro y Fondo de Garantía que cubran, para sectores determinados, los riesgos de intoxicación, lesión o muerte derivados del mal estado de los productos, servicios o actividades» a que se refiere dicho precepto (78). Esta limitación cuantitativa actúa, pues, como contrapeso del régimen de responsabilidad objetiva diferenciándolo, también, del régimen de responsabilidad culposo.

En este régimen de responsabilidad el productor únicamente podrá exonerarse de responsabilidad si prueba la culpa de la víctima o de las personas de las que el dañado deba responder civilmente (arts. 25 y 28,1 del la LDCU).

Por último, de los defectos inevitables («riesgos del desarrollo») el fabricante responde al no aparecer de forma expresa preceptos que motiven la exoneración.

III.5.3. LA RESPONSABILIDAD DEL PRODUCTOR EN LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

En los artículos 148 y 149 de la Constitución, el enunciar las materias sobre las que se atribuye competencia a las Comunidades Autónomas y al Estado, no aparece mencionada la protección de los con-

(77) Cfr. ROJO, OC nota 73, p. 43; QUINTANA CARLO, *La protección del consumidor en España (Aspecto comparativo con la Comunidad Económica Europea)*, Actualidad Civil 13 (1987), p. 808.

(78) Tanto el establecimiento del seguro obligatorio como la creación del Fondo de Garantía precisaban para su implantación efectiva un desarrollo reglamentario de la Ley, que no se produjo. Esta materia tendrá en la actualidad que ser adaptada a la Directiva de la Comunidad Económica Europea de 25 de julio 1985 relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.

sumidores. Sí que aparece, sin embargo, entre las materias sobre las que se atribuye competencia a las Comunidades Autónomas, en sus respectivos Estatutos de Autonomía.

En un primer grupo de Estatutos, aquellos que más competencias atribuyen a las correspondiente comunidad autónoma, se les reconoce competencia legislativa en materia de comercio interior y defensa del consumidor y usuarios, sin perjuicio de la política general de precios, la libre circulación de bienes en el territorio del Estado y la legislación sobre defensa de la competencia.

Este es el caso de los Estatutos del País Vasco (art. 10, núm. 27), Cataluña (art. 12, núm. 5), Galicia (art. 30, núm. 4), Andalucía (art. 18, núm. 6), Comunidad Valenciana (art. 34, núm. 5), y de la Ley de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (art. 56, núm. 1, d)).

En los restantes Estatutos se atribuye a la correspondiente comunidad autónoma en materia de comercio interior y defensa de los consumidores solamente competencia para la ejecución de la legislación del Estado (79).

Por tanto, el sistema constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas (arts. 148 y siguientes de la Constitución española), plantea problemas por lo que al primer grupo de Estatutos de Autonomía se refiere y, concretamente, sobre la responsabilidad del productor.

Un ejemplo de ello lo encontramos en la Ley Vasca del Estatuto del Consumidor de 18 de noviembre de 1981. Esta ley, se ocupa de los intereses económicos de los consumidores y, por tanto, de la responsabilidad del productor. Así, después de definir lo que entendía como consumidor y usuario (art. 2) y de reconocer como derecho de éstos «el derecho a la protección jurídica y a la reparación de daños» (art. 3), contenía varios artículos que podían estar en contradicción con la siguiente interpretación constitucional: «Según los artículos 148 y siguientes de la CE corresponderá al Estado la competencia legislativa en esta materia».

La Ley Vasca en el capítulo II del título II relativo a los «derechos a la protección de los intereses económicos de los consumidores», establecía lo siguiente:

«Se reconoce el derecho del consumidor o usuario a ser protegido contra los daños causados a sus intereses económicos por bienes o productos defectuosos o por servicios prestados de modo insatisfactorio» (art. 12).

En el capítulo V del título II relativo al «derecho a la protección jurídica y a la reparación de daños», se encontraban los artículos

(79) Cfr. BERCOVITZ A., *La protección de los consumidores en el Derecho español, en Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores* (Madrid 1987), pp. 65-66.

trigésimo primero y trigésimo segundo, que establecían: «El consumidor tiene derecho a la reparación de daños y perjuicios, mediante el ejercicio de las acciones legales correspondientes, tanto cuando éstos se produjeran en lo referente a su salud y seguridad física como cuando se hubieren lesionado sus intereses económicos» (art. 31).

«Las asociaciones de los consumidores, legalmente constituidas, quedarán legitimadas para la representación y defensa de los intereses colectivos de los consumidores perjudicados...» (art. 32).

A tenor del contenido de esta Ley, se interpuso recurso de inconstitucionalidad por el Gobierno español; en la sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de noviembre de 1982 al respecto, se declaraba la inconstitucionalidad (por corresponder a la competencia del Estado) de los artículos quinto, sexto, párrafo quinto, decimosegundo, decimoquinto en su inciso primero, demimotavo, trigésimo primero y trigésimo segundo. El Alto Tribunal consideró, entre otras cosas, que «La defensa del consumidor y, por pareja razón, el mercado interior es, sin embargo, un concepto de tal amplitud y de contornos tan imprecisos que, con ser dificultosa en ocasiones la operación calificadora de una norma cuyo designio pudiera entenderse que es la protección del consumidor, la operación no resolvería el problema, pues la norma pudiera estar comprendida en más de una de las reglas definidoras de competencias. Y esto podrá ocurrir —y como veremos, ocurre en el caso que enjuiciamos— cuando una regla que tiene por fin la protección del consumidor pertenece también a conjuntos normativos configurados según un criterio de clasificación de disciplinas jurídicas presente, de algún modo, en el artículo 149,1 de la Constitución (nos referimos a la legislación civil, a la legislación procesal, etc.)» (Fundamento jurídico segundo).

En relación con el artículo decimosegundo el Tribunal Constitucional manifestó: «...El precepto, si se quiere ver en él la configuración de un derecho, adolece de una indeterminación que dificulta su inteligencia, pues si bien el sujeto queda determinado (el consumidor o usuario) y se define el elemento que genera el deber de protección (el daño) cuando éste obedece a una causación con origen en una prestación defectuosa (producto defectuoso o servicios insatisfactorios), los otros elementos que complementarían la regulación del derecho, cuales son la protección, el sujeto obligado y, en su caso, los criterios de imputación, no están implícitados. Si la protección a la que se refiere el precepto se traduce en una prestación de resarcimiento o de indemnización, y ésta es a cargo del que fabricó o del que suministró el bien o de quien prestó el servicio, la regla es de responsabilidad civil, precisada de interpretaciones o de integraciones que resuelvan problemas de imputación...» (Fundamento jurídico undécimo).

A juicio del Tribunal, la determinación de la constitucionalidad del artículo decimosegundo no podía ser independiente de la decisión

que se adopte en relación con el artículo trigésimo primero, sobre este último precepto considero lo siguiente: «...Se alinea en una protección más vigorosa del consumidor que la que se asienta en la idea de la culpabilidad, aun con todos sus mecanismos facilitadores de la efectividad de la reparación, acogiendo, como idea central del sistema, el del principio «pro damnato», o de resarcimiento del daño. Se trata, así entendido el precepto, de asegurar las indemnizaciones a los dañados o perjudicados. La verdad es que, cualquiera que sean las opciones a las pudiera entenderse abierto el artículo 31, la inclusión de la norma en el sector de la legislación civil no es cuestionable. De donde resulta que el precepto en cuestión, no por conculcación de los principios constitucionales que deben formar la legislación positiva, que no los conculca, pero sí por emanar del legislador autonómico, escediéndose de su competencia, tiene que ser declarado nulo (art. 149,1,8 de la Constitución)(Fundamento jurídico decimonoveno).

Por último, sobre el artículo trigésimo segundo, (en el que se reconoce la legitimación activa de las asociaciones de consumidores) se dijo:

«... Los argumentos que desde este planteamiento se manejan para sostener que el artículo 32 de la Ley 10/1981 tiene un alcance recordatorio, sistemático e informador, respetuoso con la competencia estatal que define el artículo 149,1,6, en materia de legislación procesal, además de las objeciones que pudieran oponerse a una labor que aún no siendo creadora está reservada al legislador estatal, no tienen en cuenta que dicho artículo aporta un «novum», cual es la generalización de la legitimación colectiva y de la legitimación por sustitución en el área de la defensa del consumidor. Como la norma se inserta en el ámbito de la legislación procesal, y no responde a particularidades del derecho sustantivo del País Vasco, incurre en incompetencia».

La declaración de inconstitucionalidad de los artículos de la Ley autonómica relativos a la responsabilidad del productor no hace sino confirmar que la competencia sobre esta materia corresponde al Estado. Resulta, pues, que el contenido de la LDCU y, concretamente, lo dispuesto en su capítulo VIII (objeto de este trabajo), es aplicable en todo el territorio español.

El «Estatuto del Consumidor» del País Vasco deberá hacer referencia, según el Tribunal Constitucional, a los criterios que han de orientar la actuación administrativa de los poderes públicos en dicha Comunidad Autónoma. En tal sentido, se manifiesta la actual redacción del «Estatuto del Consumidor» del País Vasco de 2 de marzo de 1983.

Este criterio lo ha seguido la Ley de 8 de julio de 1985 de «Defensa de los consumidores y usuarios en Andalucía». En su capítulo IV referente a «Derechos a la protección de los intereses económicos y sociales» la Junta de Andalucía compromete su política social y eco-

nómica a la consecución de la máxima satisfacción y respeto de los derechos e intereses legítimos de los consumidores y usuarios (art. 10).

También, la Ley de 28 de diciembre de 1984, que promulga el «Estatuto Gallego del Consumidor y Usuario», en su capítulo V del título II relativo a «Derecho a la protección jurídica, administrativa y técnica y reparación de daños y perjuicios» establece que de acuerdo con lo establecido en la legislación general del Estado en materia de garantías y responsabilidades (claro reconocimiento de que al Estado le corresponde la competencia en esta materia), los consumidores y usuarios tendrán derecho a una eficaz protección jurídica, administrativa y técnica ordenada a la prevención o reparación de los daños y perjuicios que se ponen a su disposición en el mercado (art. 30).

Por último, la Ley de 9 de abril de 1987 que publica el Estatuto de Consumidores y Usuarios de la Comunidad Valenciana, en su artículo 1 establece que el objeto de esta Ley es la regulación de la protección y defensa de los consumidores y usuarios, así como la del ejercicio de los derechos a éstos reconocidos, todo ello en el ámbito de la Comunidad Valenciana, dentro del marco de su competencia y sin perjuicio de la legislación estatal.

IV. LA RESPONSABILIDAD DEL PRODUCTOR EN ESTADOS UNIDOS .

La evolución del derecho estadounidense sobre la responsabilidad del productor, parte del supuesto de responsabilidad contractual para ir evolucionando hasta llegar a un tipo de responsabilidad objetiva que los americanos llaman «strict liability in tort».

En un principio, la responsabilidad del productor en Estados Unidos estaba sujeta a la vigencia en este país del viejo principio jurisprudencial inglés según el cual el contratante sólo respondía frente a la contraparte de los daños derivados de la cosa vendida, pero no frente a terceros («privity of contract») (80). A este primer período, sucede otro en el cual se admitió solamente en casos excepcionales la demanda de un tercero; estos supuestos serían, el de ocultamiento por el vendedor al adquirente de un defecto conocido que determinó un daño al tercero y, cuando la cosa vendida fuese peligrosa «per se» (81). Es a comienzos de este siglo cuando los Tribunales norteamericanos cambian su orientación al hacer recaer sobre los fabricantes un riesgo superior al que hasta ahora habían tenido. En concreto, al consolidarse en Estados Unidos grandes industrias, comienza a producirse una evolución en la responsabilidad del productor hacia crite-

(80) *Vid. supra* notas 51 y 52.

(81) *Vid. supra* nota 53.

rios objetivos. Esta evolución se produjo, al superarse por un lado el principio «privity of contrac», y por otro la norma que establecía la responsabilidad basada en la culpa (82). Es el Tribunal de Apelaciones de Nueva York quien en 1916 consagra esta nueva orientación (83): El daño causado como consecuencia de un defecto de fabricación en un automóvil había inducido a la víctima a demandar a la empresa productora, sin que ésta triunfase en su empeño de excepcionar que sus obligaciones y garantías existían tan sólo en los límites señalados por la relación negocial con los revendedores.

Significativa es la fecha de la decisión. El hecho de que en la jurisprudencia británica (84) haya sido preciso esperar hasta 1932 para conseguir el mismo resultado es indicio de una mayor sensibilidad de los jueces americanos ante esta cuestión. El productor, a partir del caso *Mc Pherson v. Buick Motor C.º*, deberá responder frente a terceros, con independencia intrínseca del producto y con independencia de la particular responsabilidad contractual frente al vendedor (85).

De aquí en adelante los Tribunales estadounidenses harán importantes progresos en la materia. Así, se intentará extender la eficacia protectora del contrato a personas que no habían sido parte del mismo mediante la garantía («warranty») que tradicionalmente se concedía por el vendedor al comprador para tutelar exclusivamente los intereses económicos intrínsecos al negocio. Esta garantía se tornará en una forma de responsabilidad objetiva, con lo que el comprador podrá reclamar al vendedor el resarcimiento de todos los daños ocasionados, comprendiéndose también los daños causados a la integridad física tanto del comprador como de terceros. Este tipo de garantía (así entendida) será adaptado al sistema de ventas en cadena, lo que da lugar a una garantía que «corre» con la cosa, es decir, que va unida a la cosa como una obligación real, que tiene efecto «in rem» (86). Este paso evolutivo de la responsabilidad del productor estadounidense se establece por primera vez en la decisión de un tribunal de Mississippi en 1927 (87). Este pronunciamiento consolidará la regla según la cual la garantía del vendedor originario no está limitada únicamente a la relación contractual concluida por éste con el intermediario, sino que «corre con la mercancía» en el sentido de que dicha garantía se extiende hasta la última relación contractual estipulada por el detallista con el adquirente final. Pero esta doctrina

(82) ALPA y BESSONE, *OC* nota 4, p. 297.

(83) *McPherson v. Buick Motor Cº*: Un evento dañoso previsible e imputable a un defecto del automóvil acarrea la obligación de resarcir el daño por parte de la empresa fabricante.

(84) *Vid. supra* nota 54.

(85) *Cfr. ROJO, OC* nota 2, p. 64.

(86) *Cfr. GALGANO, OC* nota 10, p. 998.

(87) *Vid. Coca-Cola Bottling Works v. Lyons, Mississippi 1927.*

se encontraba con dificultades prácticas pues debía probarse que el perjudicado había actuado confiando en la garantía, lo que resultaba de prueba difícil, y debía además avisarse de inmediato al vendedor el fallo producido. Se trató entonces de eliminar el concepto de garantía con todas sus implicaciones contractuales y afirmar la responsabilidad civil del productor en base a los principios de la responsabilidad extracontractual. Esta nueva orientación fue aceptada por los Tribunales y aprobada por el «American Law Institute» (88). El caso fundamental de la jurisprudencia norteamericana en esta materia fue el que consagró la responsabilidad objetiva y marca por ello una etapa histórica. Se trata del caso «Henningsen v. Bloomfield Motors Inc.» Nueva York 1960 (89), en el cual se rechazó totalmente la exigencia de la relación contractual y también la necesidad de la prueba de la culpa en la responsabilidad extracontractual. El desarrollo posterior de esta jurisprudencia ha constituido el cambio más rápido y espectacular en la historia de los hechos ilícitos en Estados Unidos. La responsabilidad objetiva («strict liability in tort») se ha generalizado (dentro de esta materia) en las jurisdicciones Norteamericanas y se aplica solamente a todo el que ejerce el comercio de vender productos de consumo, o sea, a los fabricantes, detallistas.. No se aplica al vendedor ocasional que no ejerce la actividad de vender (90). Es fundamental en este sentido, la Ley modelo sobre responsabilidad uniforme por productos de 1979. Es Ley federal y, por tanto, aplicable a toda la nación; como norma de vigencia mínima. Esta Ley que gira lógicamente sobre un sistema de responsabilidad objetiva («strict liability in tort») elimina con su carácter imperativo las cláusulas de exención de responsabilidad. Además, sale al paso de los excesos cometidos por el legislador de varios Estados de la Unión en una doble dirección: bien porque no respetaba los intereses de las empresas permitiendo abusos de los consumidores; bien porque se ponía en peligro la unidad de mercado, por la disparidad de regulaciones en los distintos Estados federados (91).

(88) Cfr. GALGANO, *OC* nota 10, p. 998; BUSTAMANTE, *OC* nota 53, p. 381.

(89) Los hechos fueron los siguientes: El fabricante de un automóvil lo vendió a un concesionario y éste lo revendió a un particular. La esposa de éste, que conducía el vehículo, por un fallo del freno chocó contra una pared y se lesionó. Las consideraciones de política social que sustentan esta decisión resultan de un párrafo de la sentencia que expresa la necesidad de proteger al consumidor mediante la adopción del principio según el cual «la carga de los perjuicios causados por uso de artículos defectuosos debe ser soportada por aquellos cuya posición les permita controlar o hacer controlar el peligro o hacer una distribución equitativa de los perjuicios cuando los mismos tienen lugar». Agrega el fallo: «Concluimos que ante las modernas técnicas de comercialización, cuando un fabricante pone un automóvil nuevo en la circulación comercial y promueve su venta al público, existe una garantía implícita de que el mismo se halla razonablemente adecuado para su uso como tal y que esta garantía lo acompaña hasta las manos del último comprador».

(90) *Vid.* BUSTAMANTE, *OC* nota 53, p. 382.

(91) Para un examen más amplio de esta Ley Federal de 1979, cfr. GARCÍA AMI-

V. LA DIRECTIVA DE LA CEE DE 25 DE JULIO DE 1985 RELATIVA A LA RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS

V.1. INTRODUCCIÓN

El 25 de julio de 1985 el Consejo de la Comunidad Europea aprobó una Directiva tendente a la aproximación de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, en materia de responsabilidad por el daño causado por los productos defectuosos. Constituye esta Directiva la culminación de un proceso, que comenzó en el año 1968 con la puesta en marcha, por la Comisión de la Comunidad Económica Europea, de los trabajos para un proyecto de directiva que tuviera por objeto la armonización de la legislación de los Estados miembros. Posteriormente, en el año 1970 una Comisión especial del Consejo de Europa se encargó de proponer medidas para la armonización del derecho interno en cada uno de los Estados en materia de responsabilidad del productor. En el mismo sentido se encuentra la resolución de 17 de mayo de 1973, núm. 543 de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa y, también, la Carta europea del consumidor (92).

La armonización de las legislaciones de los Estados miembros. Tiene varios significados; en primer lugar, se ocupa de la tutela del consumidor; pero por otro lado, se intenta garantizar condiciones de igualdad entre los productores de los Estados miembros. Lógicamente si subsisten regímenes diferentes de responsabilidad entre los Estados miembros se producirán numerosas distorsiones dentro de la Comunidad. Primero, porque se encontrarán con una mayor carga económica aquellas empresas que se encuentren en Estados donde esté vigente un régimen objetivo de responsabilidad, tanto por los costes de una más segura organización del aparato productivo, como por los costes de las primas aseguradoras. Y segundo, porque los consumidores se dirigirán hacia los productos fabricados en los Estados en los que esté vigente un sistema más riguroso de responsabilidad, puesto que serán más fiables al ser más seguros (93).

A primera vista estos dos efectos podrían anularse recíprocamente, ya que a un precio menor corresponde un producto que ofrece menos garantías de calidad y seguridad. Sin embargo, estas diferen-

GO, *Ley para la defensa de los consumidores y usuarios: responsabilidad civil extracontractual*, Actualidad Civil 17 (1986), pp. 1.211-1.212; DE ANGEL YAGÜEZ, *OC* nota 67, p. 209.

(92) ALPA y BESSONE realizan un estudio de todos estos trabajos y resoluciones en, *OC* nota 4, pp. 291 y ss.

(93) Cfr. CARNEVALI, *La responsabilità da prodotto nei progetti di legge uniforme del Consiglio d'Europa e della CEE, en Problemi attuali del diritto industriale* (Milano 1977), p. 198.

cias en las legislaciones internas no puede decirse que favorezcan los fines de la CEE.

La Directiva del 25 de julio de 1985 (85/374/CEE), notificada a los Estados miembros el 30 de julio de 1985, es fundamental a efectos de responsabilidad del productor. Está compuesta formalmente por 22 artículos precedidos de un preámbulo, en el que se resalta ampliamente la finalidad de armonizar las disposiciones legislativas de los Estados miembros en una época caracterizada por el constante progreso tecnológico. Para conseguir este fin establece su artículo 19 que los Estados miembros aplicarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para hacer cumplir la Directiva en un plazo de tres años, como máximo, a partir del día de su notificación que fue, como he dicho, el 30 de julio de 1985.

España, miembro de pleno derecho de la Comunidad Económica Europea desde el 1 de enero de 1986, ha tenido que ajustar su normativa a la Directiva, es decir, introducir en su derecho interno un régimen jurídico en materia de responsabilidad civil por productos que esté en armonía con los criterios de la Directiva. De hecho, la Ley de 27 de diciembre de 1985 de bases de delegación al Gobierno para la aplicación del Derecho de las Comunidades Europeas, incluye en su anexo, entre las leyes cuya materia deberá adecuarse al ordenamiento jurídico comunitario, la Ley de 19 de julio de 1984 general para la defensa de los consumidores y usuarios. A pesar de esta obligación y transcurrido el plazo de tres años establecido por la Directiva en su artículo 19, España no ha adaptado su legislación. Esto implica (como veremos al tratar de la aplicación de la Directiva en España) que el contenido de esta Directiva es de aplicación en nuestro país desde el 30 de julio de 1988 (94).

El derecho español actualmente vigente sobre la responsabilidad del productor por productos defectuosos deberá por necesidad experimentar una inmediata reforma que armonice nuestro ordenamiento con esta Directiva que ya puede ser invocada por cualquier consumidor (dañado por un producto defectuoso) tipificado en la misma (95).

La reforma que debería realizarse es, como mínimo, la del capítulo VIII de la LDCU relativo a «garantías y responsabilidades». Al analizar los apartados siguientes de este trabajo intentaré justificar tal necesidad.

No obstante, deberá tenerse en cuenta que la Directiva comunitaria únicamente contempla la responsabilidad por daños causados por

(94) Cfr. *infra* epígrafe V.7 sobre actuación de la Directiva comunitaria: situación en España.

(95) En contra de este criterio se encuentra SEQUEIRA. Este autor entiende que la Directiva sobre daños derivados de productos defectuosos no presenta discrepancias de fondo graves con nuestra LDCU, que no sólo cumple con el mínimo esencial de protección que el texto comunitario prescribe, sino que incluso le trasciende. Cfr. SEQUEIRA, *OC* nota 2, p. 1.451.

productos defectuosos, mientras que la LDCU tiene un ámbito de aplicación mucho más amplio en cuanto que incluye no sólo al consumidor que adquiere bienes sino también, al usuario que utiliza servicios. Por tanto, si se quiere seguir contando con una Ley que proteja tanto a los consumidores como a los usuarios habrá que mantener de algún modo la responsabilidad por los servicios prestados de forma defectuosa o que hayan causado daño a los usuarios. Responsabilidad que aunque no la contempla la Directiva, sí lo hace el artículo 51 de nuestra Constitución que consagra como uno de los principios rectores de la política social y económica la defensa de los consumidores y usuarios (96).

V.2. SUJETOS

Al igual que hiciera al trata los sujetos de la LDCU, distinguire entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del régimen de responsabilidad que la Directiva impone.

V.2.1. *Sujeto activo*

Denomina la Directiva como sujeto activo de este régimen (a tenor de su artículo 4) a la «víctima». Por tanto, no se establece ninguna limitación por razón de la condición del dañado. Esta circunstancia, puede ser interpretada en el sentido siguiente: el legislador no quiere limitarse a contemplar como protegido únicamente al adquirente final del producto (como ocurría en la LDCU), sino que quiere abarcar también a todos los posibles perjudicados. De esta interpretación se deduce que tendrá derecho a indemnización por los daños sufridos por productos defectuosos no sólo el consumidor, sino también los «bystanders», es decir, aquellos sujetos que no siendo consumidores resulten perjudicados por el defecto de un producto (97).

En sentido contrario, Sequeira afirma que la ya mencionada Directiva, no recoge un concepto mínimo de consumidor como destinatario de la misma, aunque su equiparación con el destinatario final pueda deducirse de algunos considerandos de su preámbulo que expresamente le menciona (así, el considerando noveno) y de la propia finalidad y sistema de su contenido, que parece querer (al regular

(96) Sobre el ámbito objetivo de aplicación de la Directiva comunitaria y la LDCU, cfr. QUINTANA CARLO, *La responsabilidad del empresario de servicios en la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, Estudios sobre Consumo (1987), página 50.

(97) Sobre la figura del «bystander» cfr. ALPA, *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore* (Milano 1975), p. 449; ALPA y BESSONE, *OC* nota 72, pp. 29 y ss.; CAVANILLAS MÚGICA, *OC* nota 72, p. 177.

la responsabilidad del fabricante) señalar la oposición de su figura a los intereses del consumidor final de sus productos y también al indicar como daño protegido el producido por el consumo (art. 9, b) i) de la Directiva comunitaria) (98).

A mi entender, el artículo 9 lo que hace es separar el tratamiento de los daños corporales y materiales, estableciendo que éstos solamente tendrán tal consideración cuando se causen a bienes destinados al uso o consumo privado y, por lo tanto, hayan sido destinados a tal fin.

No está, sin embargo, expresamente prevista la legitimación activa de las organizaciones de consumidores como dispone tanto la «Carta del Consumidor», como lo elaborado por el Consejo de Europa. Hay que decir de todos modos que la finalidad de esta Directiva comunitaria, es más amplia que la simple tutela del consumidor y esto legitima la omisión (99).

V.2.2. *Sujeto pasivo: solidaridad*

El artículo 3 de la Directiva contiene el conjunto de personas que están sujetas a la responsabilidad civil de productos derivada de la puesta en el mercado de productos defectuosos.

De acuerdo con el apartado primero se entiende por productor la persona que fabrica un producto acabado (productor material), que produce una materia prima o que fabrica una parte integrante (productor parcial), y toda aquella persona que se presente como productor poniendo su nombre o marca o cualquier otro signo distintivo en el producto (productor aparente).

Esta responsabilidad les nace de la presunción de que su comportamiento (directo o indirecto) ha sido la causa del producto defectuoso. Quedará excluido conforme al artículo 2 de cualquier responsabilidad, a los efectos de la presente Directiva, el productor de materias primas agrícolas y de productos de la caza.

Esta ampliación del término productor implica una mayor protección respecto del consumidor, al encontrarse con más sujetos pasivos a los que reclamar el daño sufrido y al no tener que demostrar de que punto de la cadena de producción procede el defecto del producto que ha causado el daño (100).

Según el apartado segundo del artículo 1, se considera también productor (teniendo la misma responsabilidad que el productor del art. 1, apartado primero) a toda persona que importa productos de

(98) SEQUEIRA, *OC* nota 2, p. 1.452.

(99) Cfr. FRANZONI, *OC* nota 1, p. 348.

(100) *Vid.* AIDA (Associazione Internazionale di Diritto delle Assicurazioni), *Responsabilidad por productos defectuosos* (Madrid 1986), p. 20.

un país tercero a la Comunidad, con vistas a su venta, alquiler, arrendamiento financiero o cualquier otra forma de distribución en la Comunidad.

Esta equiparación entre importador y productor real está pensada para facilitar al consumidor perjudicado su reclamación, es decir, le permite el que no tenga que pleitear en el extranjero; evitándole, en general, procedimientos que a buen seguro reducirían sus posibilidades de éxito. La responsabilidad del importador se determina en todo caso sin perjuicio de la del productor (artículo 3, punto 2 «ab initio»).

Finalmente, el artículo 3 en su apartado tercero extiende la responsabilidad a los suministradores del producto, pero únicamente con carácter supletorio, es decir, cuando no pudieran ser identificados ni el productor del producto ni el importado (si el producto defectuoso proviene de un país tercero). Este carácter supletorio implica que el suministrador podrá liberarse de su responsabilidad comunicando al consumidor dañado, dentro de un período de tiempo razonable, la identidad del productor o de la persona que le suministró el producto (artículo 3, punto 3 «ab initio»). De este modo se concreta el área de sujetos responsables (101).

Es importante confrontar como se ha delimitado el sujeto pasivo en aquellos Estados miembros que ya han adaptado su ordenamiento interno a la Directiva. Aunque no existen a este respecto, novedades concretas, sí tiene interés el concepto que se da de suministrador.

Mientras que el proyecto francés de 23 de junio de 1987 (tendente a modificar el título IV del libro III del Code civil para recoger la Directiva comunitaria) se limita a reproducir el texto del artículo 3 de la Directiva, el texto inglés introduce limitaciones a la responsabilidad del suministrador, salvo alguna equiparación a la figura del productor. En efecto, dispone la sec. 2 (3) que el suministrador («supplier») responde del daño sólo en el caso que el perjudicado le requiera a efectos de identificar a los responsables; que el requerimiento sea efectuado dentro de un período de tiempo «razonable» subsiguiente al daño y siempre que en el momento en que se efectúa el requerimiento no pueda de ningún modo el perjudicado individualizar al responsable, y, finalmente, que el suministrador no se encuentre en condiciones (después de un período razonable de tiempo al requerimiento) de satisfacerlo.

Con análogos términos se pronuncia en el Derecho italiano el artículo 4, del Decreto de 24 de mayo de 1988 (relativo a la armonización de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas de Italia con la Dirección comunitaria) (102).

(101) Este sistema ya había sido esbozado por ALPA, *vid. Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore* (Milano 1975), p. 448.

(102) *Vid. ALPA, L'attuazione della direttiva comunitaria sulla responsabilità del produttore. Tecniche e modelli a confronto, Contratto e impresa* 2 (1988), pp. 586-587.

Conviene resaltar que conforme al artículo 5 de la Directiva comunitaria si dos o más personas fueren responsables del mismo daño su responsabilidad es solidaria (103). Este criterio es el que se ha ido consolidando con respecto a la indemnización por daños derivados de responsabilidad extracontractual (así, por ejemplo, el artículo 2.055 del Codice civile italiano) (104).

Como es obvio, la solidaridad implica mayores garantías para el consumidor de obtener un resarcimiento de daños y perjuicios, al tiempo que simplifica el ejercicio judicial de la acción correspondiente, puesto que pueden demandar a cualquiera de los responsables o a varios, o a todos (105).

Es previsible, desde el punto de vista comunitario, la proliferación de procedimientos judiciales de ámbito interestatal si tenemos en cuenta que las víctimas dirigirán sus demandas contra todos los participantes en el proceso de producción (que pueden ser de distintos países), y contra los importadores y suministradores.

La Directiva comunitaria (en su artículo 5 «in fine») remite al Derecho interno de los Estados miembros a la hora de regular la acción de repetición entre los responsables.

Por último, destacar que la responsabilidad solidaria de los sujetos pasivos de este régimen, se recoge en el apartado 1.º del artículo 9 del Decreto italiano de 24 de mayo de 1988 referente a la introducción de la Directiva comunitaria sobre la responsabilidad del productor. Tal criterio se repite de modo más o menos análogo en las demás leyes y proyectos de actuación de la presente Directiva.

V.3. OBJETO: EL PRODUCTO DEFECTUOSO

La Directiva en su artículo 2 establece una definición legal de producto considerándolo como todo bien mueble, excepto las materias primas agrícolas y los productos de la caza, aún cuando esté incorporado a otro bien mueble o a un inmueble. Se entiende también por producto la electricidad.

(103) Ya en el borrador de la Directiva de 1979 se contemplaba la responsabilidad solidaria en su art. 3, que establecía: «Si varias personas son responsables de un mismo daño, su responsabilidad es solidaria conservando cada una el derecho de reclamar contra las demás».

(104) En nuestro país, en contra del tenor literal del Código civil (art. 1.137), por obra de la jurisprudencia *vid.* LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil II-I* (Barcelona 1985), pp. 533-537; Díez PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil II*. (Madrid 1983), p. 637; ALBALADEJO, *Derecho Civil II-2* (Barcelona 1982), pp. 504-505.

(105) BERCOVITZ R., *La responsabilidad de los fabricantes en la Directiva de las Comunidades Europeas, Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores* (Madrid 1987), p. 270.

(106) *Vid.* AIDA, OC nota 100, p. 18.

El inciso 2.º del citado articulado especifica lo que entiende la Directiva por «materias primas agrícolas»: Los productos de la tierra, la ganadería y la pesca, exceptuando aquellos productos que hayan sufrido una transformación inicial.

La Directiva en su preámbulo justifica la exclusión de la consideración de productos a las materias primas agrícolas y a la caza, con el argumento de que la responsabilidad civil por productos defectuosos por ella contemplada deberá limitarse a los bienes muebles que sean objeto de una producción industrial. Este argumento no tiene gran fuerza de convicción, pues actualmente la agricultura europea en gran parte se ha convertido ya en un proceso más bien industrial. La exclusión de las materias primas agrícolas y de la caza está inspirada en razones más políticas que jurídicas que radican en el apoyo y defensa del sector agrícola, sector éste que tradicionalmente se ha encontrado muy protegido por los países miembros. Por lo tanto, no es de extrañar que los productos procedentes de ese sector gocen de un tratamiento jurídico especial y más favorable (106).

En principio, quedan también excluidos del ámbito de la Directiva los bienes inmuebles (107). Sin embargo, considera R. Bercovitz que en muchas ocasiones los defectos en los inmuebles y en la prestación de servicios proceden de defectos de los bienes muebles utilizados en unos y otros. De lo que cabe deducir que, indirectamente, la Directiva vendrá a cubrir muchos de los daños derivados de aquéllos (108).

A tenor del artículo 15 de la Directiva, cada Estado miembro podrá no obstante lo previsto en el artículo 2, disponer en su legislación que, a efectos del artículo 1 de esta Directiva, por «producto» se entienda también las materias primas agrícolas y los productos de la caza; esto implica la posibilidad de que pueda utilizarse esta facultad parcialmente, extendiendo la responsabilidad establecida por la Directiva a determinados productos agrícolas con exclusión de la caza o viceversa, o como recoge el proyecto francés de 23 de junio de 1987 (de adaptación del Derecho interno a la Directiva) en su artículo 1.387-3, que incluye la responsabilidad de los productos agrícolas, los ganaderos, caza y pesca. Por el contrario, los productos agrícolas son excluidos del «Act inglés» (siempre que no hayan sido objeto de un procedimiento de transformación industrial) (sec. 2-4).

Volviendo al inciso 2.º del artículo 2 de la Directiva y concretamente al supuesto de inclusión a efectos de responsabilidad de las materias primas agrícolas y de la caza que hayan sufrido una trans-

(107) La exclusión de los servicios ha sido criticada por QUINTANA CARLO, *OC* nota 96, p. 50.

(108) Pensando en los bienes inmuebles y, concretamente en viviendas, se trata de un supuesto en el que el defecto de uno de los productos integrantes puede producir daños importantes en aquéllos (incluso su destrucción), subsumibles en el apartado b) del art. 9 de la Directiva cfr. BERCOVITZ R., *OC* nota 105, p. 271.

formación inicial; hay que decir, que la expresión «transformación inicial» no se encuentra aclarada por la Directiva, por lo que habrá que esperar a que la jurisprudencia fije el contenido mínimo de las misma (109). Sin embargo, el Decreto italiano de 24 de mayo de 1988 añade (en este punto) al texto de la Directiva el siguiente concepto de transformación: «Se considera transformación la sumisión del producto a un tratamiento que modifique sus características o agregue sustancias al mismo. Se equiparan a la transformación, cuando tengan carácter industrial, la confección y cualquier otro tratamiento, siempre que dificulten el control del producto por parte del consumidor o creen alguna consecuencia sobre su seguridad» (art. 2, punto 3.º del Decreto italiano).

Una vez fijado el concepto de producto (a efectos de la presente Directiva) hay que ponerlo en relación con el artículo 1 de la misma para obtener la siguiente conclusión: «responderá el productor por los daños causados por un producto cuando éste sea defectuoso» (110). Será fundamental, pues, determinar cuándo un producto es defectuoso.

Según la Directiva, la determinación del carácter defectuoso de un producto debe determinarse no por su falta de aptitud para el uso sino por no cumplir las condiciones de seguridad a que tiene derecho el gran público; la seguridad se valora excluyendo cualquier uso abusivo del producto que no sea razonable a las circunstancias (párrafo 6 del preámbulo de la Directiva).

Como afirmó Galgano, una cualidad que se requiere en cada producto industrial, es que sea adecuado al uso a que se destina y que implique la posibilidad de ser usado en condiciones de seguridad, sin perjuicio ni para la integridad física ni para los bienes del que lo utiliza (111).

El artículo 6 precisa que «un producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad a la que una persona tiene legítimamente derecho...». Esta cualidad resume el concepto de seguridad en la idoneidad de los productos industriales al uso específico a que van a ser destinados (112). Esta seguridad es, desde el punto de vista sistemático, una de las bases sobre las que se asienta el contenido de la Directiva (113).

En el proyecto francés de actuación, se repite la fórmula implantada por la Directiva; sin embargo, se especifica que la relación entre

(109) Para R. BERCOVITZ no tendrá carácter de transformación lo que sea mero empaquetado o transporte normal. En cambio, parece que deberá considerarse como tal la congelación de los productos. *Vid.* BERCOVITZ R., *OC* nota 105, p. 272.

(110) Ya la doctrina, con anterioridad, coincidía en la existencia de un defecto para declarar la responsabilidad del productor, *cfr.*: CARNEVALI, *OC* nota 72, pp. 29 y s.; ROJO, *OC* nota 2, pp. 187 y ss.

(111) GALGANO, *OC* nota 10, p. 995.

(112) *Cfr.* GALGANO *OC* nota 10, p. 995.

(113) *Cfr.* TRIMARCHI, *La responsabilità del fabbricante nella direttiva comunitaria*, *Riv. soc.* (1986), pp. 594 y ss.

el estado en que se encuentra el producto y la seguridad que el consumidor podía legítimamente esperar, puede determinarse en base a un criterio o referencia convenido previamente por las partes (art. 1.387-1). El texto italiano, a este respecto, es más rígido, al no tener en cuenta las calidades «convencionales» sino que se remite únicamente a la razón y a los comportamientos previsibles, en conexión con el destino del producto (art. 6).

Doctrinalmente, el defecto de un producto puede obedecer:

a) A una inseguridad implícita en la concepción del producto, es decir, como consecuencia de un error, bien en el momento de proyectar el producto, bien en la fase de realización del proyecto de fabricación, bien finalmente en la fase de distribución, se convierte en defectuosa la totalidad de la producción o al menos todos los ejemplares de una o varias series productivas (114).

La asignación de estos riesgos al productor fue una cuestión discutida por un amplio sector doctrinal (115). Con la entrada en vigor de la Directiva se incluye este tipo de defecto en la responsabilidad del productor, al no hacerse en la misma ninguna referencia a su exclusión (Cfr. art. 6, punto 2 de la Directiva).

b) A una inseguridad manifestada en el proceso de fabricación del producto. En este orden de cosas, a diferencia del supuesto anterior, el daño puede ser causado únicamente por algunos ejemplares de la producción (116). Este tipo de defectos, propios de la producción en serie, afectan sólo a uno o algunos de los productos (117). Son riesgos inevitables de la fabricación en masa de los cuales también responde el productor al no contenerlo la Directiva entre los supuestos de productos no defectuosos (art. 6-2 Directiva).

c) A una inseguridad que se manifiesta en el uso del producto por parte del usuario. Este supuesto es más problemático que los dos anteriores. En él chocan, de un lado, los medios que el productor debe adoptar para evitar posibles daños al consumidor y, de otro, las precauciones que el consumidor debe observar en el uso del producto. La falta de las debidas precauciones por parte del consumidor puede excluir la responsabilidad del productor, pero el límite que divide las medidas del productor de las precauciones del consumidor es de difícil demarcación.

Ciertamente el uso impropio o anómalo del producto, excluye la

(114) ROJO, *OC* nota 2, pp. 192-193.

(115) Cfr. CARNEVALI, *OC* nota 72, p. 34.

(116) En la jurisprudencia italiana son fundamentales: la Cas. de 25 de mayo de 1964 referente a las galletas Saiwa estropeadas, la sentencia condenó a la Saiwa como sujeto responsable frente al consumidor intoxicado; también, la sentencia del Tribunal de Savona de 31 de diciembre de 1971 en ella se hace responsable a la sociedad productora de heridas causadas al consumidor como consecuencia de la explosión de una botella de Coca-Cola en la barra de un bar.

(117) CARNEVALI. *OC* nota 72. p. 30.

responsabilidad del productor al interrumpir la relación de causalidad entre el hecho del productor y el daño. En tal sentido, el artículo 6-1, b) de la Directiva comunitaria contempla, entre las «circunstancias» que han de concurrir para determinar la seguridad de un producto, el uso que razonablemente pudiera esperarse del mismo (118).

La información del productor a los consumidores sobre la forma de utilizarlo, es uno de los medios mediante los cuales se garantiza la seguridad del producto. Utilizando los términos del artículo 6 de la Directiva comunitaria la garantía de seguridad estará en la «presentación del producto». Si esta presentación es exhaustiva (en la que se comprenderá también las advertencias necesarias para la utilización del producto), es decir, apta para evitar daños a personas o cosas, el productor no responderá de los daños derivados del uso del producto contrario a las instrucciones. Pero como pone de manifiesto el artículo 6 se debe, en cada caso, «tener en cuenta todas las circunstancias»: las instrucciones del producto para su uso pueden no bastar, como en el caso de productos destinados a ser utilizados por niños o en otros casos; piénsese en advertencias o instrucciones formuladas en un lenguaje científico o en instrucciones redactadas en el idioma del productor y destinadas a consumidores de otros países (en este caso podrá también tomarse en consideración la responsabilidad del importador) (119).

d) Inseguridad implícita en el producto, independientemente de vicios en la concepción, en la producción o en la utilización del mismo.

Qué sucedería si un producto no fuese defectuoso en el momento de su producción e introducción en el mercado conforme a los niveles científicos y técnicos alcanzados, pero posteriormente sea considerado defectuoso en comparación con posteriores logros en este campo. Es decir, defectos que sólo aparecen con posterioridad como consecuencia de mayores conocimientos que los existentes a la puesta en circulación de los productos.

A esta interrogante intentaron responder las distintas concepciones de la responsabilidad del productor. Hay quienes consideran, partiendo de una concepción objetiva de la responsabilidad, que la relación de causalidad entre la inseguridad del producto y el evento dañoso no existe, ya que esta implica la previsibilidad del evento que no puede ser previsto en este caso, por tanto, excluirán la responsabilidad

(118) Sobre la inseguridad que se manifiesta en el uso del producto cfr. GALGANO, *OC* nota 10, pp. 1005 y ss.

(119) En relación con este problema es importante un caso resuelto por los Tribunales italianos (Cass. 29 de junio de 1981) en el que se debía decidir sobre la responsabilidad de un productor de abonos agrícolas. La utilización de los mismos por parte de un agricultor, en vez de salvaguardar el cultivo lo había devastado. La Cass. consideró que las instrucciones facilitadas por el productor era de una elemental comprensión y su inobservancia determinó el daño, por lo que se excluyó la responsabilidad del productor. Comenta este caso GALGANO, *OC* nota 10, pp. 1.008-1.009.

del productor. Otros, al contrario, consideran que el productor responde de todos los riesgos que crea su empresa, al ser creado este riesgo específico («riesgo del desarrollo») por el desenvolvimiento de la empresa, el productor será responsable (120).

La Directiva excluye este supuesto del concepto de defecto en el artículo 6,2, al considerar que un producto no se considerará defectuoso por la única razón de que, posteriormente, se haya puesto en circulación un producto más perfeccionado.

Igualmente el artículo 7 en su apartado e) incluye entre las pruebas liberatorias concedidas al productor la demostración de que en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía detectar la existencia del defecto.

El Decreto italiano de actuación de la Directiva comunitaria recoge, casi literalmente, en su artículo 6-e), lo dispuesto por la Directiva en su artículo 7-e). No obstante, el proyecto del Decreto italiano añadía una regla de particular relevancia. Se trataba del párrafo 1.º letra e) del artículo 6, donde, se establecía que «si el productor, después de la puesta en circulación del producto, conoció o debió haber conocido su peligrosidad, es responsable según las normas del Codice civile si omite la adopción de las medidas necesarias para evitar el daño, como pudieran ser la información al público, la oferta de revisión del producto o la oferta de retirada del mismo». Se ignoran las razones de la supresión de este párrafo en el texto definitivo; en cualquier caso, su exclusión supone una restricción importante de los derechos del consumidor para obtener una indemnización por los daños que le irroguen los productos defectuosos.

El modelo inglés (sec. 4) es sustancialmente similar al modelo italiano. Se ha discutido en este Derecho, si no sería oportuno incluir los riesgos del desarrollo en el área del riesgo del productor. De las actuaciones de la «House of Lords» resulta que la no inclusión de los riesgos del desarrollo en el ámbito de responsabilidad del productor obedece a las exigencias de la economía nacional, en relación con la concurrencia de sus productos con los de los demás Estados miembros en los que no se imputarían tales riesgos al productor y, también, a la necesidad de establecer mayor libertad de innovación y experimentación industrial.

Análoga previsión contiene el proyecto de actuación francés (Cfr. art. 1.387-15, 1.387-22) (121).

(120) Cfr. AIDA, *OC*, nota 100, p. 26; GALGANO, *OC* nota 100, pp. 1.009-1.010.

(121) Cfr. ALPA, *L'attuazione della direttiva comunitaria sulla responsabilità del produttore. Tecniche e modelli a confronto*, *Contratto e impresa* 2 (1988), pp. 584-585. *go civil*, RDP (1977), pp. 987 y ss.

V.4. EL DAÑO

El derecho a la indemnización de daños y perjuicios se deriva exclusivamente de la existencia de un daño producido por el consumo.

El daño resultante de un acto de consumo podrá ser material o moral.

Es material el daño cuando la víctima sufre un menoscabo patrimonial, y comprende tanto el desembolso efectivo como la ganancia frustrada o que se haya dejado de obtener. En este sentido, nuestro Código civil establece que la indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor... (art. 1.106).

Son daños morales los infligidos a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social o la salud física o psíquica; en suma, a los que se suelen denominar derechos de la personalidad o extrapatrimoniales.

La Directiva comunitaria, al igual que lo hicieron el Convenio del Consejo de Europa de 27 de enero de 1977 sobre la responsabilidad civil derivada de los productos y el proyecto de la misma de 9 de septiembre de 1976, incluye tanto los daños causados por muerte o lesiones corporales como los causados a una cosa, quedan excluidos los productos defectuosos mismos causantes del daño (art. 9 de la Directiva).

El daño causado por la muerte de una persona no está desarrollado en la Directiva por lo que habrá que estar a lo que establezcan los distintos ordenamientos nacionales. En España, a falta de una ley que adapte nuestro ordenamiento interno a la Directiva comunitaria, la solución (en ausencia, también, de una regulación en el Derecho común) habrá que buscarla en la jurisprudencia.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1969 establece que la indemnización por accidente que causa la muerte de una persona no puede estimarse como un derecho incorporado al patrimonio de la misma, por la simultaneidad del nacimiento de tal derecho y el óbito de quien no puede ya ostentar personalidad jurídica para asumirlo: de aquí que la legitimación activa no implique la demostración de ser heredero del damnificado sino la del perjuicio directo sufrido por una persona distinta a causa del daño. Estarán legitimadas para reclamar, por tanto, todas aquellas personas que por su inmediato parentesco con el fallecido acrediten el daño moral o material experimentado, bastando al afecto la simple prueba de esas circunstancias, esto es, sin necesidad de probar que son herederos del difunto (122).

(122) Sobre la indemnización de este tipo de daño cfr. DE CASTRO, *La indemnización por causa de muerte*, ADC (1959), pp. 449 y s.; PANTALEON, *Didlogo sobre la*

En cuanto a las lesiones corporales comprenden todo tipo de pérdida transitoria o definitiva de salud, es decir, cualquier enfermedad en el sentido más amplio del término, así como la pérdida de la integridad física. Dichas lesiones corporales deben pues entenderse en su sentido más amplio, ya que una interpretación estricta del término carecería de justificación y dejaría sin la protección de la Directiva a la mayor parte de los casos de lesión del derecho a la salud derivado del consumo de productos defectuosos (123).

También, el artículo 9 excluye de los daños materiales que son objeto de indemnización por parte del productor, tanto a los productos defectuosos mismos causantes del daño como las cosas que no sean de consumo privado. No obstante, quedará a salvo, por supuesto, la vía contractual en virtud de la cual se adquirió dicho producto defectuoso, para poder obtener su reembolso.

La redacción anterior de la Directiva excluía de la noción de daño la indemnización por daños morales. Con la redacción actual se hace prevalecer el criterio jurídico existente en cada país a este respecto (art. 9 «in fine» de la Directiva) (124).

En nuestro Derecho está aceptada por todos la figura de responsabilidad civil por daño moral, tanto en el terreno doctrinal (125) como en el jurisprudencial (126).

Por último, el artículo 9 de la Directiva en conformidad con el párrafo nueve de su preámbulo, establece una franquicia de 500 ECUS en relación con los daños causados a las cosas para evitar que tenga lugar un número excesivo de litigios. En el Decreto italiano de adaptación del Derecho interno a la Directiva comunitaria la franquicia es de 750.000 liras (artículo 11). La Ley inglesa no considera resarcible, a efectos de la misma, el perjuicio cuyo importe sea inferior a 275 libras esterlinas (sec. 5 (4)). El proyecto francés no recoge franquicia alguna, por lo que deberá estar al contenido de la Directiva.

indemnización por causa de muerte, ADC (1983), pp. 1.567 y s.; LACRUZ BERDEJO, OC nota 104, p. 519.

(123) BERCOVITZ R., OC nota 105, p. 275.

(124) Esta afirmación contrasta con lo dispuesto en el apartado a) del mismo art. 9 en el cual se hace mención a la indemnización de casos típicos de daños morales como son la muerte y las lesiones corporales. No obstante, en el párrafo 9 del preámbulo de la Directiva se vuelve a considerar que el pago de los daños morales está sujeto a los ordenamientos de los distintos Estados miembros.

(125) Cfr. GARCÍA SERRANO, *El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil*, ADC (1972), pp. 799 y s.; LACRUZ BERDEJO, OC nota 104, pp. 515 y s.; DE ANGEL YAGÜEZ OC nota 67, pp. 224 y s.; ALBADALEJO, OC nota 104, pp. 506 y s.

(126) Cfr. STS 6 de diciembre de 1912; 30 de octubre de 1973; 24 de junio de 1984; 19 de diciembre de 1986.

V.5. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD

Del artículo 1 de la directiva comunitaria, en relación con los artículos 4, 7 y 8, se puede concluir que el régimen de responsabilidad establecido por la misma es de tipo objetivo, pero no de objetividad plena (como a continuación intentaré demostrar); más bien, nos encontramos ante un régimen de responsabilidad objetiva atenuada.

El párrafo 2.º Del preámbulo de la Directiva considera que únicamente el criterio de responsabilidad objetiva del productor permite resolver el problema.

También, el artículo 1 de la Directiva dice: «el productor será responsable de los daños causados por defectos de sus productos». Según esta formulación, se obliga a reparar un daño que no es consecuencia de la culpa del causante, al no considerarse que debe existir culpa o negligencia para que nazca la responsabilidad del productor. Lo que parece buscar el artículo 1 es establecer una responsabilidad basada exclusivamente en la realidad del daño sufrido por una persona, con independencia de la culpabilidad del causante del mismo, es decir, un sistema de responsabilidad objetiva plena (127).

Sin embargo, el artículo 1 hay que relacionarlo necesariamente con el artículo 4 del mismo cuerpo legal, que establece que el perjudicado deberá probar el daño, el defecto y la relación causal entre el defecto y el daño. Este precepto, atenúa la responsabilidad objetiva plena del artículo 1 al establecer que el perjudicado ha de probar el daño producido por un defecto del producto, con lo que, en principio, se dificulta la exigencia de responsabilidad al productor.

Igualmente el artículo 7 mitiga el contenido del artículo 1 al permitir que el productor se exima de responsabilidad si prueba la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias:

— Que el defecto se debe a que el producto se ajusta a normas imperativas dictadas por los poderes públicos (art. 7-d).

— O que, en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir la existencia del defecto (art. 7-e).

De igual modo, en el apartado 2.º del artículo 8 se encuentra otro supuesto que modera la responsabilidad del productor: «La responsabilidad del productor podrá reducirse o anularse, considerando todas las circunstancias, cuando el daño sea causado conjuntamente por un defecto del producto y por culpa del perjudicado o de una persona de la que el perjudicado sea responsable».

(127) Para un estudio más amplio del art. 1 de la Directiva cfr.: TRIMARCHI, *La responsabilità del fabbricante nella direttiva comunitaria*, Riv. soc. (1986), p. 596; ALPA, OC nota 121, pp. 581-582. Por otra parte, este art. 1 tiene fiel reflejo en el art. 1 del Decreto de actuación italiano, en los dispuesto por el art. 1.387 del proyecto francés y en la sec. 2 (1) de la Ley inglesa.

Normalmente cuando excepcionalmente el legislador establece un sistema de responsabilidad objetiva (aunque ésta sea atenuada) crea, también, en favor del obligado unos límites o topes máximos de indemnización. De este modo se cumple un doble objetivo; por una parte, se tutela aunque sea en forma un tanto moderada, el interés de los ciudadanos, de cualquier ciudadano que sea víctima de un producto defectuoso (en este caso); de otra, se evita que el responsable vea ilimitadamente comprometido su patrimonio a la hora de indemnizar.

La Directiva intenta cumplir más el primer objetivo (relativo al consumidor) que el segundo (referente al productor) al establecer que «cualquier Estado miembro podrá disponer que la responsabilidad global del productor por los daños que resulten de la muerte o lesiones corporales causados por artículos idénticos que presenten el mismo defecto, se limite a una cantidad que no podrá ser inferior a 70 millones de ECUS» (art. 16,1 de la Directiva). Se establece un principio de responsabilidad ilimitada, sin embargo, en tanto que existen tradiciones diferentes entre los Estados miembros, se permite su limitación, siempre que este límite sea lo suficientemente alto como para que queden asegurados, la protección del consumidor y el correcto funcionamiento del mercado común (128). A tal efecto establece el artículo 16,2 que transcurridos diez años a partir de la fecha de notificación de la presente Directiva (30 de julio de 1985), la Comisión someterá al Consejo un informe sobre los efectos de la aplicación del límite pecuniario de la responsabilidad, llevada a cabo por los Estados miembros que hayan hecho uso de la facultad a que se refiere el artículo 16-1. A la luz de este informe el Consejo, actuando a propuesta de la Comisión, decidirá si deroga o no el apartado 1 del artículo 16.

Los Estados que opten por la utilización de esta facultad de limitar la cuantía de la responsabilidad podrán aplicarla con carácter general o únicamente para determinados productos, a tenor de lo dispuesto por la Directiva.

Una vez precisado el sistema de responsabilidad de la Directiva y estudiado los límites cuantitativos de la misma, se plantea una cuestión de bastante importancia: según el artículo 13 de la Directiva, ésta no afectará a los derechos que el perjudicado pueda tener con arreglo a las normas sobre responsabilidad contractual o extracontractual o con arreglo a algún régimen especial de responsabilidad existentes en el momento de la notificación de la Directiva.

¿Quiere esto decir que la disciplina comunitaria fija sólo el límite mínimo e ineludible de la responsabilidad del productor (exonerando en definitiva al consumidor dañado de la carga que le pueda suponer,

(128) *Vid.* párrafo 17 del preámbulo de la Directiva.

que algún juez nacional le exija probar la culpa del productor) dejando subsistentes los derechos nacionales, si fuesen más favorables al consumidor? ¿Podrá el perjudicado, por ejemplo, en España ampararse en el artículo 1.902 del Código civil o en los artículos 25 y siguientes de la LDCU o en Italia actuar según el artículo 2.043 del Codice civile?

Sequeira considera, en este sentido, que la Directiva no afecta a los derechos que la víctima de un daño pueda utilizar tanto en base a la exigencia de la responsabilidad contractual, como a la de la ley especial de defensa de los consumidores y usuarios. Esto significa — sigue Sequeira— que nuestro ordenamiento no exige una modificación para adaptarse a los preceptos de la Directiva. Esta constituye tan sólo una exigencia de introducción en los ordenamientos de técnicas de amparo al consumidor que le den una cobertura, a efectos de responsabilidad derivada de daños, homologable con su contenido y siempre que no la tuviera (129).

Una interpretación así creará enorme incertidumbre, inseguridad para el obligado a responder (productor) y hará inútiles los propósitos de la Directiva de «aproximar las legislaciones de los Estados miembros en materia de responsabilidad del productor por los daños causados por el estado defectuoso de sus productos para así evitar que las actuales divergencias entre las mismas puedan falsear la competencia» (130).

Siendo a Galgano, el considerando transcrito en el párrafo anterior debe interpretarse del modo siguiente: la Directiva pretende especificar la regulación de la responsabilidad del productor en caso de daños por productos defectuosos y no hacerla aún más general.

Por otra parte, el artículo 13 de la Directiva más bien hace referencia a la distinción entre derecho común y derecho especial: la disciplina comunitaria, traducida en ley interna, será el derecho común del daño por productos; y sólo podrá ser desaplicada en presencia de leyes especiales, que de ella se aparten en relación a particulares categorías de productores, o de productos o de consumidores (131).

Por último, precisar que este sistema de responsabilidad que la directiva establece no podrá quedar limitado o excluido, en relación al perjudicado, por virtud de cláusulas limitativas o exoneratorias de la responsabilidad (art. 12 de la Directiva). «A senso contrario» podrá interpretarse que en las relaciones internas entre los diversos responsables solidarios son admisibles tales pactos limitativos o liberadores de responsabilidad, siempre que sean lícitos con arreglo a los respectivos ordenamientos jurídicos internos de cada país.

(129) SEQUEIRA, *OC* nota 2, pp. 1.452-1.453.

(130) *Vid.* párrafo 1.º del preámbulo de la Directiva.

(131) GALGANO, *OC* nota 10, pp. 1011-1012.

V.6. PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD DE LAS ACCIONES

Por lo que se refiere a la prescripción, el artículo 10 de la Directiva comunitaria, siguiendo en este punto la línea marcada por el artículo 6 del proyecto de convenio sobre responsabilidad del productor, elaborado por el Consejo de Europa, establece que los Estados miembros dispondrán en sus legislaciones que la acción de resarcimiento prevista en la presente Directiva para reparar los daños, prescribirá en el plazo de tres años a partir de la fecha en que el demandante tuvo, o debería haber tenido, conocimiento del daño, del defecto y de la identidad del productor.

Tal exigencia está en relación con lo establecido por los artículos 3 y 4 de la Directiva, que imponen al perjudicado la obligación de probar la concurrencia del daño, el defecto y la relación causal entre ambos; y señalan al productor como sujeto pasivo del régimen de responsabilidad establecido por la misma, por tanto, será preciso determinar la identidad de éste a fin de poder entablar la reclamación (132).

Hay que tener en cuenta que el plazo de tres años es susceptible de suspensión o de interrupción —según el apartado 2 del artículo 10 de la Directiva— de acuerdo con las disposiciones de los Estados miembros.

Si existía alguna duda sobre la naturaleza jurídica de este plazo, ésta queda totalmente aclarada por el texto legal, es decir, al admitirse la suspensión e interrupción del mismo se da a entender que nos encontramos ante un plazo de prescripción (133).

En cuanto a la remisión que hace la Directiva a las disposiciones de los Estados miembros para que regulen la suspensión o la interrupción de la prescripción, hay que acudir en nuestro Derecho al artículo 1.973 del Código civil que dispone de la prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los Tribunales, por reclamación extrajudicial al acreedor y por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor (134).

De acuerdo con el artículo 11 de la Directiva se establece que los Estados miembros dispondrán en sus legislaciones que los dere-

(132) El término productor deberá ser entendido con la extensión establecida en *supra* epígrafe V.2.2. Sujeto pasivo: solidaridad.

(133) Sobre las diferencias que separan a la prescripción extintiva y caducidad: cfr. las sentencias del Tribunal Supremo español de 17 de noviembre de 1948 y 25 de septiembre de 1950 entre otras. Así como, las resoluciones de la Dirección General de los Registros y Notariado de 16 de marzo de 1959 y 1 de febrero de 1960.

(134) Nuestra jurisprudencia insiste en que como la interrupción es una excepción a la extinción por prescripción, ha de interpretarse restrictivamente. Además, la interrupción es una cuestión de hecho cuya apreciación corresponde al Tribunal de instancia; pero interrumpida la prescripción, no sirve el tiempo ya pasado, y para prescribir es preciso comenzar de nuevo. *Vid.* ALBADALEJO, *Comentario al art. 1.973 del Código civil*, RDP (1977), pp. 987 y ss.

chos conferidos al perjudicado en aplicación de la presente Directiva se extinguirán transcurrido el plazo de diez años a partir de la fecha en que el productor hubiera puesto en circulación el producto mismo que causó el daño, a no ser que el perjudicado hubiera ejercitado una acción judicial contra el productor.

La determinación de la naturaleza jurídica de este plazo decenal ofrece mayor dificultad que el examinado anteriormente. Pero al establecer textualmente la Directiva (art. 11) un término fijo para la duración de los derechos conferidos al perjudicado, de tal modo que transcurrido este término no puedan ya ser ejercitados, se favorece la consideración de que nos encontramos ante un plazo de caducidad (135). Otro argumento en favor de la caducidad está en el hecho de que si se hubiese querido establecer un plazo de prescripción, estaría sujeto a las suspensiones e interrupciones ordinarias. También, podría ser un argumento, aunque remoto, el hecho de que el artículo 11 de la Directiva (que reconoce este plazo decenal) fija un sistema de actuación muy similar al establecido por el artículo 1.591 del Código civil español y 1.669 del Codice civile italiano en materia de responsabilidad por la ruina o vicios en la construcción de edificios.

Tiene especial interés la determinación de la fecha a partir de la cual el productor pone en circulación el producto mismo que causó el daño, al marcar ésta el inicio del plazo decenal de caducidad.

Esta puesta en circulación se refiere al momento en que el productor suministra el producto, mediante la entrega o la puesta a disposición correspondiente, a un intermediario o directamente al consumidor. Lo habitual será que esa puesta en circulación se produzca mediante el suministro a un intermediario, que puede ser único pero que también puede constituir el primer eslabón de una cadena de intermediarios que lleven el producto hasta el consumidor. Esto quiere decir que una parte más o menos extensa de ese plazo de diez años transcurrirá sin que el producto sea usado o consumido, consecuentemente, sin que se puedan producir los daños típicos que la Directiva contempla.

La puesta en circulación a la que se refiere el artículo 11 es la realizada por el productor. Ello implica la posibilidad que se tome como punto inicial del plazo diversos momentos, según se trate de la responsabilidad de las personas consideradas como productores reales (art. 3-1 de la Directiva) o de la del importador o suministrador, éstos dos últimos al responder como productores según los párrafos 2 y 3 del artículo 3 de la Directiva habrán de ser tenidos en cuenta

(135) Entre la doctrina italiana, se pronuncian a favor de que este plazo decenal es de caducidad, TRIMARCHI, *La responsabilità del fabbricante nella direttiva comunitaria*, Rev. soc. (1986), p. 594; FRANZONI, *OC* nota 1, pp. 326-327. En la doctrina española cfr. BERCOVITZ R., *OC* nota 105, p. 279; ROJO, *OC* nota 73, p. 46.

a los efectos del momento en que pusieron en circulación el producto (136).

Por último, decir que el fundamento de esta norma de caducidad es encuentra en el hecho de que los productos se desgastan con el tiempo y, por otra parte, cada vez se elaboran normas de seguridad más estrictas y se avanza más en los conocimientos científicos y técnicos; esto implica que no procede hacer responsable al productor del estado defectuoso de su producto por tiempo ilimitado (párrafo 11 del preámbulo de la Directiva).

V.7. ACTUACIÓN DE LA DIRECTIVA COMUNITARIA: SITUACIÓN DE ESPAÑA

Los principios de la Directiva comunitaria deberán ser traducidos en el derecho interno de cada uno de los Estados miembros, según las diversas tradiciones nacionales o según las tendencias teóricas del legislador.

Las distintas comisiones encargadas de redactar los textos para la adecuación de los distintos ordenamiento internos a la Directiva han encontrado, o encuentran, problemas notables; en el caso español, por ejemplo, al existir una ley especial al respecto el problema será mayor que el de aquellos Estados donde el legislador no se había ocupado especialmente de la cuestión.

En Italia el problema ha sido menor (dada la situación de vacío normativo existente) que en Francia donde la actuación de la Directiva comunitaria se encuentra frente a dos tipos de problemas: la coordinación con la disciplina del Code civil y la coordinación con las leyes especiales.

Del Codice civile se toman en consideración tanto las normas sobre responsabilidad extracontractual (art. 1.382 y s.), como las normas sobre compraventa (art. 1.645 y 1.646); de las leyes especiales destacan las de 10 de enero de 1978 y la de 21 de julio de 1983 referentes a responsabilidad del productor y seguridad de los productos.

En el Derecho inglés para elaborar la nueva reglamentación de adecuación a la Directiva comunitaria contenida en el «Consumer Protection Act de 1987», se han tenido en cuenta tanto los principios consolidados en el «common law» como la legislación especial (Unfair Contracts Terms Act-1977-, Consumer Safety Act-1986-...).

En aquellos países donde la actuación de la Directiva ha ofrecido mayores problemas (por la especial normativa al respecto del Estado miembro), aparecen cuadros normativos resultantes de mayor complejidad.

(136) *Vid.* BERCOVITZ R., *OC* nota 105, pp. 280-281.

En este sentido, el proyecto francés sobre la responsabilidad del productor por productos defectuosos de 23 de junio de 1987 está articulado en tres secciones, la primera comprende las «disposiciones generales» (arts. 1.387-1 al 1.387-10 ambos inclusive); la segunda está dedicada a la «responsabilidad contractual por productos defectuosos» (arts. 1.387-11 al 1.387-17 ambos inclusive); y la tercera establece «la responsabilidad por falta de seguridad de los productos» (arts. 1.387-18 al 1.387-26).

Por otro lado, el modelo inglés, es decir, el «Consumer Protection Act de 1987» se divide en cinco partes, la primera es dedicada a la responsabilidad del producto (sec. 1 a 9); la segunda a la seguridad del consumidor, con referencia a los «standers» generales de seguridad, a las advertencias sobre el producto y a la información del consumidor (sec. 10 a 19); la tercera parte comprende la indicación del precio y los errores, engaños, o prácticas de estafa al consumidor (sec. 20 a 26); la cuarta (sec. 27 a 36) y la quinta (sec. 37 a 50) establecen normas secundarias y de interpretación.

Sin embargo, el Decreto italiano de 24 de mayo de 1988, núm. 224 ofrece un modelo mucho más simple que los dos anteriores al limitarse básicamente a transcribir la Directiva comunitaria a los largo de sus 16 artículos.

Resaltar, también, que la actuación de la Directiva puede ser efectuada mediante la promulgación de una ley especial (caso italiano); o bien, por medio de la innovación en el Código civil de estos principios (proyecto francés) (137).

Por lo que hace referencia a España la situación es la siguiente: conforme al artículo 19 de la Directiva comunitaria «los Estados miembros aplicarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para cumplir la presente Directiva en un plazo de tres años, como máximo, a partir del día de su notificación e informarán de ello inmediatamente a la Comisión». Pues bien, transcurridos ya los tres años desde su notificación (138) sin que se haya producido la adaptación de nuestro ordenamiento interno a la misma (en cumplimiento de la obligación que tienen los Estados miembros de la CEE de adoptar normas internas de desarrollo de directivas) (139), se plan-

(137) Cfr. ALPA, OC nota 102, pp. 574 y ss.

(138) Esta Directiva se notificó a los Estados miembros el 30 de julio de 1985.

(139) Sobre el cumplimiento de las directivas por los Estados miembros tiene establecido el TJCE la obligatoriedad de los plazos para su aplicación que figuran en las disposiciones finales de las directivas para garantizar la uniformidad en la ejecución en toda la Comunidad. Así las Sentencias de 26 de febrero de 1975 y de 22 de septiembre de 1976, está última declara: «La naturaleza obligatoria de las directivas implica, para todos los Estados miembros, la obligación de respetar los plazos que en ellas se fijan para que su ejecución quede asegurada uniformemente en toda la Comunidad. Si el plazo resultase demasiado corto el Estado deberá adoptar en el marco comunitario todas las iniciativas apropiadas para obtener de la institución competente la necesaria prórroga».

tea la cuestión siguiente: ¿podrá un consumidor español invocar los preceptos de la Directiva por el daño sufrido por un producto defectuoso puesto en circulación después de la entrada en vigor de la normativa comunitaria (140)? la jurisprudencia que tiene establecida el TJCE al respecto considera que siempre que una directiva es aplicada correctamente, sus efectos alcanzan a los individuos por medio de las medidas de aplicación adoptadas por el Estado miembro en cuestión y que solamente cuando el Estado miembro no ha aplicado una directiva correctamente y, más en concreto, cuando las disposiciones de la directiva no han sido aplicadas al término del plazo fijado a tal efecto puede producirse el supuesto de efectividad directa de algunas disposiciones (141).

Lo que, en estas condiciones, se llama efecto directo de las directivas constituye realmente una garantía mínima de respeto por parte de los Estados miembros del efecto obligatorio de tal acto, garantía mínima de la aplicación uniforme del derecho comunitario que no puede permitir la discriminación en contra precisamente de los Estados que apliquen correctamente y en el plazo las directivas. Se trata únicamente del derecho reconocido a los particulares de oponerse judicialmente a la aplicación de disposiciones nacionales contrarias a las directivas o el derecho de exigir del Estado que ajuste su actividad a las obligaciones que éstas le imponen de forma clara y incondicional (142).

Así pues, en la actualidad el consumidor español ante la inaplicabilidad por el Estado español de la Directiva de 25 de julio de 1985 en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos al término del plazo previsto, deberá acudir al juez español al ser éste el factor clave par asegurar la efectividad directa de la misma. Si, ante una demanda de un consumidor que alegue la efectividad directa de una disposición de la Directiva no introducida por el Estado, el juez decide acudir en reenvío al TJCE, este Tribunal tendrá la posibilidad de declarar si la disposición en cuestión es susceptible de producir efecto directo, y su sentencia, aunque no tenga valor «erga omnes», será obligatoria para el Juez que acudió en reenvío. En caso de que el Tribunal reconozca el efecto directo, la disposición podrá ser invocada en contra de cualquier norma interna incompatible con la Directa.

Si el Juez español rehusa acudir en reenvío ante el TJCE y deniega efecto directo a la Directiva, el único recurso que le quedaría al

(140) Hay que aclarar que conforme al artículo 17 de la Directiva, ésta no se aplicará a aquellos productos que se pongan en circulación antes de la fecha en la que entren en vigor las disposiciones a que se refiere el artículo 19 de la misma.

(141) Cfr. Sentencia de 19 de enero de 1982.

(142) DIBOUT, *L'effet des directives Européennes. A propos de L'arret Becker*, relatif á la 6.^a directive TVE, CJCE, 19 de enero de 1982, Droit Fiscal, p. 967.

consumidor que estimase poder deducir derecho de esta Directiva no aplicada, sería, un recurso por exceso de poder contra la negativa del Gobierno a adoptar las medidas de aplicación, acción que no parece muy practicable. Por parte de la Comisión, además del control directo, siempre cabría la posibilidad de incoar un procedimiento contra España por incumplimiento por sus órganos judiciales de la obligación impuesta en el artículo 177 del TECC, hipótesis que hasta el momento no se ha producido nunca y en contra de la cual pesan importantes consideraciones de orden constitucional y político (143).

(143) Cfr. SANTAOLALLA en *Tratado de Derecho Comunitario Europeo* dirigido por GARCÍA DE ENTERRIA y otros I (Madrid 1986), pp. 477-478.

La disposición testamentaria de bienes gananciales (Régimen jurídico)

Por ANDRES DOMINGUEZ LUELMO

Doctor en Derecho. Universidad de León

SUMARIO: I. Planteamiento general.—II. La disposición testamentaria de bienes gananciales: su configuración dogmática. 1. Teoría de la eficacia absoluta y en todo caso de la partición o legado hechos por el marido. 2. Teorías de la eficacia relativa de la disposición testamentaria de bienes gananciales. A) Aplicación de la doctrina sobre el legado de cosa ajena. B) Eficacia condicionada a que la cosa se adjudique en el lote del testador. C) Aplicación de la doctrina sobre los legados de cosa propia si ésta se adjudica en el lote del testador, y la de los legados de cosa ajena en caso contrario.—III. Los artículos 1.379 y 1.380 del Código civil. 1. La disposición «in abstracto» y el límite del artículo 1.379 del Código civil. 2. La disposición testamentaria de bienes gananciales concretos. A) ¿Están obligados los herederos a procurar la adjudicación de la cosa en su haber? B) Eficacia alternativa como legado de cosa propia o legado de cosa ajena. C) Conversión de legado de cosa específica en legado de cantidad «ope legis». D) Necesidad de la premuerte del cónyuge del testador. E) Especialidad de la disposición «mortis causa» de bienes gananciales. 3. La disposición a título de herencia y a título de legado. A) Régimen general del artículo 1.380 del Código civil. B) La transformación en legado de valor. 4. La disposición testamentaria de bienes gananciales sujetos al régimen de atribuciones preferentes de los artículos 1.406 y 1.407 del Código civil. 5. Disposición testamentaria de bienes comprendidos en el artículo 1.321 del Código civil.—IV. Partición hecha por el testador en la que se incluyen bienes gananciales.—V. Contenido de la legítima ante el régimen jurídico de los artículos 1.379 y 1.380 del Código civil. 1. Liquidación de la sociedad de gananciales y contenido cualitativo de la legítima. 2. Los legitimarios como destinatarios de una disposición «mortis causa» de bienes gananciales.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

A pesar de que el título de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, sobre modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, parecería excluir toda incidencia en el terreno de la sucesión *mortis causa*, lo cierto es que también en esta materia su entrada en vigor ha supuesto una gran novedad, ya que se aprovechó la reforma para modificar o introducir algunos preceptos en el Código civil que, sin tener su origen en la aplicación del principio de igualdad (arts. 14 y 39,2 de la Constitución), ofrecían una regulación insuficiente o necesitaban adaptarse a la nueva situación creada por aquélla. Dentro de este grupo de cuestiones cabe incluir todo lo relativo a preterición (art. 814), a la nueva disciplina del «pago de la porción hereditaria en casos especiales» (arts. 841 a 847), o a la valoración de los bienes donados a efectos de la colación (art. 1.045).

No obstante, aun cuando sistemáticamente no están incluidos con los preceptos que el Código civil dedica a las sucesiones, la reforma de 1981 incorpora dos preceptos cuyo contenido pertenece en gran medida a este Derecho. Me estoy refiriendo a los artículos 1.379 y 1.380 que, en la nueva regulación de la sociedad de gananciales, disciplinan la disposición testamentaria de bienes de naturaleza ganancial.

La problemática que plantea este tipo de disposiciones *mortis causa* no es, ni mucho menos, nueva. Es evidente que ya antes de la reforma de 1981 el testador podía disponer de bienes gananciales en su testamento. La cuestión estaba en que no existía ningún precepto que específicamente se refiera al tema. Solamente el artículo 1.414 del Código civil, dentro de la sección dedicada a la administración de la sociedad de gananciales, establecía: «El marido no podrá disponer por testamento sino de su mitad de gananciales». Se trataba, pues, de un límite cuantitativo que en nada prejuzgaba el carácter que debía darse a una disposición recayente sobre un bien ganancial concreto.

Aceptado el hecho de que los bienes gananciales puedan ser objeto de una disposición *mortis causa*, el problema estriba en averiguar cuál va a ser el régimen jurídico aplicable. Ante esta cuestión, todo va a depender, en definitiva, de los resultados de la liquidación y división de la sociedad conyugal. En este punto, ya se entienda que la disposición del cónyuge premuerto vincula o no al otro cónyuge en las operaciones liquidatorias, el resultado final puede ofrecer soluciones diferentes. Si el bien o bienes gananciales sobre los que ha recaído la disposición *mortis causa* son adjudicados en la herencia del testador, cabrá cumplir de un modo efectivo dicha disposición. En caso contrario, si son adjudicados en el lote del cónyuge superviviente, se podrá defender o bien un cumplimiento por equivalente, o bien la ineficacia de la misma.

Estas y otras soluciones intermedias, posibles a nivel teórico, re-

visten mayor complejidad si se considera que, en numerosas ocasiones, los destinatarios de una disposición de este tipo van a ser legítimos que, en cuanto tales, tienen derecho en principio a recibir su legítima *in natura*. En este supuesto, por tanto, serán difícilmente aplicables las soluciones previstas para el caso de que los bienes no sean adjudicados al lote del testador.

Además de ello, se debe tener en cuenta que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, tanto antes como después de la reforma de 1981, rechaza la posibilidad de incluir en la partición hecha por el testador, al amparo del artículo 1.056 del Código civil, bienes de naturaleza ganancial, lo que dificulta enormemente la posible aplicación de este precepto cuando todos, o la mayor parte de los bienes del causante revisten este carácter.

Los problemas apuntados, sin embargo, pueden ser enfocados desde otro punto de vista tras la reforma de 1981. A mi juicio, la inclusión de los nuevos artículos 1.379 y 1.380 del Código civil permite conocer mejor la naturaleza y funcionamiento de las disposiciones testamentarias de bienes gananciales y resolver las cuestiones que su aplicación plantea. Es evidente que en muchos casos se van a producir problemas de adaptación entre estos preceptos y otros no modificados. Pero, en definitiva, el dato de que por primera vez en nuestro Código civil se conceda un tratamiento específico a las disposiciones *mortis causa* recayentes sobre bienes gananciales, obliga a replantear toda la problemática aludida, teniendo muy en cuenta el tratamiento que la cuestión había recibido por parte de nuestra doctrina antes de la reforma de 1981.

II. LA DISPOSICION TESTAMENTARIA DE BIENES GANANCIALES: SU CONFIGURACION DOGMATICA

Con anterioridad a la reforma de 1981 nada se oponía a que el causante dispusiera en su testamento de bienes gananciales. Sin embargo, ningún precepto regulaba la suerte que debían correr tales disposiciones. El artículo 1.414 del Código civil se limitaba a decir: «El marido no podrá disponer por testamento sino de su mitad de gananciales».

Tampoco los antecedentes de este precepto arrojan demasiada luz sobre el problema. Su redacción coincide casi literalmente con la del artículo 1.335 del Proyecto de 1851 (1). A este respecto García Goyena, tras establecer las correspondientes concordancias con los Códigos francés, napolitano y sardo, y con la Ley 5.^a, Título IV, Libro

(1) Según éste: «El marido no puede disponer por testamento sino de su mitad de gananciales».

X de la Novísima Recopilación, comentaba: «Este artículo en rigor es innecesario después de haber dicho en el anterior que sólo por título oneroso puede enagenar y obligar los gananciales» (2).

La cuestión podría ser cierta si el artículo estableciera una prohibición absoluta de disponer a título gratuito, pero en realidad, bajo una formulación gramatical negativa, lo que estaba haciendo era permitir al marido disponer por testamento de su mitad de gananciales. Quizá por este motivo, y desligando el precepto de la figura del marido como administrador exclusivo de la sociedad durante el matrimonio, el artículo 1.440 del Anteproyecto del Código civil establecía: «El marido no podrá disponer por testamento sino de la mitad de los gananciales que le pertenezcan» (3).

La redacción definitiva del artículo 1.414 del Código civil volvió a la versión del Proyecto de 1851, sustituyendo el «no puede» de éste, por «no podrá». El significado era prácticamente el mismo, y en realidad, lo único que se establecía era un límite de carácter cuantitativo —la mitad del remanente líquido de los bienes gananciales, a que se refería el artículo 1.426 del Código civil— dentro del cual se podía designar un sucesor.

No obstante, el problema de las disposiciones *mortis causa* que recaían sobre bienes gananciales determinados quedaba sin resolver. Las soluciones posibles debían venir por otro camino, y las diversas posturas de los autores, en estrecha relación con su concepción sobre la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales, se dividían entre la aplicación de unos u otros preceptos de los dedicados a regular los legados, postulando su eficacia absoluta si eran hechas por el marido, o, en otro caso, una eficacia meramente relativa.

1. *Teoría de la eficacia absoluta y en todo caso de la partición o legado hechos por el marido*

Esta postura fue mantenida por Manresa al comentar el antiguo artículo 1.414 del Código civil. Para este autor, puede «sostenerse la partición o legado mientras quepa incluir en el lote de bienes del

(2) Cfr. F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, T. III, Madrid, 1852, p. 339 (edición facsímil de Edit. Base, Barcelona, 1973).

(3) Hemos recogido esta redacción de M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *El Anteproyecto del Código civil español (1882-1888)*, en Centenario de la Ley del Notariado, Sección IV, vol. I, Reus, Madrid, 1965, p. 492.

Es de notar que en la redacción de este mismo artículo del Anteproyecto del Libro IV, que ofrece J. F. LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación española*, 4, *Codificación civil (Génesis e historia del Código)*, vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1970, p. 691, aparece «pertenzezan» (referido a los gananciales), en lugar del «pertenzezca» que ofrece la versión de PEÑA (referido a la mitad de los gananciales).

marido, por cualquier concepto, los bienes u objetos determinados que distribuyó o legó, y quede capital bastante para completar el capital de la mujer y su participación en los gananciales» (4).

Como se puede ver, tal concepción entraña una peculiar idea de la sociedad de gananciales y de los poderes del marido sobre los bienes comunes. Manresa parece referirse a las ganancias resultantes de la liquidación, y no a los bienes comunes mientras dura la sociedad. Y además, parece extender los poderes del marido sobre dichos bienes más allá de la duración de la sociedad, en el sentido de que el único límite que tiene la disposición sobre los mismos es el hecho de que no sufran perjuicio los intereses de la mujer, que sólo se producirán si no quedan bienes suficientes para completar su porción.

En realidad, para este autor, la disposición o legado de un bien ganancial por el marido son válidos en todo caso, y son previos a la liquidación de la sociedad. Si, al realizar ésta, resulta que no queda capital suficiente para completar la parte que corresponde a la mujer, habrá que reducir la disposición o legado del marido, pero sólo hasta donde se perjudicaron los intereses de la mujer, importando poco que se la reintegre con bienes de los calificados como gananciales o con los privativos del marido (5).

Como señala De Cossio criticando esta postura, «tal punto de vista sería congruente con una concepción que atribuyese la titularidad de los bienes gananciales al marido, y a la mujer un mero derecho de crédito a la mitad del valor en el momento de llevarse a cabo la liquidación», lo cual «no puede sostenerse dentro de nuestro sistema ganancial, en que la titularidad de los bienes corresponde por igual a ambos cónyuges, siquiera la disposición de los mismos se encuentra sometida a reglas especiales cuando se trata de actos de disposición *inter vivos*, pero que en modo alguno pueden extenderse a la disponibilidad *mortis causa* de dichos bienes» (6).

La cuestión quedó, si cabe, más clara con las modificaciones realizadas por Ley de 2 de mayo de 1975 (7), y, desde luego, no tiene ningún sentido tras la reforma de la sociedad de gananciales operada por la Ley de 13 de mayo de 1981, en la que, como destaca la profesora Torres García, se «ha sustituido el poder del marido como órgano de gestión de la sociedad conyugal por un poder compartido por

(4) Cfr. J. M. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código civil español*, IX, 6.^a ed. revisada por M. Moreno Mocholí, Reus, Madrid, 1969, pp. 807 y ss.

(5) Cfr. MANRESA, *op. cit.*, pp. 808-9. No obstante, en p. 807 mantiene la posibilidad de que la mujer disponga *mortis causa* de los bienes comunes, lo que difilmente encaja con el desarrollo posterior que este autor hace de su postura.

(6) Cfr. A. DE COSSIO Y CORRAL, *La sociedad de gananciales*, en Tratado práctico y crítico de Derecho civil, T. L, vol. I, INEJ, Madrid, 1963, p. 203.

(7) Sobre las repercusiones de esta Ley, vid. M. C. GÓMEZ LAPLAZA, *De los bienes parafernales*, Salamanca, 1976, pp. 631 y ss.

ambos esposos, iguales en derechos y deberes, a quienes corresponde llevar conjuntamente la gestión de la comunidad» (8).

Por otro lado, en cuanto a la extensión de los poderes del marido sobre los bienes comunes más allá de la duración de la sociedad, de la antigua regulación de la sociedad de gananciales se infería claramente el principio de que *mortis causa* cesaban las facultades que para actos *inter vivos* se concedían a aquél, limitando el alcance de las disposiciones testamentarias del marido a los derechos que como participe en la comunidad le correspondían (9). La tesis de Manresa, pues, ni podía, ni puede hoy mantenerse.

2. Teorías de la eficacia relativa de la disposición testamentaria de bienes gananciales

Dentro ya de las posturas que reconocen solamente una eficacia relativa a la disposición testamentaria de bienes gananciales, se pueden distinguir las siguientes variantes:

A) Aplicación de la doctrina sobre el legado de cosa ajena

Esta es la tesis mantenida por Arenas (10) y, más extensamente, Gayoso Arias (11). No se plantea ninguno de estos autores la posibilidad de que la disposición de bienes gananciales se haga a título de herencia, sino solamente el supuesto de legado de cosa ganancial.

(8) Cfr. T. F. TORRES GARCÍA, «La administración de los bienes comunes en la sociedad de gananciales», *R.D.P.*, LXIX, 1985, pp. 723-4.

(9) En este sentido, M. DE LA CÁMARA ALVAREZ, «El legado de cosa ganancial», *A.D.C.*, V, 1952, p. 483. No obstante, este autor extraía esta conclusión de la letra del art. 1.414 del Código civil.

En mi opinión lo que establecía el antiguo art. 1.414 (y establece hoy el actual art. 1.379, si bien redactado en forma positiva), era puramente un límite cuantitativo a la posibilidad de disponer *mortis causa* de bienes gananciales, cosa que destacan gran parte de los autores. No creo que el mismo tuviera nada que ver con el cese *mortis causa* de los poderes del marido sobre los bienes comunes, como lo demuestra el hecho de que, aunque el precepto hable sólo del marido, la jurisprudencia y la doctrina mayoritarias lo entendieron referido también a la mujer.

Ciertamente, las facultades sobre los bienes comunes concedidas al marido operaban sólo *inter vivos*, pero ello no lo decía el art. 1.414, sino que se infería de toda la regulación de la sociedad de gananciales y, especialmente, de los arts. 1.413 y 1.415 *a contrario sensu*. Lo mismo podía entenderse antes del Código conforme a la Ley 5.^a, Tit. IV, Libro X de la Novísima Recopilación. No obstante, la R. de 20 de septiembre de 1884 (*Jurisprudencia Registral*, de R. M. ROCA-SASTRE y J. MOLINA JUYOL —en adelante, *J. R.*—, T. II, p. 172), aludiendo expresamente a este texto de la Novísima, parecía extender los poderes del marido a los actos *mortis causa*.

(10) Cfr. «Alcance de un legado», *R.D.P.*, II, 1915, pp. 337-8.

(11) Cfr. «Legado de bienes determinados de la sociedad de gananciales ordenado por uno de los cónyuges», *R.D.P.*, VI, 1919, pp. 164 y ss.

Ante la ausencia de una regulación específica de este tipo de legados, ambos autores coinciden en aplicar a los mismos la doctrina que, sobre los legados de cosa ajena, se refleja en el artículo 861 del Código civil. Ello entraña —es evidente— un punto de partida bastante discutible: la consideración de la sociedad de gananciales como un ente jurídico con personalidad propia, independientemente de la de los cónyuges; una persona jurídica, en definitiva.

Así, dicen, la cosa ganancial no es total ni parcialmente de ninguno de los cónyuges durante el matrimonio, sino de la sociedad conyugal, entidad jurídica distinta enteramente de ellos, según el sistema de nuestro Código (12), ya que «contraído el matrimonio bajo el régimen de la sociedad de gananciales surgen dentro de él tres personalidades que estimamos perfectamente distintas: la del marido, la de la mujer y la de la sociedad» (13).

Se basan para ello en la remisión que el antiguo artículo 1.395 del Código civil hacía a las normas reguladoras del contrato de sociedad, y, entre ellas, al artículo 1.669, así como en cierta jurisprudencia, concretamente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1915. Una vez sentado esto, según Gayoso «es claro que el legado de determinadas cosas gananciales hecho por uno de los cónyuges, sea al otro, sea a un tercero, es un legado de cosa ajena, totalmente ajena, regido por el artículo 861, y válido sólo si el testador al hacerlo sabía que lo era, que pertenecía a otro» (14).

Sin embargo, a la hora de examinar la ajenidad de la cosa y el conocimiento que el testador tenía de la misma, más que nada de lo que se trata aquí es de saber si éste conocía o no la esencia o naturaleza de la sociedad de gananciales que pretenden atribuirle estos autores; o dicho con otras palabras, si el testador, en el momento de hacer el legado, sabía que estaba disponiendo de algo que pertenecía a una persona jurídica distinta de las individuales de los cónyuges (15).

Esta circunstancia se intenta salvar en atención a la creencia vulgar de que los bienes gananciales, colectiva y distributivamente tomados, pertenecen por mitad a cada cónyuge. Teniendo en cuenta esto, se aplicaría, si no literalmente, sí al menos analógicamente el texto del artículo 864. Todo ello dando entrada a las reglas sobre el legado

(12) Cfr. GAYOSO, *op. cit.*, p. 165.

(13) Cfr. ARENAS, *op. cit.*, p. 337.

(14) Cfr. *op. cit.*, p. 166. En el mismo sentido, ARENAS, *op. cit.*, p. 338.

(15) Cfr. GAYOSO, *op. cit.*, pp. 167 y ss.

Para una recta interpretación de lo que debe entenderse por conocimiento por parte del testador de la ajenidad de la cosa, vid. M. ALBALADEJO GARCÍA, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XII, vol. 1.º, Edersa, Madrid, 1981, pp. 50 y ss.; I. GONZÁLEZ PACANOWSKA, *El legado de cosa ajena (Estudio sobre las disposiciones «mortis causa» a título singular en el Código civil)*, Montecorvo, Madrid, 1985, pp. 97 y ss.

de cosa ajena en la parte o derecho de la cosa legada de la que no es titular el testador, según aquel artículo (16).

En definitiva, la aplicación analógica del artículo 864 sólo entra en juego cuando el testador no es perito en Derecho. En caso contrario, se aplicaría únicamente el artículo 861, debiendo los herederos adquirir la cosa para entregarla al legatario o, no siendo posible, dar a éste su justa estimación.

De lo expuesto se deduce que las consecuencias a las que conduce esta tesis desde el punto de vista práctico son bastante discutibles, por lo arbitrario de la solución que se ofrece. Además de ello, el fundamento teórico de esta postura —la consideración de la sociedad de gananciales como persona jurídica— es sumamente dudoso. Doctrinalmente, la autonomía del patrimonio común respecto al privativo de los cónyuges se explica por otro camino, abandonando la idea de la personalidad jurídica independiente, e inclinándose más bien, con matizaciones, a la idea de comunidad en mano común (17).

Tampoco parecen apoyar este fundamento la jurisprudencia del Tribunal Supremo (18), ni las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (19).

(16) Cfr. GAYOSO, *op. cit.*, p. 170. Por lo demás, llevando hasta sus últimas consecuencias la tesis de que las cosas gananciales son completamente ajenas, la aplicación del art. 864 del Código civil sólo puede conducir a la nulidad del legado. Así lo destaca DE LA CÁMARA, *op. cit.*, p. 489 y nota 41.

Abundando en la crítica a esta postura, según M. DÍAZ CRUZ, *Los legados*, Reus, Madrid, 1951, pp. 211-2, «se produciría el caso insólito de que un testador casado legara un bien por él adquirido durante el matrimonio, lo vendiera con posterioridad a un tercero y en dicho caso no se produjera la extinción del legado, porque siguiendo la tesis de que la sociedad de gananciales es un ente distinto, tendríamos que la cosa legada, que era ajena al testador, pasaba a manos de un tercero, continuando el legado su condición de ajeno, y, en consecuencia, no se produciría la extinción de legado que expresamente preceptúa el inciso 2.º del art. 869, cuando el testador vende la cosa legada».

(17) Cfr. DE COSSIO, *op. cit.*, pp. 16 y ss., y concretamente criticando la tesis que la configura como persona jurídica, en pp. 21 y ss. Asimismo, J. L. LACRUZ BERDEJO, «En torno a la naturaleza jurídica de la comunidad de gananciales del Código civil», *R.G.L.J.*, T. 187, 1950, pp. 7 y ss., y sobre todo pp. 22 y ss.

(18) No obstante esto, inicialmente, en algunas sentencias aparecía la idea de la existencia de un patrimonio conyugal independiente. Así en las Sentencias de 28 febrero 1989 (*J.C.*, vol. 83, núm. 94) y 22 mayo 1915 (*J.C.*, vol. 133, núm. 72). Asimismo, posteriormente, parece repetir la idea la Sentencia de 18 diciembre 1951 (*R.J.A.* 65).

Sin embargo, la jurisprudencia mayoritaria es contraria a la tesis de la personalidad jurídica independiente, si bien tampoco es muy clara respecto a la adopción de la doctrina de la comunidad germánica. Pueden verse las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 diciembre 1954 (*R.J.A.* 3164), 17 abril 1967 (*R.J.A.* 1871), 19 octubre 1968 (*R.J.A.* 5783). En esta última se rechaza expresamente la idea de la personalidad jurídica independiente de la de los cónyuges, que se alegaba en el recurso.

Entre las más recientes, pueden verse las Sentencias de 27 mayo 1980 (*R.J.A.* 1968) que, aunque referida al Derecho aragonés, sus razonamientos pueden aplicarse al régimen del Código civil, y la de 14 octubre 1982 (*R.J.A.* 5555). Asimismo, en *obiter dictum*, la de la Sala 4.ª de 15 marzo 1980 (*R.J.A.* 1800, de 1981).

(19) En ésta, tras algunas vacilaciones, como las de la R. de 8 enero 1878 (*J.R.*, I, pp. 754 y ss.) o la R. de 9 febrero 1917 (*J.R.*, V, pp. 7 y ss.), se recibe de una

B) Eficacia condicionada a que la cosa se adjudique en el lote del testador

Esta segunda postura, dentro de las que defienden sólo una eficacia relativa para este tipo de disposiciones testamentarias sobre bienes gananciales, ha sido defendida en nuestro Derecho por Díaz Cruz (20). Según este autor, «vigente el matrimonio no sabemos cuál es la condición de los bienes adquiridos durante el mismo, ya que es necesario esperar a la liquidación para ver si se le adjudica a uno de los cónyuges, bien en pago del haber aportado por él al matrimonio, o bien por la división y adjudicación que se haya hecho del bien al repartirse las ganancias. Es posible también que no se adjudique a ninguno de los cónyuges, sino a un tercero acreedor de la sociedad» (21).

En definitiva, al no existir en el Código civil un criterio general en cuanto a la fecha a la que hay que atender para determinar la validez y eficacia de un legado, en este supuesto especial habrá que mirar al momento de liquidación de la sociedad de gananciales (22). Para ello no es obstáculo que los cónyuges no tengan la propiedad plena de los bienes gananciales, ya que, al haberse sometido a este régimen capitular, inevitablemente quedan sujetos a las consecuencias de la liquidación del mismo, en lo que a ganancias líquidas se refiere. Por tanto «el hecho de que no sea una propiedad plena y perfecta la que el cónyuge ostenta en relación con los bienes adquiridos durante el matrimonio, no quita para que indiscutiblemente tenga un derecho sobre los mismos» (23).

manera clara la idea de comunidad germánica sin cuotas, en especial a partir de la R. de 17 noviembre 1917 (*J.R.*, V, pp. 122 y ss.), y, sobre todo, en la RR. de 12 mayo 1924 (*J.R.*, V, pp. 919 y ss.), 30 junio 1927 (*J.R.*, VI, pp. 505 y ss.), y 19 octubre 1927 (*J.R.*, VI, pp. 560 y ss.). También en otras se niega la idea de la personalidad jurídica de una manera expresa. Así, las RR. de 11 octubre 1941 (*J.R.*, VIII, pp. 90 y ss.) y 30 marzo 1943 (*J.R.*, VIII, pp. 270 y ss.).

Entre las más recientes puede verse la R. de 2 febrero 1983 (*R.J.A.* 1088). En su tercer Cdo. se dice: «que tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la de la Dirección General de los Registros vienen configurando la sociedad legal de gananciales —al igual que la generalidad de la doctrina— como una comunidad de tipo germánico, en la que el derecho que ostentan los cónyuges afecta indeterminadamente al objeto, sin atribución de cuotas ni la facultad de pedir la división material mientras dura la sociedad...».

(20) Cfr. *Los legados*, cit., pp. 209-19. Para el Derecho italiano mantiene una postura similar C. SCUTO, «Il legato di cose non esistenti nel patrimonio del testatore con particolare riguardo al legato di cosa altrui», *Riv. Dir. Civ.*, VIII, 1916, pp. 58 y ss., si bien se refiere, entre otros, al supuesto más amplio de legado de cosa perteneciente a un patrimonio común. La cuestión, aunque aplicable en algunos aspectos al patrimonio ganancial, difiere de ella, lo cual debe ser tenido muy en cuenta.

En este orden de cosas, no participamos de algunas de las críticas que hace DE LA CÁMARA, *op. cit.*, pp. 494 y ss., a la postura de DÍAZ CRUZ, en el sentido de que se dirigen más que nada a cuestiones planteadas por SCUTO para el Derecho italiano.

(21) Cfr. DÍAZ CRUZ, *op. cit.*, p. 209.

(22) Cfr. DÍAZ CRUZ, *op. cit.*, pp. 214-5.

(23) Cfr. DÍAZ CRUZ, *op. cit.*, p. 212.

Ahora bien, una vez que se ha dispuesto *mortis causa* de un bien ganancial, y liquidada la sociedad conyugal, pueden presentarse varias situaciones.

En primer lugar, si la cosa se adjudica por entero en el lote del testador, el legado será válido en su totalidad y el legatario vendrá a adquirir la cosa por entero.

Adjudicándosele solamente la mitad de la cosa legada, a esa mitad debe circunscribirse el legado, quedando ineficaz en cuanto al resto.

Por el contrario, si no se le adjudica ni la totalidad ni parte del bien legado, la disposición debe quedar sin efecto (24).

En definitiva, todo depende de los resultados de la liquidación de la sociedad conyugal, a la fecha de la cual hay que atender para calificar el legado y determinar su eficacia.

El mayor defecto de esta postura estriba en que la eficacia del legado quedaría en manos de los herederos y el cónyuge, quienes podrían con facilidad desplazar los bienes legados al lote del viudo, dejando así ineficaces las disposiciones del testador (25). Sí estamos, sin embargo, de acuerdo en que el momento capital para calificar la eficacia de las disposiciones testamentarias sobre bienes gananciales es el de la liquidación de la sociedad conyugal (26). Y asimismo coincidimos con Díaz Cruz en la afirmación de que «un legado de esos bienes debe tratarse, analizarse y estudiarse de forma distinta a la de los demás legados previstos y regulados en el Código» (27).

C) Aplicación de la doctrina sobre los legados de cosa propia si ésta se adjudica en el lote del testador, y la de los legados de cosa ajena en caso contrario

Para ciertos autores, a efectos prácticos, cuando la cosa ganancial legada se adjudica en la parte correspondiente al testador, debe ser entregada al legatario. En cambio, en caso contrario, lo procedente es pagar a éste el valor que tenía el bien objeto del legado.

No obstante esto, el fundamento jurídico que lleva a extraer estas conclusiones varía según los autores. De ahí que quepa distinguir dos posturas.

A) Una primera postura ha sido defendida por la Revista Gene-

(24) Cfr. DÍAZ CRUZ, *op. cit.*, pp. 214-5. En el mismo sentido, para el legado de una cosa perteneciente a una *universitas iuris* en el Derecho italiano, SCUTO, *op. cit.*, p. 59.

(25) En este sentido DE LA CÁMARA, *op. cit.*, p. 496.

(26) Así lo destacan, entre otras, la R. de 18 diciembre 1916 (*J.R.*, IV, pp. 1354 y ss.) y las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 enero 1934 (*R.J.A.* 35) y 2 marzo 1973 (*R.J.A.* 894).

(27) Cfr. DÍAZ CRUZ, *op. cit.*, p. 214.

ral de Legislación y Jurisprudencia en su sección de Consultas (28) y por De Cossio y Corral (29).

Coinciden con Díaz Cruz en que el momento fundamental para calificar la eficacia del legado es el de la liquidación de la sociedad conyugal. Difieren, sin embargo, de dicho autor al examinar las consecuencias de la adjudicación de la cosa legada en el lote del cónyuge supérstite. En este supuesto el legado valdría como legado de cosa ajena, procediéndose por tanto, en su caso, al pago de la justa estimación.

En definitiva, el legado es válido en todo caso, lo que ocurre es que sólo será susceptible de cumplimiento *in natura* en el supuesto de que la cosa se adjudique en el lote correspondiente al testador tras la liquidación de la sociedad. En caso contrario, es decir, cuando se adjudique al otro cónyuge, se aplicarían las reglas que, para los legados de cosa ajena, contiene el Código civil en los artículos 861 y 862 (30).

La mayor dificultad de esta postura radica en la calificación de la cosa ganancial como ajena. No obstante, sin caer en la peculiar interpretación de Arenas y Gayoso Arias, parece que podría mantenerse la aplicación analógica de los artículos 861 y 862 del Código civil. En efecto, no parece necesario aquí que el testador considere ajena la cosa, ya que «no puede menos de entenderse que el legado se hizo a sabiendas de la eventualidad de que no resultase suya, esto es, atribuida a su parte de gananciales la cosa legada, y, por tanto, que en este concepto sabía, al disponer de la misma, que podía llegar a reputarse ajena en su oportunidad legal» (31).

La solución propuesta por estos autores coincide, en síntesis, con la que establece el artículo 1.423 del Code civil francés para el caso del legado hecho por cualquiera de los cónyuges de un bien perteneciente a la comunidad legal de bienes (32). Según dicho artículo, el

(28) Cfr. *Consulta* núm. 47, «Interpretación de cláusula testamentaria», *R.G.L.J.*, T. 141, 1922, pp. 185-7.

(29) Cfr. *La sociedad de gananciales*, cit., núms. 293 y ss.

Otros autores llegan a conclusiones similares por diferentes caminos. Así, M. ARMERO DELGADO, *Testamentos y particiones*, T. 1, *Titulos sucesorios*, Reus, Madrid, 1951, pp. 337 y ss.; y F. CLEMENTE DE DIEGO, «Eficacia de legado de cosas específicas integrantes de bienes gananciales», Dictamen 31, en *Dictámenes Jurídicos*, III, *Sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1958, pp. 395-410, si bien este autor sólo se plantea el caso de que la legataria de la cosa ganancial sea la mujer.

(30) Cfr. *Consulta*, cit., p. 186; y DE COSSIO, *op. cit.*, núms. 295-7.

(31) Cfr. *Consulta*, cit., *ibidem*; y en el mismo sentido, DE COSSIO, *op. cit.*, núm. 298.

(32) El art. 1.423 del Code civil francés, modificado por la Ley núm. 85-137, de 23 de diciembre de 1985, establece: «Le legs fait par un époux ne peut excéder sa part dans la communauté.

Si un époux a légué un effet de la communauté, le légataire ne peut le réclamer en nature qu'autant que l'effet, par l'événement du partage, tombe dans le lot des héritiers du testateur; si l'effet ne tombe point dans le lot de ces héritiers, le légataire

legatario podrá reclamar la cosa *in natura* cuando, por efecto de la división de la comunidad, ésta caiga en el lote de los herederos del testador, y teniendo, en caso contrario, derecho al valor de la misma.

Tal vez esta similitud con la regulación del Code es la que ha inclinado a De la Cámara a realizar una aguda crítica de esta postura. Así, tras reconocer la sencillez de la misma y la resolución de los inconvenientes prácticos que planteaban las anteriores, destaca que «tiene, sin embargo, el inconveniente de apoyarse en un fundamento técnico deleznable, el efecto retroactivo de la partición en virtud del cual si la cosa legada se adjudica al lote de los herederos del testador hay que entender que siempre perteneció a éste, o al otro cónyuge en el caso opuesto» (33).

La cuestión parece bastante discutible. No encuentro motivos para negar la posibilidad de mantener esta postura sin necesidad de apoyarse en la teoría declarativa de la partición. La solución que critica De la Cámara es la misma que se ha adoptado en el artículo 1.380 de nuestro Código civil tras la reforma de 1981, y no por ello ha cambiado la naturaleza jurídica de la partición.

Por otro lado, tampoco la doctrina francesa es unánime en cuanto a la interpretación que deba hacerse del artículo 1.423 del Code y su pretendido fundamento en la teoría declarativa de la partición. Más aún, es precisamente en este artículo donde se manifiesta, a mi juicio, con mayor dificultad dicho fundamento, que no permite explicar con claridad el porqué del pago del equivalente pecuniario en el supuesto de que la cosa no caiga en el lote de los herederos del cónyuge disponente.

La cuestión en el Código francés gira en torno a tres artículos que encajan con dificultad: el artículo 883, que proclama de una manera clara la teoría declarativa (34), el artículo 1.021, referente a los legados de cosa ajena, que son nulos en todo caso (35) y el artículo 1.423, ya conocido.

a la récompense de la valeur totale de l'effet légué, sur la part, dans la communauté, des héritiers de l'époux testateur et sur les biens personnels de ce dernier».

La solución que se daba en la redacción originaria era idéntica, si bien se utilizaban la expresión «donation testamentaire», en lugar de la actual «legs». Dicha fórmula procede de la modificación del artículo operada por Ley núm. 65-570 de 13 de julio de 1965.

En realidad, pues, la reforma de 1985 lo único que ha hecho es sustituir la referencia específica al «mari» por la más genérica de «époux», dejando intacto el resto del artículo.

(33) Cfr. DE LA CÁMARA, *op. cit.*, p. 492, seguido en este punto por I. GÓNZALEZ PACANOWSKA, *El legado de cosa ajena...*, cit. p. 429.

(34) Según el apartado 1.º del art. 883 del Code: «Chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot, ou à lui échus sur licitation, et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession».

(35) El art. 1.021 del Code establece: «Lorsque le testateur aura légué la chose d'autrui, le legs sera nul, soit que le testateur ait connu ou non qu'elle ne lui appartenait pas».

A la hora de examinar la problemática de los legados en ciertos casos especiales, la doctrina francesa discute la prevalencia de uno u otro artículo. Así, en el supuesto de una cosa integrada en una masa indivisa o patrimonio común, la mayoría de los autores están de acuerdo en la aplicación estricta del carácter declarativo de la partición, manifestado en el artículo 883, en combinación con el artículo 1.021, en el sentido de que, si por virtud del efecto retroactivo se entiende que la cosa no ha pertenecido nunca al testador, el legado será nulo como legado de cosa ajena (36).

Por el contrario, en el caso de legado de un bien perteneciente a la comunidad conyugal la doctrina se divide.

Para ciertos autores, el artículo 1.423 supone una derogación del artículo 1.021, que declara la nulidad de los legados de cosa ajena, pues en otro caso, de no caer la cosa legada en el lote del cónyuge disponente, el efecto retroactivo de la partición produciría la consecuencia de que aquélla no perteneció nunca a éste. El fundamento de esta tesis se refiere en unos casos a los especiales poderes del marido sobre la comunidad (37), y, en otros, al estatuto especial de los bienes comunes, cuya propiedad es incierta durante la subsistencia del régimen, y que haría imposible hacer depender la eficacia del legado del álea de una operación complementaria (38).

Otros autores, en cambio, no consideran excepcional la doctrina del artículo 1.423 sobre la de los legados de cosa ajena, sino que

(36) En este sentido, G. BAUDRY-LACANTINERIE y M. COLIN, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, XI, *Des donations entre vifs et des testaments*, vol. 2.º, 13.ª ed., París, 1905, núm. 2.528; M. PLANIOL y G. RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, V, *Donations et testaments*, 2.ª ed. por A. TRASBOT y Y. LOUSSOUARN, LDGJ, París, 1957, núm. 606; H. et L. MAZEAUD y J. MAZEAUD, *Leçons de Droit civil*, IV, vol. 2.º, 4.ª ed., por A. BRETON, Montchrestein, París, 1982, núm. 1.026.

En contra, en el sentido de considerar inaplicable el art. 883, declarando el legado válido *in natura* o en valor, dependiendo del resultado de la partición, C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoleon*, XXI, *Traité des donations entre-vifs et des testaments*, París, 1864, núm. 295; M. A. DURANTON, *Cours de Droit français, suivant le Code civil*, VIII, 3.ª ed., Bruxelles, 1834, núm. 279; C. AUBRY y C. RAU, *Cours de Droit civil français*, X, 6.ª ed. por P. ESMEIN, París, 1949, núm. 675. Sin embargo, ESMEIN abandona en esta edición la tesis laxista de estos autores en anteriores ediciones de generalizar en todo caso la doctrina del art. 1.423, frente a la del art. 1.021.

(37) Naturaleza sólo defendible antes de la reforma de 1985. Así, A. COLIN y H. CAPITANT, *Cours élémentaire de Droit civil français*, III, 10.ª ed. por J. DE LA MORANDIERE, París, 1915, núm. 355; BAUDRY-LACANTINERIE y COLLIN, *Traité...*, cit., XI, vol. 2.º, núm. 2.531. En este punto recuerda un poco a la tesis sustentada por MANRESA.

Sin embargo, gran parte de la doctrina había criticado esta extensión de los poderes del marido más allá de la duración de la comunidad, en el sentido de que el testamento surte efectos precisamente cuando esos poderes ya no existen. Por todos, J. HEMARD, *Notas de Jurisprudencia, R.T.D.C.*, XI, 1912, p. 543; G. MARTY y P. RAYNAUD, *Droit civil. Les régimes matrimoniaux*, 2.ª ed., Sirey, París, 1985, núm. 232.

(38) En este sentido, PLANIOL y RIPERT, *Traité...*, cit., VIII, *Les régimes matrimoniaux*, 2.ª ed. por J. BOULANGER, París, 1957, núm. 531. Este enfoque permitía antes de la reforma de 1985 aplicar la regla del art. 1.423 no sólo en los legados del marido, sino también a los de la mujer.

entienden que se trata de cuestiones diferentes. Así, no puede considerarse que se dispone de una cosa ajena cuando lo que se lega es un bien perteneciente a la comunidad, ya que el cónyuge testador tiene el condominio sobre la misma. Por otra parte, además, aunque el artículo 1.423 subordina los efectos del legado al resultado de la partición, lo cierto es que lo que el legislador ha querido es que el legado sea eficaz en todas las circunstancias, pues el cónyuge no podía ignorar que el bien legado podía no caer en el lote de sus herederos (39).

En realidad, lo que se pone de manifiesto en el Derecho francés es que el artículo 1.423 del Code no se corresponde con las consecuencias derivadas de la teoría declarativa, pues no se explica convenientemente el hecho de que se pague el legado mediante equivalente en el caso de que la cosa no caiga en el lote de los herederos del testador.

Esta última cuestión destaba aún más —si cabe— antes de la reforma de 1985, cuando ante la expresa alusión del artículo 1.423 al «marido», la doctrina se preguntaba si la misma regla era aplicable a los legados hechos por la mujer sobre bienes comunes. Ante este hecho las soluciones doctrinales podían dividirse en tres grandes grupos.

Para unos autores, en el caso del legado hecho por la mujer, todo dependía de los resultados de la partición. No era aplicable el artículo 1.423, sino el 883 en el sentido de que, si por el efecto declarativo de la partición la cosa caía en el lote correspondiente al marido, habría que aplicar el artículo 1.021 y la consiguiente nulidad del legado (40).

Para otros, en cambio, el legado era válido solamente por mitad. No habría posibilidad de aplicar el artículo 1.021 porque éste no se refiere a las cosas indivisas, ni el artículo 883, que no afecta a las relaciones del legatario particular con el heredero, ni tampoco el artículo 1.423, referido exclusivamente al marido (41).

(39) En este sentido, PH. MALAURIE, *Nota a la Sent. de la Cour d'Appel de Paris de 13 diciembre 1965*, *Rec. Dalloz*, 1966, pp. 275 y ss.; MARTY y MAZEAUD, *Leçons...*, cit., IV, vol. 1.º, núm. 289; A. COLOMER, *Droit civil. Régimes matrimoniaux*, Litec, Paris, 1988, núm. 443; PH. MALAURIE y L. AYNES, *Cours de Droit civil. Les régimes matrimoniaux*, Cujas, Paris, 1988, núm. 414.

(40) Cfr. R. BEUDANT y P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, *Cours de Droit civil français*, X, *Le contrat de mariage et les régimes matrimoniaux*, 2.ª ed. con la colaboración de R. LEONAN, Paris, 1937, núm. 479; P. VOIRIN, *Nota a la Sent. de la Cour d'Appel de Aix-en-Provence de 10 junio 1964*, *Rec. Dalloz*, 1965, pp. 119 y ss.; MAZEAUD y MAZEAUD, *Leçons...*, cit., IV, vol. 2.º, núm. 1.026, aunque en T. IV, vol. 1.º, cit., núm. 289, se muestran favorables a extender la regla del art. 1.423 a la mujer.

Nótese cómo se contraponen el art. 1.423 a lo que serían las consecuencias inevitables del efecto declarativo de la partición decretado en el art. 883 del Code.

(41) Esta era la solución mantenida por AUBRY y RAU, *op. cit.*, XI, 5.ª ed., núm. 671, nota 16. Sin embargo, fue abandonada ya por ESMEIN en el T. VIII, 6.ª ed., núm. 509, nota 17.

En nuestro Derecho podría verse cierta virtualidad a esta tesis a través del art. 864 del Código civil. En cierta manera es la solución que apunta ARMERO DELGADO,

Por último, también se entendió perfectamente aplicable a la mujer la doctrina establecida en el artículo 1.423, en especial tras la reforma de los regímenes matrimoniales operada por Ley de 13 de julio de 1965. Y ello por la consagración del principio de igualdad entre los cónyuges, porque la regla del artículo 1.423 se basaba en la presunta interpretación de la voluntad del testador y porque tal doctrina no podía fundarse sobre los particulares poderes del marido sobre la comunidad, que inevitablemente cesaban al terminar ésta (42).

La cuestión ha dejado de tener interés tras la reforma de 1985, que se refiere a ambos esposos indistintamente, pero sirve para destacar el hecho de que la posibilidad de pagar el legado en valor no tiene su fundamento en la teoría declarativa de la partición.

Rechazando por tanto la crítica de De la Cámara en este sentido, tampoco entendemos las «consecuencias absurdas» a las que, según él, conduce esta teoría desde el punto de vista práctico. Así —dice— si la cosa se adjudica en la liquidación a ambos cónyuges tendremos un legado de cosa en parte propia y en parte ajena, y a falta de un precepto paralelo al artículo 1.423 del Código civil francés, habrá que aplicar inexcusablemente el artículo 864 del Código civil. Paradójicamente el legatario saldrá más beneficiado si la cosa se adjudica por entero al otro cónyuge (ya que al ser un legado de cosa totalmente ajena habrá que entregarle todo el valor de la misma), que cuando se le adjudique sólo en parte (pues según el artículo 864 sólo a esa parte se entenderá limitado el legado, a menos que el testador declare expresamente que lega la cosa por entero) (43).

op. cit., p. 338, para el caso de que el cónyuge supérstite sólo tenga derechos legitimarios, sin ser nombrado heredero o legatario, ya que no pudiendo quedar obligado al cumplimiento del legado, éste tendrá efecto sólo en parte de acuerdo con el art. 864. Sin embargo, entiende que la parte restante es un legado de cosa ajena a cargo del heredero, según el art. 861 del Código civil.

Como legado de una cosa en la que el testador tiene derecho a la mitad del bien aparece, por otra parte conceptuado por las RR. de 14 julio 1900 (*J.R.*, III, pp. 658 y ss.) y 18 diciembre 1916 (*J.R.*, IV, pp. 1354 y ss.). En sentido parecido la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 septiembre 1961 (*R.J.A.* 3267). En la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 octubre 1982 (*R.J.A.* 5555), a pesar de apoyarse el recurso en la aplicación del art. 864, no se entra en el fondo del asunto por tratarse de una cuestión totalmente nueva en casación.

(42) Cfr. MAIAURIE, *Nota*, cit., p. 278; MAZEAUD y MAZEAUD, *op. cit.*, IV, vol. 1.º, núm. 289; MARTY y RAYNAUD, *op. y vol. cit.*, núm. 235; G. CORNU, «La réforme des régimes matrimoniaux», *J.C.P.*, 1967, II, núm. 217; A. PONSARD, en AUBRY y RAU, *Droit civil...*, cit., VIII, 7.ª ed., núm. 203; COLOMER, *Droit civil*, cit., ed. 1982, núms. 510.

En otro sentido, extendiendo dicha regla a la mujer, pero con base en el estatuto especial de los bienes comunes, PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, VIII, 2.ª ed. por BOULANGER, núm. 531 y 562.

Téngase en cuenta también que existían autores que proclamaban la aplicación extensiva de la regla del art. 1.423 en todo caso de legado de una cosa integrada en un patrimonio indiviso. Así, DEMOLOMBE, *op. cit.*, XXI, núm. 295; AUBRY y RAU, *op. cit.*, X, 6.ª ed. por ESMEIN, núm. 675.

(43) Cfr. DE LA CÁMARA, *op. cit.*, p. 494. Recordemos que tras la reforma sí existe un precepto paralelo: el art. 1.380.

La conclusión nos parece —cuando menos— arbitraria. Ciertamente, ni De Cossio ni la R.J.L.J. se plantean la hipótesis de que el bien se adjudique a ambos cónyuges tras la liquidación; pero con lo que no estamos de acuerdo es con la aplicación («inexcusable», dice De la Cámara) del artículo 864. Dicho artículo atiende al momento de la realización del legado y no al de la liquidación de la sociedad conyugal, con lo cual no es posible su aplicación a este caso. Por otra parte, a falta de ese precepto paralelo al artículo 1.423 del Code, antes de la reforma de 1981 cabría en nuestro Derecho la solución de aplicar a la parte restante la doctrina sobre los legados de cosa ajena del artículo 861 del Código civil (44).

B) Una segunda postura, y sin duda la investigación más completa en cuanto a la disposición testamentaria de bienes gananciales, lo constituye el estudio de De la Cámara. En él, a pesar de su crítica a la postura que acabamos de exponer, llega prácticamente a las mismas soluciones, si bien utilizando unos razonamientos diferentes.

Para este autor «el legado de una cosa ganancial ordenado por uno de los cónyuges es un legado de cosa perteneciente a la comunidad conyugal de bienes, por lo cual, y como ha dicho la Sentencia de 10 de enero de 1934, el que la cosa haya o no de entregarse al legatario dependerá del resultado de la liquidación de aquélla» (45).

Por todo ello, teniendo el testador un derecho sobre la cosa, no cabe aplicar la doctrina de los artículos 861 y 862 del Código civil, y sí únicamente mantener que «el legado sólo vale como carga impuesta a los herederos obligados a procurar la adjudicación de aquélla a su propio lote para poder cumplir así la voluntad del causante» (46).

Dicho esto, y tras plantear diversos interrogantes que deben resolverse en principio de acuerdo con lo que se establece en el testamento, aporta las siguientes soluciones respecto a problemas concretos:

~En cuanto a la extensión del legado, tras negar con profusión de argumentos la aplicación literal del artículo 864 del Código civil, llega a la conclusión de que sí cabe aplicar analógicamente el criterio restrictivo a que obedece este precepto y que, por tanto, el legado debe interpretarse como impuesto por el testador con cargo a su participación en el patrimonio ganancial, funcionando esa participación (en el todo y no en la concreta cosa legada) como límite del legado (47).

(44) En este sentido, ARMERO DELGADO, *op. cit.*, p. 338. Existiría, sin embargo, la dificultad de que el Tribunal Supremo considera que la doctrina de los legados sobre cosa ajena no debe entenderse más que en sentido restrictivo y excepcional (Sentencia de 16 enero 1932, en R.J.A. 867), lo que dificultaría la aplicación analógica en este caso. Vid., no obstante, ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., XII-1.º, pp. 38 y ss.

(45) Cfr. DE LA CÁMARA, *op. cit.*, pp. 502-3. Vid. el texto de la Sentencia en R.J.A. 35.

(46) Cfr. *op. cit.*, p. 503.

(47) Cfr. DE LA CÁMARA, *op. cit.*, pp. 503 y ss.

Por lo que respecta al problema de la eficacia del legado cuando la cosa se adjudica al otro cónyuge, para De la Cámara los herederos están obligados a procurar que la cosa se adjudique en su haber en la liquidación de la sociedad. De no resultar esto posible, aquéllos deberán pagar el valor de la misma al legatario, por aplicación analógica de las normas sobre el legado de cosa ajena (48).

Finalmente, en cuanto a si es relevante para la eficacia del legado que el testador conozca o no el carácter ganancial de la cosa legada, la solución de De la Cámara coincide en síntesis con la de Cossio en considerar indiferente el conocimiento por el testador de las normas que rigen la sociedad de gananciales y el carácter de su titularidad sobre los bienes comunes (49).

Ello es defendido por De la Cámara incluso en el caso de que el testador disponga, erróneamente de una cosa ganancial considerándola como propia. No cabría aquí, según él, aplicar el apartado 1.º del artículo 862 del Código civil y declarar nulo el legado, ya que al estar integrada la cosa en un patrimonio común es un supuesto diferente al de legar una cosa que no nos pertenece en absoluto. Incluso trasladado el tema al error en las disposiciones testamentarias, entiende, siguiendo a Albaladejo (50), que el error vicio de la voluntad no es considerado como causa general de nulidad de las disposiciones testamentarias, sino que sólo se admite su trascendencia en algunas hipótesis excepcionales, como es la del legado de cosa ajena. Este carácter excepcional, unido al *favor testamenti* proclamado en el artículo 743 del Código civil, le inclinan a mantener en este caso la validez del legado (51).

Estamos de acuerdo con De la Cámara en que la entrega o no de la cosa al legatario depende de los resultados de la liquidación de la sociedad conyugal, pero no con esa pretendida obligación de los herederos de procurar la adjudicación de aquélla a su propio lote. Por otro lado, en cuanto a la extensión del legado, aun aceptando que la participación en el patrimonio ganancial funciona como límite del legado o disposición, no parece que dicha solución deba extraerse del artículo 864 del Código civil interpretado analógicamente. La misma solución aparecía de una manera clara y específica en el antiguo artículo 1.414 del Código civil al decir que «el marido no podrá disponer por testamento sino de su mitad de gananciales», funcionando por tanto como límite cuantitativo de la disposición.

(48) Cfr. *op. cit.*, pp. 497 y 506.

(49) Cfr. DE COSSIO, *op. cit.*, núm. 298. En el mismo sentido, la *Consulta*, cit., p. 186.

(50) Cfr. ALBALADEJO GARCÍA, «El error en las disposiciones testamentarias», en *Estudios de Derecho civil*, Bosch, Barcelona, pp. 423 y ss.; y «De nuevo sobre el error en las disposiciones testamentarias», *ibidem*, pp. 459 y ss.

(51) Cfr. DE LA CÁMARA, *op. cit.*, pp. 506-7. En cuanto a la cuestión del error reconoce, sin embargo, que es discutible.

En lo que se refiere al conocimiento que el testador tenía del carácter ganancial de la cosa, estamos de acuerdo con la irrelevancia del mismo, por la especial naturaleza de las normas que rigen la sociedad de gananciales. Sin embargo, tal como pretende De la Cámara hacer el razonamiento, no parece fácil eludir la relevancia del error en el caso de que el testador disponga de una cosa ganancial considerándola como propia. En efecto, a pesar del silencio en cuanto al error de los artículos 673 y 674 del Código civil, opinamos, siguiendo a Gordillo Cañas, que no parece que el artículo 743 del Código civil presente ninguna dificultad a la admisión del mismo en cuanto a la ineficacia de las disposiciones testamentarias. En este sentido, el artículo 862 encajaría dentro del error vicio o error en la formación de la voluntad, que abriría paso a la impugnación de la misma, siendo susceptible además en este supuesto de aplicación analógica (52).

Aparte de estas cuestiones, la postura de De la Cámara coincide en síntesis con la mantenida por De Cossio y la R.G.L.J., aunque sólo sea a efectos prácticos (53). Así, a resultas de la división de la sociedad, la disposición testamentaria de un bien ganancial podrá ser susceptible de cumplimiento *in natura* si la cosa se adjudica en el lote correspondiente al testador, o en valor en caso contrario, por aplicación —analógica o no— de la doctrina de los legados de cosa ajena.

III. LOS ARTICULOS 1.379 Y 1.380 DEL CODIGO CIVIL

La Ley de 13 de mayo de 1981 ha venido a regular expresamente, dentro del Código civil, los supuestos y efectos jurídicos de las dispo-

(52) En este sentido, A. GORDILLO CAÑAS, «El error en el testamento», *A.D.C.*, XXXVI, 1983, pp. 774, 779 y 791 y ss., y *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, X, vol. 1.º, Edersa, Madrid, 1987, pp. 335 y ss.

Aun partiendo de otras premisas, podría estimarse incluso que existe error sobre la causa, comprendiendo en la expresión causa falsa «todas las estimaciones inexactas del testador sobre aspectos objetivos o subjetivos de la disposición, sobre circunstancias exteriores que puedan motivar su voluntad». Cfr. M. ALONSO PÉREZ, «El error sobre la causa», en *Estudios de Derecho civil*, en honor del Prof. CASTAN TOBEÑAS, III, Eunsa, Pamplona, 1969, p. 75.

El propio DIEZ-PICAZO, «Comunidad postmatrimonial indivisa y subrogación real», en *Dictámenes Jurídicos*, I, Civitas, Madrid, 1981, pp. 305-6, aun aceptando la tesis de DE LA CÁMARA para el caso concreto dictaminado, se aparta de ella en lo que a la doctrina del error se refiere.

(53) El citado estudio de DE LA CÁMARA, es sin duda mucho más completo. Así, se plantea el caso de que el cónyuge testador sobreviva a la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales sin modificar el testamento (pp. 508 y ss.), el supuesto de legado otorgado en favor del otro cónyuge (pp. 510 y ss.), el de legado ordenado por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro (pp. 515 y ss.) o la partición testamentaria y la adjudicación a los herederos, en virtud de la misma, de bienes gananciales (pp. 522 y ss.). Sobre estas cuestiones volveremos más adelante.

siones *mortis causa* de bienes gananciales dentro de los nuevos artículos 1.379 y 1.380.

El primero de ellos recoge casi literalmente lo que ya establecía el artículo 1.414 antes de la reforma, si bien redactado ahora en forma positiva (54).

El artículo 1.380 supone, en cambio, una importante innovación en la normativa del Código, dando solución a la problemática que se planteaba antes de la reforma de 1981 en cuanto a la disposición testamentaria de bienes gananciales concretos.

1. La disposición «*in abstracto*» y el límite del artículo 1.379 del Código civil

Según el tenor literal del artículo 1.379 del Código civil: «Cada uno de los cónyuges podrá disponer por testamento de la mitad de los bienes gananciales». Se han dado en nuestra doctrina diversas interpretaciones a este precepto.

Para unos autores, a través de dicho artículo «la ley permite al cónyuge disponente anticipar su voluntad con eficacia *post portem* con relación a su futura cuota ganancial» (55).

Según otros, lo que se permite es «legar su parte en el patrimonio común en la liquidación o instituir heredero en ella» (56).

Se ha dicho también que no se trata de «disponer de los bienes actualmente conyugales, sino anticipadamente de la parte de ellos que venga después a corresponder al cónyuge que sea, una vez que cesaron de ser comunes» (57).

(54) La redacción dada al art. 1.379 en el Proyecto de Ley era igualmente negativa, recogiendo la misma fórmula del antiguo art. 1.414, pero sustituyendo la palabra «marido» por la expresión «cada uno de los cónyuges». Cfr. *B.O.G.C.*, Congreso de los Diputados, I Legislatura, Serie A, núm. 71-1, con fecha de 14 de septiembre de 1979.

El cambio de redacción para la que luego se convirtió en Ley se debe a la enmienda núm. 331 del Grupo Socialista, introducida en el Informe de la Ponencia. Cfr. *B.O.G.C.*, cit., núm. 71-1-3, de 22 de mayo de 1980, p. 26. Según la motivación de la misma, «es preferible la formulación positiva a la negativa, y, además, aunque el espíritu del precepto parece claro, no lo es la letra, ya que su interpretación literal podría llevar a sostener que cada cónyuge sólo puede disponer de la mitad de los gananciales que le correspondan».

A través de dicha enmienda se cambia también la expresión «su mitad de gananciales» por la de «la mitad de los bienes gananciales». En un sentido parecido, se había propuesto otra enmienda, la núm. 269, por el Grupo Socialista de Catalunya, pero utilizando la expresión «su cuota en la comunidad».

Sobre dicho cambio de redacción, vid. L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, IV, 5.ª ed., Tecnos, Madrid, 1989, p. 202; y T. GIMÉNEZ DUART, «La gestión de la comunidad de gananciales», *A.D.C.*, XXXV, 1982, p. 580.

(55) Cfr. L. MARTÍNEZ CALCERRADA, *El nuevo Derecho de Familia*, T. II (Régimen sobre filiación y sociedad de gananciales), Madrid, 1981, p. 272.

(56) Cfr. J. L. LACRUZ BERDEJO y F. SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho civil*, IV, Bosch, Barcelona, 1982, p. 462.

(57) Cfr. ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil*, IV, 4.ª ed., Bosch, Barcelona, 1989,

Salvando las diferencias de matiz que pudieran existir, estamos de acuerdo en general con estas afirmaciones. En definitiva, lo que se establece en el artículo 1.379 del Código civil es un puro límite cuantitativo a la disposición testamentaria que un cónyuge pueda hacer de bienes gananciales. La interpretación del mismo debe hacerse en consonancia con lo previsto en los artículos 1.344 y 1.404 del Código civil. Es decir, liquidada la sociedad de gananciales conforme se establece en los artículos 1.396 y ss. (con el pago de las deudas comunes, los reintegros que procedan y las deducciones a que alude el artículo 1.404 del Código civil), el remanente se divide por mitad entre ambos cónyuges. Pues bien, lo que el artículo 1.379 permite es disponer testamentariamente de la mitad de ese remanente, como tope máximo de la disposición.

Como afirmaba en su día Sánchez Román «en la liquidación de la sociedad de gananciales se comprenden todas las operaciones necesarias para determinar si existen gananciales y su distribución por mitad entre ambos cónyuges, previas las deducciones y reintegros a cada uno de ellos de los que son bienes de su pertenencia particular, así como de las responsabilidades que fueran imputables al acervo común. El saldo que resulte constituirá el activo verdadero de los gananciales, que ha de dividirse por mitad entre ambos cónyuges, o entre uno y los derechohabientes de otro» (58).

La nueva situación creada con la reforma permite, no obstante, enfocar la cuestión en sus debidos términos. Como afirma Torres García,^{*} la consagración del principio de igualdad entre hombre y mujer en los artículos 14 y 32,2 de la Constitución es el «lema que ha guiado toda la reforma del régimen económico matrimonial, lo cual ya por principio iba a suponer que el poder de administración general que sobre los bienes comunes tenía el marido por disposición legal, le desaparecía y en consecuencia les fuera conferido a los dos esposos» (59).

El dato es importante ya que, en la actualidad, la problemática de la disposición *mortis causa* de bienes gananciales puede ser analizada haciendo abstracción de los poderes del marido como administrador de la sociedad conyugal. Sin perjuicio de las limitaciones que en su momento introdujeron las Leyes de 24 de abril de 1958 y de 2 de mayo de 1975 (60), hoy en día la igualdad de los cónyuges y

p. 186. En el mismo sentido, X. O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio de Derecho civil*, IV, 2.ª ed., Edersa, Madrid, 1988, p. 138; y parcialmente, J. L. DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, XVIII, vol. 2.º, Edersa, Madrid, 1984, p. 372.

(58) Cfr. F. SANCHEZ ROMAN, *Estudios de Derecho civil*, V, vol. 1.º, 2.ª ed., Madrid, 1912, p. 849. En el mismo sentido, recogiendo estas palabras casi literalmente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 enero 1960 (R.J.A. 437). Vid. asimismo las RR. de 2 febrero 1960 (J.R., IX, pp. 768 y ss.) y 30 abril 1986 (R.J.A. 2135).

(59) Cfr. TORRES GARCÍA, *op. cit.*, p. 724.

(60) Sobre el tema, ampliamente, TORRES GARCÍA, *op. cit.*, pp. 728 y ss.; y Gó-

la desaparición de la dote y los parafernales han supuesto una transformación radical en la materia. Ya no cabe hablar, como se ha dicho «de una masa en manos de uno de ellos, ni de responsabilidad por la restitución de bienes confiados por la ley o el pacto a la custodia de uno. Los cónyuges tienen ahora los mismos derechos y obligaciones, y retiran sus bienes y su parte de gananciales a la par» (61).

Vista la cuestión desde esta nueva perspectiva, no hay duda de que el artículo 1.379 del Código civil, aplicado por igual a ambos cónyuges, permite disponer por testamento de la mitad del remanente que quede tras la liquidación, como tope máximo de la disposición. Como señala Díez-Picazo «la disposición testamentaria, que es personalísima para cada uno de los cónyuges, tiene su límite en aquello que en la sociedad legal le corresponda al testador y no puede ir más allá. Si fuera más allá habrá de considerarse ineficaz» (62).

En definitiva, el artículo 1.379 no contempla más que una disposición genérica sobre bienes gananciales, que debe ceñirse a la mitad del remanente líquido a que alude el artículo 1.404 (63). Nos encontramos, pues, con que a pesar del cambio de redacción, la regla tiene un evidente carácter negativo (64).

Por otro lado, no parece que deba plantearse aquí si la disposición se hace a título universal o particular. En este orden de cosas no podemos estar de acuerdo con la afirmación de que el artículo 1.379 se refiere a las disposiciones a título universal, mientras que el 1.380 lo hace a las disposiciones a título particular (65). Aparte la interpretación que se desprende del primer precepto, no parece que el tenor literal de dichos artículos permita establecer tal diferencia. El artículo 1.379 habla de «disponer por testamento», y el 1.380 de «disposición testamentaria», expresiones éstas que para nosotros no son diferentes. En ambos casos cabe que la disposición sea a título de herencia o de legado. Lo que los diferencia es que el primero de ellos se refiere

MEZ LAPLAZA, *De los bienes parafernales*, cit., pp. 631 y ss., y «Supresión de la licencia marital», *A.D.C.*, XXX, 1977, pp. 375 y ss.

(61) LACRUZ y SANCHO, *op. cit.*, IV, p. 488.

(62) Cfr. Díez-Picazo, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, Técno, Madrid, 1984, p. 1766.

(63) Así lo destaca J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, IV, 2.ª ed. 1985, pp. 154-5.

(64) Cfr. Díez-Picazo, *op. y loc. últ. cit.*, aunque después, al comentar el art. 1.380, destaca que la regla del art. 1.379 es en parte positiva en cuanto que permite que se lleve a cabo una disposición global o parcial de los gananciales. En sentido parecido en Díez-Picazo y Gullón, *Sistema...*, cit., IV, p. 202. En cambio, para A. Ortí Vallejo *Las facultades de disposición «mortis causa» de bienes gananciales*, «ADC», 1989, pp. 672 y ss., el art. 1.379 prohíbe disponer «mortis causa» de bienes gananciales individualizados, con la salvedad del art. 1.380. Lo único que permitiría entonces aquel precepto en cuanto a los gananciales, sería hacer testamento señalando el beneficiario o beneficiarios de la parte de bienes que se le adjudiquen en la comunidad.

(65) Cfr. C. Cano Tello, *La nueva regulación de la sociedad de gananciales*, 2.ª ed., C. Civitas, Madrid, 1983, p. 33.

a una disposición en abstracto y el 1.380, en cambio, contempla una disposición de bienes concretos (66).

Sin embargo, para algún autor, parece en principio que el artículo 1.379 «se refiere a una disposición parciaria respecto de la liquidación de la sociedad de gananciales. Pero no está claro si puede disponer a título singular y no está claro si la disposición de bienes gananciales (a que «literalmente» se refiere la Ley), supone que el beneficiario es el único legitimado en las operaciones particionales o si es mero destinatario de bienes, y está menos claro el régimen de las deudas del causante de que respondan bienes gananciales o que sean a cargo de la sociedad, pues es dudoso si le afectan o si responde de ellas, etc. La regulación es, lamentablemente, imprecisa e insuficiente» (67).

No creo que dichas cuestiones tengan nada que ver con lo establecido en el artículo 1.379. Este consagra un límite que no puede ser rebasado y, en cuanto a las deudas, si éstas agotan el caudal, harán ineficaz la disposición (68). En realidad la solución debe ser la misma que la que la doctrina francesa propugna para explicar el primer párrafo del artículo 1.423 del Code. Disponiendo éste que el legado hecho por uno de los esposos no puede exceder de su parte en la comunidad, propiamente se está remitiendo a lo que pueda corres-

(66) En este sentido, no se explica muy bien por qué LACRUZ y SANCHO, *Elementos...*, IV, cit., p. 488, limitan la aplicación del art. 1.379 al legado en la parte del patrimonio común correspondiente tras la liquidación o a la institución de heredero en la misma, pero exclusivamente *ex re certa* en cuanto a esta última.

Para nosotros, de la participación futura en el patrimonio común se puede disponer a título de legado (pensamos que de parte alicuota) o de herencia en general. Precisamente el caso de institución de heredero *ex re certa*, tal como ésta es entendida por los mismos autores en *Elementos...*, cit., V, 2.ª ed., 1988, pp. 32-3, encajaría en el art. 1.380, al igual que el de legado de cosa ganancial determinada, y no en el 1.379, que sólo contempla la disposición testamentaria en abstracto.

En el mismo sentido de considerar que el art. 1.379 habla de la mitad de los gananciales como disposición *ex re certa*, C. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Doctrina y Jurisprudencia del Código civil*, Edersa, Madrid, 1984, p. 1919.

(67) Cfr. R. BLANQUER UBEROS, «La idea de comunidad en la sociedad de gananciales. Alcance, modalidades y excepciones», *A.A.M.N.*, XXV, 1982, p. 92, nota 73.

(68) No obstante, como afirma GONZÁLEZ PACANOWSKA, *op. cit.*, pp. 438-9, refiriéndose a la postura de BLANQUER UBEROS, «considerando nosotros la hipótesis de que la disposición de la "mitad de gananciales" se haga a título singular, puede entenderse que las operaciones de liquidación de la sociedad (por ejemplo, determinación de lo que, en su caso, deba ser reintegrado por el causante a la sociedad o, viceversa, por la sociedad al cónyuge como reembolso de bienes privativos de éste aplicados a gastos de la comunidad), al suponer adjudicaciones o pagos que corresponden a bienes privativos sobre los que el legatario no tiene derecho alguno, deberán ser realizados por los herederos del causante. El legatario tiene un derecho de crédito para exigir la entrega de lo que sea definitivamente adjudicado a la herencia del testador pero, parece ser, en pago estricto de su participación en el remanente, y no lo que le haya sido adjudicado en pago de créditos privativos contra la sociedad».

ponderle tras realizar las operaciones liquidatorias a que se refieren los artículos 1.467 y ss. del Code (69).

2. La disposición testamentaria de bienes gananciales concretos

El nuevo artículo 1.380 de nuestro Código civil, a diferencia del anterior, supone una importante novedad en esta materia. Tras el límite a la disposición en abstracto que contempla el artículo 1.379, el artículo 1.380 se ocupa en cambio de resolver las cuestiones que plantean las disposiciones testamentarias de bienes gananciales concretos, dado que éstos pueden adjudicarse en uno u otro lote tras la liquidación. En este sentido, se establece la eficacia de tales disposiciones cuando dichos bienes sean adjudicados en la herencia del testador; disponiéndose que, en caso contrario, es decir, cuando los concretos bienes gananciales se adjudiquen en el lote del cónyuge sobreviviente, se entenderá legado el valor que tuvieran al tiempo del fallecimiento.

La solución consagrada en el artículo 1.380 de nuestro Código civil viene a corresponderse, *mutatis mutandis*, con la que se contempla en el apartado 2.º del artículo 1.423 del Code civil francés, ya examinado, y es similar también a la que prevé la Ley 251, apartado 2.º de la Compilación navarra para el legado de bienes de conquistas (70). Sin embargo, a pesar de la sencillez de la solución que una primera lectura del precepto ofrece, la fundamentación teórica de la

(69) Cfr. COLIN y CAPITANT, *Cours...*, cit., III, núm. 355; PLANIOL y RIPERT, *Traité...*, cit., núm. 529; COLOMER, *Droit civil*, cit., ed. 1988, núm. 443.

El Code francés se refiere a los legados por su especial sistema sucesorio. Así, el *testament-partagé* sobre bienes comunes es nulo de pleno derecho. Sobre esto, VOIRIN, *Nota*, cit., p. 120; y MALAURIE, *Nota*, cit., p. 278. No obstante, como más adelante veremos, parte de la doctrina propugna extender la misma solución del art. 1.423 del Code a la denominada *partage d'ascendant*.

(70) Según el apartado 2.º de la Ley 251, el legado es válido en su totalidad, pero en cuanto a lo que no fuere adjudicado, tras la liquidación de la sociedad de conquistas, en la herencia del cuasante, su efecto será meramente personal, como legado válido de cosa ajena. Este se regula en la Ley 249, del que en realidad sólo se aplica aquí su segundo inciso, permitiéndose al heredero liberarse de su obligación abonando el valor según justa estimación. Sobre el legado de bienes de conquista, vid. F. SALINAS QUIJADA, *Derecho civil de Navarra*, VI-1.º, Pamplona, 1976, p. 512 y V-2.º, 1975, pp. 358 y ss.

Dicha solución parece que tendrá el límite cuantitativo que se desprende de la Ley 90, apartado 1.º, según la nueva redacción dada a la misma por Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, es decir, la proporción pactada o, en su defecto, la mitad del remanente líquido de los bienes de conquista.

La solución de la Ley 251 parece igualmente aplicable al régimen de comunidad universal de bienes, por la remisión que realiza en núm. 5 de la Ley 101 a las disposiciones establecidas para el régimen de conquistas. En este caso con el límite previsto en el núm. 4 de la misma Ley respecto al remanente líquido de los bienes comunes, que viene a coincidir en realidad con el previsto en el ap. 1.º de la Ley 90.

misma al interpretar el artículo 1.380 se plantea de forma diferente entre los autores.

Para unos, el precepto acoge la solución que en general había adoptado la doctrina (concretamente la postura de De la Cámara) en cuanto al llamado legado de cosa ganancial. Y así, deberá interpretarse como legado ordenado por el testador con cargo a su participación en el patrimonio común, debiendo los herederos procurar que la cosa se adjudique en el lote correspondiente al testador, y entendiéndose que, salvo voluntad inequívoca de éste, quiso legar toda la cosa, y no sólo la mitad (71).

Según otros autores, la adjudicación del bien en el lote del testador será posterior a las atribuciones preferentes del artículo 1.406 «y en cuanto al legado de la cosa no incluido en el haber —subrogación real de la cosa por su valor— supone una variante en el juego analógico de los artículos 875, 882 y 884 en cuanto los puntualiza en este estricto supuesto» (72).

Se ha escrito también que, subordinando la eficacia del legado al resultado de la liquidación de la sociedad de gananciales, lo que hace el artículo 1.380 es atribuir una eficacia alternativa como legado de cosa propia o legado de cosa ajena (73). Según otros, se trata de «la conversión del legado de cosa específica, en legado de cantidad, conversión que se realiza por ministerio de la ley» (74).

Finalmente se ha dicho que la circunstancia necesaria para que el legado surta efecto es «que premuera el cónyuge del testador y el bien legado por el testador fuere adjudicado a su herencia, o aunque la ley no lo diga, le fuere adjudicado a título de cuota de los beneficios al momento de la liquidación de la sociedad conyugal, sea por muerte del otro cónyuge o por disolución del matrimonio a causa de una acción de divorcio» (75).

Todas estas afirmaciones, sin embargo, deben ser convenientemente analizadas para buscar el verdadero sentido de la norma contenida en el artículo 1.380 del Código civil. Para ello es necesario que estudiemos por separado cada una de las cuestiones planteadas:

(71) En este sentido, LACRUZ y SANCHO, *Elementos...*, cit., IV, p. 462; y DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, cit., XVIII-2.º, p. 372.

(72) Cfr. MARTÍNEZ CALCERRADA, *El nuevo Derecho de Familia*, cit., p. 272.

(73) Cfr. DíEZ-PICAZO, *Comentarios...*, cit., II, pp. 1766-7; DíEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, cit., IV, p. 202, y BLANQUER UBEROS, *op. cit.*, pp. 92-3, para quien «la norma legal viene a recoger los principios de los arts. 864 (legado de cosa en parte propia) y 861 (legado de cosa ajena)».

(74) Cfr. CANO TELLO, *op. cit.*, p. 35. Anteriormente dice que el Código recoge ahora la doctrina de MANRESA en este punto, lo cual no parece que se pueda mantener.

(75) Cfr. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *op. cit.*, pp. 1919-20; y *Régimen económico del matrimonio*, Edersa, Madrid, 1982, p. 301.

A) ¿Están obligados los herederos a procurar la adjudicación de la cosa en su haber?

Aun cuando antes de la reforma de 1981, algunos autores —especialmente De la Cámara— habían defendido la existencia de una obligación por parte de los herederos de procurar la adjudicación de la cosa ganancial en su correspondiente lote, no parece que ello pueda ser mantenido en la actualidad. Cuando el testador dispone *mortis causa* de una cosa ganancial, tal decisión no puede vincular en la división del caudal común, ni al otro cónyuge, ni a los herederos (76). En el artículo 1.380 del Código civil se comprenden las dos alternativas posibles: que la cosa se adjudique en la herencia del causante o en el lote correspondiente al cónyuge que sobrevive. En ambos casos se proclama la eficacia de la disposición, lo que parece dejar sin sentido la pregunta.

Además de ello, la obligación del heredero de adquirir la cosa para entregarla al beneficiario del legado, a que se refiere el artículo 861 del Código civil, nada tiene que ver con la liquidación de la sociedad de gananciales. Se trata de una obligación de proporcionar la misma al legatario, y no de procurar su adjudicación en el lote del gravado (77).

Cuestión distinta es mantener que el testador puede imponer expresamente a sus herederos, como modo y obligación, una determinada conducta en la liquidación de la sociedad, encaminada a la efectividad del legado en los términos y cuantía deseados (78). Sin embargo, ni siquiera cabe plantear así el problema. La solución del artículo 1.380 no impide al testador establecer unas reglas diferentes por las que han de regirse tal tipo de disposiciones, como tampoco el artículo 861 puede imponerse de modo absoluto a lo ordenado por aquél en el testamento. En ambos supuestos se trata de reglas subsidiarias, dictadas para el caso de que el causante nada haya previsto al efecto.

En definitiva, lo que el artículo 1.380 del Código civil pretende es que la validez de las disposiciones testamentarias de bienes gananciales no se haga depender de conjeturas, ni de los resultados de la liquidación de la sociedad. Mientras no conste en el testamento una voluntad distinta la disposición será válida, aunque con una eficacia

(76) Así parece reconocerlo ALBALADEJO, *Curso...*, cit., IV, p. 186; y antes de la reforma DE COSSIO, *op. cit.*, núm. 295.

(77) Cfr. con diferentes argumentos B. MORENO QUESADA, «El cumplimiento del legado de cosa ajena», *A.D.C.*, XIV, 1961, pp. 627 y ss.; G. GARCÍA CANTERO, «Ensayo de una clasificación de los legados, en particular en el Código civil», *R.C.D.I.*, XLVI, 1973, p. 808; ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., XII-1.º, pp. 54 y ss.; GONZÁLEZ PACANOWSKA, *op. cit.*, pp. 164 y ss. Indirectamente también, R. M. ROCA SASTRE, «El legado de cosa ajena», en *Estudios de Derecho Privado*, II, Madrid, 1948, p. 204.

(78) Cfr. BLANQUER UBEROS, *op. cit.*, p. 93.

diferente en cada caso, es decir, susceptible unas veces de cumplimiento *in natura*, y otras en valor.

B) Eficacia alternativa como legado de cosa propia o legado de cosa ajena

Entender que el artículo 1.380 del Código civil lo que hace es atribuir a la disposición testamentaria recayente sobre un bien ganancial una eficacia alternativa como legado de cosa propia o legado de cosa ajena es bastante discutible. En el legado alternativo, a que se refiere el artículo 874 del Código civil, el testador señala varias cosas, de las cuales en principio el gravado debe elegir una de ellas para entregarla al legatario. La elección se manifiesta a través de una declaración de voluntad y el momento a tener en cuenta es el de la muerte del causante (79). Nada de esto ocurre en el caso del artículo 1.380 del Código civil: nadie tiene en sus manos la facultad de elegir entre varias cosas, o entre una de ellas o su valor. Y además, el momento al que se atiende es el de la liquidación de la sociedad de gananciales.

Por otro lado, cuando se dispone a título de legado de una cosa ganancial, éste no podrá ser, por razones obvias, ni de cosa ajena, ni de cosa propia, sino precisamente de cosa ganancial. Cuando el bien legado se adjudique tras la liquidación en el lote del testador, no se aplica el régimen de los legados de cosa propia del artículo 882 del Código civil. Este se refiere a cosas pertenecientes al testador en el momento de su muerte, y su propiedad se adquiere inmediatamente por el legatario. Tampoco cabe configurar la disposición como legado de cosa ajena cuando el bien se adjudica en el lote correspondiente al cónyuge del causante, porque, aunque la solución de los artículos 1.380 y 861 sea similar, no se puede afirmar que en el momento de su muerte la cosa no pertenecía al testador en absoluto (80). En definitiva, la solución que prevé el Código en el artículo 1.380 es diferente de la de aquellos otros tipos de legado, precisamente por pertenecer la cosa a la comunidad conyugal (81).

(79) Sobre el legado alternativo, por todos, ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., XII-1.º, pp. 198 y ss.

(80) Cfr. GONZÁLEZ PACANOWSKA, *op. cit.*, p. 444.

(81) Dicha diferencia se destaca contraponiendo el texto vigente con el de la única enmienda presentada al art. 1.380, que no prosperó. La enmienda núm. 427, planteada en el seno del Congreso de los Diputados por el Grupo Centrista proponía el texto siguiente: «La disposición testamentaria de un bien ganancial producirá todos sus efectos si fuere adjudicado en la herencia del testador, y en otro caso se someterá a las reglas de la sección décima, capítulo II, título III, del libro III de este Código».

Conforme a la motivación de la misma: «Parece más adecuado atraer las reglas que el propio Código contiene sobre el legado de cosa ajena, o ajena en parte, con lo que se arbitra un juego mejor para realizar la voluntad del testador y los designios familiares».

C) Conversión de legado de cosa específica en legado de cantidad «ope legis»

Afirmar que en el artículo 1.380 del Código civil estamos ante una conversión de legado de cosa específica en legado de cantidad por ministerio de la ley, puede inducir a bastantes equívocos. Cuando el Código habla de legado de cosa específica en el artículo 882 presupone que ésta es propia del testador (82), y no se refiere por tanto al supuesto de cosa ganancial.

Por otra parte, el mismo razonamiento serviría para afirmar que de lo que se trata es de la conversión de un legado de valor en legado de cosa específica, si ésta se adjudica en el lote correspondiente al testador. En realidad, si el causante dispone efectivamente de la cosa a título de legado, ésta va a tener un régimen específico diferente a los demás. No es que inicialmente sea de cosa específica y luego se convierta en legado de valor, o viceversa, sino que, siendo válido inicialmente como legado de cosa ganancial, su cumplimiento *in natura* o por equivalente se hace depender de los resultados de la liquidación.

D) Necesidad de la premuerte del cónyuge del testador

La cuestión de la necesidad de la premuerte del cónyuge del testador, como presupuesto para la aplicación del artículo 1.380, no tiene ningún apoyo en la letra del precepto. Más bien parece estar pensado precisamente para el caso de disposición hecha en vida de ambos cónyuges (83).

Cabe plantear, no obstante, la posibilidad de que la disposición *mortis causa* recaiga sobre un bien perteneciente a la comunidad postmatrimonial indivisa, es decir, sobre un bien de la comunidad no liquidada. La cuestión se ha suscitado en algunas sentencias del Tribunal Supremo (84), y en todas ellas la solución ha sido negativa, sobre la base de que el testador no puede incluir en la partición de sus bienes aquellos que no son de su pertenencia exclusiva.

La posibilidad de incluir bienes gananciales en la partición hecha por el testador merece que nos detengamos en ella más adelante; pero, desde luego, no deja de llamar la atención que el Tribunal Supremo ni siquiera se haya planteado en estas decisiones la posible aplicación de los artículos 1.379 y 1.380 del Código civil. Aun admitiendo la postura del Tribunal Supremo en cuanto a la interpretación del

(82) Cfr. ALBALADEJO, *Comentarios...*, XII-1.º, pp. 279 y ss.

(83) Así, para GONZÁLEZ PACANOWSKA, *op. cit.*, p. 454, nota 979.

(84) Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 3 marzo 1980 (R.J.A. 1016) y tras la reforma, la de 5 junio 1985 (R.J.A. 3095) y 7 diciembre 1988 (R.J.A. 9301).

artículo 1.056, creo que cuando se dispone simplemente a título de legado de un bien perteneciente a la comunidad no liquidada, a falta de una norma específica, se debe aplicar también la doctrina contenida en los artículos 1.379 y 1.380 (85). Ciertamente el testador puede aclarar la situación de esos bienes promoviendo la liquidación de la sociedad conyugal ya extinguida; pero, en caso contrario, no veo motivos para negar la aplicación de dichos preceptos (86).

E) Especialidad de la disposición «mortis causa» de bienes gananciales

A nuestro juicio, los nuevos artículos 1.379 y 1.380 del Código civil recogen un régimen sucesorio específico, aplicable cuando la disposición testamentaria se refiere a bienes de naturaleza ganancial. En este sentido ha venido a llenar un vacío legal importante al regular, no sólo el legado de cosa ganancial (que es a lo que parece ceñirlo la mayor parte de los autores), sino cualquier disposición testamentaria sobre bienes gananciales, sea a título de herencia o de legado.

La especialidad radica en lo siguiente: ya que durante el matrimonio carecen los cónyuges de una titularidad concreta sobre cada uno de los bienes integrantes de la sociedad conyugal, la disposición testamentaria que recaiga sobre una cosa perteneciente a dicho patrimonio debe interpretarse hecha, en principio, con cargo a la participación que en la liquidación de la sociedad de gananciales corresponda al testador.

No sobrepasando dicho límite las diversas disposiciones concretas sobre bienes comunes, y teniendo en cuenta que aquéllas no pueden vincular al otro conyuge en la división del caudal común, lo que hace la ley es subordinar el definitivo cumplimiento de la disposición a los resultados de la liquidación. Si, tras ésta, la cosa se adjudica en el lote correspondiente al testador, aquélla se cumplirá *in natura*. Por el contrario, si es adjudicada en el lote del supérstite, se entiende legado el valor de la cosa al tiempo del fallecimiento, de acuerdo, según se ha dicho, con la presumible intención del testador en este caso (87).

No obstante, como destaca González Pacanowska, «en ambos casos, es decir, ya sea posible cumplir la disposición *in natura*, ya se

(85) En este sentido, GONZÁLEZ PACANOWSKA, *op. cit.*, pp. 454 y ss.

(86) En contra, LACRUZ y SANCHO, *Elementos...*, cit., IV, p. 463; y DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, cit., XVIII-2.º, p. 372, para quienes el art. 1.380 sólo contempla el legado hecho en vida de ambos cónyuges, pero no el dispuesto por el sobreviviente sobre bienes de la comunidad no liquidada.

(87) Cfr. GONZÁLEZ PACANOWSKA, *op. cit.*, p. 445; ALBALADEJO, *Curso...*, cit., IV, p. 186; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, IV, cit., p. 423; BLANQUER UBEROS, *op. cit.*, p. 93, nota 74; ORTÍ, *op. cit.*, pp. 693-4.

resuelva en la entrega del valor de la cosa ganancial legada, debe estimarse que el límite económico de la disposición viene fijado por lo que, por todos los conceptos, corresponda al testador en la liquidación de la sociedad de gananciales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.379» (88).

Por otro lado, consideramos totalmente irrelevante el conocimiento o no por parte del testador del carácter ganancial de la cosa, lo que constituye una diferencia fundamental con la doctrina que, en cuanto a la validez de los legados de cosa ajena, establece el artículo 861. Otro tema es que pensemos que, en el caso de que el testador disponga de la cosa como propia, la disposición sea ineficaz afectada por error en la formación de la voluntad, tal como expusimos al examinar la postura de De la Cámara (89).

Tampoco pensamos que deba tener relevancia, a los efectos del artículo 1.380, el hecho de que la titularidad formal del concreto bien ganancial de que se dispone pueda ostentarla uno solo de los cónyuges, ni tampoco que esté inscrito en el Registro a nombre de sólo uno de ellos si el bien es efectivamente ganancial, como puede suceder en el caso del artículo 94,1 del R.H. (90).

3. La disposición a título de herencia y a título de legado

A) Régimen general del artículo 1.380 del Código civil

Para la mayoría de los autores, el artículo 1.380 del Código civil se refiere exclusivamente al legado de cosa ganancial y no se plantean la posibilidad de que la disposición sea a título de herencia (91). Ello

(88) Cfr. GONZÁLEZ PACANOWSKA, *op. cit.*, p. 445. En cambio, para ORTÍ, *op. cit.*, pp. 697 y ss., a través del art. 1.380 se puede disponer únicamente de un solo bien ganancial; pero dada su peculiar interpretación del art. 1.379, aunque el valor de la cosa legada exceda de la parte que el testador tenga en la comunidad, el legado sería válido mientras no perjudique las legítimas.

(89) A la misma conclusión llega GONZÁLEZ PACANOWSKA, *op. cit.*, p. 446, aunque vía art. 797 del Código civil, como si se tratara de error en la causa.

(90) Según el mismo, conforme a la nueva redacción dada al precepto por R.D. núm. 3.215/1982, de 12 de noviembre «los bienes adquiridos a título oneroso por uno solo de los cónyuges, sin expresar que adquiere para la sociedad de gananciales, se inscribirán a nombre del cónyuge adquirente con carácter presuntivamente ganancial».

Ello debe ponerse en relación con el art. 1.362 del Código civil. Cfr. TORRES GARCÍA, *op. cit.*, pp. 756 y ss.; P. AVILA ALVAREZ, «Inscripción de bienes de ausente, de los cónyuges y de la sociedad conyugal», *R.C.D.I.*, LVI, 1983, pp. 288 y ss., y *Comentarios a las reformas hipotecarias de 1982-1984*, Centro de estudios Hipotecarios, Madrid, 1985, pp. 119 y ss.; V. J. CASTILLO TAMARIT, «Aspectos parciales de la reforma del Código civil en tema de sociedad de gananciales», *R.D.N.*, núms. 121-122, 1983, pp. 38 y ss.

(91) No obstante, O'CALLAGHAN, *op. cit.*, p. 158, afirma que se tratará generalmente de un legado, con lo que parece admitir la posibilidad de disposición a título de heredero. Asimismo, ORTÍ, *op. cit.*, pp. 695 y ss., admite también la posibilidad de disponer a título de heredero.

tal vez se deba al peso de la doctrina anterior a la reforma que, ante la ausencia de una normativa específica sobre el tema, acudía con profusión a la analogía sobre la base de las reglas existentes para ciertos tipos de legados. La verdad es que hoy, tanto el artículo 1.379 como el 1.380, hablan de disposición testamentaria de bienes gananciales sin ceñirse exclusivamente a los legados. Así pues, cabrá tanto una disposición en concepto de legado como una institución de heredero (*ex re certa*, en el caso del art. 1.380).

No parece que suponga ningún obstáculo para esta interpretación el artículo 768 del Código civil, a tenor del cual «el heredero instituido en una cosa cierta y determinada será considerado como legatario». Conjugado con el artículo 668 del Código civil, dicha regla no es más que un criterio interpretativo, una presunción que decae cuando el testador quiere que el instituido responda de las deudas hereditarias, o cuando a través de un acto particional se encierra en la institución en cosa determinada una verdadera manifestación de voluntad dispositiva.

Desde esta perspectiva, si el testador ha instituido heredero en una cosa ganancial y, tras el testador la liquidación de la sociedad conyugal, la misma cae en su lote, la disposición valdrá con tal institución de heredero. Asimismo, si lo que hizo fue un legado, para el mismo supuesto, el legado será susceptible de cumplimiento *in natura*. Esto es lo que, a mi juicio, quiere decir el primer inciso del artículo 1.380 del Código civil cuando establece que «la disposición testamentaria de un bien ganancial producirá todos sus efectos si fuere adjudicado a la herencia del testador».

Ahora bien, en el caso contrario, es decir, cuando el bien de que se ha dispuesto caiga en el lote correspondiente al otro cónyuge tras la liquidación, las cosas cambian. Para esta situación está previsto el segundo inciso de aquel artículo, según el cual «*se entenderá legado el valor que tuviere la cosa al tiempo del fallecimiento*». Solamente aquí es donde aparece una alusión específica a los legados y, concretamente, a los legados de valor. El precepto parece querer decir que, háyase hecho la disposición a título de herencia o de legado, cuando la cosa no se adjudique tras la liquidación en el lote correspondiente al testador, debe entenderse siempre a título de legado (o prelegado, en su caso), que será de valor, referido al que tenía la cosa en el momento de fallecer el causante.

B) La transformación en legado de valor

Si bien cuando el testador dispone de una cosa ganancial en concepto de legado no se plantean problemas en cuanto a su configuración jurídica, siendo susceptible de cumplimiento *in natura* o en valor dependiendo de los resultados de la liquidación de la sociedad conyu-

gal, la cuestión cambia radicalmente cuando se plantea la posibilidad de disponer de la cosa a título de herencia.

La ley parece entender aquí, con buen criterio, que no es posible instituir heredero en cosa ajena o, mejor, que si la cosa no se adjudica en el lote correspondiente al testador, no puede considerarse que siga subsistiendo la institución referida a una cosa ajena (dinero ajeno, concretamente). Por el contrario, en este caso se debe entender que existe un legado por el valor que tuviera la cosa al tiempo del fallecimiento.

Entiendo que tal legado de valor debe ser pagado por regla general en dinero, no siendo posible hacerlo, salvo pacto en contrario, con otros bienes. Tal es la solución que prevé el Código civil para otros casos en que existen diferencias cuantitativas, como son los artículos 821, 829, 841 y ss., 1.056,2 y 1.062,1 en materia de Derecho sucesorio; el artículo 1.407, en tema de atribuciones preferentes; el artículo 1.431, dentro del régimen de participación; o el artículo 404 en cuanto al régimen de copropiedad (92).

El hecho de que la institución se transforme por ministerio de la ley en un legado de valor, equivalente al que tenía la cosa al tiempo del fallecimiento, encaja perfectamente con el principio de que no es posible instituir heredero en cosa ajena. En aplicación de ello, el artículo 1.380 no hace más que entender que en este caso no puede mantenerse la institución, que estaba supeditada al resultado de la liquidación, y que por ello debe entenderse *legado* el valor de la cosa.

Nuestro Código civil contempla la figura del legado de cosa ajena, pero no la institución de heredero en cosa ajena, ya que es consustancial a la figura del heredero suceder en los propios bienes hereditarios, asumiendo con ello los derechos y obligaciones del causante (93). El testador nada puede hacer para construir la figura del heredero de forma diferente, porque su voluntad debe mantenerse dentro de los límites reconocidos por la ley, de la cual recibe fuerza obligatoria el contenido de esa voluntad manifestada (94).

En opinión de Albaladejo, «como las figuras jurídicas son lo que son y no lo que los particulares quieren que sean, es claro que lo que está en manos del interesado es llamar a la persona de que se

(92) Así lo entiende también la doctrina francesa para el caso del párrafo 2.º del art. 1.423 del Code, a pesar de la confusión a la que puede inducir el término «*récompense*» que éste utiliza. Por todos, vid. MARTY y RAYNAUD, *Droit civil. Les régimes matrimoniaux*, cit., núm. 233; y PLANIOL y RIPERT, *Traité...*, VIII, cit., núm. 531.

(93) Cfr. ALBALADEJO, *Curso...*, cit., V, 2.ª ed., 1987, pp. 16 y ss.; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, IV, cit., p. 325.

Incluso partiendo de la tesis subjetiva en cuanto a la distinción entre heredero y legatario, LACRUZ y ALBALADEJO, *Derecho de Sucesiones. Parte general*, Bosch, Barcelona, 1961, p. 80, entiende que «el causante no puede convertir en heredero a quien no ofrezca términos hábiles para serlo».

(94) En este sentido, TORRES GARCÍA, *El testamento ológrafo*, Montecorvo, Madrid, 1977, p. 29.

trata a sucederle en la forma (universal o particular) que a él le plazca, pero lo que no puede hacer es que le suceda particularmente uno a quien instituye sucesor universal, o que le suceda universalmente uno a quien lo instituye particular. Y no puede, no porque la ley lo prohíba, sino porque lo rechaza el modo de ser de las cosas. Lo mismo que un vendedor no puede querer vender gratis, ni un donante querer donar a cambio de precio, porque la venta es enajenación a cambio de precio, y la donación gratuitamente» (95).

En nuestro caso, el testador podrá hacer recaer la institución de heredero sobre un bien ganancial concreto, pero los efectos correspondientes a este tipo de sucesión dependen de lo que resulte de la liquidación del haber conyugal, de modo que sólo si el bien se adjudica en el lote correspondiente al testador podrá entenderse que se mantiene la institución. En caso contrario, si el testador no ha previsto expresamente esta posibilidad, la ley entiende que estamos ante un legado por el valor de la cosa, producto precisamente de la imposibilidad de existencia de un heredero cuya cuota se cubra exclusivamente con dinero no hereditario (96).

No parece que se pueda oponer a ello la afirmación de que de esta manera se limitan las facultades dispositivas del causante, en el sentido de que se haría depender el título de la asignación de un hecho incierto, como es el resultado de la liquidación del haber común, y no se respetaría el tenor del testamento, en el que aparece una voluntad expresa de instituir heredero.

Aparte la imposibilidad del testador para sobrepasar los límites objetivos que le impone el Derecho, puede responderse que, si el pago del valor de la cosa está de acuerdo con la presumible intención del testador cuando el bien de que ha dispuesto no se adjudica en su lote, se respeta con ello perfectamente el contenido del artículo 675 del Código civil que acude, para interpretar toda disposición *mortis causa*, al criterio de la voluntad o intención del testador.

Por tanto, la disposición testamentaria de un bien ganancial hecha a título de heredero, está supeditada, por la propia naturaleza del bien, a los resultados de la liquidación. Viene a ser, paralelamente, el mismo condicionamiento que impone el artículo 1.379 sobre toda

(95) Cfr. ALBALADEJO, *Curso...*, cit., V, p. 18.

(96) En contra, manteniendo que no hay incompatibilidad entre la posición jurídica de heredero y el hecho de recibir exclusivamente metálico extrahereditario, M. DE LA CÁMARA ALVAREZ, «Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código civil», en *Centenario de la Ley del Notariado*, Sección III, vol. I, Reus, Madrid, 1964, pp. 729 y ss. y 995; y F. PANTALEÓN PRIETO, «Comentario» a los arts. 841 a 847 del Código civil, en *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 1426 y 1452 y ss. Ambos autores se refieren, no obstante, al caso especial del heredero forzoso cuya legítima se conmuta en metálico extrahereditario en los supuestos en que así lo admite el Código civil. Vid. al respecto, A. DOMÍNGUEZ LUELMO, *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 147 y ss.

disposición *mortis causa* de bienes gananciales. Así, aparte del límite cuantitativo que éste establece, parece que inevitablemente debe afirmarse la ineficacia de toda disposición (sea a título de herencia o de legado) cuando, tras la liquidación, no existe remanente por agotarse el caudal en deudas frente a terceros acreedores de la sociedad, o no se le adjudica nada al testador por haberse entregado todo al otro cónyuge en concepto de indemnizaciones o reintegros del artículo 1.403 del Código civil.

No obstante lo anterior, creemos necesario hacer algunas matizaciones. Así, para nosotros, requiere un tratamiento diferente el supuesto de que el testador distribuya singularmente sus bienes propios y todos los gananciales que cree le puedan corresponder tras la liquidación de la sociedad conyugal (siempre con el límite del artículo 1.379), de aquel en que la disposición se realice en abstracto (97) o sólo se disponga de un bien ganancial, cuyo valor no supere el límite cuantitativo que establece el artículo 1.379, adjudicándose, por tanto, en el lote del testador otros bienes gananciales hasta cubrir aquél, de los que se dispone en abstracto.

En el primer caso tendríamos que, de adjudicarse uno o varios de esos bienes en el lote del otro cónyuge, el hueco dejado por éstos se cubriría con otros bienes gananciales, que no habrían sido atribuidos a nadie y serían por tanto remanente, caudal no distribuido.

En el otro caso, al tratarse de una disposición en abstracto, dicho problema no existiría. Lo mismo sucederá cuando sólo se disponga de un bien cuyo valor no supere el límite a que se refiere el artículo 1.379 y se disponga en abstracto del resto que, tras la liquidación, pueda corresponder al testador, en favor de la misma persona.

La cuestión no es baladí, y mucho menos cuando existan legitimarios. En el primer caso, habrá que distinguir si estamos frente a una partición de bienes entre los herederos o ante una herencia distribuida toda ella en legados. Las consecuencias, aparte del problema de la responsabilidad por deudas, son en este caso de gran trascendencia, ya que, de considerarse que estamos ante legatarios y darse el supuesto de que algunos bienes se adjudiquen en el lote del otro cónyuge, los que se incorporen a cambio en el lote del testador serán considerados como remanente. Tal remanente, entonces, debería ser atribuido a los herederos *ab intestato* (98). De esta manera, cabría pregun-

(97) V. gr., instituyendo heredero en aquello que se le adjudique a su lote tras la liquidación de la sociedad de gananciales.

(98) Tal es el criterio de M. NAVARRO AMANDI, *Cuestionario del Código civil reformado*, III, Madrid, 1890, pp. 367-68; N. MAURANDI, «Distribución de toda la herencia en legados», *R.G.D.*, 1950, p. 433; y MANRESA, *Comentarios...*, cit., VI, p. 818.

Sin embargo, para otros autores la cuestión debe ser matizada y admiten la aplicación del régimen del art. 891, aunque existan o aparezcan otros bienes no comprendidos entre los legados y sucedan en ellos los herederos legales. En este sentido, con diferencias de matiz en cuanto a las funciones que corresponden en este caso a los

tarse si el legitimario legatario de algún bien de los que no se incluyen en el lote del testador tiene, en este caso, algún derecho sobre los otros bienes gananciales que vayan a parar al lote del testador sustituyendo a aquél.

Dicho problema no existe en el supuesto de que se disponga de la futura cuota de gananciales en abstracto, ya que se recibirán siempre esos bienes de los que se ha dispuesto genéricamente. Tampoco existirá cuando el testador haya dispuesto de un bien ganancial concreto, y del resto de su cuota en abstracto hasta completar la porción correspondiente en favor de la misma persona, y aquél se adjudique en el lote del otro cónyuge, ya que en este caso el beneficiario recibirá los otros bienes que hayan sustituido a aquél en la división del haber común.

4. *Disposición testamentaria de bienes gananciales sujetos al régimen de atribuciones preferentes de los artículos 1.406 y 1.407 del Código civil*

Tras estudiar el régimen jurídico a que quedan sometidas las disposiciones testamentarias que recaen sobre bienes gananciales, no parece ocioso que nos planteemos si las líneas generales del mismo se ven o no modificadas por lo establecido en los artículos 1.406 y 1.407 del Código civil. En dichos preceptos se contemplan una serie de supuestos en que, al liquidar la sociedad conyugal, se posibilita la atribución preferente en favor de un cónyuge de ciertos elementos patrimoniales, de naturaleza ganancial, que estaban dirigidos por él empresarialmente o, en general, servían de base familiar o profesional al mismo (99). La cuestión, nueva en nuestro Código civil, pero co-

herederos *ab intestato*, SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios...*, cit., VI-2.º, pp. 1339 y ss.; J. VALLET DE GOYTISOLO, *Apuntes de Derecho sucesorio*, INEJ, Madrid, 1955, p. 144; LACRUZ, en LACRUZ-ALBALADEJO, *Derecho de Sucesiones*, cit., p. 99; R. ALVAREZ VIGARAY, «La distribución de toda la herencia en legados», *R.G.L.J.*, vol. 218, 1965, pp. 708 y ss.; ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., XII-1.º, p. 398. Sobre esta problemática, ampliamente, M. P. GARCÍA RUBIO, *La distribución de toda la herencia en legados*, Civitas, Madrid, 1989, pp. 230 y ss.

(99) Sobre los mismos, aparte de las obras generales, V. M. GARRIDO DE PALMA L. T. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ-C. SÁNCHEZ GONZÁLEZ-J. VÉLEZ BUENO, *La disolución de la sociedad conyugal. Estudio específico de los artículos 1.406 y 1.407 del Código civil*, Reus, Madrid, 1985; J. RAMS ALBESA, «Las atribuciones preferentes en la liquidación de la sociedad de gananciales (Régimen y naturaleza)», *R.C.D.I.*, LVIII, 1985, pp. 727-836 y 927-1069; R. FONSECA, «Las atribuciones preferentes de los artículos 1.406 y 1.407 del Código civil», *R.D.P.*, LXX, 1986, pp. 8-46 y 107-131. Desde un punto de vista particular, entendiendo que los arts. 1.406 y 1.407, así como el 1.321 del Código civil afectan al principio de intangibilidad cualitativa de la legítima y, por tanto, a la naturaleza de la misma, A. REAL PÉREZ, *Intangibilidad cualitativa de la legítima*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 139 y ss., y *Usufructo universal del cónyuge viudo en el Código civil*, Montecorvo, Madrid, 1988, pp. 502 y ss.

nocida ya en otros ordenamientos (100), no trata más que de facilitar en la división la continuidad de uno de los esposos en una actividad o en el goce de determinados bienes.

Lo que aquí queremos plantearnos es si este régimen especial de atribuciones preferentes, establecido para ciertos bienes comunes, modifica cuanto hemos venido diciendo para el caso de que se disponga testamentariamente de los mismos. Hemos sostenido que el artículo 1.379, en relación con los artículos 1.344 y 1.404 del Código civil, establece puramente un límite cuantitativo a la posibilidad de disposición *mortis causa* de bienes gananciales por cualquiera de los cónyuges, cosa que en principio en nada se ve afectada por los artículos 1.406 y 1.407. Ahora bien, ¿se puede mantener la misma solución que hemos defendido para el artículo 1.380 cuando la cosa ganancial de la que se dispone es una de las enumeradas en el artículo 1.406? Dicho con otras palabras: ¿cabe aceptar la validez de una disposición testamentaria de una cosa ganancial sobre la que el otro cónyuge tiene un derecho de atribución preferente?

La cuestión no carece de importancia ya que, de aceptar su validez, al adjudicarse la cosa en el lote del cónyuge superviviente por virtud del artículo 1.406, tendríamos siempre un legado de valor. En caso contrario estaríamos ante una disposición ineficaz, por lo que el beneficiario de la misma no recibiría cuantitativamente nada.

Partiendo de la limitación que impone el artículo 1.379, lo que habrá que conocer es si el régimen de atribuciones preferentes es anterior a la división del haber partible o, por el contrario, no es más que una manera de proceder dentro del mismo. En el primer caso nos encontraríamos con que, al ser las atribuciones preferentes anteriores a la división por mitad que impone el artículo 1.404 del Código civil, la disposición del testador habría ido normalmente más allá de lo que el artículo 1.379 le permite. Por el contrario, aceptando la solución que parece seguir el Código, el artículo 1.379 jugaría el mismo papel que en los casos normales.

En efecto, tal como se regula en el Código civil, el derecho de atribución preferente está encuadrado dentro de la liquidación y división de la sociedad de gananciales y, por tanto, ha de hacerse efectivo al practicar la partición de la masa común (101). Como se ha afirma-

(100) Así, por lo que respecta al régimen matrimonial legal, el art. 58 de la Compilación aragonesa.

En cuanto al Derecho comparado, aparecen disposiciones similares en los arts. 832, 1.390 a 1.392 y 1.511 a 1.514 del Código civil francés. Asimismo los arts. 1.446 y 1.447 del Código civil belga. Para el Derecho italiano, en otro sentido, los arts. 230 bis y 540 del Código civil, fundamentalmente.

Tras la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, se ha incorporado también a la Ley 91 de la Compilación navarra un sistema de adjudicaciones preferentes en la liquidación de la sociedad de conquistas, muy similar al de nuestro Código civil.

(101) Cfr. GARRIDO DE PALMA y otros, *op. cit.*, p. 159.

do «la atribución preferente condiciona la partición, pero no la convierte en una operación que queda al arbitrio del atributivo preferente, sino que se manifiesta destacando determinados bienes —los atribuibles— que tiene que servir de referencia para la asignación de otros lo más similares posibles a éstos en el lote de la contraparte» (102). Hecha así efectiva en el momento de la partición, no parece por tanto que pueda afectar a la limitación cuantitativa que, según pensamos, establece el artículo 1.379, por cuanto los bienes atribuibles entran, como gananciales que son, dentro del ámbito de aplicación a que se refiere este último artículo.

Como se ha resumido certeramente, aunque se ejerza el derecho de preferente atribución «la participación de los interesados en la liquidación de la sociedad de gananciales (herederos del premuerto y cónyuge supérstite, o ambos cónyuges) será siempre igual desde el punto de vista cuantitativo. Lo que no habrá será igualdad cualitativa (pero ello no significa que vaya a existir un perjuicio económico para la otra parte)» (103).

Admitido esto, no parece que la solución tenga que ser diferente en el caso del artículo 1.380 del Código civil, cuando se disponga *mortis causa* de un bien sobre el que el otro cónyuge tiene un derecho de preferente atribución. De ser ejercitado efectivamente éste, se entendería legado el valor del bien al tiempo del fallecimiento. El artículo 1.380 no hace distinciones: se refiere a la disposición testamentaria de un bien ganancial, sin especificar que para su posible aplicación la disposición deba versar sobre bienes a los que no se apliquen los artículos 1.406 y 1.407 (104). Por otra parte, admitir que una disposición *mortis causa* de un bien ganancial prima para su cumplimiento *in natura* sobre estos artículos, sería tanto como aceptar que la decisión de uno de los cónyuges puede vincular al otro en la liquidación de la sociedad.

En definitiva, la disposición testamentaria debe ceder ante el derecho de atribución preferente, cuestión que no puede plantear excesivos problemas por cuanto al artículo 1.380 contempla ya las dos soluciones posibles. Como se ha dicho, constituyendo la esencia del derecho de atribución preferente la capacidad de uno de los cónyuges de pre-

(102) Cfr. RAMS ALBESA, *op. cit.*, p. 942. Seguidamente añade: «es decir, se abandona el principio de aleatoriedad en la adjudicación —uno forma los lotes y el otro elige o ambos formas los lotes y se sortea— para adoptar un sistema de conformación de lotes *dirigida*, en la que el objeto y objetos de atribución condicionan el resto de las atribuciones *para igualar cuantitativamente ambas y equilibrar, ya que no igualar cualitativamente las adjudicaciones*» (el subrayado es nuestro).

(103) Cfr. GARRIDO DE PALMA y otros, *op. cit.*, p. 161. Llevando el supuesto al caso límite de que el haber conyugal estuviere constituido únicamente por bienes que hubieran de ser atribuidos con preferencia al otro cónyuge, para estos autores, el consorte o sus herederos tendrían derecho, en todo caso, a la mitad del valor de aquellos bienes, respetándose por tanto la igualdad cuantitativa (cfr. *loc. ult. cit.*, nota 303).

(104) En este sentido, FONSECA, *op. cit.*, pp. 34 y 110.

figurar su lote respecto de unos bienes concretos del consorcio, si sobre uno de esos bienes se produce una disposición testamentaria que choca directamente con el ejercicio de la atribución, aquélla deberá ceder ante este otro derecho, y entonces se entenderá solamente legado el valor que la cosa tuviera al tiempo del fallecimiento (105).

Parece incluso que debería darse esta preferencia en el caso de que el derecho de atribución se pretendiese ejercitar sobre una explotación (artículo 1.406, núm. 2 del Código civil) de la que ha dispuesto el otro cónyuge a través del artículo 1.056, ap. 2.º del Código civil. Ante el posible choque de intereses, se ha dicho que «el derecho del cónyuge en base al artículo 1.406 a hacerse efectivo en fase de liquidación ganancial prevalece, de modo que el del hijo en base al 1.506, párrafo segundo, de fundamentación legal más genérica y de segundo orden en la escala de valores en juego, se reconducirá por la vía de la disposición testamentaria de contenido ganancial en que el objeto no se ha adjudicado a la herencia del testador» (106).

La cuestión podría, sin embargo, discutirse en este caso. En efecto, si lo que se protege en los artículos 1.406 y 1.407 no es un interés puro y exclusivamente personal, sino que dicha protección se otorga, según se ha defendido (107), en base a un interés familiar superior, parece que el problema no es aquí fácil de resolver, ante la apelación al «interés de la familia» que también hace el artículo 1.056,2 del Código civil. Habría que ver en cada supuesto concreto cómo se respeta mejor ese interés familiar superior, siendo los Tribunales los encargados de dirimir el carácter de las determinadas actuaciones de los esposos (108).

Fuera de este caso, parece clara la preferencia del régimen establecido en los artículos 1.406 y 1.407 que, a lo más, y respetando los límites del artículo 1.379, podrán conducir a que se entienda legado el valor que la cosa tuviera al tiempo del fallecimiento. La cuestión es, si cabe, más clara si tenemos en cuenta que el derecho sobre los bienes que enumera el artículo 1.406 puede no ser utilizado por el cónyuge o que, incluso pudiéndolo ejercitar sobre varios de ellos, elija solamente alguno o algunos de esos bienes y deje otros (109). En

(105) Cfr. RAMS, *op. cit.*, p. 1.034, y FONSECA, *op. cit.*, pp. 34 y ss. Sin embargo, para el primero de estos autores, cuando la designación testamentaria recae sobre una cosa no atribuible, según él debe estarse a lo dispuesto en el testamento, que obliga pues a los herederos a modo de carga, cuestión con la que no estamos de acuerdo.

(106) Cfr. GARRIDO DE PALMA y otros, *op. cit.*, p. 196.

(107) Cfr. GARRIDO DE PALMA y otros, *op. cit.*, pp. 15 y 198-99.

(108) Cfr. GÓMEZ LAPLAZA, *De los bienes parafernales*, cit., p. 636, y DOMÍNGUEZ LUELMO, *El pago en metálico... cit.*, pp. 51 y ss.

(109) Sobre esta posibilidad, cfr. GARRIDO DE PALMA y otros, *op. cit.*, p. 174. La cuestión plantea la problemática de que por esta vía se agote el caudal partible, dada la restricción que parece imponer el segundo inciso del art. 1.407 en cuanto al abono de la diferencia en metálico.

Sobre esto, ver las diversas soluciones planteadas por GARRIDO DE PALMA y otros,

dicho caso, de caer éstos en el lote del testador, no habría problema para el cumplimiento *in natura* de tal disposición testamentaria.

5. *Disposición testamentaria de bienes comprendidos en el artículo 1.321 del Código civil*

Según hemos visto, a través de los artículos 1.406 y 1.407 del Código civil, a pesar de romperse la igualdad cualitativa de los lotes en la división de la masa común, se respeta siempre la igualdad desde el punto de vista cuantitativo. Hay, sin embargo, un caso previsto en el Código civil en que ni siquiera se respeta esta igualdad cuantitativa. Nos estamos refiriendo al supuesto regulado en el artículo 1.321, según el cual, a la muerte de uno de los cónyuges, las ropas, mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos, se entregan al que sobreviva, sin computárselo en su haber (110).

Dicho precepto, incorporado también a nuestro Código civil, como los anteriores, a través de la reforma operada por Ley de 13 de mayo de 1981, recoge en cierta manera la fórmula que aparecía en el antiguo artículo 1.420 del Código civil, conforme al cual no se incluían en el inventario ciertos bienes concretos que se entregaban al cónyuge supérstite (111). No obstante, el actual artículo 1.321 presenta notables diferencias, aparte del respetable cambio de enfoque que supone incluir en el n.º 7 del artículo 1.346 del Código civil como bienes privativos «las ropas y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor».

El régimen legal del artículo 1.321 es diferente del que el Código establece en los artículos 1.406 y 1.407. Y esta diferencia de régimen es la que nos va a permitir extraer unas conclusiones diferentes a las anteriormente mantenidas, cuando la disposición testamentaria recaiga sobre alguno de los bienes a que se refiere el artículo 1.321.

op. cit., pp. 181 y ss.; RAMS ALBESA, *op. cit.*, pp. 1.011 y ss.; REAL PÉREZ, *Intangibilidad...*, cit., pp. 146-47, y *Usufructo...*, cit., pp. 510-11.

(110) Sobre los precedentes del mismo, vid. DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código civil...*, cit., XVIII-1.º, 2.ª ed. 1982, p. 134, nota b.

Un supuesto similar se encuentra regulado en el art. 57 de la Compilación aragonesa, y ha sido introducido *ex novo* en el ap. 2.º de la Ley 90 de la Compilación navarra, conforme a la redacción dada al mismo por Ley Foral 5/1987, de 1 de abril.

(111) Según el art. 1.420 del Código civil en su antigua redacción: «no se incluirán en el inventario los efectos que constituyan el lecho de que usaban ordinariamente los esposos. Estos efectos, así como las ropas y vestidos de su uso ordinario, se entregarán al que de ellos sobreviva».

Dentro de la regulación de la dote, la misma solución aparecía en cuanto a esos mismos bienes en el art. 1.374. Por lo que respecta a los vestidos de luto para la viuda, idéntica solución aparecía en el art. 1.427 (y correlativamente en el art. 1.379 dentro del capítulo dedicado a la dote).

Ciertamente la importancia de estos bienes es mucho menor, por cuanto el segundo párrafo de dicho precepto establece que «no se entenderán comprendidos en el ajuar las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor» (112). Sin embargo, para el caso de que una disposición *mortis causa* recaiga sobre los mismos, es necesario que nos cuestionemos su validez y, de aceptar ésta, si entra dentro de la previsión que establece el artículo 1.380 del Código civil.

Primeramente debemos destacar las diferencias existentes entre el artículo 1.321 y los artículos 1.406 y 1.407 del Código civil. En cuanto a la posibilidad de aplicación de uno y otros preceptos, parece claro que, ubicado el 1.321 dentro del capítulo dedicado al régimen económico matrimonial primario, será aplicable por tanto a cualquier régimen matrimonial. Por el contrario, las previsiones del artículo 1.406 se refieren sólo al régimen legal de gananciales (113). No obstante esto, constituida la sociedad de gananciales, parece que los bienes a los que se refiere el artículo 1.321 tendrán, por regla general, carácter común si no entran dentro del campo de aplicación del artículo 1.346, núm. 7, ni del 1.406 del Código civil.

Por otro lado, el artículo 1.321 sólo se aplicaría a los casos de disolución *mortis causa* de la sociedad de gananciales, y no así el 1.406, en el que entrarían todos los casos de disolución previstos en los artículos 1.392 y 1.393 del Código civil, si exceptuamos el supuesto regulado en el núm. 4 de aquel artículo, aplicable únicamente a la disolución por causa de muerte (114).

Con la misma excepción del núm. 4, parece claro que en el caso del artículo 1.406 existe entre los bienes y el cónyuge atributario un vínculo de unión personal que no se da respecto al otro cónyuge.

(112) Es notable el esfuerzo de la doctrina por interpretar lo que deba entenderse por «extraordinario valor», si bien se refiere en general al art. 1.346, núm. 7, en contraposición al 1.406, 1.º Así, mientras que para unos son de extraordinario valor los bienes que excedan de la adquisición corriente de objetos necesarios para la subsistencia conforme al contenido de la obligación legal de alimentos (cfr. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Doctrina...*, cit., p. 1967, y *Régimen económico...*, cit., p. 354), para otros la valoración ha de hacerse atendiendo el nivel económico y social de cada familia (en este sentido, GARCÍA CANTERO, en CASTAN, *Derecho civil...*, cit., V-1.º, 1983, p. 475; LACRUZ y SANCHO, *Elementos...*, cit., IV, p. 412; MARTÍNEZ CALCERRADA, *El nuevo Derecho...*, cit., II, p. 331; DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código civil...*, cit., XVIII-2.º, p. 105; GARRIDO DE PALMA y otros, *op. cit.*, pp. 27-8).

De aceptar esta segunda postura, proyectada sobre el art. 1.321, tendríamos que podría ampliarse bastante el campo de los objetos a que este precepto se refiere.

(113) Cfr. FONSECA, *op. cit.*, p. 17; GARRIDO DE PALMA y otros, *op. cit.*, p. 159, nota 298; DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, cit., XVIII-1.º, p. 138.

(114) Cfr. GARRIDO DE PALMA y otros, *op. cit.*, p. 160, nota 298; FONSECA, *op. cit.*, p. 17; DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, cit., XVII-1.º, pp. 135-36; O'CALLAGHAN, *Compendio...*, cit., IV, p. 68; J. M. CABRERA HERNÁNDEZ, «Algunas notas sobre los nuevos artículos 1.315 a 1.324 del Código civil», *R.G.L.J.*, 1982, p. 145.

Por su lado ALBALADEJO, *Curso...*, cit., IV, p. 158, entiende que el art. 1.321 se aplica también a los casos de declaración de fallecimiento.

Tal vinculación, en los bienes a que se refiere el artículo 1.321, se da por igual respecto a ambos cónyuges (115).

Además de esto, es necesario resaltar que, en el caso del artículo 1.321, los bienes se adquieren por el cónyuge supérstite siempre por ministerio de la ley (116). Por el contrario, en el caso de los artículos 1.406 y 1.407 se necesita una expresa declaración de voluntad del cónyuge titular del derecho de atribución preferente (117).

Finalmente, conviene destacar que los bienes a que se refiere el artículo 1.321, según el tenor del mismo, no se computan en el haber del cónyuge sobreviviente, mientras que ello no sucede —tal y como hemos visto— en el caso de los artículos 1.406 y 1.407, en los que, en caso de que la atribución preferente exceda del haber correspondiente al adjudicatario, se procede al abono de las diferencias en metálico (118).

Parece necesario centrarse en esta última consideración que marca —a nuestro juicio— la diferencia de regímenes entre uno y otro supuesto a los efectos de que se disponga *mortis causa* de esos bienes cuando tengan naturaleza ganancial. En este sentido, se ha defendido por algunos autores que lo que el artículo 1.321 establece es una *mortis causa capio* (119), una atribución *ex lege* de bienes que se entregan al cónyuge sobreviviente por interversión del título posesorio y previa a la formación del inventario (120).

(115) Cfr. FONSECA, *op. cit.*, p. 17. Por otro lado, en cuanto a la extensión de ambos preceptos, parece claro que en el caso del art. 1.321 éste es mucho más restringido, referido sólo a los bienes que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común.

Además de ello, como recuerdan GARRIDO DE PALMA y otros, *loc. y nota últ. cit.*, «es necesario resaltar que el art. 1.321 solamente se refiere a la vivienda habitual común de los esposos, sin prejuzgar en absoluto la cuestión acerca de otros ajuares, como el profesional, el personal, o el de otras viviendas que no sean habituales». En sentido parecido, ALBALADEJO, *Curso...*, cit., IV, p. 159; y Díez-PICAZO, *Comentario a las reformas...*, cit., II, p. 1.508.

(116) Cfr. Díez-PICAZO, *op. últ. cit.*, p. 1.507; DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, cit., XVIII-1.º, p. 137.

(117) Cfr. FONSECA, *op. cit.*, p. 17.

(118) En este sentido GARRIDO DE PALMA y otros, *op. cit.*, p. 160, nota 298. En cuanto al abono del exceso de la diferencia en metálico, el problema está en los números 1.º y 2.º del art. 1.406, dado el carácter restrictivo que impone, como vimos, el inciso segundo del art. 1.407. En opinión de estos autores, *op. cit.*, p. 185, nota 351, y REAL PÉREZ, *Intangibilidad...*, cit., p. 146. y *Usufructo...*, cit., p. 510, la cuestión podría salvarse admitiendo en estos casos los suplementos en metálico, no como regla ordinaria, sino únicamente cuando razones objetivas lo aconsejen.

O'CALLAGHAN, *op. cit.*, p. 169, admite sin más y en todo caso la posibilidad de compensar las diferencias en metálico.

De cualquier forma, queda claro que, sea cual sea la postura a seguir, las atribuciones preferentes de bienes se computan en el haber correspondiente al cónyuge tras la liquidación de la sociedad de gananciales, al contrario de lo que ocurre con el derecho de preterición del art. 1.321 del Código civil.

(119) Así, CABRERA HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 145. Vid. también LACRUZ y SANCHEO, *Elementos...*, cit., V, 2.ª ed. 1988, p. 575, en que lo admiten sólo en cierto modo, con las matizaciones que hacen en *Elementos...*, cit., IV, pp. 492-3.

(120) En este sentido, configurándolo también como una *mortis causa capio*, DE

Otros autores niegan, en cambio, esta configuración como legado legal del derecho contemplado en el artículo 1.321 del Código civil, defendiendo que estamos ante una operación particional que no afecta al haber del adjudicatario «una atribución legal de elementos patrimoniales que de otro modo serían partibles, porque son normalmente gananciales, que debe materializarse en la partición, pero como expresión de un derecho anterior, como don de supervivencia instituido por la ley» (121); o también, como se ha dicho, «una especialidad en la liquidación de la sociedad conyugal (...) referida exclusivamente al ajuar de la vivienda habitual común de los esposos» (122).

En definitiva, el régimen del artículo 1.321 del Código civil es independiente de la liquidación y división ordinarias de la sociedad de gananciales. Su especialidad consiste en que dentro de las operaciones particionales, y como consecuencia de un derecho anterior, se detraen ciertos bienes que se entregan directamente al supérstite, y que además no se le computan en su haber, con lo cual no se comprenden dentro de la mitad a la que alude el artículo 1.404 del Código civil.

La cuestión es independiente de que el cónyuge sea o no sucesor del difunto. Por otro lado, en nada influye para la aplicación de este régimen el hecho de que los bienes sean en todo o en parte del cónyuge premuerto o gananciales, ya que en ambos casos se entregan al sobreviviente sin que se le cuenten como pago de su porción en los gananciales, ni mucho menos como parte de la herencia que pueda corresponderle de su cónyuge difunto. Esto se ve más claro en el caso inverso, es decir, aquel en que los bienes constitutivos del ajuar sean propiedad del cónyuge sobreviviente. Aquí no habría nece-

LOS MOZOS, *Comentarios...*, cit., XVIII-2.º, p. 499, aunque añade que ello no quita para que goce de preferencia en relación con las deudas comunes. Y con matizaciones, DíEZ-PICAZO, *Comentarios...*, cit., pp. 1507-8; y E. MASIDE MIRANDA, *Legítima del cónyuge supérstite*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1989, p. 430.

(121) Cfr. RAMS ALBESA, *op. cit.*, pp. 941-2. En este sentido parecido, E. GARRIDO CERDA, «Derechos de un cónyuge sobre los bienes del otro», *R.D.N.*, núm. 115, 1982, p. 109; y ALBALADEJO, *Curso...*, cit., p. 157. Según éste «el precepto, que creo imperativo (...), concede, sólo "para caso de muerte del otro", al sobreviviente, el derecho, no hereditario, sino "económico-matrimonial", a que, si no era suyo, le sea entregado "en propiedad gratuitamente"» (el subrayado es nuestro).

(122) Cfr. GARRIDO DE PALMA y otros, *op. cit.*, p. 159, nota 298. En sentido parecido, LACRUZ y SANCHO, *Elementos...*, cit., IV, pp. 492-3: «la detracción de aventuras constituye una operación de la liquidación, y no confiere al cónyuge sobreviviente derecho alguno a ser preferido a los acreedores de la comunidad. Pero se trata de una operación propiamente particional: lo que recibe el sobreviviente no representa ninguna porción del haber partible: no se cuenta, por ejemplo, a efectos del cálculo de la lesión, ni podrá el cónyuge atributivo pedir saneamiento en caso de evicción o vicios ocultos».

En contra, para J. A. ALVAREZ CAPEROCHIPI, *Curso de Derecho de Familia, I, Matrimonio y Régimen económico*, Civitas, Madrid, 1988, p. 279, los bienes a que se refiere el art. 1.321 se tienen que computar para fijar la legítima de los herederos forzosos.

sidad de atribuírselos, ni por supuesto tendría derecho a nada en su lugar (123).

Por tanto, y a lo que nos interesa, en el caso de que los bienes a que hace referencia el artículo 1.321 del Código civil sean gananciales, parece que cualquier disposición testamentaria recayente sobre los mismos debe ser ineficaz (124). No entran dentro del ámbito de aplicación del artículo 1.379 porque ya hemos dicho que no se comprenden dentro de la mitad a que alude este artículo y el 1.404 del Código civil. Por otro lado, y con mayor razón, tampoco les será de aplicación el artículo 1.380. Este contempla la posibilidad de que los bienes de que se dispone caigan, tras la liquidación y división del haber común, en el lote del testador o en el del otro cónyuge, posibilidad que no se puede dar nunca en el caso del artículo 1.321, porque los bienes pasan directamente y siempre al sobreviviente, y ni siquiera se computan en su haber.

Parece claro, pues, que a la disposición *mortis causa* de bienes gananciales sujetos al artículo 1.321 no se aplica ni siquiera el último inciso del artículo 1.380, en el sentido de considerar legado el valor de los mismos al tiempo del fallecimiento, ya que esta solución está prevista para el caso de que los bienes se adjudiquen en el lote del cónyuge supérstite, cosa que no sucede en el caso del artículo 1.321, en el que la entrega de los mismo se hace independientemente de las operaciones a que se refieren los artículos 1.399 y ss. del Código civil.

IV. PARTICION HECHA POR EL TESTADOR EN LA QUE SE INCLUYEN BIENES GANANCIALES

Es tradicional en nuestra jurisprudencia la doctrina según la cual la partición hecha por el testador al amparo del artículo 1.056 del

(123) En este sentido, ALBALADEJO, *Curso...*, cit., IV, p. 159.

No obstante, según el art. 15 de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, de 18 de diciembre de 1987, a efectos fiscales: «El ajuar doméstico formará parte de la masa hereditaria y se valorará conforme a las reglas establecidas para el Impuesto sobre el Patrimonio Neto, a menos que se pruebe fehacientemente su inexistencia o que su valor es inferior al que resulta de la aplicación de las mismas».

El precepto en cuestión se muestra en franca contradicción con lo previsto en el art. 1.321 del Código civil. Sobre esto, vid. J. ARIAS VELASCO y L. RODRÍGUEZ ROJO, *Manual del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones*, Barcelona, 1988, p. 45; B. CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, *Comentarios a la Ley del Impuesto de Sucesiones y Donaciones*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1988, p. 48; J. L. MARTÍN MORENO, *Comentarios a la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (Formularios)*, Comares, Granada, 1988, pp. 51-2

(124) Sería igualmente ineficaz aunque tales bienes fueron propiedad del cónyuge disponente. En este sentido, según DÍEZ-PICAZO, *Comentarios...*, cit., p. 1508; y MANSIDE MIRANDA, *op. cit.*, p. 430, cualquier disposición testamentaria que al respecto se realice es nula.

Código civil no puede incluir bienes gananciales (125). El párrafo 1.º de dicho artículo habla de partir «sus bienes», con lo que parece referirse sólo a aquellos que sean propiedad exclusiva del testador, quedando excluidos por tanto los bienes gananciales, que no son privativos de ninguno de los cónyuges.

Como se afirma en la Resolución de la D.G.R.N. de 13 de octubre de 1916, «si bien conforme a los términos del artículo 1.056 del Código civil, cuando el testador hiciese por acto entre vivos o por última voluntad la partición *de sus bienes*, se pasará por ella en cuanto no perjudique a los herederos forzosos, es necesario, para dar efectividad a tales disposiciones, que los bienes distribuidos sean propios del causante; es decir, estén en su disponibilidad, pues de otro modo, las facultades concedidas al mismo para dividir, liquidar y adjudicar el caudal propio, se harían extensivas a derechos ajenos, con el pretexto de hallarse íntimamente ligados a los suyos» (126).

Ante este problema, la doctrina, tras negar la posibilidad de incluir en la partición bienes comunes, generalmente acudía a la solución de la partición conjunta o al acuerdo entre ambos cónyuges sobre la futura liquidación y división del caudal común (127). El problema estaba en que podía no haber lugar a tal acuerdo o que, incluso existiendo éste, no pudiera ser llevado a término en la manera prevista, por los diferentes avatares que, en las operaciones liquidatorias y divisorias, sufriesen los bienes de la sociedad conyugal.

De esta manera, los resultados de la partición realizada por el testador al amparo del artículo 1.056 podían quedar frustrados si, tras la liquidación y división del patrimonio común, los bienes comprendidos en aquélla no eran adjudicados a su lote. Además de esto, de adjudicársele otros bienes gananciales diferentes, tendríamos que la partición total que pretendió hacer el testador será en la práctica una partición parcial, perfectamente admitida por la doctrina (128),

(125) Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 12 diciembre 1959 (*R.J.A.* 4499), 20 mayo 1965 (*R.J.A.* 2602), 25 noviembre 1966 (*R.J.A.* 5548), 17 mayo 1974 (*R.J.A.* 2068), 3 marzo 1980 (*R.J.A.* 1016), 5 junio 1985 (*R.J.A.* 3095), 7 diciembre 1988 (*R.J.A.* 9301).

(126) Cfr. *J. R.*, IV, p. 1319.

(127) Cfr. DE LA CÁMARA, *El legado...*, cit., pp. 529 y ss., y ampliamente, 544 y ss.; DE DIEGO, *Dictámenes...*, cit., III, pp. 615 y ss.; DE LOS MOZOS, «La partición de herencia por el propio testador», *R.D.N.*, núm. 27, 1960, pp. 213 y ss.; A. RODRÍGUEZ ADRADOS, «La partición hecha por el testador», *R.D.N.*, núm. 68, 1970, p. 226; F. PUIG PENA, *Compendio de Derecho civil español*, VI, 2.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 1972, p. 57; LACRUZ y SANCHO, *Elementos...*, cit., V, pp. 181-182; ALBALADEJO, *Curso...*, cit., V, p. 135, ORTÍ, *op. cit.*, pp. 675 y ss.

(128) Cfr. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios...*, cit., VI, vol. 3.º, p. 1992; ROCA SASTRE, «Partición de herencia por actos *inter vivos*», en *Estudios de Derecho Privado*, cit., II, p. 380; DE LOS MOZOS, *op. últ. cit.*, pp. 215-6; RODRÍGUEZ ADRADOS, *op. últ. cit.*, p. 230; DE LA CÁMARA, *op. últ. cit.*, p. 539, nota 112.

Vid. asimismo la sentencia del Tribunal Supremo de 6 marzo 1945 (*R.J.A.* 272) en que se establece claramente esta posibilidad.

pero que no evitará el nacimiento de la comunidad hereditaria sobre esos otros bienes, contra la presumible intención del testador.

La problemática es grave dada la frecuencia del régimen legal de gananciales que es el supletorio en nuestro Derecho (artículo 1.316 del Código civil), resultando, según se ha dicho «jurídicamente imposible que ninguno de los esposos pueda hacer uso separado del artículo 1.056 durante la comunidad conyugal en cuanto a los bienes conсорsiales» (129). Para algún autor, incluso, tal posibilidad sería incompatible con los artículos 669 y 670 del Código civil, y haría inaplicable el artículo 1.068 del Código civil (130).

Sin embargo, ya antes de la reforma de 1981 había sido aceptada por un sector doctrinal la validez de estos actos sobre bienes gananciales. Para unos autores tenían sólo un carácter eventual e incierto, y sólo lograban plena efectividad si el cónyuge viudo los confirmaba (131).

Según otros, la partición testamentaria en la que se incluían bienes gananciales debía contemplarse con un criterio análogo al del legado, teniendo en cuenta la condición de sucesor universal del heredero y el debido respeto a las cuotas hereditarias si éstas habían sido fijadas por el testador (132).

Para otros, en cambio, partiendo del antiguo artículo 1.414 del Código civil, no había ningún inconveniente legal en que el testador dispusiera *mortis causa* de los bienes gananciales que le correspondiesen a la fecha de la liquidación. Tal disposición no sólo podía hacerse de modo genérico o global, sino también de manera específica y determinada, señalando por medio de las correspondientes hijuelas los bienes que debían adjudicarse a los herederos. No obstante, el testador debía prevenir la adjudicación de los bienes en el otro lote y ordenar para esta hipótesis que el crédito que tenía sobre esos bienes fuera pagado al heredero con otros bienes de la sucesión o metálico, utilizando el párrafo 2.º del artículo 1.056 (133).

Finalmente, para algún autor, aceptando que la partición de los bienes gananciales está supeditada a que, en la liquidación y división del patrimonio común, aquéllos sean adjudicados en el lote del testador, se debían diferenciar los supuestos de partición con fijación de

(129) Cfr. SANCHO REBULLIDA, «Partición de herencia», en *Estudios de Derecho civil*, I, Eunsa, Pamplona, 1978, p. 522.

(130) Cfr. R. REINO CAAMAÑO, «El artículo 1.056 del Código civil», en *Foro Gallego*, 1950, pp. 29 y ss. Aparte de ello, no se correspondería bien —según dice— con el ejercicio de la delegación de la facultad de mejorar del art. 831 del Código civil.

(131) Cfr. PUIG PEÑA, *op. cit.* y *vol. últ. cit.*, p. 57.

(132) Cfr. LACRUZ BERDEJO, en LACRUZ-ALBALADEJO, *Derecho de Familia. El matrimonio y su economía*, Bosch, Barcelona, 1963, p. 544.

(133) Cfr. GÓMEZ MORÁN, «Testamento-partición», *R.C.D.I.*, XXII, 1949, pp. 611 y ss.

cuotas de aquellos otros en que el testador, sin esa previa fijación, repartía la herencia por vía de adjudicaciones concretas.

En el primer caso, dado que del testamento resulta la proporción en que el testador ha querido repartir su herencia entre los herederos, y en aplicación de los principios que se desprenden de la regulación de los supuestos de lesión y evicción, si los bienes asignados no son adquiridos por el adjudicatario, en vez de proclamar la total ineficacia de la partición «procederá conceder a éste una indemnización previo el reajuste del valor de las cuotas de acuerdo con el resultado definitivo que arroje la liquidación de la sociedad conyugal. La indemnización habrá de hacerse efectiva en dinero, proporcionalmente por los demás herederos, que es la solución legal para el caso de evicción» (134).

Por el contrario, en el segundo caso no puede decirse que las adjudicaciones hechas por el testador sean un medio para cubrir una cuota previamente determinada, ya que falta esa fijación previa de las cuotas. Aquí, pues, no puede mantenerse la misma solución y entender que la voluntad del testador habría sido la de otorgar una indemnización al perjudicado, a cargo de los demás herederos, ya que éstos no han recibido más que lo que el testador les ha asignado. Por tanto se debe sostener que el adjudicatario de un bien ganancial que no haya correspondido al lote del testador nada podrá reclamar de los demás herederos; aunque si en el lote del causante entran otros bienes comunes diferentes, no adjudicados especialmente a otros, podrá acreditar derecho a tales bienes, con el límite de lo que valían los que a él se adjudicaron (135).

La cuestión ha quedado para nosotros más clara tras la reforma y, en este sentido, deben ponerse en relación los nuevos artículos 1.379 y 1.380 del Código civil con el artículo 1.056 del mismo cuerpo legal. Los artículos 1.379 y 1.380, como dijimos, no establecen distinción alguna. Se refieren a *disposiciones testamentarias* y caben, por consiguiente, tanto las hechas a título de herencia como de legado. Nada impide, a nuestro entender, que el testador incluya en la partición de sus bienes, al amparo del artículo 1.056, bienes gananciales concretos. Lo que ocurre es que en este caso dicha disposición estará supeditada a los resultados de la liquidación de la sociedad de gananciales y, desde luego, debe respetar el límite cuantitativo que establece el artículo 1.379 del Código civil (136).

(134) Cfr. DE LA CÁMARA, *El legado...*, cit., pp. 532 y ss. La frase entrecuillada pertenece a la p. 538.

(135) Cfr. DE LA CÁMARA, *op. ult. cit.*, pp. 539 y ss.

(136) Cuestión distinta es que el testador, previendo una posible extralimitación en este sentido, ordene que la disposición en cuanto al exceso valga como legado de cosa ajena.

La cuestión se planteó antes de la reforma en la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 marzo 1980 (*R.J.A.* 1016), en que la testadora realiza la partición de la herencia

No obstante, la especialidad que plantea el artículo 1.056 del Código civil estriba precisamente en que, a través del mismo, el testador quiere evitar *ab initio* la existencia de comunidad hereditaria. Por tanto, admitir que cabe incluir en la partición bienes gananciales supone, como se ha dicho, que la partición será siempre parcial, y así, tras la liquidación y división del haber común «ofrecería una ventaja práctica digna de atención: el poder compensarse, con los bienes que correspondieran al causante en la liquidación de la sociedad conyugal, los defectos de la partición hecha por él —impugnable por lesión conforme al artículo 1.075 del Código civil—, respecto de las cuotas por él mismo señaladas en el testamento» (137).

La cuestión es importante. Cuando el testador utiliza el artículo 1.056, el efectivo cumplimiento de la partición, en cuanto a los bienes gananciales se refiere, está supeditado a que éstos sean adjudicados en su lote tras la liquidación y división del haber conyugal. De esta manera, es aconsejable que el testador prevea la posibilidad contraria, y arbitre de algún modo la suerte que deben correr tales disposiciones. Lo que desde luego no parece viable es entender aplicable aquí la solución que contempla el segundo inciso del artículo 1.380. Si los bienes gananciales no son adjudicados en el lote del testador tendríamos un legado o varios por el valor que tenían los mismos y, además, otros bienes gananciales que han venido a sustituir a aquéllos, lo que no parece que pueda haber sido querido por el testador (138).

incluyendo sus bienes propios, los bienes pertenecientes a la sociedad de gananciales todavía no liquidada y los bienes de su cónyuge premuerto, ordenando que, en cuanto a los bienes que no son suyos, valga la disposición en favor de los herederos como legado de cosa ajena.

El Tribunal Supremo, sin embargo, declaró nula la partición sobre la base de que «la condición impuesta por la testadora de respetar una partición en la que se dispone como de bienes propios de aquellos que ya corresponden a los herederos como causahabientes de su padre es contraria a la ley suponiendo una verdadera coacción para los herederos, y la partición así efetuada es nula con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.414, según el cual el testador no puede disponer en testamento más que de su mitad de gananciales y no habiéndose liquidado la sociedad conyugal es evidente que la testadora dispuso de aquellos que no le pertenecían procediendo en consecuencia la estimación del motivo y asimismo la del primero en que se denuncia la violación del 1.414 y otras reglas legales».

Habría que ver si el criterio del Tribunal Supremo hubiera sido el mismo en el caso de que la testadora se hubiera limitado a partir sus bienes propios y los pertenecientes a su parte de gananciales, sin extenderse a los bienes de su cónyuge premuerto.

(137) Cfr. SANCHO REBULLIDA, *Partición de herencia*, cit., p. 524.

(138) Imaginemos, simplificando mucho las cosas, que el testador tiene un bien privativo por valor de 10 y, dentro del patrimonio ganancial, existen dos bienes por valor de 10 cada uno. Instituye herederos a sus dos hijos, adjudicando a X el bien privativo y a Y uno de los bienes gananciales. En la liquidación de la sociedad conyugal se adjudica en el lote del testador el bien del que no dispuso, por lo que, aplicando literalmente el art. 1.380 del Código civil, la herencia estaría constituida por el bien privativo, uno de los gananciales y un legado por el valor del bien que se adjudica en el lote del cónyuge sobreviviente.

Podría defenderse la validez de los legados, previo reajuste del valor de las cuotas en cuanto a los bienes gananciales de que no dispuso el testador y que se adjudican en su haber; pero, en definitiva, si la solución del artículo 1.380 del Código civil se fundamenta en la presumible intención del causante, parece que se debe prescindir del mismo cuando el testador así lo declare, expresamente, o de una manera tácita, como sucede en el caso del artículo 1.056. Con arreglo a éste, el testador ha querido realizar una partición completa de su patrimonio, con lo que no es lógico pensar que la herencia se puede incrementar con los legados de valor, producto de los resultados de la liquidación de la sociedad de gananciales, y que los bienes comunes de que no dispuso, pero que se le adjudican en su lote, no están incluidos en la partición y pertenecen a todos los herederos *pro indiviso*.

En este orden de cosas, podría ser aconsejable que el cónyuge disponente previera esta circunstancia en el testamento y, ante el evento de que los bienes comunes que distribuye no caigan en su haber, ordene que sean sustituidos por los demás que vengan a reemplazar a aquéllos. Incluso, ante la falta de una voluntad expresa en tal sentido, podría mantenerse que, para este caso, la voluntad del testador habría sido la de completar o llenar el lote del adjudicatario de bienes gananciales, que no cayeron en su lote tras la liquidación, con los otros bienes asignados a su porción, que no habrán sido atribuidos expresamente a nadie.

Así, no hay duda de que se respetaría mejor la partición tal como ha sido prevista en el testamento. Ello no obstante, esta solución parece más fácil de mantener en el caso de que el testador haya fijado previamente las cuotas en que van a heredar los coherederos, que en el de reparto directo por vía de asignaciones concretas. En este último parece más difícil presumir una voluntad del testador en el sentido de sustituir en la partición un bien por otro, ya que precisamente la asignación se hace como medida de la institución. De cualquier forma, el testador debe saber que la disposición de los bienes gananciales está sujeta a los resultados de la liquidación y división del haber conyugal y no es, por tanto, ilógico suponer que en estos casos habría querido asignar al heredero los bienes que han venido a caer en su lote, en sustitución de aquellos de los que dispuso. La cuestión, como veremos, guarda su importancia cuando el beneficiario de la institución es un heredero forzoso.

En cualquier caso, la solución propuesta siempre tendrá más ventajas que la de considerar inaplicable el artículo 1.056 a los bienes gananciales. Siguiendo este criterio, el testador sólo podrá utilizar el mismo en cuanto a los bienes privativos, por lo que siempre surgirá comunidad hereditaria respecto a la cuota que le pertenezca en los gananciales tras la liquidación. Si, a través del artículo 1.056, se pretende evitar la situación de *pro indiviso*, difícilmente va a tener aplicación práctica dicho precepto.

Además de ello, no resulta lógico admitir la posibilidad de disponer de los bienes gananciales a título de legado, y negarla cuando se dispone a título de herencia a través del artículo 1.056. Cuando éste utiliza la expresión «sus bienes», debe entenderse referida, no a los privativos, sino a todos aquellos que compongan su herencia. En este sentido, no hay problema para incluir la parte de los bienes de la sociedad conyugal que pertenezca al difunto. Como afirma Albaladejo, «mientras que esta sociedad no se haya liquidado, en la comunidad hereditaria sólo está comprendida la cuota ideal que al difunto perteneciese en aquélla. Practicada la liquidación, son los bienes concretos que se adjudican en pago de la misma los que pasan a formar parte de la comunidad hereditaria» (139).

En el Derecho francés, donde también se ha planteado la cuestión, la Corte de Casación ha declarado la nulidad del *testament-partage* en el que uno de los padres dispone de un bien común en favor de uno de sus hijos, precisamente por pertenecer el bien a la sociedad conyugal (140). Sin embargo, la doctrina, a partir sobre todo de las reformas operadas por la Ley de 7 de febrero de 1938 y el Decreto-Ley de 17 de junio de 1938, se ha mostrado favorable a aplicar a la denominada *partage d'ascendant* la misma solución que el artículo 1.423 del Code establece para los legados (141).

En definitiva, no creemos que exista ningún obstáculo para permitir al testador incluir en la partición bienes gananciales. Ciertamente dicha disposición siempre tendrá como límite la participación que al causante corresponda en el patrimonio común, por lo que estará sujeta a los resultados de la liquidación de la sociedad conyugal; pero, practicada ésta, ya nada impide que se cumplan las previsiones del testador. Por otro lado, aunque la liquidación y división de la sociedad de gananciales sea una operación previa y distinta de la partición de la herencia de uno de los cónyuges, en la práctica se suelen hacer juntas (142), lo que facilita bastante las cosas en cuanto a la solución que hemos defendido.

(139) Cfr. ALBALADEJO, *Curso...*, cit., V, p. 126.

(140) Cfr. Sentencia Civ. de 28 enero 1953 (*J.C.P.*, ed. N., 1954, II, 8129, con nota de VOIRIN). La sentencia casa una decisión de la Cour d'Angers, que había dado validez a tal disposición con base sobre todo en el criterio amplio establecido en las reformas de 1938 en cuanto a las compensaciones en valor entre los lotes.

(141) Cfr. los comentarios a la sentencia precitada de R. SAVATIER, en *R.T.D.C.*, LI, 1953, pp. 565 y ss.; y *R.T.D.C.*, LII, 1954, pp. 523 y ss.; y ampliamente, L. LIROSSIER, *Le partage des successions confondues*, LDGJ, Paris, 1963, pp. 132 y ss.

(142) Cfr. R. de 2 de febrero de 1960 (*J.R.*, IX, pp. 771-2).

V. CONTENIDO DE LA LEGITIMA ANTE EL REGIMEN JURIDICO DE LOS ARTICULOS 1.379 Y 1.380 DEL CODIGO CIVIL

1. *Liquidación de la sociedad de gananciales y contenido cualitativo de la legítima*

Entre las cuestiones que afectan al contenido cualitativo de la legítima global, no hay duda que debe destacarse en primer lugar la liquidación y división de la sociedad de gananciales. Dentro de ella, como vimos, los artículos 1.406 y 1.407 del Código civil posibilitan la atribución preferente de ciertos bienes gananciales en favor del cónyuge sobreviviente. Desde este punto de vista, parece claro que el ejercicio de tal derecho por el viudo va a influir en la configuración de los bienes que se atribuyan en el lote del testador, sobre los que se hará efectivo en su caso el derecho de los legitimarios.

Teniendo en cuenta esto, se ha afirmado que «la posible lesión de la intangibilidad cualitativa de la legítima depende de la decisión y de la opción del viudo» (143). La cuestión debe ser matizada. Parece claro que la opción del viudo determina la futura configuración de los lotes que se van a adjudicar tanto a él como al difunto, pero no creemos que por ello se pueda hablar de lesión a la legítima. Ni siquiera se puede argumentar en contra sobre la base de la remisión que el artículo 1.410 del Código civil hace a las reglas sobre partición y liquidación de la herencia, y entre ellas por tanto al artículo 1.061, que ordena configurar los lotes guardando en lo posible una igualdad cualitativa. La remisión del artículo 1.410 se hace para todo lo no previsto en el capítulo dedicado a la sociedad de gananciales, entre otras cosas, sobre división del caudal y adjudicaciones a los partícipes. Parece claro, pues, que el derecho de atribución preferente contenido en los artículos 1.406 y 1.407 forma parte del régimen general aplicable a la liquidación y división del haber común, como algo previo al modo de proceder para calcular la legítima.

Por otra parte, teniendo en cuenta que si los bienes atribuidos preferentemente al cónyuge viudo exceden de lo que le corresponde por gananciales, debe compensar a la otra parte en metálico, parece claro que éste formará parte del contenido material de su herencia, con lo que tampoco se puede considerar que se atente contra la legítima. El *relictum* a que se refiere el artículo 818 está formado por los bienes privativos del testador más lo que le corresponda tras la liquidación de la sociedad de gananciales, aunque sea metálico a través de las compensaciones del artículo 1.407 del Código civil.

Lo que no parece posible es defender que los bienes a que se

(143) Cfr. REAL PÉREZ, *Intangibilidad...*, cit., p. 145; y *Usufructo...*, cit., p. 509.

refiere el artículo 1.321 del Código civil se computan para fijar la legítima de los herederos forzosos (144). Si estos bienes se entregan directamente al cónyuge supérstite sin computárselos en su haber, no tiene ningún sentido que integren la base de cálculo de la legítima, porque ni se pueden imputar a la porción correspondiente al viudo, ni sobre los mismos podrán recaer las acciones de reducción por inoficiosidad.

2. *Los legitimarios como destinatarios de una disposición «mortis causa» de bienes gananciales*

Si admitimos la posibilidad de que la disposición *mortis causa* de un bien ganancial se cumpla mediante el equivalente pecuario, se plantea el problema de que el posible beneficiario de dicha disposición sea un legitimario que, como tal, tiene en principio derecho a recibir su legítima en cuerpos hereditarios.

Antes de la reforma de 1981, desde luego, tal caso no podía considerarse uno de los excepcionales previstos en el Código de pago de la legítima en metálico extrahereditario. La cuestión, sin embargo, estaba en estrecha relación con la postura mantenida en cuanto a la naturaleza jurídica de la legítima.

En principio, parece claro que, para los defensores de la teoría de la legítima *pars hereditatis*, el legitimario podría rechazar tal legado en valor y reclamar bienes hereditarios para cubrir su legítima. Así, como afirma De la Cámara «si sostuviéramos con Ortega Pardo, que el heredero forzoso no pierde su condición de tal en el supuesto de legado en lugar de legítima, figura que no es, a su juicio, más que la expresión de acto particional realizado por el testador al amparo del artículo 1.056 del Código civil, podríamos concluir que en el caso que estamos examinando el acto particional ha quedado sin efecto, ostentando el legitimario, que sigue siendo heredero, derecho íntegro a su cuota legítima» (145).

Dentro de la teoría de la *pars bonorum* el problema sería menor, en el sentido de que en cuanto legado sería apto para cubrir la legítima, en virtud del artículo 815 del Código civil; pero seguiría existiendo el obstáculo del derecho del legitimario a recibir bienes de la herencia.

Conforme a la peculiar postura que defiende Roca Sastre, en cambio, pensamos que no existiría en principio problema, ya que admite

(144) En este sentido, ALVAREZ CAPEROCHIPI, *Curso...*, cit., I, p. 279.

(145) Cfr. DE LA CÁMARA, *El legado...*, cit., p. 514, nota 89. Se refiere a la postura mantenida por G. ORTEGA PARDO, en *Naturaleza jurídica del llamado «legado en lugar de la legítima»*, INEJ, Madrid, 1945; y «Heredero testamentario y heredero forzoso», *A.D.C.*, III, 1950, pp. 321 y ss.

el pago de la legítima incluso mediante un legado de crédito (146). Dentro de la compleja construcción de García Valdecasas, si bien no se plantea directamente el problema, pensamos que no habría lugar a preterición, que estaría excluida por el artículo 815 (referido a la cuota de valor o de legítima), pero sí a la delación forzosa de la cuota reservada (147), con lo cual el problema se reconduciría a determinar si ese legado es o no apto para cubrirla.

Partiendo de que la legítima da derecho a una cuota del activo líquido y que puede ser dejada por cualquier título, ya sea herencia, legado o donación (artículo 815 del Código civil), parece viable que el legitimario pueda aceptar ese legado de valor, renunciando así a la impugnación del testamento por inoficiosidad (148). Ahora bien, teniendo en cuenta que el heredero forzoso no recibe en este caso bienes de la herencia, parece que tal legado no es apto para cubrir la legítima y que por ello, el legitimario puede utilizar las acciones de inoficiosidad (149).

Las dudas se plantean en cuanto al tipo de acción a utilizar en este caso. Para García-Bernardo el supuesto que estamos examinando es de preterición (150). No pensamos, sin embargo, que exista aquí preterición, desde el momento en que no sólo no se omite a aquél en el testamento, sino que se le asigna algo en pago de su legítima que, no obstante, puede no considerarse apto para cubrir ésta.

Como afirma Vallet, «también equivale a reconocer la legítima otorgar a un legitimario un legado de cosa ajena o de metálico extra-hereditario. Si ese contenido no es apto para cubrir la legítima, no por eso deja el legitimario de haber sido, explícitamente aunque no literalmente, reconocido como tal; por lo cual no deja de valer ese reconocimiento implícito, aunque no valga la determinación de un contenido no apto para satisfacerla» (151).

(146) Cfr. R. M. ROCA SASTRE, «Naturaleza jurídica de la legítima», *R.D.P.*, XXVIII, 1944, p. 205.

(147) Cfr. G. GARCÍA VALDECASAS, «La legítima como cuota hereditaria y como cuota de valor», *R.D.P.*, XLVII, 1963, pp. 966 y ss.

(148) Así lo pretende VALLET, *Apuntes...*, cit., pp. 281-2, para el caso de que el testador asigne al legitimario en pago de su legítima una cosa ajena o alguna cosa genérica que no exista en la herencia, interpretando analógicamente el núm. 3 del art. 820 del Código civil.

(149) En este sentido, A. GARCÍA-BERNARDO LANDETA, *La legítima en el Código civil*, Oviedo, 1964, p. 114. Más adelante, en p. 140, define la inoficiosidad como la «situación jurídica viciosa que surge en el momento de la muerte del causante, cuando los actos dispositivos y gratuitos de éste contravienen las normas reguladoras de la intangibilidad cuantitativa y cualitativa de la legítima».

(150) Cfr. GARCÍA-BERNARDO, *op. cit.*, p. 121. En el mismo sentido, del mismo autor, «Preterición formal y material y nulidad de la institución», *A.D.C.*, XXII, 1969, pp. 347 y ss., si bien aquí lo incluye dentro de los supuestos discutidos de preterición.

(151) Cfr. VALLET, «Contenido cualitativo de la legítima de los descendientes», *A.D.C.*, XXIII, 1970, p. 13, nota 4. En el mismo sentido, con otros argumentos, LACRUZ y SANCHO, *Derecho de Sucesiones*, cit., II, pp. 181 y ss. Indirectamente parece adoptar la misma solución, ALBALADEJO, «Para una interpretación del artículo 814-1.º del Código civil», *R.D.P.*, LI, 1967, p. 1039.

El supuesto, desde luego, tampoco encaja dentro del artículo 815, referido sólo a los casos en que se reciba menos de lo que por legítima corresponde; y mucho menos puede mantenerse que se trate de un supuesto de desheredación injusta (152).

Ante la falta de una solución directa en el Código civil para estos casos, nos inclinamos por considerar, siguiendo a De la Cámara, que la solución debe venir a través del artículo 806 del Código civil. En este sentido, y «puesto que la Ley reserva a favor de los legitimarios una cuota del patrimonio hereditario líquido, está claro que debe asistirles el derecho de reclamarla. No *ad libitum*, pues la cuota está sólo reservada y no deferida legalmente, pero sí cuando no reciban los bienes con que el testador pretendió sustituirla» (153).

En definitiva, como afirma Lacruz, la solución más razonable en estos casos es la de conceder al legitimario la elección entre lo que le ha atribuido el testador y su derecho de legítima, impugnando el testamento en este último caso, aunque sin poder recibir además las atribuciones testamentarias que infringían cualitativamente dicha legítima (154).

No obstante esto, parece que, incluso antes de la incorporación al Código civil de los nuevos artículos 1.379 y 1.380, podía plantearse hasta qué punto la asignación de metálico no hereditario en favor de un heredero forzoso, provocada por una disposición *mortis causa* de un bien ganancial, era o no apta cualitativamente para pagar la legítima, siendo como es la liquidación y división de la sociedad de gananciales anterior a la partición de la herencia.

La cuestión ha quedado más clara tras la reforma de 1981. En principio el legitimario sigue teniendo derecho a recibir su legítima *ipsa substantia patris*. Pero a las excepciones a esta regla contenidas en los artículos 821, 829 y 1.056,2 hay que añadir ahora la de los artículos 841 a 847 del Código civil. Con ellos, aunque se pueda seguir defendiendo el carácter excepcional del pago en metálico de la legítima, no hay duda de que dicha posibilidad se ha ampliado consi-

(152) Sobre esto último, cfr. DE LA CÁMARA, *Estudio...*, cit., pp. 805-6; LACRUZ y SANCHO, *op. y loc. últ. cit.*; y VALLET, *op. y loc. últ. cit.*

(153) Cfr. DE LA CÁMARA, *Estudio...*, cit., p. 802 y ss.

(154) Cfr. LACRUZ y SANCHO, *Elementos...*, cit., V, p. 521. En parecido sentido, siguiendo el mismo criterio que aplica el art. 820,3.º del Código civil, VALLET, *Apuntes...*, cit., pp. 281-2, y *Contenido cualitativo...*, cit., pp. 10 y ss., nota 4. Vid. asimismo DE LA CÁMARA, *Estudio...*, cit., p. 777, nota 110, y p. 807, nota 150; ALBALADEJO, *Curso...*, cit., V, pp. 382-3; J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, V-3.º, Bosch, Barcelona, 1983, p. 26.

Tras la reforma, ORTÍ, *op. cit.*, pp. 712 y ss., sigue el criterio de LACRUZ cuando se trata de legado de cosa ganancial. Sin embargo, cuando la atribución se realiza por vía particional, entiende que la solución debe venir a través del art. 1.080 Cc., ya que la anomalía se produce en sede de partición.

A mi juicio la anomalía, de existir, se produce en sede de legítimas, por lo que lo adecuado es acudir al art. 806, tal como he defendido en *El pago en metálico...*, cit., pp. 36-37.

derablemente. El artículo 841 no exige como presupuesto objetivo para su aplicación el dato de la indivisibilidad o incómoda división de los bienes, sino que basta con una orden del testador en este sentido. De este dato se desprende que lo que verdaderamente le importa al legislador es que el legitimario reciba un valor referido a unos bienes de la herencia. Valor que podrá ser pagado con esos mismos bienes o con dinero extrahereditario, siempre que se respete la intangibilidad cualitativa global de la legítima, en el sentido de que al menos un legitimario debe quedarse con los bienes y pagar a los demás su porción correspondiente.

Teniendo en cuenta esta visión amplia del contenido de la legítima, y ante la aparición de un precepto concreto como el artículo 1.380, que permite considerar legado el valor del bien ganancial cuando, tras la liquidación de la sociedad, éste no se adjudica en el lote correspondiente al testador, pensamos que hay razones de peso que aconsejen la admisión de esta figura, incluso cuando el destinatario del valor sea un legitimario.

Por un lado, ni la redacción del artículo 1.379, ni la del 1.380 permiten entender que la solución por ellos prevista deba ser diferente en el caso de que existan herederos forzosos. La ubicación, por otra parte, de estos artículos dentro del Capítulo IV, del Título III, del Libro IV del Código civil, dedicado a la sociedad de gananciales, hace pensar también que la aplicación de los mismos constituye un *prius* a cualquier operación sucesoria, y que su función está dentro de las operaciones particionales de liquidación y división del haber común, previas a toda partición hereditaria.

Así pues, a nuestro juicio, si un legitimario es el beneficiario de una disposición testamentaria de un bien ganancial, que no es adjudicado a la herencia del testador, deberá conformarse con el metálico que sustituya a aquél, ya reciba además otros bienes hereditarios o solamente el legado de dinero. Si éste no cubre cuantitativamente su legítima, la acción a utilizar será la de complemento del artículo 815, y no la de reclamación de su cuota reservada en bienes hereditarios. La única excepción estaría en el caso de los bienes a que se refiere el artículo 1.321. El legitimario beneficiario de una disposición sobre los mismos, que es ineficaz, deberá reclamar su legítima vía artículo 806, sin que exista, como vimos, preterición, ni derecho a recibir dinero en sustitución de aquellos bienes.

La cuestión, si cabe, puede ser matizada en los supuestos de que el testador distribuya singularmente tanto sus bienes propios como los que puedan corresponderle tras la liquidación del haber conyugal, ya sea a través del artículo 891 del Código civil (distribución de toda la herencia en legados), o a través del artículo 1.056 (partición de la herencia por el propio testador). En estos casos, según decíamos, al haberse dispuesto de todos los bienes individualizados, de adjudicarse uno o varios de ellos al lote correspondiente al supérstite, el

espacio dejado por éstos será cubierto por otros bienes gananciales, que serán por tanto caudal no distribuido.

Si el testador distribuye toda la herencia en legados, estos otros bienes parece que serán considerados como remanente y deberán ser atribuidos, pues, a los herederos *ab intestato*. Anteriormente nos hemos preguntado si tendría el legitimario algún derecho sobre esos otros bienes gananciales que se han incluido en la herencia del testador, en sustitución de los que éste dispuso y fueron a parar al lote del supérstite. De hacer una interpretación estricta del derecho de los legitimarios a recibir su legítima en cuerpos hereditarios, tal vez podría responderse en sentido afirmativo. En todo caso, el resultado práctico en uno y otro supuesto sería parecido, ya que todos los legitimarios entrarían a formar parte de la comunidad hereditaria que recae sobre esos bienes como herederos *ab intestato* y la reducción operaría, en definitiva sobre esos mismos bienes.

Entiendo que, al hacer uso en este caso de las acciones protectoras de las legítimas, la reducción debe afectar en primer lugar a la institución de heredero, con lo que el legitimario perjudicado recibirá precisamente los mismos bienes que constituyen el remanente. La solución debe ser la misma que la que se establece para los supuestos de desheredación injusta (art. 851 del Código civil) y de preterición (art. 814 del Código civil). Este, tras la reforma de 1981, acoge el mismo criterio que inspira a aquélla en cuanto a la reducción prioritaria de la institución, conforme al criterio imperante ya en nuestro Derecho histórico (Ley V, Tít. VIII de la Partida 6.^a).

En el caso de partición de la herencia por el propio testador, conforme al artículo 1.056, en la que se incluyen bienes gananciales, podemos encontrarnos con el mismo problema ante la existencia de legitimarios. Según hemos defendido, parece aconsejable que el cónyuge disponente prevea en el testamento la eventualidad de que los bienes que incluye en la partición no se adjudiquen en su haber, y ordene, para tal circunstancia, que dichos bienes sean sustituidos por aquellos que los vengán a reemplazar tras la división de la sociedad de gananciales. No habría aquí problema para el legitimario beneficiario de tal disposición, ya que, se acepte o no nuestra postura amplia, recibirá siempre bienes de la herencia.

De no haber previsto esta circunstancia el testador, o admitimos que el legitimario debe conformarse con la percepción del metálico, previo reajuste del valor de las cuotas o, ante la tesitura de impugnar toda la partición realizada, parece que podría mantenerse la existencia de una voluntad presunta del causante en el sentido de completar o llenar el lote del adjudicatario de esos bienes gananciales, atribuidos a la parte del supérstite, con los otros bienes del mismo carácter asignados a su porción que, por tanto, no se habrán atribuido expresamente a nadie.

Ello, como vimos, parece más fácil de mantener en el caso de

que haya habido una previa fijación de cuotas. Pero incluso cuando la partición se ha hecho directamente por vía de asignaciones concretas, y teniendo en cuenta que el testador debe saber la eventualidad a la que están sujetas las disposiciones testamentarias de bienes gananciales, no parece carente de toda lógica suponer que, para estos casos, habría querido atribuir al legitimario los bienes que se han adjudicado a su lote en sustitución de aquellos otros de los que dispuso.

En la práctica, si lo que el testador quiere es que en ningún caso el legitimario reciba dinero extrahereditario en pago de su legítima, parece aconsejable que la disposición sobre los gananciales sea *in abstracto*, sin referencia alguna a bienes concretos, que pueden provocar la conversión de la disposición en un legado por el valor de aquéllos al tiempo del fallecimiento.

Asimismo, parece claro que, para saber el importe definitivo de la herencia del testador, hay que esperar a los resultados de la liquidación y división de la sociedad conyugal, y que la situación patrimonial efectiva de ésta en el momento de su extinción puede haber variado, en el sentido de no poder permitir la adjudicación de todos los bienes de que el testador dispuso, o ni siquiera otros en sustitución de aquéllos, dada la limitación cuantitativa que establece el artículo 1.379. Por ello, si la intención del testador es que el legitimario reciba bienes sería aconsejable que la disposición en favor de éste no se redujera exclusivamente a bienes gananciales, sino que incluyera también bienes propios, que no están sujetos como aquéllos a las responsabilidades de los artículos 1.399 y ss. del Código civil, haciendo con ello aleatoria la futura composición del patrimonio.

No obstante lo anterior, parece necesario hacer algunas matizaciones en el caso de que la disposición testamentaria se haga en favor del cónyuge viudo. Sin perjuicio de que en líneas generales se pueda aplicar el mismo régimen jurídico que para los demás casos, no hay duda de que aquí se presenta una importante especialidad: si el bien ganancial de que ha dispuesto el testador no es adjudicado en su lote tras la liquidación, va a ser adjudicado precisamente en el lote del cónyuge sobreviviente como parte de los gananciales que le corresponde. Este dato tiene la suficiente relevancia como para modificar las soluciones propuestas en algún caso. Así, por ejemplo, si el viudo es el único heredero, en concurrencia con algunos legatarios, y los bienes gananciales de que dispuso el testador en favor de aquél no se adjudican en el lote del causante, no tiene sentido entender que existe un legado por el valor de esos bienes. Y ello, no tanto porque esta solución esté en contra de la presumible intención del testador, ya que el viudo recibiría esos bienes gananciales como pago de la mitad que le corresponde tras la liquidación y el resto de los que van a parar al lote del testador, sino sobre todo porque debería pagarse el legado a sí mismo.

En definitiva, la solución del artículo 1.380 sólo va a tener aplicación cuando pueda afirmarse que la misma coincide con la presumible intención del testador, y no cuando haya datos que nos inclinen hacia otra diferente. No obstante, nada impide que en los casos normales se pueda considerar legado el valor de la cosa, si ésta no es adjudicada en el lote del testador, aunque en este punto pueda plantear algunas dudas la posición sucesoria que ocupa el viudo, por tener derecho a la mitad del remanente líquido de los gananciales practicada la liquidación.

La solución que ofrece nuestro Derecho histórico no es del todo diferente. Conforme a la Ley XVI de Toro: «Si el marido mandare alguna cosa á su muger al tiempo de su muerte ó de su testamento, no se le cuente en la parte que la muger ha de haber de los bienes multiplicados durante el matrimonio, mas haya la dicha mitad de bienes, é la tal manda en lo que de derecho debiere valer». Esta disposición, recogida en la Ley 8.^a, Título IV, Libro X de la Novísima Recopilación, suponía que el objeto legado no se debía incluir en la parte de gananciales correspondiente a la viuda, sino que éste tenía derecho a dicha mitad y a la cosa legada que, por tanto, en ningún caso se le imputaba a su parte de gananciales (155).

La posibilidad contraria sería la de retirar el objeto legado antes de la liquidación del haber común, limitándose éste al remanente. Lo que ocurre es que, en estos casos, el beneficio que va a obtener el cónyuge legatario siempre será menor cuantitativamente que de practicarse antes la liquidación y división de la sociedad de gananciales y proceder luego al pago del legado.

A nuestro juicio, cuando un cónyuge dispone testamentariamente en favor del otro de una cosa ganancial debe entenderse que, aparte la mitad que le corresponda al viudo en los gananciales, el testador quiere que aquél reciba la totalidad de la cosa, o su valor si no es posible que se le adjudique en su lote. Esta es la solución que se plasma en el artículo 1.380 del Código civil y de la que sólo se podrá prescindir cuando en el testamento haya datos suficientes que impongan otra diferente. Así sucederá cuando el cónyuge viudo sea el único heredero, o cuando el testador realice la partición de sus bienes al amparo del artículo 1.056, en el sentido anteriormente señalado.

En otro caso, si la cosa ganancial no es adjudicada en el lote del testador, al no ser posible su cumplimiento *in natura*, se entiende legado el valor de la misma (156). No hay aquí propiamente un aumen-

(155) Cfr. S. LLAMAS Y MOLINA, *Comentario crítico-jurídico-literal a las ochenta y tres Leyes de Toro*, 2.^a ed., Madrid, 1852 (reproducción facsímil de Banchs ed., Barcelona, 1974), pp. 141 y ss.; J. SALA, *Ilustración del Derecho Real de España*, I, Valencia, 1803, p. 41; P. GÓMEZ DE LA SERNA y J. M. MONTALBAN, *Elementos del Derecho civil y penal de España*, I, Madrid, 1881, p. 391.

(156) Debe tenerse en cuenta que, si la cosa ganancial de que dispuso el testador

to del caudal hereditario, porque el resto de los sucesores obligados a pagarlo recibirán como un *plus* los bienes gananciales de que no dispuso el testador, cuyo valor cuando menos equivaldría al del legado a que se refiere el artículo 1.380, ya que siempre habrá que tener en cuenta el límite cuantitativo de la disposición que se recoge en el artículo 1.379. Este, por tanto, va a impedir el endeudamiento de los obligados al pago, ya que siempre recibirán el equivalente en los bienes de que no dispuso el testador pero que se adjudican a su lote. De esta manera, si la disposición testamentaria sobrepasa dicho límite será ineficaz en cuanto al exceso, o en su totalidad si no queda remanente tras la liquidación de la sociedad conyugal.

se atribuye al cónyuge sobreviviente como pago de su parte de los gananciales, no pueden vincularle las cargas que aquél hubiera podido establecer sobre la cosa, salvo que por la naturaleza de las mismas puedan entenderse aplicables también al metálico en que consiste el legado.

Clases de nulidad parcial del contrato en Derecho español

Por ANA M.^a LOPEZ FRIAS

Becaria de investigación del departamento
de Derecho civil de la Universidad de Granada

SUMARIO: I. Planteamiento: admisibilidad de la nulidad parcial del negocio jurídico.—II. Tipos de nulidad parcial del contrato: fundamento jurídico y presupuestos de aplicabilidad de cada uno de ellos. 1. Nulidad parcial por disposición de la ley en un supuesto determinado. 2. Nulidad parcial para evitar el fraude a la ley y la desprotección del «contrato débil». 3. Nulidad parcial por voluntad de las partes.—III. Otras formas de ineficacia parcial.

I. Escribir sobre la ineficacia del contrato en Derecho español supone, en primer lugar, encontrarse con la dificultad de cuál ha de ser la terminología a utilizar. Es bien sabida de cualquier jurista la imprecisión terminológica y conceptual que presiden nuestro Código civil en materia de frustración de los fines del contrato. En particular, en los artículos 1.300 y siguientes, la distinción entre nulidad, anulabilidad e inexistencia reviste una gran complejidad, que desde la promulgación del Código ha interesado a los estudiosos del Derecho civil, sin que haya podido llegar a soluciones unánimes o definitivas.

Pero no es la finalidad de este comentario dar una nueva visión sobre los distintos tipos de ineficacia negocial, sino que, partiendo de las directrices más comúnmente admitidas en esta materia por la doctrina española, pretendemos analizar el fundamento jurídico y las características de la tipología que presenta una categoría singular, incluida en el ámbito al que nos referimos: la nulidad parcial.

Adoptamos como punto de partida, pues, la opinión de un gran número de civilistas españoles que consideran la nulidad, la anulabilidad y la rescisión como figuras sustantivas de la ineficacia del nego-

cio jurídico en nuestro Derecho (1). Junto a estas categorías, se observa en una cantidad creciente de sentencias de nuestros tribunales, especialmente del Tribunal Supremo, la referencia a la nulidad parcial del negocio, como una solución jurídica que mantiene la existencia del contrato y sus efectos, salvo en lo relativo a alguna o algunas de sus cláusulas (2).

La presencia en un negocio de «partes nulas» es muy antigua en la práctica jurídica, pero su proliferación más acusada se ha manifestado desde hace unos años debido al incremento de la contratación a través de condiciones generales. La ineficacia parcial aparece frecuentemente en los contratos entre «iguales»; así por ejemplo, por carecer de causa alguna de las estipulaciones acordadas por las partes, por haberse determinado la duración de una institución jurídica por un tiempo superior al establecido legalmente, o con motivo del error invalidante padecido en torno a una de las cláusulas del contrato. Pero es más común la manifestación de este fenómeno en los llamados contratos en mesa o de letra pequeña. Ello tiene su causa en la inserción dentro de tales condiciones generales de cláusulas abusivas por parte de las grandes empresas, que se encuentran frente al otro contratante en una posición prepotente. Si alguna de estas cláusulas o cualquier estipulación convenida por los contratantes se declara nula, ¿qué ocurre con el resto del contrato?; ¿se extiende a él la nulidad de la parte o permanece eficaz?.

No existe en nuestro Código civil, como tampoco en el Código francés, una norma que con carácter general regule la cuestión de que nos ocupamos. El legislador español no ha recogido entre las normas reguladoras de la ineficacia del contrato un precepto que proporcione un criterio general para solucionar la disyuntiva entre la subsistencia o la invalidez del negocio en el supuesto de que éste sea nulo parcialmente. Y ello, a diferencia de lo que ocurre desde hace ya muchos años en otros Ordenamientos de nuestro entorno (3).

(1) En este sentido, DIEZ-PICAZO, L.: «*Fundamento del Derecho civil patrimonial*» vol. I, 2.ª ed., Madrid, 1986, p. 313 y ss.; ALBALADEJO, M.: «*Derecho civil*», tomo I, vol. II, 9.ª ed., Barcelona, 1985, p. 448 y ss.; tomo II, vol. I, 7.ª ed., Barcelona, 1983, p. 473; DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: «*Sistema de Derecho civil*» vol. II, 5.ª ed., Madrid, 1988, p. 111; DELGADO ECHEVARRIA, J.: «*Elementos de Derecho civil*» tomo II, vol. II, 2.ª ed., Barcelona, 1987, p. 343 y ss.; DE CASTRO y BRAVO, F.: «*El negocio jurídico*», Madrid, 1967, p. 461 y ss., etc.

(2) Entre otras, STS 30 de marzo de 1950, 11 de noviembre de 1955, 10 de octubre de 1977, 20 de marzo de 1979, 7 de julio de 1981, 26 de febrero de 1983 y 30 de abril de 1986.

(3) El artículo 1.419 del Código civil italiano vigente dispone: «La nulidad parcial de un contrato o la nulidad de alguna cláusula particular origina la nulidad del contrato entero, si resulta que los contratantes no lo habrían celebrado sin aquella parte que resulta afectada de nulidad. La nulidad de alguna de las cláusulas no supone la nulidad del contrato, cuando las cláusulas nulas son sustituidas de derecho por normas imperativas». En un sentido prácticamente igual al del primer párrafo de este precepto se pronuncian el artículo 292 del Código civil portugués y el art. 20 del Código suizo de las obligaciones. Por su parte, el párrafo 139 del BGB establece: «Siendo nula

Ciertamente, son numerosos los preceptos de la legislación civil que preven casos concretos de nulidad parcial, en los más variados ámbitos. Particular importancia tiene el artículo 10,4 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que dispone tal efecto para los contratos, incluidos en su amplio ámbito de aplicación, compuestos de condiciones generales, cláusulas o estipulaciones que incumplan los requisitos enumerados en los anteriores apartados del mismo precepto (4). La cuestión que se plantea, entonces, es si cabe deducir de tales normas, y en base a los principios generales del Derecho, una regla general aplicable a cualquier supuesto en el que se declare nula una parte del negocio.

Esta posibilidad, siempre que concurren determinados requisitos, es aceptada hoy por la doctrina y la jurisprudencia de forma prácticamente unánime (5). La Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1983, en su Considerando octavo, afirma: «Hoy está admitida, doctrinal y jurisprudencialmente, la posibilidad y compatibilidad de la concurrencia en un mismo acto o negocio jurídico de pactos válidos y de pactos nulos, sin que la nulidad trascienda a la totalidad del negocio». Idéntica afirmación contienen las Sentencias de 3 de diciembre de 1984, 11 de marzo de 1985 y 22 de abril de 1988 (6).

una parte del negocio jurídico, es nulo todo el negocio jurídico, a menos que resulte que ello no obstante se hubiera celebrado sin la parte nula». Esta misma regla se reproduce en el artículo 181 del Código civil griego.

(4) Este artículo, «in fine», matiza lo anteriormente declarado: «No obstante, cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes en la relación contractual, será ineficaz el contrato mismo». Un antecedente importante de esta disposición lo constituye el artículo 6 de la Ley alemana para la regulación del Derecho de las condiciones generales del contrato (traducida por ALBIEZ DORHMANN, K.J., y COLLADOS ASIS, A., en *Rev. Fac. Derecho Univ. Granada*, 1983, núm. 1, p. 125-133), el cual establece: «Si las condiciones generales del contrato llegaran a formar parte del mismo total o parcialmente, o resultaran ineficaces, el resto del contrato será válido. El contrato será ineficaz si el mantenimiento del mismo produjera un daño desproporcionado para una parte, aun considerando la modificación prevista en el apartado 2».

(5) Opiniones favorables a la admisión de la nulidad parcial como regla en nuestro Derecho son las de: DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: «*Sistema de Derecho civil*» vol. II, 5.^a ed., Madrid, 1988, p. 117; ALBALADEJO, M.: «*Derecho civil*» tomo I, vol. II, 9.^a ed., Barcelona, 1985, p. 478; DE CASTRO y BRAVO, F.: «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes», *ADC* 1961, p. 338; GORDILLO CAÑAS, A.: «La nulidad parcial del contrato con precio ilegal», *ADC* 1975, p. 183; CLAVERIA GOSALBEZ, L. H.: «*La confirmación del contrato anulable*», Bolonia, 1977, p. 269; GOMEZ-MARTINHO FAERNA, A.: «*La nulidad parcial de los negocios jurídicos*», Estudios de Derecho privado bajo la dirección de Martínez Radio, vol. I, p. 354. En cambio, RAMS ALBESA, A., al comentar la STS de 20 de mayo de 1985 (CCJC 1985, núm. 216), pone de relieve —como más adelante detallaremos— las dificultades que supone aceptar la nulidad parcial como regla general aplicable, en relación a la dicción literal del artículo 6,3 del Código civil.

(6) Por su parte, la STS de 10 de octubre de 1977, en su Considerando octavo, afirma: «Dicha regla de la invalidez parcial es la que debe prevalecer en nuestro derecho, aun a falta de una norma jurídica positiva directa, toda vez que tal regla tiene su apoyo: 1. En la aplicación analógica, admitida por el artículo 4,1 del Código civil, de las numerosas normas concretas que imponen la validez parcial del negocio jurídico,

Pero precisamente del examen de estas y otras sentencias del Tribunal Supremo se desprende que la nulidad parcial, aún teniendo sustantividad propia, no opera del mismo modo en todos los supuestos. Según los casos, son precisas distintas condiciones para la aplicación de esta doctrina, con la cual se trata de proteger intereses diversos. Ello determina que su fundamentación jurídico-positiva no pueda ser siempre la misma.

En adelante, nos vamos a centrar en el estudio de lo que podría llamarse «clases» o «tipos» de nulidad parcial en el ámbito contractual. Ya algún autor (7) ha detectado la existencia de esta tipología, pero las características esenciales, la estructura y los efectos jurídicos que son propios de cada categoría no han sido puestos de relieve aún por la doctrina (8).

II. En ocasiones, la invalidez parcial es entendida como subsistencia del contrato, considerándose algunas de sus cláusulas como «no puesta» o bien siendo aquélla limitada o reducida en su contenido; y ello en base a una norma que dispone a tal efecto expresamente para una determinada relación contractual, en el caso de que el legislador ha estimado oportuno establecer. En estos casos la nulidad parcial opera «ex lege», por lo que, en principio, su fundamento jurídico no plantea problema alguno. Aquí podríamos encontrar un primer tipo, admitido en nuestro Ordenamiento, de la categoría que nos ocupa: la nulidad parcial por mandato de la ley en un supuesto determinado.

Otras veces, el efecto de la ineficacia parcial no tiene lugar de una manera tan directa, pues no existe una norma que así lo establezca con carácter expreso. Sin embargo, al igual que en el supuesto anterior, es el respeto a la ley lo que se trata de imponer al declarar la subsistencia del contrato aun siendo nula cierta parte de él. Este segundo «tipo», llamado por De Castro «nulidad parcial para evitar el fraude a la ley», se presenta cuando alguna cláusula del contrato vulnera una norma imperativa o prohibitiva, de especial significado social, que incide en la determinación del contenido de las prestaciones (así, por referirse al precio del objeto vendido o suministrado, al interés del préstamo, etc.). Si, en estos supuestos, se declara nulo todo el contrato, ello tendrá deplorables consecuencias para una de

a pesar de determinadas cláusulas, o de parte de aquél... 2. En el principio general del derecho sobre la conservación del negocio jurídico... 3. En la jurisprudencia de esta Sala, que ha aplicado en numerosos casos la regla de la invalidez parcial».

(7) DE CASTRO, F.: *op. cit.*, p. 493, y DE LOS MOZOS, J. L.: «*El negocio jurídico*» (Estudios de Derecho civil). Madrid, 1987, p. 591.

(8) No obstante, me consta que es inminente la lectura de una Tesis doctoral sobre «La nulidad parcial del negocio jurídico», lo cual motiva que no me detenga en los aspectos generales de esta categoría. La Tesis está siendo realizada por D. Antonio de los Mozos, a quien agradezco la atención con que me ha informado sobre su trabajo de investigación.

las partes —el «contratante débil»— pues, probablemente, no podrá conseguir de otro modo o por medios distintos el resultado práctico perseguido (la propiedad de una vivienda de protección oficial, la concesión del préstamo...). El carácter tuitivo de las leyes interventoras exige, como señala Gordillo (9), «que ante el hecho de la infracción sólo la cláusula infractora pierde su fuerza, manteniéndose el contrato válido en su totalidad, una vez sustituida por la previsión legal la que «contra legem» dispusieron las partes».

Todavía, aun no existiendo una norma jurídica que decrete la nulidad parcial, ni ley imperativas cuyas disposiciones infringidas deban insertarse en el contrato, nuestro Derecho admite que, concurriendo determinados requisitos, un contrato puede ser nulo parcialmente en atención a la voluntad de las partes, y con el fin de que sea posible la realización del intento práctico perseguido por ellas.

Entre estos tres «tipos» existe, para su aplicación, un claro orden de preferencia, en el sentido de que no pueden concurrir en un mismo supuesto y no es indiferente aplicar uno en vez de otro. De hecho, para aplicar la doctrina de la nulidad parcial, a falta de una norma jurídica general sobre la materia, «ha de estarse en primer término, a la disposición legal concreta que encierre la norma especial aplicable a la institución particular objeto de debate», según indica el Tribunal Supremo en Sentencia de 10 de octubre de 1977. Es decir, en primer lugar habrá que buscar en la disciplina del contrato de que se trate si existe alguna norma que exprese declare la consevación parcial de aquél para el caso de que alguna de sus cláusulas sea nula. En segundo lugar, en ausencia de tal precepto, será necesario determinar si la cláusula nula infringe una norma imperativa de carácter sustitutivo, de forma que deba mantenerse subsistente todo el contrato, si bien y sólo en defecto de lo anterior, deberá atenderse a la voluntad de los contratantes como parámetro de la nulidad parcial.

1. Adentrándonos en el examen de la primera «clase» que hemos anunciado, hemos de señalar que tanto el Código civil como las leyes especiales contienen normas que establecen la nulidad parcial del negocio jurídico en determinados casos. No vamos a hacer un estudio exhaustivo de cada uno de estos preceptos, pero sí vamos a citar los más relevantes en el ámbito contractual. En concreto, se trata de los artículos 400, 641, 1.155, 1.260, 1.328, 1.476, 1.508, 1.608, 1.691 y 1.826 Código civil y del artículo 6,1 LAU, artículo 9 LAR, artículo 10 Ley de Consumidores y Usuarios, artículo 14 Ley General de Publicidad, artículo 3 Ley del Contrato de Seguro y artículo 8 Ley de Arbitraje.

En la mayoría de estos preceptos se viene a establecer que será nula la cláusula que contenga determinada estipulación, o que se ten-

(9) GORDILLO CAÑAS, A.: *Op. cit.*, p. 123.

drá por nó puesta —lo que significa lo mismo, como ya señalara Borrell y Soler (10)—, o bien que el contenido de aquélla no podrá exceder de un determinado límite.

Ejemplo de la primera posibilidad es el artículo 1.328 Código civil, que, en materia de capitulaciones matrimoniales, dispone: «Será cualquier estipulación contraria a las leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge». Aquí la nulidad se ciñe a tal pacto, manteniéndose en los demás el documento o la disposición en que se contiene lo que el Código no permite. Son ilustrativos de esta misma idea los artículos 1.260, 1.476 y 1.691 Código civil y en el ámbito de las leyes especiales, el artículo 6 de la LAU, el artículo 9 de la LAR, el artículo 10,4 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y el artículo 14 de la reciente Ley General de Publicidad. El efecto característico de estas normas es la supresión total de un pacto o estipulación que no va a ser ni modificado ni sustituido por otro. Por ello se las puede denominar «limitativas», en cuanto que establecen límites generales negativos al ejercicio de la autonomía privada. En el Código civil italiano existe un amplio elenco de este tipo de preceptos, que son citados y comentados por Criscuoli en la monografía que hace años escribió sobre la nulidad parcial (11).

Junto a las normas limitativas prevé nuestra legislación normas «reductivas», esto es, aquéllas que, respecto a un pacto o disposición contractual singular, constriñen la cantidad de su objeto o la duración de sus efectos. En estas hipótesis, el pacto que resulte nulo por sobrepasar el límite cuantitativo o temporal marcado por la ley no se suprime en la regulación contractual, sino que permanece válido y eficaz, aunque «reducido». Así, por ejemplo, en el ámbito del retracto convencional dispone el artículo 1.508 del Código civil que si se estipula su duración, ésta no podrá exceder de diez años, lo cual quiere decir que si se pacta un plazo mayor, será reducido en el exceso. De forma más clara establece este efecto el artículo 1.826 del Código civil al señalar que «el fiador puede obligarse a menos, pero no a más que el deudor principal» ... «si se hubiera obligado a más, se reducirá su obligación a los límites de la del deudor» (12).

Reviste especial interés el artículo 8 de la nueva Ley de Arbitraje (13), pues supone una excepción a las reglas de la nulidad parcial en general. Aquí lo que se mantiene en vigor es la parte secundaria («el convenio arbitral accesorio»), cuando el contrato resultó nulo,

(10) BORRELL Y SOLER, A.: «Nulidad de los actos jurídicos según el Código civil español». Barcelona, 1947, p. 346.

(11) GRISCUOLI, G.: «La nullità parziale del negozio giuridico». Milano, 1959, p. 73.

(12) Sobre el fundamento y la operatividad de la reducción en Derecho francés, cfr. SIMLER, P.: «La nullité partielle des actes juridiques». Paris, 1696, p. 293.

(13) Este artículo dispone: «La nulidad de un contrato no llevará consigo de modo necesario la del convenio arbitral accesorio».

al contrario de lo que ocurre en el resto de los supuestos de invalidez parcial. No obstante, este efecto no tendrá lugar en todos los casos, pues según el tenor literal del precepto, la nulidad del contrato no supondrá «de modo necesario» la del convenio arbitral, por lo que en alguna hipótesis la ineficacia de aquél puede llevar consigo la de éste.

2. La segunda especie de nulidad parcial admitida por nuestro Ordenamiento es —según hemos dicho— la que trata de evitar el fraude a la ley y la desprotección del contratante que se halla en inferioridad de condiciones.

En las primeras sentencias del Tribunal Supremo sobre cláusulas infractoras de normas imperativas de marcado carácter social, este Tribunal no aplicó las orientaciones actuales sobre nulidad parcial, pues declaró la invalidez total del contrato que las contuviera. Pero desde la década de los años 70 son frecuentes las sentencias que, apartándose de la dirección anterior, y «con la finalidad primordial de que los económicamente débiles puedan adquirir determinados bienes que necesitan» (14), declaran la subsistencia parcial del contrato y la adecuación de la cláusula nula a lo dispuesto por la norma imperativa aplicable.

En particular, se recoge esta doctrina con claridad en las hipótesis de compraventa de viviendas de protección oficial en las que se fija un precio superior al establecido legalmente. Al respecto ha declarado el Tribunal Supremo que «la contravención de las normas que fijan el precio de enajenación de una vivienda de protección oficial, no determina la nulidad o invalidez total de la convención en que el el pacto se inserta, y si únicamente la parcial del particular por el que se fijó un precio superior al normado, al haberse admitido tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia de esta Sala la posibilidad de coexistencia en un mismo contrato de pactos válidos y pactos nulos, posibilidad que adquiere mayor relieve en el supuesto de compraventa de viviendas de protección oficial» (15). También en un caso de este tipo, pero en relación con los gastos correspondientes a la constitución del préstamo destinado a la financiación de la vivienda, ha aplicado el Tribunal Supremo la doctrina de la nulidad parcial. En la sentencia a que nos referimos (STS de 22 de abril de 1988), una de las cláusulas del contrato sometido a litigio vulneraba el artículo 2 de la Orden Ministerial de 26 de enero de 1979, al establecer que dichos gastos correrían a cargo del comprador, cuando

(14) STS 20 de junio de 1985.

(15) Así lo dice la STS de 20 de junio de 1985; en el mismo sentido se pronuncian las Sentencias de 20 de marzo de 1979, 12 de julio de 1979, 7 de julio de 1981, 26 de febrero de 1983 y 3 de diciembre de 1984. La STS de 26 de diciembre de 1984 añade: «No cabe ignorar el carácter social imperante en esta esfera, donde a la limitación imperativa del precio se corresponden importantes beneficios a constructores y promotores, lo que hace se constriña con preceptos de carácter necesario el juego de la autonomía de la voluntad».

tal precepto dispone imperativamente que sean del promotor de la vivienda. Las argumentaciones del Tribunal Supremo se proyectan más allá de la fundamentación jurídica del caso, al afirmar que «la nulidad del pacto donde se contravienen normas de carácter imperativo e inexcusable observancia no determina la de las demás estipulaciones válidas que en los contratos de compraventa se contienen».

En definitiva, parece ser la existencia de un contrato normado en alguno de sus aspectos lo que justifica — en opinión de la jurisprudencia— la declaración de la nulidad parcial y, en su caso, la revisión de las prestaciones fijadas en el momento de la perfección del contrato para su adecuación a la legalidad (16). De ahí que esta teoría se haya aplicado en un supuesto de concesión de crédito privilegiado con un tipo de interés superior al señalado reglamentariamente (STS de 16 de septiembre de 1986), y a un contrato de suministro cuyo precio excede del autorizado (STS de 17 de octubre de 1987).

Ahora bien, las decisiones jurisprudenciales que hemos citado resuelven los conflictos respectivos con una argumentación elogiada, pero no profundizan en la razón jurídica que la ha inspirado. Teniendo en cuenta el rotundo tenor literal del artículo 6,3 del Código civil, que exige, para que los actos contrarios a normas imperativas o prohibitivas no sean nulos de pleno derecho, la existencia de una disposición expresa que establezca un efecto distinto, la pregunta surge enseguida: *¿en base a qué precepto se justifican las soluciones del Tribunal Supremo sobre esta segunda especie de invalidez parcial?*

Rams Albesa se ha planteado esta cuestión (17), y considera que si la norma es prohibitiva y en ella no se prevé un efecto distinto al que se dispone en el artículo 6,3, la única solución acorde con el contenido de la norma es predicar y declarar la nulidad de pleno Derecho del contrato. Afirma asimismo que la redacción de este artículo presupone que sería necesario que la nulidad parcial se ordene caso por caso en la norma de cuya potencial vulneración se trate, y que incluso para el supuesto técnicamente más fácil como es el de la infracción de un precio fijado por la Administración, no podría sostenerse —aunque sea deseable— la solución de la invalidez parcial.

Estas afirmaciones son minoritarias en la doctrina española, como ya pusimos de manifiesto (nota 4). Así, entre otros, Díez-Picazo y Gullón afirman que cuando hay infracción de una ley prohibitiva por una estipulación de las partes, la regulación que establece aquélla sustituye a la querida por los contratantes, y ello «tanto si la ley lo dispone así como si calla sobre este punto» (18), en aras de la conservación del negocio y del cumplimiento de la finalidad social de la

(16) Sobre el alcance de la invalidez fragmentaria en el ámbito laboral, cfr. PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: «*La nulidad parcial del contrato de trabajo*». Madrid, 1975.

(17) Comentario a la STS de 20 de mayo de 1985. CCJC 1985, núm. 216.

(18) Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Op. cit.*, p. 120.

ley, generalmente beneficiosa para un contratante. Por su parte, García Amigo (19) se refiere a la integración del contrato con una ley imperativa cuando ésta ha sido infringida por determinadas cláusulas contractuales, y precisamente cita como base jurídica de su argumento el artículo 6 del Código civil.

En nuestra opinión, Rams Albesa hace una interpretación excesivamente literal de la norma aludida. Ciertamente, no existe en nuestro país un precepto similar al artículo 1.339 del Código civil italiano, que sanciona la inserción automática de disposiciones legales sustituyendo las cláusulas contractuales que las contradigan (20), pero ello no obsta para que esta posibilidad sea admisible con apoyo en otras normas y en los principios generales que rigen el Derecho de obligaciones de nuestro Código.

Debemos partir, en primer lugar, de una interpretación amplia de los términos «actos contrarios a normas imperativas o prohibitivas» del artículo 6,3 del Código civil, entendiendo que cabe incluir en la palabra «actos» la mucho más concreta de «cláusula contractual», lo que supondría aceptar la hipótesis —admitida por el Tribunal Supremo— de que la nulidad de pleno derecho se ciña a la disposición infractora. Esta interpretación, sin duda, está influenciada por la vigencia en nuestro Ordenamiento del principio de conservación del negocio jurídico, sancionado en materia contractual por el artículo 1.284 del Código civil (21), y aplicado en numerosos preceptos singulares, algunos de los cuales hemos comentado. Pero la virtualidad de este principio viene a su vez impuesta por el obligado respeto a lo dispuesto en la ley imperativa y por la propia finalidad de ésta, que es proteger al contratante débil y evitar el fraude; por tanto, la conservación del contrato se apoya en estos supuestos en la voluntad de la ley (y no en la de las partes), ley cuya observancia no se consigue privando de eficacia al contrato, sino manteniéndolo en vigor tras su adecuación a lo preceptuado legalmente.

Aquí no se puede plantear un segundo problema porque, ¿qué fundamento jurídico-positivo tiene la sustitución de la cláusula nula por la cláusula legal? A este respecto debemos tener en cuenta lo establecido en el artículo 1.258 del Código civil, según el cual «los

(19) GARCÍA AMIGO, M.: «Integración del negocio jurídico», *R.D.N.* 1980, p. 134.

(20) Sobre el alcance de este artículo, cfr. SARACINI: «Nullità e sostituzione di clausole contrattuali». Milano, 1971, p. 45; SCOGNAMIGLIO, R.: «Contratti in generale». Commentario del Codice civile a cura di A. Scialoja e G. Branca (art. 1.321-1.352). Bologna, Roma, 1970, p. 225.

(21) En sentido estricto, este artículo se refiere a la conservación de «alguna cláusula de los contratos», no a la del negocio. Sin embargo, lleva razón PALOMEQUE, M. C. (*op. cit.*, p. 42) al decir que: «Pese al tenor literal del artículo 1.284 del Código civil y en base al propio fundamento de la norma, sostener una interpretación que excluyera la aplicación del principio (de conservación) al negocio en su conjunto habría de suponer, ciertamente, una desviación de la causa que inspira dicho precepto hermenéutico».

contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley». Sin duda, una de las «consecuencias conformes a la Ley», a la que obliga la celebración del contrato normado, es incluir lo establecido por ella imperativamente en el seno de las cláusulas contractuales, más aún teniendo en cuenta que las partes han querido obligarse en algún aspecto que es objeto de su regulación, pero apartándose de las directrices normativas. En estos casos sin lo que Gordillo llama «la integración coactiva de carácter sustitutivo» (22), no tiene sentido la nulidad parcial del contrato, pues normalmente la estipulación que resulta nula tiene un carácter esencial en la determinación del contenido de las prestaciones de las partes, y es por tanto imprescindible para alcanzar la finalidad económico-social propia de la relación contractual que existe entre ellas.

Lo anterior no significa que el juez, por sí solo, tenga poder para sustituir la cláusula nula que regule un elemento esencial por otra válida. Pero, como señala Simler (23), «esto que el juez no puede, sí lo puede hacer el legislador», estableciendo con carácter imperativo, y aun contra la voluntad de las partes, el contenido o los límites que ha de respetar una determinada estipulación contractual.

Una reciente Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de noviembre de 1988, aunque no se refiere a un caso de nulidad parcial «coactiva», da ciertas orientaciones sobre el alcance del artículo 1.258 del Código civil. Señala el Tribunal Supremo que, si procede la integración, «conviene incardinar la consecuencia añadida en alguno de los tres supuestos que señala: ley, uso o buena fe», y que «el carácter genérico del artículo 1.258 ha de armonizarse con los más específicos que para cada contrato y supuesto contiene el Código civil». Es decir, no será igual la integración de un negocio que se rige en su totalidad por las disposiciones de las partes, que de otro que contiene aspectos reglados por la Administración; en éste —opinamos— la inserción de la norma infringida se considera plenamente justificada. No obstante, como el propio Tribunal añade, «la posibilidad de ampliar o modificar al amparo del artículo 1.258 lo estrictamente convenido ha de admitirse con gran cautela y notoria justificación». La integración no ha de extenderse más allá de lo estrictamente necesario, que en nuestro caso es lo que preceptivamente debe observarse por los contratantes.

Por otra parte, no se debe olvidar que la inserción de determinadas disposiciones legales en el contrato puede obedecer asimismo a

(22) GORDILLO CAÑAS, A.: *Op. cit.*, p. 125.

(23) SIMLER, P.: *Op. cit.*, p. 154.

los imperativos de la buena fe, no sólo porque lo permite el artículo 1.258 del Código civil, sino también por el juego del artículo 7,1 del Código civil («Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe»). Con ello se trata de evitar que una de las partes tenga la opción de contratar infringiendo una norma legal beneficiosa para el otro contratante, o bien de dar por terminada la relación contractual en base a la nulidad de la misma, lo cual no supone para ella un perjuicio semejante al que tal circunstancia ocasiona a su contraparte.

Por último, en lo que a este segundo tipo de nulidad parcial respecta, señalaremos que algún autor (24) encuentra en numerosos casos su fundamento en el artículo 10,4 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aunque éste artículo no se refiera expresamente a la sustitución de las cláusulas nulas por las legales, pues considera que tal efecto es una consecuencia necesaria de la protección que esta Ley dispensa a los consumidores.

3. Abordamos a continuación la tercera especie de nulidad parcial que puede aplicarse a las relaciones contractuales. Si alguna cláusula de un contrato resulta nula y no se preve expresamente su invalidez parcial, ni existe disposición legal imperativa que deba insertarse en el contenido clausular, habrá que investigar si es posible mantener el negocio en vida en atención a la voluntad de las partes, y en aras a que pueda alcanzarse la finalidad económico-social que motivó la celebración del contrato. Esta posibilidad no se produce en todos los supuestos en que no tenga lugar la subsistencia parcial de la relación negocial en base a los anteriores «tipos», sino que es necesario comprobar la concurrencia de determinados requisitos. Tales presupuestos, son en síntesis, la divisibilidad del contenido del negocio y la voluntad de los contratantes dirigida a la conservación parcial del mismo.

El negocio ha de estar formado por estipulaciones que tengan cierta autonomía entre sí, de manera que la nulidad de una de ellas no prive de virtualidad y eficacia a las otras, o bien la cláusula inválida debe poder escindir en dos disposiciones distintas susceptibles, una de ser mantenida y la otra de ser eliminada. Ello exige al mismo tiempo que tal nulidad no afecte a una cláusula imprescindible para la determinación de los elementos esenciales del contrato (art. 1.261 C.c.). Así lo afirma el Tribunal Supremo en Sentencia de 30 de abril de 1986 (25).

(24) DELGADO ECHEVARRIA, J.: *Op. cit.*, p. 376.

(25) Por su interés, transcribimos el Considerando segundo de esta Sentencia: «El supuesto que se deduce de los hechos expuestos es, por tanto, el configurado por la nulidad parcial de una escritura pública en cuanto se deja ineficaz la adquisición que en ella verificaron dos de los tres adquirentes de la finca rústica vendida, declarándose válida en cuanto al otro adquirente... Condición esencial para esa subsistencia parcial es que concurren los elementos esenciales para la existencia del contrato, y aparte de

Ahora bien, el problema está en determinar cuándo el contrato es escindible, y cuáles son sus pactos esenciales y secundarios. A esta cuestión se refiere Flume (26) al preguntarse, en relación con el párrafo 139 del BGB: «¿Cuándo una regulación unitaria puede ser descompuesta en varias partes, para que pueda hablarse en realidad de una nulidad parcial?» Esta —según el profesor alemán— sólo es posible cuando la parte subsistente es susceptible de ser considerada por el Ordenamiento como un negocio tipo. El ejemplo sería el siguiente: «Cuando en una compraventa la fijación del precio es nula, la mercancía —sin determinación— por sí sola no constituye un negocio jurídico. El contrato es por ello nulo en su totalidad». Esta opinión supone adoptar un criterio objetivo en la determinación del contenido de la relación contractual y admitir su validez cuando se ajuste a la hipótesis prevista normativamente. Ello tiene un claro inconveniente, pues el criterio es, en principio, eficaz para los contratos típicos, pero no para los innominados; Casella (27) entiende que, en estos últimos, la individualización de las cláusulas principales ha de hacerse con referencia a las hipótesis típicas más próximas, y si existen varias, prevalecerá la que más se adecue al «intento práctico» perseguido por las partes. Deberán tenerse en cuenta, asimismo, los esquemas contractuales generales (relación onerosa o gratuita, instantánea o sucesiva, etc.).

Otros autores, sin distinguir entre contratos típicos y atípicos, ponen de manifiesto que el vínculo de subordinación entre las diferentes partes del contrato «puede ser no sólo lógico y objetivo, sino también psicológico y subjetivo; es decir, puede resultar de la particular intención práctica de las partes» (28), pues, en definitiva, «los mismos conceptos de accesorio y principal son relativos» (29).

Consideramos que esta última tendencia más acorde a la realidad jurídica contractual, compuesta de elementos estructurales, normati-

esta concurrencia de elementos, dicha nulidad parcial requiere que el contenido del negocio sea divisible, de tal suerte que una vez separada la parte nula quede un resto que puede subsistir como negocio jurídico independiente, y además, que ese resto de negocio tiene para la compradora única en pleno dominio un evidente valor práctico. La nulidad parcial a que se ha aludido se produjo como consecuencia de una inexistencia de causa para las adquirentes que formulan este recurso.»

(26) FLUME, W.: «*Allgemeiner teil des bürgerlichen rechts*». Zweiter band: «Das rechtsgeschäft». Berlin, Heildelberg, New York, 1979, p. 570. (Agradezco al Dr. K. Jochen Albiez, profesor titular de Derecho Civil de la Universidad de Granada, su amabilidad al proporcionarme la traducción de las páginas de este libro que tienen interés para el comentario que nos ocupa).

(27) CASELLA, M.: *Bullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*. Milano, 1974, p. 29.

(28) BETTI, E.: «*Teoría general del negocio jurídico*». Traducción publicada por EDESA. Madrid, 1958, p. 361.

(29) DELGADO ECHEVARRIA, J.: «*De la nulidad de los contratos*». Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales de EDESA dirigidos por ALBALADEJO, tomo XVII, vol. II. Madrid, 1981, p. 287.

vos y volitivos, cada uno de los cuales, y según los supuestos, incide en la configuración de lo que han de considerarse como estipulaciones esenciales y accesorias, sin que sea posible generalizar el criterio que, al respecto, puede ser más adecuado.

Ahora bien, tanto si hay en el contrato cláusulas principales y secundarias, como si todas son principales aunque autónomas, es imprescindible investigar si los contratantes quieren, o mejor dicho, habrían querido celebrar el contrato sin la parte (accesoria o principal-independiente) nula. Este será el último y determinante presupuesto para declarar la que podríamos llamar «nulidad parcial voluntaria». Así lo confirma el Tribunal Supremo en Sentencias de 10 de octubre de 1977, 30 de abril de 1986 y 17 de octubre de 1987. La primera de ellas declara: «Además del criterio tradicional que distingue entre negocios de contenido unitario (indivisible) y plural (divisible), el factor decisivo para apreciar la invalidez parcial o la invalidez total se halla constituido por la voluntad presumible, conjetural o hipotética del autor o autores del negocio, habida cuenta de las circunstancias del caso, de la naturaleza de aquél y de las exigencias de la buena fe». Por tanto, será posible la conservación del contrato si, amputado de alguna de sus cláusulas, sigue teniendo valor práctico para los contratantes, en relación con los fines que les llevaron a contratar.

La interpretación dirigida a determinar si el contrato parcialmente válido responde a la voluntad de sus actores tiene una coordenada temporal; ha de dirigirse al momento de la conclusión del negocio, y no a aquél en que se alega la invalidez total o parcial del mismo, pues los beneficios que pueda suponer para cada parte la subsistencia o bien la nulidad modificarán, al plantearse el conflicto, los verdaderos intereses que motivaron la contratación privada.

Es posible —aunque ciertamente improbable— que exista una disposición expresa en el contrato, o fuera de él, sobre los efectos que éste tendría si alguna de sus cláusulas fuese nula, o bien que un comportamiento concluyente de las partes puedan deducirse sus intenciones sobre este punto. En estos casos, es evidente que habrá de estar a lo establecido por los interesados, o a lo que tácitamente han manifestado. Pero lo normal es que no se haya previsto tal eventualidad. La interpretación versará, entonces, sobre la voluntad «conjetural o hipotética», en palabras de la Sentencia últimamente citada. Ahora bien, si no existe voluntad expresa de las partes sobre la cuestión que nos ocupa, ¿se presume que quisieron el negocio con todas sus cláusulas, o que prefirieron que se mantuviera en vida aunque alguno de sus pactos deviniese nulo? Esto incide directamente en la determinación de la carga de la prueba.

En el Derecho extranjero existen al respecto dos soluciones distintas: mientras el parágrafo 139 del BGB exige que quien alegue la nulidad parcial pruebe la voluntad de las partes en el sentido de la

conservación del contrato, el artículo 1.419,1 del Código civil italiano presume la existencia de una intención en tal sentido, salvo que se demuestre lo contrario. En nuestro Ordenamiento, en ausencia de una norma que se pronuncie sobre el tema, ha de resolverse la cuestión atendiendo a los principios generales. De nuevo tenemos que referirnos al principio de conservación del negocio (ya citado como fundamento de la anterior especie de nulidad parcial). Ahora este principio no tiene su apoyo en la ley, sino en la voluntad de los contratantes, los cuales, presumiblemente, preferirán que la finalidad negocial perseguida se realice, aunque no surta efecto alguno de los acuerdos incluidos en el contrato. Ello está conectado con el principio de economía jurídica, que informa numerosos preceptos, no sólo del Código civil, sino del Derecho español en general. Se trata de evitar el coste económico y jurídico que supondría para las partes la celebración de un nuevo contrato, y de aplicar a la vez «el sano criterio económico del mínimo empleo de medios y de actividad para la consecución de un determinado resultado» (30).

En base a estos principios debe presumirse en nuestro Derecho la voluntad contractual conforme a la subsistencia parcial del contrato, de manera que para destruir la presunción sea necesario demostrar la inexistencia de esa misma voluntad referida a la parte del negocio que permanece válida. La verificación de esta circunstancia ha de hacerse caso por caso, atendiendo a la «disposición de intereses» y al «fin práctico», en terminología italiana, que se han propuesto alcanzar los contratantes, y respetando en todo caso los criterios establecidos en los artículos 1.281 y siguientes del Código civil sobre interpretación de los contratos. Si, una vez realizada esta tarea, se llega a la convicción de que las partes habrían concluido el negocio sin la estipulación nula, éste será inválido en su totalidad, y no producirá ningún efecto. A este mismo resultado se llega si es uno solo de los interesados quien no habría querido la conservación parcial del contrato, siempre que no hubiera hecho surgir en su contraparte la confianza de que aquél habría sido celebrado incluso sin la parte nula, lo cual resulta de los imperativos de la buena fe contractual.

Resta señalar que el fundamento jurídico de la «nulidad parcial voluntaria» reside, además de en los principios enunciados, en la protección que nuestro Ordenamiento otorga a la autonomía privada (art. 1.255 C.c.); ello significa que siempre que no se violen los límites que a la misma se establecen, deberá respetarse aquello (en nuestro caso, la subsistencia parcial del contrato) que sea más acorde con la voluntad de los sujetos que contratan.

III. Vamos a apuntar una cuestión relacionada con el objeto de este comentario, como es la admisibilidad en Derecho español de otras

(30) CRISCUOLI, G.: *Op. cit.*, p. 114.

formas de ineficacia parcial; en concreto, nos referimos a la anulabilidad y la rescisión parciales.

La concepción de la anulabilidad como forma de invalidez menos acentuada que la nulidad y la aplicación de los principios de autonomía de la voluntad, conservación del negocio y economía jurídica, permiten, a nuestro juicio, admitir la posibilidad de que un contrato sea parcialmente anulable; esto ocurrirá, por ejemplo, si una de las partes del mismo está formada por varios sujetos, y la voluntad de uno de ellos se encuentra viciada, o ha contratado sin la autorización que, en su caso, sea preceptiva. La Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1983, en un supuesto de compraventa de terreno para edificar, declara nulo un pacto modificativo del precio, dado que los vendedores lo habían aceptado movidos por un error anulatorio, y mantiene válido el resto del contrato. No se habla aquí de anulabilidad parcial, pero es indudable que el supuesto puede englobarse en esta categoría (31).

Sin embargo, esta dirección no ha sido siempre acogida por la jurisprudencia, pues en un caso similar (32), en el que se solicita la anulación de la cláusula suscrita por el dolo de uno de los contratantes, el Tribunal Supremo rechaza tal pretensión y declara que «no es imaginable, y sería arriesgado, escindir el contrato para preservar una parte de la voluntad no afectada por vicios, o referible a determinadas cláusulas y no a todas». Llama la atención aquí el hecho de que el Alto Tribunal niegue la posibilidad de anular una parte del convenio por los contratantes, debido a la innovación y al riesgo que supondría admitirla, y no basándose en un fundamento jurídico-positivo concreto.

En cuanto a la rescisión, sus especiales características como forma de ineficacia que presupone la validez del contrato, hacen en ocasiones posible la conservación parcial de la relación creadas por las partes, siempre que se compense debidamente al perjudicado por la lesión que le haya sido inferida. La Sentencia de 17 de abril de 1943, citada por Moreno Quesada (33), así como por Alvarez Vigaray y De Aymerich de Rentería (34), se pronuncia en este sentido, cuando

(31) En el Derecho italiano, la posibilidad de que un contrato sea anulable en parte está fuera de duda. Al respecto, cfr. DALMARTELLO, A.: «Questioni in tema di annullabilità del contratto», *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1963, p. 16; CRISCUOLI, G.: «Precisioni in tema di annullabilità parziale del negozio giuridico in rapporto ai vizi della volontà», *Riv. dir. civ.* 1964, I, p. 364; IUDICA, G.: «*Impugnative contrattuali e pluralità di interessati*». Padova, 1973.

(32) STS de 4 de diciembre de 1986.

(33) MORENO QUESADA, B.: «*De la rescisión de los contratos*». Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales de EDERSA, dirigidos por ALBALADEJO, tomo XVII, vol. II. Madrid, 1981, p. 146. Otras Sentencias sobre rescisión parcial citadas en esta obra son las de 10 de diciembre de 1904 y 14 de junio de 1958.

(34) ALVAREZ VIGARAY, R. y DE AYMERICH DE RENTERÍA, R.: «*La rescisión por lesión en el Derecho civil español común y foral*». Granada, 1989, p. 81.

afirma que «la rescisión es a veces compatible con la subsistencia total o parcial del marco creado». El primero de estos autores, al comentar la Sentencia citada, aclara que «efectivamente», no se trata tanto de destruir una situación anteriormente creada, como de restituir al perjudicado aquello de que se le privó como consecuencia de la creación de dicha situación, por lo que si cabe restituir sin necesidad de que se destruya, total o parcialmente, el nexo, el principio de conservación impone, al interpretar la finalidad de la acción que contemplamos (la acción rescisoria), la subsistencia total o parcial del mismo» (35).

No profundizamos más en esta cuestión, que quizá debería ser objeto de un comentario separado.

Por último, no queremos concluir estas páginas sin señalar que los problemas que puede plantear la invalidez parcial en sus distintas modalidades se podrían solucionar si el legislador regulase esta categoría con carácter general en un precepto específico. No resultaría ocioso incluir en el Código civil una norma relativa a esta materia, pues la práctica revela la frecuencia del supuesto y la conveniencia de su regulación. La inclusión de la nulidad parcial como categoría en nuestro Derecho habría de incardinarse en la que desde hace tiempo es imprescindible reforma de los artículos relativos a la ineficacia de los contratos.

(35) En relación con la rescisión por lesión indican ALVAREZ VIGARAY y DE AYMERICH DE RENTERÍA (*op. cit.*, p. 113): «Dada la tendencia o principio de política legislativa que puede denominarse «de conservación del contrato», la ley, en vez de imponer a todo trance que, mediante la acción de rescisión, como hace pensar su significado etimológico (de «rescindere»), se deshaga el contrato; al contrario, se conforma con sólo restablecer el equilibrio contractual abonando la parte del precio por falta hasta alcanzar el justo precio (en el caso más generalizado de lesión por parte del enajenante); o bien reduciendo la prestación excesiva a sus límites justos, mediante la devolución del exceso del precio (en la hipótesis no siempre admitida, de lesión por parte del adquirente)». Siguiendo esta línea, ESPIN CÁNOVAS, D. («Algunos aspectos de la rescisión por causa de lesión», *RDP* 1988, p. 231) considera que una de las notas características de la rescisión por lesión es «la reparación del perjuicio ocasionado por la lesión, de forma compatible, mientras sea posible, con la conservación del negocio».

La «garantía» del artículo 11 LCU

Por TOMAS RUBIO GARRIDO

Departamento de Derecho civil. Universidad de Sevilla

SUMARIO: Introducción.—Parte I: Naturaleza de la «garantía» del artículo 11 LCU.—1. Dificultades dogmáticas para apreciar un caso de responsabilidad contractual. 2. La garantía como obligación de reparar y/o sustituir. 3. La garantía como expresión de riesgo (*periculum*), eventualmente complementada por responsabilidad precontractual. 4. La garantía como imputación legal de riesgos, extramuros de la responsabilidad contractual. 5. La garantía como responsabilidad contractual.—Parte II: Régimen jurídico de la «garantía» del artículo 11 LCU. 6. Ambito objetivo de aplicación. 7. Vicios o defectos cubiertos por la garantía. 8. Carácter originario del vicio. Carga de la prueba. 9. A) Contenido de la garantía. B) La exigibilidad de daños y perjuicios en el seno de la garantía. 10. El plazo de la garantía.—Conclusión.

INTRODUCCION

El artículo 11 LCU ha sufrido hasta ahora, a mi juicio, un claro desenfoque doctrinal: en él se suele ver una figura autónoma y novedosa, creada en aplicación de los «modernismos» principios de tutela al consumidor.

Este punto de vista quizá venga motivado por el uso legal de un término —garantía—, que, en este terreno, nunca ha sido tradicional en nuestro derecho, procediendo, más bien, de la praxis mercantil y de legislaciones foráneas, cuya influencia se acrecienta a través del crisol jurídico que implica el surgimiento del Derecho comunitario (*garantie, garanzia, warranty*).

Pero, si nos despojamos del influjo enmascarador del término, en boga últimamente, observaremos que el artículo 11 LCU contempla un conflicto de intereses clásico en nuestro ordenamiento, y que

(*) Las citas de doctrina se hacen abreviadamente y con referencia a la relación bibliográfica desarrollada que se incluye al final del trabajo.

es una constante histórica desde el Derecho Romano: la tutela de todo comprador respecto a la calidad e idoneidad de los bienes que adquiere. Es el mismo conflicto de intereses subyacente a las acciones edilicias romanas, y es el mismo regulado por la obligación de saneamiento del Código civil (a la que también se remite el C. com.). Advertimos que no en vano esta «garantía» surge en el ámbito mercantil, a principios de siglo, como pacto lícito modificativo de la obligación de saneamiento al amparo de su normal dispositividad.

Basta ojear tratados clásicos de la época: FUBINI, p. 487 y ss.; ANGELONI, p. 173; TARTUFARI, p. 757...

Según CARLON, sostienen todavía esta visión HEMARD, RIPERT/ROBLOT, VAN RYN y VIVANTE, entre otros (CARLON, p. 51).

A nivel jurisprudencial es muy interesante la STS de 6 de mayo de 1911, donde textualmente se afirma «esta garantía natural y corriente (la ofrecida por el vendedor de la maquinaria), en cuanto *integraba* la obligación legal que todo vendedor tiene de sanear la cosa vendida sin que sobre ella recaiga pacto especial...»

Por ello, discurrir sobre la naturaleza de la «garantía» del artículo 11 LCU es, pese a su aparente banalidad, pisar lugar sagrado: de sobra es conocida la riqueza y altura dogmáticas de la elaboración doctrinal en torno a la naturaleza de la obligación de saneamiento por vicios ocultos.

No ser conscientes de ello en el análisis del minúsculo artículo 11 LCU, sólo puede conducir a errores de óptica, como igualmente a ello conduciría un apego excesivo al conceptualismo propio de esta materia. Por ello, me propongo analizar la naturaleza de la «garantía» del artículo 11 LCU, en conexión íntima con los artículos 1.484 y siguientes del Código civil, en la primera parte del trabajo, para procurar, a continuación, en la segunda, verificar la validez de las conclusiones extraídas, en el implacable banco de pruebas que es el análisis de su régimen jurídico.

I. NATURALEZA DE LA «GARANTIA» DEL ARTICULO 11 LCU

1. De entre las interpretaciones que en torno al concepto de «garantía» (obligación de saneamiento) se han ofrecido, destaca aquella que entiende que nos encontramos ante un mero supuesto de responsabilidad contractual. Tradicionalmente minoritaria, hoy, sin embargo, a diferencia de las que potencian el plano del consentimiento y la faceta subjetiva y voluntarista del supuesto de hecho, tiende a reforzarse, porque comienzan a superarse los gravísimos obstáculos dogmáticos con los que se siempre se ha enfrentado, a saber:

a) Toda manifestación de responsabilidad se ha hecho siempre

descansar sobre el fundamento inexcusable de la culpa (o de su «hermano mayor», el dolo), siendo así que la obligación de saneamiento del Código y esta «garantía» del artículo 11 LCU prescinden nítidamente de un tal presupuesto.

De aquí que se viera en la obligación de saneamiento una figura especial y excepcional, ajena a la responsabilidad contractual, y de aquí que se extendiese un típico argumento tautológico: la entrega de una cosa defectuosa no implica incumplimiento, porque no genera los efectos típicos de éste (indemnización [art.1.101 C.c.] y resolución [art. 1.124 C.c.] o la acción de exacto cumplimiento, sino «sólo» las acciones edilicias). Como pone de relieve MORALES, quedaba por demostrar que estas acciones no fuesen precisamente la forma especial de sancionar en este caso el incumplimiento, posibilidad que se desechaba apriorísticamente, al no exigirse la culpa para su juego (MORALES [I] p. 665). Es justamente esta propugnada excepcionalidad la que motiva el uso del término «garantía» en otras legislaciones, para englobar a éste y otros supuestos donde la culpa no podía explicar por qué se *respondía*. Y será sobre la base de esta pretendida excepcionalidad cómo se precluya todo intento de interpretación extensiva de su régimen jurídico, porque la obligación de saneamiento representa, en suma, una norma *odiosa*.

b) En un contrato de compraventa cuyo sinalagma obligacional se reducía al esquema entrega/pago del precio, era muy difícil identificar una obligación de entregar una cosa exenta de vicios o dotada de las cualidades esenciales de idoneidad (pensemos que era árdua incluso la construcción de una obligación del vendedor en relación con el efecto transmisivo) (MARTORANO, p. 61; COSTANZA, p. 154).

A ello se añadía la concepción clásica de la obligación, con un objeto consistente en un comportamiento debitorio, que se ha de realizar en la fase de ejecución del contrato. A la luz de esta concepción, se solía decir que, en la compraventa de cosa específica —observemos que en la de género los reparos han sido siempre menores, lo que no parece justificarse en ninguna diferencia en el conflicto de intereses planteado—, el vendedor sólo se obliga a entregar la cosa en el estado en que se hallaba al perfeccionarse el contrato (art. 1.468 C.c.), de modo que hablar de una obligación del vendedor de entregar una cosa sin defectos, cuando ésta es defectuosa ya al tiempo de celebrar el contrato, supone construir una obligación originariamente imposible, lo que impide toda aproximación a la responsabilidad contractual (así, MORALES [I] p. 665; R. BERCOVITZ [I] p. 799; MENGONI [III] p. 3; LARENZ, página 54).

c) La tradicional exigencia de la preexistencia, a la celebración del contrato, del vicio o defecto, puesto que «los vicios posteriores nos sitúan o ante un problema de riesgo (art. 1.452 C.c.) o ante un problema de responsabilidad del vendedor por la custodia de la cosa

(art. 1.094 C.c.)» (MORALES [I] p. 633), constituía un dato que impelía a la doctrina hacia terrenos ajenos a la ejecución de un contrato, ya fuesen los relativos al plano de la formación del consentimiento, ya los referentes a deberes y responsabilidades precontractuales.

d) La reconducción de la obligación de saneamiento a la responsabilidad contractual, hubiese sido desastrosa para la necesaria tutela del adquirente, puesto que ésta siempre se ha visto tendencialmente dispositiva y, por tanto, facilitadora de pactos exoneratorios o minorativos para los enajenantes. Aparte de que, al estar basada en la culpa, con ello se habría obligado a todo adquirente a realizar una prueba cumplida de tal elemento, con el consiguiente menoscabo de su protección (todavía con esta concepción, por todos, CARLON, p. 45).

Todas estas dificultades, *grosso modo* expuestas, dan cuenta de por qué la doctrina precisa de sutiles razonamientos que, desvinculados de la responsabilidad contractual, expliquen, pese a ello, cómo los efectos que siguen a un supuesto de vicios ocultos son análogos a los típicos de la responsabilidad contractual. Dificultades que intentaré allanar mediante la crítica a las interpretaciones que, o han surgido ya, o probablemente surgirán, sobre la «garantía» del artículo 11 LCU.

2. Mayoritaria es la opinión que ve en la «garantía» una obligación legal que nacería cuando se descubre un vicio o defecto en el producto adquirido, y cuyo contenido consistiría en la imposición al vendedor de las prestaciones positivas de reparar y, eventualmente, de sustituir la cosa vendida.

Así PARRA, p. 536; GROSS, p. 149; ANCEL, pp. 212 y 214, quien llega a entender que la garantía no es sino la prestación gratuita por el vendedor del servicio post-venta; y CARLON, *passim*, particularmente pp. 42, 47, 48 y 61. En la página 76 define expresamente como obligación derivada de la «garantía», la de asistencia técnica post-venta, lo que, a mi juicio, es un error que debe ser advertido, toda vez que el art. 11 LCU regula esta figura en sus párrafos 4.º y 5.º. Estos párrafos, sin embargo, poco tienen que ver con la «garantía» *stricto sensu*, regulada en el 11,2 y 11,3 LCU, como aplicación del importantísimo mandato del 11,1 LCU, y sólo consagran la obligación legal de que todo vendedor profesional disponga de un servicio post-venta, del que surgirán contratos ordinarios de reparación o mantenimiento, que deberán ajustarse, en su contenido, a lo ordenado por el art. 11,4 LCU. Cosa distinta es que todo vendedor al que se exija la reparación, en aplicación de la «garantía», use —evidentemente— de sus propios servicios técnicos. O sea: no todas las reparaciones que se efectúen mediante ese servicio derivarán de la aplicación de la «garantía». Y lo mismo dígase respecto a la obligación del vendedor profesional de disponer durante un plazo determinado de repuestos (art. 11,5 LCU).

Con esta concepción de la «garantía», sólo tras la «infracción» de estas obligaciones autónomas de reparar o sustituir, es posible apre-

ciar incumplimiento del contrato y, por tanto, sólo a partir de este momento es posible pedir, bien la resolución del contrato (más los daños y perjuicios que conformen el interés contractual negativo), bien el exacto cumplimiento (más los daños y perjuicios que completen el interés contractual positivo).

PARRA (p. 537) llega a exigir, en concreto, para el acceso a la resolución el famoso requisito (hoy insostenible en su acepción psicologista [cfr., por todos, F. JORDANO I p. 311] de la voluntad rebelde del vendedor en la realización de la reparación o la sustitución.

En un plano general, es ésta la opinión de DÍEZ PICAZO: ante una prestación defectuosa, la acción resolutoria sólo está justificada cuando el deudor no se allana a satisfacer la prestación de rectificación o de corrección (DÍEZ PICAZO, p. 872).

En cualquier caso, esta forma de concebir la «garantía» no carece de fundamento, ya que hunde sus raíces en la tradición romanística: adviértase que en el Derecho Romano una de las vías que el *ius civile* ofrecía para proteger a un adquirente era la constitución de una *stipulatio*.

La *stipulatio*, que presenta un carácter claramente aseguratorio, parece empezar a aplicarse en esta materia porque la *mancipatio*, por ser un acto instantáneo, no permitía el juego de un típico mecanismo obligatorio. Por ello, el comprador, si quería protegerse frente a la eventualidad de que la cosa vendida no fuese sana o idónea, debía conseguir que el vendedor constituyese tal *stipulatio*.

Con posterioridad en el Edicto edilicio se impone al vendedor la obligación de constituir esa *stipulatio*, siempre que a ello le inste el comprador; y se establece que, habiéndolo éste pedido, y habiéndose a ello negado el vendedor, el comprador disponga de una acción redhibitoria para resolver el contrato, ejercitable en el plazo de los dos meses posteriores a la perfección del mismo; todo lo cual comenzaba a conferir una cierta autonomía a la obligación del vendedor de constituir esta *stipulatio*.

Finalmente, a medida que la *mancipatio* fue cayendo en desuso, y se fue «consensualizando» el contrato de *emptio-venditio*, la constante necesidad práctica de tutelar al comprador, hace que se considere emanada del propio contrato *ex fide bona*, la obligación posterior del vendedor de constituir la *stipulatio* contra los vicios ocultos (*stipulatio sanum esse*), ya en el ámbito del *ius civile* y no sólo en el restringido ámbito de aplicación del Edicto edilicio. (Para más información, *vid.*, ARANGIO RÚIZ, p. 355 y ss., y FUBINI, p. 15 y ss.).

Arraiga así la peculiar configuración de la obligación de saneamiento como obligación autónoma del vendedor, ajena al sinalagma del contrato, cuyo juego queda condicionalmente sujeto a que se produzca un evento típico objetivo (vicios ocultos, evicción), que aún

es el esquema a que parecen responder los arts. 1.461, 1.474 y 1.485 Código civil.

En la concepción de la obligación de saneamiento por vicios ocultos como dotada de un contenido positivo *in conditione*, influye sin duda su tradicional emparejamiento con el supuesto de evicción, donde la identificación de ese contenido positivo ha sido siempre menos espionosa (aunque quizá no acertada), gracias al amparo judicial que el vendedor debe ofrecer al comprador, una vez que éste le llame en causa (art. 1.481 C.c.), tras ser perturbado en su posesión legal y pacífica de la cosa vendida. Es muy significativo que, justamente es en ese contexto (obligación de saneamiento por evicción) donde surge el vocablo «garantía», que sólo en época reciente fue atribuido por extensión al supuesto de vicios ocultos, para explicar más fácilmente por qué en este caso el vendedor *responde* sin precisarse una culpa suya.

Sin embargo, a esta concepción hemos de objetar:

a) La acción de reparación y la de sustitución no son sino el contenido propio de la acción de exacto cumplimiento, que es una de las medidas generales que un acreedor insatisfecho puede solicitar como parte principal de su pretensión resarcitoria (resarcimiento en forma específica), generalmente acompañada de la petición de los daños y perjuicios, probados, derivados del retraso, que completan el interés contractual positivo (COSTANZA, P. 156; BIANCA [I] p. 262; R. BERCOVITZ [I] p. 814). Ver, pues, en estas acciones una nueva obligación autónoma, es recurrir a un mecanismo falaz, multiplicador de las obligaciones de forma innecesaria: la acción de exacto cumplimiento no es sino el desarrollo ulterior de la obligación originaria única, que procede una vez verificado el incumplimiento del deber prestacional que tiene por objeto. Basta, por consiguiente, invocar esta obligación básica incumplida para tener el fundamento de este pretendido contenido positivo de la «garantía».

b) Con esta construcción el pregonado reforzamiento de la posición del adquirente —inherente a la noción técnica de garantía— se convierte en un enigma. Lo que aquí se llamaría «garantía», no diferiría de los efectos típicos de todo incumplimiento, que tienden siempre a garantizar la posición del acreedor, de tal forma que cuando la realización coactiva de su pretensión no sea posible, se le resarza de las pérdidas sufridas (F. JORDANO [I] p 34). Se trataría de una «obligación de garantía» asumida por, o impuesta al *ya* deudor y, por tanto, del absurdo (por ocioso: albarda sobre albarda) de una garantía personal de la propia obligación (Cfr. las agudas observaciones de RUBINO, P. 634; FRAGALI, p. 449; y MORALES [I], p. 680).

c) Si nos encontrásemos ante una obligación con fuente propia y desarrollo autónomo ¿por qué deberíamos remitirnos al contrato para determinar si hay o no vicio o defecto? ¿por qué el incumpli-

miento de esta obligación —accesoria— puede llegar a desembocar en la resolución del contrato principal?

d) Si nos encontrásemos ante una obligación con fuente propia y desarrollo autónomo, habría que admitir (aunque en un plano teórico, pues la obligación de reparar parece presentarse siempre como un *facere* fungible) que, en caso de sobrevenida imposibilidad de esta obligación, no imputable al vendedor, el comprador quedaría desprovisto de toda tutela, lo que es negado por la mayoría de la doctrina. Y lo es, porque el incumplimiento *ya se ha verificado*: la entrega, posterior al contrato, de la cosa con el vicio o defecto preexistente al mismo. En realidad, en el hipotético caso de que la acción de reparación y la de sustitución deviniesen sobrevenidamente imposibles, el comprador podrá acudir, bien a la resolución del contrato (más los daños y perjuicios que conforman el interés contractual negativo), bien exigir el pago por equivalente (que es primera —pero no única— partida del interés contractual positivo) más los daños y perjuicios, probados, que completen ese interés contractual positivo, derivados generalmente del retraso (Admiten la liberación del vendedor ante la imposibilidad sobrevenida que no le sea imputable de las obligaciones de reparar o sustituir, PARRA, p. 537 y CARLÓN, p. 81).

e) En cuanto a los arts. del Código que parecen responder al esquema diseñado por esta concepción, es cierto que el art. 1.461 dice que el vendedor queda *obligado al saneamiento* de la cosa. Sin embargo, observemos que, a tenor del art. 1.474 C.c. «el saneamiento a que se refiere el art. 1.461» consiste en que «el vendedor responderá al comprador de los vicios o defectos ocultos que tuviese la cosa». Es decir, con el art. 1.474 *in mente*, el art. 1.461 está estableciendo que el vendedor *queda obligado a responder* al comprador de los vicios o defectos ocultos de la cosa (definición y llana de responsabilidad contractual).

No obstante, el art. 1.485 parece un obstáculo insalvable, al decir que el vendedor responde al comprador del *saneamiento* por los vicios o defectos ocultos de la cosa. Pero la redacción de este art. no aparece en los Proyectos de 1836, 1851 y 1882, cuyos arts. paralelos decían todos exactamente lo siguiente: el vendedor *deberá sanear* al comprador por los vicios o defectos ocultos. Es decir, con el art. 1.474 *in mente* (que, éste sí, se mantuvo incólume a lo largo de todo el *iter* formativo del Código), el actual art. 1.485 siempre había dicho que el vendedor *deberá responder* al comprador por los vicios o defectos ocultos (nueva definición lisa y llana de responsabilidad contractual).

Luego el influjo del esquema romanista es muy fuerte (llega a motivar la alteración *in extremis* del art. 1.485), pero puramente terminológica: al conectar sistemáticamente los diversos preceptos, tal influjo se disuelve como un azúcarillo.

En conclusión, debemos rechazar la concepción de la «garantía» que la ve como una obligación legal accesoria al esquema del contra-

to de compraventa, cuyo funcionamiento queda sometido suspensivamente a la condición de que se verifiquen determinados eventos sobrevinidamente a la celebración del contrato, y cuyo contenido se sustanciaría en las obligaciones de hacer de reparar y/o sustituir.

Observemos: *i)* que, en esta perspectiva, todo supuesto de responsabilidad contractual no sería sino una obligación positiva de resarcir suspensivamente condicionada al incumplimiento del deudor; *ii)* que, en cuanto a la accesoriedad, ésta hoy no es asumible: ver la obligación de saneamiento (hoy transmutada en «garantía») como accesorio (y, por tanto, como un elemento extracontractual) respondía quizá, de una parte, a la influencia de la concepción romanística a la que hemos aludido, y, de otra, a la tradicional restricción con que se ha contemplado el sinalagma obligacional del contrato de compraventa: razones ambas que, hoy, quedan superadas. Para aquellos que hayan fundamentado la accesoriedad de la obligación de saneamientos en su derogabilidad, baste decir que es justamente este carácter derogable por la autonomía de la voluntad de los contratantes el que, en gran parte, desaparece gracias al art. 11 LCU.

Por último, no debemos pasar por alto que el intento de revitalizar este enfoque clásico al abordar el artículo 11 LCU, responde a otros motivo: *uno empírico*, cual es el intentar restringir al máximo la posibilidad de que el contrato quede resuelto (ya que la resolución del contrato es el remedio verdaderamente odioso para los intereses del sector productivo: la resolución del contrato rompe las cadenas de distribución y circulación de los productos en el mercado, introduce incertidumbre jurídica y económica para las empresas y concede un «excesivo» valor a la mera voluntad, probablemente caprichosa, de un comprador singular) y, además, en el razonamiento en estos autores, se pretende restringir igualmente la exigibilidad de daños y perjuicios, no tanto porque se obstaculiza el acceso a la acción resolutoria (pues los daños y perjuicios pueden ser exigidos con independencia de que se llegue o no a la resolución), cuanto porque la exigibilidad de los mismos sólo procede cuando se haya verificado un incumplimiento imputable, que es esta concepción que criticamos sólo se ve en la falta de (exacta) reparación o sustitución. *Y otro motivo de tipo dogmático*, cual es el de buscar una base más acorde con las nociones tradicionales, donde poder residenciar la procedencia de la acción resolutoria y la exigibilidad de los daños y perjuicios (a ser posible, una «voluntad rebelde» del vendedor). O sea, subyace en esta concepción un motivo inconfesable (aunque legítimo), pero no compatible, y otro dogmáticamente innecesario.

3. Otra posición muy extendida es la de entender que la «garantía» del artículo 11 LCU es una expresión de riesgo (*periculum*), eventualmente complementada por una responsabilidad precontractual, ema-

nada del incumplimiento de obligaciones que recaen sobre el vendedor en la fase previa a la conclusión del contrato. Tesis que se asienta en:

i) En el Código la obligación de saneamiento se presenta con un escueto contenido, fundamentalmente restitutorio, que parecería indicarnos que nos encontramos ante un supuesto de aplicación del artículo 1.452 del Código civil: se trataría del «riesgo de la contra-prestación», soportado por el vendedor, simplemente porque están en cuestión circunstancias anteriores al contrato;

ii) Se concibe la «garantía» como una institución específica, que cumple una función *a se* (conseguir la funcionalidad de los actos de intercambio) y a la cual sería ajena toda consideración resarcitoria (*vid.*, por todos, F. ROMANO, p. 15 y ss.);

iii) El resarcimiento que eventual y «esporádicamente» acompaña al estricto funcionamiento de la «garantía», debe ser justificado extramuros de la misma: por ejemplo, en la mala fe del vendedor, en una manifestación clara de responsabilidad precontractual. Este es el criterio adoptado por el Código, en coherencia con sus presupuestos liberales, que sólo permiten hablar de responsabilidad, cuando se identifique una culpa (o dolo), y que rechazan de plano los tradicionales deberes que el Derecho Intermedio había impuesto a la clase de los vendedores:

Pronto se advirtió, sin embargo, que el criterio del Código no sólo era una mera contingencia histórica, sino que, además, era una contingencia que producía flagrantes injusticias en su aplicación práctica. De entre los intentos que, por distintas vías, se han llevado a cabo para superar el esquema legal (para un somero elenco de los mismos, cfr. punto 9 B>), destacan dos:

a) Retomar la tradicional medieval, frente a la cual el Código representaba una brusca interrupción, de modo que se vuelve a ver al vendedor rodeado de múltiples deberes, deducidos de su posición y función social: la inobservancia de tales deberes reviste tal grado de reproche social, que reclama la imputación (íntegra) de los daños y perjuicios al vendedor que, *además*, entregó una cosa viciada o defectuosa. El cauce técnico que articula esta imputación, sin necesidad de alterar el esquema del Código (aunque se subvierten sus presupuestos ideológicos, hoy indudablemente erosionados), consisten en esgrimir el tradicional adagio *culpa lata dolo aequiparatur*, de modo que la mala fe a la que alude el art. 1.486 C.c., se entienda de forma extensiva, abarcando los diversos supuestos que se califiquen de culpa grave (línea magníficamente abierta por MORALES, [II], *passim*).

b) Dejar al margen el esquema legal, y crear autónomas obligaciones de información, previsión y seguridad, cuyo incumplimiento sea la base (única) del resarcimiento. (Salv. ROMANO, p. 259 y ss.; F. ROMANO, pp. 226 y ss.; R. BERCOVITZ [II], p. 215; VISINTINI [I], páginas 226 y ss., quien, con atinada cautela, nos revela que este modo de abordar el problema arranca de IHERING, pues no es otra la base de su famosa *culpa in contrahendo*, construida, por cierto, sobre ejem-

plos relativos al saneamiento por vicios, y caracterizada por una búsqueda —desesperada— de un incumplimiento culpable, que justifique el resarcimiento).

¿Son plausibles estas construcciones en relación a la «garantía» del artículo 11 LCU? A mi juicio, no, por las siguientes razones:

1) El Derecho romano demuestra que el supuesto de vicios ocultos no fue nunca una hipótesis de riesgo (*periculum*). Tanto cuando el comprador hacía valer su derecho a través de la acción emanada de la *stipulatio*, o mediante la *actio doli*, como cuando se introdujeron las acciones edilicias, como cuando todos los remedios confluyeron en la *actio empti*, entraban sin duda en juego los daños y perjuicios (cosa distinta es su ámbito, discutido y variable, como discutido es, en general, el concepto romano del *id quod interest*, y como variable es, en general, tal concepto, ante el casuismo propio de la jurisprudencia romana).

2) El C.c. no sólo ordena (arts. 1.124, 1.295, 1.486, 1.498, 1.499) la restitución de las prestaciones, en su caso realizadas en cumplimiento del contrato sobrevenidamente ineficaz, sino que también imputa al vendedor los gastos del contrato que hubiesen sido realizados por el comprador (arts. 1.478 y 1.486,1); medida que no se justifica en el plano del «riesgo de la contraprestación» (*periculum*), y que apunta, más bien, a ver en ella un elemento de resarcimiento por daño emergente, englobable fácilmente en la moderna noción de interés contractual negativo, que acompaña a toda resolución por incumplimiento (*ex art. 1.124,2 C.c.*).

Cosa muy distinta es que en el Código, por sus presupuestos ideológicos, y con un criterio que no ha sido ni tradicional, ni, desde luego, único, a lo largo de la Historia, se reduzca *ex lege* el ámbito de lo resarcible a este solo elemento (gastos del contrato). Ello, aun siendo cierto, no permite descartar *per se* que nos encontremos ante una hipótesis de responsabilidad contractual, sino que, antes bien, al contrario, lo confirma y justifica, a lo sumo, la naturaleza «especial» del supuesto (MORALES, [I], p. 681).

En cualquier caso, los «gastos del contrato» representan un ámbito de lo resarcible superior al ordinariamente creído. Baste observar que el en art. 1.094 Proy. 1836 se hablaba de abonar al comprador los *gastos ocasionados por la venta*, lo que tiende, como mínimo a englobar todo el daño emergente, evidentemente en el marco de resarcibilidad representado por el interés contractual negativo, como en todo supuesto de resolución del contrato. Y no se replique que, al no aparecer tal expresión en el C.c. 1889, la limitación *ex lege* del resarcimiento es amplísima: el art. 1.486,1 C.c. no alude a los gastos «del contrato», sino a los gastos «que el comprador pagó», lo que, de nuevo, nos lleva al daño emergente pleno, en el marco de resarcibilidad respresentado por el interés contractual negativo. Adicionalmente, pensemos que el art. 1.455 alude a los gastos de otorgamiento de escrituras, y los

de la primera copia, y los «demás posteriores a la venta», y que el art. 1.465 alude a los gastos para la entrega y los de transporte o traslación de la cosa, lo cual demuestra que difícilmente la expresión del art. 1.486 es tan restringida y circunscrita como se suele afirmar. De hecho, la expresión del art. 1.466,1 *Code (frais occasionnés par la vente)* tiene una amplitud tan ambigua, que la jurisprudencia se valió de la misma para adosar al vendedor el interés contractual negativo (*l'acheteur doit être remis autant que possible au même état que si le contrat n'avait pas eu lieu*), salvo el lucro cesante (GORLA, [III], pp. 242-243).

Ahora bien, el problema sigue, aunque más atenuado, en pie por lo que hace a los gastos necesarios que el comprador haya hecho para conservar la cosa o a los gastos útiles, cuya no especificación es más llamativa en la medida en que el art. 1.478 también en materia de saneamiento, aunque por evicción, sí los contempla expresamente.

Por tanto, a lo sumo, podría sostenerse una pequeña limitación legal del ámbito de lo resarcible que, de existir, vendría motivada únicamente por los presupuestos ideológicos del Código, y que, en cualquier caso, hoy desaparecerá, como veremos, en el art. 11 LCU.

3) La dificultad para escindir el plano del «riesgo de la contra-prestación» (*periculum*, riesgo propiamente dicho), del plano del «riesgo del incumplimiento» (responsabilidad contractual), en la obligación de dar, es tradicional, puesto que el Derecho romano les ofreció un mismo presupuesto de hecho: la destrucción o menoscabo físico de la cosa, procediendo luego a la diferenciación de ambos, según la naturaleza típica de los eventos que determinaban tal destrucción o menoscabo.

Sin embargo, aparte de que la evolución jurídica nos confirma una paulatina infiltración de la institución de la responsabilidad contractual en terrenos originariamente propios del riesgo (*periculum*) (GIORGIANNI, pp. 280 y 321; BADOSA, *passim*, particularmente, pp. 818 y ss.) la incompatibilidad entre ambos planos es clara: la responsabilidad contractual presupone, o bien una obligación infringida cuyo cumplimiento o exacto cumplimiento es posible, o bien una obligación infringida cuyo cumplimiento o exacto cumplimiento es imposible por causa imputable al deudor no (exactamente) cumplidor (arts. 1.101, 1.105, 1.182 y ss. C.c.); el riesgo (*periculum*) presupone, en cambio, una obligación cuyo cumplimiento (o exacto cumplimiento) es imposible por caso fortuito (por causa no imputable al deudor no cumplidor), es decir una obligación extinguida total o parcialmente (F. JORDANO [I], p. 430 y, fundamentalmente, p. 437).

Dicho esto, observemos que en el supuesto de vicios ocultos, la cuestión a resolver nunca ha sido ver si el vendedor seguía siendo acreedor de la obligación recíproca de pagar al precio, tras haberse extinguido la suya (supuesto de *periculum emptoris*), o ver si el contrato se resolvía *ipso iure* (riesgo soportado por el vendedor), sino

la de determinar las consecuencias del vicio o defecto (considerado en virtud del juicio de imputación efectuado, como «imputable al vendedor»), es decir, la de determinar las medidas de que el comprador dispone, frente a ese vicio o defecto (incumplimiento) para la defensa de su derecho de crédito infringido: o ejecución específica (reparación, sustitución), más los daños y perjuicios, probados, que completen el interés contractual positivo, generalmente derivados del retraso, o (si el vicio o defecto es lo suficientemente grave para justificar sobre su base —el incumplimiento— la resolución del contrato) la resolución más los daños y perjuicios que conformen el interés contractual negativo (que, eventualmente, podría haber estado limitado en la letra del Código).

Esto es particularmente claro en el art. 1.487, C.c., donde, producida la destrucción de la cosa, la consecuencia legal anudada no se limita a hacer que el vendedor soporte el pretendido riesgo (devolviendo el precio que eventualmente había recibido en cumplimiento del contrato), sino que incondicionalmente le obliga —también— a resarcir los gastos del contrato (con la interpretación que le hemos dado). Ello es así por una única razón: la cosa se ha perdido por «efecto de los vicios ocultos»: no se da el supuesto de hecho propio de las reglas del riesgo (*periculum*), sino un incumplimiento.

Por tanto, así como no podemos compartir que la obligación de saneamiento se resuelva en una cuestión de riesgo (*periculum*), eventualmente complementada por una responsabilidad precontractual, tampoco lo podemos admitir para la «garantía» del artículo 11 LCU.

4) Tampoco es admisible el argumento de que la «garantía» cumple una función autónoma propia, porque, estando clara esa función de preservar la funcionalidad de los intercambios, mediante la tutela del adquirente, queda aún indemostrado que ello exija la construcción de un instrumento autónomo: queda aún indemostrado —y es indemostrable— que una tal función no pueda ser cumplida en este caso por la responsabilidad contractual, como en otros —en la actualidad— por la protección a la confianza, o mediante la protección de la apariencia.

5) El análisis del cumplimiento o no de los deberes precontractuales (información, previsión, seguridad) que, en su caso, justificarían los daños y perjuicios complementarios a la pretendida regla de riesgo (*periculum*), curiosamente no se realiza de modo autónomo, sino que, al menos en los casos de vicios y defectos ocultos, siempre exige un contrato válidamente construido en que apoyarse.

Esta es la opinión implícita de MORALES, al enumerar, entre los presupuestos jurídicos para el juego de las acciones edilicias, el que se haya celebrado un contrato de compraventa (MORALES [I] p. 632).

6) La valoración del incumplimiento de estas obligaciones no sólo exige un contrato válido, sino que se realiza en sede de ejecución de tal contrato.

A ello no empece que el objeto analizable sea la conducta desplegada en la fase precontractual por el vendedor (VISINTINI [I] p. 105), pues ello, siendo cierto, no impide que tal análisis —y esto es lo importante— se realice siempre en un momento posterior a la perfección del contrato. Por lo demás, esta autora parece contradecirse ligeramente, porque sólo concede relevancia a aquellas infracciones de las obligaciones precontractuales que llegan a incidir en el uso contractualmente fijado a la cosa.

Igualmente parece orientarse en esta línea «precontractualista» R. BERCOVITZ [II], p. 215, y con especial énfasis en pp. 252 y ss. basándose en que es justamente el cumplimiento de la obligación de información lo que excluye todo atisbo de responsabilidad en los casos de ventas de desechos o de saldos; y en que llevar la obligación de información al seno del contrato iría en detrimento de la posición del adquirente. Sin embargo, en el primer caso, la información ofrecida por el vendedor reduce el contenido de la prestación a que él queda obligado, siendo esa la razón de la no planteabilidad de la responsabilidad, más allá de ese contenido (lo que ya ocurría en el Código: ventas judiciales y ventas de deshecho o hechas en feria o en pública subasta ([arts. 1.489 y 1.493, respectivamente])); y, respecto al segundo argumento, hay que insistir en que no prejuzgamos el momento en que la información deba facilitarse (normalmente deberá hacerse antes del contrato, pero también podrá, sin perjuicio de lo anterior, ser exigible durante y después del contrato), sino que tan sólo subrayamos que, sea cual sea tal momento la valoración de su cumplimiento o no cumplimiento se hará, siempre que haya un contrato válido, en su fase ejecutiva. En realidad, el propio R. BERCOVITZ entiende que en caso de información por parte del vendedor, el comprador tendrá derecho a las cualidades que objetivamente se deduzcan del precio pagado (un parámetro de referencia obviamente «contractual» y, por lo demás, correcto), cuando lo más coherente con su tesis sería defender aquí la existencia de una responsabilidad precontractual derivada del silencio.

7) no sólo exige el análisis del cumplimiento o no de esos pretendidos deberes «precontractuales» (¡y se hace, entonces, legítimo sospechar, que porque aquí no lo son!) un *contrato válido*, que se encuentre ya en fase de ejecución, sino también que se haya producido una infracción del contenido prestacional de la obligación del vendedor. En efecto, si, pese a que el vendedor no haya ofrecido información de ningún tipo, el objeto vendido cumple perfectamente con el destino que se le asigna, nadie admitirá aquí el planteamiento de ninguna cuestión de responsabilidad. Es decir, si el fundamento de las consecuencias resarcitorias estuviese constituido por la infracción de estos deberes «precontractuales», ¿para qué tendríamos que exigir, y precisamente en la fase de ejecución del contrato, es decir, en mo-

mento posterior a su válida conclusión, la existencia objetiva del vicio o defecto?

8) Evidentemente, si lo crucial fuese la infracción de estos deberes «precontractuales», el resarcimiento debido debería ser siempre englobable en el interés contractual negativo. No se explica, pues, por qué el artículo 11 LCU permite acudir a la reparación y/o sustitución, más daños y perjuicios, probados, generalmente derivados del retraso, todo lo cual constituye un clásico ejemplo de interés contractual positivo (así, MENGONI [III], p. 18).

9) Con estas posturas nunca se podrá evitar que se finjan culpas e incumplimientos. La responsabilidad por vicios o defectos de la cosa vendida es un supuesto de responsabilidad *in adimplendo* y no *in contrahendo* porque, con independencia del comportamiento observado por el vendedor antes del contrato (que no siempre habrá sido forzosamente incorrecto o culposo), el vicio o defecto que se revela en la fase ejecutiva del contrato es *per se* suficiente para desencadenar la protección al comprador. Este sólo tendrá que alegar la existencia de tal vicio o defecto (e incluso quizá sólo alegar que el objeto no funciona o que no sirve para el uso a que estuviese destinado), sin necesidad de remitirse a etapas precontractuales, en las que no siempre se podrán detectar irregularidades (sin perjuicio de que, si se produjo la información sobre vicios o defectos, toda cuestión de responsabilidad quede excluida, no porque el objeto vendido vea desaparecer mágicamente sus vicios o defectos, sino porque el contenido obligacional del contrato se redujo *ipso facto* para el vendedor informante).

En resumen, esta construcción aquí criticada no sirve sino a una finalidad: intentar preservar la tradicional función de la culpa. Construyendo deberes precontractuales o interpretando ampliamente el concepto de mala fe, se consigue un punto de apoyo donde ubicar una culpa que fundamente «legítimamente» la obligación de resarcir que se le impone al vendedor. Asistimos al procedimiento inversor magníficamente resaltado por STARCK: «traditionnellement on constatait la faute avant de condamner à réparer. Maintenant, c'est l'inverse: l'obligation de réparer étant admise par la loi, la doctrine s'efforce de découvrir la faute pouvant justifier ces décisions» (STARCK, p. 479). Procedimiento inversor que se detecta en un somero análisis de la jurisprudencia, donde salta a la vista que el dato clave valorado, es la insatisfacción de un acreedor, y nunca una valoración previa en clave de diligencia de la conducta del vendedor en la fase precontractual (realidad confesada por MORALES [II], pp. 603-604; y constatada también por RIVERO, p. 67; VISINTINI [II], p. 418; y CABELLA PISU, p. 259).

Con esto no niego, sin embargo, relevancia a los deberes de información, previsión o seguridad, que alcanzan hoy positivación expresa (art. 13 LCU, RD 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los

consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas), y que antes se deducían de los arts. 7,1 y 1.258 Código civil, sino que afirmo que su juego, *una de dos, o será independiente* de la posterior conclusión de un contrato válido (porque el contrato es ineficaz, porque no llegó a celebrarse): esto es, será *verdaderamente precontractual*; o, entrando en juego la «garantía» del art. 11 LCU, lo que presupone —insisto— un contrato concluido y válido, será *absorbido* en el análisis de si la cosa entregada, después de la válida conclusión de tal contrato, responde o no a lo contractualmente debido por el vendedor (responsabilidad contractual: determinación del incumplimiento imputable) (cuestión que, en suma, es la única que contempla el art. 11 LCU).

Es decir, la absorción de la infracción de estos deberes, manteniéndose el contrato, en el único juicio que en tal caso cuenta (o hay o no hay incumplimiento de la obligación del vendedor), no implica, ni mucho menos, que tales deberes no existan o que, en general, sean irrelevantes.

Es más, a mi juicio, aun en el caso de que juegue la «garantía» del artículo 11 LCU y, por tanto, sólo nos planteemos si hay o no incumplimiento del vendedor de su obligación contractual respecto a la idoneidad y calidad del objeto vendido, la irrelevancia de estos deberes no es absoluta: en concreto, la identificación del incumplimiento particularmente serio de uno de ellos; puede ser índice de *culpa lata*, equiparable al dolo *in executivis*, con las consecuencias que para ello ordena el artículo 1.107,2 Código civil (un apunte en este línea en R. BERCOVITZ [II], p. 215).

Por tanto, estos deberes que se le imponen hoy al vendedor profesional (que ni por asomo son nuevos en el decurso de la Historia) no juegan siempre como deberes precontractuales *stricto sensu*, sino que en parte vienen a integrar el contenido del contrato, enriqueciendo la (compleja) posición debitoria del vendedor, en relación, por lo que hace el artículo 11LCU que aquí analizamos, a la idoneidad y calidad de la cosa vendida.

Y ello sin perjuicio de que puedan concebirse sanciones administrativas ante comportamientos infractores de estos deberes desplegados por un vendedor, con total independencia de hipotéticos contratos, en tanto ello constituya el supuesto de hecho tipificado de una infracción administrativa, lo que es un plano que tiende a fortalecerse en mercados muy intervenidos por el poder público (viviendas, Bolsas de valores).

Es curioso —y significativo— que VISINTINI en la actualidad tienda a suscribir la tesis que hemos defendido *supra*, dolida ante la realidad de que su originaria tesis «precontractualista» sólo había servido como medio subrepticio para revalorizar el papel de la culpa (VISINTINI [II], *passim*).

Y quizá no esté de más lanzar una nueva ojeada a los precedentes históricos, que no sólo nos revelan que la hipótesis de vicios ocultos

no fue nunca un supuesto de riesgo (*periculum*), sino que también nos muestran que, cuando se produjo la confluencia de los remedios típico del *ius civile* contra los vicios ocultos (*stipulatio, dicta et promissa, actio doli*), con los consagrados por el Edicto edilicio, en el seno de la *actio empti*, se lleven todos los casos de *dolo in contrahendo* al plano de la responsabilidad contractual: la originaria *actio doli* extracontractual fue absorbida por la *actio empti*, justamente después de la extensión del *iudicium bonae fidei* a la fase de formación del contrato (para un completa información, *vid.* MENGONI [I], p. 365).

Sean cuales fuesen las razones de esta maniobra justiniana, lo cierto es que sus vestigios siguen presentes en el C.c. Así, el art. 1.752 es un claro ejemplo de una infracción de una obligación de información del comodante respecto a los vicios de la cosa comodada, que se reconduce a la vía contractual, como se reconducía a la vía contractual (*actio contraria*) en el Derecho justiniano. Y no otra cosa es lo que, a mi juicio, ocurre en el art. 1.486,2 C.c., donde es esclarecedor observar cómo GARCÍA GOYENA remitía, para la cuantificación del resarcimiento, a los equivalentes de los arts. 1.101 y ss. C.c. (arts. 1.004 y ss. del Proyecto de 1851) (GARCÍA GOYENA, *sub* comentario al art. 1.408 Proy. 1.851). Observemos, por último, que el art. 1.490 enfoca *unitariamente* todas las acciones de los artículos precedentes.

Fue justamente la absorción «sectorial» de la *actio doli* por la *actio empti*, en la que también finalmente se englobaron las acciones edilicias, lo que origina el eterno problema del plazo, puesto que la tradicional perpetuidad de la *actio doli* y de la *actio empti* va a concurrir en el seno del único cauce procesal (*actio empti*), con los plazos breves que tenían, desde su creación, las acciones edilicias, y que tenían una marcada tendencia a imponerse. El problema pareció zanjarse en el Código, donde, con un claro designio de protección a la clase emergente de los comerciantes, se unifican todos los plazos (art. 1.490 C.c.). El ser ello fuente de iniquidad es quizá una de las razones que justifican la búsqueda, por parte de ciertos autores, de una escisión entre el ámbito «estricto» de la «garantía» y el plano ajeno resarcitorio, que se califica como precontractual o extracontractual, para extraerlo de los límites temporales estrechos de la tradicional obligación de saneamiento (VISINTINI, [I], *passim*). Con ello no critico que se puedan observar aquí los presupuestos que fundamenten una responsabilidad precontractual o extracontractual (como veremos en el punto 9. B>), sino que ello se haga forzosamente, con el preconcepto de la «garantía» como una institución específica, que cumple una función *a se*, y a la cual sería ajena toda consideración resarcitoria (F. ROMANO, P. 15 y ss.), o como institución complemente extraña a la responsabilidad contractual (MENGONI, [II], *passim*).

4. Otra posición que en torno al artículo 11 LCU puede adoptarse es la de observar la existencia de una imputación legal de riesgos, de contenido y duración limitados, no apoyada en el incumplimiento de ninguna obligación, sino en principios de política legislativa.

Esta es la tesis defendida por MORALES [I], p. 676; MENGONI [III], pp. 20 y ss.; DI MAJO, pp. 273 y ss. para la compraventa de cosa específica. Por tanto, es previsible que no la sostendrían en relación con el art. 11 LCU, alegando que regula compraventas de género, que plantean una problemática totalmente diversa. Ahora bien, puesto que el conflicto de intereses es idéntico en ambos casos, me parece dudosa esta escisión de naturalezas jurídicas (por ejemplo, no me parece sostenible la opinión de que la compraventa de cosa genérica no sea, en realidad, un verdadero contrato de compraventa, R. BERCOVITZ [I], p. 780). No obstante, téngase presente que sólo me propongo analizar aquí la «garantía» del art. 11 LCU, donde —repárese por quien lo estime conveniente— no se diferencia (como tampoco lo hacía el C.c., que sólo trata con autonomía la compraventa de animales) el supuesto de compraventa específica del de la compraventa de género.

A esta construcción se le podrían realizar algunas objeciones:

i) De nuevo nos encontramos con el problema de la pluralidad de acepciones del término «riesgo». Valga, pues, aquí, por si procede disipar la ambigüedad de la palabra, la clarificación anteriormente efectuada, que distingue con nitidez absoluta el plano del «riesgo de la contraprestación» (*periculum*, riesgo propiamente dicho) (que en el supuesto de vicios y defectos ocultos nunca a lo largo de la Historia se ha planteado), del plano del «riesgo de incumplimiento» (responsabilidad contractual) (que en el supuesto de vicios y defectos ocultos es lo que siempre se ha planteado).

ii) Nos encontramos, además, ante una imputación *ex lege*, que aparenta presentarse como algo excepcional, lo que no está justificado: el papel del legislador no es sino el de distribuir los daños que en las relaciones sociales se producen mediante criterios que evolucionan y se aquilatan a lo largo de la Historia. Así, por ejemplo, en el campo de la responsabilidad contractual, todos los criterios de imputación (culpa, custodia, hoy crecientemente el riesgo) no son y no han sido sino atribuciones legales de las consecuencias dañosas de un incumplimiento contractual. Si con la tesis que estamos exponiendo se quiere hacer del riesgo un criterio de imputación de responsabilidad contractual —idea que gana terreno en la doctrina y en la legislación—, que se diga claramente, de modo que dejaríamos de sorprendernos ante anómalas atribuciones legales, ajenas a las normales instituciones del ordenamiento: estaríamos ante un mero procedimiento legal para distribuir internamente —*imputar*— los daños derivados de un incumplimiento contractual.

iii) En cualquier caso, el punto fuerte de esta corriente doctrinal estriba en la constatación de una pretendida inexorabilidad en el nacimiento de las consecuencias resarcitorias; es decir, que en el supuesto del art. 11 LCU, una vez descubierto un vicio o defecto en la cosa vendida, sin posibilidad de realizar un análisis, donde el vendedor pudiera exonerarse, la ley imputaría de forma inevitable todas las con-

secuencias dañosas al vendedor: no habría pues, responsabilidad contractual, porque éste no puede zafarse por ningún medio de una imputación legal indeclinable.

Sin embargo, esto no parece verificarse. De hecho, el vendedor, demandado en juicio sobre la base del artículo 11 LCU, porque el producto vendido presentó vicios o defectos al mes de su adquisición, no será condenado de forma inmediata, sino que podrá probar que, en realidad, él cumplió bien, ya sea negando la existencia del vicio o defecto, ya sea probando que, aunque el vicio o defecto indudablemente exista, él entregó la cosa en perfecto estado, o que el vicio o defecto proviene del uso indebido realizado por el comprador, o de un caso fortuito posterior al contrato (supuesto de *periculum emptio*), o de la acción de un tercero, o que, aun existiendo el vicio o defecto *ab initio*, el comprador lo conoció sin duda antes de perfeccionar la relación contractual. Son, pues, demasiadas las posibilidades con que cuenta el vendedor, para que se pueda hablar de inexorabilidad.

Es justamente el tradicional requisito de la anterioridad al contrato del vicio o defecto, lo que demuestra que es siempre preciso, en este terreno, realizar un juicio de imputación. No darse cuenta de ello supone incurrir en el frecuente error de identificar la responsabilidad objetiva (aquella establecida en base a criterios que prescinden de la conducta del sujeto responsable), con supuestos donde al deudor le resulte absolutamente inviable *ex lege* eludir la imputación de las consecuencias resarcitorias (así, por ejemplo, GRECO/COTTINO, p. 104).

Hasta ahora, sin embargo, sólo hemos probado que el vendedor puede exonerarse de responsabilidad acreditando haber cumplido. Nos quedaría por saber si es posible que un vendedor se libere alegando un caso fortuito.

La hipótesis, en verdad, no parece fácilmente verosímil: no tanto porque se trate de una posibilidad excluida en el mecanismo del artículo 11 LCU, cuanto porque se es consciente de que todo vicio o defecto de una cosa es *normalmente interno* y, por tanto, propio de la esfera de riesgo del vendedor, por muy imprevisible o inevitable que fuese.

Así, VISINTINI [I], p. 172; LE TOURNEAU, p. 569. A un resultado similar, a efectos prácticos, llega BIANCA, al afirmar: «nella vendita di prodotti d'impresa il margine di difetti non evitabili nè prevedibili con la dovuta diligenza è praticamente insignificante» (BIANCA [I], p. 275). Observemos, no obstante, que, para llegar a los mismos resultados prácticos, el autor está fingiendo de forma sutil una negligencia prácticamente omnipresente.

Es, por consiguiente, la propia fisonomía del supuesto de hecho la que dicta la peculiaridad resaltada por tantos autores, y no una

específica «excepcional» configuración del régimen jurídico. A lo cual se añade que en el ámbito objetivo de aplicación del artículo 11 LCU —como, de hecho, en casi todo el tráfico jurídico moderno— normalmente el objeto o producto vendido pertenecerá a una serie, clase o *standard*, por lo que entran en juego los principios clásicos relativos a las obligaciones de género, que sin duda apuntan a una dificultad extrema para que el vendedor (o el deudor, en general), pueda exonerarse, dando la prueba liberatoria.

No creo, pese a todo, que, por ejemplo, nadie sostenga la imputación de responsabilidad contractual a un vendedor de naranjas, algunas de las cuales fueron infiltradas con mercurio, en una acción terrorista, antes de su comercialización. Se trataría de un caso típico de caso fortuito (o fuerza mayor) alegable por el vendedor, sobre la base de los arts. 1.105 y 1.182 y ss. C.c. y que encuentra apoyo analógico en el art. 27 LCU, que admite la exoneración del vendedor cuando pruebe la falsificación o incorrecta manipulación por terceros del producto (la aplicación analógica a la responsabilidad contractual de los criterios, reglas y presunciones contenidas en el Capítulo VIII LCU se puede apoyar en una evidente «unidad temática»).

Es decir, responsabilidad objetiva significa que los criterios de imputación (legalmente) empleados prescinden de dar relevancia a la conducta del deudor, pero no excluye la existencia posible de un caso fortuito, evidentemente objetivo, o sea, extraordinario y ajeno a la esfera de control del deudor. Por tanto, hablar de responsabilidad objetiva en el art. 11 LCU significa que se adosa legalmente sobre el vendedor (empresario) el peso del daño derivante de causas internas a su esfera de control, prescindiendo de toda valoración de su conducta, pero en modo alguno que tal peso se le adose inexorablemente: siempre será preciso un juicio de imputación, donde no entrará en juego su conducta, sino la tipicidad de los eventos que se han producido (Cfr. las nociones límpidas a este respecto de F. JORDANO, [I], p. 42).

Por consiguiente, en el fondo, esta corriente doctrinal que aquí analizamos, se resiente del mismo *punctum dolens*: una concepción estrecha de la responsabilidad contractual, fundada en la culpa, que abomina de la responsabilidad objetiva, a la que, además, erróneamente equipara con los supuestos en que la imputación legal es irreversible. De ese modo, siendo conscientes estos autores de lo artificioso de sus teorías precursoras, que se esforzaban por ver culpas objetivas, presuntas *iuris et de iure*, o culpas *in re ipsa*, o *diligentiae exactissimae*, o que procuraban crear cuantos más deberes precontractuales, mejor, porque así se facilitaba la detección y sanción de un incumplimiento, no tienen más remedio que confesar la especialidad/excepcionalidad de la figura, expulsándola de los terrenos propios de la responsabilidad contractual, y llevándola a ambiguas zonas de imputaciones objetivas de «riesgos», o calificándola de «garantía».

En realidad, esta concepción no es sino la elaboración evolucionada de las antiguas formulaciones, que veían en la obligación de saneamiento una promesa de indemnización del vendedor, o el efecto de la conclusión de un específico contrato de garantía, o la imposición legal de una peculiar figura, llamada «obligación de garantía» (LUZZATTO, p. 153; GORLA [I], p. 96; ESMEIN, p. 660; BETTI, p. 129; GULLÓN, p. 10; CARLÓN, p. 57, etc...).

Aparte de las críticas ya expuestas en el texto, a aquellos autores que, además, viesan aquí un fenómeno de asunción voluntaria o promesa de garantía por parte del vendedor (como así a veces se presenta desde el sector de la producción), bastaría indicarles que en el art. 11 LCU nos encontramos ante un mandato legal imperativo. Y, si un vendedor ofrece «garantía» por encima del mínimo legal exigido por el art. 11 LCU, bastará pensar que todo pacto asuntivo del caso fortuito ha tenido siempre un cierto matiz aseguratorio (F. JORDANO, [I], p. 329; BIANCA [II], p. 158), lo que nunca ha sido óbice para integrar el supuesto en el marco de la responsabilidad contractual (*vid.* el art. 1.105 C.c.), bajo el nombre de «prestación del caso». No olvidemos que ya en el Derecho Romano, las declaraciones de un vendedor (*dicta et promissa*) ampliaban el contenido obligacional del contrato, sin que ello significase que estuviese el vendedor prometiendo una indemnización o concluyendo verbalmente un contrato de garantía.

Desde luego, en el acusado carácter aseguratorio que siempre se ha achacado a los medios legales de tutela del adquirente por vicios ocultos, influye el precedente romano de la *stipulatio*, que es la figura que precede, presumiblemente, a la *obligatio*, presentando ciertamente un claro carácter aseguratorio. Parece que su utilización en la materia de vicios se justificaba en épocas antiguas porque la *mancipatio*, por ser un acto instantáneo, no permitía el juego del mecanismo obligatorio. Por ello en la *stipulatio* no tiene tanta importancia el comportamiento debido por el deudor, cuanto el evento típico sobrevenido que desencadena su funcionamiento y, por ello, no juega en ella, aparentemente, el consabido reparo dogmático de la imposibilidad originaria.

5. Por tanto, si partimos de una concepción de la responsabilidad contractual, como distribución de riesgos (acorde sin duda con la creciente comercialización del Derecho privado, y la consagración de la empresa como sujeto del tráfico jurídico) (para una definición de la responsabilidad contractual, en tal sentido, *vid.* F. JORDANO [I], página 38), no es difícil considerar el supuesto del artículo 11 LCU como un claro caso de responsabilidad contractual.

El artículo 11 LCU es un eslabón más de la cadena que, en el conflicto de intereses eterno entre un vendedor y un comprador insatisfecho ante la calidad o idoneidad de la cosa adquirida, el legislador ininterrumpidamente ha trenzado, adosando al vendedor, salvo el caso fortuito, verdaderamente exiguo en esta materia, y prescindiendo por completo de la culpa, el incumplimiento material que representa el vicio o defecto en la cosa vendida y entregada. Es decir, los supuestos de vicios o defectos de las cosas objeto de un contrato de

compraventa han sido siempre y de modo inquebrantable (incluso durante los periodos —largos— donde verbalmente se hacía de la culpa el único criterio de imputación) puestos *ex lege* a cargo del vendedor, con la finalidad de conseguir funcionalidad y eficacia en el tráfico jurídico, en una hermosa prueba de cómo las reglas de la responsabilidad contractual no son inocuas en la organización de las instituciones socio-económicas.

Por consiguiente, el art. 11 LCU no supone ninguna novedad en el plano de la naturaleza jurídica: el supuesto de vicios y defectos ha sido siempre un caso de responsabilidad contractual. Recordemos que en el Derecho romano clásico jugaba la responsabilidad por el resultado de modo amplio, en la que primaba, por encima de las circunstancias personales del deudor, la consideración de *circunstancias típicas* (entre las cuales, el vicio redhibitorio puede verse como un claro caso de incumplimiento material o hecho de incumplimiento) (F.JORDANO, [I], p. 45 y bibliografía allí citada). Igualmente, pensemos que la absorción de las acciones edilicias en el *iudicium empti* significa que los vicios redhibitorios son considerados legalmente como una forma de violar el contrato de *emptio-venditio* (MENGONI [III], pp. 15 y 19). Y, finalmente, advertimos que la generalización de tal régimen a toda *merx* y ya no sólo a las *res venales* (esclavos y animales), significa que entregar una cosa exenta de vicios e idónea era una de las obligaciones derivadas *ipso iure* de todo contrato de *emptio-venditio* (ARANGIO-RUIZ, p. 397).

Por lo que respecta al Código, pese a las dificultades dogmáticas gravísimas que expusimos al inicio del trabajo, también es posible ver un supuesto de responsabilidad contractual: es sencillamente esclarecedor que los arts. 1.474 (éste, de un modo clave), 1.485 y 1.497 C.c., hablen expresamente de que el vendedor «*responde*».

A ello no se objeta que la «garantía» cumple funciones específicas: conseguir la funcionalidad de los intercambios, fomentar la confianza de los adquirentes, racionalizar la propia institución del mercado, etc., porque una cosa es que tales fines subyazcan al artículo 11 LCU —lo cual es indudable—, y otra muy distinta es que sólo puedan alcanzarse con nociones autónomas de garantía. Observemos que nos enfrentamos ante necesidades prácticas constantes en la evolución jurídica (particularmente en los típicos supuestos «*peligrosos*», en los que es necesario proteger al comprador frente a la eventualidad de que el vendedor no sea el verdadero propietario de la cosa vendida, o frente a la eventualidad de que tal cosa no esté en perfectas condiciones), que han sido históricamente satisfechas mediante la institución de la responsabilidad contractual, gracias a formulaciones muy estrechas del caso fortuito o a formulaciones amplias del ámbito de lo debido por el deudor.

Lo que no impide que puedan satisfacerse por medio de recursos técnicos distintos a la responsabilidad contractual: pensemos en el caso

de la obligación de saneamiento por evicción, hoy minimizada en su función histórica, una vez que se consolidan medios alternativos, más efectivos, de tutela al adquirente (protección de la apariencia y adquisiciones *a non domino*) y de consiguiente incentivo al intercambio.

Tampoco se objete que nos encontramos ante un supuesto de hecho con muchas particularidades, siendo la mayor, la del plazo brève (MORALES [I], p. 681); sin entrar en las razones que justifican tal brevedad, lo cierto es que plazo propio también tiene la responsabilidad por ruina derivada del contrato de obra, y no se duda de que estemos ante responsabilidad contractual, y más breve es aún el plazo en que se ha de exigir la responsabilidad contractual del transportista en el C. com., y nadie deduce de ello una figura autónoma de «garantía» (BIANCA, [II], p. 55). Se alegaba también, con especial énfasis, el carácter limitado del ámbito resarcitorio que el C.c. ofrecía (MORALES [I], p. 681), pero, aunque se probase que en parte sea cierto, obedeció a presupuestos históricos muy concretos, que hoy nadie defiende en su pureza, y menos aún desde el cambio legal que supone el artículo 11 LCU.

Por consiguiente, el artículo 11 LCU viene a consagrar la imposición legal de una obligación de enajenar productos con cualidades e idoneidad suficientes para la satisfacción cumplida de los consumidores adquirentes. Y ello lo hace el artículo 11 LCU de una forma genérica, para todos los bienes indistintamente, como específicamente lo hace un reglamento que impone una duración mínima de cinco años a un ascensor, o un contenido mínimo de verdadero zumo a todos los productos envasados que se vendan como zumos.

Bien mirado, no se trata de nada nuevo, pues desde siempre el legislador ha dispuesto medidas con idéntica *ratio*: aparte de los datos ya comentados que nos brinda el Derecho romano, tenemos en el Código, el art. 1.167, para las obligaciones genéricas de dar (aunque la diferencia estribe en que es absolutamente dispositivo), o el propio régimen de saneamiento que el C.c. dicta para los animales, donde el concepto de vicio redhibitorio se deja a la fijación de los usos locales o a la eventual legislación, en sentido lato, que en la materia exista (como, de hecho, existió en el *non nato* Proyecto de 1851) (art. 1.496,2 C.c.).

Igualmente es muy útil advertir que no debemos caer en tentaciones demagógicas. La imposición legal de esta obligación al vendedor profesional no necesariamente va contra los intereses del sector empresarial y productivo. De este modo, el mercado se racionaliza, mediante un instrumento adicional para expulsar a aquellos que «piratean» o subsisten en él de forma irregular, o a aquellos, con menor capacidad económica, que no alcancen el mínimo de calidad en sus productos. Y la objetivación evidente que se alcanza, permite a los fabricantes y vendedores considerar todas las eventuales consecuencias resarcitorias como costes directos de sus actividades, integrados como un ele-

mento más del balance comercial, lo que permite su previsión, cálculo y repercusión, vía precio, a los adquirentes, quienes, en el fondo, se autoaseguran colectivamente frente a los riesgos de vicios y defectos en los productos, sin percibirse de ello (*vid.* las jugosas ideas que un análisis económico de las reglas de la responsabilidad contractual resultan, en F. JORDANO [I], pp. 57 y ss. y 298 y ss., destacando especialmente aquella de que la responsabilidad objetiva, que en la época primitiva era resultado de una cultura jurídica poco desarrollada, se transforma hoy en una exigencia de la sociedad industrial desarrollada y tecnificada, dirigida a tutelar e incentivar el intercambio; F. JORDANO, *ibidem*, p. 63).

Estamos sin duda ante otra manifestación de la funcionalización de instituciones privadas a intereses colectivos o sociales (no necesariamente coincidentes con el «interés general»). Mas no nos sorprendamos: una idéntica medida de *imperium* fue adoptada en el Derecho romano ante el mismo supuesto de hecho: las acciones edilicias. Estamos, pues, ante uno de esos casos en los que no se puede resistir la tentación de pensar en el viejo adagio *nihil novi sub sole*.

Por tanto aparecido un vicio o defecto en el objeto adquirido y ya entregado, se abrirá un juicio de imputación, donde el vendedor deberá probar haber cumplido o, en su caso, demostrar el caso fortuito (verdaderamente anómalo por la fisonomía del supuesto de hecho y la normal naturaleza del objeto). De no dar ninguna de estas pruebas, se afirmará su responsabilidad, por incumplimiento de la obligación legal de transmitir un producto idóneo y no viciado.

Excesivamente dificultoso sería aquí coordinar esta obligación legal impuesta al vendedor profesional con la concepción, de hondísima raíz, de que la obligación de saneamiento es una «prolongación de la obligación de entrega», o una «obligación de entrega continuada», o de que la entrega de cosa viciada o carente de cualidades es una entrega defectuosa. Y, sin embargo, aquí está el hilo por donde se sacaría el ovillo. Influye en la complejidad del asunto, una concepción de la obligación de entrega restringida al único aspecto que el estrecho sinalagma del contrato de compraventa parecía ofrecer: el transmissivo, lo que forzaba a excluir toda idea de incumplimiento en el caso de vicios o defectos —siquiera fuese éste inexacto—, desde el instante en que la entrega material hubiese sido realizada. Sin embargo, siendo la única obligación nítida que recaería sobre el vendedor, e intuyéndose que el supuesto de vicios ocultos representaba, en substancia, y pese a las dificultades dogmáticas expuestas en el inicio del trabajo, un caso de responsabilidad contractual, se intentaba dilatar el concepto clásico de la entrega (a veces, llegándose a formulaciones amplísimas: por ejemplo, cuando se entiende que la obligación de no concurrencia por el vendedor, en la venta de empresa, deriva de la obligación de entrega, que, de ese modo, difícilmente era reconducible a la «puesta en poder y posesión del comprador» del art. 1.462 C.c.).

A este procedimiento, genuinamente clásico, pueden plantearse algunas objeciones: se confunden las obligaciones referidas a la determi-

nación del objeto, las que se refieren a la faceta cuantitativa o cualitativa de la prestación, y las que se refieren a la entrega material de la cosa y demás actividades relacionadas con ella (custodia) (Salv. ROMANO, p. 279; BIANCA, [I], p. 627; RIVERO, p. 67); o aquella que subraya que no se explica así por qué no se da la obligación de saneamiento en la donación, donde también hay obligación de entrega (GROSS, P. 85).

Pero estos obstáculos no empañan lo atinado del mecanismo clásico: el camino, que tan sólo indico, hoy en día parece poder dirigirse hacia la concepción de la obligación del vendedor, no reducida a la obligación de entrega, en su caso concebida desde la estricta perspectiva transmisiva, sino enriquecida, de forma que, junto a ella, detectemos, por ejemplo, la obligación de entregar cosa dotada de ciertas cualidades mínimas y exenta de vicios, impuesta por la ley, como un elemento diverso, conformador de una posición debitoria compleja del vendedor. (Entendiendo claramente que la obligación de saneamiento es una forma de responsabilidad que corresponde a un tipo de incumplimiento de la obligación principal de entregar la cosa en las condiciones estipuladas, R. BERCOVITZ, [I], p. 817. Sin embargo, el autor restringe su postura a la compraventa de cosa genérica, puesto que en la de cosa específica sostiene que estamos ante un supuesto de error, diferencia sobre la cual ya he manifestado mi escepticismo).

Tampoco es viable en este trabajo realizar la crítica cumplida a la tesis que defiende la existencia en los supuestos de vicios de una responsabilidad contractual, pero sin incumplimiento de ninguna obligación (DI MAJO, pp. 273 y ss.; con gran similitud a la formulación más cauta de MORALES [I], p. 667, que hablaba de imputación legal de riesgos, sin incumplimiento de obligación). Baste indicar que es patente la contradicción insoluble que esta afirmación porta en su seno: si hay responsabilidad contractual es porque algo que se debía, no se cumplió o no se cumplió exactamente, y si, por ello, se hace responder al deudor, es porque esa falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento le es imputable (y de hecho legalmente imputada). Estamos en el terreno estricto de la responsabilidad contractual, aunque sea objetiva (que no inexorable) (en este sentido, *vid.* las agudísimas apreciaciones de K. LARENZ, p. 56).

Por tanto, hoy no es momento ideal para ver en la «garantía» del artículo 11 LCU un instituto autónomo y excepcional (y si así se hiciese, se haría con una evidente intención propagandística, que nos recuerda la tradicional forma en que los comerciantes han explicado esta «garantía»: como una dádiva graciosa que generosamente ofrecían a sus fieles clientes). Y no es el momento ideal, no porque la «garantía» se haya «culpabilizado» (como querrían hacer ver RUBINO, p. 670; BIANCA, [I], p. 263; ALPA, p. 460; y COSTANZA, p. 136), sino porque la responsabilidad contractual se ha objetivado, esto es, como dice F. JORDANO, «privilegia el aspecto garantista, relegando a un segundo plano el carácter sancionatorio, de modo que

se responde porque se debe y no porque se realice un comportamiento (subjetivamente) reprochable» (F. JORDANO [I], p. 35).

Por último, no podemos ocultar que este robustecimiento de la responsabilidad contractual del vendedor incide en la determinación del contenido del contrato (o de lo debido por el vendedor) (así, F. JORDANO, [I], p. 39). En efecto, marginando la especialmente espionosa cuestión de la compraventa de cosa específica, hoy resulta claro que en las compraventas «de consumo», aun recayendo sobre cosas individualizadas, el contenido del contrato se enriquece con la obligación de que el producto esté dotado de cualidades razonables y esté exento de vicios y defectos ocultos. Y ello sin necesidad de apelar a voluntades implícitas de los contratantes, o a reconstrucciones interpretativas de sus voluntades reales, no desarrolladas plenamente (que siempre han sido operaciones con un alto grado de ficción y artificiosidad), sino tan sólo en base a la ley, bien de forma directa, como hace el artículo 11 LCU genéricamente, y como específicamente hacen las diferentes reglamentaciones de múltiples productos, bien de forma indirecta, a través de los arts. 7,1 y 1.258 C.c. (AMORTH, pp. 58 y ss.; VISINTINI, [II], p. 173).

En la compraventa de cosa específica, que es el modelo que predomina en el C.c., por su influjo desde el Derecho romano y por los condicionamientos socio-económicos, diversos a los propios de la moderna sociedad de consumo, las concepciones basadas en el dogma de la voluntad dificultan enormemente la inclusión de las cualidades o idoneidad de la cosa en el contenido del contrato (en lo debido por el vendedor) (Cfr. MARTORANO, *passim*; y K. LARENZ, p. 90). Son tales dificultades las que espolean a la doctrina a construir y aplicar en esta materia las nociones de presuposición y de la base del negocio, como intentos de superación de la extendida corriente (completamente ajena a los orígenes de la figura en el Derecho romano), que veía aquí un supuesto de error-vicio (por todos, en la doctrina española, R. BERCOVITZ, [I], *passim*).

Con la afirmación de esta obligación en el contenido del contrato, no tememos chocar con obligaciones originariamente imposibles, —típico argumento de corte logicista, que siempre se ha esgrimido en relación con la compraventa de cosa específica—, y no tememos, no tanto porque toda compraventa de consumo deba ser siempre de género (lo que no creo exacto), cuanto porque es el mismo legislador el que demuestra querer obviar tal hipotético obstáculo: veamos, por ejemplo, el artículo 8 LCU, que destierra casi por completo la tradicional figura del *dolus bonus*, y margina las posibles defensas fundadas en los vicios de consentimiento (sin que, evidentemente, las excluya), enfocando el problema desde la integración *ex lege* del contenido contractual, con independencia de que lo afirmado u ofrecido publicitariamente por el vendedor, le sea o no posible cumplirlo.

Es la línea que, en el plano doctrinal, abrió en España C. LASARTE, en pos de una valiente jurisprudencia del Tribunal Supremo (famosas sentencias de 14 de junio de 1976 y de 27 de enero de 1977), y que hoy se afianza en el art. 2 Ley General de publicidad, y en el art. 3,2 del RD 515/89, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compra-venta y arrendamiento de viviendas.

Y no sólo la ley, a través de este artículo 11 LCU, está dotando al contrato de una obligación mínima, apoyada en múltiples razones de política legislativa (confianza de los consumidores, racionalización del mercado, fluidez de los intercambios, etc...) (idea que tampoco es nueva, pues, en el fondo, aunque basándose en otros principios —los propios del *Ancien Régime*— es la que late en la noción de obligación de «faire avoir la chose utilement» de POTHIER), sino que también la ley enriquece el contrato de compraventa mucho más todavía, integrándolo con diversos deberes impuestos al vendedor, que conformarán en torno a la tradicional obligación de saneamiento, hoy transmutada en «garantía», la entera protección del adquirente, en el ámbito jurídico-privado, en razón de la calidad e idoneidad de las cosas y productos objetos de contratación (obligaciones de información, previsión, seguridad, etc.).

En suma, como dice RUSSO, el esquema legal no sólo tutela la adquisición, sino también la calidad, la extensión y el contenido de lo adquirido. El vendedor no sólo queda obligado a dar cumplimiento al efecto fundamental, traslativo, sino también a asegurar a la esfera jurídica del comprador todas las utilidades deducidas en el contrato (RUSSO, p. 287; en la misma línea, COSTANZA, p. 154; y CABELLA PISU, p. 242).

II. REGIMEN JURIDICO DE LA «GARANTIA» DEL ARTICULO 11 LCU

6. En el estudio de la «garantía» del artículo 11 LCU es punto obligado el análisis de su ámbito objetivo de aplicación. Tarea ingrata, dada la diversidad y abundancia de las opiniones vertidas sobre este específico aspecto, lo que obliga a realizar un somero resumen del *status quaestionis*.

a) Se ha sostenido que esta «garantía» se aplicaba únicamente a los bienes industriales y maquinaria (CARLÓN, p. 65; F. ROMANO, p. 29). Son opiniones fundadas en el origen de la figura, ciertamente vinculado a tales objetos, y en la configuración legal italiana de una figura similar (*garanzia di buon funzionamento*: artículo 1.512 *Codi-*

ce). Sin embargo, es patente que la «garantía» del artículo 11 LCU tiene un ámbito mucho más extenso.

b) Otros autores excluyen a los bienes inmuebles como posible objeto de esta «garantía», basándose también en la génesis histórica de la figura y en la tendencial autonomía de la compraventa inmobiliaria (cfr., por ejemplo, GRECO/COTTINO, p. 365). No obstante lo cual, es evidente que el artículo 11,2 LCU habla de «bienes duraderos» y que, bajo cualquier óptica que se adopte, un bien inmueble pertenece a tal categoría.

c) Por lo general, la mayoría de los autores excluye los bienes consumibles, por cuanto serían de uso instantáneo. La única discrepancia a este respecto la formula agudamente BIANCA, para quien el aspecto durable de la «garantía» no se ve obstaculizado por el carácter consumible del bien: un bien consumible puede ser, tras su adquisición, almacenado y, tiempo después, cuando vaya a ser consumido, presentar vicios o defectos que exijan la protección del comprador (BIANCA, [I], p. 271).

d) Se suele excluir también aquellos bienes que han sido objeto de una reglamentación sobre su composición, prestaciones, duración, cualidades, etc... (productos con sustancias tóxicas, productos farmacéuticos y ascensores, bebidas alcohólicas, etc...) (r. BERCOVITZ, [II], página 217).

La apreciación es muy interesante, porque demuestra que la reglamentación circunstanciada imperativa es el sustituto del mandato genérico que, en el fondo, contiene el art. 11 LCU, para todos los demás bienes. Evidentemente, esta reglamentación tiene honda trascendencia en el plano del Derecho público —y eventualmente en el Derecho penal—, pero no es menos apreciable su juego en el plano del Derecho privado: pensemos, a título de ejemplo, que la infracción de reglamentos ha sido desde siempre un criterio seguro para imputar la responsabilidad contractual.

e) Finalmente, la mayoría de la doctrina está de acuerdo en excluir del artículo 11 LCU a los servicios (*Contra*, sólo DUQUE, p. 77), lo cual parece razonable: el artículo 11 LCU, como ya hacía el artículo 1.484 del Código civil, piensa en cosas corporales y, desde luego, en obligaciones de dar. La problemática de las obligaciones de hacer se resolverá por las reglas generales de la responsabilidad contractual, sin necesidad de esta «garantía» teniendo en cuenta, en todo caso, el mandato indiferenciado contenido en el art. 11,1 LCU.

En realidad, hecho este breve repaso, podemos advertir que dilucidar qué hayamos de entender por bien duradero es una cuestión de escasa importancia. En efecto, el art. 11,1 LCU contiene un mandato ambicioso, que no sólo, como veremos, va a dotar de un contenido mínimo inderogable a la «garantía» que el artículo 11 después regula, sino que se aplicará a todas las relaciones contractuales que se cele-

bren dentro del ámbito de aplicación de la Ley (En este sentido, DUQUE, p. 77; y R. BERCOVITZ, [II], p. 217, quien entiende que el artículo 11,1 es el mínimo inderogable para toda relación de consumo, y expresamente considera el artículo 11,2 como una concreción, en el ámbito de los bienes duraderos, del principio ya expresado por el artículo 11,1 LCU).

Incluso, si aceptamos que las «novedades» de esta «garantía» no son tantas, siendo ésta fundamentalmente una modalización de la obligación de saneamiento del Código civil, la cuestión puede llegar a ser intrascendente.

Así por ejemplo, aunque llegásemos a excluir a los inmuebles, a éstos se les aplicarán las disposiciones contenidas en el C.c., coadyuvadas por lo dispuesto en los arts. 11,1 y 13,2 LCU y en el RD 515/89, de 21 de abril, y por la doctrina pretorial que la jurisprudencia ha ido elaborando en esta materia. O sea, un adquirente de inmuebles poco gana con la aplicación del art. 11, en sus párrafo 2.º y 3.º, y por ello la cuestión le resulta casi intrascendente. Y esta precisión es importante hacerla, porque justamente en el momento presente se oyen voces que reclaman una «garantía» específica para las compraventas inmobiliarias, como medio para conseguir una mayor tutela del adquirente. Sin prejuzgar esa necesidad de mayor tutela —que posiblemente exista—, ésta no vendrá dada por la creación de ninguna «garantía», que, en su caso, merecería la misma interpretación que estamos aquí ofreciendo a la ya contenida en el art. 11 LCU. Hay que evitar ser deslumbrados por el fenómeno de fragmentación de la obligación de saneamiento (paralelo al proceso de diferenciación de los bienes, según su naturaleza típica), y por el uso de términos novedosos, importados de legislaciones foráneas.

En conclusión, lo que importa resaltar es un doble dato: 1) el régimen codificado de la obligación de saneamiento está superado, quedando su aplicación a las relaciones que no se someten a la LCU, manteniendo en ellas caracteres tales como su dispositividad, o la imputación de los daños y perjuicios sobre el criterio estricto de la mala fe, pero asumiendo otros rasgos, que hoy claramente quedan confirmados por el artículo 11 LCU (posible juego de la acción de exacto cumplimiento, que, en realidad, era ya antes deducible de los principios generales de la responsabilidad contractual); 2) la «garantía» del artículo 11 LCU sirve para adaptar la tradicional obligación de saneamiento a la realidad del tráfico contemporáneo, y consigue hacerla aplicable a la inmensa mayoría de los intercambios que en nuestra sociedad (sociedad de consumo, por excelencia) se producen.

7. Cuestión de ineludible tratamiento es la que plantea qué vicios o defectos quedan cubiertos por la «garantía» del art. 11 LCU; cuestión de dificultosa resolución, habida cuenta de la casi absoluta indefinición de que, sobre este extremo, el artículo 11 LCU hace gala.

El art. 11 LCU, en efecto, no define qué haya de entenderse por «utilidad o finalidad» del producto, ni define qué deba ser «defecto o deterioro», ni «garantía de calidad o nivel de prestación». Puesto que la exigencia del carácter originario del vicio nos lleva a otra problemática muy diversa, la única indicación útil que nos ofrece, es la exigencia de que, tras una eventual reparación, el objeto «revista las condiciones óptimas para cumplir el uso a que estuviese destinado» (luego, *a fortiori*, igual exigencia debe jugar, como mínimo, antes de la reparación).

Esta indefinición impele a algunos autores a realizar afirmaciones, que merecen una ligera reflexión:

a) Es frecuente que se afirme que, mientras el código utiliza un concepto restringido de vicio (vicio redhibitorio), la «garantía» del art. 11 LCU va a proteger al adquirente frente a *todo* tipo de vicios o defectos (ALPA, p. 460; ANCEL, p. 212; DUQUE, p. 76; CARLÓN, pp. 44 y 72, entendiendo que la mera falta de funcionamiento no es un vicio redhibitorio cubierto por el art. 1.484 C.c.).

Para llegar a esta conclusión, se dice que la tradición nos lega un concepto de vicio corporal, material, consistente en alteraciones físicas o taras, en concordancia con el predominio en el Código de una compraventa que tiene por objeto una cosa corporal. Mas lo cierto es que, desde la época más antigua del Derecho romano, se obligaba a responder al vendedor por los *dicta et promissa* que hubiese realizado, con independencia de la materialidad del vicio o defecto.

ARANGIO nos confirma que, a medida que fue decayendo el formalismo, toda declaración del vendedor, relativa a la compraventa, hecha en cualquier modo, tenía valor vinculante para el vendedor, en un proceso paralelo a aquel que amplió el concepto de dolo, hasta introducir en él a la reticencia y a diversas conductas contrarias a la *fides* (ARANGIO-RUIZ, p. 360).

En cualquier caso, el mismo Edicto edilicio nos demuestra que el vicio redhibitorio no se reducía a los *vitia corporis*, ya que viciosos se consideraban el esclavo que, por haber cometido varios delitos, está sometido a la *actio noxae*, el esclavo *fugitivus* o *erro*, el que ha participado en el circo como gladiador y el que se ha intentado suicidar (Cfr. ARANGIO-RUIZ, p. 356).

Sea como fuere, lo cierto es que hoy, es *communis opinio* el propugnar un concepto de vicio funcionalizado, definido por la buena fe objetiva, que desdibuja las clásicas distinciones —nunca nítidas— entre vicios, faltas de cualidades y *aliud pro alio*, y las sustituye por la idea globalizadora de la «no conformidad» o de la infracción de la «expectativa legítimamente esperable por el comprador».

En este sentido, MORALES [I], p. 652; GORLA [II], p. 878; RIVERO, p. 66, donde habla de «anomalía»; R. BERCOVITZ [II], p. 260, po-

niendo como ejemplo la evolución que ha sufrido la noción de «vicio ruinógeno» del art. 1.591 C.c.

Y en el Derecho Romano se planteó el problema de distinguir entre *vitium* y *morbus*, lo que no alcanzó nunca satisfactoria resolución, entendiéndose que lo esencial era que el defecto fuese permanente, anterior a la compraventa, y de tal entidad que eliminase o redujese sensiblemente la utilidad del *mancipium* (ARANGIO-RUIZ, p. 364).

Por tanto, es lógico que el art. 11 LCU supere el desfasado concepto de vicio redhibitorio corporal, pero es falso que ello sea hoy novedad introducida por esta Ley: la definición de vicio que el art. 1.484 C.c. ofrece, basta y sobra para asumir las hondas transformaciones que la praxis ha ido imponiendo en esta materia.

No me parece necesario el empleo de la distinción vicios/falta de cualidades que, por ejemplo, propugna PARRA (p. 530): ello es comprensible en Italia, donde la letra del *Codice* lo exige, pero crea confusión en España, donde ni el art. 1.484 C.c., ni ahora el art. 11 LCU, establecen tal dicotomía.

También me parece dudosa la opinión de esta autora (*ibidem*), de que los vicios o falta de cualidades leves queden cubiertos por la «garantía» (o, alternativamente, por la obligación de saneamiento del C.c. modalizada), mientras los vicios o defectos graves se llevarán al art. 1.124 C.c. La razón de mi reparo no estriba en que los remedios sean incorrectos (antes bien, al contrario), sino en que se conciben como si tuviesen naturalezas jurídicas distintas, para supuestos de hecho claramente diferenciados, lo que, a mi entender, es injustificado: ya sea grave o leve el vicio o defecto, el supuesto de hecho revela el mismo conflicto de intereses, por lo que entrará siempre en juego la «garantía» del art. 11 LCU (que no es sino la obligación de saneamiento del C.c.), ocurriendo que, si el vicio o defecto es leve, el acceso a la acción redhibitoria (o a la acción resolutoria *ex art.* 1.124 C.c.) queda vetado, y sólo cabrá exigir el exacto cumplimiento (reparación y/o sustitución), mientras que, si el vicio o defecto es grave, el acceso a tales acciones queda expedito. Es decir, existe un funcionamiento normal de las reglas generales de la responsabilidad contractual (el entender que la obligación de saneamiento se aplica a los vicios leves no puede sostenerse: basta pensar en el art. 1.487 C.c., que está concibiendo un vicio difícilmente superable en gravedad: el que destruye la cosa).

E igualmente disiento de la opinión de A. BERCOVITZ, de que los vicios leves se cubran por el art. 11 LCU, y los graves, por la obligación de saneamiento del C.c.: la obligación de saneamiento y la «garantía» no son instituciones diferentes, ni contienen remedios distintos.

En realidad, esta pluralidad de opiniones nos viene a confirmar que acción resolutoria *ex art.* 1.124 C.c., obligación de saneamiento del C.c., y «garantía» del art. 11 LCU contemplan un único supuesto de hecho: incumplimiento contractual.

b) Para otros autores, la novedad del artículo 11 LCU estribaría en haber eliminado el carácter de oculto que debía tener el vicio en

el Código (CARLÓN, p. 72), en la medida en que la desigualdad entre los contratantes de la que parte la LCU, lleva a la eliminación del deber de diligencia y autorresponsabilidad que el Código civil imponía al comprador.

En realidad, el carácter oculto del vicio no debe ponerse en conexión tanto con un supuesto deber de diligencia del comprador, que denota una clara aproximación subjetivista (así, por ejemplo, R. BERCOVITZ [I], p. 786, que lo equipara al requisito de la excusabilidad en la teoría del error-vice), cuanto con la delimitación del contenido del contrato y la determinación de lo debido por el vendedor.

Así enfocada la cuestión, cierto es que la imposición de una obligación legal de un nivel de idoneidad y calidad mínimo, hace que por debajo del mismo se desdibuje la operatividad de la tradicional distinción entre vicio oculto y vicio aparente. Ahora bien, por encima de ese nivel mínimo, el requisito seguirá jugando, de modo que el vicio aparente determinará la reducción del contenido obligacional del contrato y la consiguiente exclusión de toda eventual responsabilidad del vendedor (por el vicio), así como idéntica consecuencia tendrá el vicio interno, pero conocido por el comprador. E, incluso por debajo de ese nivel mínimo impuesto por la ley, jugará la apariencia/cognoscibilidad del vicio, en aquellos supuestos igualmente admitidos por la ley (arts. 1.489 y 1.493 C.c.) donde, gracias a la suficiente publicidad, es claro que se realiza una compraventa de desecho o de saldos.

Por tanto, la imposición de un nivel mínimo inderogable de calidad e idoneidad determina una cierta erosión del criterio tradicional del carácter oculto del vicio, y una ampliación del ámbito de protección dispensable al adquirente consumidor. Pero ello tampoco es un cambio tan revolucionario, puesto que el artículo 1.484 del Código civil ofrecía un criterio (comprador perito/profano), que hubiese permitido llegar, mediante el recurso de la buena fe objetiva, en la mayoría de los supuestos, a conclusiones similares.

c) Por último, son numerosos los autores que estiman que la novedad introducida por el artículo 11 LCU, consiste en la eliminación del requisito de la gravedad del vicio, ya que el tenor literal del precepto no menciona tal dato (ANCEL, p. 212; PARRA, p. 530; A. BERCOVITZ, p. 157).

Sin embargo, la exigencia de la gravedad del vicio nunca ha funcionado en relación a la obligación de saneamiento en sí, sino que lo ha hecho en relación a la admisión de la acción redhibitoria. Por tanto, en la medida en que el artículo 11 LCU no regula esta acción, que entiende bien y suficientemente contemplada en el Código civil, se explica por qué no haya alusión en el artículo 11 LCU a la gravedad o a las nociones equivalentes (en clave subjetivista), que el artículo 1.484 del Código civil emplea.

Y ello no nos debe llevar a engaño: la gravedad no incide en el juego de la «garantía», sino sólo en su interior, discriminando qué

remedios concretos proceden (así, agudamente, RUBINO, p. 672). De suerte que, cualquier menoscabo en relación al nivel óptimo hará entrar en juego la posibilidad de exigir el exacto cumplimiento, pero sólo el vicio o defecto grave permitirá, en el modo en que veremos en el punto 9 a), acudir a la acción redhibitoria.

En suma, respecto al tipo de vicio de defecto cubierto, el alcance innovador del artículo 11 LCU es bastante menor de lo que se suele afirmar. Tan sólo introduce un factor clave, que aumenta las posibilidades de protección que se podían alcanzar con el artículo 1.484 del Código civil: la positivización del ya referido nivel mínimo, que limita la autonomía de la voluntad de los contratantes, y que se extrae del alcance genérico del mandato contenido en el artículo 11,1 LCU, de la clara exigencia del artículo 11,3 a), interpretada extensivamente para englobar también el artículo 11,3 b), y del dato complementario que ofrece los artículos 10,1 6) LCU (para los supuestos en que la «garantía» se encuentre inserta en condiciones generales), y 27 y 28 (cuyas nociones entiendo aplicables al artículo 11 LCU, sobre la base de la indudable «unidad temática»).

8. El artículo 11 LCU consagra el tradicional requisito del carácter originario del vicio o defecto, que siempre ha servido para deslindar aquellos supuestos cubiertos por la obligación de saneamiento (hoy transmutada en «garantía») de aquellos otros en los que se discute una cuestión de riesgo (*periculum emptionis*), o un incumplimiento de la obligación de custodia del vendedor (arts. 1.094 y 1.468 y Código civil).

Sin cuestionar este esquema, la doctrina es unánime en señalar que la gran innovación del artículo 11 LCU es la consagración de una presunción de preexistencia al contrato del vicio o defecto alegado por el comprador.

CARLÓN, pp. 71 y 73; DUQUE, p. 78; ANCEL, p. 211; R. BERCOVITZ, p. 156; y PARRA, p. 531, apoyándose en la idea de que el legislador impone aquí al vendedor una obligación de resultado. Con ello esta autora se alinea entre los que utilizaron la distinción obligación de medios/obligación de resultado para justificar pretendidas inversiones probatorias o presunciones legales, lo que está especialmente generalizado en la doctrina y jurisprudencia francesas.

¿Será éste el gran descubrimiento que la moderna tutela al consumidor ha desvelado? No lo creo: en el artículo 11 LCU ni hay presunción de originaria defectuosidad, ni existe ninguna inversión de la carga de la prueba; hay un estricto funcionamiento del régimen probatorio de la responsabilidad contractual. Como ya expusimos, el vendedor demandado sobre la base del artículo 11 LCU no será condenado ineludiblemente, sino que podrá probar que, en realidad, él cumplió su prestación, ya sea negando la existencia del vicio, ya sea probando que, aunque el vicio exista, él entregó el objeto en per-

fecto estado, o que el vicio proviene del uso indebido del comprador (distinto, en su caso, al modo especificado en el folleto de instrucciones, o abusivo: uso semi-industrial, o inadecuado: se instaló mal el aparato, no se realizó el adecuado mantenimiento), o porque el vicio o defecto proviene de un caso fortuito posterior al contrato (*periculum emptiois*), o porque se produjo como consecuencia de la acción de un tercero. E incluso podrá el vendedor intentar probar que, aunque no cumplió, se debió a un caso fortuito (lo que, dada la fisonomía del supuesto de hecho y la normal naturaleza del objeto vendido, es una posibilidad remota).

Como se observa, se trata de un funcionamiento idéntico al propio de toda hipótesis de responsabilidad contractual (cfr., por todos, F. JORDANO, [I], pp. 232 y ss.). Si alguna novedad existe, no se trata de un innovación procesal: la adopción de un criterio funcional de vicio o defecto permite que el comprador pueda alegar el incumplimiento material del contrato sin necesidad de individualizar el vicio o defecto concreto, bastándole probar que el producto que adquirió no funciona o no sirve para el uso al que estuviese destinado, porque ello ya es de por sí incumplimiento material de la prestación, suficiente para poner en marcha el juicio de imputación propio de los casos en que se discute sobre la responsabilidad contractual. Y esto en modo alguno puede sorprendernos: idéntico régimen seguía el código civil en su artículo 1.497, facilitador de la prueba del comprador (MORALES [I], P. 682).

Y tampoco debe sorprender que al vendedor le corresponda el riesgo de la incerteza o de la falta de prueba o de la causa ignota, pues tampoco ello es ninguna novedad respecto al régimen general aplicable a todo deudor. A lo cual no empece, claro está, que, cuando se pretenda el íntegro resarcimiento, sea el comprador quien corra con la carga de la prueba de la mala fe del vendedor (*dolo o culpa lata*), como también se deduce de los principios generales del ordenamiento.

9. A) Al tratar del contenido de la «garantía» del artículo 11 LCU, hay que partir del recordatorio de una obligación de saneamiento donde la doctrina excluía el posible juego de una acción de exacto cumplimiento, y cuyo único contenido venía representado por las acciones edilicias.

Múltiples razones abonaban esta configuración: *i)* la tenaz negativa a aproximar la obligación de saneamiento a la responsabilidad contractual, impedía toda integración de aquélla con los principios de ésta (lo que, a la postre, mediante el típico argumento tautológico, servía para decir que la obligación de saneamiento no era figura de responsabilidad contractual porque no recogía la acción de exacto cumplimiento). *ii)* El predominio de la compraventa de cosa específica, verosímelmente la única conocida bajo el nombre de *emptio-venditio* en el Derecho

romano, determinaba que el vicio o defecto se viera como irreparable en la mayoría de los casos, y la sustitución no viable, dado el carácter infungible del objeto. *iii*) La concepción estricta del sinalagma obligacional del contrato de compraventa, reducido a la entrega/pago del precio, a lo que se añadía una concepción de la obligación de entrega igualmente restringida a su función en el plano transmisivo, forzaba a excluir toda idea de incumplimiento —siquiera fuese éste inexacto—, desde el instante en que la entrega hubiese sido realizada. Análogamente, la imposición de una eventual obligación de reparar o de sustituir equivalía a la imposición de una obligación de hacer, diversa a la típica obligación de dar, única integrante del esquema obligacional del contrato, y determinante, por ello, de una novación, que exigiría siempre el consentimiento del vendedor. *iv*) Al verse la obligación de saneamiento como institución no sólo ajena a la responsabilidad contractual, sino también excepcional, los silencios del Código en su regulación no podían ser colmados, pues ello habría significado la interpretación extensiva de una norma odiosa (como fiel exponente en la actualidad de esta concepción, CARLÓN, pp. 60 y 71). *v*) Posiblemente influía también en el silencio del Código la característica mentalidad liberal: la acción de exacto cumplimiento se ve como el típico objeto de un pacto modificativo de la obligación de saneamiento, posibilidad lícita que el Código no puede estar recordando a cada instante, habiéndolo ya dejado bien clara la dispositividad de la figura.

No es, pues, extraño que la doctrina pregone como novedad fundamental introducida por el artículo 11 LCU la consagración de la acción de exacto cumplimiento (por todos, BIANCA [I], p. 270). Ahora bien, la novedad es muy relativa: desde que cayó en desuso el modelo de la compraventa de la cosa específica e infungible, y se impone la compraventa de consumo, ya sea sobre cosas específicas, pero fungibles, al pertenecer a una serie o *standard*, ya sea en los modelos propios de la tradicional compraventa genérica, que precisa de la especificación posterior, la acción de exacto cumplimiento se ha ido admitiendo en todos los supuestos. La compraventa mercantil nos ofrece el ejemplo más claro, pero no el único, pues en el contrato de obra, donde tampoco se mencionaba, y donde también han prevalecido a veces los prejuicios inherentes a la noción de «garantía», la jurisprudencia admite inquebrantablemente tal posibilidad. El enriquecimiento del contenido obligacional del contrato; la pérdida del carácter excepcional de la obligación de saneamiento; y el afianzamiento de la acción de exacto cumplimiento como un principio general de la responsabilidad contractual (con un cierto paralelo en la extracontractual: resarcimiento en forma específica), eran factores que habían determinado que, aun sin el artículo 11 LCU, algunos autores defendiesen, ya en la obligación de saneamiento del Código, el juego de esta acción (GIORGIANNI, pp. 50 y ss.; AMORTH, *passim*; Salv. ROMANO, p. 225; R. BERCOVITZ [II], p. 219; DUQUE, p. 75, quien nos recuerda que muchos autores admiten subrepticamente esta posibilidad a

través de la acción estimatoria; CABELLA PISU, p. 248; MORALES [II], p. 671, pero sólo cuando el vendedor sea también fabricante).

Con ello, relativizamos el carácter supuestamente novedoso de esta consagración legal y, desde luego, rechazamos las posiciones de aquellos autores que deduzcan de ella la naturaleza autónoma de la garantía: a diferencia de la obligación de saneamiento del Código civil, que se concibiría exclusivamente bajo una óptica resarcitoria, la «garantía» del artículo 11 LCU estaría dotada de un contenido obligatorio positivo *in conditione*: la obligación de reparar o sustituir la cosa, que nace cuando se descubre el vicio o defecto en la cosa vendida. (Para más información sobre esta corriente, *vid.* el punto 2 de este trabajo).

Ya adelantamos que la finalidad fundamental que persigue esta corriente, estriba en el intento de eliminar o, al menos, de limitar en lo posible el acceso a la acción redhibitoria, que es el remedio verdaderamente odioso para los intereses del sector productivo. Con esta construcción se elimina *in radice* el *ius electionis* que los artículos 1.124, 1.489 y 1.499 ofrecen al comprador cumplidor, y lo más curioso es que tal maniobra se enmascara, apelando a pretendidos intereses generales (ANGEL, p. 212), o a un mayor respeto al interés del comprador (PARRA, pp. 525 y 538, llegando a afirmar que ese interés del comprador le «impide» solicitar la sustitución o resolución, hasta que no se haya intentado la reparación [p. 539]).

Descartada en el plano dogmático esta concepción y sus consecuencias en el lugar oportuno, procedamos a demostrar aquí, que también en el plano de la estricta literalidad del artículo 11 LCU, debemos llegar a idéntica conclusión de rechazo.

Ante todo, recordemos que imponer límites a la acción redhibitoria no es algo nuevo: en primer lugar, la propia brevedad del plazo, que se remonta ya al Edicto edilicio, parece justificarse históricamente por la novedad revolucionaria que suponía tener que introducir una figura que declaraba ineficaz el contrato, allí donde, como en el *ius civile*, se desconocía el fenómeno de resolución contractual (ARANGIO-RUIZ, p. 369). Y en segundo lugar, el requisito del art. 1.484 del Código civil «que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ello» no es sino la expresión de un requisito *objetivo* (referido a las cualidades de la cosa), en clave subjetivista (reflejado en el conocimiento del comprador), que el legislador imponía para que pudiese accederse a la acción redhibitoria.

Así, MORALES [I], p. 645: «el comportamiento expresa en el artículo la intensidad del defecto y no su naturaleza (subjetiva), pues no puede ser aislado de la propia referencia, básica en el texto legal, al uso al que la cosa se destina (...). Se trata del comportamiento que previsiblemente, dada la magnitud del defecto, hubiera mostrado un

comprador normal». Que sea así, se percibe con mayor claridad, según este autor, en el art. 1.483, y también es útil, a mi juicio, observar los arts. 1.479, 1 y 1.469, 3.º y 4.º, y especialmente el art. 1.491, donde la limitación que se introduce va referida exclusivamente a la redhibición.

Por tanto, no es ninguna novedad que se afirme que en el art. 11 LCU se limite en el tiempo el ejercicio de la acción redhibitoria y que se le exigen ciertos presupuestos objetivos, y ello es, al contrario, esclarecedor de su similitud (o identidad) con la acción de resolución del art. 1.124 del Código civil.

El análisis de la acción redhibitoria podría ser objeto de un trabajo autónomo, pero baste aquí señalar, que parece probable sea el primer precedente de la acción resolutoria del contrato, que es una medida que surge en el Derecho romano en época muy tardía. Ello explica que hasta la Codificación no se plantease ningún problema para compatibilizar ambas acciones, pues se carecía de una acción resolutoria general, bastando y sobrando la *actio ex empto* (idéntica razón motiva que no concurría la regulación específica de la responsabilidad por vicios, que se hacía igualmente valer mediante la *actio ex empto*, con una hipotética acción general de responsabilidad contractual, que no se consagra hasta la Codificación, existiendo antes, debido quizá al sistema romano de acciones típicas, una pluralidad heterogénea de supuestos de responsabilidad contractual, resueltos con criterios diversos y específicos). Es al promulgarse el Código cuando la naturaleza de la acción redhibitoria (y, paralelamente, de la obligación de saneamiento) se enturbia, al concurrir dificultosamente con la acción resolutoria general, de la cual parece diferenciarse al conceder un resarcimiento aparentemente limitado a los gastos del contrato, y al someter el ejercicio de la acción a un plazo breve de seis meses (art. 1.490 C.c.), que se convierte en un plazo de 30 días en el art. 342 C.com. Es en estos momentos cuando se intenta llevarla a los terrenos propios de los vicios del consentimiento, lo que la hacía aproximarse a una acción de impugnación del contrato (algo completamente ajeno a los orígenes de la figura en el Derecho romano). Pasado este período histórico, no muy largo, de exaltación voluntarista (que llega a ser, no obstante, tan fuerte que introdujo en el C.c. un art. 1.494,2 de nuevo cuño, no existente en el art. 1.416 Proy. 1851, que parece aludir a una acción de nulidad por error-vicio), la acción redhibitoria se va paulatinamente aproximando a la acción resolutoria: el uso creciente del art. 1.124 C.c., por parte de los tribunales, para abordar supuestos de vicios así lo demuestra; la previsión legal de la indemnización de los gastos del contrato por parte del vendedor es una buena prueba de que estamos en terrenos resarcitorios, extendidos, como en toda acción resolutoria, al interés contractual negativo y que dudosamente tienen un ámbito tan restringido como se suele afirmar, y, aún teniéndolo, obedecería exclusivamente a presupuestos ideológicos del legislador liberal, que, hoy, en cualquier caso, como veremos a continuación, quedan completamente superados, sobrepasándose, sin duda la escueta alusión a tales

gastos; tradicionales diferencias que se han querido establecer, como aquella que vería en la acción redhibitoria una mera acción personal, no retroactiva, y que no podría afectar a terceros, caen hoy: ambas acciones (resolutoria y redhibitoria) son plenamente retroactivas y, si no afectan siempre a terceros subadquirentes, no es por una pretendida naturaleza personal, sino por el juego de los conocidos preceptos legales que consagran una tutela de la apariencia. Y, como hemos dicho, el requisito del art. 1.484 para permitir el acceso a la acción redhibitoria, se sustancia en un típico análisis de la gravedad del incumplimiento, con perfecto paralelismo con aquel que jurisprudencialmente se realiza para permitir el acceso a la acción resolutoria ex art. 1.124.

Paralelismo que expresamente salta a la vista en la dicción legal del art. 1.498 (como MORALES, [I], p. 681, reconoce), y que ya en el Derecho romano se afirmaba: «*quia venditionis est resolutio redhibitoria*» (D, 41, 2, 13, 2) o «*Iubent aediles (...) resoluta emptione nihil amplius consequatur quam (non) haberet, si ven ditio facta non esset*» (D, 21, 1, 23, §1), destacando en este último fragmento no sólo la expresa declaración de que el efecto de la redhibición es la resolución de la compraventa, sino también la nítida afirmación del resarcimiento del interés contractual negativo.

Lo único, pues, que podría ser novedoso en el artículo 11 LCU sería la introducción de un nuevo y exclusivo criterio para valorar la gravedad del incumplimiento: la reparabilidad o no del vicio o defecto (así, ANCEL, p. 226). Si ello fuese así, el artículo 11 LCU habría recepcionado, a hurtadillas, el interés de los empresarios, pues estaría eliminando virtualmente la acción redhibitoria.

Pero ello no parece ser así: el artículo 11 LCU ciertamente concede importancia al dato de la reparabilidad, pero lo hace como índice objetivo no exclusivo, sino concurrente con el criterio legal expreso de las «óptimas condiciones que debe revestir el bien», y con el igualmente legal criterio del *ius electionis* del comprador insatisfecho, reiterado en los artículos 1.124, 1.484 y 1.499 del Código civil, subordinado a la gravedad del vicio redhibitorio (del incumplimiento resolutorio).

Por consiguiente, habiéndose revelado un vicio o defecto cubierto por el artículo 11 LCU, el adquirente consumidor tendrá estas opciones:

i) Si el vicio o defecto es de una entidad seria, apreciable desde el principio, presagiando una reparación delicada que difícilmente permitirá que el objeto alcance las condiciones óptimas, el comprador tiene derecho a solicitar la sustitución o la resolución del contrato. Lo mismo hay que entender para el caso en que, siendo posible una reparación satisfactoria, ésta vaya a exigir o exija, en el caso concreto, un sacrificio para el comprador superior a lo que, según buena fe, es razonable. Esto ocurrirá, por ejemplo, cuando, estando ya en marcha la reparación, ésta se eternice o dilate, de modo que sea apreciable un perjuicio grave o considerable para el comprador, lo que

le legitima para resolver el contrato (A. BERCOVITZ, p. 157; R. BERCOVITZ [II], p. 221).

ii) Si el vicio o defecto es de poca entidad y es fácilmente reparable, lo normal será que el comprador deba acudir a la reparación, sin poder acudir a la sustitución o resolución, según lo impone la doctrina jurisprudencial del artículo 1.124 del Código civil, y la buena fe (arts. 7,1 y 1.258).

iii) Tras una primera reparación, no satisfactoria, el comprador puede rechazar una segunda (R. BERCOVITZ, [II], p. 219), y exigir, a su elección, (R. BERCOVITZ, p. 220; A. BERCOVITZ, p. 156; *contra*, PARRA, p. 540) la sustitución o la resolución del contrato.

No creo compartible la opinión que entiende que el comprador estaría obligado a una segunda reparación, o incluso a más (CARLÓN, p. 81, que escribió —recordémoslo— antes de la promulgación de la LCU), sobre la base de la clara dicción legal del art. 11,3 b) LCU.

Cabe admitir, en cambio, la opinión de PARRA, de que el artículo no da pie para mantener una concepción laxa de las «condiciones óptimas» en que debe quedar el bien tras la reparación sino que se ajusta más al tenor de la ley, como bien dice la autora, entender que el objeto debe ofrecer unas condiciones idénticas a las de cualquier otro producto de iguales características que las suyas.

Sin embargo, no suscribo la opinión de esta autora de que el art. 11 LCU impone una secuencia temporal imperativa en los remedios disponibles: reparación —sustitución— resolución del contrato (PARRA, pp. 530-540).

Queda claro que, ante una negativa del vendedor a la reparación, el comprador no está obligado a acudir a la resolución, si no que, si lo desea, podrá pedir el cumplimiento específico del contrato (en su caso, a través del art. 1.098 C.c.), o, incluso, pedir el pago por equivalente, más los daños y perjuicios que completen el interés contractual positivo que, a diferencia del valor de la cosa (*aestimatio rei*), que no necesita prueba, pues es *per definitionem* un daño *in re ipsa*, habrán de ser cumplidamente probados. Y vemos aquí que es justamente la existencia de una verdadera alternativa para el comprador cumplidor, la que justifica la inderogabilidad del *ius electionis*, que la ley siempre le concede (arts. 1.124, 1.484 y 1.497 C.c.). El comprador cuenta siempre con dos vías diferentes —alternativas—, y debe ser él y sólo él quien elija cuál es la que, según las circunstancias, protege mejor su interés.

Y, puesto que hemos aludido a los daños y perjuicios, señalemos que estos serán exigidos, sobre el fundamento y en la extensión que veremos en la parte B) de este punto 9, a la que remito para su integración con lo aquí expuesto, pues todo (acciones de resolución y de exacto cumplimiento, y daños y perjuicios) son consecuencias de un incumplimiento contractual imputable al vendedor. (Respecto a las consecuencias del incumplimiento, cfr. F. JORDANO, [II], *in totum*; y DELGADO, pp. 223 y ss.).

Claro queda también que no es necesaria la culpa para que proceda la acción de exacto cumplimiento (idea de RUBINO, ALPA, y COSTAN-

ZA), y ello no porque no sea una consecuencia resarcitoria, que sí lo es, sino porque todo el funcionamiento del art. 11 LCU es objetivo, como objetivo ha sido siempre, a lo largo de los siglos, el funcionamiento de la obligación de saneamiento.

Tampoco plantearán problemas los eventuales cambios en la demanda (legítimos en cuanto respeten los requisitos esbozados), porque sólo implicarán cambios en el *petitum*, pero no en la *causa petendi* (el incumplimiento imputable al vendedor) (CABELLA PISU, p. 248).

Para esta interpretación me apoyo en: *i)* el art. 11,1 LCU, que ordena expresamente que en todo contrato de consumo, como mínimo, el régimen de defensa contra defectos, deterioros y falta de cualidades debe permitir siempre obtener la devolución equitativa del precio del mercado del producto, total o parcialmente, en caso de incumplimiento. Siendo este precepto un mandato mínimo de protección (R. BERCOVITZ, [II], p. 215), es evidente la imposibilidad de eliminar la acción redhibitoria; *ii)* el art. 7 LCU, que ordena la aplicación, en todo caso, junto a las medidas de la propia LCU, de todo lo previsto en las normas civiles y mercantiles, como no podía ser de otra manera; *iii)* la interpretación finalista, de puro sentido común, de que si nuestra tesis no fuese aceptada, la LCU habría servido a intereses diversos de aquellos para cuya defensa se promulgó.

9. B) En rigor, en el análisis sobre las acciones con que cuenta el comprador, deberíamos haber hecho alusión más completa a los daños y perjuicios exigibles por éste, puesto que unas y otros son consecuencias jurídicas que siguen a un único e idéntico supuesto de hecho, cual es el incumplimiento imputable al vendedor. Sin embargo, la complejidad específica de la cuestión de los daños y perjuicios exigibles en cada caso, en buena parte debida a razones históricas, obliga a un tratamiento particularizado, para su mayor claridad.

El Código pareció zanjar definitivamente esa complejidad, asentándose sobre dos principios muy claros: *i)* dominado el legislador por la ideas de que toda obligación de resarcir tiene su fuente propia en el dolo o culpa, y de que los residuos objetivos, heredados del Derecho romano (obligación de saneamiento, supuestos de custodia, algunos preceptos en sede de responsabilidad extracontractual), son excepcionales y, por tanto, a interpretar restrictivamente, parece consagrar que en un estricto supuesto de vicios redhibitorios, sólo se proceda a una simple resolución (redhibición) y consiguiente restitución, o a una mera reducción proporcional del precio pagado (una resolución parcial, con la consiguiente restitución parcial). Para que el comprador pueda pedir daños y perjuicios, el Código exige no una simple culpa en el vendedor, sino que su estado intelectual denote el conocimiento de los vicios en el objeto que vendió; *ii)* apoyando sin duda a las clases mercantiles emergentes, unifica todas las acciones ejercitables en esta materia, sometiéndolas al plazo breve de seis meses (art. 1.490 C.c.), que se con-

vierte en el brevísimo de 30 días en el art. 342 C.com. (al que —recordémoslo— durante muchísimo tiempo, se han sometido las compraventas de consumo, hoy nítidamente «civiles»).

Ciertamente, las posiciones del Código son claras, y parecería fundado decir, con MORALES, que no es posible mezclar el problema de las acciones edilicias, que son un efecto del contrato, basadas en el mero dato objetivo de la presencia de vicios, y la acción de indemnización, que estaría basada en la conducta del vendedor, que sería la base de un supuesto autónomo, generador de responsabilidad típicamente precontractual (MORALES, [I], p. 627, y [II], *passim*; BADO-SA, p. 226).

Pero, no obstante su claridad, nunca hay que olvidar que estas soluciones del Código representan tan sólo una mera contingencia histórica, que se desvía profundamente de sus precedentes históricos.

Hemos ya aludido varias veces a que la *actio empti* fue el cauce procesal en que, en época tardía, confluyeron los diversos remedios que el Derecho romano había alumbrado para un comprador ante un supuesto de vicios ocultos. Este dato determinó: *i)* que la *actio doli*, que era uno de los remedios del *ius civile*, de alcance resarcitorio (nunca anulatorio del negocio), resulte engullida, y que desaparezca todo aspecto penal, infamante, propio de esta acción. *ii)* Que el concepto de dolo se vaya ampliando, desde una originaria concepción estricta, hacia una definición muy laxa, que englobaba toda conducta contraria al canon objetivo de la *fides*, llegando incluso a englobar a la reticencia, lo que era imposible en el inicial concepto del dolo, siempre, por hipótesis, comisivo. *iii)* Que la responsabilidad del vendedor, que antes se hacía derivar del delito o de la *stipulatio sanum esse* constituida, nazca ahora del contrato (en lo cual había influido enormemente el hecho de que las acciones edilicias, surgidas como una medida de policía administrativa, en ámbito autónomo, habían prescindido ya de tales datos, para basarse en el presupuesto meramente objetivo de la existencia de un contrato y de la presencia de los vicios en el animal o en el esclavo adquirido). *iv)* Que se presenten problemas respecto a la indemnización a que tiene derecho el comprador, mezclándose el tendencial interés contractual negativo que acompañaba a la acción redhibitoria, con la pena tasada de la *stipulatio (duplum)*, y la reparación integral de la *actio doli*. *v)* Que se presenten problemas de plazo, puesto que la tradicional perpetuidad de la *actio doli* va a concurrir en el seno del único cauce procesal finalmente existente (*actio empti*, también perpetua), con los plazos breves que tenían, desde su creación, las acciones edilicias. La existencia, en apariencia, de una única acción (*actio empti*) fue inadvertidamente motivando que se tendiese a ver un único plazo, con independencia de cuál fuese el supuesto de hecho concreto, con creciente predominio del específico de seis meses para la acción redhibitoria, y de un año para la acción *quanti minoris*, sobre el perpetuo de las otras acciones.

Este breve repaso sirve para hacer ver: *a)* que nunca fue en el Derecho romano el conocimiento del vendedor el (único) criterio para im-

putar los daños y perjuicios; b) que nunca, mientras el aludido proceso de convergencia no cuajó, los casos, originariamente perseguidos con la *actio doli*, y luego reconducidos a la *actio empti*, se vieron sometidos a un plazo breve.

Pero, más importante que percibir la diferencia profunda existente entre el régimen jurídico del Código y sus precedentes históricos, es sin duda subrayar que tal régimen codificado no es sólo una mera contingencia histórica, sino que también es una contingencia abocada a su casi completa obsolescencia. En efecto, muy pronto se advirtió lo inicuo del sistema codificado y, en concreto, la insuficiencia del criterio del conocimiento efectivo como fundamento para la responsabilidad del vendedor (profesional), (GORLA, [III], p. 248), y doctrina y jurisprudencia empezaron a buscar vías superadoras de la literalidad del art. 1.486,2 C.c. (con lo que, curiosamente, reemergen los problemas del plazo y de la naturaleza de la responsabilidad a la que alude tal precepto, cosa que el Código parecía haber clarificado definitivamente).

Algunas de estas vías han sido:

1) Interpretar extensivamente, de forma quizá algo forzada, el concepto de «gastos pagados por el comprador» (art. 1.646,1 *code*), hasta englobar el pleno interés contractual negativo. Operación favorita de la jurisprudencia francesa, magníficamente relatada por GORLA, [III], pp. 242 y 243.

2) Aplicación *ad hoc* de la categoría de la obligación de resultado, para deducir una pretendida presunción de anterioridad al contrato de los vicios o defectos (PARRA, p. 532), o una pretendida excepcional indiferencia de la culpa en las consecuencias jurídicas que la «garantía» entraña (CARLÓN, p. 57), o, incluso, un pretendido carácter inexcusable de la afirmación de la responsabilidad del vendedor (LE TOURNEAU, p. 570: «L'absence du résultat, totale ou partielle est suffisante: elle constitue *en faute* le débiteur: le vice parle de lui-même»).

3) Intentos que buscan superar el liberalismo decimonónico que rezuma el Código, movidos por las exigencias del presente Estado social, y que retornan al filón medieval (MORALES, [II], *passim*), o que crean múltiples deberes precontractuales para el vendedor profesional (vías que ya analizamos en el punto 3 de este trabajo).

4) Entender que la obligación de saneamiento tiene como contenido normal, como siempre fue así en la Historia, el íntegro resarcimiento de los daños y perjuicios, siendo el supuesto de buena fe del vendedor un caso especial que el legislador contempla para equitativamente reducir las consecuencias dañosas transferibles al vendedor (MENGONI, [III], pp. 3 y ss, particularmente en p. 23, en una brillante construcción).

5) Entender que en los casos en que se producen daños y perjuicios para el comprador, nos encontramos ante una responsabilidad extracontractual derivada del mero hecho de haber introducido en el mercado un bien dañoso o peligroso (vigorosamente, VISINTINI [I], *passim*; CABELLA PISU, p. 257; más dudosamente, GORLA, [II], p. 881). Esta

tesis consigue varios objetivos: *i)* la reparación íntegra de todos los daños; *ii)* la reparación no sólo para el adquirente, sino para toda persona dañada por el objeto; *iii)* superación del plazo breve de los seis meses; *iv)* acceso a la persona más solvente, que no siempre es el vendedor, y que frecuentemente es el fabricante.

Con independencia de la mayor o menor fortuna de estos intentos, lo incontrovertido es que el modelo del Código no es sostenible en el actual contexto socio-económico. Por ello, es muy importante, el realizar la exégesis del art. 11 LCU, verificar cómo este precepto consigue, por fin, superar el esquema codificado, y adaptar la añeja obligación de saneamiento a la praxis socio-económica contemporánea. En efecto, a mi juicio, el art. 11 LCU logra esta superación y la consiguiente adaptación de la obligación de saneamiento, insertándola armónicamente dentro de las reglas generales de la responsabilidad contractual. Por tanto, por lo que respecta a los daños y perjuicios exigibles por el comprador, quedan diferenciados dos grandes grupos de supuestos:

a) Todo vendedor profesional incumplidor (la falta de [exacto] cumplimiento le es imputable) no doloso o cuyo comportamiento no revista objetivamente los caracteres de una *culpa lata*, equiparable al dolo (o sea, el vendedor *que no es de mala fe*, en los términos del art. 1.468,2 C.c.), va a responder, en todo caso, en los términos que ordena el artículo 1.107,1 C.c., es decir, de los daños y perjuicios normales, probados, que se sigan (inmediata o mediatamente: esto último en el caso de la resolución del contrato) de la presencia de vicios o defectos en la cosa vendida. Y ello, evidentemente, sin perjuicio de que, según se llegue o no a la resolución del contrato, los daños previsibles (normales) indemnizables se apoyen en la ley (el contrato se resuelve) (interés contractual negativo), o en la obligación que pesaba sobre el vendedor, en tanto que subsiste infringida (el contrato se mantiene y se pide el exacto cumplimiento) (interés contractual positivo), sin perjuicio de que en ambos casos el presupuesto de hecho al que se anudan estas consecuencias alternativas, elegibles por el comprador insatisfecho, sea inmediata o mediatamente un incumplimiento imputable al vendedor de un contrato que, en todo caso, fue válidamente concluido, y sin perjuicio de que en ambos casos se resarzan, apoyados en un fundamento diverso, tanto el daño emergente cuanto el lucro cesante (art. 1.106 C.c.), en tanto que sean «previsibles» (normales), en la cuantía en que se prueben, y en cuanto se haya probado su derivación causal necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación, o de la ineficacia sobrevenida del contrato, justificada en esa falta, según que el comprador opte —pues él tiene el *ius electionis*— por el exacto cumplimiento (en cuyo caso completarán el interés contractual positivo, cuyo primer elemento es siempre la *aestimatio rei*) o por la resolución del contrato (en cuyo caso

conformarán el interés contractual negativo, como ya el Derecho romano consagraba, es decir: «*resoluta emptio, nihil amplius consequatur quam (non) haberet si venditio facta non esset*»).

b) Todo vendedor profesional incumplidor *de mala fe* va a responder en los términos que ordena el artículo 1.107,2 del Código civil.

La mala fe que contempla el art. 1.486,2 C.c. queda, pues, englobada en el dolo *in executivis*, al que alude el art. 1.107,2 C.c., que, a mi entender, no necesariamente es un dolo malicioso, comisivo, insusceptible de interpretación extensiva (esta es la opinión de BADOSA, p. 719; y MORALES, [II], p. 599), sino que es la mera consciencia del incumplimiento, sin necesidad de *animus nocendi* o *decipiendi*, y al que sin duda se pueden equiparar todos los supuestos de *culpa lata* que socialmente vayan cristalizando, entre los que pueden incluir los casos más graves de los que hoy se ven por muchos como incumplimientos de las autónomas obligaciones de informar, prever o aconsejar, que pasan así a considerarse como deberes impuestos al vendedor, que enriquecen el contenido obligacional del contrato, y convierten su condición debitoria en una situación compleja. (Curiosamente, un apunte de esta idea en R. BERCOVITZ, [II], p. 215).

O sea, en estos casos, en los que la mala fe del vendedor (dolo o *culpa lata* equiparada) debe ser probada por el comprador, ya que la mala fe es un hecho constitutivo de una pretensión autónoma (agravación de responsabilidad), respecto a la del normal resarcimiento (F. JORDANO, [I], p. 257), el vendedor deberá responder de todos los daños que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación o de la sobrevenida ineficacia del contrato, apoyándose esta íntegras indemnizaciones, según que el contrato se resuelva o, por el contrario, se mantenga, en la ley (contrato resuelto: interés contractual negativo íntegro), o en la obligación del vendedor dolosamente infringida (el contrato se mantiene y se pide el exacto cumplimiento: interés contractual positivo íntegro), sin perjuicio de que en ambos casos el presupuesto de hecho al que se anudan estas consecuencias alternativas, elegibles por el comprador insatisfecho, sea (inmediata o mediatemente, en el caso de la resolución) un incumplimiento doloso o con *culpa lata* equiparada, de un contrato que, en todo caso, fue válidamente concluido, y sin perjuicio de que en ambos casos se resarzan, apoyados en un fundamento diverso, tanto el daño emergente cuanto el lucro cesante (art. 1.106 C.c.), en toda la extensión en que los daños se hayan producido, y se haya probado su derivación causal conocida de la falta de cumplimiento dolosa de la obligación, o de la ineficacia sobrevenida del contrato, justificada en esa falta de cumplimiento dolosa, según que se pida el exacto cumplimiento o la resolución del contrato, por el comprador, quien en todo caso tiene el *ius electionis*.

Esta interpretación enlaza con un rasgo omnipresente en materia de vicios, cual es la diferenciación del ámbito de resarcibilidad que se establece para un vendedor de buena fe de aquel establecido para un vendedor de mala fe (doloso o con *culpa lata* equiparada). El Derecho Romano nos muestra cómo el vendedor de buena fe, cuando se ejercitaba la redhibición, respondía de algunos elementos del interés contractual negativo, mientras que si era de mala fe (por ejemplo, *sciens*), en caso de redhibición, respondía de *omnia detrimenta, quae ex ea emptione emptor traxerit* (ARANGIO-RUIZ, p. 243).

Igualmente POTHIER diferenciaba el vendedor de buena fe, que sólo respondía de los daños «dans la chose elle-même» (daños intrínsecos), y no de los daños «dans ses autres biens» (daños extrínsecos), mientras que en el caso del vendedor de mala fe (al que ya equiparaba al vendedor profesional) la responsabilidad se extendía a «tout le tort qui en résulte».

Y, por último, la jurisprudencia, tras su interpretación audazmente correctora del *Code*, determina que el vendedor de buena fe responde de todo el daño emergente (sólo en el ámbito de resarcibilidad del interés contractual negativo, como es propio de todo caso de resolución del contrato, pues dicha jurisprudencia no contempla —por las razones ya indicadas— la acción de exacto cumplimiento), con exclusión del lucro cesante, mientras que el vendedor de mala fe (al que se asimila el vendedor profesional por presunciones *iuris et de iure* de conocimiento del vicio o defecto) respondía de todos los daños.

O sea, en cualquier caso, lo crucial es advertir que siempre ha existido un tratamiento diverso para los dos tipos de vendedores, y que la diferencia siempre se ha sustanciado en limitar el ámbito de lo resarcible por el vendedor de buena fe (lo que es justamente el mandato del art. 1.107,1 C.c.). Es decir, si siempre se ha suscitado el problema de limitar el resarcimiento debido por el vendedor de buena fe a las consecuencias normales, previsibles, que se siguen de los vicios o defectos de la cosa vendida, ello siempre ha presupuesto que el incumplimiento había sido previamente imputado al vendedor. Por tanto, aunque discutiésemos si el Código reduce o no el ámbito de lo resarcible por el vendedor de buena fe a los gastos del contrato, ello presupone en todo caso, un hecho del que el vendedor debe responder en base a otras reglas: para poder plantearnos de cuánto ha de responder el vendedor de buena fe, hemos ya antes debido resolver que éste responde. (GORLA, IV, pp. 436 y 438; F. JORDANO, I, p. 220).

Esta interpretación se basa en el artículo 7 LCU, que es el apoyo legal suficiente para invocar la aplicación aquí de los artículos 1.101 y ss. y 1.124 del Código civil. Ciertamente, se podría replicar que, de igual modo, el artículo 7 LCU podría ser la base para aplicar el artículo 1.486,2 y, consiguientemente, su conocido criterio restrictivo, apoyado en el conocimiento del vicio o defecto por el vendedor. Pero, aperecibámonos de un dato clave: el artículo 11,3 a) consagra como derecho mínimo inderogable del titular de la «garantía», la reparación gratuita de los vicios y defectos originarios, y *de los daños y perjuicios por ellos ocasionados*, y ello lo hace con total indepen-

dencia de la buena o mala fe del vendedor. Siendo éste el criterio del que se ha servido la ley en una modalidad del exacto cumplimiento: *reparación*, no parecería lógico admitir que, para la otra modalidad del exacto cumplimiento: *sustitución*, o para la redhibición del contrato (que está en el mismo párrafo b) del art. 11,3 LCU), se cambie de criterio. (En el sentido de que el criterio del art. 11,3 a) debe de extenderse al párrafo b), y a los casos de resolución del contrato, R. BERCOVITZ, [II], p. 221).

Por tanto, mediante la indicación del artículo 11,3 a) LCU y el reenvío genérico del artículo 7 LCU a las reglas generales del Código civil, tenemos la base para entender que la LCU ha sustituido el criterio restrictivo del artículo 1.486,2 del Código civil para la imputación de los daños y perjuicios, por el criterio general de la responsabilidad contractual, lo que significa, adicionalmente, que el vendedor de buena fe responderá en los términos del artículo 1.107,1 del Código civil y no sólo —si se probase que así lo establece el Código, lo que vimos era discutible— de los «gastos que el comprador abonó» (art. 1.486,1 C.c.).

Incluso es de señalar que el art. 11,3 a), en lo que dice, dice demasiado, pues, en mi opinión, no debemos renunciar a la diferenciación entre un deudor incumplidor de buena fe y otro de mala fe o doloso o con *culpa lata* equiparada; diferenciación que ahora se hará, no como ordenaba el art. 1.486,2 C.c, sino como lo dispone el art. 1.107 C.c.

Por ello, se puede concluir que en el art. 11 LCU procederá exigir los daños y perjuicios [con diferente ámbito, según la opción que elija el comprador insatisfecho (y diverso fundamento), y con diferente extensión, según el vendedor fuese de buena fe, o de mala fe (doloso o con *culpa lata* equiparada)], en todos los supuestos de incumplimiento imputable al vendedor, ya se pueda optar por la vía de la resolución del contrato, ya se quiera o se deba ir por la vía del exacto cumplimiento (*reparación* o *sustitución*). (Así, en general, con pequeñas diferencias de detalle, R. BERCOVITZ [II], p. 216; A. BERCOVITZ, p. 156; DUQUE, p. 77).

No comparto, pues, la opinión de PARRA, quien cree que (aunque sólo para el caso en que se proceda a reparar la cosa y no cuando se proceda a la sustitución, apegándose a la pura literalidad de los párrafos a) y b) del art. 11,3 LCU) serán resarcibles todos los daños y perjuicios: no sólo los contenidos en el interés contractual negativo (cuyo juego no entiendo, estando en discusión la acción de exacto cumplimiento), sino también el interés contractual positivo, y no sólo los intrínsecos (previsibles), sino también los extrínsecos (éstos en concurso con las reglas «ni contractuales, ni extracontractuales» (sic) del Capítulo VIII LCU) (PARRA, p. 546). A continuación entiende que no puede ser aplicable al supuesto de vicios y defectos ocultos el art. 1.107 C.c., porque la «garantía» prescinde de toda alusión a la culpa (PARRA, p.

548). A lo cual replico: ¿dónde está la exigencia de culpa como presupuesto de aplicación en el art. 1.107? En el párrafo primero se alude a un deudor de buena fe, no necesariamente culposo; y en el párrafo segundo se regula el dolo *in executivis*, que, ¿por qué no? también puede jugar en los supuestos de vicios y defectos ocultos.

Tampoco comparto las opiniones de aquellos autores que siguen entendiendo que los daños y perjuicios sólo serán exigibles cuando se aprecie culpa en el vendedor (BIANCA, [I], p. 236; RUBINO, p. 670; ALPA, p. 460; y COSTANZA, p. 136), por las razones anteriormente expuestas.

Esta interpretación no excluye que algunas conductas del vendedor puedan reunir los requisitos exigidos por el artículo 1.270 del Código civil, para el dolo-vicio, en cuyo caso se podrá proceder por la vía anulatoria pertinente (que, en todo caso, será alternativa a la fundada en el art. 11 LCU, que presupone un contrato válidamente concluido o convalidado).

La ajenidad del dolo como vicio de la voluntad a esta materia es fácilmente comprobable, puesto que la figura es una novedad histórica, como tal, hija de los postulados racionalistas, y consagrada legalmente por la Codificación. Todos los indicios apuntan a que el Derecho Romano no lo conoció como tal, siendo su alcance meramente resarcitorio, sin llegar a anular el negocio (cfr. MORALES [II], pp. 596 y ss.; y VISINTINI [I], p. 6).

Ni tampoco excluye que, aun jugando el artículo 11 LCU, el mismo supuesto de hecho pueda ser generador de responsabilidad extracontractual, exigible hoy fundamentalmente sobre la base de los artículos 25 y ss. LCU.

Entiendo preferible la compatibilidad o alternatividad de ambas vías, y no comparto con DUQUE (p. 79), que un tipo concreto de daños (los extrínsecos) deban ser necesariamente resarcidos por la vía extracontractual. No obstante la pésima coordinación de los capítulos III y VIII de la LCU (pensemos en el críptico encabezamiento del Capítulo VIII «*Garantías y responsabilidades*»), la generosa admisión jurisprudencial del concurso de acciones minimiza la problemática, y hace aconsejable para un demandante acudir a la vía extracontractual cuando el titular de la garantía no sea el vendedor, sino el fabricante (sin que, a mi juicio, en ningún caso, quede excluida la vía contractual); cuando el vendedor, por ser de buena fe, no respondería por la vía contractual de todos los daños producidos; cuando el perjudicado no ha sido el adquirente o un subadquirente, sino, por ejemplo, algún familiar de éstos; o cuando el plazo convenido de la «garantía» (juzgado correcto, según buena fe objetiva) haya expirado, y no aún el propio de la responsabilidad extracontractual.

Observemos que en esta materia se produce una clara convergencia de los compartamentos, tradicionalmente estancos, de los dos regímenes de responsabilidad, que difícilmente admiten hoy diferencias de

funcionamiento (en un plano general, cfr. F. JORDANO, [I], p. 306). Por ello, es muy importante el art. 28 LCU, que parece esbozar la noción de «infracción a la utilidad legítimamente esperada por el comprador», complementada por la no menos significativa determinación del nivel de calidad que reglamentariamente se haya establecido (así, R. BERCOVITZ, [III], p. 130) y en ello nos hemos basado para defender la «unidad temática» entre los capítulos III y VIII LCU.

Convergencia, en suma, a la que contribuye otra de las innovaciones de la LCU: la documentación de la «garantía», puesto que facilita, por el lado activo, la protección de los subadquirientes, ya que la «garantía» se entenderá transmitida como accesorio del bien, lo que les permitirá ejercitar directamente su pretensión contra el «garante»; y porque, por el lado pasivo, supone la consagración legal de la posibilidad de que sea el fabricante, y no el vendedor el «garante» (DUQUE, p. 78; CARLON, p. 64; R. BERCOVITZ, [II], p. 218). Con esta innovación, la Ley facilita el acceso a los fabricantes, que siempre han gozado de una posición privilegiada en las relaciones de mercado (DUQUE, p. 71).

Evidentemente, la documentación de la «garantía» no es un requisito *ad substantiam*, de modo que, faltando, ocurrirá tan sólo que jugará la tradicional obligación de saneamiento, dotada de las innovaciones que ha introducido el art. 11 LCU, e integrada, en cuanto al plazo, por lo que dicte la buena fe objetiva, según los principios que veremos en el punto 10 (y ello sin perjuicio de que la no entrega por escrito de la «garantía» por el vendedor, pueda constituir una infracción administrativa). (En esta línea, R. BERCOVITZ, [II], p. 221, entendiendo que garantes, en este caso, serán vendedor y fabricante solidariamente, fundándose en que tal es la tendencia jurisprudencial cuando se desea proteger al acreedor).

10. Por último, debemos abordar la cuestión relativa al plazo aplicable a esta «garantía» del artículo 11 LCU. Con lo cual, nos adentramos en un terreno muy controvertido de la problemática general de la tutela al adquirente por los vicios y defectos en las cosas que adquiere, puesto que en este punto, aparentemente intrascendente, se enfrentan claramente los intereses que en estos casos entran en conflicto.

Detectamos, en principio, una serie de autores (ANCEL, pp. 207 y 218; GROSS, p. 284), que, en base a la autonomía de la voluntad, y al carácter autónomo de la figura, admiten cualquier plazo para la misma, por breve que sea. Estas opiniones, habiendo manifestado nosotros que el artículo 11 LCU pretende ofrecer un contenido mínimo inderogable de protección al adquirente consumidor, no son de recibo. No obstante lo cual, es justo reconocer que la dificultad persiste, porque el artículo 11 LCU no señala ningún plazo mínimo para la garantía (lo que es considerado por A. BERCOVITZ p. 156, como una grave insuficiencia). En consecuencia, el único asidero para no claudicar y ver el plazo como elemento libremente ofrecido a la autonomía contractual de las partes (o sea, al poder predisponente del

vendedor profesional), viene de nuevo representado por el artículo 11,1 LCU, que permitirá rechazar todo plazo que no permita al comprador asegurarse de la naturaleza, características, condiciones y utilidad o finalidad del producto o servicio, o que no le permita reclamar con eficacia en caso de defecto o deterioro, o que le impida hacer efectivas las garantías de calidad o nivel de prestación (R. BERCOVITZ, [II], p. 219). (En su caso, cuando la «garantía» esté inserta en clausulas generales, se podrá aplicar el artículo 10,1 c) LCU).

No parece sostenible entender que el plazo de seis meses del artículo 1.490 del Código civil sea de orden público, pues nunca ha ésa la voluntad del legislador; cosa distinta es que lo adoptemos como punto de referencia desde el cual, y con la buena fe objetiva como instrumento, podamos deducir un plazo adecuado a la naturaleza y función de cada bien.

La conclusión no es, desde luego, excesivamente reconfortante, pues la solución es inconcreta, pero creo que el legislador ha pretendido sustraer a la libre disponibilidad de las partes (del vendedor profesional) la fijación del plazo, y ha preferido dejarla a la apreciación judicial, a operar mediante el recurso a la buena fe objetiva, de acuerdo a la naturaleza típica de cada bien.

Esta solución no es intrascendente, pues son conocidas las enormes dificultades que el tema del plazo ha suscitado a lo largo de la evolución histórica, que no han conseguido ser acalladas ni siquiera por la unificación operada por el Código en su art. 1.490, y la brevedad que se le confiere, más acentuada aún en el plazo citado por el artículo 342 C.com. (Es curioso comprobar que el C.com. de 1829, en su art. 371, aún establecía el plazo de 6 meses, lo cual demuestra el favor dispensado por los Códigos vigentes a la clase social emergente de los comerciantes).

Probablemente fue la brevedad del plazo uno de los factores que llevó a la jurisprudencia a recurrir a la vía del error-vicio, primero, y, luego, aun siendo *communis opinio* que la obligación de saneamiento era una institución especial y ajena a la responsabilidad contractual, a recurrir a la acción resolutoria del art. 1.124 C.c., con la que nunca había el supuesto de vicios ocultos entrado en conflicto, por razones de génesis histórica ya expuestas. Esto último es muy significativo, y se lleva a cabo gracias a una vaporosa noción de *aliud pro alio*, que hoy se revela como un claro expediente verbal para ocultar lo inocultable: que en el caso de vicios y defectos de la cosa adquirida, nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad contractual (una crítica exacta y lúcida de la noción de *aliud* en R. BERCOVITZ, [I], p. 815).

También es la injusticia de este plazo breve el motivo que empuja a la búsqueda de soluciones en el plano extracontractual, intentando afirmar una autonomía respecto al art. 1.490, que permita disponer de un plazo más dilatado.

En relación al plazo, aún quedaría por resolver el supuesto en que su duración no se fije, en contravención al mandato expreso del

art. 11,2 LCU. Dejando aparte las posibles sanciones administrativas, lo cierto es que la consecuencia de Derecho privado no puede ser la nulidad de la «garantía» (como opinan ANCEL, p. 209; RUBINO, p. 671). Nos encontramos ante un caso típico donde el plazo debe ser fijado por el juez, de acuerdo a los criterios antes expuestos (R. BERCOVITZ, [II], p. 221; PARRA, p. 536; BIANCA, [I], p. 270).

En el fondo, la idea de la nulidad es comprensible en cuanto los autores citados trabajan con una figura de origen meramente convencional, que se denomina «garantía de duración» y se contrapone a la «garantía legal» (obligación de saneamiento). Por ello, la conclusión a la que llega RUBINO es acertada: sin plazo la garantía es nula, pero las afirmaciones que el vendedor haya hecho, serán tenidas en cuenta a efectos de dar entrada al juego normal de la garantía por vicios ocultos del *Codice*; ésta es la opinión coherente, y no la de CARLON, quien, entendiendo igualmente que sin plazo hay nulidad, cree que la garantía sin plazo es, además, una expresión meramente propagandística y no una asunción de un verdadero y serio compromiso por parte del vendedor: se consagraría así una fácil vía de escape para los vendedores, en modo alguno aceptable, ni hoy (art. 8 LCU, art. 2 LGP), ni en épocas antiguas (*dicta et promissa*) (CARLON, pp. 42 y 66-7).

Al mismo resultado anulatorio llegan los autores que estiman que el plazo no es de prescripción de ninguna acción ejercitable por el comprador, sino que es una condición esencial de existencia de la «obligación de garantía» del vendedor (ANCEL, p. 209; MIRABELLI, p. 141). Enfoque no sostenible, como mínimo, en España, puesto que se parte de la concepción, ya criticada, de que la «garantía» es una figura autónoma, que se sustancia en imponer al vendedor, ante determinados eventos, la obligación de reparar y/o sustituir.

Finalmente, parece plausible la opinión de DUQUE, de que la fecha a partir de la cual corra el plazo sea aquella en que la comprobación del funcionamiento sea factible para el consumidor.

Contra, CARLÓN, p. 68, quien entiende, por fidelidad a la letra del Código (art. 1.490), que tal fecha ha de ser, en todo caso, la de la entrega de la cosa. Tal criterio codificado es innegable, pero su justificación revela otro elemento adicional de protección a las clases mercantiles emergentes que dispensó el Código. Así, podemos observar que en el Derecho Romano los seis meses de la acción redhibitoria no son seis meses naturales, sino útiles, que comienzan a correr desde el momento en que el comprador haya tenido la posibilidad de actuar. De ese modo, no se computaba el tiempo en que el vendedor haya estado *absens reipublicae causa*, o el de la ausencia del vendedor de su domicilio, o casos parecidos (ARANGIO-RUIZ, p. 369). Igualmente el Derecho común nos muestra cómo el momento que se consideraba inicial era el del conocimiento de los vicios de la cosa por el comprador; y el art. 1.101 Proy. 1.836 todavía decía: «los referidos plazos de seis meses y un año empezarán a contarse desde el día en que se hubiese hecho la venta, suponiendo que el comprador observase o supiese en-

tonces el vicio o defecto, pues no siendo así empezaran a contarse desde el día en que lo conociese o llegare a su noticia». Todavía es posible ver un vestigio de esta concepción tradicional, más acorde con los principios de la prescripción, en el vigente art. 1.483 C.c.

Pero no parece necesario entender que la presentación del objeto a la reparación suspenda el plazo de seis meses del artículo 1.490 del Código civil (ANCEL, p. 228; CARLON, p. 68): es la típica matización que pone de manifiesto una errónea escisión entre la «garantía» del artículo 11 LCU y la obligación de saneamiento del Código civil (la suspensión se propugna para que, en caso de una eventual reparación lenta y no satisfactoria, no haya transcurrido el plazo del art. 1.490 C.c.). En la concepción sostenida a lo largo de este trabajo, tal suspensión es innecesaria, porque el ejercicio de la acción de reparación es ya ejercicio de la obligación de saneamiento, enriquecida ahora por el artículo 11 LCU, y dotada de un plazo, fijado en el documento de la «garantía», o por la buena fe objetiva, que, por hipótesis, ya se ha respetado.

CONCLUSION

El artículo 11 LCU no consagra ninguna figura revolucionaria que la lucha de los consumidores haya trabajosamente conseguido. La «garantía» surge históricamente, a iniciativa de los comerciantes (vendedores profesionales), como pacto lícito modificativo de la tradicional obligación de saneamiento, y como expediente para excluir la acción redhibitoria, eliminando el tradicional *ius electionis* del comprador, y para introducir todo tipo de cláusulas lesivas para los adquirentes.

Si embargo, es curioso que la jurisprudencia, pese a la retórica liberal de la época, fue muy severa en la apreciación de tales prácticas, y virtualmente las cercenó mediante la apelación al artículo 1.102 del Código civil (lo que es otro indicio elocuente de que siempre nos hemos movido por terrenos propios de la responsabilidad contractual), o mediante la creación de específicos deberes de conocimiento para los vendedores profesionales, o de presunciones *iuris et de iure* de mala fe en tales vededores (instrumentos acomodaticios, hijos de la mentalidad «culpabilista» de la época).

Ante ello, se produce la segunda fase del fenómeno: se olvida —interesadamente— que nos encontramos ante un pacto lícito modificativo de la obligación de saneamiento, y se presenta la garantía como una figura autónoma, nueva, generosamente ofrecida por los comerciantes, de modo que éstos van a seguir consiguiendo la exclusión de la acción redhibitoria, y van a tener las manos libres para introducir cuantas cláusulas lesivas deseen (el art. 1.102 no puede ya aplicarse, porque la «garantía es figura autónoma»), e incluso van

a conseguir hacer de la «garantía» un poderoso reclamo publicitario (cfr. ANCEL, p. 203; y GROSS, p. 1).

Y todavía hoy estamos bajo el influjo de esta perniciosa concepción: la doctrina se plantea eternamente el problema de las relaciones entre la «garantía» del artículo 11 LCU y la obligación de saneamiento del Código civil; y no sólo plantean la cuestión, sino que la inmensa mayoría de los autores opta por que la primera derogue o sustituya temporalmente a la segunda (ANCEL, p. 206; GROSS, p. 148; ALPA, p. 460; GRECO/COTTINO, p. 366; CABELLA, p. 241; Salv. ROMANO, p. 277; PARRA, p. 549; CARLON, pp. 41 y 46; A. BERCOVITZ, p. 157; BIANCA, [II], p. 276).

El error de óptica consiste en tratar de relacionar dos figuras supuestamente distintas, cuando lo que aquí existe no es sino una única institución, ante un único conflicto de intereses, constante en la Historia. El artículo 11 LCU no es sino la adaptación de la obligación de saneamiento a los tiempos modernos (DUQUE, p. 73, llegándose a preguntar atinadamente, si era necesaria la creación de esta «garantía»; PARRA, pp. 523-4; F. ROMANO, p. 29).

El artículo 11 LCU se limita a dotar de un contenido mínimo la obligación de saneamiento del Código civil, por debajo del cual sea imposible situarse en cualquier relación de consumo (R. BERCOVITZ, [II], pp. 213-5): se trata de la recepción del amplio fenómeno de la intervención legislativa en terrenos otrora dejados a la libérrima autonomía contractual de los sujetos formalmente iguales que operaban en el tráfico. El artículo 11 LCU no viene sino a subsanar la insuficiencia patente de una obligación de saneamiento, configurada en los Códigos, a la luz de los principios liberales propios de la época, consiguiendo, con ello, curiosamente, restablecer el contacto con las regulaciones que de este conflicto de intereses se hacían en el Derecho Romano y en el Derecho Intermedio. El artículo 11 LCU no es, en suma, más que la adaptación a la praxis socio-económica contemporánea de una añeja institución jurídica, insertándola armónicamente dentro de las reglas de la responsabilidad contractual.

BIBLIOGRAFIA

- ALPA, G.: «La garanzia di buon funzionamento», *Il foro italiano*, 1979, III, pp. 460 y ss.
- AMORTH, G.: *Errore e inadempimento nel contratto*. Milano, 1967.
- ANCEL, P.: «La garantie conventionnelle des vices cachés dans les conditions générales de vente en matière mobilière», RTDC, 1979, pp. 203 y ss.
- ANGELONI: *Clausule di garanzia nelle compravendite commerciali*, Roma, 1914 (Ristampa. Napoli, 1924).

- ARANGIO-RUIZ, V.: *La compravendita in Diritto Romano*. Vol. II, Ristampa anastatica. Napoli, 1963.
- BADOSA COLL, F.: *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*. Bolonia, 1987.
- BERCOVITZ, R.: (I) «Naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa», ADC, 1969, pp. 777 y ss. (II) *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*. Madrid, 1987. (III) «La responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del consumo de bienes y servicios», en *Estudios sobre Consumo*, núm. 3, 1984, pp. 125 y ss.
- BETTI, E.: *Teoria generale delle obbligazioni*, en el Comm. del C.c. SCIALOJA/BRANCA, 2.^a ed. Bologna, 1979.
- CABELLA PISU, L.: *La responsabilità e garanzia nelle vendite commerciali*, Milano, 1983.
- CARLON, L.: «La cláusula de garantía en la compraventa de maquinaria», RDM, 1973, pp. 44 y ss.
- COSTANZA, M.: «Garanzia di buon funzionamento e risoluzione del contratto», en *Giustizia Civile*, I, 1978, pp. 150 y ss.
- DELGADO ECHEVARRIA, J.: En LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho civil II*, vol. 1.^o, 2.^a ed. Barcelona, 1985.
- DI MAJO, A.: *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967.
- DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*. Vol. I, Madrid, 1983.
- DUQUE, J.: «La protección de los derechos económicos y sociales en la LCU», en *Estudios sobre Consumo*, núm. 3, 1984, pp. 73 y ss.
- ESMEIN, P.: «Le fondément de la responsabilité contractuelle», RTDC, 1933, pp. 660 y ss.
- FRAGALI, M.: Voz «Garanzia», en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XVIII, 1969.
- FUBINI, R.: *La teoria dei vizi redibitori*, Torino, 1906.
- GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español* (reimpresión de la edición de Madrid, 1852). Zaragoza, 1974.
- GIORGIANNI, M.: *L'inadempimento*. 3.^a ed., Milano, 1975.
- GORLA, G.: (I) *La compravendita*, en el Tr. di dir. civ. VASSALLI, vol. VII, tomo I, Torino, 1937. (II) Voz «Azione redibitoria», en la *Enciclopedia del Diritto*, vol. IV, 1959. (III) «Considerazioni sulla giurisprudenza francese in tema di garanzia per vizi», en *Studi in onore di Messineo*. Milano, 1959. (IV) «Sulla cosiddetta causalità giuridica: fatto dannoso e conseguenze», en *Studi in onore di Cicu*, I, pp. 445 y ss. Milano, 1951.
- GRECO/COTTINO: *Della vendita*. En el Comm. del Cod. civ. SCIALOJA/BRANCA, Bologna, 1962.
- GROSS, B.: *L'obligation de garantie*, Paris, 1965.
- GULLÓN, A.: «La promesa del hecho ajeno», ADC, 1964, pp. 4 y ss.
- JORDANO FRAGA, F.: (I) *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987. (II) Comentario a la STS de 26-11-87, en CCJC, 1987, núm. 401, pp. 5183 y ss.
- LARENZ, K.: *Derecho de Obligaciones*. Traducción española de SANTOS BRIZ, vol. II, Madrid, 1958.
- LE TOURNEAU: *La responsabilité civile*. Paris, 1982.
- LUZZATTO, R.: *La compraventa*. Traducción de BONET ROMÁN, Madrid, 1953.

- MARTORANO, F.: *La tutela del compratore per i vizi della cosa*. Napoli, 1959.
- MENCONI, L.: (I) «Sulla natura della responsabilità precontrattuale». Riv. dir. comm., 1956, II, pp. 360 y ss. (II) «In tema di prescrizione della responsabilità del venditore per i danni derivati dai vizi della cosa». Riv. dir. comm., 1953, II, pp. 297 y ss. (III) «Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per vizi». Riv. dir. comm., 1953, I, pp. 3 y ss.
- MIRABELLI, G.: *Dei singoli contratti*. En el Comm. Cod. civ. UTET, libro IV, tomo 3.º, Torino, 1960.
- MORALES MORENO, A. M.: (I) «El alcance protector de las acciones edilicias», ADC, 1980, pp. 585 y ss. (II) «El dolo como criterio de imputación», ADC, 1982, pp. 591 y ss.
- PARRA LUCAN, M. A.: «Los derechos mínimos del titular de la garantía del art. 11 LCU». ADC, 1988, II, pp. 523 y ss.
- RIVERO, F.: En LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 3.º, 2.ª ed. Barcelona, 1986, pp. 55 y ss.
- ROMANO, F.: «Compravendita, garantía per vizi e responsabilità per il danno» en *Studi in onore di Scaduto*, tomo III, pp. 1 y ss, Padova, 1970.
- ROMANO Salv.: *Vendita-contratto estimatorio*, en Trat. di dir. civ. GROSSO/SANTORO-PASSARELLI, Milano 1960.
- RUBINO, D.: *La compravendita*, en el Trat. di dir. civ. e comm. CICU/MESINEO; vol. XXIII, Milano, 1952.
- RUSSO, E.: *Evizione e garanzia*, Napoli, 1987.
- STARCK, B.: «Domaine et fondement de la responsabilité sans faute», RTDC, 1958, pp. 475 y ss.
- TARTUFARI: *De la venta y del reporto*. Tomo V, vol. I del *Derecho comercial* de BOLAFFIO, ROCCO y VIVANTE. Traducción española, Buenos Aires, 1948, pp. 173 y ss.
- VISINTINI, G.: (I) *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972. (II) *Inadempimento e mora del debitore*, en Comm. cod. civ., dirigido por P. SCHLESINGER, arts. 1.218-1.222, Milano, 1987.

Comentario al párrafo último del artículo 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, según redacción dada por la Ley de 25 de julio de 1989

Por VICENTE ESPERT SANZ

Doctor en Derecho. Notario

Las notas que siguen no tienen más justificación que, me parece importante, que tratar de eludir una interpretación simplista de la materia objeto de comentario. No conviene esperar a un recurso gubernativo normal, ya que los clientes nos exigen que corriamos las escrituras como sea, con tal de que las sociedades comiencen a funcionar, y el recurso gubernativo en interés de la Ley ha quedado completamente devaluado por el artículo 76 del Reglamento del Registro Mercantil, de 30 diciembre 1989, ya que a la Dirección General de los Registros se le atribuye la facultad de no considerar importante una determinada materia.

Ni soy especialista, ni soy un mercantilista, ni pretendo ningún afán de lucimiento, pero me preocupa que mis escrituras sean, a la vez, útiles y seguras, y no sufrir el reproche más o menos velado de mis clientes, que me puedan atribuir una cierta pereza, atribución que estaría perfectamente justificada porque realmente me da pereza hacer estos comentarios, pero hay momentos en que uno no puede eludir las responsabilidades.

Partiendo de estas premisas de sencillez, voy a utilizar el método puramente exegético al que se refiere Luis Legaz y Lacambra en su obra «Filosofía del Derecho», que es la única obra de Filosofía del Derecho española que ha sido traducida al alemán. El método exegético es el menos científico, y es el que yo voy a utilizar. Cita el profesor Legaz una frase del profesor Buguet, que decía: «Yo no conozco el Derecho civil, sólo enseño el Código de Napoleón». Paraphraseando esta afirmación, yo digo también, sencillamente, que no voy a enseñar derecho mercantil, sino solamente a comentar el párrafo último del artículo 20.º de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada en su actual redacción, y concretamente porque dice: «La transmi-

sión de las participaciones sociales se formalizará en documento público».

Esta redacción está siendo interpretada en los Registros Mercantiles en el sentido de que las participaciones sociales tienen cerrada la puerta registral, y a mí ya me han denegado alguna cláusula estatutaria en que establecía que «la transmisión de participaciones sociales se llevaría a efecto mediante escritura pública notarial, que se inscribiría en el Registro Mercantil, en el que se seguirían sus vicisitudes jurídicas». Se me ha denegado la inscripción desde las palabras «que se inscribirían» hasta «se seguirían sus vicisitudes jurídicas».

Creo, francamente, que esta interpretación restrictiva es errónea y limita la autonomía de la voluntad. Voy a prescindir de lo que han dicho los preámbulos a los anteriores proyectos de Ley que precedieron a la de 25 de julio de 1989, y también prescindo de todas las Directivas Comunitarias. Me ciño al párrafo último del artículo 20.º de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, y veo con asombro que el Reglamento del Registro Mercantil vigente nos ha trasladado de un Derecho de conceptos a un Derecho de requisitos, relegando al Registrador Mercantil a una figura que tiene por objeto, solamente, compulsar el contenido de la escritura con los requisitos del Reglamento, sin ninguna labor interpretativa ni constructiva, labor que también podría hacer solamente un ordenador.

Parece que es pacífica la doctrina que considera que la S.R.L. es una figura intermedia entre la sociedad personalista y la capitalista, más o menos aproximada a un modelo de éstos, según los autores, pero sin que sea ésta nunca ni rigurosamente personalista ni rigurosamente capitalista.

El ingrediente personalista de su naturaleza aparece claro si contemplamos los siguientes puntos:

a) Las participaciones sociales no son títulos valores, según ha declarado la Dirección General de los Registros y del Notariado. En régimen de gananciales tienen que disponer de ellas el marido y la mujer (hay que advertir que Manuel de la Cámara dice que en las S. A., cuando las acciones no están cosificadas en títulos valores, también deben estar sujetas al régimen de disposición conjunto cuando el matrimonio se rige por el sistema de gananciales). Esto es lo que ocurre en la mayor parte de las SS.AA. que manejamos, en que las acciones realmente no se emiten, pero hacemos caso omiso de Manuel de la Cámara y dispone el titular de las acciones sólo; y como no hay ningún control registral no había hasta ahora problemas.

b) Otro argumento en favor del carácter personalista de la S.R.L. está en que en la propia Ley se establece, en principio, un sistema de límites a la libre trasmisibilidad de las participaciones sociales, es decir, se quiere controlar quiénes integran la sociedad. Ahora, después de la reforma, también se puede regular en las acciones nomina-

tivas de las S. A. Y la materia había sido magníficamente tratada por el profesor Broseta en una espléndida monografía sobre el tema.

c) Hasta la reforma, solamente en la S.R.L. era posible imponer prestaciones accesorias conectadas a determinadas participaciones sociales. Después de la reforma también es posible hacerlo en las SS.AA. Por cierto, nadie parece haber tenido en cuenta la prohibición del artículo 162, número 3, párrafo 2.º, del Código civil.

d) En materia de arrendamientos urbanos, ha podido llegar a interpretarse como traspaso in consentido, no ya sólo el cambio de naturaleza de la sociedad, sino incluso la incorporación de un nuevo socio a la S.R.L.

e) El hecho de que hayamos pasado de un sistema de tope máximo de capital (ya no existe el tope máximo de 50.000.000 de pesetas), a un sistema de tope mínimo en el sentido de que tienen que tener un capital mínimo de 500.000 pesetas, no ha hecho cambiar al legislador la idea de que es una sociedad con un número limitado de personas: cincuenta. No hay una solución clara, ni práctica, para que cincuenta y una personas con menos de diez millones de pesetas constituyan una sociedad que sea útil, porque ni lo es la colectiva ni la comanditaria simple.

La interpretación que se está haciendo del párrafo último del artículo 20.º me recuerda las palabras de Leopoldo Stampa en la introducción a su libro «Estudio Sistemático del Impuesto sobre la Renta» (Madrid, 1980), cuando recordando a González Palomino nos viene a decir que el jurista trata de resolver los problemas, el leguleyo es idólatra de la letra de la Ley y el burócrata lo es del requisito, y, como he dicho antes, hemos caído en un Derecho de requisitos.

A mi juicio el artículo 20.º, párrafo último, de la S.R.L., lo único que establece es un requisito mínimo, porque el Derecho imperativo sólo es tal por deseo expreso del legislador o porque tenga una naturaleza institucional (Federico de Castro define la Institución como el conjunto de normas que regulan las relaciones jurídicas de una índole determinada) y las palabras de los preámbulos de los proyectos anteriores, no son Derecho vigente ni atribuyen carácter institucional.

En mi opinión, cuando el párrafo último del artículo 20.º de la S.R.L. exige para la transmisión de las participaciones sociales el documento público, sólo exige un requisito mínimo: Excluye el documento puramente privado, y el documento privado con firmas legitimadas, o con fechas fehacientes; pero no prohíbe que los integrantes de una sociedad quieran insertarse en las ventajas de la publicidad registral mercantil asumiendo el cumplimiento de las cargas que eso lleva consigo, porque prohibirles esto sería excluirles del principio de la autonomía de la voluntad y de las ventajas de la institución registral teniendo en cuenta que, si examinamos la reforma del Código de Comercio en materia de Registro Mercantil (arts. 16 a 24, ambos inclusive), según Ley de 25 julio 1989, y el vigente Reglamento del

Registro Mercantil, vemos que el principio de oponibilidad se convierte en el protagonista principal de la institución registral, ya que de nada sirve disponer de cualquier mecanismo jurídico si los documentos en que constan los actos, los negocios o los derechos, no son oponibles a terceros por no cumplir los requisitos de la publicidad registral, hasta en su pirámide del Registro Mercantil Central, el Boletín Oficial del Registro Mercantil Central.

El Libro Registro de socios que establece la S.R.L. tiene efectos hacia el interior de la sociedad, sólo puede ser consultado por socios y sólo puede ser certificado su contenido por los Administradores y a petición de un socio. Para los terceros ese Libro Registro es inaccesible, quizá porque en alguna manera forma parte de la contabilidad de la sociedad, que debe ser secreta, con la extraña facultad que se concede a los registradores mercantiles de certificar sobre la contabilidad depositada en su Registro.

Inmediatamente se plantean dos problemas. Si aplicamos con sentido restrictivo el párrafo último del artículo 20.º de la S.R.L., las participaciones sociales actualmente inscritas y que sigan en el tráfico jurídico, aparecerán ante terceros congeladas tal como figuran registradas, y sus ulteriores vicisitudes serán subterráneas, clandestinas y desconocidas.

Y nadie podrá cambiar estas inscripciones, porque los asientos del Registros están bajo la salvaguardia de los Tribunales, y si no se cumplen los principios de legitimación y de tracto sucesivo el registrador no podrá operar ninguna modificación del asiento sin resolución judicial. Es decir, la vida registral se detendrá en un momento determinado frente a terceros, y seguirá una vida clandestina y oculta a los terceros.

El segundo problema es que, como no se va a arrojar del Registro a las participaciones sociales ya inscritas, las participaciones de las sociedades de nueva creación no se inscribirán y, por consiguiente, habrá dos tipos de participaciones sociales, las inscritas y las no inscritas, que se desdoblán en tres tipos de participaciones sociales:

- a) Participaciones sociales registradas de acuerdo con la realidad jurídica extraregistral;
- b) Participaciones sociales inicialmente registradas que se bloquean el 1.º de enero de 1990, y que siguen una vida oculta y clandestina.
- c) Participaciones sociales de sociedades posteriores a 1.º de enero de 1990, que siempre serán clandestinas.

Y, entonces hemos de preguntarnos qué queda de las instituciones de la prenda de las participaciones sociales y del embargo judicial de estas participaciones, porque no tendrán ninguna publicidad frente a terceros, y como tampoco hay posibilidad de posesión, porque las participaciones sociales no son cosas físicas, sino que tienen sólo una expresión escrituraria o documental, si las desterramos del Registro Mercantil, hemos terminado con dos «derechos de garantía real», es

decir, de la prenda y del embargo judicial de las participaciones sociales.

El Derecho se mueve en la disyuntiva, entre su estática y su dinámica. La estática del Derecho subjetivo exige que ningún titular pueda ser privativo de él sin su consentimiento. La dinámica del Derecho subjetivo exige que ningún adquirente pueda ser privado de su adquisición por una causa que no pudo conocer al tiempo de la adquisición.

Por ello rompo la lanza en el sentido de admitir que pueda haber sociedades de Responsabilidad Limitada cuyas participaciones sociales vivan siempre en la clandestinidad, pero en ningún caso se puede considerar que el artículo 20.º, párrafo último, de la vigente Ley sobre S.R.L. prohíbe que los socios deseen acogerse a las ventajas del Registro Mercantil, porque ello favorece la seguridad del tráfico y el Derecho mercantil se basa en dos principios fundamentales, el principio de buena fe, más exigente que en el Derecho civil, y en el principio a la protección a la seguridad del tráfico mercantil. Actualmente está en crisis la distinción entre Derecho civil y Derecho mercantil, pero no cabe la menor duda de que no es lo mismo una compraventa entre particulares que una transmisión de participaciones sociales de una sociedad tras la cual hay una empresa de un gran capital, y cuya transparencia y salud afectan a la economía nacional y a los fundamentos del orden público económico.

Y, por ello rompo también una lanza, y más convencido todavía que en el caso anterior, en el sentido de considerar que es bueno y posible que se constituyan SS.RR.LL. en que los socios establezcan el precepto estatutario de que la transmisión de participaciones sociales conste en escritura notarial, que se inscriba en el Registro Mercantil, y cuyas vicisitudes jurídicas consten en dicho Registro para poder oponerse a terceros.

Y ahora sólo falta provocar una decisión de la Dirección General de los Registros y del Notariado para saber a qué atenernos.

En torno al XIII Congreso Internacional de Derecho Comparado

Por GABRIEL GARCIA CANTERO

(Montreal, 19-24 agosto 1990)

SUMARIO: 1. La Asociación Internacional de Derecho Comparado.—2. Temario del XIII Congreso de Montreal.—3. Una valoración global del Congreso.—4. Unas ausencias no justificadas.

1. Fundada en La Haya en 1924, la Asociación Internacional de Derecho Comparado tiene una finalidad fundamentalmente científica, al establecerse en el artículo 2.º de sus Estatutos que su fin principal consiste «en el estudio del Derecho comparado en sus aspectos históricos y en la mejora de las leyes de los diversos países del mundo —en particular en materia de Derecho privado—, suprimiendo y conciliando las divergencias». Uno de sus más conocidos medios de actuación son los Congresos Internacionales de Derecho Comparado, que comenzaron a reunirse en La Haya (1932 y 1937), y que, a partir de 1950 (Londres) se reúnen cada cuatro años: París (1954), Bruselas (1958), Hamburgo (1962), Uppsala (1966), Pescara (1970), Teherán (1974), Budapest (1978), Caracas (1982) y Sidney (1986). El que acaba de celebrarse en Montreal del 19 al 24 de agosto de 1990, hace, por tanto, el número trece. Los frutos científicos de cada Congreso suelen plasmarse en un grueso volumen que recoge la redacción definitiva de las Ponencias generales una vez debatidas en las Secciones correspondientes por los Ponentes nacionales y otros congresistas interesados en el tema. Algunos países, en los que el Derecho Comparado cuenta con la adecuada infraestructura, suelen publicar, al tiempo de celebrarse el Congreso el volumen que contiene las ponencias nacionales; es habitual que lo hagan Francia, Italia, Bélgica, Holanda, Alemania, Estados Unidos, Polonia, Israel y ocasionalmente otros (España lo hizo en 1950). Todo ello sin perjuicio de que cada participante pueda publicar por su cuenta la aportación hecha al Congreso. Su celebración es, por tanto, ocasión de generarse abundante biblio-

grafía comparativa, con frecuencia, de calidad y, en todo caso, fuente informativa de primera mano sobre cuestiones de actualidad.

2. Buena parte del éxito de cada Congreso radica en una acertada selección de los temas de estudio, que no se limitan a una perspectiva privatista, sino que abarcan la totalidad de las ramas del Derecho, siguiendo un modelo que la Academia mantiene en los últimos celebrados con un número de temas que oscila entre 30 y 40.

He aquí el programa científico del Congreso de Montreal:

1.A. Historia del Derecho y Etnología jurídica: «La circulación de los modelos jurídicos».

I.B. Teoría General del Derecho y Filosofía del Derecho: 1. «El bi-juridismo en un sistema federal o de autonomía local». 2. «La persona jurídica».

I.C. Derecho comparado y unificación del Derecho: «La armonización de las reglas de Derecho privado entre los países de Derecho civil y de Common Law».

II.A. Derecho Civil: 1. «La reforma de la responsabilidad médica: ¿responsabilidad o seguro?». 2. «La responsabilidad precontractual». 3. «La multipropiedad».

II.B. Derecho Internacional Privado: «La adopción internacional».

II.C. Procedimiento civil: 1. «La acción de grupo: el recurso colectivo, la acción de interés colectivo, el recurso intentado por un grupo sin personalidad colectiva y la competencia *Parens patriae*». 2. «Procedimiento civil y procedimiento administrativo: las diferencias y su explicación».

II.D. Derecho agrario: «El estatuto de las unidades agroindustriales y sus relaciones con los propietarios de los terrenos y los obreros agrícolas».

III.A. Derecho Mercantil: 1. «Las *joint ventures* entre empresas de países con sistemas económicos y políticos diferentes». 2. «La sociedad unipersonal». 3. «La insolvencia transfronteriza».

III.B. Propiedad intelectual: «Los derechos de autor frente a las nuevas tecnologías».

III.C. Derecho del Trabajo: «La flexibilidad del tiempo de trabajo».

III.D. Derecho Aéreo y Marítimo: «La interpretación de las Convenciones marítimas internacionales en los países del Derecho Civil y del *Common Law*».

IV.A. Derecho Internacional Público: 1. «Las subdivisiones internas de las jurisdicciones internacionales». 2. «La conclusión y la puesta en aplicación de los Tratados en los Estados federales y unitarios».

IV.B. Derecho Constitucional: 1. «Las situaciones de urgencia en Derecho Constitucional». 2. «El constitucionalismo». 3. «La Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y su influencia en las Constituciones».

IV.C. Libertades Públicas: 1. «La protección constitucional y civil de la libertad de expresión». 2. «El control estatal de la enseñanza». 3. «El acceso a la información detentada por el Estado y la vida privada de los individuos».

IV.D. Derecho Administrativo: 1. «La protección de los bienes culturales». 2. «El estatuto de los Jueces administrativos».

IV.E. Derecho Fiscal: «Las protecciones legales y constitucionales contra las imposiciones confiscatorias».

V.A. Derecho Penal: 1. «Las infracciones relativas a los ordenadores». 2. «La experimentación sobre seres humanos».

V.B. Procedimiento penal: «Las reglas de exclusión relativas a la prueba».

VI. Bibliografía: «La función de las casas editoras de obras jurídicas».

VII. Informática: «Sistemas informatizados de ayuda a la decisión judicial».

VIII. Facultad Internacional de Enseñanza del Derecho Comparado: «El enajenado».

3. No resulta fácil hacer una valoración de conjunto del Congreso de Montreal, entre otras razones por la simultaneidad con que se desarrollan las diferentes secciones del mismo. Si nos fijamos en el programa, no cabe duda de la actualidad de bastantes de los temas elegidos; ello se tradujo, en el ámbito civil, en el considerable número de ponencias nacionales presentadas en algunas secciones; por ejemplo, 26 en la reforma de la responsabilidad médica, e idéntico número en la responsabilidad precontractual; también fueron muy concurridas las secciones relativas a la persona jurídica (20 ponencias), armonización de las reglas de derecho privado entre los países de Derecho Civil y de *Common Law* (22), multipropiedad (19), adopción internacional (19), los derechos de autor frente a las nuevas tecnologías (20), protección constitucional y civil de la libertad de expresión (22), protección de los bienes culturales (22), y acceso a la información detentada por el Estado y la vida privada de los individuos (19). Otros sectores del ordenamiento gozaron también del favor de los congresistas: hubo así 21 ponencias en las acciones de grupo y similares, 25 en el procedimiento civil y administrativo, 24 en las *Joint Ventures*, 26 en la flexibilidad del tiempo de trabajo, 23 en el estatuto de los jueces administrativos e idéntico número en las infracciones informáticas. Y como no todos los ponentes nacionales asisten al Congreso, ni todos los congresistas son necesariamente ponentes, conviene resaltar la presencia efectiva de 370 congresistas pertenecientes a veinticinco países diferentes; a salvo la presencia masiva de norteamericanos y canadienses, hay que señalar la muy numerosa de alemanes, franceses, ingleses, belgas e italianos; en menor número, de austriacos, holandeses, australianos, suecos, finlandeses, suizos, japoneses e israelíes; era digna la representación hispanoamericana y luso-

brasileña. Por todo ello, cabe concluir que estos congresos han dejado de tener un mayoritario carácter europeo-occidental y se van abriendo a otros continentes, aunque África y Asia están todavía mínimamente representadas.

La organización material del Congreso, que ha recaído en gran parte, aunque no exclusivamente, en la *Association Quebecquoise de Droit Comparé*, con la infraestructura material de la Universidad McGill; ha sido eficiente, siendo de destacar el perfecto funcionamiento, en general, de las Secciones, permitiendo una exposición del Ponente general con intervenciones de los Ponentes nacionales y de los congresistas que lo solicitaban, culminando con las conclusiones del debate. El francés y el inglés han sido los idiomas oficiales del Congreso, con traducción simultánea del uno al otro.

4. Consideración especial merece la no-presencia española en el Congreso; me ha cabido el, no precisamente airoso, papel de ser el único jurista de mi país en Montreal (otros dos españoles enviaron Ponencia, pero no asistieron). Al margen de la anécdota conviene plantear seriamente la cuestión de si tal ausencia obedece a un plan preconcebido, a un propósito meditado, o es fruto del azar; porque las consecuencias no son precisamente favorables para la presencia de la Ciencia Jurídica en el mundo comparativo. Vaya por delante mi convicción de que en la gran mayoría —por no decir en todas— las Secciones del Congreso no hubiera sido difícil encontrar especialistas españoles preparados para desempeñar un papel digno, incluso sobresaliente, como Ponentes nacionales. Porque, paradójicamente, los profesores españoles hemos incorporado mayoritariamente el método comparativo a la enseñanza y a la investigación, y nunca hemos dejado de mantener contactos con docentes y Universidades extranjeras. Quizá el camino adecuado sea promover un Comité Español que vaya preparando el próximo Congreso de 1994 a celebrar en Atenas, y recabe los medios necesarios para que nuestra presencia efectiva sea proporcionada al nivel actual de la Ciencia Jurídica española.

BIBLIOGRAFIA

Libros

ASOCIACION DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL: «Centenario del Código civil (1889-1989)», Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, 2 volúmenes, 2.135 pp.

Al cumplir nuestro Código civil cien años de vigencia (1889-1989), han aparecido y están pendientes de aparecer en la literatura jurídica española diversas obras a través de las cuales se pretende rendirle homenaje. A ellas se suma ésta que ofrece la Asociación de Profesores de Derecho civil. El homenaje es justo por la demostrada capacidad de adaptación de nuestro primer cuerpo legal que, le permite seguir siendo un instrumento útil para la solución de los problemas de la sociedad actual. Ello en contraste con las innumerables críticas que recibiera en sus orígenes y en alguna medida gracias a las diversas reformas que ha experimentado a lo largo de los años de su vigencia y a la labor realizada a partir de él por la doctrina y la jurisprudencia.

Todo esto se pone de relieve en la presentación de la obra: «Creemos —se nos dice— que un código, y en especial un código civil, no es sólo un texto o letra, sino su capacidad para suscitar una labor de interpretación y de inteligencia, jurisprudencial o doctrinal, que al mismo tiempo que permite comprenderlo, lo enriquece e inevitablemente se une con él. Pensamos, asimismo, que nuestro Código no ha agotado su capacidad para ser objeto de tales interpretaciones y reinterpretaciones, porque es un cuerpo de derecho con vitalidad para ajustarse a las nuevas situaciones y necesidades que la nueva realidad social va creando» (p. XI).

La obra de la Asociación de Profesores de Derecho Civil consta de dos volúmenes en los que se recogen trabajos que en general son de similar extensión, y en ella han participado tanto catedráticos como profesores titulares. Los temas son diversos: se reflexiona sobre la evolución que ha experimentado un precepto, sobre los orígenes o antecedentes del Código civil, o sobre el significado actual de la codificación civil frente a lo que supuso en su origen, por señalar algunos ejemplos. Esta misma variedad es exponente de que aún no está agotada la capacidad de nuestro Código Civil para suscitar la reflexión. En definitiva, puede afirmarse que la publicación de esta obra por la Asociación de Profesores de Derecho Civil constituye un gran homenaje a este gran texto legal del siglo XIX que es nuestro Código civil.

NIEVES FENOY PICÓN

ASUA GONZALEZ, Clara I.: «La culpa in contrahendo (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)», Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 1989, 304 pp.

1. Para poder comprender qué significa una determinada figura en la estructura general de un ordenamiento es preciso analizar qué determinó su existencia, qué supuesto de hecho y consecuencias jurídicas abarca y qué función desempeña. Esta es, precisamente, la labor que realiza C. I. Asua respecto de la figura de la culpa in contrahendo (CIC). El libro que ahora presentamos está dividido en dos partes de diferente extensión. La primera —de mayor amplitud— analiza el Derecho alemán. La segunda —de proporciones más reducidas—, los Derechos italiano, francés y español. La razón de que se profundice más en el derecho alemán está en que en él es donde tuvo la CIC su origen y tiene, hoy en día, su mayor desarrollo.

2. La doctrina alemana actual —señala C. I. Asua— concibe a la CIC como un instituto basado en la costumbre jurídica que «hace responsable a quien en la fase precontractual ha realizado un comportamiento lesivo contrario a los imperativos de la buena fe en sentido objetivo» (p. 291). En él sitúa una serie de supuestos típicos. Estos son: 1. Responsabilidad por lesiones físicas o en la propiedad con ocasión de un contrato. 2. Responsabilidad en caso de invalidez contractual. 3. Responsabilidad en caso de interrupción de las conversaciones contractuales. 4. Responsabilidad en caso de contrato válido, y una de las partes ve lesionados sus intereses por el contenido del mismo, debiéndose ello a un comportamiento [reprocheable a la otra, en el período precontractual].

Como señala C. I. Asua, la teoría de la CIC debió su aparición a R. von Jhering en 1861, año en que dicho autor publicó un trabajo con el que pretendía establecer el fundamento de «la responsabilidad de una de las partes intervinientes en un contrato si éste resulta nulo y origina daños al otro contratante, que había confiado en la validez del contrato» (p. 25). Esta teoría influyó en la posterior elaboración del BGB, que estableció «una obligación de indemnizar en casos de invalidez debida a error y falta de seriedad en la declaración (§ 122), imposibilidad originaria de la prestación y violación de una prohibición legal (§§ 307 y 309) y representación sin poder ignorándolo el representante, aunque en este último caso resulte muy discutida su relación con la CIC» (p. 31). Ahora bien, si como expone la autora, el BGB reflejó la teoría de la CIC de Jhering en diferentes párrafos, la cuestión que surge es: ¿por qué la doctrina alemana posterior admitió otros supuestos (señalados arriba) como casos de CIC, convirtiendo esta figura «en uno de los temas capitales del Derecho de obligaciones alemán» (p. 32)? Parece que esa causa se encuentra en el sistema de responsabilidad (contractual y extracontractual) que el legislador alemán diseñó en el BGB.

El sistema de responsabilidad contractual del BGB, señala la autora, contiene concretas formas de incumplimiento: la imposibilidad sobrevenida y la mora. No contempla el supuesto de cumplimiento defectuoso (fue STAUB quien en 1902 habló de las lesiones contractuales positivas). Respecto al sistema de responsabilidad extracontractual del BGB, continúa señalándonos la autora, éste considera indemnizables los «daños primariamente patrimoniales (...) si se han irrogado vulnerando una ley protectora (§ 823.II) o mediante una actuación dolosa (§ 826), pero no aquellos en cuya producción sólo ha intervenido negligencia» (p. 37);

también permite a quien se sirve de auxiliares en el desarrollo de su actividad exonerarse del daño que causen éstos si demuestra que empleó la diligencia al uso en su elección y supervisión (§ 831), posibilidad que no existe en la responsabilidad contractual (§ 278). Pues bien, estos concretos rasgos del sistema de responsabilidad (contractual y extracontractual) del BGB fueron los que impulsaron el desarrollo de la CIC por plantear dos órdenes de problemas.

Por un lado, había una serie de casos en «relación al período precontractual» en los que habiéndose producido un daño patrimonial no era posible su indemnización («casos en los que no obstante haberse realizado un contrato, el perjuicio no estaba generado por un incumplimiento de los deberes estrictamente contractuales, pues eran anteriores al mismo» y casos de «lesiones de carácter patrimonial producidas en el curso de negociaciones que no desembocaban en la realización de un contrato») (p. 37). Por otro lado, había otra serie de casos que, aunque indemnizables según el BGB, su regulación se consideraba inadecuada (casos de «daños físicos o materiales sufridos con ocasión de las negociaciones contractuales») (p. 39). La convicción doctrinal de que era forzoso indemnizar estos supuestos sirvió para ensanchar la primitiva delimitación de la CIC. Para lograr ese fin, la doctrina alemana fue dando sucesivos pasos. Primero fue Leonhard (1910) el que realizó «una construcción sobre la responsabilidad en la formación del contrato» (p. 41) limitada a «los casos en los que se ha llegado a la realización de un contrato válido» (p. 42). Reconoció «la existencia de un deber de información» (p. 43) y rechazó toda relación con la teoría de la CIC formulada por Jhering. Después fue Siber (1914) el que «al examinar el tema de la responsabilidad en la formación del contrato, planteó la misma como derivada de la violación de deberes de información precontractuales, existentes con independencia de la celebración o no de un contrato posterior válido» (p. 46), de esta forma permitió que pudiera hablarse «de una única responsabilidad derivada de comportamientos lesivos durante la preparación del contrato» (p. 48).

Sentadas las bases que permitieron hablar con claridad de responsabilidad por lesión de deberes precontractuales (CIC) no quedaban, sin embargo, resueltos todos los problemas. La doctrina alemana continuó planteando una serie de cuestiones respecto a la CIC; así: ¿cómo fundamentar la existencia de deberes precontractuales (deber de información y deber de conservación)?; ¿qué normas de responsabilidad (contractual o extracontractual) deben aplicarse a la responsabilidad derivada de la CIC?; ¿cómo es posible configurar un régimen común de responsabilidad que aglutine supuestos tan diferentes?; ¿tiene o no carácter subsidiario la responsabilidad derivada de la CIC?

En la actualidad, la figura de la CIC tampoco está exenta de críticas. Mencionaremos algunas de las expuestas por C. I. Asua. En el supuesto de responsabilidad por lesiones físicas o en la propiedad con ocasión de la celebración de un contrato parece que hay un replanteamiento sobre qué régimen de responsabilidad debe aplicarse. Se propugna la aplicación del sistema de responsabilidad extracontractual porque se pueden obtener similares resultados a los que se obtiene con su inclusión en la CIC, gracias a la evolución experimentada por la jurisprudencia alemana (incremento de la medida de diligencia exigible, utilización de parámetros estrictos de cuidado en la valoración de la conducta, etc.). También se pone de manifiesto que dentro del supuesto de responsabilidad en caso de contrato válido existen problemas de deslinde y delimitación con las lesiones contractuales

positivas (positiven Vertragverletzungen), con la garantía por vicios en determinados contratos y con la anulación por vicios del consentimiento; etc.

3. En la segunda parte de la obra expone la autora el significado de la CIC en los derechos italiano, francés y español. En estos derechos la CIC ha alcanzado menor desarrollo porque sus respectivos sistemas de responsabilidad extracontractual cuentan con una cláusula general de indemnización de daños que les permite dar reparación a supuestos que el derecho alemán no admite, por tener un sistema de responsabilidad extracontractual tipificado. Ahora bien, aunque estos derechos no tienen los problemas que provocaron el origen y desarrollo de la CIC en el derecho alemán, lo cierto es que la influencia del derecho alemán ha servido para que se haya prestado mayor atención al período de formación del contrato. Fruto de ello son, por ejemplo, los artículos 1.337 y 1.338 del Código civil italiano de 1942 o el reconocimiento en el derecho francés de un deber de información cuya violación no tiene una sanción única.

En cuanto al derecho español, señala C. I. Asua, que, a pesar de la mención que de la CIC se hace en obras de carácter general, no existe un estudio monográfico profundo. Reconduce en nuestro sistema la CIC a los supuestos de responsabilidad por invalidez contractual y ruptura de negociaciones contractuales. Hace un detenido estudio en cada concreto supuesto de CIC sobre qué conducta es calificable de antijurídica por violar las obligaciones impuestas por la buena fe en sentido objetivo durante el período de formación del contrato. En ese estudio utiliza la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

4. A nuestro parecer esta obra nos descubre qué función ha desempeñado y desempeña la CIC en el derecho alemán y, en consecuencia, permite que veamos, también, qué papel puede desempeñar en otros derechos (entre ellos, el nuestro). En la obra, el lector encontrará una importante información bibliográfica.

NIEVES FENOY PICÓN

NAVARRO PEREZ, José Luis: «El retracto de créditos litigiosos». Granada, Comares, 1989, 214 pp.

El autor en la presente obra realiza un estudio detallado y completo de la institución del retracto litigioso, institución escasamente estudiada a pesar de su importancia, como señala el propio autor. Es un estudio minucioso por cuanto analiza detalladamente el origen y evolución histórica de la institución, tanto en el Derecho comparado como en el nuestro, atendiendo a los antecedentes legislativos correspondientes. E, igualmente es completo, al examinar detalladamente cada requisito concreto y dentro de él los diversos problemas planteados, exponiendo las distintas líneas doctrinales y jurisprudenciales, así como su crítica razonada y su conclusión.

Entrando ya en el análisis estructural de la obra que realiza el autor, diremos que es el siguiente:

En el Título I, denominado «Encuadramiento preliminar», el autor comienza por manifestar la importancia de la institución en el siglo XIX, frente a su negación en el siglo XX para seguir con el estudio de su evolución histórica en el Derecho romano, medieval y moderno. Señalando la justificación de la institución por el conflicto de intereses que surge entre el principio de libre contratación

y el favor «debitoris» (Capítulo 1). Igualmente realiza su evolución histórica en el Derecho español, viendo su primera regulación en el Proyecto de 1851, que se recoge sin modificación en el C.c. actual, en los artículos 1.535 y 1.536 (Capítulo 2). Sigue manifestando el carácter flexible de la legislación española respecto a las prohibiciones legales de ceder «ad potentiores», recogidas con el criterio de especialidad, en el artículo 1.459, y con el general en el 1.535 (Capítulo 3). Al entrar ya en el estudio directo del retracto de créditos litigiosos, el autor la incluye en la cesión de créditos en general, considerándolas como el efecto jurídico de otro contrato (Capítulo 4).

En el Título II, «Derecho de adquisición preferente del crédito litigioso», comienza por distinguir en el derecho de retracto como derecho real, dos facetas: la sustancial, civil o estática (el retracto como derecho subjetivo); y la procesal o dinámica (acción atribuida al deudor para la realización del derecho) (Capítulo 5); sigue por analizar el problema de la naturaleza jurídica, tema muy controvertido, viendo como su carácter en netamente retractual, a partir del Proyecto de 1836, y, tras analizar las diversas teorías existentes, se pronuncia a favor de la naturaleza jurídica de retracto, pero peculiar por el objeto (Capítulo 6). Sigue, señalando la función social y pública que cumple el retracto, y señala que en el litigioso tiene como objetivo disminuir la litigiosidad, por lo que frente a las diversas opiniones sobre el tipo de derecho que es, lo considera un derecho de expropiación (Capítulo 7). Posteriormente, analiza el sentido que debe tener el derecho reconocido al deudor, y tras señalar diversas teorías, considera que ese crédito es todo derecho del titular activo de la obligación de recibir una prestación que reacaiga sobre derechos, acciones o bienes incorporeales (Capítulo 8).

El Título III, «Requisitos y eficacia del derecho de retracto de créditos litigiosos», comienza por analizar los presupuestos para que nazca tal derecho (Capítulo 9), y señalando el carácter estático del retracto como facultad del deudor que tiende a una extinción del crédito, ante una cesión onerosa del crédito litigioso (Capítulo 10), siempre que el crédito sea litigioso (de existencia o cuantía controvertidas), comenzando su litigiosidad cuando se admite a trámite la demanda, y acabando cuando haya una sentencia firme, con valor de cosa juzgada (Capítulo 11). Igualmente, señala la necesidad de que el cesionario reclame judicial o extrajudicialmente el pago del crédito litigioso al deudor, como elemento nuevo y distinto a la notificación de la cesión ordinaria (Capítulo 12). El plazo para ejercitar ese derecho es de 9 días, desde la reclamación del pago, siendo un plazo perentorio de caducidad, y de carácter civil, que se inicia por el conocimiento extrajudicial de la reclamación, o por la notificación judicial de la comparecencia del cesionario en el proceso, y termina cuando hay una sentencia firme sobre el crédito (Capítulo 13). Ejercitado dicho derecho, el deudor obtiene la extinción del crédito, previo reembolso del precio de la cesión, más intereses, y costas (Capítulo 14). Los efectos producidos por el retracto, son de dos tipos: a) sustanciales: la sustitución del deudor en la titularidad activa del crédito, verdadera subrogación, instantánea, así como la extinción total del crédito litigioso; y b) procesales: fin del proceso mediante un auto (Capítulo 15).

En el Título IV, analiza los supuestos exentos, bajo la denominación de «Cesiones exentas de retracto y prelación retractual», señalando la polémica del artículo 1.536, cuyo fundamento es la no existencia de especulación en todos los casos, y rechazando por inadmisibles la excepción del 1.536.3 (Capítulo 16).

En el problema de los supuestos de colisión de preferencias, ve una pauta indirecta en el artículo 1.536, y señala que tal colisión debe ser entre retractos de igual rango, dando preferencia al retracto de coherederos sobre el de los condueños o partícipes y éste sobre el de los consocios. Pero si fuese una colisión entre retrayentes del mismo derecho se aplicaría el criterio del prorrateo (Capítulo 17).

Finalmente, en el Título V, «Ejercicio del derecho de retracto del crédito litigioso», estudia el ejercicio por la vía civil del derecho del deudor, tanto extrajudicialmente (Capítulo 18), como judicialmente mediante varios cauces judiciales: el juicio declarativo ordinario, el de retracto legal y el de los incidentes (Capítulo 19). Seguidamente, estudia el cauce del juicio de retracto como el más adecuado y previsto por el legislador, y analiza los diversos momentos procesales (Capítulo 20). Finalmente, acaba por analizar el procedimiento incidental de retracto, como abreviado, cuya única diferencia procedimental con el juicio de retracto es su sustanciación en la misma pieza de los autos principales (Capítulo 21).

Es una obra, importante y exhaustiva, donde se realiza un estudio detallado y fundamentado de la institución, aunque existan algunas ideas que pueden ser criticables, como su concepto de cesión, su idea de dominio de los derechos de crédito, o bien, la idea de que todo recurso, incluso los de revisión o amparo sirven para hacer resurgir el derecho de retracto del deudor cedido. A pesar de ello, no puede negarse que es una obra que tiene importancia no sólo teórica, por analizar diversas teorías existentes en cada tema, sino también práctica, por resaltar los diversos inconvenientes judiciales probables si no se ejercita el derecho o la acción de retracto en el momento oportuno, y debe reconocerse el mérito del autor por su realización.

REMEDIOS ARANDA RODRÍGUEZ

RAGEL SANCHEZ, Luis Felipe: «Las urbanizaciones de uso privado», Madrid, 1990, Editorial Tecnos, 159 pp.

Con la denominación de urbanizaciones de uso privado se está haciendo referencia en la obra objeto del presente comentario a un fenómeno de creciente difusión en la práctica y que trata de dar solución a toda una amalgama de aspiraciones humanas, derivadas en su mayor parte de un intento por escapar de la agresión psíquica representada por el medio urbano sin renunciar por ello a las ventajas inherentes al fenómeno ciudadano. De este modo, viene resultando frecuente desde hace ya algunas décadas que en su publicidad las empresas inmobiliarias hablen de «zonas residenciales», «urbanizaciones» y otras denominaciones diversas que aluden básicamente a la existencia de una serie de servicios e instalaciones cuya utilización y disfrute se pretende sean reservados en régimen de comunidad para los propietarios o titulares de un derecho cuyo objeto venga constituido por el uso o aprovechamiento de las parcelas, chalets, pisos, locales o apartamentos, constitutivos de la que podríamos denominar parte privativa de la urbanización, por contraposición a la zona ocupada por las instalaciones y servicios antes aludidos.

No obstante, la proliferación de este producto característicos del mercado inmobiliario no ha sido objeto de una atención específica por parte del legislador,

lo cual ha motivado que el régimen jurídico aplicable a estas urbanizaciones se configure a partir de retazos de Derecho privado (básicamente, la regulación de la comunidad de bienes contenida en el Código civil o la más discutible aplicación de la normativa relativa a las situaciones de Propiedad Horizontal), inevitablemente mediatizados en algunos aspectos por la incidencia del Derecho urbanístico. Tal estado de cosas, unido a una jurisprudencia a menudo dubitativa y ceñida en exceso al caso concreto, configuran un panorama en el cual las aportaciones doctrinales en general y la representada por el trabajo que estamos presentando en particular, resultan especialmente necesarias.

Centrándonos ya en la obra que nos ocupa, resulta destacable el esfuerzo realizado por su autor para intentar facilitarnos una amplia panorámica de los importantes problemas planteados en relación con estas urbanizaciones. Así, sistematizando su obra en dos partes, viene a comenzar la primera de ellas (bajo el título de «El concepto de urbanización de uso privado»), realizando una precisa delimitación del objeto de su estudio, saliendo así al paso de toda una serie de equívocos existentes en la doctrina y que traen causa en buena medida de la confusión entre la cualidad pública o privada del sujeto que aborda la iniciativa planificadora y el carácter predicable de la urbanización, entendida como resultado material y último del proceso de transformación física que aquella iniciativa desencadena; abordará a continuación el análisis detallado de los elementos definitorios de las mencionadas urbanizaciones, concluyendo este apartado con una definición de las mismas que no es sino la síntesis de sus conclusiones anteriores.

La segunda parte, bajo la denominación de «Presente y futuro de las urbanizaciones de uso privado», comienza con un análisis de las relaciones jurídico públicas y las relaciones jurídico privadas originadas como resultado de la necesidad de conciliar el interés particular como el superior interés público, al encontrarse ambos estrechamente implicados en estas entidades, para estudiar posteriormente materias de tanta trascendencia, ante la ya referida carencia de una específica regulación legal, como puedan serlo las relativas a los acreedores de la urbanización (entendiendo por tales, según el propio autor matiza, aquellas personas que ostentan créditos derivados de actuaciones u omisiones relacionadas con los elementos comunes de la urbanización), para concluir con una exposición de la diversa tipología organizativa que estas urbanizaciones pueden adoptar.

Todo el trabajo del autor se apoya en una muy extensa bibliografía, así como en la continua cita de una no menos amplia relación de jurisprudencia, lo cual viene a complementar el interés de una obra de lectura fácil, de necesario conocimiento para todo aquél que por un motivo u otro se halle inmerso en la problemática en ella debatida, y que reúne además la virtualidad de resultar muy adecuada para quien haya de iniciarse en el estudio de tales entidades, cabiendo solamente lamentar que algunos de los temas brillantemente sugeridos por el autor no sean abordados con mayor profundidad, cosa sin duda atribuible a la enorme amplitud del tema, además de a la propia y aludida falta del apoyo jurisprudencial y normativo que un tratamiento exhaustivo de tales cuestiones requeriría.

SAENZ GARCIA DE ALBIZU, Juan Carlos: «El objeto social en la sociedad anónima», Madrid, Editorial Civitas, 1990, 379 pp.

I. La obra cuya reseña presentamos viene a llenar, finalmente, una de las lagunas tradicionalmente existentes en nuestro Derecho societario. Si bien no se trata de un tema marginado por nuestra doctrina, si faltaba, en cambio, un estudio de carácter monográfico, como el presente, que aglutinase y diera respuesta a los diversos interrogantes que sobre esta materia plantea a diario la práctica de nuestras sociedades. Se trata, además, de un problema sobre el que J. C. Sáenz ya se había preocupado con anterioridad a la publicación del presente libro (1). Si a ello se añade el hecho de que la reciente reforma operada en el Derecho societario ha incidido de manera expresa en la regulación del objeto social en la Ley de Sociedades Anónimas, se comprende con facilidad el verdadero alcance e interés de esta cuestión.

El autor articula su exposición de manera progresiva o «cronológica», al hilo de las diferentes fases en la vida de la sociedad y los problemas que en cada una de ellas plantea el objeto social. *A efectos sistemáticos, cabría dividir la obra en tres grandes apartados.* El primero de ellos se ocupa del objeto social y la fundación de la sociedad anónima, entendida aquella en sentido amplio. Este apartado comprendería los capítulos I (pp. 27 a 64), II (pp. 65 a 114) y III (pp. 115 a 138), que se ocupan, respectivamente, del objeto social en la fase de formación de la sociedad, los requisitos del objeto social, y los vicios relativos al proceso de fundación de la sociedad anónima.

Acto seguido se analiza el objeto social en la fase de funcionamiento o actividad ordinaria de la sociedad, *i.e.*, una vez inscrita ésta en el Registro Mercantil. Especial atención se presta a la relación existente entre objeto social, personalidad jurídica y capacidad de la sociedad; a los actos ajenos al objeto social y a la modificación del mismo. Este segundo apartado abarca los capítulos IV (pp. 139 a 185), V (pp. 187 a 237), VI (pp. 239 a 278) y VII (p. 279 a 324).

En último lugar se ocupa el autor del objeto social en la fase terminal de la vida de la sociedad. El capítulo VIII y último (pp. 325 a 358) se enfrenta con la problemática relativa a la disolución de la sociedad anónima en conexión con el tema objeto de estudio en la monografía.

II. Si pasamos a analizar más en detalle el contenido de la obra, se observa cómo el autor comienza buscando un adecuado encuadre a la problemática que rodea al objeto social. Se parte para ello del *carácter contractual de la sociedad, sin olvidar, sin embargo, la vertiente institucional de la misma, para considerar incluido el objeto social dentro del contrato de sociedad* (p. 42). De la misma forma, y con motivo del estudio del acto constitutivo, se trata de introducir cierta

(1) *Vid.*, del mismo autor, *Reseña y Comentario a la RDGRN de 1 de diciembre de 1982 («B.O.E.» de 22 de diciembre de 1982). Sociedad anónima: determinación del objeto en los estatutos*, en «RDM», 1984, pp. 101 y ss.; *Sociedad anónima: facultades al margen del objeto social otorgadas al administrador único para los estatutos de la sociedad*, en «ADC», 1987, pp. 443 y ss.; *El objeto social y el poder de representación en las sociedades anónimas: Adaptación a la legislación comunitaria*, en «Actualidad Financiera», 1987, pp. 1301 y ss.; *Avales otorgados por el consejero-delegado de una compañía de seguros al margen de la actividad aseguradora*, en «RDBB», 1988, pp. 213 y ss.

dosis de claridad en el siempre complejo tema de las relaciones escritura de constitución-estatutos. Como con acierto pone de relieve el autor (p. 50), no se puede olvidar que al hablar de escritura de constitución se está haciendo referencia a un documento, a la forma jurídica de un contrato, el de sociedad. Por el contrario, los estatutos, pese al cada vez más intenso control por parte del Estado, son producto de la autonomía de la voluntad y se hallan dirigidos a regir la vida de la sociedad. *La cláusula relativa al objeto social*, inserta en los estatutos, *tiene por misión fundamental designar la finalidad concreta de la entidad creada* (p. 54).

Especial interés reviste (pp. 54 y ss.) el tratamiento de los problemas interpretativos de las cláusulas estatutarias, resueltos con gran acierto por el autor. En efecto, la interpretación de dichas cláusulas —léase: objeto social— con arreglo a los criterios establecidos para la interpretación de los contratos en general sería la solución que, en un primera lectura, y siendo fieles a la postura adoptada al comienzo de la obra, habría de considerarse como lógica. Sin embargo, las dificultades con que en materia de sociedades anónimas tropezaría semejante forma de actuar, *llevan a patrocinar una aproximación a una teoría unitaria de la interpretación*, i.e. «a aquellas posturas que tratan de mitigar las diferencias entre interpretación de las leyes e interpretación de los contratos» (p. 56). Solución que, además, encuentra apoyo legal en el artículo 1.286 del Código civil, que favorece una interpretación objetiva siempre que esto sea posible. Objeto de atención en esta sede serán también, entre otros, la necesidad o conveniencia de emplear criterios técnicos; o el problema planteado por el «*objeto social complejo*» (aquél que recoge una pluralidad de actividades) cuando dichas actividades resulten incompatibles entre sí. En este último supuesto, se trata de salvar los efectos de la cláusula relativa al objeto, interpretándola conforme a su naturaleza, y sólo cuando a pesar de ello subsistan las dudas, habrá que aplicar la solución más rigurosa consistente en la nulidad del contrato (art. 1.289.2 del Código civil).

Un lugar destacado en este primer gran bloque de la monografía lo ocupa el estudio de los *requisitos del objeto social* (pp. 65 y ss.). De acuerdo con la postura mantenida, éste habrá de ser *determinado, posible y lícito*. Por lo que a la *determinación* se refiere, cabe decir que ha sido uno de los extremos que se han visto afectados por la modificación —o mejora, si se quiere—, con ocasión de la Ley 19/89, de 25 de julio, de Reforma parcial y Adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la CEE en materia de Sociedades, al establecer el artículo 9 de la LSA que en los Estatutos se hará constar: «...b) El objeto social, *determinando las actividades que lo integran*», con lo que el legislador muestra de forma expresa *su rechazo hacia las denominadas «cláusulas-válvula»*, tan frecuentes en la práctica. El requisito de la determinación viene a tutelar una serie de intereses, no sólo de los socios individualmente considerados, o el interés social, sino también el de los terceros, e incluso, como se pone de relieve en el texto, se puede pensar en la protección de intereses extrasocietarios, cual es el caso de las sociedades que operan en el Mercado de Valores, cuyo objeto se encuentra fijado *ministerio legis*.

Con base en la admisión, por parte del Código civil, de la *determinabilidad* del objeto del contrato, el autor se plantea la posibilidad de trasladarlo al ámbito

del objeto social. Sin embargo, los mismos intereses protegidos por el requisito de la determinación conducen a negar tal extremo (p. 80).

De gran interés resultan, asimismo, las consideraciones que en las páginas 80 y siguientes se realizan en torno a las *cláusulas de «indeterminación del objeto»* y al *objeto complejo*. Si se dejan a un lado aquellas cláusulas en que la indeterminación es absoluta —por lo demás, poco frecuentes en la práctica—, se comprueba que es la indeterminación relativa la que mayores problemas plantea. Así, suele ser frecuente la enumeración, junto al objeto social, de una serie de *actos jurídicos* para cuya realización estarían facultados los administradores, situación que viene a paliar el vigente artículo 117.2 del Reglamento del Registro Mercantil, *al prohibir la inclusión de los medios necesarios para la realización del objeto, existiendo ilimitación en cuanto a los mismos*. Igualmente se prohíbe (art. 117.3 R.R.M.) introducir, tras la mención de la/s actividad/es que constituyen el objeto social, expresiones del tipo: «y cualesquiera otras actividades de lícito comercio» o semejantes. Por lo tanto, afirma el autor (p. 83), habrá que negar el acceso al Registro a cláusulas del siguiente tenor: «y cualquiera otra complementaria o análoga a la anterior», por la indeterminación que ello acarrea.

Si bien nada impide la redacción de un objeto social compuesto por diversas actividades, no cabe olvidar, si embargo, que *el objeto social complejo puede convertirse, en supuestos extremos, en una vía hacia la indeterminación*. No en vano establece el Reglamento del Registro Mercantil, en su artículo 117.1, que *la determinación de las actividades habrá de ser «precisa y sumaria»*.

Por lo que se refiere al segundo de los requisitos del objeto social, *la posibilidad*, la escasez de apoyos de Derecho estrictamente societario obliga a buscarlos en la teoría general de los contratos, y más concretamente en los artículos 1.261 y 1.272 del Código civil, el primero de los cuales exige un objeto cierto, mientras que el segundo prohíbe que objeto del contrato lo sean cosas o servicios imposibles. En las páginas siguientes, se procede a recoger los principales criterios de clasificación de la imposibilidad.

Por último (pp. 99 y ss.), se estudia el requisito de la *licitud* que, a diferencia de lo que sucede con los dos anteriores, si ha sido objeto de particular atención en el ámbito propiamente societario. Requisito que, como se pone de relieve en la obra (p. 113), se extiende no sólo al objeto estatutario, sino también al real, *i.e.*, a las actividades efectivamente ejercitadas por los socios. El autor recoge la tradicional distinción entre ilicitud por oposición a la ley, a la moral, al orden público o a las buenas costumbres. Merece la pena detenerse en la referencia que en la monografía se hace a la *relación existente entre orden público y buenas costumbres*, nociones que en el texto se califican de inseparables, al menos en el orden práctico (p. 108). Además, dicha relación ha sido recogida por el legislador comunitario, en la I Directiva, al aludir su artículo 11 al «carácter ilícito o contrario al orden público del objeto de la sociedad», por lo que cabría buscar en la coincidencia de ambos conceptos la explicación de la omisión del término «*buenas costumbres*».

En estrecha relación con lo anterior se encuentra la interesante mención que el autor realiza del concepto de «*orden público económico*», mostrándose partidario de reconocerle trascendencia jurídica, sin que ello suponga desconocer su peculiar naturaleza y alcance.

En el capítulo tercero se acomete el estudio de los *vicios del proceso de funda-*

ción de la sociedad anónima en relación con el objeto social. Para ello, y tras una sucinta visión comparatística, se nos suministra un tratamiento detallado de la cuestión en nuestro Ordenamiento. Así, se pone de relieve la insatisfactoria regulación de esta problemática con anterioridad a la adaptación de la I Directiva, de 11 de marzo de 1968. Situación a la que la doctrina trataba de poner remedio limitando la aplicación de las normas de Derecho común en materia de nulidad. No obstante, tras la reforma, los artículos 34 y 35 de la LSA han venido a establecer un régimen de la nulidad, donde, en palabras del autor «la labor del legislador ha dado alguno de sus frutos más apetecidos» (p. 124), lo cual no obsta para lamentar que no se haya aprovechado para ir un poco más allá del mandato comunitario intaurando «una regulación completa y homogénea sobre nulidad de sociedades».

A esta parte general sobre los vicios fundacionales sigue una enumeración de los que, de modo concreto, afectan al objeto social de la sociedad anónima. Así, se refiere el autor, por un lado a los *vicios del consentimiento*, con una mención especial al error, y por otro, a aquellos *vicios derivados de una discrepancia entre voluntad y declaración*. Dichos defectos, a la luz del artículo 34 de la LSA, que establece de modo tasado las causas de nulidad de la sociedad, no producirán este efecto, al no hallarse incluidos en este precepto. Ello, no obstante, podría incidir en las relaciones sociedad-socio, o constituir causa de disolución de la misma. Por lo que atañe a los vicios relacionados con el objeto social que pueden dar lugar a la *nulidad de la sociedad*, cabe decir que éstos *no sólo* consisten en la *ausencia absoluta de objeto social*, contemplada en el artículo 34 LSA, junto al *objeto social ilícito o contrario al orden público, sino también en la indeterminación del mismo*. El autor, sin embargo, adopta la solución contraria en relación con otro supuesto dudoso, como es el de la *imposibilidad*. A su juicio, el tenor literal del artículo 34 LSA impide acoger aquí la nulidad; habrá que acudir a la vía de la disolución por «imposibilidad manifiesta de lograr el fin social» (art. 260.1.3 LSA). En cuanto a la *ilicitud del objeto*, contemplada por el artículo 34 LSA como causa de nulidad de la sociedad, en el texto se pone de relieve cómo la *ilicitud relevante* a estos efectos *es la originaria, tanto si afecta al objeto estatutario como al real*, solución que viene avalada por la propia dicción del precepto, que sigue la versión alemana de la Directiva: «por resultar el objeto social ilícito...».

III. El *segundo gran bloque* en que cabría dividir la obra, relativo a *aquellas cuestiones suscitadas por el objeto social en la fase de funcionamiento o actividad de la sociedad*, se inicia con el capítulo cuarto. Este forma, junto con el siguiente, y en estrecha con él, el núcleo fundamental de la monografía que comentamos. Objetivo del mismo es averiguar si *el objeto social*, actividad para la que en principio se crea la sociedad, *constituye un límite externo, i.e.*, que incide directamente en la capacidad del ente, *o bien un límite meramente interno*, que no afecta a la capacidad de la sociedad, sino que limita únicamente el ámbito de representación de los administradores. Para conseguirlo, el autor lleva a cabo un detallado estudio de los diversos sistemas adoptados en Derecho comparado en materia de capacidad de las sociedades, antes de acometer el problema en nuestro Ordenamiento —distinguiendo igualmente entre la etapa anterior a la entrada en vigor de la I Directiva comunitaria, y la fase posterior—.

Así, se parte de la distinción de principio entre *sistemas de capacidad especial*

y sistemas de capacidad general, para proceder ulteriormente a dividir los primeros en sistemas basados en la teoría del *ultra vires*, por un lado, y aquéllos otros basados en el principio de la especialidad, por otro. La doctrina del *ultra vires* —cuyo paradigma tradicional venía constituido por el Derecho inglés—, siguiendo un proceso paulatino de pérdida de rigidez, puede considerarse prácticamente abolida tras la reciente *Companies Act* de noviembre de 1989. De todo lo cual se nos da puntual noticia en la *Addenda*. Por lo que hace a los sistemas basados en el principio de especialidad, destaca el Derecho francés, país en el que la doctrina mayoritaria está de acuerdo en considerar el objeto estatutario límite a la capacidad de las sociedades, en aplicación de la denominada *especialidad estatutaria*, con arreglo a la cual cada sociedad habrá de dedicarse única y exclusivamente a las actividades previstas en sus estatutos. Esto, obviamente, ha de ser matizado tras la entrada en vigor de la I Directiva (*rectius*, de su adaptación por los Derechos de los Estados miembros), al proteger ésta a los terceros de buena fe contratantes con la sociedad. Ello no significa, empero (p. 184), que se haya producido un cambio de planteamiento en torno a la capacidad de la sociedad. Estimamos, no obstante, que a raíz de la I Directiva, el citado principio de especialidad se ha visto seriamente dañado en su formulación tradicional.

Junto a los sistemas de capacidad especial se sitúan aquéllos otros de *capacidad general*. Dentro de éstos, a su vez, en la obra se distingue entre aquellos sistemas en que el objeto social reviste la cualidad de límite externo, y aquéllos en los que constituye un límite meramente interno. Dentro de los primeros cabe citar al Derecho italiano, en el cual las sociedades gozan de una capacidad general, sin que el objeto social afecte a la misma. Lo que sí se ve afectado, en cambio, es el poder de representación de los administradores. Con ello vendría explicada la aparente paradójica combinación entre capacidad general y límite externo presente en estos sistemas. Como paradigma de la segunda categoría enunciada se encuentra el Derecho alemán, en donde el objeto social, no sólo no afecta a la capacidad de la sociedad, sino que ni siquiera circunscribe el poder de los órganos sociales, constituyendo un límite meramente interno.

Seguidamente, procede el autor al análisis de los *intereses protegidos por los diversos sistemas de capacidad* examinados. Para ello, se parte de argumentos alegados por los partidarios de los sistemas de capacidad especial, para contraargumentar, a renglón seguido, en favor de la postura mantenida en el trabajo, que no es otra cosa que la de la capacidad general.

En las páginas 166 y siguientes, se estudia con detenimiento el estado de la cuestión en *nuestro Derecho*. Tras un breve recorrido por los antecedentes históricos, en la obra se analizan en detalle las diversas posturas doctrinales al respecto, prestando especial atención a la mantenida por el Prof. Girón. El insigne mercantilista sostiene la alineación de nuestro Ordenamiento junto a los que, como el francés, acogen el principio de capacidad especial, si bien se muestra partidario de aplicar la simple anulabilidad, y no la nulidad radical, a aquellos actos que excedan del objeto social. Este planteamiento es objeto de crítica por parte del autor, quien se suma así al sector mayoritario en nuestra doctrina, el cual entiende que en Derecho español rige el principio de capacidad general. Idéntica línea se sigue, tanto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como en las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado a partir, sobre todo, de la STS de 5 de noviembre de 1959.

En estrecha relación con este tema se encuentra el capítulo V, relativo al *objeto social y la actuación de los órganos sociales*. Tras una breve referencia a la Junta General y al objeto social como límite a la actuación de la misma, se estudia a fondo el que constituye problema fundamental en toda esta materia: *el objeto social como límite a la actividad de representación de los administradores*, cuestión que es objeto de expresa atención por parte del legislador español en el artículo 129 de la LSA.

Tras resolver el problema conceptual de qué se entiende por «representación» en el ámbito de las personas jurídica, mediante el recurso al concepto de representación orgánica, el autor procede a un análisis minucioso de esta materia, no exenta de dificultades. Se trata de determinar, en cada ordenamiento, cuál es el ámbito del poder de representación; la forma en que se atribuye por el legislador dicho poder, y, especialmente, se intentará establecer la función que cumple el objeto social en relación con el poder de representación. Por otro lado, la incidencia de la I Directiva en esta cuestión será objeto de estudio separado, dado que, como el autor tiene gran interés en resaltar «la Directiva no pretende modificar el régimen existente en cada ordenamiento en materia de capacidad o representación, sino simplemente garantizar la seguridad jurídica de los terceros contratantes, quienes podrían verse desprotegidos en aquellos ordenamientos que admitían la oponibilidad de determinados límites» (p. 211).

Para ello *se utilizará la distinción esencial entre principio de capacidad general/especial*, llegando a la conclusión (p. 205) de que en los países que acogen el primer principio (Italia, Suiza, Alemania), el tema del objeto social como límite afecta a la representación, nunca a la capacidad de la sociedad. Y esto con independencia de que se trate de un límite extremo —y por ende, oponible a terceros— (caso de Suiza o de Italia), o de un límite interno (caso de Alemania). Por cuanto se refiere a lo ordenamientos que acogen el principio de capacidad especial (así, en Francia), interesa señalar cómo incluso aquí el autor parece apreciar en la legislación de este último país un cierto alejamiento de dicho principio y una tendencia a considerar al objeto social como un mero límite al poder de representación (p. 208).

Mayor interés reviste *el tratamiento de la cuestión en nuestro Derecho*, el cual se acomete en las páginas 215 y siguientes. Tras un breve recorrido histórico por los Códigos de 1829 y 1885, el autor nos introduce en los conocidos planteamientos del Prof. Garrigues en torno a la representación en el Derecho de sociedades. En opinión del insigne tratadista, dicha representación habría de basarse en las reglas del mandato mercantil, más concretamente en las normas que nuestro Código de Comercio dedica a los factores (arts. 281 y 291). Para éstos últimos, propugna Garrigues una interpretación semejante a la que el Derecho alemán realiza del *Prokurist*, en virtud de la cual éste obliga al principal, no obstante las posibles limitaciones al poder de representación, aun inscritas, siempre que los actos realizados estuviesen incluidos en el giro o tráfico del establecimiento. Interpretación ésta que sería recogida por la Ley de Sociedades Anónimas de 1951. Como es bien sabido, dicha Ley establecía que «en todo caso, la representación se extenderá a todos los asuntos pertenecientes al giro o tráfico de la empresa», término éste que no dejó de plantear polémicas y dudas en cuanto a su alcance, al no quedar clara la diferencia con el de «objeto social». Dicha dualidad de términos va a quedar zanjada en favor del segundo de ellos con

la reciente reforma de la Ley de Sociedades Anónimas, al señalar su artículo 129.1: «*La representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los Estatutos. Cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros.*» Dicho principio de inderogabilidad del poder de representación admitiría, a juicio del autor, excepciones en los supuestos de limitaciones convencionales o voluntarias de dicho poder, *aunque sólo frente a terceros que no lo sean de buena fe*. Como se pone de relieve en el texto (p. 229), *el legislador español, al incorporar a nuestro Derecho la I Directiva, en concreto su artículo 9.1, acoge la solución más restrictiva, haciendo uso, en el artículo 129.2 LSA, de la posibilidad que en la Directiva se concede, de oponer los actos que excedan del objeto social frente a aquellos terceros que conozcan o no pudieran ignorar tal hecho*. Ello no obstante, la situación actual implica, en relación con la anterior, *una notable elevación del nivel de protección de los terceros. Lo cual no debe llevarnos, sin embargo, a pensar que exista contradicción entre ambos párrafos del artículo 129 LSA*. Básicamente, la representación sigue extendiéndose a los actos comprendidos en el objeto social, sin perjuicio de que, por imperativo de la I Directiva, se proteja a los terceros de buena fe, protección que vendría a ser «una concreción legal de la tutela de la apariencia» (p. 235). Con esta lectura se sale al paso de las críticas surgidas en nuestra doctrina en relación con el mencionado precepto. Hay que considerar, por tanto, que «el objeto social sigue constituyendo un límite externo y sólo tendrá trascendencia interna cuando la sociedad no llegue a probar la mala fe del tercero», lo cual no impide lamentar la falta de una mayor aproximación al Derecho alemán en esta materia.

A partir de la página 239, se acomete el estudio de *los actos ajenos al objeto social* —capítulo VI—. Tras poner de manifiesto las dificultades que entraña la caracterización, *a priori*, de un acto como ajeno, dado el carácter esencialmente neutro que revistan los actos, contemplados de forma aislada, procede el autor a avanzar una posible clasificación de los mismos (pp. 243 y ss.). Así, parte de la distinción entre *actos modificativos, actos contrarios y actos simplemente ajenos*, clasificación perfilada por la doctrina italiana. Mientras éstos últimos supondrían una mera desviación puntual de la actividad estatutariamente prevista, los actos modificativos implican un cambio en dicha actividad, cambio que puede operarse, bien por yuxtaposición de dicha actividad a la contemplada en los Estatutos, bien por sustitución. Finalmente, los actos contrarios abarcarían básicamente, tanto los denominados actos «de liquidación», como los actos realizados a título gratuito. Por lo que respecta a esta última categoría, y en concreto en nuestro Derecho, habrá que estar a la *finalidad específica de cada sociedad*, dado que, al regir el principio de la «mercantilidad por razón de la forma» (art. 3 LSA), no puede establecerse con carácter general que todo acto a título gratuito sea necesariamente contrario al objeto social. Los actos «de liquidación», por su parte, suponen un verdadero obstáculo en la persecución del objeto social. Piénsese en la enajenación del establecimiento mercantil que sirve de base a la empresa social. *Por cuanto atiene a la suerte de los actos ajenos, en el texto se descarta que pueda hablarse de nulidad radical de los mismos por ausencia de capacidad de la sociedad —dada la capacidad general que de la misma se predica—. Por otro lado, las dificultades que plantea la categoría de la anulabili-*

dad aplicada a este supuesto (i.e., por existir un vicio en la relación sociedad-tercero), hacen que *la solución se busque en el terreno de la representación orgánica*, afirmando que nos encontramos ante una *extralimitación en el poder de representación de los administradores*. El acto así realizado *adolecería*, por consiguiente, de *ineficacia relativa, por lo que será necesaria la ratificación del representado —la sociedad—*, a no ser que entretanto hubiese sido revocado por el tercero contratante. Cabe reseñar cómo el autor propugna una *solución uniforme para los actos ajenos en general, con independencia de su adscripción a una u otra de las categorías referidas*.

En estrecha conexión con este tema se encuentra el ya mencionado de la *inoponibilidad de los actos ajenos frente a los terceros de buena fe*, consagrado por la I Directiva comunitaria, cuya incorporación a nuestro Derecho se traduce en una mayor protección hacia el tercero contratante con la sociedad, que en la legislación anterior quedaba desprotegido por el propio mecanismo registral. Por consiguiente, *la sociedad habrá de probar la mala fe del tercero, en el sentido de que el mismo no había procedido de buena fe y sin culpa grave, sin que baste la prueba del concreto conocimiento por el tercero del objeto social*.

Las páginas finales del capítulo se dedican al estudio de *la autorización o ratificación del acto ajeno y la posible revocación por el tercero*. Es la Junta general la encargada de autorizar o ratificar actos contrarios al objeto realizados por el órgano administrativo. El acuerdo en tal sentido habrá de ser adoptado con las mayorías ordinarias del artículo 102 LSA si se trata de actos simplemente ajenos. Para autorizar o ratificar actos modificativos o contrarios al objeto social, por la gravedad intrínseca de los mismos, será necesario, en cambio, *el consentimiento unánime de los socios*. Los requisitos del artículo 103 LSA no serían suficientes en este supuesto, al haber transgredido los administradores la normativa legal, y tratarse de un caso extremo. Dichos actos ajenos, sin embargo, son susceptibles de *revocación por parte del tercero contratante*, si bien «dicha facultad no podrá ser ejercida (...) sino transcurriendo un tiempo prudencial que permita al representado ratificar el acto» (p. 276). Asimismo, *cabe impugnar los actos ajenos*, aunque el autor restringe considerablemente la legitimación activa para el ejercicio de dicha acción, negándosela a los accionistas de la propia sociedad, para atribuírsela únicamente a la sociedad misma (p. 278).

Por último, dentro de este segundo gran bloque en que ha quedado dividida la obra a efectos sistemáticos, se encuentra el capítulo VII, relativo a la *modificación del objeto social*. De este modo, tras ofrecer una panorámica de la cuestión en Derecho comparado, se procede al estudio de la misma en nuestro Ordenamiento. En éste último predominó, hasta la entrada en vigor de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, la postura más rígida de considerar necesario el consentimiento unánime de los socios para aquellas modificaciones estatutarias estimadas esenciales —entre las cuales se incluía el objeto social—; postura claramente influenciada por la *teoría de las bases esenciales francesa*. Esta situación quedaría, como es bien sabido, alterada por la LSA de 1951 en dos sentidos. Por un lado, se admite la *posibilidad de modificar el objeto social*, sometiéndolo a las reglas generales de modificación de Estatutos y a unos requisitos adicionales de publicidad. Al mismo tiempo, se reconoce el *derecho de separación* de la sociedad a los accionistas que no hubieran votado a favor del acuerdo de modificación. La Ley de 1951 se refería al «cambio de objeto», término que, como se pone de

relieve en el texto, no estaba exento de polémica en cuanto a la determinación exacta de su significado. En efecto, cabía «cambiar» el objeto mediante «sustitución de las actividades previstas en los Estatutos, bien mediante la yuxtaposición de otras que, por su importancia, desvirtuasen por completo el objeto estatutario» (p. 300). En un intento por clarificar, el legislador de 1989 ha sustituido, en el vigente artículo 147 LSA, el término «cambio» por el de «sustitución del objeto social». Con la modificación operada, se afirma, queda claro que *el derecho de separación se reconocerá únicamente en los supuestos de sustitución pura y simple, no en aquéllos de yuxtaposición o reducción del objeto. Parte el autor, por lo tanto, de una interpretación literal de los conceptos empleados*. Interpretación que estimamos correcta, puesto que «sustituir sólo puede significar reemplazar, nunca añadir o, simplemente, suprimir». Es lícito preguntarse, sin embargo, si ésta era realmente la intención del legislador o si, por el contrario, se trata de una mera cuestión de estilo, sin que el fondo se haya visto esencialmente alterado.

Por otro lado, el autor pone en entredicho la propia conveniencia de mantener el derecho de separación (p. 302), dada la facilidad con que el mismo puede ser burlado en la práctica, a la vista de la nueva redacción del artículo 147 LSA, relativo a la «sustitución del objeto social». Este último precepto parece incitar «a llevar a cabo muy pocas *sustituciones* y sí muchas *yuxtaposiciones* de actividades», procedimiento claramente fraudulento, que vendría a *imponer* a los accionistas, encubriéndolas, verdaderas modificaciones del objeto social, sin contar con la posibilidad de separarse de la sociedad.

En las páginas 306 y siguientes, se analiza de modo detenido el referido *derecho de separación*, en el supuesto de modificación el objeto social, como instituto encaminado a «compaginar los aspectos contractuales y los típicamente corporativos que se concitan en una sociedad anónima, a la hora de alterar un elemento esencial de la misma, como es su objeto social» (p. 310). Este derecho *forma parte de los derechos individuales del accionista, siendo inderogable* y, aunque se trate de una cuestión controvertida, *irrenunciable* (p. 314). Viene reconocido por el artículo 147.1 LSA, tanto a los accionistas que votaron en contra del acuerdo, como a aquéllos que se abstuvieron o no estuvieron presentes, así como a los accionistas sin voto. Especialmente interesantes son las consideraciones desarrolladas por el autor acerca de quién ha de entenderse legitimado para ejercitar el derecho de separación en los supuestos de prenda y usufructo de acciones (pp. 314 y 315, en nota 616).

Por último (pp. 317 y ss.), se aborda la problemática relativa a *la modificación de hecho del objeto social, categoría comprensiva de todos aquellos procedimientos que dan como resultado el desarrollo de actividades totalmente distintas de las previstas en los Estatutos, sin haber hecho uso de los mecanismos de modificación del objeto legalmente previstos*. De los distintos supuestos concebibles destaca, por su rica problemática, aquél que se concreta en una actuación constante de los administradores al margen del objeto social. De gran interés resultan asimismo, las reflexiones formuladas a continuación en relación con el derecho de separación en los supuestos de modificación de hecho del objeto. Frente a la tesis, mayoritariamente mantenida en nuestra doctrina, de que dicho derecho sólo entra en juego en los casos de modificación formal del objeto, *se defiende en el texto el reconocimiento del mismo cuando la modificación haya sido llevada*

a cabo por la vía de hecho, previa constatación de la misma mediante declaración judicial en tal sentido.

IV. El capítulo VIII de la monografía (pp. 325 y ss.) constituye el tercer bloque de materias, dentro de esta clasificación que hemos convenido en adoptar. De este modo, y siguiendo la línea cronológica trazada por el autor, se llega a la fase terminal en la vida del ente social. En este capítulo, se examina el *papel que cumple el objeto social en el momento de la disolución de la sociedad*. Se analizan, fundamentalmente, aquellas causas de disolución en las cuales incide el objeto social, *i.e.*, las mencionadas en el artículo 260.1.3. LSA: «Por la conclusión de la Empresa que constituya su objeto o la imposibilidad manifiesta de realizar el fin social o por la paralización de los órganos sociales, de modo que resulte imposible su funcionamiento».

Si pasamos al análisis pormenorizado de cada una de las causas enumeradas en el mencionado precepto, se comprueba que revisten buen número de problemas. Así, por lo que hace a la *conclusión de la Empresa que constituye el objeto de la sociedad*, enseguida se advierte cómo, tras la aparente sencillez de la formulación, no es infrecuente encontrar sociedades constituidas para la consecución de varias actividades, por lo que resultará difícil precisar cuándo se concluye la empresa objeto de la sociedad. Este tema entronca de manera directa con el del *objeto social complejo*, y por lo tanto, habrá que proceder a la no siempre sencilla labor de interpretar cuál/es de las actividades reviste el carácter de principal.

Por cuanto se refiere a la *imposibilidad manifiesta de lograr el fin social*, hay que señalar que dicha causa de disolución aparece en nuestro Derecho de la mano de la LSA de 1951. Al no contemplarse la imposibilidad originaria como causa de nulidad, hay que entender que también ésta, junto con la sobrevenida, queda incluida en el término «imposibilidad». En relación con el calificativo de «manifiesta», parece estar haciendo referencia a la exigencia de que la imposibilidad sea *permanente y definitiva* para ser tomada en consideración. Llama la atención el hecho de que en la Ley no se aluda al objeto, sino al fin social, circunstancia que el autor considera intencionada, y en ningún caso un simple error del legislador. A nuestro juicio, reviste gran importancia la interpretación que de esta causa de disolución se suministra en el texto, al permitir la subsunción en la misma de la *infracapitalización de las sociedades* (p. 343).

Por último, se hace referencia a la *paralización de los órganos sociales, de modo que resulte imposible el funcionamiento de la sociedad*, causa que aparece recogida de manera autónoma por vez primera en la vigente Ley de Sociedades Anónimas, hallándose comprendida con anterioridad en la imposibilidad de lograr el fin social.

El autor no se muestra del todo conforme con la redacción dada al inciso *de quo*, por adolecer de imprecisión, ya que, afirma, dicha paralización, en última instancia, viene referida a la Junta General: «no cabe pensar que el órgano administrativo quede paralizado definitiva y permanentemente cuando la propia Ley pone en manos de la Junta General la posibilidad de desbloquear dicha situación (...)» (p. 346). Sin embargo, no se debe olvidar que la paralización puede muy bien venir referida, no a la Junta, sino al órgano de administración. Piénsese en el supuesto del *Consejo de administración deficitario, i.e.*, aquél que no puede constituirse válidamente por haberse producido en su seno vacantes que afecten

a más de la mitad de sus componentes (2). En este caso, la única solución consiste en la convocatoria judicial de la Junta a instancias de los accionistas, siendo en otro caso de aplicación la causa de disolución que comentamos.

Una vez analizadas estas causas de disolución, se ponen de relieve en la monografía, los problemas que las mismas conllevan. Aparte de resultar infrecuentes en la práctica, considera el autor, acertadamente, que dichas causas pueden dar lugar a dificultades en su apreciación, así como a una *fuerte litigiosidad*. Esto último es fácilmente constatable si se considera el tenor extremadamente riguroso del artículo 262 LSA, precepto que regula el acuerdo social de disolución. La obligación de convocar la Junta para que adopte dicho acuerdo recae en los administradores, quienes han de tomar una decisión tan delicada como ésta en un plazo de *dos meses* desde la concurrencia de la causa de disolución, so pena de *responsabilidad solidaria de los administradores por las obligaciones sociales*.

Por lo que se refiere al *objeto social en las sociedades en liquidación* (pp. 350 y ss.), el autor, en lugar de atribuir a la sociedad una capacidad especial que vendría limitada por la finalidad liquidatoria, se muestra partidario de seguir reconociéndole una *capacidad general*. Solución que parece la más conveniente a efectos de proteger a los terceros, al tiempo de que los posibles excesos de los liquidadores habrán de ser reprimidos por la vía de la responsabilidad de los mismos.

En relación con las causas de disolución estudiadas, se plantea en el texto (pp. 354 y ss.) la posibilidad de proceder a la *reactivación de la sociedad*, una vez acordada la disolución, cuestión a la que se da una respuesta afirmativa. En cuanto al límite temporal dentro del cual puede ser adoptado dicho acuerdo, el autor defiende que la reactivación es posible en tanto en cuanto no «se haya iniciado el reparto del haber social o (...) éste resulte obligatorio para los administradores, lo cual sólo ocurre una vez que ha transcurrido el plazo para la impugnación del balance final» (p. 356).

Por último, y como cierre de este estudio, se ofrece un sucinto análisis de la *disolución de hecho* de la sociedad, *i.e.*, aquella actuación consistente en poner fin a la sociedad al margen del procedimiento legalmente establecido al efecto, en claro paralelismo con la modificación de hecho del objeto social examinada en el capítulo VII. Para combatir dicho proceder, *se ofrecen soluciones que tienden a proteger al socio individual*. Estas se fundamentan en el artículo 262 LSA y consisten, básicamente, en reconocer al accionista aislado la posibilidad de requerir la convocatoria de la Junta general al objeto de acordar la disolución en los términos del artículo 262.2 LSA; por otro lado, el socio está legitimado para solicitar la disolución judicial de la sociedad al amparo del artículo 262.3, cuando la Junta solicitada no fuese convocada, el acuerdo no hubiese sido adoptado o éste fuese contrario a la disolución.

V. La monografía de cuya reseña nos hemos ocupado en las páginas anteriores, constituye, sin duda alguna, un trabajo riguroso y una obra valiosa y de gran interés para todo aquél que pretenda acercarse al complejo tema del objeto social, encontrando en ella una base sólida sobre la cual apoyarse. El tratamiento

(2) *Vid.*, acerca del Consejo de administración deficitario, ROJO, A., *La facultad de cooptación del Consejo de Administración*, en «RDM», 1988, núms. 189-190, pp. 367 y ss., en particular pp. 386 y ss.

de que son objeto las materias, tanto por su exhaustividad como por su adecuado enfoque, facilita la respuesta adecuada a los numerosos interrogantes que plantea el problema estudiado.

Es de agradecer la celeridad con que el autor ha puesto al día la obra tras la reforma de nuestra Ley de Sociedades Anónimas, que ha venido a modificar en no pocos aspectos la regulación del objeto social. Cabría destacar igualmente el correcto planteamiento de base y la clara sistemática adoptados en la monografía, así como el excelente tratamiento que recibe el Derecho comparado a lo largo de los diversos capítulos, lamentando, si acaso, una cierta escasez por cuanto se refiere a la bibliografía germánica.

FERNANDO MARTÍNEZ SANZ

Revistas

REVISTAS EXTRANJERAS

Coordinador: JESUS ALFARO
ISABEL ARANA
JOSE LUIS DE CASTRO
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. HAUSCHKA, Cristoph E.: *Grundprobleme der Privatrechtsfortbildung durch die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft*, «JZ», 1990, pp. 521-532.

Crítica a los excesos de la Comisión de la CEE en la regulación mediante directivas de aspectos de Derecho privado al comportarse como un legislador sin la legitimación parlamentaria correspondiente.

2. MOSCATI, Enrico: *Mala fides superveniens non nocet?* (Per la rilettura di un dogma), «RDC», mayo-junio 1990, pp. 323 y ss. (parte I).

El autor verifica la efectiva vigencia del principio «mala fides superveniens non nocet», analizando con espíritu crítico las fases históricas de su formación. Así, al llegar al Código civil italiano de 1942, constata la existencia de numerosas normas que exigen la buena fe continuada. De ahí, el autor deduce la coexistencia, en materia de buena fe, de dos sistemas: el primero, que atiende a la circulación de los bienes, y en el que sólo es precisa la buena fe inicial; el segundo, relativo a las obligaciones, para el que se establece el requisito más riguroso de la buena fe continuada.

3. **RUDDEN, Bernard:** *Diritto civile sovietico: considerazioni in margine a due manuali*, «RDC», mayo-junio 1990, pp. 277 y ss. (parte II).

Comentario en torno a la reciente publicación de dos tratados relativos al Derecho civil de la Unión Soviética, escritos en lengua inglesa.

2. DERECHO DE LA PERSONA

4. **CAMPENHAUSEN, Axel:** *Religiöse Wirtschaftsbetriebe als Idealvereine?*, «NJW», 1990, pp. 887-888.

Sobre si aquellas sectas que recauden dinero deben considerarse como asociaciones sin ánimo de lucro.

5. **FOSSIER, M. Thierry y GUIHAL, Dominique:** *Un exemple de l'activité civile des parquets: La protection des majeurs*, «La Semaine Juridique», núm. 14, 1990, Doctrine, 3.439.

6. **HENSCHER, Johann F.:** *Die Kunstfreiheit in der Rechtsprechung des BVerG*, «NJW», 1990, pp. 1937-1944.

Exposición de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán sobre la libertad de creación artística.

7. **HERMES, Gerog:** *Grundrechtsschutz durch Privatrecht auf neuer Grundlage?*, «NJW», 1990, pp. 1764-1768.

Aportación a la discusión sobre la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.

8. **HEUSSNER, Hermann:** *Das Informationelle Selbstbestimmungsrecht des Grundgesetzes als Schutz des Menschen vor Totaler Erfassung*, «BB», 1990, pp. 1281-1285.

Sobre la protección de las libertades personales frente al uso de la informática.

9. **HIRSCH, Günter:** *Keine Gentechnik ohne Gesetz?*, «NJW», 1990, pp. 1445-1448.

Sobre si es necesario que exista una ley que expresamente autorice la manipulación genética, para que sean admisibles jurídicamente experimentos de este tipo.

10. **HOFMAN, Hasso:** *Die Grundrechte 1789-1949-1989*, «NJW», 1989, pp. 3177-3187.

En conmemoración del bicentenario de la Revolución francesa, el autor realiza una comparación entre la Declaración de Derecho del hombre y del ciudadano revolucionaria, la declaración de derechos contenida en la ley fundamental de Bonn y el estado actual de la doctrina sobre los Derechos Humanos.

11. **KEWENING, Wilhelm A.:** *Niederlassungsfreiheit, Freiheit des Dienstleistungsverkehrs und Inländerdiskriminierung*, «JZ», 1990, pp. 20-24.

Sobre la posibilidad de discriminación de los nacionales en la aplicación de las libertades de establecimiento y de prestación de servicios en la CEE.

12. **MORANGE, Jean:** *La protection constitutionnelle et civile de la liberté d'expression*, «RIDC», núm. 2, 1990, pp. 771-787.

13. **PRADEL, Jean:** *Les infractions relatives à l'informatique*, «RIDC», núm. 2, 1990, pp. 815-828.

El autor estudia separadamente los atentados a la intimidad personal y las defraudaciones cometidas mediante el uso de la informática y su tratamiento legislativo.

14. **SCHMIDT, Karsten:** *Grenzen des Minderjährigenschutzes im handels und Gesellschaftsrecht*, «JuS», 1990, pp. 517-522.

Sobre la protección del menor en el Derecho mercantil y de sociedades en especial sus límites en relación con el principio de protección del tráfico y de la confianza.

15. **SCHMIEDER, Hans H.:** *Werkintegrität und Freiheit der interpretation*, «NJW», 1990, pp. 1945-1951.

Sobre los conflictos entre la propiedad intelectual del autor y la libertad de interpretación de los artistas teatrales o de cine (actores, directores, etc.).

16. **SCHULTZ, Michael:** *Zur Vertretung im Wissen*, «NJW», 1990, pp. 477-481.

Sobre la imputabilidad al representado de lo conocido por el representante.

17. **SOHM-BOURGEIOS, Anne-Marie:** *La personnification de l'animal: une tentation à repousser*, «RDS», núm. 7, 1990, Chronique, pp. 33-37.

¿Los animales han de ser objetos o sujetos de derecho? Tal es la pregunta planteada por la autora ante los necesarios y sucesivos avances del legislador en la protección de nuestros «hermanos menores».

3. PERSONA JURIDICA

18. **GRIDEL, Jean-Pierre:** *La personne morale en droit français*, «RIDC», núm. 2, 1990, pp. 495-512.

Análisis de las diversas utilidades y de los problemas que afectan con carácter general a esta construcción jurídica, bajo cuya denominación unitaria se desarrollan un gran número de figuras diversas.

19. RAGAZZINI, Luigi: *Contratto preliminare di società ed esecuzione in forma specifica*, «RDC», enero-febrero 1990, pp. 60 y ss. (parte II).

Estudio en torno a la controversia suscitada sobre la aplicabilidad, al contrato preliminar de sociedad, del artículo 2.932 del Código civil italiano: cuando un sujeto asume la obligación de celebrar el contrato y no la cumple, la otra parte puede obtener una sentencia que produzca los efectos del contrato no concluido. El autor expone y critica varias de las tesis existentes al respecto.

4. OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

20. AMBACHER, Max: *Les polices de responsabilité décennale des entrepreneurs et les travaux de technique non courante*, «Revue de Droit Immobilier», núm. 2, 1990, pp. 183-187.

Análisis del estado actual de la cuestión relativa a las cláusulas de exoneración insertas en las pólizas suscritas por los contratistas para asegurar la denominada responsabilidad decenal.

21. AMOUROUX, Henri-Vincent: *Le véhicule et l'outil*, «Gazette du Palais», núm. 52-53, 1990, pp. 7-8.

El autor analiza aquellos supuestos de accidentes en los cuales resulta dudosa la aplicabilidad de la legislación específica, pese a verse implicado en el siniestro un vehículo a motor, por no poder hablarse propiamente de un accidente de circulación.

22. AMOUROUX, Henri Vincent: *L'Indemnisation des véhicules en crédit-bail et l'entendue du préjudice réparable*, «Gazette du Palais», núm. 164-165, 1990, pp. 2-4.

Se plantea el autor si cabe incluir dentro del mencionado perjuicio patrimonial las consecuencias derivadas de la propia estructura del contrato de arrendamiento financiero.

23. ALPA, Guido: *Danno ingiusto e ruolo della colpa. Un profilo storico*, «RDC», marzo-abril 1990, pp. 133 y ss. (parte II).

Análisis histórico del instituto de la responsabilidad por daños, desde el Derecho romano al presente, prestando especial atención a las posturas de Domat y Pothier, al tratamiento que recibió esta figura en el Código napoleónico, así como al posible influjo en ella de la pandectística.

24. BALI, Massimo: *La responsabilità dei padroni e dei committenti*, «G.C.», fascículo 12, diciembre 1989, pp. 462 y ss. (parte 2.^a).

El autor examina la naturaleza y fundamento de la responsabilidad de los patronos y comitentes, así como las diversas tendencias que, sobre el criterio de

imputación de la responsabilidad «ex» artículo 2.049 del Código civil italiano, ofrecen la jurisprudencia y la doctrina. Finalmente, y tras efectuar el análisis crítico de tales tendencias, propone sus propias conclusiones al respecto.

25. BEHM, Ulrich: *Zur Wirksamkeit von Rechtsgeschäften über Telefonsex*, «NJW», pp. 1822-1826.

El autor concluye que los contratos sobre «sexo por teléfono» no son contrarios a la moral.

26. BELOT, Philippe de: *Les réparations locatives*, «Revue de Droit Immobilier», núm. 2, 1990, pp. 163-174.

El autor, a través de una numerosa relación de jurisprudencia, aborda la problemática derivada de las reparaciones a cuenta del inquilino.

27. BENAC-SCHMIDT, François: *La promesse unilatérale de vente: à propos de deux questions d'actualité*, «RDS», núm. 2, 1990, Chronique, pp. 7-10.

Aborda el presente comentario los supuestos de promesa unilateral de venta con facultad de sustitución en favor del beneficiario y la promesa unilateral de venta con solicitud de préstamo.

28. BÉNABENT, Alain: *Le conflit entre banquiers et sous-traitants*, «Revue de Droit Immobilier», núm. 2, 1990, pp. 149-154.

El contratista suele realizar diversas operaciones con entidades bancarias con la finalidad de obtener liquidez. Asimismo, suele subcontratar determinadas instalaciones con otros empresarios, a quienes, por cierto, la legislación confiere acción directa contra el dueño de la obra; en caso de crisis económica por parte del contratista principal, la entidad bancaria y el subcontratista se vuelven hacia el dueño de la obra para reclamar idéntica suma; el saldo del precio de los trabajos realizados. El autor aborda en su comentario el debate acerca de la adecuada composición de los intereses en conflicto.

29. BIGOT, Jacques: *L'application en Alsace-Moselle du Redressement et de la Liquidation Judiciaire aux particuliers*, «Gazette du Palais», núm. 178-179, 1990, pp. 10-11.

El autor plantea las peculiaridades propias de la aplicación en dichas regiones de los procedimientos concursales y debidas al derecho local en ellas vigentes.

30. CABRILLAC, Michel: *Les conflits entre les cessionnaires d'une même créance transmise par bordereau*, «RDS», núm. 20, 1990, Chronique, pp. 127-129.

El autor separa el análisis del conflicto en atención a que el pago por parte del deudor haya sido o no verificado.

31. CANARIS, Claus-W.: *Die Verfassungswidrigkeit von § 828 II BGB als Ausschnitt aus einem grösseren Problemfeld*, «JZ», 1990, pp. 679-681.

Sobre si resulta inconstitucional la obligación de los daños producidos por una conducta culposa cuando conducen a la ruina del dañante durante toda su vida.

32. CARTIER, Blandine: *Activité commerciale et bail rural*, «Gazette du Palais», núm. 126-128, 1990, pp. 2-4.

El autor advierte acerca de la posibilidad de rescisión del arrendamiento cuando el agricultor utiliza los terrenos arrendados para fines diferentes de la propia actividad agrícola.

33. CIAN, Giorgio: *Profili civilistici della nuova legge sulla mediazione*, (L. 3 febbraio 1989, núm. 39), «RDC», enero-febrero 1990, pp. 45 y ss. (parte I).

Análisis del contenido de carácter estrictamente civilístico de la nueva Ley italiana (núm. 39 de 3 de febrero de 1989) reguladora de la actividad mediadora profesional.

34. COURROUY, Jean: *La consignation d'une somme d'argent après offres réelles est-elle un payement?*, «RTDC», núm. 1, 1990, pp. 23-52.

La peculiar regulación de la consignación establecida por el Derecho francés, lleva al autor a concluir, después de un detallado estudio, que la consignación no es un pago, pese a producir la liberación del deudor; los efectos extintivos de la obligación contraída se producen si posteriormente esa consignación va seguida de una aceptación por parte del acreedor, pero en absoluto derivan automáticamente de esta aun cuando haya sido validada por el juzgado (o declarada bien hecha, según la terminología utilizada por nuestro Código civil).

35. CUBEDDU, Maria Giovanna: *Vizio apprezzabile e garanzia della cosa venduta*, «RDC», marzo-abril 1990, pp. 167 y ss. (parte II).

Ante el incumplimiento de cualquiera de las partes intervinientes en un contrato de compraventa, se lleva a cabo el análisis sistemático-evolutivo de las normas reguladoras de dicho supuesto. Tales normas permiten realizar una gradación de la intensidad del remedio aplicable, dependiendo de la valoración comparativa de los intereses deducidos del contrato y de aquéllos que emergen en la fase de ejecución del mismo.

36. DAGOT, Michel: *Garantie d'achèvement et garantie décennale*, «La Semaine Juridique», núm. 27-28, 1990, Doctrine, 3.456.

¿Cabe dirigirse contra el banco que en su día prestó la garantía de terminación de la obra, prevista por la legislación francesa, en caso de ausencia de ciertas instalaciones o estado defectuoso de las mismas? Un reciente fallo del Tribunal de Casación, comentado por el autor, se ha inclinado por dar una respuesta negativa a esta cuestión, haciendo una rigurosa separación entre esta garantía y la decenal.

37. **DEUTSCH, Erwin:** *Die neuere Entwicklung der Rechtsprechung zum Haftungsrecht*, «JZ», 1990, pp. 733-741.

Sobre la evolución reciente de la jurisprudencia alemana en relación con la responsabilidad contractual y extracontractual.

38. **DEUTSCH, Erwin:** *Gefährdungshaftung für Mikroorganismen in Labor*, «NJW», 1990, pp. 751-752.

Sobre la responsabilidad de los laboratorios universitarios por la infección de una estudiante.

39. **DÖRNER, Hemmsich:** *Kondiktion gegen den Zedenten oder gegen den Zessionar*, «NJW», 1990, pp. 473-477.

Sobre a quién es oponible la «condictio indebiti» en caso de que el enriquecido haya cedido el crédito.

40. **DUBISCHAR, Roland:** *Inhalt und Schutzbereich von Bewachungsverträgen*, «NJW», 1989, pp. 3241-3245.

Descripción del contenido de los contratos de vigilancia o seguridad.

41. **GABRIELLI, Giovanni:** *Fra tipicità e antipicità del contratto: locazione o servitù irregolare?*, «RDC», mayo-junio 1990, pp. 359 y ss. (parte I).

El estudio parte de la constatación de que la calificación judicial de los contratos, y en particular su inclusión o no en alguno de los tipos legales, está guiada por una valoración previa de las consecuencias que la elección, en un sentido u otro, producirían sobre el plano teórico. La posibilidad del recurso a tal valoración se centra aquí en el examen de un caso concreto: el de la concesión, onerosa o gratuita, del goce no exclusivo de un bien; arrendamiento (y comodato) o bien contrato atípico que daría lugar a lo que podría denominarse servidumbre irregular.

42. **GANDOLFI, Giuseppe:** *Il principio di conversione dell'atto invalido: fra continenza «sostanziale» e volontà «ipotetica»*, «RDC», marzo-abril 1990, pp. 197 y ss. (parte I).

La polémica que, en torno al artículo 1.424 del Código civil italiano, divide a la doctrina, ha determinado la actitud jurisprudencial de excesiva cautela respecto del principio de conversión de los actos inválidos. Frente a ello, el autor pone de relieve la necesaria diversidad de las soluciones posibles y la conveniencia de no excluir «a priori» el eventual contenido lícito y aceptable por las partes del acto inválido.

43. **GAUTIER, Pierre-Yves:** *Le contrat bouleversé: de l'imprévisibilité en droit des propriétés artistiques*, «RDS», núm. 20, 1990, Chronique, pp. 130-134.

Estudio de las peculiaridades representadas por la incidencia de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles en las relaciones cocontractuales relativas a derechos derivados de la propiedad intelectual.

44. GHESTIN, Jacques: *La notion de contrat*, «RDS», núm. 23, 1990, *Chronique*, pp. 147-156.

El autor hace especial hincapié en poner de manifiesto la necesidad de precisar la definición tradicional del contrato, demasiado ligada a la autonomía de la voluntad, para destacar el papel preponderante del ordenamiento jurídico, en tanto origen y límite del poder vinculante de aquélla.

45. GOUNALAKIS, Georgios: *Formularmässige ärztliche Aufklärung im Lichte des AGB-Gesetzes*, «NJW», 1990, pp 752 y ss.

Sobre las condiciones generales en las que el médico informa de sus derechos al paciente.

46. GOURIO, Alain: *La toilette du Droit de la Consommation*, «Gazette du Palais», núm. 89-90, 1990, pp. 3-10.

Pasa revista el autor a la Ley de 23 de junio de 1989.

47. GRALL, Jean-Cristophe: *La réforme des jeux avec tirage au sort ou le jackpot de Véronique Néiertz*, «Gazette du Palais», núm. 61-62, 1990, pp. 8-9.

Constituyen el objeto del presente comentario los preceptos dedicados a las denominadas loterías publicitarias por la Ley de 23 de junio de 1989, dentro de su temática general de información y protección a los consumidores.

48. HANSEN, Udo: *Die Bedeutung der Substitution im Recht der AGB* (insbesondere zu Nr. 9 AGB-Banken), «BB», 1989, pp. 2418-2425.

Sobre la validez de las cláusulas de los bancos que excluyen la responsabilidad del banco por la actuación de terceros que sustituyen al banco en la realización de encargos de sus clientes.

49. HARDER, Manfred: *Minderjährige Schwarzfahrer*, «NJW», 1990, pp. 857-864.

Sobre las consecuencias jurídicas de los viajes en medios de transporte públicos efectuados por menores sin el correspondiente billete.

50. HEIDJIECK, Gilles: *Le marché de la solitude et le droit*. (Commentaire de l'article 6 de la loi du 23 juin 1989 relatif au courtage matrimonial), «La Semaine Juridique», núm. 8, 1990, *Doctrine*, 3.432.

Comentario a la regulación de los contratos cuyo objeto viene constituido por la oferta de encuentros con vistas a la realización de un matrimonio o de una unión estable, llevada a cabo por la Ley de información y protección de los consumidores.

51. KAISER, Dagmar/RIEBLE, Volker: *Haftet der Schuldner für das Ausbleiben seines Erfüllungsgehilgen?*, «NJW», 1990, pp. 218-221.

Sobre si el principal responde también por las omisiones de sus auxiliares en el cumplimiento.

52. **LACHAUD, Jacques:** *Feu les vices rédhitoires*, «Gazette du Palais», núm. 126-128, 1990, pp. 5-6.

Dos cuestiones hace notar el autor en relación con el vicio redhibitorio en las ventas de animales y la jurisprudencia de nuestro país vecino: de un lado la ampliación del concepto de vicio oculto más allá del tenor literal de los textos legales, a partir de lo que denomina «convenio implícito» (¿presuposiciones?), para extender la protección a los supuestos de ausencia de cualidades tácitamente contractualizados; de otro, la tendencia a admitir la compatibilidad plena entre las acciones redhibitorias y la acción de nulidad por error, con la finalidad de escapar de los rigurosos plazos establecidos para el ejercicio de aquéllas.

53. **LAGRIFFOUL, B. y MAGUIN, G.:** *Les rapports entre les commissions départementales d'examen des situations de surendettement des particuliers et les Tribunaux d'Instance*, «Gazette du Palais», núm. 161-163, 1990, pp. 8-11.

Sistematización de las disposiciones, contenidas en la Ley y el Decreto reguladoras de tales situaciones de sobrenendeudamiento, relativas a los informes entre las Comisiones de exámen creadas por dichos textos legales y los tribunales.

54. **LANCEREAU, Paul:** *Le loi sur le surendettement des particuliers et les dettes immobilières*, «Revue de Droit Immobilier», núm. 2, 1990, pp. 175-181.

Comentario de la Ley núm. 89-1.010, de 31 de diciembre, relativa a la prevención y regulación de las dificultades derivadas del sobreendeudamiento de los particulares y las familias.

55. **LARROUMENT, Christian:** *Le fiducie inspirée du trust*, «RDS», núm. 19, 1990, Chronique, pp. 119-121.

Un Anteproyecto de Ley relativo al contrato de fiducia establece una regulación del mismo, con cierta inspiración en el trust anglosajón, que puede hacer cobrar una nueva actualidad a esta figura, especialmente en el sector de la empresa.

56. **LECHARNY, Jean-Loup:** *Incidences procédurales des dispositions de la Loi núm. 89-1.010 du 31 décembre 1989 et de son Décret d'application núm. 90-175 du 21 février 1990*, «Gazette du Palais», núm. 161-163, 1990, pp. 2-7.

Detallado estudio de los problemas existentes en relación con los dos procedimientos establecidos por los textos relativos a la prevención y regulación de las dificultades derivadas del sobreendeudamiento de personas físicas y familias.

57. **LE TOURNEAU, Philippe:** *Les professionnels ont-ils du coeur?*, «RDS», núm. 5, 1990, Chronique, pp. 21-26.

El autor realiza un estudio de la responsabilidad de los profesionales a través del análisis de los deberes de diligencia que les son exigibles y de la protección que les ofrece la legislación vigente.

58. LICCARDO, Pascuale: *La responsabilità per prodotti difettosi nella vendita forzata: note ed osservazioni in margine al D. P.R. N. 224 del 24 maggio 1988*, «GC», fascículo 11, noviembre 1990, pp. 426 y ss. (parte 2.^a).

A través del Decreto núm. 224 de 1988, se establece en Italia la regulación, en materia de responsabilidad por daño de los productos defectuosos, contenida en la directiva de la CEE núm. 374 de 25 de julio de 1985. Esta norma recoge el principio de la responsabilidad objetiva del productor. El autor examina aquí el supuesto de la venta forzosa, contemplado en el artículo 7.3 del citado Decreto, como posible excepción al principio enunciado.

59. LIMAGNE, Brigitte y DOUSSET, Yves: *A propos de la loi du 31 décembre 1989*, «Gazette du Palais», núm. 61-62, 1990, pp. 4-7.

Comentario de esta nueva ley que trata de dar solución al problema representado por el creciente nivel de endeudamiento de las personas físicas, haciendo especial hincapié el autor en los más severos deberes de diligencia puestos a cargo de las entidades bancarias, muy concretamente en materia de fianza.

60. LUMINOSO, Angelo: *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, «RDC», marzo-abril 1990, pp. 219 y ss. (parte I).

El reciente desarrollo jurisprudencial de la compraventa con fines de garantía, así como el reciente interés, en la práctica negocial, respecto de la figura contractual comúnmente conocida como «lease back», han hecho resurgir, en los últimos tiempos, la utilización del pacto comisorio. Se examina aquí la prohibición de dicho pacto, centrado el núcleo del problema sobre el fundamento y límites del mismo.

61. MARANO, Venerando: *Limiti alla rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto*, «GC», fascículo 1, enero 1990, pp. 57 y ss. (parte 2.^a).

Análisis de la regulación contenida en el artículo 1.421 del Código civil italiano, que dispone la facultad del juez para declarar de oficio la nulidad del contrato. Seguidamente se estudian la interpretación restrictiva que, al respecto, hace la jurisprudencia, y la crítica doctrinal a las limitaciones que afectan a dicha facultad.

62. MARTINI, Roberto: *La responsabilità del progettista e del direttore dei lavori nella recente elaborazione giurisprudenziale*, «GC», fascículo 3, marzo 1990, pp. 170 y ss. (parte 2.^a).

Comentario sobre la reciente elaboración jurisprudencial en torno a la normativa reguladora de la responsabilidad de los profesionales, proyectista y director de las obras, que participan en las tareas de construcción de inmuebles.

63. LISERRE, Antonio: *La locazione urbana tra legge e autonomia*, «GC», fascículo 12, diciembre 1989, pp. 498 y ss. (parte 2.^a).

Las limitaciones a la autonomía de la voluntad, impuestas por la Ley italiana núm. 392 de 1978 sobre arrendamientos urbanos, son objeto de reflexión en este comentario. Concluye el autor postulando una reforma de dicha Ley donde se

tenga presente que esta materia no puede estar dominada por un intervencionismo meramente imperativo, basado sobre abstractas garantías de determinados intereses.

64. OTT, Claus/SCHÄFER, Hans-Bernd: *Schmerzensgeld bei Körperverletzung*, «JZ», 1990, pp. 563-573.

Análisis económico de la indemnización de daños corporales y de cuál sería la cuantía deseable para las mismas.

65. PAISANT, M. Gilles: *La Loi du 31 décembre 1989 relative au surendettement des ménages*, «La Semaine Juridique», núm. 29-30, 1990, Doctrine, 3.457.

Comentario amplio de la Ley 89-1.010, de 31 de diciembre.

66. PENNEAU, Jean: *La réforme de la responsabilité médicale: responsabilité ou assurance*, «RIDC», núm. 2, 1990, pp. 525-544.

El autor, tras estudiar la problemática respresentada por la responsabilidad civil del médico, se muestra partidario de un sistema de reparación basado en el riesgo y cubierto por un seguro, desterrando la culpa como criterio de atribución de responsabilidad.

67. PIEDELIEVRE, A.: *Les modifications apportées a certains cautionnements par la loi du 31 décembre 1989*, «Gazette du Palais», núm. 61-62, 1990, pp. 2-3.

El autor, después de relatar las más significativas modificaciones aportadas por la referida ley al contrato de fianza, se pregunta si ello no implicará en la práctica un desplazamiento hacia la utilización de figuras jurídicas más eficaces pero también más duras para el garante.

68. PIEROTH, Bodo/KAMPMANN, Bernd: *Aussenhandelsbeschränkungen für Kunstgegenstände*, «NJW», 1990, pp. 1385-1390.

Sobre la reciente Ley alemana que limita la posibilidad de exportar bienes de interés cultural.

69. REINICKE, Dietrich/TIEDTKE, Klaus: *Rückgriffsansprüche des Bürgen bei Zahlung als Sicherheit*, «ZJ», 1990, 327-330.

Sobre una cláusula de condiciones generales de fianza bancaria por la que el pago por el que el fiador no se subroga en los derechos del acreedor (banco) en tanto éste no haya sido completamente satisfecho, quedando la cantidad pagado por el fiador, entretanto, como garantía.

70. RITZINGER, Horst: *Der Vorvertrag in der notariellen Praxis*, «NJW», 1990, pp. 1201-1208.

Sobre la naturaleza y efectos del precontrato.

71. **ROMANI, Anne-Marie:** *La protection des sous-traitants de marchés privés titulaires de l'action directe dans le conflit les opposant aux banquiers bénéficiaires de transferts de créances*, «RDS», núm. 26, 1990, Chronique, pp. 182-186.

De nuevo un comentario en relación con este problema, respecto del cual el autor estima que existen medios de protección para las entidades bancarias contra la acción directa reconocida a los subcontratistas por la Ley 75-1.334 de 31 de diciembre.

72. **SCARLETTARIS, Paolo:** *La locazione abitativa transitoria*, «GC», fascículo 1, enero 1990, pp. 3 y ss. (parte 2.^a).

Algunos de los perfiles que presenta el arrendamiento «transitorio» de vivienda, figura que ocupa un puesto clave en sede de arrendamientos urbanos, y cuyas fuentes reguladoras, en el ordenamiento jurídico italiano, son objeto de este trabajo.

73. **SCHÄFER, Ralph:** *Prüfungskriterien zur Sittenwidrigkeit eines Ratenkredits*, «BB», 1990, pp. 1139-1145.

Sobre los criterios utilizados por la jurisprudencia alemana para decidir cuándo un crédito puede considerarse usurario.

74. **SCHMIDT-SZALEWSKI, Joanna:** *La période précontractuelle en droit français*, «RIDC», núm. 2, 1990, pp. 545-566.

La responsabilidad derivada de la ruptura injustificada de las negociaciones en la fase precontractual es analizada por el autor, haciendo hincapié especialmente en sus dos posibles vías de tratamiento: la responsabilidad extracontractual y la contractual.

75. **SIMLER, M. Philippe:** *Les solutions de substitution au cautionnement*, «La Semaine Juridique», núm. 4, 1990, Doctrine, 3.427

Exposición de las nuevas garantías personales, surgidas al amparo de la autonomía de la voluntad como alternativa a la fianza y a consecuencia de la evolución legislativa y jurisprudencial de ésta última en detrimento del acreedor.

76. **STEFFEN, Erich:** *Verschuldenshaftung und Gefährdungshaftung für Umweltschäden*, «NJW», 1990, pp. 1817-1822.

Sobre el criterio de la culpa o del riesgo para decidir sobre la imputabilidad de los daños al medio ambiente.

77. **SYNVET, M. Hervé:** *Nouvelles variations sur le conflit opposant banquiers et sous-traitants*, «La Semaine Juridique», núm. 2, 1990, Doctrine, 3.425.

De nuevo sobre los problemas generados por la imposibilidad de conciliar los intereses de banqueros y subcontratistas, cuando ambos reclaman del dueño de la obra las cantidades debidas al contratista principal.

78. TAUPITZ, Jochen: *Kaffefahrten deutscher Urlauber auf Gran Canaria: Deutscher Verbraucherschutz im Urlaubsgepäck?*, «BB», 1990, pp. 642 y ss.

Estudio sobre la aplicabilidad de las normas alemanas de protección de los consumidores a un contrato celebrado en España. En particular, de la Ley de revocación de los negocios celebrados fuera del establecimiento mercantil del vendedor.

79. TEMPEL, Otto: *Stornokosten bei Kündigung des Reisevertrages wegen höherer Gewalt?*, «NJW», 1990, pp. 821-823.

Sobre la legalidad del cobro de parte del precio al cliente en caso de que se resuelva el contrato de viaje por causa de fuerza mayor.

80. TIEDTKE, Klaus: *Zur Rechtsprechung des Bundesgerichtshof auf dem Gebiet des Kaufrechts*, «JZ», 1990, pp. 75-83.

Exposición de la jurisprudencia alemana más reciente sobre la compraventa.

81. TRUPP, Andreas: *Die Bedeutung des § 133 BGB Für die Auslegung von Willenserklärungen*, «NJW», 1990, pp. 1346-1347.

Interpretación del § 133 BGB similar a nuestro 1.281 del Código civil.

82. VENTURA, Francesco della: *Contratto di abitazione o di locazione?*, «GC», fascículo 4, abril 1990, pp. 225 y ss. (parte 2.^a).

El presente trabajo trata de aclarar la problemática relativa al llamado contrato de habitación, regulado por el artículo 1.022 del Código civil italiano en relación con el artículo 84 de la Ley 392 de 1978. El autor, tras esbozar los perfiles históricos del derecho de habitación, como derecho real «in re aliena», analiza la incidencia que, sobre tal derecho, proyecta la normativa reguladora del contrato de arrendamiento de vivienda, a la luz del mencionado artículo 84 de la Ley 392/1978.

83. VITUCCI, Paolo: *La decorrenza della prescrizione nelle azioni di annullamento*, «RDC», marzo-abril 1990, pp. 157 y ss. (parte I).

Comentario sobre el inicio del plazo de prescripción de las acciones de nulidad, tanto en el supuesto de la regla general del artículo 2.935 del Código civil italiano, como en determinados casos especiales.

84. WEBER, Martin: *Der Optionsvertrag*, «JuS», 1990, pp. 249-256.

Exposición sistemática de la naturaleza y régimen jurídico del contrato de opción.

85. WEIMAR, Robert: *Der Einsatz der eigenen Arbeitskraft im Schadenersatzrecht*, «NJW», 1989, pp. 3246-3250.

Sobre la valoración de la pérdida de la posibilidad de trabajar en Derecho de daños.

5. DERECHOS REALES.
HIPOTECARIO.
REGISTRAL

86. **ASENDORF, Dietrich:** *Gesetz zur stärke des Schutzes geistigen Eigentums und zur Bekämpfung der Produktpiraterie*, «NJW», 1990, pp. 1283-1286.

Breve exposición de la Ley alemana de protección de la propiedad industrial e intelectual frente a la piratería.

87. **COLLOMB, Pierre:** *Le délai de la prescription abrégée*. (Pour une toilette des articles 2.265 et 2.266 du Code civil).

Análisis del complejo sistema de prescripción abreviada de bienes inmuebles establecido por los artículos 2.265 y 2.266 del Code.

88. **EDELMAN, Bernard:** *Chronique de propriété littéraire et artistique*, «La Semaine Juridique», núm. 9, 1990, Doctrine, 3.433.

Recopilación jurisprudencial relativa a la propiedad literaria y artística, correspondiente al periodo de 1988/1989.

89. **HUET, Jérôme:** *Le reverse engineering, ou ingénierie inverse, et l'accès aux interfaces dans la protection des logiciels en Europe: questions de droit d'auteur et de droit de la concurrence*, «RDS», núm. 16, 1990, Chronique, pp. 99-105.

Comentario de un proyecto de directiva comunitaria surgida al hilo del llamado «libro verde sobre el derecho de autor y el desafío tecnológico», de junio de 1988 y relativa a la protección jurídica de los programas informáticos.

90. **HAGER, Johannes;** *Die Vormerkung*, «JuS», 1990, pp. 429-439.

Exposición de la naturaleza y régimen jurídico de la anotación preventiva de una transmisión de un bien inmueble.

91. **KÖNING, Michael:** *Zur Sacheeigenschaft von Computerprogrammen und deren Überlassung*, «NJW», 1990, pp. 1584-1587.

Sobre si los programas de ordenador son bienes materiales y sobre la forma para su cesión.

92. **LEGE, Joachim:** *Enteignung und «Enteignung»*, «NJW», 1990, pp. 864-872.

Sobre los distintos conceptos de expropiación manejados por el TS y el TC alemanes.

93. **LEGEAIS, Raymond:** *Droit d'auteur et nouvelles technologies*, «RIDC», núm. 2, 1990, pp. 677-692.

Las nuevas tecnologías representan para el derecho de autor nuevas posibilidades de desarrollo, pero al mismo tiempo también dan lugar de un lado, a la

multiplicación de las posibilidades e utilizar la obra desconociéndolo absolutamente, y de otro, a la eventualidad de que este derecho quede sumido en una grave crisis de identidad, toda vez que la irrupción de nuevos medios para la manifestación de la creatividad puede atentar contra una mínima e imprescindible uniformidad de su contenido. Todas estas consideraciones constituyen el objeto del presente comentario.

94. LUCAS, M. André: *Le droit d'auteur français à l'épreuve de la reprographie*, «La Semaine Juridique», núm. 13, 1990, Doctrine, 3.438.

Análisis del artículo 41.2 de la Ley de 11 de marzo de 1957, en cuanto permite las denominadas copias o reproducciones estrictamente reservadas al uso privado y exposición del estado de permisividad existente en relación con este controvertido problema, así como de las posibles vías de solución.

95. OBERTO, Giacomo: *Rifiuto di trascrizione e trascrizione con riserva nel sistema della L. 27-2-1985*, «RDC», marzo-abril 1990, pp. 243 y ss. (parte I).

El autor afronta, en primer término, la denegación de inscripción planteándose, entre otros, el problema de los caracteres del control a realizar por el encargado del Registro. La posición de la doctrina y la jurisprudencia inducen a creer que el sistema se desplaza hacia un tipo de control más exhaustivo. Posteriormente, se refiere a la inscripción con reserva, introducido por la Ley de 27 de febrero de 1985, núm. 52. Por último, se examinan numerosas cuestiones relativas al procedimiento a seguir en caso de rechazo de la inscripción o de inscripción con reserva.

96. TAGLIAPIETRA, Susanna: *L'individuazione giuridica dei beni immobili*, «RDC», enero-febrero 1990, pp. 21 y ss. (parte II).

Análisis de los criterios previstos en el ordenamiento positivo italiano, tendentes a la individualización de los bienes inmuebles desde el punto de vista jurídico. Asimismo, se somete a examen la cuestión de las dificultades que, en determinados supuestos, plantea dicha individualización.

97. WILHELM, Jan: *Der Rang der Grundstücksrechte aufgrund des Verfügungsstatbestands insbesondere vom Einigung und Eintragung*, «JZ», 1990, páginas 501-510.

Sobre el problema de la preferencia de Derechos sobre inmuebles.

6. DERECHO DE FAMILIA

98. ATTARDI, Aldo: *Sulla denuncia di nascita da unione legittima*, «RDC», enero-febrero 1990, pp. 1 y ss. (parte I).

El autor destaca los problemas derivados de la actual disciplina, contenida en el Código civil italiano, referente a la filiación legítima y, en particular, a la presunción de legitimidad de los hijos.

99. **BOLZ, Michael:** *Vertossung der Ehefrau nach islamischen Recht und deutscher ordre public*, «NJW», 1990, pp. 620-622.

Sobre la contrariedad al orden público interno alemán de acuerdos privados de separación matrimonial válidos en el derecho islámico.

100. **CATALA de ROTON, Marie-Claude:** *L'action à fins de subsides et la pratique des tribunaux*, «RTDC», núm. 1, 1990, pp. 1-22.

La autora lleva a cabo un detenido análisis del desenvolvimiento procesal de la acción acogida en el artículo 342 del Code, adornado profusamente con una serie de interesantes datos estadísticos, tomando como base para todo ello una muy amplia relación jurisprudencial.

101. **CORRAL, Hernán:** *La nuova legislazione spagnola sulle tecniche di riproduzione artificiale e sui procedimenti affini*, «RDC», enero-febrero 1990, páginas 79 y ss. (parte I).

El autor examina la nueva Ley española sobre reproducción asistida y manipulación de embriones, así como los principios fundamentales que inspiran dicha Ley. Se hace referencia específica a la donación de gametos, ejecución de las técnicas de reproducción asistida, al «status» jurídico del embrión, a la procreación artificial «post mortem» y a la filiación de los hijos nacidos por medio de las mencionadas técnicas.

102. **GAUDEMMENT-TALLON, Hélène:** *Le droit français de l'adoption internationale*, «RIDC», núm. 2, 1990, pp. 567-597.

Estudio del Derecho francés de adopción cuando existe en el supuesto un elemento extranjero, ya se trate de adopciones de niños extranjeros pronunciados en Francia o de la eficacia en Francia de la adopción de un niño extranjero pronunciada en el extranjero.

103. **GROSLIERE, Josette:** *De l'infidélité de la femme mariée. Regard nouveau sur le contentieux de la légitimité*, «RTDC», núm. 2, 1990, pp. 229-248.

El autor defiende en su comentario la tesis de que una lectura profunda y que tome en cuenta la interpretación a contrario de los artículos 334.9 y 322.2 del Code, permite afirmar que la ruptura del monopolio marital respecto de la denuncia de la infidelidad de su esposa, operada por la Ley de 3 de enero de 1972, no se limita a la posibilidad conferida a esta para reconocer su adulterio, pudiendo otras personas en lo sucesivo atacar la presunción de paternidad.

104. **LÜDERITZ, Alesander:** *Verbot von Kinderhandel und Ersatzmutter Vermittlung durch Änderung des Adoptionsvermittlungsgesetzes*, «NJW», 1990, páginas 1633-1636.

Exposición de la reforma legal que ha prohibido la intermediación en el tráfico de niños o en las «madres de alquiler».

105. OPPO, Giorgio: *La revoca fallimentare degli atti tra coniugi*, «RDC», mayo-junio 1990, pp. 339 y ss. (parte I).

La quiebra de uno de los cónyuges pone de relieve o acentúa el posible contraste entre dos principios normativos esenciales: de un lado, la tutela de los intereses familiares y, del otro, la protección a los acreedores. Los artículos 69 y 70 de la Ley italiana sobre la quiebra, son expresión de este segundo principio, al que hace prevalecer sobre el anterior. El autor trata, en este trabajo, de definir la coordinación entre esas normas, resaltando los aspectos más actuales de la cuestión y las dificultades que plantean para el intérprete.

106. PROTHAIS, Alain: *Le droit commun palliant l'imprévoyance des concubins dans leurs relations pécuniaires entre eux*, «La Semaine Juridique», núm. 15, 1990, Doctrine, 3.440.

Ensayo acerca de cuál haya de ser el derecho aplicable a las situaciones de concubinato, en cuanto a las relaciones inter partes y en ausencia de convención alguna que aborde tal regulación.

107. SCALISI, Vincenzo: *Consento e rapporto nella teoria del matrimonio civile*, «RDC», marzo-abril 1990, pp. 153 y ss. (parte I).

Se analizan primeramente los perfiles que, desde el punto de vista teórico-general, presenta el consentimiento matrimonial, dentro de la vigente regulación, en el ordenamiento italiano, del matrimonio civil. En segundo lugar, se contemplan diversas hipótesis de vicios del consentimiento, así como el papel que desempeña la relación matrimonial a efectos de una mayor tutela y promoción de la persona.

108. VITUCCI, Maria Cristina: *Profili civilistici dell'ingegneria genetica*, «GC», fascículo 5, mayo 1990 (parte 2.^a).

La autora aborda, junto al tema de la ingeniería genética, el relativo a la procreación artificial. Así, examina la manipulación de embriones; el embrión y el concebido; la atribución de derechos al «nasciturus»; la irrelevancia de la pretendida anticipación de la capacidad legal en el terreno de las lesiones por daños prenatales; y la manipulación genética del embrión como causa de daño prenatal.

109. PADULA, Luciano: *Presizazioni sull'ambito applicativo dell'art. 600 C.C.*, «GC», fascículo 5, mayo 1990, pp. 269 y ss. (parte 2.^a).

El autor trata de precisar el ámbito de aplicación del artículo 600 del Código civil italiano. Se estudia, asimismo, la relación existente entre dicho precepto y el artículo 14 del mismo cuerpo legal; la «ratio» del artículo 600, así como el supuesto de su aplicación a entes de derecho público.

110. QUACK, Norbert H.: *Die Testamentsvollstreckung an Kommanditanteilen*, «BB», 1989, pp. 2271-2274.

Sobre la ejecución de disposiciones testamentarias en relación con participaciones en una sociedad comanditaria.

111. SMID, Stefan: *Rechtliche Schranken der Testierfreiheit aus § 138 BGB*, «NJW», 1990, pp. 409-472.

Sobre los límites a la libertad de testar marcados por las cláusulas generales de moral y buenas costumbres, en particular respecto de las condiciones impuestas al heredero en relación con sus creencias religiosas.

112. ULMER, Peter: *Terstamentsvollstreckung am Kommanditanteil*, «NJW», 1990, pp. 73-83.

Sobre la disposición testamentaria de una participación en una sociedad comanditaria.

113. BLEICH, Susanne: *Die Literarische und die juristische Hermeneutik-Ein Vergleich*, «NJW», 1989, pp. 3197-3202.

Una comparación entre la crítica literaria y la interpretación jurídica.

7. VARIA

114. BRÜGGEMEIER, Gert: *Oberstes Gesetz ist das Wohl des deutschen Volkes*, «JZ», 1990, pp. 24-28.

Recensión a la publicación de los trabajos preparatorios del proyecto de Código legal popular nacionalsocialista.

115. COING, Helmut: *Europäisierung der Rechtswissenschaft*, «NJW», 1990, pp. 937-941.

Sobre la necesidad de pasar de las ciencias nacionales del Derecho a una ciencia europea del Derecho.

116. DI FABIO, Udo: *Richtlinienkonformität als ranghöchstes Normauslegungsprinzip?*, «NJW», 1990, pp. 947-954.

Sobre la influencia de las directivas en la interpretación del Derecho interno que la incorpora.

117. ESTOUP, Pierre: *La Convention Européenne des Droits de L'homme et le Juge Français*, «Gazette du Palais», núm. 38-39, 1990, pp. 2-7.

El autor deduce del análisis de la Jurisprudencia relativa a la aplicación del Convenio de Roma que, aun mostrándose el Derecho francés por lo general conforme a sus preceptos, existen sin embargo, ciertas incompatibilidades, las cuales pueden y deben ser invocadas ante los Tribunales.

118. MICKLITZ, Hans W.: *Rundfunkrechtliche Fragen des Teleshoppings*, «NJW», 1990, pp. 1569-1575.

Sobre los problemas jurídicos planteados por la venta de productos en «Teletiemendas».

119. OLIVET, Peter: *Rechtsverständnis im Wandel*, «NJW», 1989, pp. 3187-3194.

Sobre el positivismo y el Derecho natural en la concepción teórica y en la aplicación práctica del Derecho.

II. DERECHO MERCANIL

1. PARTE GENERAL. EMPRESA

120. Secret Médical et vérification de comptabilité, «Gazette du Palais», núm. 178-179, 1990, pp. 2-9.

En algunas ocasiones, la verificación de ciertos documentos por parte de la administración fiscal puede inducir en el ámbito de intimidad tutelado a través del secreto a que están obligados los médicos, de acuerdo con las prescripciones legales. La adecuada diferenciación entre documentos contables y extra-contables, así como el tratamiento que deba darse a aquéllos cuya clasificación presenta mayores dificultades constituyen el objeto del presente comentario, cuyo interés resulta incuestionable para quienes se hallen interesados en la problemática planteada por los derechos en conflicto.

121. BAUMS, Theodor: *Kartellverbot und gemeinsamer Zweck*, «JuS», 1990, pp. 608-613.

Exposición sistemática de la prohibición de acuerdos restrictivos de la competencia, en particular del requisito de la «finalidad común».

122. BECHTOLD, Rainer: *Die Änderungen der Fusionskontrolle durch die 5. GWB-Novelle*, «BB», 1990, pp. 357-363.

Sobre las modificaciones introducidas en el Derecho alemán de fusiones por la reforma de la legislación de Derecho de la competencia.

123. BUNTE, Hermann-J.: *Die 5. GWB-Novelle*, «BB», 1990, pp. 1001-1010.

Exposición del contenido de la última reforma del Derecho alemán de defensa de la competencia.

124. COURET, Alain: *Innovation financière et règle de droit*, «RDS», núm. 21, 1990, Chronique, pp. 135-140.

El autor analiza la perturbación y el paralelo enriquecimiento que representa para el ordenamiento jurídico la evolución del sistema financiero.

125. DONATIVI: *Alcune riflessioni sui rapporti fra «consorzi» ed «intese» alla luce dell' recente dibattito antitrust*, «Giur. Comm.», 1989, vol. 6, pp. 1006 y ss.

El autor aborda el problema de las relaciones entre la disciplina proyectada acerca de los acuerdos restrictivos de la competencia (Proyecto Rossi de mayo de 1988 y Proyecto Battaglia de julio del mismo año) y la normativa vigente sobre las agrupaciones de empresas y las sociedades cooperativas.

126. GRAF VON WESTPHALEN, Friedrich: *Das neue Produkthaftungsgesetz*, «NJW», 1990, pp. 83-93.

Exposición del contenido de la nueva Ley alemana de responsabilidad del fabricante.

127. HAGER, Günter: *Umwelthaftung und Produkthaftung*, «JZ», 1990, pp. 397-409.

Sobre la aplicación de la legislación sobre responsabilidad del fabricante a productos dañosos para el medio ambiente.

128. HERRMANN, Lutz/FINGERHUT, Michael: *Erstattung von Rückrufkosten*, «BB», 1990, pp. 725-728.

Sobre las acciones del fabricante que ha retirado un producto defectuoso del mercado contra el suministrador de las piezas defectuosas.

129. JUGLART, Michel de: *Les structures agricoles et l'aménagement foncier* (Loi núm. 90-85 du 23 janvier 1990), «La Semaine Juridique», núm. 22, 1990, Doctrine, 3.449.

Exposición del estado actual del derecho agrario de nuestro país vecino, cuya legislación en este sentido, según el propio autor señala, ha venido experimentando una continua transformación, hasta llegar a la regulación objeto de su comentario, cuya finalidad prioritaria consiste en adaptar la normativa francesa a las disposiciones comunitarias.

130. KNOPFLE, Robert: *Die Bedeutung des substitutionswettbewerbs für die Annahme einer marktbeherrschenden Stellung*, «NJW», 1990, pp. 1219-1221.

Sobre el significado que para aceptar la existencia de una posición de dominio de un empresario tiene el concepto de «bienes sustitutivos».

131. MARTINEK, Michael: *Unruhe an der Kartellfront*, «NJW», 1990, páginas 793-800.

Información sobre la modificación de la Ley alemana de defensa de la competencia en relación con la fijación de mercados industriales, acuerdos de compra, criterios de definición de la posición dominante, aplicación de la prohibición de discriminación, etc.

132. REUTER, Alexander: *Der Ausländer im deutschen Wettbewerbs und Kennzeichnungsrecht*, «BB», 1989, pp. 2265-2271.

Sobre el Derecho aplicable a los actos de competencia de los empresarios extranjeros en Alemania.

133. SCHMIDT, Karsten: *Europäische Fusionskontrolle im System des Rechts gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, «BB», 1990, pp. 719-725.

Sobre el control de las fusiones como medida del Derecho de la competencia en el Derecho nacional y en el Derecho comunitario.

134. SCHWINTOWSKI, Hans P.: *Zu den wettbewerbsrechtlichen Grenzen des § 26 Abs 2 GEB bei Bündelung der Kfz-Nachfrage durch Leasing Anbieter*, «BB», 1989, pp. 2293-2296.

Sobre la aplicación de la prohibición de discriminación a la política de rebajas del fabricante respecto de los compradores de automóviles que los destinan a cederlos en leasing en relación con los compradores al por mayor.

135. SPADAFORA, Antonio: *La nozione di impresa nell diritto comunitario*, «GC», fascículo 6, junio 1990, pp. 263 y ss. (parte 2.ª).

Considera el autor que el ordenamiento jurídico de la CEE carece de una noción formal, y como tal generalmente válida, de empresa. Sin embargo, el examen de la normativa comunitaria, permite al autor determinar cuáles serían los requisitos que el ordenamiento supranacional parece postular para el concepto de empresa, entendida como entidad destinataria de la citada normativa.

2. DERECHO DE SOCIEDADES

136. BONELLI: *Amministratori di banche e conflitto di interessi*, «Giur. Comm.», 1989, vol. 6, pp. 911 y ss.

Análisis del artículo 38 de la Ley bancaria italiana, a cuyo tenor «los administradores, liquidadores, directores y miembros de los órganos de vigilancia de las entidades indicadas en el artículo 5, no pueden contraer obligaciones de ninguna clase, ni realizar actos de compraventa, directa o indirectamente, con la entidad que administran, dirigen o vigilan, si no es tras el acuerdo, que deberá ser tomado por unanimidad, del consejo de administración y con el voto favorable de todos los componentes del órgano de vigilancia».

137. BORK, Reinhard: *Die Einlagefähigkeit obligatorischer Nutzungsrechte*, «ZHR», 154, 1990, pp. 205-236.

Sobre si son aportables a una S.A. o SRL derechos de uso de origen obligatorio (arrendamiento) lo que se afirma respecto de aquéllos que tienen un plazo determinado.

138. EBENROTH, Carsten Th./KRÄUTTER, Thomas: *Die Eigenhaftung des GmbH-Geschäftsführers bei der Anlagevermittlung*, «BB», 1990, pp. 569-575.

Sobre si el administrador de una SRL dedicada al asesoramiento financiero responde personalmente frente a un cliente de la SRL por las consecuencias dañosas derivadas de la actividad de asesoramiento.

139. DAIGRE, Jean Jacques: *La société unipersonnelle en droit français*, «RIDC», núm. 2, 1990, pp. 665-676.

140. GERKAN, Hartwin: *Die Beweislastverteilung beim Schadenersatzanspruch der GmbH gegen ihren Geschäftsführer*, «ZHR», 154, 1990, pp. 39-63.

Exposición de las reglas de la carga de la prueba en los supuestos de ejercicio de acciones de responsabilidad contra el administrador de una SRL por la propia SRL.

141. HESSELMANN, Malte: *Die Kapitalistische Kommanditgesellschaft auf Aktien*, «BB», 1989, pp. 2344-2349.

Descripción de los rasgos principales de la sociedad comandita por acciones en la que el socio colectivo es una SRL.

142. JÜRGENS, Peter: *Die Europäische Akteingesellschaft nimmt Strukturen an*, «BB», 1990, pp. 1145-1150.

Información sobre el proceso de elaboración de un reglamento comunitario de sociedad anónima europea.

143. HENZE, Hartwing: *Zur Problematik der «verdeckten (verschleierten) Sacheinlage» im Aktien und GmbH-Recht*, «ZHR», 154, 1990, pp. 105-127.

Acerca de los criterios para determinar cuando se han tratado de defraudar las normas sobre formación del capital social en los supuestos de fundación retardada.

144. MARCHI, Jean-Pierre y FONTBRESSIN, Patrick de: *L’Affaire L.V.M.H.: L’épreuve de la conciliation du droit, de l’économie et de la finance (suite)*, «Gazette du Palais», núm. 168-170, 1990, pp. 2-5.

El indicado litigio, que enfrentó a Bernard Arnault y a Henry Recamier por el control de la sociedad Louis Vuitton, como consecuencia de una emisión de obligaciones con bonos de suscripción de acciones (O.B.S.A.), es objeto de un detenido análisis por parte del autor.

145. MÜLBERT, P. O.: *Das «Magische Dreieck der Barkapitalaufbringung»*, «ZHR», 154, 1990, pp. 145-195.

Sobre el tratamiento de las aportaciones no dinerarias en la fundación retardada y el cumplimiento de las normas de formación del capital social.

146. PORTALE/DOLMETTA: *Diritto di accettare azioni e quote proprie in garanzia e casse di risparmio riformate*, «BBTC», 1989, Fasc. VI, pp. 701 y ss.

Se trata de un dictamen en el que se da respuesta a la cuestión de si las Cajas de Ahorro pueden, a la luz de su nueva reglamentación en el Derecho italiano, aceptar las propias cuotas de participación en garantía de los créditos que concedan. Los autores llegan a una conclusión negativa, que fundamentan en la consideración de la prohibición absoluta de aceptar en garantía acciones o cuotas participativas propias como principio general de la normativa societaria, indispensable para la tutela de la integridad del capital. Los especiales caracteres de la actividad bancaria no sólo no suponen un factor de atenuación de dicho principio, sino que por el contrario hacen más necesaria su vigencia.

147. ROJO: *La crisis bancaria española y el derecho de sociedades anónimas*, «BBTC», Fasc. IV, 1989, pp. 716 y ss.

El autor analiza la reciente (1978-1985) crisis bancaria española, poniendo de relieve la falta de uniformidad de las medidas de saneamiento aplicadas en las distintas entidades de crédito que han padecido situaciones de dificultad y la heterogeneidad de los problemas civiles y mercantiles que el tratamiento de las crisis ha suscitado. En particular, la atención del autor se centra en la administración y en la liquidación de la sociedad anónima bancaria en crisis, sacando a la luz numerosos problemas y disfunciones que han amenazado la efectividad de la normativa española, y que hacen precisa la global reforma de nuestro derecho concursual de la crisis de la empresa bancaria. Debe advertirse, finalmente, que, pese a la fecha de su publicación, el trabajo del profesor Rojo es anterior a la entrada en vigor de la Ley sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito de 29 de julio de 1988.

148. SABA: *Giuridice penale ed accertamenti bancari*, «BBTC», 1989, Fasc. VI, pp. 788 y ss.

Se comentan normas recientes mediante las que se pretende evitar la colaboración de los bancos en actividades delictivas, con especial referencia al blanqueo de dinero.

149. SASSENATH, Gerd Ph.: *Die Kommanditistenhaftung des ehemaligen Komplementärs und seiner Rechtshachfolger*, «BB», 1990, pp. 1209-1213.

Sobre la responsabilidad del socio colectivo que pasa a ser comanditario por transformación de la SRC en sociedad comanditaria.

150. SCHEIFELE, Bernd: *Zur Praxis des gekreuzten Bezugsrechtsausschluss*, «BB», 1990, pp. 497-500.

Sobre la posibilidad y forma de excluir el derecho de suscripción preferente de los accionistas en sociedades con distintas clases de acciones.

151. SCHMIDT, Karsten: *Obligatorische Nutzungsrechte als Sacheinlage?*, «ZHR», 154, 1990, pp. 237-258.

Sobre si los derechos de uso de carácter obligatorio pueden ser aportados a una S.A., lo que el autor niega.

152. STODOLKOWITZ, Heinz: *Gerichtliche Durchsetzung von Organpflichten in der Aktiengesellschaft*, «ZHR», 154, 1990, pp. 1-23.

Examen de las posibilidades de sustitución por el juez de los órganos sociales de la S.A. cuando incumplen obligaciones legales. En general, estudio de los conflictos entre órganos sociales.

153. TIMM, Wolfram: *Angaben zur Kapitalausstattung einer KG bei Umwandlung in eine AG?*, «BB», 1990, pp. 433-435.

Sobre si en la escritura de transformación de una sociedad comanditaria en una SA es necesario incluir datos acerca de las aportaciones fundacionales a la sociedad comanditaria.

154. ULMER, Peter: *Verdeckte Sacheinlagen im Aktien- und GmbH-Recht*, «ZHR», 154, 1990, pp. 128-144.

Sobre los grupos de caos de fundación retardada y defraudación de las normas de formación del capital social.

155. VONNEMANN, Wolfgang: *Die Haftung im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern*, «BB», 1990, pp. 217-223.

Sobre la responsabilidad del socio dominante en el Derecho de los grupos por daños ocasionados en la sociedad dominada.

156. WINTER, Martin: *Organisationsrechtliche Sanktionen bei Verletzung schuldrechtlicher Gesellschaftervereinbarungen?*, «ZHR», 154, 1990, pp. 259-283.

Crítica a la jurisprudencia alemana que ha admitido la impugnación de un acuerdo social por ser contrario a un pacto extraestatutario suscrito por todos los socios.

157. ZUCK, Rüdiger: *Die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung als Instrument anwaltlicher Zusammenarbeit*, «NJW», 1990, pp. 954-959.

Sobre las ventajas de la agrupación europea de interés económico como instrumento para la cooperación entre abogados.

3. INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DE TRAFICO

158. BERTREL, Jean-Pierre: *La réforme des OPA/OPE*, «Gazette du Palais», núm. 59-60, 1990, pp. 7-14.

Análisis de los preceptos de la Ley núm. 89-531, de 2 de agosto, sobre Seguridad y Transparencia del Mercado Financiero y de los textos de desarrollo emana-

dos de las autoridades bursátiles, reguladores de las OPAs, los cuales, según el autor, han intentado lograr un difícil equilibrio entre la desregulación y la necesaria protección del inversor.

159. BONNEFONT, Antoine: *A propos de la sanction du parasitisme*, «Gazette du Palais», núm. 365-2, 1990, pp. 2-3.

El autor aboga por una identificación entre las prácticas parasitarias en general, que no haga distinciones atendiendo a la existencia o no de una situación de concurrencia respecto del parasitado, toda vez que en último término considera afectada siempre la libre competencia al influir en las futuras iniciativas comerciales de aquél.

160. BOUSCANT, Rémy: *Existe-t-il un contrôle des entreprises en position dominante dans la République Fédérale D'Allemagne?*, «Gazette du Palais», números 35-37, 1990, pp. 2-5.

El autor, a través de su estudio viene a concluir que el Derecho alemán regulador de la competencia no es neutro, favoreciendo a los grandes productores en detrimento de los distribuidores, dada la importancia atribuida a la función de aquéllos para el desarrollo económico.

161. DESJEUX, Xavier: *Peut-on copier une forme utile?*, «Gazette du Palais», núm. 365-2, 1990, pp. 3-5.

En unos momentos en los cuales el diseño industrial se viene manifestando como fundamental para el sistema económico de mercado, el autor se muestra partidario de utilizar adecuadamente los mecanismos legales existentes en nuestro país vecino a los efectos de lograr una más enérgica protección de las formas con funcionalidad industrial.

162. FRANCON, A.: *L'épuisement du droit de marque*, «La Semaine Juridique», núm. 5, 1990, Doctrine, 3.428.

La teoría del agotamiento del derecho, según afirma el propio autor, constituye un elemento fundamental de resolución del problema ocasionado por la coexistencia de derechos nacionales y derecho comunitario en materia de propiedad intelectual. En su comentario se alude a la concreta aplicación de tal teoría en el ámbito del derecho de marca.

163. GAILLARD, Emmanuel: *Le controle des concentrations d'entreprises dans la Communauté Economique Européenne*, «Gazette du Palais», núm. 52-53, 1990, pp. 2-7.

La consolidación de un Mercado Común impone el adecuado control de aquellas operaciones de fusión o absorción de empresas que por su entidad pueden conducir a la conclusión u obtención de una posición dominante obstaculizadora de la libre competencia. Tal es el objetivo perseguido por el Reglamento 4.064/89, glosado por el autor en el presente comentario.

164. GALGANO: *Sulla riforma della banca pubblica*, «BBTC», 1989, Fasc. VI, pp. 778 y ss.

El autor se plantea la posible transformación de los actuales bancos públicos, en cuanto que entidades estatutariamente dedicadas al ejercicio de la actividad bancaria en forma directa, en entidades que desempeñen dicha actividad de modo indirecto, mediante el control de sociedades privadas bancarias.

165. GALLOUX, Jean-Christophe: «*Fabrique-moi un mouton...*» *vers la brevetabilité des animaux-chimères en droit français*, «La Semaine Juridique», núm. 7, 1990, Doctrine, 3.430.

El autor se muestra partidario de establecer un sistema que permita patentar las especies animales surgidas de alteraciones genéticas.

166. HARTUNG, Klaus J.: *Termin und Differenzeinwand beim Optionsscheinhandel*, «BB», 1989, pp. 2411-2417.

Validez y efectos de los negocios bursátiles de doble.

167. JEANTET, Fernand Charles: *Regard sur l'action de la CEE dans la police de la concurrence internationale*, «La Semaine Juridique», núm. 3, 1990, Doctrine, 3.426.

El autor lleva a cabo una sistemática exposición de la actividad desarrollada por los diversos órganos comunitarios en defensa de la competencia.

168. LA LAURENCIE, Jean-Patrice de: *Le nouveau règlement communautaire sur les concentrations: comment un bon compromis politique produit un nid à contentieux*, «RDS», núm. 22, 1990, Chronique, pp. 141-146.

169. MOURRE, Alexis: *La repression des infractions boursières après la loi núm. 89-531 du 2 août 1989 relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, *Gazette du Palais*, núm. 133-135, 1990, pp. 2-9.

El autor pone de manifiesto el fraccionamiento, la superposición de competencias y la imprecisión en la definición de las conductas sancionables que se desprenden del texto legal.

170. ROUBACH, Michel: *La nouvelle réglementation des soldes*, «Gazette du Palais», núm. 80-81, 1990, pp. 2-5.

La nueva regulación de tales ventas resulta poco satisfactoria, a juicio del autor, para lograr una reducción de este modo, excepcional en principio, de operar en el mercado, con el consiguiente perjuicio para el consumidor.

171. SOLIMETRA: *La direttiva sull'insider trading*, «Giur. Comm.», 1989, vol. 6, pp. 1054 y ss.

Comentarios de urgencia realizados por un funcionario de la «consob», a propósito de la Directiva del Consejo de la Comunidad Europea de 13 de noviembre

de 1989, sobre coordinación de la normativa referente a las operaciones realizadas por personas que dispongan de informaciones privilegiadas.

172. THIEFFRY, Jean; ARNOLD, Karin, y VAN DOORN, Philip: *Les pouvoirs d'enquête de la Commission CEE en Droit de la Concurrence*, »Gazette du Palais», núm. 159-160, 1990, pp. 7-11.

Análisis de cinco fallos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en los cuales se vienen a delimitar los poderes de verificación conferidos a la Comisión por el Reglamento del Consejo núm. 17, de 6 de abril de 1962.

4. CONTRATOS MERCANTILES

173. BIGOT, J.: *La loi núm. 89-1.014 du 31 décembre 1989 portant adaptation du code assurances à l'ouverture du marché européen*, «La Semaine Juridique», núm. 12, 1990, Doctrine, 3.437.

174. COURRY, Jean: *Le droit des parties au contrat d'assurance*, «RDS», núm. 27, 1990, Chronique, pp. 190-198.

El autor realiza un análisis de las disposiciones de la Ley 89-1.014 de 31 de diciembre relativas a los derechos y obligaciones de las partes en el contrato de seguro.

175. DENCK, Johannes: *Leasing und Arbeitnehmer Haftung*, «JZ», 1990, pp. 175-181.

Sobre la responsabilidad de los trabajadores del usuario de leasing frente a la sociedad de leasing por los daños causados al objeto del leasing.

176. DIETZ, Albrecht: *Die betriebswirtschaftlichen Grundlagen des Leasing*, «AcP», 190, 1990, pp. 235-257.

Función económica del leasing desde la perspectiva empresarial.

177. EGGERT, Christoph: *Händlerhaftung für TÜV-Fehler?*, «NJW», 1990, páginas 549-554.

Sobre la responsabilidad del mediador profesional en la venta de un coche usado por una errónea afirmación sobre el estado del coche: «haber pasado la ITV hasta...».

178. GERBO: *La convenzione tra coniugi e le operazione bancarie*, «BBTC», 1989, Fasc. VI, pp. 746 y ss.

Se estudian, desde una perspectiva dogmática —alejándose, por consiguiente, del pragmatismo que ha caracterizado el análisis de esta cuestión— los problemas que plantea el régimen patrimonial de los cónyuges respecto a la contratación de servicios bancarios.

179. GÖTZ, Detlef: *Der Ausschluss-Bierlieferungsvertrag*, «BB», 1990, páginas 1217-1220.

Sobre los límites a la posibilidad de prorrogar los contratos de suministro de cerveza para que no se consideren como vinculaciones excesivamente largas y por ello contrarias a las buenas costumbres.

180. GRAFF VON WESTPHALEN, Friedrich: *Der Leasingnehmer als Nicht-kaufmann: Einbeziehung der Lieferanten-AGB und Rückpflichten*, «BB», 1990, pp. 1-7.

Sobre los requisitos de inclusión de las condiciones generales del fabricante en el contrato de leasing.

181. HAGER, Johannes: *Rechtsfragen des Finanzierungsleasing von Hard und Software*, «AcP», 190, 1990, pp. 324-355.

Sobre los problemas específicos planteados por el leasing de ordenadores y programas de ordenador.

182. JOURDAIN, Patrice: *Les réseaux de distribution et la responsabilité des tiers revendeurs hors réseau. (A propos des affaires «Leclerc-parfumerie»)*, «RDS», núm. 8, 1990, Chronique, pp. 43-50.

183. KILIMANN, Falf: *Der Anspruch der Bank auf Überziehungsentgelte bei gekündigtem und ungekündigtem Girovertrag*, «NJW», 1990, pp. 1154-1160.

Sobre si los bancos tienen derecho a reclamar el pago de comisiones en caso de contratos de cuenta corriente resueltos por el cliente.

184. KÖHLER, Helmut: *Ausgleichsanspruchs des Franchisenehmers: Bestehen, Bemessung, Abwälzung*, «NJW», 1990, pp. 1689-1696.

Sobre el derecho del franquiciado a reclamar indemnización del franquiciador en caso de resolución del contrato.

185. KRONKE, Herbert: *Finanzierungsleasing in rechtsvergleichender Sicht*, «AcP», 190, 1990, pp. 383-408.

Exposición comparativa de los rasgos del leasing en los diferentes sistemas jurídicos.

186. KUHLEN, Lothar: *Strafrechtliche Grenzen der zivilrechtliche Deliktshaftung Minderjähriger?*, «JZ», 1990, 273-279.

Sobre los límites que resultan para la responsabilidad civil derivada de delito de las propias consecuencias penales del acto en el caso de actos de menores, discusión acerca de la posibilidad de limitar la regla de la responsabilidad civil de los menores.

187. KÜSTNER, Wolfram/MANTEUFFEL, Kurt von: *Die Änderungen des Handelsvertreterrechts aufgrund der EG-Harmonisierungsrichtlinie von 18-12-1986*, «BB», 1990, pp. 291-299.

Sobre la Ley alemana de introducción de la Directiva CEE sobre contrato de agencia.

188. LEENEN, Detlef: *Die Pflichten des Leasing-Gebers*, «AcP», 190, 1990, pp. 260-286.

Examen de las obligaciones de la sociedad de leasing a la luz de los formularios contractuales y de la «naturaleza» del contrato.

189. LEHMANN, Michael: *Das Prinzip Wettbewerb*, «JZ», 1990, pp. 61-67.

Exposición de la discusión acerca del concepto y del modelo de competencia protegido por el Derecho de la competencia.

190. LORENZ, Werner: *Fehlerhafte Banküberweisungen mit Auslandsberührung*, «NJW», 1990, pp. 607-610.

Sobre la ley aplicable a una transferencia bancaria defectuosa. En concreto, la ley aplicable a la acción del banco para reclamar en caso de transferencia de fondos en mayor cantidad de la debida.

191. MARGEAT, H.: *Qu'est-ce qu'un dommage «matériel direct» en assurances des risques de catastrophes naturelles?*, «Gazette du Palais», núm. 110-111, 1990, pp. 2-5.

El autor se muestra partidario de un desarrollo del texto de la Ley 82-600, de 13 de julio, sobre indemnización de víctimas de catástrofes naturales, que resuelva de modo indubitado esta pregunta, profundamente vinculada con los problemas inherentes a la relación de causalidad.

192. REUTER, Dieter: *Das Maklerrecht als Sonderrecht der Maklertätigkeit*, «NJW», 1990, pp. 1321-1328.

Crítica a la concepción tradicional del contrato de mediación y exposición de la situación práctica y legal actual.

193. RICOLFI: *Questione in tema de circolazione nella ditta e di continuazione «atipica» dell'attività d'impresa*, «Giur. Comm.», vol. 6, pp. 960 y ss.

Se estudia el problema de la legitimidad de la continuación en el uso de la razón social de una sociedad ya disuelta y liquidada, por parte de un ex socio.

194. ROTH, Herbert: *Zur gerichtliche Inhaltskontrolle von Finanzierungs-Leasingverträgen*, «ACP», 190, 1990, pp. 292-318.

Examen de las condiciones generales del contrato de leasing a la luz de la Ley alemana de condiciones generales.

195. STOLTE, Wilhelm: *Der Leistungsbegriff: Ein Gespenst des Bereicherungsrecht*, «JZ», 1990, pp. 220-226.

Sobre el concepto de prestación en el Derecho del enriquecimiento injusto.

196. SCHWARK, Eberhard: *Auswirkungen einer Verletzung der Rügeobliegenheit des § 377 HGB auf deliktsrechtliche Ansprüche*, «JZ», 1990, pp. 374-308.

Sobre las relaciones entre responsabilidad contractual y extracontractual, en particular los efectos sobre la primera de la prescripción del plazo para denunciar vicios en la mercancía por el comprador.

197. SCHWENZER, Ingeborg: *Das UN-Abkommen zum internationalen Warenkauf*, «NJW», 1990, pp. 602-607.

Exposición del contenido fundamental del tratado de la ONU sobre venta internacional de mercancías.

198. SCHWEDTNER, Peter: *Aushandeln einer erfolgsunabhängigen Maklerprovision*, «NJW», 1990, pp. 369-370.

Sobre la posibilidad y requisitos para considerar como un acuerdo individual (no sometido al derecho de las condiciones generales) una cláusula de pago de premio al mediador con independencia del éxito de la mediación.

199. STORP, Roger: *Le droit international de la vente et le droit applicable dans les relations franco-allemandes*, «Gazette du Palais», núm. 49-51, 1990, pp. 2-6.

La diversidad de los convenios internacionales suscritos por Alemania y Francia en relación con la compra-venta internacional e incluso la propia existencia de ciertos aspectos de tales contratos no regulados por el Derecho convencional, plantea una serie de cuestiones que son objeto de detenida reflexión por parte del autor.

200. TELLIS, Nikolaos: *Gewährleistungsansprüche bei Sachmängeln von Anwendersoftware*, «BB», 1990, pp. 500-506.

Sobre el régimen jurídico aplicable a los vicios de un programa de ordenador.

201. ZELLER, Sven: *Probleme bei der Abtretung eine Garantie «auf erstes Anfordern»*, «BB», pp. 363-365.

Sobre la posibilidad y consecuencias de la cesión de una garantía a primer requerimiento.

202. ZIRKEL, Herbert: *Das Verhältnis zwischen Zulieferer und Assembler-eine Vertragsart sui generis?*, «NJW», 1990, pp. 345-351.

Sobre la naturaleza y contenido del contrato entre el fabricante de piezas y el fabricante que las ensambla.

5. DERECHO CAMBIARIO

203. AHLERS, Horst: *Art. 32 ScheckG-nach dem Scheck-Urteil des BGH nur noch makulatur*, «NJW», 1990, pp. 1149-1154.

Sobre la validez de la revocación de un cheque por el librador tras el cobro de su importe por el tomador y la obligación del banco de atender a la revocación.

204. HUFF, Martin: *Der gestohlene Euro-Scheck*, «NJW», 1990, páginas 1160-1161.

Sobre la responsabilidad de los bancos por cheques robados al librador.

205. KORNMANN, André: *Interets «garantis» et procédures collectives*, «Gazette du Palais», núm. 171-172, pp. 4-6.

Análisis del artículo 55 de la Ley de 25 de enero de 1985, que viene a establecer la paralización del devengo de intereses de demora, salvo que los mismos resulten de contratos de préstamo concluidos por plazo igual o superior a un año o en los cuales el pago se difiera por idénticos períodos de tiempo.

206. ROBINOT, Eliane y LAFORTUNE, Maurice-Antoine: *Le cessionnaire peut-il se substituer toute personne de son choix pour exécuter le Plan de Redressement de l'entreprise?*, «Gazette du Palais», núm. 115-116, 1990, pp. 2-3.

Dos sentencias recaídas en apelación y que vienen a admitir tal posibilidad, son criticadas por el autor, tomando como base la propia regulación establecida por la Ley de 25 de enero de 1985 y otra decisión del Tribunal de Apelación de París, que viene a contradecir a las citadas anteriormente.

207. SERICK, Rolf: *Die Mobiliarsicherheiten im Referentenentwurf zur Insolvenzrechtsreform*, «BB», 1990, pp. 861-866.

Exposición crítica de la regulación de las garantías mobiliarias en el proyecto de reforma del Derecho concursal alemán.

6. DERECHO CONCURSAL

208. LÜKE, Wolfgang: *Die Haftung des Konkursverwalters gegenüber vertragliche Neumassegäubigern*, «JuS», 1990, pp. 451-454.

Sobre la responsabilidad personal del síndico de la quiebra frente a los adquirentes de bienes de la masa por incumplimiento.

209. SCHMIDT, Karsten: *Konkursnechtung und Drittwiderspruchsklage*, «JZ», 1990, pp. 619-626.

Sobre si la impugnación de la declaración de quiebra fundamenta la imposibilidad de la enajenación de un bien.

ABREVIATURAS UTILIZADAS

- AcP: Archiv für die civilistische Praxis.
BB: Betriebs Berater.
BBTC: Banca, Borsa e Titoli di Credito.
GC: Giustizia Civile.
Giur. Comm.: Giurisprudenza Commerciale.
JuS: Juristische Schulung.
JZ: Juristen Zeitung.
NJW: Neue Juristische Wochenschrift.
RDC: Revista di Diritto Civile.
RDS: Recueil Dalloz-Sirey.
RIDC: Revue Internationale de Droit Comparé.
RTDC: Revue Trimestrielle de Droit Civil.
ZHR: Zeitschrift für das gesamte Handels und Wirtschaftsrecht

Revistas que se citan sin abreviar

- Gazette du Palais.
La Semaine Juridique.
Revue de Droit Immobilier.

JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

II. SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SANCHEZ

Colaboran: Esther ALGARRA PRATS

Gabriel GARCIA CANTERO

Carmen GARCIA PEREZ

Isabel GONZALEZ PACANOWSKA

Miguel NAVARRO CASTRO

I. DERECHO CIVIL

2. DERECHO DE LA PERSONA

1. Protección judicial del Derecho al Honor. Responsabilidad solidaria por difusión de informaciones. Licitud de las manifestaciones.—La responsabilidad que se origina por la difusión de informaciones atentatorias al honor en medios de comunicación conlleva una responsabilidad solidaria, establecida en el artículo 65.2 de la Ley de 18 de marzo de 1966 (STS de 1 de diciembre de 1987 y 19 de febrero de 1988), lo que supone la aplicación del artículo 1.144 del Código civil, que permite al titular del crédito demandar a cualquiera de los deudores solidarios o a todos ellos, a su elección, norma de constante aplicación jurisprudencial; así pues, el ofendido no viene gravado con la carga de demandar a todos los posibles responsables (STS de 18 de julio de 1988, entre otras).

En aplicación del artículo 7, apartado 7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen, se ha de tener en cuenta el elemento objetivo de la expresión que pueda difamar o desmerecer en la consideración ajena, pero también se ha de ponderar la finalidad, tal como resulta de una correcta interpretación del artículo 8.1 de la citada Ley Orgánica y el carácter veraz o razonablemente objetivo de la información dentro de su contexto, pues toda información que pueda tener un resultado difamatorio, no incurre en ilicitud, cuando corresponde al ejercicio de derechos, sobre una base de hecho veraz (STS de 26 de noviembre de 1987 y 11 de octubre de 1988, entre otras). (STS de 1 de junio de 1989, ha lugar).

HECHOS.—Habiendo realizado el Alcalde de una población unas declaraciones en la prensa provincial, atentatorias al honor del médico titular de asistencia pública domiciliaria, éste interpuso demanda sobre protección judicial del derecho al honor, suplicando se condenase al demandado a abonar una cantidad como indemnización de los perjuicios causados, así como a difundir en la prensa provincial la transcripción literal del fallo de la sentencia que se dicte.

El Juez de Primera Instancia absolvió al demandado, estimando las excepciones de falta de litisconsorcio pasivo necesario. La Audiencia Territorial estimó el recurso de apelación. Prospera el recurso de casación. (E.A.P.).

2. Protección civil del Derecho al Honor. Diferencia entre honor y propia imagen.—Las SSTs de 11 de abril de 1987, 29 de marzo de 1988 y 28 de marzo de 1989 entienden por imagen, la figura, representación, semejanza o apariencia de una cosa, entendiendo que a tanto equivale como la representación gráfica de la figura humana mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción y, en sentido jurídico, es la facultad exclusiva del interesado a difundir y publicar su propia imagen y, por ende, su derecho a evitar su reproducción, en tanto cuando se trata de un derecho de la personalidad. La protección jurídica de este derecho ha sido por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen. Los anteriores derechos personalísimos no son intercambiables entre sí, sino que cada uno protege un bien jurídico. En consecuencia, no puede tutelarse por derecho al honor cuando se supone dañada la imagen del recurrente. Además, de una detenida lectura de la Ley Orgánica 1/1982, y especialmente de las pautas contenidas en su artículo 2 en relación con el 7, se desprende que cuando fuere lesionado el prestigio profesional, será protegible por los cauces del artículo 1.902 del Código civil, como ya apuntó la STS de 2 de marzo de 1989. (STS de 13 de noviembre de 1989, no ha lugar).

HECHOS.—A consecuencia de un artículo periodístico publicado en un diario, el actor interpuso demanda ejercitando la acción de protección civil, solicitando que se declarase que dicho artículo suponía un grave daño para su imagen y que se condenase al diario a estar y pasar por tal declaración, a la publicación de la sentencia y al pago de una cantidad en concepto de indemnización.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestimaron la demanda. No prospera el recurso de casación. (E.A.P.).

3. Protección del Derecho al Honor y la Propia Imagen. Ambito de aplicación.—El artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, regula el ámbito de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, estableciéndose en el artículo 7 distintos supuestos de intromisión ilegítima en aquellos derechos, pero sin que ésta pueda calificarse de catálogo cerrado o «*numerus clausus*», sino como meramente enunciativa y abierta. Así, la divulgación de hechos relativos a la vida privada o actuación profesional que estén amparados por una situación latente de secreto por razón de estado que mantengan unas

actuaciones administrativas sancionadoras merecen la calificación de intromisión en el honor cuando procedan de personas que los hubiere conocido a través de su actuación profesional u oficial, pues el ataque al honor se desenvuelve tanto en el marco interno de la propia persona afectada, e incluso de la familia, como en el externo o ámbito social y, por lo tanto, profesional, en el que cada persona desarrolla su actividad (SSTS de 22 de octubre de 1987 y 30 de marzo de 1988). (STS de 19 de junio de 1989, ha lugar).

HECHOS.—Habiéndose procedido a la incoación de expediente disciplinario a un funcionario, suspendiéndole provisionalmente en sus funciones y reduciendo sus emolumentos, apareció en la prensa un reportaje según el cual, su superior había anulado la sanción preventiva; en reportaje posterior, el citado superior justificó su actitud por haberse elevado a definitiva la sanción impuesta al funcionario, sanción que se difundió por la prensa seis días antes de notificarse al expedientado. El funcionario interpuso demanda contra su superior sobre protección al honor y a la imagen personal, suplicando se le concediera una cantidad como indemnización en concepto de perjuicios por agresión ilegítima al honor.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial desestimaron la demanda. Prospera el recurso de casación. (E.A.P.).

4. Protección del Derecho al Honor: Esfera de protección.—Por lo que respecta al derecho a la información como a la calificación que jurídicamente han de merecer unas expresiones, no podemos aislarlas, sino ambientarlas en el contorno en el que son vertidas, además de tener en cuenta otro factor de gran importancia, cual es el lenguaje propio y peculiar del medio «político», tanto por lo que respecta a la oralidad como al escrito, en los que la «sátira» goza de una alta cuota de permisibilidad.

Al no haber imputación a persona alguna en concreto, no hay intromisión en el ámbito de protección delimitado por el artículo 2 de la Ley de 5 de mayo de 1982. (STS de 6 de julio de 1989, ha lugar).

HECHOS.—Ante un escrito publicado en prensa por un concejal de un municipio, manifestando su disconformidad a la aprobación del Plan General de Ordenación Urbana de dicho municipio, y ante unas hojas informativas impresas por su grupo municipal, el mencionado concejal fue requerido para aclarar las acusaciones vertidas, produciéndose una «agria polémica» entre concejales. El actor interpuso demanda sobre protección del derecho al honor, suplicando se condenase al demandado a introducir en prensa un escrito rectificatorio, a soportar el coste de impresión de 3.000.000 ejemplares de la sentencia recaída y a indemnizar al actor por los perjuicios causados.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Territorial estimó parcialmente la demanda. Prospera el recurso de casación. (E.A.P.).

3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

5. Apoderamiento: Abuso o extralimitación de poder. Autocontratación. Valor probatorio de las inscripciones registrales.—El artículo 1.459, núm. 2 del Código civil se refiere a la prohibición para adquirir por compra, aunque sea en subasta pública o judicial, por sí ni por persona alguna intermedia «los mandatarios, los bienes de cuya administración o enajenación estuviesen encargados». Es doctrina de esta Sala, precisamente respecto de este apartado segundo, la de que por ser de interpretación estricta, no puede extenderse a otros supuestos pero, esta autoentrada del representante en el contrato es plenamente lícita si se cumple el requisito ineludible de la licencia o autorización del «dominus negotii».

Todo lo que no sea referente al propio Derecho Real Inmobiliario, queda excluido del valor legitimador de la inscripción, y por tanto, ésta no ampara circunstancias de mero hecho, como son las relativas a los datos descriptivos de las fincas y muy particularmente los que hacen referencia a nombres con los que son conocidos los parajes en los que las fincas se encuentran, puesto que (...) el Registro de la Propiedad sólo protege con valor probatorio, lo estrictamente jurídico. (STS de 8 de noviembre de 1989, no ha lugar).

HECHOS.—Habiendo conferido el actor al demandado apoderamiento con facultades para practicar segregaciones, agrupaciones, divisiones materiales y de comunidad, interpuso dicho actor demanda sobre reclamación de cantidad, solicitando se condenase al demandado a pagar una cantidad en concepto de daños y perjuicios, por haber actuado el demandado con abuso o extralimitación del poder conferido por los actores en la división y adjudicación de una finca que tenían proindiviso demandantes y demandados.

El Juez de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda. La Audiencia Territorial desestimó íntegramente el recurso de apelación. No prospera el recurso de casación. (E.A.P.).

6. Cumplimiento de contrato. Apreciación de la prueba. Carácter solidario de las obligaciones.—Cuando la prueba ha sido apreciada en su conjunto, no es lícito separar algunas probanzas o elementos demostrativos para, desarticulándola, imprimir a los aislados fuerza preponderante (...) y la casación no es una tercera instancia que permita examinar todo el material probatorio aportado a los autos para llevar a cabo una nueva valoración, todo lo cual viene dicho con reiteración por esta Sala.

Al ser el incumplimiento mutuo y simultáneo, sin que se pueda contemplar la total operación comercial como compartimentos estancos y al contratarse con quienes giran bajo un nombre comercial, que afirman y aceptan o giran todas las letras de cambio, fluyen el carácter solidario de las obligaciones, pues así ocurre en tales documentos mercantiles cuando hay aceptación conjunta y el rigor del párrafo último del artículo 1.137 del Código civil, al pedir que la solidaridad se determine de modo expreso, ha sido atenuado por la jurisprudencia, no exigiendo que se emplee ese término y siendo bastante que aparezca de modo evidente la voluntad de los contratantes de poder exigir o prestar íntegramente la cosa objeto de la obligación. (STS de 16 de noviembre de 1989, no ha lugar).

HECHOS.—Habiéndose concertado entre una Editorial y una firma comercial un contrato de compraventa de cosa futura (la firma comercial aceptaba letras por el total de las operaciones y la editora había de entregar libros en las fechas pactadas, con posterioridad a la recepción de las cambiales y negociando éstas conseguía financiar la edición) y habiéndose concedido paralelamente por la editora a la firma una serie de préstamos sin interés (con entrega de dinero efectivo, cuya devolución se realizaba mediante la entrega de letras de cambio aceptadas), garantizados por la firma (mediante la concesión a la editora de un derecho de opción de compra sobre inmuebles de su propiedad), se produjo un incumplimiento por ambas partes. La Editorial formuló demanda suplicando se condenase a los demandados (la firma comercial) al cumplimiento específico del contrato de compraventa mercantil de libros, se les condenase solidariamente al pago de una cantidad y se declarase ejercitada la opción de compra por parte de la Editorial.

El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda. La Audiencia Territorial desestimó el recurso de apelación. No prospera el recurso de casación. (E.A.P.).

7. Compraventa de cosa futura. Resolución del contrato.—La compraventa de cosa futura (en su modalidad de «emptio rei speratae»), como contrato conmutativo que es (a diferencia de la modalidad llamada «emptio spei», que es contrato aleatorio), presupone ineludiblemente en el vendedor la obligación esencial y constitutiva de entregar al comprador la cosa vendida, una vez que ésta haya alcanzado su existencia real y física, aparte de desplegar la actividad necesaria para que dicha existencia llegue a tener lugar, de manera que el contrato queda plenamente desnaturalizado, como tal venta de cosa futura, si el supuesto vendedor no contrae o se desvincula de la expresada obligación esencial de entrega, por lo que, así como no hay inconveniente legal ni jurisprudencial en calificar de venta de cosa futura a la de una vivienda todavía en construcción, que el comprador adquiere exclusivamente en función de su terminación como tal vivienda habitable y en la que el vendedor asume la obligación de entregarla al comprador una vez que la ha terminado, no puede, en cambio, corresponder tal calificación de venta de cosa inmueble futura a aquella relación contractual en la que, actuando el comprador con el mismo designio antes expresado de adquirir una vivienda ya terminada, aunque al celebrar el contrato se halle todavía en fase de construcción, el vendedor se exime en absoluto de su obligación de entrega y se desliga de todo lo atinente a su terminación.

Conforme a la doctrina antes expuesta cuando el contrato no instrumenta una venta de cosa inmueble futura, (...) su resolución no puede quedar sometida a la norma específica que, con referencia exclusiva a la venta de un inmueble, establece el artículo 1.504 del Código civil, sino a la genérica que para los demás contratos bilaterales contiene el artículo 1.124 del mismo Cuerpo legal. (STS de 30 de octubre de 1989, no ha lugar).

HECHOS.—Habiéndose celebrado un contrato por el que los vendedores cedían al comprador los derechos que habían adquirido del constructor de un piso todavía no construido, y habiéndose estipulado en dicho contra-

to que el vendedor no asumía ninguna responsabilidad derivada de incumplimiento por parte del constructor de sus obligaciones de la entrega del piso, hubieron de ser demolidos varios pisos por infracciones urbanísticas y dicho constructor fue apartado de las obras, haciéndose cargo la comunidad de propietarios y siendo adjudicado el piso al primitivo comprador. Al no haber pagado dicho comprador a los vendedores la totalidad del precio pactado, éstos le hicieron el correspondiente requerimiento a los fines del artículo 1.504 del Código civil e interpusieron posteriormente demanda solicitando se declarase resuelto de pleno derecho el contrato otorgado, dejando sin efecto la transmisión inmobiliaria que el mismo comportaba.

El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda. La Audiencia Territorial estimó en parte el recurso de apelación. No prospera el recurso de casación. (E.A.P.).

8. Compraventa de inmuebles: Opción del vendedor entre el incumplimiento y la resolución.—La doctrina jurisprudencial sobre el párrafo 2 del artículo 1.124 del Código civil declara que, si bien debe entenderse que el derecho de opción que concede este artículo cesa una vez hecha la elección entre exigir el cumplimiento o la resolución de lo convenido, ya en vía judicial, ya fuera de ella, siendo incompatibles las dos indicadas soluciones, esta incompatibilidad únicamente se produce cuando se solicita al mismo tiempo el cumplimiento o mantenimiento de la obligación y la resolución, pero nada se opone a tal petición si se hace en forma alternativa, como ocurre en el presente caso en que se requirió al comprador para el cumplimiento del contrato y, caso contrario, se tuviera por rescindido el contrato, lo que instó judicialmente el vendedor una vez que la compradora dejó de abonar las cantidades a cuyo pago había sido requerida.

Interpretación del contrato: Reciprocidad de intereses.—La aplicación del párrafo 2 del artículo 1.289 requiere, no sólo que se ofrezcan dudas sobre la interpretación que deba darse a los pactos contractuales, sino que fuese imposible resolverlas por las reglas contenidas en los artículos anteriores; en el presente caso se alega su violación, porque al atribuir al vendedor el beneficio que le supone recobrar una vivienda cuyo valor ha experimentado en estos últimos años un notorio incremento, pero ello no deja de ser un argumento ambivalente, pues, aun siendo cierto, también lo es que si se llegase a la solución contraria y se denegara la resolución judicialmente solicitada, se beneficiaría en análoga manera con el incremento del valor experimentado por el piso una compradora que convino su adquisición por un precio notoriamente menor, y que incumplió las obligaciones de pago que el convenio le exigía, dando lugar a la aplicación del precepto resolutorio de las obligaciones recíprocas. (**Sentencia de 29 de noviembre de 1989.** No ha lugar).

NOTA.—Supuesto frecuente —por no decir típico— de incumplimiento de la venta a plazo de un inmueble entre particulares: comprador que deja de abonar los plazos, requerimiento del vendedor para que cumpla y opción final por la resolución cuando aquél persiste en su incumplimiento. El contrato se celebra en 1978, sin que consten los años durante los que

se aplazó el precio; pero sigue pareciendo excesivo que entre la sentencia de primera instancia y la de casación hayan transcurrido más de cinco años. En todo caso, parece acertado el tímido «análisis económico» que de las consecuencias del fallo hace el Tribunal Supremo para excluir una supuesta infracción del artículo 1.289, párrafo 2 del Código civil. (G.G.C.).

9. Compraventa de finca rústica: Resolución por incumplimiento de parte del precio. Doctrina general.—Según sentencia de 19 de julio de 1989, la aplicación de los artículos 1.124 y 1.504 del Código civil conduce a que, salvo un craso incumplimiento sin posibilidad restauradora, el comprador mantiene su adquisición, al margen del resarcimiento de los perjuicios irrogados, y para que proceda la resolución contractual pretendida por el vendedor se precisa la práctica del requerimiento al comprador dando por resuelto el contrato previamente a la demanda, que puede ser por conducto notarial o en acto de conciliación; se entiende que no hay incumplimiento cuando no se alegan ni prueban circunstancias demostrativas de un irrespetuoso proceder del comprador con lo acordado, y por tanto, con las pautas de buena fe que ha de presidir la ejecución contractual, a pesar de lo cual, el cumplimiento no se realizó por causas ajenas a su ánimo diligente, y que son reveladoras de ausencia de voluntad directa de incumplimiento.

Naturaleza jurídica del requerimiento.—Según sentencia de 1 de junio de 1987, en cuanto a la naturaleza jurídica y efectos del requerimiento, no hay ninguna objeción jurídicamente atendible en nuestro derecho que impida calificar el requerimiento del artículo 1.504 del Código civil, como un acto jurídico complejo integrado en su fin principal como una declaración unilateral de la voluntad, a la que la ley anuda un efecto resolutorio contractual, condicionada, es decir, en la finalidad última, que es el ejercicio de la jurisdicción, se condiciona o se subordina al cumplimiento de un acto, el pago por el deudor comprador, por lo que se integra una verdadera y propia declaración unilateral de voluntad examinada a la resolución del contrato de compraventa, obstativo del pago posterior del precio por el deudor, resultando preferente el cumplimiento de cualquier pacto negocial, establecido entre las partes, dentro de los límites del artículo 1.255 del Código civil.

Improcedencia de la resolución.—La equidad resplandece con la decisión estimatoria del motivo, y por ende, del recurso interpuesto por el comprador, pues mal se puede compaginar la precisa y mantenida voluntad del vendedor de resolver el contrato, con la concesión, dos meses después del requerimiento, de un nuevo plazo al comprador, facultándole para que pueda cumplir las obligaciones pendientes, no patentizándose en el deudor, de forma indubitada la existencia de una voluntad rebelde al cumplimiento de sus obligaciones, a lo que se une la circunstancia de haber transferido el comprador la finca a otra persona, lo que explica la petición subsidiaria del actor a la condena al pago del resto del precio. (Sentencia de 15 de noviembre de 1989. Ha lugar).

HECHOS.—1) Por documento privado de 19 de agosto de 1983 —ff. 4 y ss. autos— el actor vende al demandado una finca olivar de su propie-

dad, libre de cargas y gravámenes, por el precio de 3.050.000 ptas., con arreglo a las siguientes condiciones, a destacar: cl. 2.^a a) en el acto de la firma del contrato se entrega la suma de 1.050.000 ptas., y b) los 2 millones restantes «serán satisfechos transcurridos 18 meses a contar de la fecha del otorgamiento de este contrato. No obstante, el comprador, caso de serle posible, podría anticipar tal cantidad aun antes del plazo establecido»; 3.^a: En el caso de que transcurrido el plazo fijado en el apartado b) de la cláusula anterior sin que el comprador abonase tal resto de precio, la venta quedará resuelta, viniendo el comprador obligado a devolver la posesión de la finca a su propietario y quedando a favor de éste la cantidad señalada en el apartado a) de la cláusula anterior, perdiendo el comprador el derecho a interesar su devolución. 4.^a: El comprador tomará posesión del olivar una vez que el mismo sea desalojado por el arrendatario... 6.^a: El otorgamiento de la escritura pública se otorgará simultáneamente a la entrega del resto del precio referido en el apartado b) de la cláusula II.

2) Aparece acreditado, además: a) Que aparte de la entrega inicial de esas 1.050.000 ptas. por el comprador se entregó un millón de pesetas a cuenta del pago del precio en 25 de junio de 1985, tras el requerimiento de pago del resto del precio que le dirigió el vendedor por conducto notarial en 4 de marzo de 1985, habiendo sido aceptada dicha cantidad por el vendedor a cuenta del precio pendiente; b) que a su vez, por el comprador se le hizo saber al vendedor su obligación de otorgar escritura pública de venta simultáneamente a la recepción del resto del precio, sin que las partes se hayan puesto de acuerdo para proceder a la consumación de sus respectivas conductas en orden a lo así convenido; c) que el comprador tomó en su día posesión de la finca, y a su vez ha vendido la misma a tercera persona, sin que consten otras circunstancias de su venta.

COMENTARIO.—Dentro de la frondosa jurisprudencia de la Sala 1.^a recaída sobre la resolución de la c.v. de inmuebles por incumplimiento de la obligación de pagar todo o parte del precio, merece alguna anotación la aquí extractada, cuyos hechos básicos se recogen oportunamente en el 2.º FD. Que el comprador haya vendido la finca sin haber terminado de pagar el precio, no parece que arguya buena fe por su parte; la ineficacia del requerimiento, a efectos resolutorios, se argumenta sobre la base de la aceptación de un pago parcial, pero en el contrato existía una cláusula resolutoria expresa para el caso de impago del resto del precio dentro de los 18 meses de celebrado el contrato; no está clara, por otro lado, que la realización del último pago se condicionará al otorgamiento de escritura pública, por lo que cae por su base razonar un supuesto incumplimiento del vendedor. La expresa invocación de la equidad como fundamento de la estimación del recurso no parece oportuna existiendo una normativa completa y orgánica sobre la materia. Una observación final: el último FD resulta, en parte, ininteligible al abusase en su desarrollo de incisos entre paréntesis. (G.G.C.).

10. Responsabilidad decenal por ruina. Presunción «iuris tantum» de culpa.—La responsabilidad «ex lege» derivada del artículo 1.591 del Código civil

lleva consigo la existencia de una presunción «iuris tantum» de que si la obra ejecutada padece ruina, ésta es debida a las personas que en ella intervinieron, de tal forma que los actores sólo han de probar el hecho de la ruina.

Responsabilidad solidaria.—La ha establecido la doctrina legal al interpretar el artículo 1.591 del Código civil, no sólo en los casos en que se acredite la concurrencia en el resultado de todos los que intervinieron en la obra, sino también para aquéllos otros en que no haya sido posible individualizar la responsabilidad o la cuota de responsabilidad de cada uno de los partícipes en la construcción.

Ruina funcional.—La moderna doctrina de esta Sala tiene establecido que el término «ruina» utilizado por el artículo 1.591 del Código civil ha de entenderse no sólo en el sentido de «ruina física», sino ampliado a aquellos defectos de construcción que, por exceder de las imperfecciones corrientes, constituyen una auténtica violación del contrato, viniendo a significar defectos constructivos graves o inadecuados al fin o destino de la obra; se configura así el concepto de «ruina funcional», superador del significado riguroso y estricto de arruinamiento total o parcial de la obra hecha. (Sentencia de 28 de octubre de 1989. No ha lugar).

HECHOS.—Una empresa dedicada al comercio de productos de alimentación contrató a dos constructoras y diversos técnicos para construir un gran almacén. Una vez entregado el almacén, se observó que en el suelo de la nave aparecían grietas y fisuras. Por este motivo, la empresa comitente demandó solidariamente a todos los que intervinieron en la construcción del almacén, solicitando la reparación de los vicios e indemnización de daños y perjuicios.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial estimaron la demanda. No prosperaron los recursos de casación interpuestos por el aparejador y una de las constructoras.

NOTA.—Esta sentencia acoge la doctrina mantenida por nuestro Tribunal Supremo en relación con el artículo 1.591 del Código civil (cfr., Cabanillas, La evolución de las responsabilidades en la construcción, en *Centenario del Código civil*, I, 1990, pp. 358 y ss.). Tal vez la afirmación más interesante de la sentencia radica en afirmar la presunción «iuris tantum» de culpa del profesional de la construcción cuando tiene lugar la ruina. El acierto del Tribunal Supremo ofrece pocas dudas, ya que si la ruina acontece durante el plazo de garantía decenal, hay que presumir que no se debe al caso fortuito o la fuerza mayor. El propio sentido del plazo de garantía decenal corrobora esta interpretación, pues sólo cuando han transcurrido los diez años se comprueba la solidez de la obra inmobiliaria y desaparece la sospecha de que la eventual ruina se debe a la conducta culpable del contratista, del arquitecto o del técnico. Esta tesis es confirmada por los antecedentes históricos del artículo 1.591 (Ley 21, título 32, parte 3.^a y glosa de Gregorio López, y comentario de García Goyena al art. 1.532 del Proyecto de 1.851) y viene exigida por la adecuada protección del comitente o de los adquirentes de viviendas con defectos de construcción, en línea con el principio constitucional de protección del consu-

midor (arts. 51 y 53.2 de la Constitución y Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios). Con anterioridad a la sentencia anotada, nuestro Tribunal Supremo admitió la presunción «*juris tantum*» de culpa en algunas sentencias: las de 14 de noviembre de 1978, 11 de noviembre de 1982 y 31 de enero de 1985. También tiene interés la de 7 de noviembre de 1989, que se extracta en este fascículo del ADC. (A.C.S.).

11. Responsabilidad de arquitectos-directores por vicios en la obra. Deber de vigilancia de lo ejecutado. Carga de la prueba.—Resulta de elemental comprensión que, ante cualquier acción de reclamación por ruina de una obra instalada frente a los arquitectos-directores de la misma, éstos han de desplegar, en vía de defensa o descargo, los argumentos precisos para desvirtuar aquella responsabilidad, y uno de los más sobresalientes será el atinente con la observancia por su parte de sus elementales deberes profesionales, entre los que se encuentra el relativo a la vigilancia de lo ejecutado.

Responsabilidad de los arquitectos-directores y no del contratista.—Dada la complejidad de las normas técnicas sobre la calidad del material a emplear, y que lo fue por encargo de la propiedad y previo asesoramiento de los arquitectos, ha de concluirse en que por la contratista en nada se vulneró su prestación. (**Sentencia de 7 de noviembre de 1989**. No ha lugar al recurso interpuesto por los arquitectos. Ha lugar en parte al recurso interpuesto por el contratista).

HECHOS.—Una cooperativa acciona contra los arquitectos y el contratista, a fin de que se les condene solidariamente a pagar el importe de todas las obras y materiales necesarios para desmontar los pavimentos de madera y de semigrés y sustituirlos por otros idóneos en todas y cada una de las viviendas, con abono de daños y perjuicios.

La sentencia del Juez de Primera Instancia estima en parte la demanda. La Audiencia Territorial revoca parcialmente la anterior, condenando solidariamente al contratista y a los arquitectos a que paguen a la actora las obras y materiales del parquet mencionado, confirmándola en el resto. No prospera el recurso de casación interpuesto por los arquitectos, mientras que sí prospera el interpuesto por el contratista.

NOTA.—Esta sentencia confirma una vez más que no siempre juega el sistema de la responsabilidad solidaria en el marco de las responsabilidades en la construcción, sino que nuestro Tribunal Supremo se inclina prioritariamente por la responsabilidad parciaria (mancomunidad) y sólo cuando no es posible determinar la proporción en que cada uno de los que han intervenido en la construcción es causante de los vicios o defectos que provocan el daño, acoge el criterio de la solidaridad.

Se destaca que una de las obligaciones profesionales fundamentales del arquitecto-director es la concerniente al deber de vigilancia, cuyo incumplimiento o defectuoso cumplimiento genera la responsabilidad del mismo. Sería causa de un vicio de dirección, en los términos del artículo 1.591 del Código civil.

La carga de la prueba de que el arquitecto-director ha incumplido el

citado deber de vigilancia y, en general, cualquiera de sus deberes profesionales, no recae sobre el comitente perjudicado (o sobre el adquirente de la vivienda), sino que éste ha de probar el daño (por ejemplo, la ruina del edificio o que el parquet era defectuoso), siendo el arquitecto el que tiene que demostrar que ha cumplido diligentemente sus deberes profesionales.

Nuestro Tribunal Supremo acoge una marcada tendencia a la objetivación de la responsabilidad de los profesionales de la construcción, o lo que es lo mismo, a la culpa presunta, que determina la inversión de la carga de la prueba (sentencias de 14 de noviembre de 1978, 11 de noviembre de 1982 y 31 de enero de 1985). (Cfr., Cabanillas, La evolución de las responsabilidades en la construcción, en *Centenario del Código civil*, I, 1990, p. 359). (A.C.S.).

12. Calificación de los contratos. Arrendamiento de servicios.—La calificación e interpretación de los contratos viene atribuida a la soberanía de los Tribunales de Instancia, debiendo mantenerse en casación, salvo que devenga ilógica, desorbitada o vulneradora de algún precepto legal. El contrato en cuestión deberá calificarse como de arrendamiento de servicios, de acuerdo con la definición del artículo 1.544 del Código civil, sin perjuicio del respeto y prevalencia de las estipulaciones convenidas, cuya validez y eficacia se encuentra amparada por el contenido de los artículos 1.254 y 1.255 del precitado texto legal, sin que ello sea óbice a que el contrato, en su encabezamiento, se califique como de «prestación y regulación de servicios profesionales de alta dirección».

Persona jurídica.—Fuesen cuales fuesen las relaciones de interdependencia y conexión interna existentes entre empresas integrantes de un «holding», y controladas mayoritariamente por un mismo grupo social o de personas, los vínculos y consecuencias de las distintas relaciones laborales se circunscriben y agotan su eficacia a y en la sociedad con la que se contrató.

Despido. Dimisión.—Aunque en los documentos reseñados no aparezca reflejado el hecho material de un despido y sí, en cambio, una dimisión de las funciones y cargo desempeñados por el Sr. B., ello no permite olvidar la práctica internacional y generalmente aceptada en el ámbito económico social de las personas jurídicas, relativa a que los supuestos de cambio, sustitución y transmisión de su titularidad van acompañados, como si se tratase de un valor entendido, de la dimisión o renuncia de los altos cargos directivos y de superior confianza, siendo esto lo que aconteció en el caso de autos.

Desigualdad y desproporcionalidad de las cláusulas contractuales.—No es posible olvidar que la contratación de los altos cargos directivos se caracteriza, en el mundo empresarial, por los grandes beneficios y ventajas otorgados al así contratado, que suelen hacerse extensivos a los supuestos de extinción o cesación, para compensar, de ese modo, la plena dedicación y absorción que representan esos cargos, la incertidumbre de futuro que llevan consigo y los múltiples avatares a que están sometidos los que la desempeñan, ni olvidar, menos aún, la libertad

contractual que preconiza el Código en sus artículos 1.254 y 1.255. (Sentencia de 20 de julio de 1989. No ha lugar).

HECHOS.—El Sr. Bernat y el Banco de Finanzas S.A. celebraron en 1981 un contrato que las partes denominan «prestación y regulación de servicios profesionales de alta dirección» y en el que el Sr. Bernat se reconoce «Consejero-Director General»; el accionista mayoritario del citado Banco («Grupo F.») vende la mayoría de las acciones del mismo a otro Banco (91 por 100 del capital social), acordándose el despido del Sr. Bernat. El Sr. Bernat reclama al Banco de Finanzas, al «Grupo F.» y al Banco comprador de las acciones una cantidad, alegando una antigüedad en la empresa desde el año 1952, fecha en la que inició su relación de trabajo con el «Grupo F.».

En Primera Instancia se estima la falta de legitimación pasiva del «Grupo F.» y del Banco adquirente de las acciones. Se condena al Banco de Finanzas al pago de una cantidad menor a la reclamada, afirmándose que «el sentir y significación literal y espiritual del contrato y la correlación entre sus cláusulas no permite, en ningún caso, concederle una antigüedad superior a la reconocida en la Estipulación 1: «antigüedad profesional en puesto o cargo de Alta Dirección en Banca desde el 1 de noviembre de 1969, es decir, de 12 años y un mes a la fecha del documento». La apelación interpuesta por el demandante y por el Banco condenado no prospera. No ha lugar al recurso de casación interpuesto por los dos. (I.G.P.).

13. Arrendamientos urbanos. Calificación de los contratos. Ambito de aplicación de la LAU: Exclusión de los arrendamientos de temporada.—La calificación jurídica de todo contrato responde a una labor de interpretación y ésta es facultad privativa de los Tribunales de instancia, y su criterio ha de prevalecer en casación, aun en caso de duda, a no ser que el resultado fuese notoriamente ilógico o diese lugar a una clara infracción de alguna específica norma de exégesis contractual.

El concepto alojamiento (cierto modo de hospedaje), unido a «turístico» (como referente al turismo, viajar por distracción y recreo), viene a expresar alojamiento de personas viajeras generalmente por poco período de tiempo, y es bien distinto al concepto de vivienda como lo entiende nuestra Ley de Arrendamiento, la cual, si se caracteriza por su marcada protección al inquilino lo es en razón de la función social que significa el proporcionar y mantener el que va a constituir el «hogar» de una familia, ante la escasez de viviendas, propia de la época en que dicha legislación especial se inicia; matiz social y proteccionista muy distinto, incluso contrario, al que es propio de la legislación común, en la que el arrendamiento urbano no es una excepción a las normas generales de la contratación presididas por la autonomía y por la libertad privada. Este dualismo impone la necesidad frente a cada contrato de decidir a qué órbita pertenece, siendo de tener en cuenta que la propia Ley de Arrendamientos excluye de su ámbito —remitiéndolos a la legislación común— determinados contratos de arrendamientos urbanos, pero sin que la enumeración sea completa, seguramente debido a que el propio legislador estimó que era innecesaria, dando por hecho que hay contratos que por sí mismos se excluyen, al no encajar en los tipos regulados por dicha

Ley de Arrendamientos Urbanos, que los centra primordialmente en «viviendas» o inquilinato y «locales de negocio», y es porque aquella especialidad y finalidad social está justificada solamente en dichos supuestos, y aún más, especialmente, el tratarse del arrendamiento de una «vivienda» en su significación de «morada-habitación», que le es propia para sí y su familia de una manera permanente y estable, lo que conocemos por residencia o domicilio, de tal modo que de no darse esta circunstancia, el arrendamiento no lo será propio de dicha legislación especial y quedará sometido a la común, dando con ello lugar a los conocidos como «complejos» o «atípicos». (STS de 10 de octubre de 1989. No ha lugar).

HECHOS.—Habiéndose celebrado un contrato, que las partes califican de arrendamiento turístico, cuyo objeto de arrendamiento es el de cincuenta y dos apartamentos amueblados en una unidad, para ser ocupados por terceras personas calificadas como turistas, y con una serie de cláusulas especiales y complejas, el actor interpuso demanda sobre deshaucio de industria por expiración del término contractual, suplicando se condenará a la sociedad demandada a desalojar inmediatamente los apartamentos, dejándolos a la libre disposición de su propietario y devolviéndole la posesión de los mismos y de todos los muebles, enseres e instalaciones señalados en el inventario.

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.).

14. Arrendamiento de inmueble con opción de compra: Naturaleza del derecho de opción.—El derecho de opción no pierde su naturaleza personal por la circunstancia de permitirse su inscripción en el Registro por el artículo 14 RH, pues ello sólo representa el reconocimiento de su aspecto registral para el caso de acceder a aquél, lo que en el caso de autos no tuvo lugar; la sentencia de 30 de noviembre de 1988 no cabe que incida respecto a la susodicha naturaleza, toda vez que el derecho de opción, de categoría intermedia entre los derechos personales y reales, entraría en la de éstos en el caso de tener acceso al Registro.

Opción concedida a pluralidad de optantes: Indivisibilidad: interpretación.—Como en el contrato se concedió el derecho de opción al conjunto de personas que en él se mencionaban, sin ninguna alusión preferencial sobre alguna de ellas, es claro que aquel derecho no podía configurarse cual de índole divisible, entendiéndose que al oferente no podía serle indiferente el ejercicio de la misma en bloque o en beneficio individual, lo cual es de todo punto lógico, ya que al oferente puede serle de interés y conveniencia personal la materialización de la opción en las personas con las que trató sigularmente.

Renuncia traslativa en favor de uno de los optantes: Subrogación: eficacia interna y no frente a lo oferentes.—La renuncia no podía hacerse con la libertad absoluta y consecuencias pretendidas por los optantes, en cuanto que, según los términos del contrato, la opción no resultaba divisible; y si bien los documentos aportados pudieran suponer una explícita subrogación entre los optantes, al renunciarse a la opción en beneficio de uno solo, tal cosa afectaba a los propios

optantes entre sí y exclusivamente, pero sin trascendencia, para los oferentes ante su falta de intervención en tal incidencia y su no prestación de consentimiento al respecto.

Carácter subsidiario del arrendamiento: Resolución por ineficacia del ejercicio de la opción.—La sentencia recurrida no desconoció, ni negó, la naturaleza subsidiaria del arrendamiento en relación con el derecho de opción, antes al contrario reconoció explícitamente ese carácter; tampoco es exacto que la renuncia a la opción implicase la del arrendamiento, sino que la sentencia recurrida argumenta que éste debe quedar resuelto pues el optante, por un lado, no ha demostrado interés por él, haciéndolo sólo por la opción, y, por otro lado, la renuncia de parte de los optantes hace inviable también su existencia con el que queda. (Setencia de 6 de noviembre de 1989. No ha lugar).

NOTA.—Algunas reservas cabe hacer a esta sentencia, de la que ha sido Ponente Barcala Trillo-Figueroa. La argumentación básica para desestimar el recurso es el carácter indivisible de la opción concedida a cuatro optantes sobre un piso dedicado a oficinas, en una calle céntrica de San Sebastián; el plazo de ejercicio era de 18 meses y el importe o precio del piso ofrecido en venta era de 14 millones de pesetas. Dentro del plazo de ejercicio, tres de los optantes renuncian su derecho en favor del cuarto optante, decisión que se comunica a las oferentes. No figura ninguna cláusula prohibitiva de la cesión en el contrato constitutivo de la opción, y de sus términos tampoco parece que se otorgase ésta «intuitu personae». Parece lógico concluir sobre el carácter transmisible de aquel derecho a tenor del principio general contenido en el artículo 1.112 del Código civil. Si se acepta la analogía entre el derecho (real) de opción y el retracto convencional, acaso pudieran invocarse los artículos 1.514 a 1.517 para justificar la existencia de un cierto criterio legal favorable a la indivisibilidad de los derechos reales de adquisición que pertenecen conjuntamente a varios titulares. Sin embargo, el argumento no resulta concluyente, pues lo que el Código civil pretende es impedir el ejercicio «pro parte» del retracto convencional, y no prohíbe, sino que estimula, que se pongan de acuerdo para el ejercicio conjunto (art. 1.515 «in fine»). Precisamente, en el caso de esta sentencia, las renunciaciones traslativas en favor de uno de los cotitulares de la opción presuponen ese «acuerdo» para que ésta se ejercitara «in toto». Por otra parte, el que aparece como cesionario de los demás optantes no es un tercero, extraño al círculo inicial de cotitulares, sino uno de ellos concretamente, por lo que el supuesto interés de las oferentes en contratar con las personas con las que inicialmente concertó la opción, se difumina y no puede invocarse como sustento de la indivisibilidad del derecho, pues este optante es también uno de los contratantes originarios.

También sorprende esa alegación, hecha de pasada, sobre la «categoría intermedia entre los derechos personales y reales» que atribuye la sentencia al derecho de opción, contradictoria con la anterior afirmación de ser un derecho personal.

Las anteriores dudas sobre la indivisibilidad de la opción se proyectan

sobre la del arrendamiento, aunque hay aquí actos propios de renuncia al mismo por parte cotitular que devino titular único. (G.G.C.).

15. Arrendamientos urbanos: Declaración de existencia en procedimiento judicial sumario: simulación.—Como cuestión de hecho no impugnada debidamente, ambas sentencias de instancia consideran inexistente el arrendamiento de la vivienda y del local objeto de ejecución hipotecaria, teniendo su alegación como único objeto frustrar los legítimos derechos de los acreedores y de los futuros adquirentes de los bienes hipotecados, de modo que se aparentaron unos contratos de arrendamiento que nunca se concertaron, ni oralmente ni por escrito, si se cumplieron realmente.

Error de hecho: No puede invocarse.—Carecen de virtualidad para resolver litigios sobre derechos sustantivos, dos certificaciones del Ayuntamiento, una de ellas de empadronamiento y otra de licencia de obras, máxime cuando en este caso hay escrituras públicas incompatibles con aquéllos; las contestaciones del Depositario y de la Sindicatura del concurso, de haber cobrado rentas, aparte de no ser documentos, sólo demostrarían un percibo de rentas posterior a la fecha de la hipoteca.

No hay prórroga del arrendamiento si es inexistente.—No puede hablarse de prórroga del contrato arrendaticio si tal contrato carece de existencia, ni puede hablarse en este supuesto litigioso de ejecución de sentencia de desahucio, ni de trámites con relación al mismo.

Ejecución hipotecaria: Arrendamientos constituidos con posterioridad a la constitución de la hipoteca.—El artículo 131.1.17 LH prevé la cancelación de los derechos reales posteriores a la hipoteca, y permite que, libres los bienes gravados de esos derechos reales, se ponga en posesión judicial de los mismos al adquirente; al no existir a favor de los recurrentes derecho alguno sobre los bienes, ni de carácter real ni personal, es evidente que han de desalojarlos, sin que pueda considerarse que ello infringe el artículo 2.057 L.e.c., que se refiere evidentemente a los terceros «de mejor derecho», consideración que en modo alguno ostentan los recurrentes frente al adjudicatario de los inmuebles, constando que los actos de ocupación o, incluso, de haber existido los arrendamientos, tal posesión, arrendaticia o no, surgió con posterioridad a la constitución de la hipoteca y a la declaración de concurso de acreedores.

Eficacia real de la hipoteca: Improcedencia de invocar jurisprudencia recaída sobre arrendamientos protegidos anteriores a la hipoteca.—No puede desconocerse la eficacia real de la hipoteca, ni el efecto, también de carácter real, de la atribución del dominio de los inmuebles al adjudicatario en procedimiento judicial sumario; máxime cuando los recurrentes carecen de todo derecho a la ocupación de los bienes; la doctrina jurisprudencial que se cita en el recurso parte de la base de la prueba de unos contratos de arrendamiento, sujetos a leyes especiales, existentes con anterioridad a la constitución y ejecución de la hipoteca, supuesto de hecho que no concurre en el caso debatido.

Posesión precaria.—La situación como mera posesión de facto de precario, carece a estos efectos de protección jurídica frente a derechos reales plenos, como se deduce del artículo 131.17 LH, y de la naturaleza misma del procedimiento judicial sumario, que no permite el ejercicio de acciones personales, ni previa discusión o contención, tanto en sus trámites como en las consecuencias de la adjudicación real en el mismo verificado, como ya reconoció la sentencia de 22 de abril de 1987.

Congruencia.—Las sentencias absolutorias y desestimatorias de la demanda no son incongruentes, puesto que con la desestimación de la acción resuelven todos los puntos litigiosos objeto del debate; no difiere el fallo de primera instancia, después confirmado totalmente por la Sala, de lo pedido en la demanda, siendo evidente que si la sentencia recurrida niega la existencia de los argüidos arriendos, no puede reconocerse la cualidad o condición de arrendatarios a los que los ocupan, ni puede reconocerse la vigencia de tales contratos al adjudicarse la finca a la entidad recurrida. (**Sentencia de 17 de noviembre de 1989.** No ha lugar).

NOTA.—Sentencia plenamente de aprobar (Pte. Santos Briz), notable por la minuciosidad con que resuelve los aspectos sustantivos y procesales suscitados por el recurso, irremisiblemente encaminado a su desestimación, dada la claridad de los hechos. El deudor hipotecario, al constituirse la hipoteca, declara no estar sujetos los bienes a carga alguna y se compromete a no arrendarlos: cae en concurso de acreedores y después de iniciado el procedimiento judicial sumario, aparecen unos supuestos arrendatarios unidos por estrechos vínculos de consanguinidad y afinidad con el deudor. Las relaciones entre arrendamiento especial e hipoteca han sido objeto de abundante literatura y jurisprudencia, pero la sentencia extractada se cuida de subrayar, con acierto, que en el caso de autos no cabe invocarlas en defensa de los recurrentes por tratarse de una aplicación, pura y simple, de la eficacia cancelatoria de la ejecución hipotecaria; las dos sentencias de instancia coincidentes convencen de la finalidad exclusivamente dilatoria del recurso de casación. (G.G.C.).

16. Arrendamiento de oficinas en favor del Estado: Cláusula de revisión de rentas: reclamación previa en vía gubernativa: innecesariedad: carácter restrictivo por ser privilegio: cumplimiento por arrendador en órgano incompetente: deberes de la Administración.—El ámbito del artículo 138 de la Ley de Procedimiento Administrativo, en relación con la excepción 7.^a del artículo 533 L.e.c., ha de limitarse al ejercicio de pretensiones o acciones autónomas, pareciendo evidente que de la expresada característica, carece la simple aplicación y cumplimiento de una cláusula de actualización de renta que la Administración del Estado, en su calidad de arrendataria, ya tiene pactada y expresamente aceptada en el respectivo contrato de arrendamiento, para lo que debe bastar la notificación por escrito del arrendador y la correlativa aceptación, expresa o tácita, por el arrendatario; pese a la declarada innecesariedad, tampoco puede afirmarse que la arrendadora haya omitido tal reclamación previa, pues la misma aparece formulada en el escrito por el que la arrendadora notificó a la Administración arrendataria la realización de tal actualización, cuya autenticidad está reconocida, y en cuyo último

párrafo, expresa su deseo de que el mismo «tenga carácter de reclamación previa», sin que sea atendible la objeción de haber sido dirigido dicho escrito a órgano administrativo incompetente para resolverla, pues si el Director General del Patrimonio del Estado estimaba carecer de competencia para ello, debió remitirlo al órgano que la tuviera, conforme al artículo 8.2 de la LPA, sin que el administrador deba sufrir las consecuencias del incumplimiento por la Administración de dicho precepto, y por otro, teniendo en cuenta el carácter restrictivo con que ha de ser interpretado el alcance de la reclamación previa, dada la evidente naturaleza de privilegio que la misma ostenta, no puede exigirse al administrado, para poder obtener tutela judicial de su derecho, la sucesiva repetición, por meros defectos formales, de un trámite administrativo que, pese a ser innecesario, en este supuesto, ya había sido cumplimentado.

La casación se da contra el fallo.—Según reiterada doctrina de esta Sala, la casación se da contra el fallo de la sentencia recurrida y no contra los razonamientos contenidos en sus fundamentos de derecho, por lo que no cabe estimar el recurso cuando haya de mantenerse el fallo de la sentencia recurrida, aunque sea por otros razonamientos jurídicos distintos de los que ésta tuvo en cuenta.

Caducidad de la acción de revisión contractual de rentas: Prescripción de 15 años.—La más reciente doctrina de esta Sala tiene declarado, de manera uniforme, reiterada y ya pacífica, que el plazo de caducidad de tres meses que establece el artículo 106.1 LAU sólo es operante cuando se trata de acciones fundadas en los supuestos legales de elevación contemplados en los artículos 99 y 100 de dicha Ley, pero no lo es en relación con una cláusula contractual estabilizadora en cuanto no se busquen efectos de retroactividad, y simplemente se inste ponerla en ejercicio para el futuro, en cuyo caso, que es el contemplado en este supuesto litigioso, no interviene la expresada caducidad, sino el plazo de prescripción de 15 años del artículo 1.964 del Código civil.

Régimen jurídico de la actualización contractual de renta.—Los supuestos de actualización negocial o contractual de renta, encuentran su soporte legitimador en la autonomía de la voluntad que reconocen los artículos 97, 98 e inciso final del apartado 1 del artículo 100; respecto de éste último, esta Sala, superando vacilaciones anteriores, tiene declarado en su doctrina más reciente, que tal precepto es aplicable también a las actualizaciones de renta pactadas por las partes (sentencias de 19 de junio de 1985, 12 de junio de 1988, entre otras). (**Sentencia de 15 de noviembre de 1989.** No ha lugar).

NOTA.—Impecable argumentación desestimatoria del recurso interpuesto por el Sr. Letrado del Estado (Ponente Morales Morales), en la que se va al fondo del asunto al tiempo que se aprovecha la oportunidad para brindar una doctrina muy completa de ese privilegio (¿inconstitucional?) que supone hoy el requisito de la reclamación previa cuando se demanda al Estado. En primer lugar, se delimita con precisión la exigibilidad legal del mismo: sólo para el ejercicio de pretensiones o acciones autónomas; ello conduce a considerarlo innecesario en el caso, pues se trata de hacer valer una cláusula revisora de renta previamente aceptada por el Estado.

Pero, a mayor abundamiento, sentando como hipótesis que tal requisito fuera exigible, se expone una muy razonable exégesis del procedimiento para que el administrado pueda cumplirlo, bastando un escrito en el que se haga constar su voluntad en tal sentido, aunque esté dirigido a órgano incompetente, pues el receptor tiene el deber legal de remitirlo al que sea competente. Cuestión no planteada, pero que queda abierta, es si tal privilegio de la Administración Pública aparece hoy como justificado y conforme a la Constitución. De gran trascendencia práctica es la reiterada doctrina sobre el plazo quinquenal de prescripción de estas acciones, no siempre sustentada por la Sala 1.^a, como reconoce la misma sentencia. (G.G.C.).

17. Arrendamiento urbano. Ejercicio de los derechos conforme a las exigencias de la buena fe.—El ejercicio de los derechos conforme a las reglas de la buena fe (art. 7.1 del Código civil y art. 9.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos), equivale, como ya se dijo en la sentencia de 4 de marzo de 1985, a «sujetarse en su ejercicio a los imperativos éticos exigidos por la conciencia social y jurídica de un momento histórico determinado, imperativo inmanente en el ordenamiento positivo»; y no ofrece duda alguna de que se ajusta estrictamente a tales imperativos al arrendador que, teniendo pactada con el arrendatario una revisión o actualización de la renta cada dos años, se ve forzado a pretender, por vía judicial, la efectividad de la misma en el bienio correspondiente, ante la negativa u oposición del arrendatario a llevarla a efecto.

Notificación.—Al no exigir el artículo 101 de la Ley de Arrendamientos Urbanos una forma específica y concreta para la práctica de dicha notificación, sino simplemente que se haga por escrito, es evidente que la hecha por medio de acto de conciliación, de cuya papeleta se dio traslado a la arrendataria, y a cuya celebración sin aveniencia asistió, cumple dicha exigencia, y, por otra parte, la notificación así hecha reúne los demás requisitos exigidos para ello.

Adaptación de la renta a las variaciones del coste de la vida. Cláusula de Actualización.—Para realizar la revisión o actualización de la renta ha de atenderse, en primer lugar y con carácter preferente, a lo que sobre ello hayan estipulado las partes de modo expreso en el contrato correspondiente, pero no establece la doctrina general, de que, siempre y en todo caso, la revisión haya de hacerse sobre la renta contractual y no sobre la renta actualizada durante la vida del mismo contrato.

Es doctrina ya consolidada la de que, a falta de pacto expreso en otro sentido entre las partes, como es el caso que nos ocupa, la revisión ha de hacerse sobre la renta últimamente actualizada y no sobre la contractual inicial. (STS de 5 de julio de 1989. No ha lugar).

HECHOS.—Las partes celebraron un contrato de arrendamiento urbano en el que hicieron constar, de mutuo acuerdo, una cláusula de actualización de la renta.

Los arrendadores solicitaron en su momento a la empresa arrendataria, la efectividad de dicha cláusula, en la que se preveía que la renta estipula-

da se acomodaría cada dos años a las variaciones del coste de la vida, previa notificación mediante acto de conciliación.

La parte actora se negó a que la cláusula de actualización tuviese efectividad.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda de la parte arrendadora. La Audiencia Territorial estimó parcialmente el recurso de apelación. Se desestimó el recurso de casación.

NOTA.—La adaptación o cláusula de actualización se encuentra regulada en el artículo 100 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y se aplicará únicamente, después de que el arrendamiento de que se trate haya rebasado el plazo para el que se concertó, es decir, se aplica sólo a los arrendamientos que se encuentren en situación de prórroga legal.

En un principio, los Tribunales consideraron nulas las cláusulas de revisión de renta, que sólo contemplaran el aumento de la misma en función del índice pactado y no previeran al mismo tiempo la disminución de la renta en caso de disminución del índice en cuestión.

Se distinguía entonces, entre las denominadas cláusulas de estabilización, considerándolas válidas, en cuanto conseguían una armonización del valor de las prestaciones entre arrendador y arrendatario, y las cláusulas de actualización declaradas como nulas, puesto que en aquellos contratos que se pactaban subidas constantes y regulares, la renta podía hacerse tan onerosa para el arrendatario que conculcara su derecho a la prórroga forzosa, debiendo abandonar el local o vivienda por no poder abonar la renta.

Con posterioridad, y debido fundamentalmente a numerosas sentencias de Audiencias Territoriales, entre ellas las de La Coruña de 7 de abril de 1983, Oviedo de 2 de diciembre de 1982, Albacete, de 23 de marzo de 1983 y Madrid de 25 de noviembre de 1985, el Tribunal Supremo fue cambiando de postura, admitiendo la línea de pensamiento apuntada por aquellas sentencias. Y así, en la sentencia de 13 de mayo de 1986, afirma que «la validez de la cláusula de estabilización surge del mandato de los artículos 1.255 del Código civil y 97 y 98 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, sin que pueda ser óbice actualmente a esta conclusión la que anteriormente fue razón legal y de equidad en el contenido doctrinal de la jurisprudencia, que en otros tiempos cumplió una finalidad social justa en orden a que el incremento de rentas suponía o podía suponer una incidencia entre renta y prórroga obligatoria contractual, con la eventual infracción de normas de “ius cogens”, pues esta apreciación ha sido superada según se indica en la trayectoria de la moderna doctrina, cuya eclosión ha sido legalmente expresada en el artículo 9 del Real Decreto Ley 21/1985 de 30 de abril, con la supresión de la prórroga forzosa».

Con respecto a si la revisión de la renta debe realizarse sobre la pactada en un principio, es decir, sobre la renta contractual o sobre la renta acumulada, como botón de muestra baste la sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de abril de 1984, en la que se afirma con respecto a la cláusula de revisión «que lo pretendido no es otra cosa que mantener la equivalencia entre la renta pactada y las incidencias del coste de la vida durante toda la duración del contrato, preservando tales prestaciones que entrañan

la merced arrendaticia de futuras y previsibles alteraciones dinerarias; por lo que para cada incremento ha de tomarse en cuenta como básico el resultado de la variación precedente, y no la inicialmente pactada. (C.G.P.).

18. Arrendamientos urbanos. Tácita reconducción.—Tal institución nunca puede aplicarse por plazo indefinido, habida cuenta de que la inteligencia contractual en tal sentido violaría la idea de plazo concreto y definido que es consustancial al arrendamiento, como exige el artículo 1.543 del Código civil, cuyo correctivo para el caso de omisión o expresión de plazo indefinido es el artículo 1.581 del referido Cuerpo legal sustantivo.

Entrega del objeto arrendado.—El simple hecho de otorgar un contrato de arrendamiento, aunque es significativo en derecho de cesión en tal concepto del local a que afecta, sin embargo, no supone necesariamente que se haya hecho entrega de hecho, o sea con alcance efectivo material, o real, del objeto arrendado, puesto que esta circunstancia puede haber quedado retardada por causas incidentes en el efectivo desalojo del anterior titular de vínculo arrendaticio, en cualquiera de las modalidades que le viniera conferido.

Cierre legal de un local de negocio.—El cierre legal de un local no viene determinado por el hecho de disminución de la actividad, sino por el cese de ésta, ya que lo ha de considerar a tal fin es el no estar abierto al público. (Sentencia de 27 de junio de 1989. Ha lugar).

HECHOS.—El demandante había arrendado dos locales de negocio al demandado, ambos por tiempo indefinido, autorizando en los respectivos contratos al arrendatario a subarrendar los locales. La demanda solicitaba la resolución de los contratos por permanecer los locales de negocio cerrados por más de 6 meses. Durante dicho tiempo, habían sido utilizados intermitentemente para la realización de ciertas actividades políticas, culturales y de domiciliación de una emisora de radio.

La demanda fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia. La Audiencia Territorial revocó la sentencia, estimando la solicitud del demandante y resolviendo el contrato.

El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación por entender que las actividades realizadas, aunque no fueran continuas, no tenían carácter accesorio y que, por ello, no podían considerarse cerrados los locales. Además, uno de los locales había sido subarrendado con anterioridad para la explotación de un bingo y, en el momento de la demanda, se encontraba dicho bingo en situación de cierre provisional, por lo que entiende el Tribunal que el demandado no lo tenía a su disposición a efectos de consideración de cierre de dicho local por su causa. Por tanto, confirma la sentencia del Juez de Primera Instancia y deniega la resolución del contrato. (M.N.C.).

19. Arrendamiento de local de negocios. Principio de «perpetuatio iurisdictionis».—Este principio se haya referido, no sólo a la continuación de las circunstancias que determinan la competencia de un órgano jurisdiccional, al tiempo

de constituirse la relación jurídico procesal, sino también al objeto del proceso, en cuanto que ha de negársele eficacia a las variaciones que después de iniciado el procedimiento introduzca el demandado sobre el estado de los hechos, personas o cosas contemplados en la demanda y contestación, conforme al principio «ut litipendente nihil innovetur»; y es que la cesión del derecho al uso del local litigioso en ningún momento aparece reconocida judicialmente, ni podía así hacerse al negarle validez la parte actora, a la que no puede imponérsele sin las garantías procedimentales de las fases alegatorias y de prueba. (STS de 7 julio de 1989. No ha lugar).

HECHOS.—Las partes celebraron un contrato de arrendamiento de local de negocios, que posteriormente, y como consecuencia de la realización por el arrendatario de unas obras incontestadas por el arrendador, ya que modificaban la configuración del local arrendado, dio lugar a la interposición de demanda de resolución del contrato, siendo estimada y emplazando a la parte demandada a que dejase libre y a disposición del arrendador, la finca arrendada.

Se recurre, no siendo estimado el recurso, puesto que se consideraba necesario cumplir con el requisito del artículo 148.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, esto es, de satisfacer o consignar las rentas vencidas, declarándose nulo lo actuado y firme la sentencia apelada. El recurso de casación no fue estimado. (C.G.P.).

20. Culpa extracontractual. Lesiones en accidente de circulación: Conductor no habilitado: responsabilidad civil de la empresa: artículo 22 del Código penal y artículo 1.903 del Código civil.—El artículo 22 del Código penal atribuye una responsabilidad subsidiaria a las empresas por los delitos o faltas en que hubiesen incurrido sus empleados o dependientes en el desempeño de sus obligaciones o servicios, lo que de hecho no se llega a hacer efectivo sino ante la insolvencia de los que sean criminalmente responsables (art. 21 del Código penal); el artículo 1.903 del Código civil, en cambio, confiere esa misma responsabilidad a las empresas, pero con carácter directo, es decir, al mismo nivel que el dependiente o empleado responsable principal del hecho, por lo que la acción civil, siendo única y la misma, tiene, en este caso particular, un ámbito más amplio e incisivo que la acción civil.

Preferencia de la jurisdicción penal: Acción derivada de delito: sentencia penal condenatoria.—La Ley de Enjuiciamiento Criminal regula en forma preeminente y privilegiada para la jurisdicción penal, el ejercicio de las dos acciones, penal y civil, para el caso de que no se haya renunciado ni reservado para su ulterior ejercicio ésta última, y ello hasta el punto de que, incluso en este supuesto, no podrá ejercitarse hasta concluir la causa criminal; el problema surge cuando, como en este caso, no hubo renuncia ni reserva de acciones civiles y la jurisdicción penal se pronuncia sobre ellas, siendo irrelevante, a los efectos de la aplicación de la cosa juzgada, la forma en que se pronuncie la referida jurisdicción, ya que lo hace con plena soberanía dados los términos literales de los artículos 100, 110, 112, 114 y 116 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a los que implica-

mente nos remite el artículo 1.092 del Código civil, ya que la referida Ley adjetiva es complemento y desarrollo procesal de la sustantividad del Código penal.

Sentencia penal condenatoria: Exclusión de la responsabilidad civil de la empresa: cosa juzgada civil.—Del Resultando de hechos probados de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, que fue aceptado por la Audiencia Provincial, se deduce que, si bien el vehículo accidentado fue entregado por su dueña a la Jefa de Azafatas para una actividad organizada por la empresa «Desarrollo Cultural S. A.», a la que pertenecían el lesionado recurrente, la acusada y sus acompañantes, lo cierto es que la circunstancia de que lo condujera precisamente una persona que carecía, a la sazón, de permiso de conducir, quiebra «toda clase de relación con el cargo que le era propio», según el pronunciamiento de la jurisdicción penal en la sentencia definitiva y firme que añade: «...incluso pese a que, con ocasión de un acto organizado por la repetida empresa, se hubiese ejecutado la infracción punible»; con ello aplica una doctrina contraria a la del Juzgado inferior, pero que, idóneamente o no, declara: «...por lo que no puede alcanzarse a la empresa la responsabilidad civil subsidiaria decretada por el Juzgado de Instrucción»; nos encontramos con un supuesto análogo al que se prevé en el primer inciso del artículo 116 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, puesto que la jurisdicción penal ha enjuiciado plena y soberanamente el problema de la responsabilidad civil subsidiaria, absolviéndola o denegándola, pero afirmando para ello que por las circunstancias concurrentes en el desgraciado suceso «...el acto criminoso culposo ejecutado por la condenada carece de modo absoluto de alguna clase de relación con el cargo profesional que le era propio», lo que equivale a sentar esa quiebra de dependencia, por conducir quien no podía hacerlo legalmente; dependencia en el desempeño de sus funciones que exigen los artículos 21 y 22 del Código penal para la declaración de responsabilidad subsidiaria, y el artículo 1.903 del Código civil para la acción directa por culpa aquiliana, pues el Tribunal penal afirma «la no existencia del hecho de que la civil subsidiaria hubiese podido nacer», lo que extingue la acción civil comentada conforme al primer inciso del artículo 116 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. (**Sentencia de 20 de octubre de 1989.** No ha lugar).

NOTA.—Un aspecto relativamente novedoso de las relaciones entre la acción civil derivada de delito y la que tiene su base en el artículo 1.902 del Código civil, cuya íntima naturaleza, si bien se declara unitaria por esta sentencia, ofrece, no obstante, divergencias de régimen que, en algunos casos, pueden conducir a la indefensión del perjudicado. No deja de causar extrañeza que, en razón a las circunstancias, el caso enjuiciado resulta ser puramente interno de la empresa cuya responsabilidad civil se solicita infructuosamente. Se había organizado una «gimkhana», y para trasladar a varios empleados de la empresa al lugar señalado, alguien ofrece un vehículo a la Jefa de Azafatas, de cuya conducción se encarga otra empleada sin carnet de conducir, y el accidente ocurre «in itinere». Parece obvio que la plena efectividad de la indemnización concedida al perjudicado requería la declaración de responsabilidad subsidiaria de la empresa dentro de cuyo ámbito y esfera normal de actuación ocurre el accidente.

La singularidad del sistema español sobre el régimen de la acción civil «ex delicto», implica conceder al perjudicado una opción a la que pueden

vincularse importantes consecuencias prácticas. Elegir la vía procesal penal suele resultar más cómodo en orden a la práctica de las pruebas, si bien hasta ahora se obtenían indemnizaciones más reducidas.

El caso aquí resuelto muestra otra posible consecuencia desfavorable cuando se trata de imputar la responsabilidad civil a la empresa del autor del daño. El criterio de la jurisdicción penal que ha conducido a declarar la quiebra de la dependencia parece, como mínimo, superficial y simplista. Harían falta más puntualizaciones fácticas que no se encuentran en la sentencia; por ejemplo: ¿cómo llegó la empleada sin carnet, a hacerse cargo del vehículo?; ¿qué intervención tuvo la Jefa de Azafatas?; ¿ningún responsable de la Empresa tuvo conocimiento de que un grupo de empleados suyos se dirigía a una actividad organizada por aquélla, en un coche conducido por una empleada sin carnet?; ¿se habían producido anteriormente hechos similares? La sentencia del Tribunal Supremo salva su opinión al respecto: la doctrina penal firme, idónea o no, es intangible ante la «santidad de la "res iudicata"». Si el Letrado de la parte orientó equivocadamente el ejercicio de la correspondiente acción, «sibi imputet», viene a decirse. La solución produce insatisfacción. (G.G.C.).

21. Culpa extracontractual. Colisión de vehículos en cruce sin preferencia. Doctrina del riesgo: Compensación de culpas.—De los hechos probados se desprende que la colisión tuvo lugar en un cruce de calle con la carretera por la que, sin indicación de preferencia, circulaba el recurrente, que ambos conductores coincidieron en la confluencia, y que el recurrente, yendo a 30 km. por hora, se vió sorprendido por el motorista; con tales hechos, habida cuenta de que ambos conductores crearon el riesgo, que a ambos les incumbe acreditar que obraron con diligencia para desvirtuar así las consecuencias del principio jurisprudencial de que quien crea el riesgo debe responder de los daños por él ocasionados, y que en autos no hay dato alguno revelador de la presencia del grado suficiente de reflexión en ninguno de ambos conductores, de la que hablan, entre otras, la sentencia de 6 de marzo de 1989, se obtiene la conclusión de que la sentencia recurrida, viola la doctrina interpretativa del artículo 1.902, dándose lugar al recurso, y en su virtud, confirmar la sentencia dictada en primera instancia que graduó atinadamente la concurrencia de culpas y limitó a sus estrictos límites la preferencia reglamentaria de un vehículo respecto de los que proceden de su izquierda. (Sentencia de 28 de noviembre de 1989. Ha lugar).

NOTA.—Nada que oponer a la doctrina de esta sentencia, que aplica, frente al criterio de la Audiencia Territorial, la doctrina de la compensación de culpas (Pte. Marina Martínez-Pardo) en un caso que se reitera con frecuencia (colisión en cruces sin clara preferencia). Acaso, destacar la máxima concisión de los FD, cuya extensión no llega a un folio, aunque el razonamiento contiene lo esencial. (G.G.C.).

22. Culpa extracontractual: Muerte por negligencia profesional: sentencia penal absolutoria.—La sentencia penal absolutoria no vincula al Juez civil, quien conserva su libertad de valoración de los hechos enjuiciados para calificarlos de negligencia civil.

Negligencia del médico encargado del servicio de urgencias.—El doctor demandado, tras reconocer al menor en el Servicio de Urgencias de un Hospital Municipal, que presentaba una herida inciso-punzante, lo remitió a Cirugía para ser intervenido, sin enterarse de los padres del mismo las circunstancias en que se produjo aquella, y sin que conste que se interesara en conocerlas de otras personas.

Negligencia del cirujano.—Aunque la intervención del cirujano fue bien practicada, sin embargo, adoleció de un desconocimiento análogo de tales circunstancias.

Negligencia profesional.—Uno y otro médico omitieron en su actuación profesional una medida que ha de reputarse como necesaria, consistente en investigar la causa y circunstancias que provocaron la herida que presentaba el menor, ocasionada al caer desde la terraza de una casa de dos plantas, sobre un hierro de la verja de entrada de unos 17 cms. de longitud, a pesar de estar presentes en todo momento los padres del lesionado: datos que, lógicamente, y como después demostraron los desgraciados acontecimientos posteriores, contribuyeron a agravar el fatal resultado de las lesiones.

Culpa extracontractual de la Auxiliar de Clínica.—Sin conocimientos técnicos adecuados en titulación para ello, asumió funciones de vigilancia y seguimiento del paciente, inmediatamente después de la operación y hasta su salida de turno, siendo sólo después de seis horas cuando avisa al médico, ante la elevada fiebre del paciente y sus alteradas pulsaciones, estando, además, ilocalizable cuando presentándose a la mañana siguiente un cuadro irreversible en el paciente, tuvo que ser éste apreciado por una religiosa, quien urgentemente localizó a otro médico, que ordenó el traslado inmediato del niño a la Unidad de Cuidados Intensivos, donde falleció al poco tiempo.

Compensación de culpas: «Culpa in vigilando» de los padres: improcedencia.—Se alega compensación de culpas, dado que los padres incurrieron en «culpa in vigilando», por permitir que su hijo jugase en una terraza no adecuadamente protegida por barandilla, y sí únicamente por unos maderos; pero la moderna doctrina jurisprudencial, tanto penal como civil, viene desplazando la compensación al campo de lo causal, valorando los comportamientos confluentes en la producción del resultado, tanto desde el lado activo de la infracción (autor), como desde el pasivo de su consecuencia (víctima), y limitando su aplicación a los supuestos en que se produce una interferencia en el nexo casual como consecuencia de la actuación de la propia víctima o de un tercero que no llega a ocasionar la ruptura del nexo de causalidad; en el presente caso, la alegada negligencia de los padres de la víctima se localiza en un momento anterior a la actuación de los demandados, en la que no produce interferencia alguna, por lo que de ninguna manera viene influido el resultado por el comportamiento de aquéllos.

Solidaridad de los responsables: No incompatible con fijación de porcentajes.—La resolución recurrida, aun admitiendo la solidaridad de los demandados —incluso del Ayuntamiento propietario del Hospital— permite que el que de ellos hubiese abonado la totalidad de la deuda pueda reclamar de los restantes, la parte que a los demás corresponda, que se limita a determinado porcentaje, lo

que supone hacer aplicación de la facultad que concede el artículo 1.145.2 del Código civil. (Sentencia de 24 de noviembre de 1989. No ha lugar).

NOTA.—Se va consolidando una doctrina jurisprudencial, en relación con la responsabilidad médica en general, que gira en torno a la existencia de negligencia profesional apreciada con criterios de bastante rigurosidad. En la presente sentencia (Pte. Albácar López) se delimita con precisión de cada uno de los intervinientes en el «acto médico». El médico encargado de la Cirugía de Guardia actúa como buen exponente de esa «Medicina despersonalizada» que denuncian sistemáticamente los opositores al actual sistema de asistencia médica. Observa al niño con una herida inciso-punzante y ordena la intervención quirúrgica. ¿Cambiaría algunas palabras con los padres del lesionado, a quienes debe suponerseles angustiados? En principio, la negligencia del cirujano debe estimarse menor, pues obra siguiendo instrucciones; pero la sentencia le imputa análoga omisión de petición de antecedentes. No está claro el seguimiento del niño operado por parte de ambos médicos; la sentencia dice que queda a cargo de una Auxiliar Clínica no capacitada, quien tarda unas seis horas en advertir a aquéllos de la sintomatología que presenta el menor, y que luego resulta ilocalizable. Pienso que en este defientísimo seguimiento del niño operado, radica la mayor culpabilidad de los médicos, y, eventualmente, del Titular del Hospital.

Resulta habilidosa la invocación de la posible culpa «in vigilando» de los padres, respecto de los cuales no hay dato alguno en el recurso que haga suponer haber sido acusados en algún momento de la muerte de su hijo menor de edad, sin que conste su edad al ocurrir el desgraciado accidente. Es de aprobar la desestimación de esta alegación, pues resulta evidente que la eventual responsabilidad de los progenitores se presenta en un plano muy diverso que la de los médicos. Conviene recordar que la obligación de éstos siempre es de medios y no de resultado, por lo que surge el interrogante de si la muerte no se hubiera producido de haber cumplido los demandados con las obligaciones profesionales. El Ministerio Fiscal hubiera podido acusar a los padres de imprudencia en la vigilancia de su hijo, pero en la sentencia se carece de datos suficientes para valorar la conducta de aquéllos; en cualquier caso, el titular de la posible indemnización sería persona diversa de los padres. Parece claro, por lo demás, que los médicos no pueden ver reducida su condena pecuniaria invocando la eventual negligencia de los padres (como tampoco pueden alegar compensación de culpas frente al causante del accidente de circulación). A mayor abundamiento, la sentencia invoca la facultad discrecional que tienen los Tribunales para reducir la cuantía de la indemnización en caso de compensación de culpas; ello rebaja, a mi juicio, la fuerza del argumento denegetorio, por sí suficiente.

En cuanto a la responsabilidad del Ayuntamiento titular del centro hospitalario, no deja de ser curioso que la sentencia la cuantifica en una cuarta parte, debiendo entenderse que los otros demandados (ambos médicos y la Auxiliar de Clínica) lo son en las tres cuartas partes. Cabe preguntarse cómo determinadas entidades —en este caso, un Ayuntamiento— mantie-

nen servicios sanitarios con importantes deficiencias, tal como se desprende del relato de los hechos probados. (G.G.C.).

23. Culpa extracontractual: Evolución de la doctrina jurisprudencial hacia soluciones cuasi-objetivas: sigue siendo básico el principio culpabilístico.—La responsabilidad por culpa extracontractual, aunque basada orginarmente en el principio subjetivo de la culpabilidad según lo impone el artículo 1.902 del Código civil, ha ido evolucionando en la doctrina jurisprudencial, a partir de la sentencia de 10 de julio de 1943, hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, acepta soluciones cuasi-objetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas consiguientes al desarrollo de la técnica y el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el provecho, la indemnización del quebranto económico sufrido por tercero, a modo de contrapartida del lucro obtenido con la actividad peligrosa; es por ello por lo que se ha ido transformando la apreciación del principio subjetivista, ora por el cauce de la inversión o atenuación de la carga probatoria, presumiendo culposa toda acción u omisión generadora de un daño indemnizable, a no ser que el agente demuestre haber procedido con la diligencia debida a tenor de las circunstancias de lugar y tiempo, demostración que no se logrará con el mero cumplimiento de disposiciones reglamentarias, ora exigiendo una diligencia específica más alta que la administrativamente reglada, entendiéndose que la simple observancia de tales disposiciones no basta para exonerar de responsabilidad cuando las garantías para prever y evitar los daños previsibles y evitables no han ofrecido resultado positivo, revelando la ineficacia del fin perseguido y la insuficiencia del cuidado prestado; pero, sin embargo, la evolución de objetivar la responsabilidad extracontractual no ha revestido caracteres absolutos y, en modo alguno, permite la exclusión, sin más, aun con todo el rigor interpretativo que en beneficio del perjudicado impone la realidad social y técnica, del básico principio de responsabilidad por culpa a que responde nuestro ordenamiento positivo.

Muerte del conductor por derrape del autobús: Inexistencia de culpa en la empresa propietaria.—No cabe la posibilidad de atribuir un mínimo de culpabilidad a la sociedad demandada, dueña del autobús accidentado, que en conjunción con la noción de riesgo, hubiera originado, en relación de causalidad, el resultado dañoso, ya que la circunstancia de que el vehículo, dadas las fechas de matriculación y producción del accidente, hubiese rebasado en algo más de un año el coeficiente máximo de amortización prevenido en la Orden de 21 de diciembre de 1968, es un dato notoriamente insuficiente en orden a acreditar de por sí, un deficiente estado del autobús, especialmente cuando fue objeto de inspecciones periódicas y la última, prácticamente en fechas próximas al siniestro, había resultado favorable, y ello, sin olvidar el buen estado de conservación que ofrecían los neumáticos, todo lo cual descarta la intervención de la empresa en la salida de aquél de la calzada, cuya fase inicial, el derrape o deslizamiento, bien pudo deberse a diversas causas, entre ellas, la influencia del oleaje sobre la calzada de la carretera. (Sentencia de 16 de octubre de 1989. No ha lugar).

NOTA.—La presente sentencia (Pte. Barcala y Trillo-Figueroa) merece alguna acotación, tanto en el método argumental como en el fondo:

Valor de las declaraciones generales de las sentencias.—Son frecuentes, especialmente en materia de culpa extracontractual, y se utilizan para ofrecer un resumen general sobre algún punto concreto. La aquí incluida en el 2.º FD, sintetiza acertadamente las sucesivas etapas de la evolución de la jurisprudencia de la Sala 1.ª sobre el artículo 1.902 del Código civil. Aparte de los riesgos que conllevan las excesivas generalizaciones, conviene advertir que el valor efectivo de declaraciones generales como ésta, resulta engañoso, apareciendo más bien como un «comodín» que se utiliza por el Ponente de turno con finalidades muy diversas, ora para condenar, ora para absolver, como ocurre en el supuesto de esta sentencia. A mi juicio, lo más importante del extenso texto extractado, se contiene en las líneas finales del mismo: «del básico principio de responsabilidad por culpa a que responde nuestro ordenamiento jurídico». Si ello es así, resulta evidente el valor central del artículo 1.902 y su carácter informador de todo el complejo normativo que hoy regula en nuestro derecho la responsabilidad por daños.

La absolución de la empresa propietaria del autobús siniestrado.—El accidente ocurre en uno de los más bellos parajes de la costa guipuzcoana, en la carretera de Zumaya a Zarauz, frecuentemente azotada por el embravecido Mar Cantábrico, circunstancia que no puede ignorar la empresa demandada; el vehículo derrapa hacia la izquierda de la carretera, luego el clásico «volantazo» lo enfila a su derecha colisionando con el pretil de piedra, originándose luego el que el autobús se precipitara hacia el acantilado, perdiendo la vida su conductor; otros datos significativos son que la carretera se encontraba mojada por las salpicaduras del oleaje, que los neumáticos estaban en buen estado, que la fecha de matriculación fue el 13 de julio de 1972, la última inspección con resultado favorable el 12 de noviembre de 1984, pocos días antes del accidente, ocurrido el 6 de diciembre siguiente, en el que también perdieron la vida tres viajeros. El Juez de Primera Instancia estima parcialmente la demanda de indemnización interpuesta por los familiares de las víctimas, mientras que la Audiencia Territorial revoca la sentencia y absuelve a la empresa demandada, resolución que la Sala 1.ª confirma al rechazar el recurso.

El tercer FD declara irrelevante el dato de que el vehículo superara en algo más de un año la vida que la Administración atribuye a estos autobuses de servicio público, y prima la circunstancia de haber superado favorablemente las revisiones periódicas; es decir, favorece el espíritu de ahorro de la empresa a expensas de la seguridad de los viajeros; que los neumáticos estuvieran en buen estado no debe, a mi juicio, ni siquiera ser mencionado; ¡faltaría más! Creo, en resumen, que aquí se ha valorado la conducta de la empresa con los más añejos criterios culpabilísticos que desmienten la solemne invocación de otros principios incluidos en la declaración general ya comentada (en este caso, verdadero «flatus vocis»). En efecto, si otras veces se ha dicho que el mero cumplimiento de formalidades administrativas no elimina la responsabilidad por riesgo creado, no se vé aquí el valor que puede tener una revisión administrativa favorable

una vez pasada y superada la «vida legal» del vehículo. En la zigzagueante doctrina jurisprudencial sobre la materia, la presente sentencia marca otro paso atrás, poco explicable a tenor de las circunstancias. ¿Dónde queda el interés público de la seguridad del transporte de personas por carretera? ¿Hubiera debido el conductor negarse a hacerse cargo de un vehículo vetusto? ¿Pesa sobre los viajeros la carga de denunciar, al inicio del viaje, la antigüedad de aquél? Sentencia difícilmente comprensible y justificable. (G.G.C.).

4. DERECHOS REALES

24. Deslinde de fincas. Acción reivindicatoria.—La carga de la prueba, como es sabido por reiteradas sentencias de esta Sala, actúa, de conformidad con el artículo 1.214 del Código civil, únicamente cuando la prueba no se ha logrado, pero no en casos en que de las pruebas obrantes en autos deriva al identidad física de los inmuebles reclamados. Sobre la base del artículo 384 del Código civil, inciso segundo del párrafo primero, es de observar que, como reiteradamente ha declarado esta Sala, la acción de deslinde sólo interesa a los propietarios de las fincas que están en linde incierta y discutida y no a los demás que tengan perfectamente reconocidos sus límites pues la doctrina de esta Sala exige, como requisito imprescindible para proceder al deslinde de inmuebles, que los límites estén confundidos, de manera que no se pueda tener conocimiento exacto de la línea perimetral de cada propiedad.

Respecto al artículo 348, párrafo segundo, del Código civil, tiene declarado muy reiteradamente esta Sala, que todo lo relativo a la identificación de la finca reivindicada, es cuestión de hecho que no puede contradecirse en casación; que la identificación de la finca implica un juicio comparativo confiado al Tribunal de Instancia con carácter fáctico, y que el éxito de la acción reivindicatoria exige prueba cumplida de la identidad de la cosa, acreditando que el predio reclamado es precisamente el mismo a que se refieren los títulos y demás pruebas en que el actor funda su pretensión; problema que por su naturaleza de hecho (...) está atribuido a la competencia del Tribunal de Instancia. (STS de 3 de noviembre de 1989. No ha lugar).

HECHOS.—El actor interpuso demanda sobre reclamación de herencia, solicitando se declarase en la sentencia que era propietario a título de herencia de dos porciones de tierra cuyos linderos actuales serían los que determinase el Juzgado, y que se condenase al demandado a estar y pasar por tal declaración y a hacer entrega de las parcelas que resultasen delimitadas en el pleito.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Territorial estimó la demanda. No prospera el recurso de casación. (E.A.P.).

25. Propiedad horizontal. Cerramientos de terrazas: Demolición de obras y reposición del piso a su estado anterior.—Sobre la base del artículo 7 de la Ley de Propiedad Horizontal, si como consecuencia de la obra realizada tiene lugar la ruptura de la simetría exterior de la fachada o alteración de la uniformidad

del edificio, resulta evidente que la modificación de la terraza, aunque fuese privativa, supuso una variación o perturbación en la configuración o estado exterior del inmueble, lo que viene a estar en línea con la doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de enero de 1984, al decir que, aun partiendo de que la terraza a nivel forma un todo con el piso y tiene condición privativa por estar destinada al uso exclusivo del titular, no puede ignorarse que las innovaciones en los elementos comunes afectan al título constitutivo y vienen sometidas al régimen de unanimidad y habrá de comprenderse en tal concepto de innovación toda obra que lleve aparejada un cambio en la traza o forma del edificio y, por tanto, las modificaciones de la configuración de la fachada, alterando su aspecto externo, aunque no sean dañadas la estructura o solidez de la construcción; y es modificativa del aspecto de la fachada la obra consistente en cerrar el frente de las terrazas a nivel en la línea de fachada del edificio, con ventanas cristaleras de perfil de aluminio. (STS de 3 de julio de 1989. No ha lugar).

HECHOS.—El propietario de un piso en régimen de propiedad horizontal, sin autorización de la Comunidad de Propietarios a que pertenecía, procedió a realizar unas obras en la terraza del indicado piso, consistentes en adelantar la cristalera central de la terraza hasta casi el borde exterior de la misma (línea exterior de la fachada), incluyendo la porción de terraza cerrada en la habitación contigua, ocupando con ello parte de la terraza volada y aumentando la superficie útil del piso. La Comunidad de Propietarios formuló demanda sobre demolición de obras, suplicando se condenase al demandado a demoler las obras y a reponer el piso de su propiedad, así como la fachada y la terraza del inmueble, al estado que tenían antes de efectuarse dichas obras.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial estimaron la demanda. No prospera el recurso de casación. (E.A.P.).

26. Propiedad horizontal. Desafectación de elementos comunes.—Esta Sala reiteradamente ha declarado que para que los elementos comunes que no lo sean por su esencia o naturaleza (como solar o las cimentaciones), puedan dejar de serlo y transformarse en partes privativas se requiere que la comunidad acuerde por unanimidad su desafectación (sentencias de 12 de noviembre de 1969, 27 de abril de 1976 y 6 de junio de 1979).

Congruencia.—La congruencia hace referencia a la necesidad de que entre la parte dispositiva de la resolución judicial (no entre sus fundamentos, como entiendo el motivo) y las pretensiones oportunamente deducidas en la demanda exista la máxima concordancia y relación y que la contradicción que revela incongruencia ha de resultar de los términos del fallo, no entre los hechos aceptados por la sentencia y el fallo, ni entre las alegaciones que preceden al fallo o que hagan las partes y el fallo mismo, pero sin que pueda apoyarse la alegada incongruencia en la fundamentación del fallo. (Sentencia de 5 de junio de 1989. No ha lugar).

HECHOS.—El recurrente, arrendatario de una tienda, había sido demandado por la comunidad de propietarios del edificio donde se encuentra

dicho local por haber realizado obras en una pared de carga, en el patio de luces y en la puerta de acceso —todos ellos elementos comunes del inmueble— sin mediar las necesarias autorizaciones de los copropietarios.

La demanda fue estimada por el Juez de Primera Instancia, condenando al demandado a restablecer la situación anterior a las obras realizadas. La Audiencia Territorial confirmó la sentencia.

NOTA.—La sentencia, al citar la doctrina reseñada en relación al patio de luces y su posible carácter privativo, parece no considerar al mismo como elemento común por su esencia o naturaleza y, por ello, sería posible su desafectación. No obstante, en opinión de Ventura-Traveset («Derecho de Propiedad Horizontal», Barcelona, 1976, p. 115), el patio de luces es un caso típico de elemento común jurídicamente indesafectable, por lo que cualquier acuerdo, aun tomado por unanimidad desafectando tal elemento, sería nulo. En la misma línea parecen manifestarse otros autores, como Plans Sanz de Bremond, y algunas sentencias de las Audiencias, como las de la Audiencia Provincial de Valencia de 6 de junio de 1963 y 1 de marzo de 1975, la de la Audiencia Territorial de Cáceres de 30 de junio de 1982, etc.

No es ésta, sin embargo, la postura seguida por la mayoría de los autores, por las mismas Audiencias en numerosas sentencias o por el Tribunal Supremo en sentencias como la de 31 de enero de 1985, para la que «...si bien en los edificios en régimen de propiedad horizontal existen unas partes o elementos que por la propia naturaleza de las cosas, tienen que ser necesariamente comunes a los distintos propietarios de los pisos o locales, llamadas por dicha razón esenciales o por naturaleza, tales como cimentaciones, muros, etc., existen, sin embargo, otros, llamados accidentales o por destino, como los patios interiores para dar luz y ventilación a la parte interna del edificio, respecto de los cuales lo mismo puede predicarse su cualidad de comunes..., como atribuirles la condición de privativos...». En el mismo sentido, las sentencias de 30 de junio de 1986 y 17 de septiembre de 1985, entre otras. (M.N.C.).

II. DERECHO MERCANTIL

27. Venta a ensayo o prueba.—El párrafo 2.º del artículo 328 del Código de Comercio, contempla la venta a ensayo o prueba, debiendo tener ésta carácter objetivo, que no atribuye al comprador una potestad para el rechazo por simples razones subjetivas, pero que corresponde al vendedor probar que el ensayo ha sido satisfactorio, bien se contemple la existencia de una condición resolutoria, ya que no hay verdadera venta por falta de acuerdo real en tanto no dé el comprador su conformidad sobre la mercancía sometida al dicho ensayo o prueba. (**Sentencia de 22 de septiembre de 1989.** No ha lugar).

HECHOS.—Don Salvador y don Alberto, propietarios-armadores de un buque pesquero, demandaron el pago del precio del atún entregado a la empresa demandada, afirmando que la compraventa se realizó en firme, previo examen a bordo del pescado capturado, cosa que niega la de-

manda, sentando que la venta de los túnidos, sobre la base de una determinada calidad, se verifica, según uso y costumbre, previa comprobación de que el atún reúne las condiciones que le hagan apto para el consumo y enlatado, lo que no puede determinarse a simple vista, sino con la previa cocción, reveladora de que dicho pescado estaba picado, todo lo cual era conocido por los expresados armadores-propietarios que siguen detentando su dominio.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial desestimaron la demanda. No prospera el recurso de casación interpuesto por los armadores-propietarios. (A.C.S.).

III. DERECHO PROCESAL

28. Principio de la carga de la prueba. Principio de la prejudicialidad penal.—El principio de la carga de la prueba, que en nuestro Ordenamiento jurídico se recoge en el artículo 1.214 del Código civil es puramente subsidiario, en el sentido de que sólo entra en juego cuando no se hubiere apreciado la prueba en la sentencia y su finalidad es la de imputar su falta a quien hubiere debido aportarla (SSTS de 24 de abril de 1986, 23 de septiembre de 1986 y 19 de mayo de 1987). En consecuencia, si se declaran probados los hechos en la sentencia que se impugna, no puede entrar en juego el artículo 1.214 del Código civil, el cual —y conforme a la doctrina de esta Sala—, no puede servir de base al recurso de casación por su carácter genérico.

Conforme al principio de la prejudicialidad penal, la preferencia de ésta sobre la civil no puede nunca ser tan absoluta que en determinadas crisis procesales permitan dirimir algunas de las facetas en el proceso civil. Tal ocurre con aquellas situaciones en que la jurisdicción penal no puede seguir el curso de las actuaciones ante la concurrencia de determinados eventos (como ocurre con los autos de sobreseimiento libre o provisional); así, acreditado que la jurisdicción penal dictó auto de sobreseimiento provisional, es claro que quedó expédita la jurisdicción civil para dirimir cualquier cuestión comprendida en su ámbito. (STS de 22 de septiembre de 1989. Ha lugar).

HECHOS.—El actor, que se dedicaba a la compraventa de artículos de relojería y joyería, con frecuentes desplazamientos portando muestrarios de elevado valor, suscribió una póliza de seguro con una entidad bancaria para cubrir el riesgo de robo. Dicho actor fue víctima de un robo a mano armada, siguiéndose procedimiento penal con auto de conclusión, sobreseimiento y archivo. Dado que a pesar de los requerimientos, no consiguió el cobro de la cantidad reclamada, formuló demanda sobre reclamación de cantidad, solicitando que se condenase a la entidad demandada al pago de 20.000.000 de pesetas.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Territorial estimó la demanda. Prospera el recurso de casación (sobre la base de aplicación indebida del art. 381 del Código de Comercio, que ya no regía —fue derogado por la Ley sobre Contrato de Seguro— al tiempo de ocurrir los hechos). (E.A.P.).

29. Arbitraje de equidad conforme a la Ley derogada: Cláusula compromisoria: excepción de compromiso: solicitud de formalización judicial dentro de plazo razonable: interpretación de las normas según realidad social.—El demandado recurrido no ha incurrido en conducta dilatoria o negligente en cuanto a interesar la formalización del compromiso, dado el escaso lapso de tiempo transcurrido entre el 14 de marzo de 1985 en que se declaró incompetente por razón del lugar el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Valencia, y el 22 de junio de 1985 en que reiteró la pretensión ante el Juzgado de Primera Instancia de Castellón, debiendo estimarse que se interesó de nuevo dentro de un plazo prudencial, dado el número de participantes en el contrato y la posibilidad de llegar a un acuerdo con los mismos sobre tal particular, puesto que, en gran parte, se mostraban favorables a la formalización del compromiso; por lo que se dan las condiciones que la sentencia de 15 de septiembre de 1986 establece para casos como el presente, en la que se sienta una adecuada a la vez que flexible exégesis, acomodada a los actuales momentos históricos, de los artículos 9 al 11 de la Ley de Arbitraje de 1953, los cuales no pueden ser interpretados de modo restrictivo, ni excesivamente literal, ya que de hacerse así, quebraría el espíritu que guió al legislador al confeccionar dicha Ley.

Tutela judicial efectiva: Artículo 24.1 de la Constitución Española: no se viola por pactar cláusula compromisoria.—El Ordenamiento jurídico español concede a los particulares la posibilidad de optar para la solución de sus problema socio-jurídicos entre el cauce o vía jurisdiccional y el extrajudicial; haciendo uso de esta facultad, y de lo dispuesto en el artículo 1.255 del Código civil, los aquí contendientes concertaron acudir al cauce extrajudicial —arbitraje— para solventar las cuestiones que del cumplimiento del contrato entre ellos celebrado pudieran surgir; el artículo 24.1 de la Constitución Española no impide la igualmente constitucional facultad de optar para dicha tutela por el cauce del arbitraje. (Sentencia de 9 de octubre de 1989. No ha lugar). (G.G.C.)

30. Arbitraje de equidad según Ley derogada: Nulidad del compromiso por vicio del consentimiento: intervención de extranjeros.—No resulta acreditado el error que se denuncia en la formación de la voluntad y consiguiente prestación del consentimiento de la entidad Exotflora S.A., puesto que sus dos Administradores solidarios tuvieron conocimiento, con anterioridad al otorgamiento del contrato de compromiso, de las cuestiones sobre las que había de versar éste, dado el contenido del previo requerimiento notarial que se les hizo, constando fehacientemente que el propio recurrente propuso nuevas cuestiones que habían de ser objeto del contrato, lo que contradice sus actuales alegaciones sobre el error padecido acerca del objeto y efectos del mismo.

No intervención de intérprete oficial.—La no intervención de intérprete oficial en el otorgamiento de la escritura pública como exige el artículo 150 del Reglamento Notarial, al ser extranjeros algunos de los otorgantes, no acredita por sí sola el error alegando ni constituye infracción determinante de la nulidad del acto por defectos formales, ya que la forma de los documentos públicos autorizados por Notario se rige por la Ley Notarial, Código civil y otras leyes, y no por el Reglamento Notarial, habiendo interpretado la doctrina el citado artículo

150, en cuanto al carácter «oficial» del intérprete, que no es aceptable una rigurosa interpretación literal del precepto, pudiendo acudirse, según los casos, a intérprete titulado, e, incluso, a intérprete pericial, que es lo que hizo el Notario autorizante de la escritura de compromiso objeto de este recurso; tampoco es prueba del error el que en las escrituras de modificación del compromiso interviniera como intérprete una señora alemana sin que se hiciera constar que conocía el idioma español, conocimiento que, indudablemente, constaba al Notario, por haber autorizado la escritura principal en la que dicha señora actuó como intérprete.

Administradores sociales: Basta la intervención de uno cualquiera en las modificaciones del compromiso: intervención a título personal de los Administradores solidarios.—No resulta necesaria la intervención de todos los Administradores solidarios en el otorgamiento de las posteriores escrituras de modificación del compromiso, habida cuenta de que, por su carácter de solidarios, cualquiera de los Administradores ostenta «ex lege» la representación de la sociedad y la vincula frente a terceros con sus declaraciones de voluntad, sin perjuicio de las acciones que puedan ostentar frente a él, por su actuación, la sociedad o los socios; la intervención de ambos Administradores en el contrato de compromiso, asumiendo, a título personal, el pago de los honorarios de los árbitros en la forma pactada, por el carácter accesorio de esta cláusula, no exige esa pretendida intervención de ambos administradores solidarios en las posteriores escrituras que en nada afectaban a las obligaciones personales por ellos aceptadas.

Poder especial para comprometer en árbitros.—La doctrina de esta Sala ha sentado que la distinción que establece el artículo 1.713 del Código civil en sus números 1.º y 2.º, entre mandatos generales y expresos, se corresponde con las clases mencionadas en el artículo 1.712, equiparándose, así, mandato expreso a mandato especial; la sentencia de 7 de julio de 1932, ha declarado que «si es cierto que no la índole de los bienes, sino la importancia del acto —enajenación, transacción, hipoteca, etc.— es lo que ha servido de fundamento al principio de nuestro Derecho histórico recogido en su artículo 1.713, de que para ejecutar, por otra parte, cualesquiera actos de riguroso dominio, se necesita mandato especial o expreso, y que en consecuencia no precisa que el poder especifique qué bienes han de ser enajenados, hipotecados, etc., bastando que el poder autorice al mandatario, de un modo expreso, para tales actos, no lo es menos que el mandante puede señalar qué clase o cuáles bienes son los que desea enajenar, hipotecar, etc.», doctrina que permite calificar como de expreso o especial el mandato conferido a D.^a Heike D. por Exotflora S.A., ya que en él se le facultaba para proceder al nombramiento de nuevos árbitros y aceptar el de otros, hechos por la otra parte, por lo que no puede apreciarse que actuase con extralimitación del poder conferido.

Efectos de la falta de inscripción del poder.—No produce la nulidad de los actos y contratos realizados por el madatario, sino el efecto que ordenaba el artículo 29 del Código de comercio en su anterior redacción, a saber: «que no podrán utilizarse (los poderes) en perjuicio de tercero, quien, sin embargo, podrá fundarse en ellos en cuanto les fueren favorables», siendo claro que, en este caso, no son terceros, ni la sociedad, ni el otro Administrador solidario; condición

de tercero que sólo concurre en quien contrató con el mandatario cuyo poder no ha sido inscrito.

Naturaleza compleja del contrato sujeto a decisión arbitral.—Además de una relación arrendaticia sobre una porción de terreno, la cual, en atención al destino fijado en el contrato, no estaba sometida a las normas sobre arrendamientos rústicos o urbanos contenidas en el Código civil y en leyes especiales, las partes convinieron un contrato de análoga naturaleza al de cuentas en participación definido en el artículo 239 del Código de comercio, con una cláusula de suministro de agua al propietario cedente, todo lo cual está revelando la naturaleza compleja de las relaciones contractuales que ligaban a las partes que impide incardinarlas dentro de los límites del contrato de arrendamiento; por ello, la resolución de este complejo contrato y la consiguiente recuperación de la finca cedida por su propietario no es cuestión sometida a normas imperativas de orden público que impidan someterlas al juicio de árbitros, ya sean de derecho o de equidad.

Extralimitación de los árbitros: Concesión de suma mayor que la pedida.—Si el objeto del arbitraje es establecido por voluntad de las partes, vinculante para los árbitros en razón al principio de congruencia, esto no implica que los árbitros estén obligados a interpretar este principio tan restrictivamente que se coarte su misión decisoria, ya que la naturaleza y finalidad del arbitraje permite una mayor elasticidad en la interpretación de las estipulaciones que describen las cuestiones a decidir, las que deben apreciar, no aisladamente, sino atendiendo a aquella finalidad y a sus antecedentes, pudiendo reputarse comprendidas en el compromiso, aquellas facetas de la cuestión a resolver íntimamente vinculadas a la misma y sin cuya aportación quedaría la controversia insuficientemente fallada.

Indefensión.—Si mediante requerimiento notarial fue convocada una de las partes a la reunión del Tribunal Arbitral de determinada fecha, con la advertencia de que debía aportar a la misma todas las pruebas que estimase oportunas para la defensa de sus derechos, requerimiento que fue desatendido, lo que impidió el acceso de los árbitros a las oficinas de Exotflora S.A., lugar pactado para las reuniones de los árbitros, así como el acceso a la información solicitada, no puede ahora invocar la parte recurrente una presunta indefensión que sólo a su conducta es debida, al no hacer uso de los medios de defensa que tuvo a su disposición cuando fue requerida para ello por el Tribunal Arbitral. (Sentencia de 20 de noviembre de 1989. No ha lugar). (G.G.C.)

