

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XLIII
FASCICULO IV



OCTUBRE-DICIEMBRE
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 LEÓN

Consejo de Redacción

AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPIN
Catedrático de Derecho civil

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

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

RAFAEL NUÑEZ LAGOS
Notario de Madrid

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

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

Secretario

ANTONIO MANUEL MORALES MORENO

SUMARIO

Págs.

Estudios monográficos

| | |
|--|------|
| VALLET DE GOYTISOLO, Juan: <i>En torno de la naturaleza de la sociedad de gananciales</i> | 1021 |
| ROCA TRIAS, Encarna: <i>Familia, familias y derecho de la familia</i> | 1055 |
| GAVIDIA SANCHEZ, Julio Vicente: <i>La formación del sistema francés codificado de cesión de créditos: la cesión y la transmisión inter vivos de otros bienes</i> | 1093 |
| TORTORICI PASTOR, Cristina: <i>En torno a la muciana moderna del artículo 1.442 del Código civil</i> | 1189 |

Estudios de Derecho extranjero

| | |
|--|------|
| ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen: <i>La protección del medio ambiente o el derecho a contaminar</i> | 1215 |
| MOISSET DE ESPANES, Luis: <i>Pago por cesión de bienes en el nuevo Código civil de Paraguay</i> | 1245 |

LIBROS

- OLEA, Alonso: *La responsabilidad civil del empresario frente a terceros por actos del trabajador a su servicio*; por Isabel Sierra Pérez.—EGUSQUIZA, M.^a Angeles: *La configuración jurídica de las obligaciones negativas*, por Teresa Hualde.—GABRIELLI, Enrico: *Il pegno "anómalo"*, por Remedios Aranda Rodríguez.—GARCIA-CRUces GONZALEZ, José Antonio: *El contrato de factoring*, por Mariano Alonso.—GONZALEZ GARCIA, J.: *Responsabilidad del heredero y derechos de los acreedores sobre el patrimonio hereditario*, por Rosa M.^a García Pérez.—MARIN PADILLA, María Luisa: *El principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos "utile per inutile non vitiatur"*, por Miguel Angel Pérez Alvarez.—RODRIGUEZ MORATA, Federico: *Venta de cosa ajena y evicción*, por Nieves Fenoy Picón

1259

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

II. RESOLUCIONES

1. Embargo: Naturaleza y efectos. Alcance de su anotación. 2. Cancelación: Forma del mandamiento judicial. 3. Ambito de la calificación registral: competencia del órgano jurisdiccional. 4. Anotación preventiva de embargo: Traslado de prioridad. 5. Cancelación de hipoteca. 6. Autocontratación: Supuestos similares. 7. Derecho de uso. 8. Renta vitalicia de bienes y cesión de bienes a cambio de alimentos: Pacto resolutorio. 9. Apoderamiento: Interpretación. 10. Sociedades anónimas: Prenda de acciones. 11. Hipoteca: Cancelación. 12. Sociedades anónimas: Órgano de gestión. 13. Sociedad anónima: Aportación de empresa. Determinación del objetivo social. 14. Sociedad anónima: Quorum de asistencia a la junta. 15. Sociedades anónimas: Disolución sin liquidación. 16. Testamento: interpretación. 17. Nacionalidad. Su prueba mediante el DNI. 18. Albacea: Facultad de enajenar, a cargo de Ignacio Paz-Ares

1297

Jurisprudencia

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO**I. SENTENCIAS COMENTADAS**

- Oferta, consensualidad y voluntad unilateral en el contrato de seguro*, por Salvador DURANY PICH

1321

II. SENTENCIAS

- A cargo de Antonio CABANILLAS SANCHEZ; colaboran: Joaquín ATAZ LOPEZ, Pilar BENAVENTE MORERA, Emilio BLANCO MARTINEZ, Gema DIEZ-PICAZO GIMENEZ, Nieves FENOY PICÓN, Gabriel GARCIA CANTERO, Martín GARCIA RIPOLL, Regina GAYA SICILIA, Francisco LLEDÓ YAGÜE, Luis Miguel LOPEZ FERNANDEZ y Encarna SERNA MEROÑO

1331

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

**EL ANUARIO no se solidariza con las opiniones sostenidas
por los autores de los originales publicados**



**MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica
CENTRO DE PUBLICACIONES**

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Editado por: Centro de Publicaciones
Gran Vía, 76 - 8.^o - 28013 Madrid

Periodicidad: Trimestral

Precio de suscripción: España: 6.400 ptas. Extranjero: 7.300 ptas.

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

CORRESPONDENCIA

Sobre distribución, suscripción, venta de fascículos, etc., dirigirla al Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. Gran Vía, 76 - 8.^o, teléfono 247 54 22. 28013 Madrid.

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XLIII
FASCICULO IV



OCTUBRE-DICIEMBRE
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

En torno de la naturaleza de la sociedad de gananciales
(Reflexiones que continúan otras de JOSE LUIS LACRUZ en 1950) (*)

Por JUAN VALLET DE GOYTISOLO

Recuerdo muy bien cuando, en 1950, me fue presentado JOSE LUIS LACRUZ BERDEJO por nuestro común amigo y paisano suyo, ALBERTO BALLARIN MARCIAL, quién le acompañó a mi casa. Desde entonces, transcurrieron casi cuarenta años de entrañable amistad hasta que Dios se le llevó. Coincidíamos en nuestro amor al derecho, en el modo como debe actuarse en la práctica y ahondarse en él; y, también, en nuestra comprensión de la realidad foral y de su espíritu.

Ya entonces había publicado él su magnífico estudio *En torno a la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales* (RGLJ 187, 1950, pp. 7 y ss.), del que me ocupé en un párrafo de mi primer libro *La hipoteca del derecho arrendaticio* (Ed. Rev. Der. Priv., Madrid, 1951, nota 407, p. 209).

Han pasado casi cuarenta años. En julio de 1990, tuve la grata misión de formar parte del Tribunal que en la Universidad Autónoma de Madrid, juzgó *cum laude* la tesis doctoral de una discípula suya PILAR BENAVENTE MOREDA con el tema, *La actuación individual de los cónyuges en la administración de los bienes gananciales y el problema de la naturaleza de la sociedad de gananciales*. Completísimo trabajo, dividido en dos gruesos volúmenes, aún inédito, que comenzó a dirigir JOSE LUIS LACRUZ y la ha coronado ANTONIO MANUEL MORALES.

No tenía decidido aún entonces el tema de mi colaboración en este homenaje en memoria de JOSE LUIS. En mi intervención, después de la exposición de la doctoranda, efectué unas observaciones, que luego comenté con el Profesor FRANCISCO DE ASIS SANCHO REBULLIDA, desde hace tantos años colaborador de LACRUZ en sus volúmenes de Derecho Civil. Ahí surgió mi elección de este tema, que voy a exponer sin otra pretensión que la de efectuar meras obser-

(*) Estudio escrito para el libro homenaje al Profesor JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO.

vaciones y sugerencias acerca de una materia que vuelve a ser polémica y sigue siendo rica en consecuencias prácticas. Ya entonces, LACRUZ advertía que su solución «es la clave para llegar a un conocimiento profundo y científico de la instrucción» (20, p. 59).

Al desarrollar mis reflexiones tendré como cañamazo este interesantísimo estudio que, hace cuarenta años, escribió el amigo aquí homenajeado.

I. SOCIEDAD Y COMUNIDAD DE GANANCIALES

1. No cabe duda de que, genéticamente, la *sociedad* de gananciales aparece siempre antes que la *comunidad* de ese nombre.

«*La sociedad* —dice el art. 1.665 Cc— es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria con ánimo de partir entre sí las ganancias.»

Tanto el texto originario del Código civil como el vigente en virtud de la reforma de 1881, titula el capítulo dedicado a los gananciales: *De la sociedad de gananciales*. El primer artículo del originario, el 1.392, decía: «*Mediante la sociedad de gananciales, el marido y la mujer harán suyos por mitad, al disolverse el matrimonio, las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de los cónyuges durante el mismo matrimonio*». Y el actual 1.344 reza: «*Mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para el marido y la mujer las ganancias y beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquéllos*».

De las diferencias que se observan, en uno y otro texto deberé ocuparme después. Ahora sólo me interesa destacar que ambos centran e inician la normativa de la institución calificándola como «*sociedad*» de gananciales.

Es verdad que el Fueno Real 3, 3, 3, dijo que «*los frutos sean comunales*»; y que los autores castellanos que LACRUZ cita, en el estudio que tengo a la vista (I, 1 a 4, pp. 6-18), diferenciaron muy claramente contrato de sociedad, sociedad conyugal y régimen de gananciales; precisando, específicamente, SANZ MORQUECHO: «*Societas coniugalis circa lucra est societas incidens, et non est propia societas*». Esta frase aclara la cuestión, al mostrarnos en ella la misma perspectiva con la cual el *ius commune*, se planteó la distinción entre contratos y quasi contratos. Entonces, en Castilla, los gananciales se originaban *ex lege*, con ocasión del matrimonio, no *ex contractu*, como las verdaderas sociedades; por eso matizaba SANZ MORQUECHO, que correspondían al tipo de *societas incidens*.

L. DIEZ PICAZO y A. GULLÓN BALLESTEROS (*Sistema*, IV, ed., 1982) recogen la observación de que «en la hipótesis, siempre posible, de que el matrimonio carezca por completo de bienes, no

podrá hablarse de comunidad mas que, en todo caso, de modo potencial, mientras exista entre ellos un régimen económico conyugal llamado de sociedad, lo cual significa que lo que llamamos sociedad de gananciales, antes que una comunidad conyugal, es un estado jurídico por el cual se rigen las relaciones jurídicas inter conyugales».

Salvando esto, lo cierto es que no puede existir comunidad de bienes ni de gananciales mientras no los haya efectivamente; y, en este sentido, la sociedad precede a la comunidad. Por otra parte, ésta no sólo puede recaer sobre ganancias que sean consumidas inmediatamente en atenciones del matrimonio, sino que se extiende a los bienes procedentes, directa o indirectamente, de su ahorro.

Y, también, se da el caso, bastante normal, de que en la comunidad se integren no solo bienes ahorrados, sino deudas imputables al pasivo de la propia sociedad de gananciales, cupiendo, incluso, que el pasivo sea equivalente al activo o que lo supere.

Incompatible con una comunidad de bienes sería una sociedad dotada de personalidad jurídica; pues, como advierte SANTIAGO ECHEVERRIA ECHEVERRIA (*La dinámica patrimonial de la sociedad de gananciales*, RDN 128, PP. 62, 66 y ss.) los bienes no pueden pertenecer simultáneamente a una sociedad y a los socios como comunitarios. La comunidad no coexiste con una sociedad, a no ser que ésta carezca de personalidad jurídica.

II. GANANCIAS Y GANANCIALES

Antes de repasar el problema crucial de cuál es el objeto del derecho de cada uno de los cónyuges a los bienes gananciales, no solo resulta conveniente, sino incluso necesario, predecelerlo con el examen de si pueden, e incluso deben, diferenciarse «gananciales de los cónyuges durante el matrimonio» y «bienes gananciales», considerando éstos como los integrantes del haber consolidado por ambos o por cada uno de los cónyuges; es decir, los bienes procedentes de ganancias ahorradas y sus subrogados, o adquiridos con dinero procedente de créditos de los que sea deudora dicha sociedad económico matrimonial.

La cuestión no es ociosa y creo que tiene, o puede tener, indudable trascendencia práctica. Hoy se plantea comparando el texto del originario artículo 1.392 del Código civil y el del vigente —a partir de la reforma de 1981— artículo 1.344 del mismo cuerpo legal.

Decía el originario artículo 1.392 «*Mediante la sociedad de gananciales, el marido y la mujer harán suyos por mitad, al disolverse el matrimonio, las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de los cónyuges durante el mismo matrimonio*».

Y dice el vigente artículo 1.344: «*Mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para el marido y la mujer las ganancias o*

beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad de disolverse aquélla».

La cuestión ofrece mayor relieve dado el cambio introducido por las Cortes en el texto, remitido a ellas, del artículo 1.344 del Proyecto de ley de reforma de 1979, que decía: «*En la sociedad de gananciales, los bienes de este carácter se hacen comunes a marido y mujer, y les serán atribuidos por mitad al disolverse aquélla».*

El origen de la rectificación, efectuada en el Parlamento, se halla en la enmienda 414, formulada por el diputado DIAZ FUENTES y motivada, según dice éste, por «la idea de seguir el estilo del viejo art. 1.392, pero acogiendo el propósito revelado por el Proyecto de destacar la condición abstractamente común de los bienes durante la vigencia de la sociedad conyugal, sin imputación de cuotas concretas en bienes determinados, y la atribución que se produce por mitad al tiempo de la disolución».

Digamos previamente que, ante esa diferente redacción, la palabra «ganancias» ha sido entendida de dos modos muy distintos.

GARRIDO CERDA (*Derecho de un cónyuge sobre los bienes del otro*, RDN 115, pp. 87 y ss.) la entendió en la forma que ya he expuesto. En cambio LACRUZ BERDEJO (*Elementos*, IV, 1984, página 398) y CAMARA ALVAREZ (*Actos de disposiciones sobre bienes gananciales*. Algunas notas para su estudio, en *Homenaje a mí*, volumen II, p. 119), han considerado «ganancias», como la diferencia contable a favor de la sociedad de gananciales que se hace patente cuando, al disolverse ésta, ha de liquidarse la masa ganancial. Es decir, —dice el segundo—, «es un concepto meramente contable». Pero, a éste no puede referirse el artículo 1.344 al decir: «*Mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para el marido y la mujer*»; pues, estos términos parecen referirse al momento de obtenerse esas ganancias, puesto que la sociedad de gananciales en derecho común español, a falta de pacto en contrario, se inicia al contraerse el matrimonio; y, siendo así, que se refiere a los «*obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos*». Expresión que no tiene sentido sino referida a las ganancias obtenidas por el trabajo o la industria de cualquiera de ellos y a los frutos, rentas o intereses de los bienes tanto gananciales como privativos de cualquiera de los dos.

Esta consideración explica el cambio producido en la reforma de 1981 respecto del texto del originario 1.392. En éste, las ganancias —sin duda en el sentido expresado por LACRUZ y CAMARA— e incluyendo en ese saldo contable los bienes gananciales, en el sentido de los bienes adquiridos a título oneroso a costa del caudal común en cuanto quepan en ese balance activo, los «*harán tuyos por mitad al disolverse el matrimonio*». En cambio en el vigente artículo 1.344 «*las ganancias y beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos*»: «*se hacen comunes*» en el momento de obtenerse —como hemos explicado antes—; pero, tan solo «*serán atribuidos por mitad*

al disolverse aquélla. Es decir, se hace común al disolverse el matrimonio el activo resultante en ese momento —incluidos los bienes gananciales enumerados en los números 3, 4 y 5 del art. 1.347—, a diferencia de los incluidos en los números 1 y 2 que se hacen comunes al adquirirse por cualquiera de los cónyuges.

La diferencia es clara. En el régimen originario, frutos, sueldos, rentas y beneficios obtenidos por cualquiera de los cónyuges y de sus bienes, así como de los gananciales, los adquiría el marido, aunque fuera sólo con el fin de atender las cargas de la sociedad de gananciales, debiendo, al disolverse el matrimonio, partir con la mujer el saldo activo resultante. Por eso, la redacción del artículo 1.392 del Proyecto de 1979, decía que los bienes gananciales *se hacían comunes a marido y mujer* en el acto de adquirirse, aunque, sólo «*al disolverse*» la sociedad de gananciales, «*les serán atribuidos por mitad*».

Sin embargo, esa comunicación de ganancias no es plena y absoluta sino que se circunscribe para la finalidad de que se empleen en la atención a las necesidades de la familia. El remanente, que se ahorra, no se comunica sino al disolverse la sociedad de gananciales. De lo contrario, el del vigente artículo 1.344 sería contradictorio en sí mismo, a no ser que, como distingue SANTIAGO ECHEVARRIA (*La comunidad ganancial*. Curso 1986 de la Ac. Sevillana del Notariado, pp. 136 y ss.) se entienda que la expresión «*se hacen comunes*» se refiere a la relación de sociedad y no a la relación de comunidad, que no surge sino al disolverse aquélla. Modo de entenderlo que de hecho lleva al mismo resultado que acabo de expresar.

III. NATURALEZA DE LA UNIVERSALIDAD GANANCIAL DESPUES DE DISUELTA LA SOCIEDAD Y PENDIENTE EN LIQUIDACION

1. Lo expuesto, hasta ahora, ya nos muestra importantes diferencias entre la comunidad ganancial durante la vida activa de la sociedad de gananciales, de una parte, y, de otra, la comunidad pendiente de liquidación después de disuelta aquélla.

En ambos tiempos, la comunidad de los gananciales tiene la nota común de ser *universal*; pero, durante la actividad de la sociedad conjugual tiene la característica de ser *dinámica* además de universal. Esto hace más difícil de determinar y de definir su naturaleza. Y, precisamente por esta mayor dificultad, comenzaré por el examen de su naturaleza después de disuelta, es decir, en su fase de liquidación.

Para esto, pienso que, tal vez, pueda iluminarnos el mantener a la vista lo discutido en torno de la naturaleza de la comunidad hereditaria, y las distintas soluciones propuestas, para ella, a fin de referirlas a la comunidad de gananciales una vez disuelta la sociedad.

Ante todo, advierto que, en el momento liquidatorio, resulta indiferente la consideración del haber ganancial como comunidad de bienes o como patrimonio de una sociedad disuelta; pues, careciendo ésta de personalidad jurídica, nos reconduce a la comunidad de bienes resultante.

Advertido esto, y penetrando en nuestro enfoque comparativo, lo primero que me hace reflexionar es el efecto deformante que, como en la herencia (cfr., mi discurso de investidura como Doctor honoris causa en la Universidad Autónoma de Barcelona-Bellatera, *Selectura en torno de la comunidad hereditaria*, 10, recogido en «Estudios de derecho sucesorio» I, 2.ª ed., pp. 548), puede producir la perspectiva de la sociedad de gananciales disuelta vista sólo a través de la inscripción registral de los bienes gananciales. Como explica LACRUZ, en el estudio que rememoro y glosó (6, pp. 25 y ss.), se produjo una confusión inicial; y, a partir de ella, «una larga evolución». PILAR BENAVENTE (1.ª, I, 2, 3, 1, 1), examina muy detenidamente, con amplias citas de considerandos de las RDGR.

a) Primero se aceptó que, una vez disuelto el matrimonio existía un condominio en cada bien ganancial, por lo cual se resolvió que el viudo podía enajenar la mitad de cada finca (R. 8 enero 1978).

b) Después se rectificó este criterio y se rechazó: que a favor del viudo pudieran inscribirse: mitades indivisas de bienes gananciales (R. 16 diciembre 1984); la enajenación por el marido viudo de la mitad de un bien ganancial (R. 21 febrero 1989) o por la mujer viuda (R. 20 septiembre 1884); el embargo de una mitad como si fuera del marido (R. 22 septiembre 1904). Solo se admitió la disposición de una mitad en caso de actuar el cónyuge viudo conjuntamente con los herederos del premuerto (R. 29 abril 1902).

c) De la R. 29 abril 1902 pudo deducirse que los bienes gananciales inscritos a nombre de cualquiera de los cónyuges, se entienden inscritos a nombre de la sociedad conyugal, «que —dijo— es una entidad distinta». Tesis que después fue rechazada en Rs. 15 julio 1918, 8 junio 1926, 17 octubre 1927, 11 octubre 1944, 30 marzo 1943.

d) A partir de 1917, la DGRN fue «inclinándose gradualmente» (la expresión es de LACRUZ) a favor de la configuración de la sociedad de gananciales como comunidad sin cuotas del tipo llamado germánico (Rs. 17 noviembre 1917, 15 julio 1918, 13 septiembre 1922, 12 mayo 1924, 30 junio 1927, etc.).

e) La R. 13 noviembre 1926 afirmó que la sociedad de gananciales disuelta viene tratada en nuestro Código civil como una masa hereditaria o al menos patrimonial, dado el enlace íntimo entre sus elementos activos y pasivos, el acrecimiento por renuncia, la aceptación por los acreedores de la parte correspondiente al renunciante, etc.

Las posiciones doctrinales, adoptadas enfocando la sociedad de gananciales disuelta, las resumió LACRUZ (n. 5, pp. 18 y ss. y 7 p. 29 y ss.), clasificándolas según los bienes, derechos y obligaciones

correspondientes se refieran: a una personalidad jurídica extinguida; a una sociedad disuelta; a una comunidad germánica, o, en su conjunto, a un acervo común.

Cuando nos ocupamos de la sociedad de gananciales durante el matrimonio, con universalidad dinámica, deberemos analizar la tesis que defiende su naturaleza *zur gesamme Hand*. Ahora, con referencia a la sociedad ganancial disuelta, me centraré a la determinación de cual es su objeto.

2. Para ello, y ante todo, es preciso observar su contenido. El Código civil, en su redacción vigente desde 1981, señala, en sus artículos 1.397 y 1.398, cual es el activo y el pasivo de la sociedad de gananciales disuelta.

Su lectura muestra claramente que se trata de una universalidad en la que se integran bienes, derechos, obligaciones; y en la cual, entre los sujetos titulares y la propia universalidad suelen existir relaciones compensatorias activas y pasivas, que deben liquidarse. Es decir, ocurre, normalmente, en cuanto esas relaciones entre la universalidad y sus sujetos, lo mismo que en la herencia indivisa y pendiente de liquidación, pero aún más marcadamente.

Después de la magnífica obra de DOMENICO BARBERO (*L'universalità patrimoniale*) publicada en 1936, creo que no queda duda racional alguna de que las universalidades de bienes no son realidades ónticas ni ontológicas, sino únicamente lógicas, en el sentido de que sirven para determinar *sub specie universitatis* los bienes integrados en su conjunto. He de advertir que LACRUZ, en su estudio de 1950, estaba totalmente al día en este punto, en una fecha en la cual muy importantes autores insistían aquí en hablar de un derecho abstracto en el conjunto de cada copartícipe.

En efecto, escribió LACRUZ (12, pp. 44 y ss.) que «la noción de patrimonio como un todo, como un objeto unitario de derecho, síntesis de los derechos y cosas que lo integran, es completamente irreal» ... «además, para que la existencia de un derecho global de los comuneros sobre el patrimonio resuelva definitivamente la cuestión, es preciso admitir también que las cosas y derechos integrantes de ese patrimonio pierden su individualidad desde el momento que en él ingresan, y no son susceptibles de ser objeto de derecho independientemente, lo cual es aún más irreal. Porque, si no se admite esto último, aparte de lo absurdo de suponer existentes dos derechos idénticos sobre una misma cosa, queda en pie el problema de quién es titular de tales cosas o derechos en su individualidad, y nada se ha adelantado con reconocer a los comuneros un derecho sobre el patrimonio. Es preciso aceptar, pues, que cada cosa o derecho pertenece directamente a los consortes; de lo contrario al hallarse sin sujeto, devendrían *nullius*».

La concepción de las universalidades como realidad, puramente lógica, es decir, como un modo de determinar *sub specie universitatis*

su contenido objetivo, también la había observado LACRUZ (p. 46), que reiteró su inexistencia ontológica y sí su existencia «meramente lógica».

3. Pero esa realidad lógica no sólo sirve para determinar los objetos integrantes, sino también para hacer referencia a la cuota global de cada cotitular. Si la norma, legal o consuetudinaria —en nuestro caso el art. 1.344 Cc.—, al disolverse la sociedad de gananciales, atribuye por mitad el conjunto ganancial y no de cada bien determinado del mismo, como ya dijo LACRUZ (p. 46), «resulta que la situación del patrimonio no es la simple suma de una serie de cotitularidades independientes, sino una situación autónoma y coherente, y no es tampoco una simple parte alicuota de la situación de un titular único, sino algo diverso y más complejo».

Esa complejidad la venía explicando el propio LACRUZ desde la página anterior: «el derecho que a cada comunero compete sobre los objetos singulares, si bien recompone, en unión del que corresponde al otro, la totalidad del derecho originario, no tiene la misma determinación que el del copropietario de un objeto particular, como se evidencia por el hecho de que, así como es posible decir, en la comunidad sobre un objeto concreto, cuál es la proporción de interés que corresponde a cada comunero en la cosa común, en la comunidad sobre un patrimonio no es posible realizar tal determinación con referencia a bienes singulares, de igual modo que no sería posible en ningún tipo de comunidad con referencia a una parte cualquiera del objeto común. A causa de la susodicha interdependencia, el derecho de cada consorte sobre cada cosa se define en función del que compete a los demás, y depende, precisamente del que tenga cada uno de ellos en los otros objetos que integran el patrimonio. Nótese que desde el momento en que los comuneros recomponen la totalidad del derecho —el cual, sin embargo, no compete a una unidad formada por ellos, sino a cada uno individualmente— no es la participación de cada cotitular sobre los objetos concretos absolutamente indeterminable, sino temporalmente indeterminada».

Y, concretándose a las comunidades conyugales de bienes, dice que existen «una serie de titularidades sobre bienes y derechos individuales compartidas por los consortes, los cuales son directamente copropietarios, consufructuarios, coacreedores, etc., pero no se sabe en qué medida es compartida cada una de las titularidades singulares, sino por referencia a otras y con referencia a un módulo fijado por la Ley o por negocios jurídicos, aunque en cualquier momento puede fijarse el valor económico de la situación jurídica global».

Precisamente esa cotitularidad «temporalmente indeterminada» había sido aplicada a las *universitates iuris*, por mi maestro FEDERICO DE CASTRO (en su *Derecho civil de España, Parte General I*, edición, Madrid, 1942, p. 495) que la volvió a referir después (ed., 1949, páginas 584 y ss. y ed., 1955, pp. 653 y ss.), siguiendo a VON THUR,

THEMAN, REGELSBERGER. La técnica —explica— colocada en la necesidad de elegir entre «un objeto indefinido y abstracto, como base de un derecho subjetivo y atípico —ni real ni obligacional— y la admisión de una indeterminación limitada y transitoria del sujeto de cada uno de los derechos subjetivos concretos que contenga la masa patrimonial, ha preferido este último procedimiento». Y, entre los supuestos en los que se produce esa indeterminación transitoria, incluyó la herencia indivisa, la comunidad universal de bienes, la sociedad de gananciales, la tácita aragonesa.

Como maticé yo, en mi referido discurso de investidura (15, cfr., RDN, I, 2.^º ed., p. 565), tal indeterminación subjetiva en la herencia es muy relativa, en cuanto se circumscribe únicamente entre los herederos y tan solo se halla indeterminada a las resultas de la partición; pues, como concreté, al concluir (20, p. 588), se halla sometida al ejercicio de la *actio familiae erciscundae*, es decir, condicionada a la liquidación y a que la partición de la herencia determine y concrete los bienes y derechos de cada heredero. Analógicamente ocurre en la comunidad ganancial, en la cual la titularidad de sus bienes y derechos se halla condicionada a su liquidación, en los términos que resultan de los artículos 1.390 y ss. Cc.

IV. LA SOCIEDAD DE GANANCIALES DURANTE SU VIGENCIA EN SU ASPECTO DE COMUNIDAD SOBRE UN PATRIMONIO DINAMICO

1. LACRUZ BERDEJO, en el estudio al que sigo refiriéndome (14 y ss., pp. 50 y ss.), penetró en el examen de la sociedad de gananciales como «comunidad sobre un patrimonio dinámico», destinado «a durar» y, «ulteriormente, a asegurar la participación de los cónyuges en los bienes adquiridos mediante el esfuerzo común». Pudiendo hablarse de «un patrimonio vivo, dinámico, en actividad, susceptible de disminuir, no ya sólo por obra de la desafortunada gestión del cónyuge administrador, sino también a causa de la regular inversión de bienes en cubrir las necesidades a cuya satisfacción se hallan sujetos; susceptible, asimismo, de aumentar, no ya únicamente por el aumento del valor de los bienes que en él se contienen, ni tampoco sólo por la afortunada gestión de los mismos o merced a los frutos que regularmente producen, sino, igualmente a causa de adquisiciones que en modo alguno se hallan relacionadas con los bienes existentes».

Esta exposición de LACRUZ joven, en los años cincuenta, muestra como la indeterminación, que hemos visto en el período de liquidación de la sociedad de gananciales, se halla unida además a otras incertidumbres cuando la sociedad está en actividad.

La dinámica de la sociedad conyugal produce en esa universalidad de bienes los mismos efectos característicos de otras universalidades,

como la *taberna*, o establecimiento mercantil, de la que me ocupé, años después, aunque hoy ya hace muchos, en mi conferencia *Pignus taberna*. En ésta salen y entran constantemente mercaderías, que pueden cambiar totalmente, pero las que estén dentro del establecimiento siguen con la misma afición y destino, pues no varía la determinación *sub specie universitatis* producida por el solo hecho de hallarse en la *taberna*.

LACRUZ planteaba en su grado máximo el cambio de contenido del patrimonio ganancial (15, pp. 52 y ss.): «La transferencia por título oneroso de todos los objetos que lo integran, supondría la subrogación de los bienes recibidos en la condición jurídica de los entregados; la transmisión sin un correspondiente dejaría en suspenso la consideración *sub specie universitatis* aplicada a unos bienes comunes entonces inexistentes; empero en ningún caso persistiría esta consideración sobre los objetos transmitidos, que habrían de serlo cada uno en su individualidad, sin especie de sucesión universal alguna; las deudas continuarían gravando los nuevos bienes comunes y —salvo el ejercicio, en su caso, de la acción pauliana— no en éstos de que se habían desprendido los cónyuges».

Por otra parte, como advierte seguidamente (16, pp. 53 y ss.): «La masa consorcial autónoma puede entrar en relación, no sólo con terceras personas, sino también con los mismos cónyuges en cuanto titulares de los bienes privativos. Las relaciones entre éstos no se ponen de relieve sino cuando, a la disolución del matrimonio, es preciso poner en claro las cuentas» ... «En general, todo hecho, acto o negocio jurídico que perturba el equilibrio entre los patrimonios da lugar a una correlativa obligación del que se ha enriquecido sin causa, a favor del empobrecido, aunque tal obligación no se rige exactamente por las reglas del enriquecimiento indebido y, en general, la teoría de las relaciones entre las masas patrimoniales tiene un ámbito mayor, abarcando supuestos en que no puede hablarse de enriquecimiento».

Hoy día, la complejidad de esas situaciones y la indeterminación objetiva en la dinámica de la comunidad conyugal es aún mayor que en 1950, debido a las reformas introducidas en 1981 en la regulación de la sociedad de gananciales. Ya no se trata sólo de las deudas de un cónyuge satisfechas con dinero ganancial (art. 1.373, 2), ni de las ventas de los bienes privativos para atender gastos y pagos que sean a cargo de la sociedad (art. 1.347, 4.º), ni de los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio de un cónyuge que no sea un establecimiento o explotación común pagados con dinero común (art. 1.346, final); ni de las nuevas acciones u otros títulos o participaciones sociales suscritos, como consecuencia de la titularidad de otros privativos pagados con dinero ganancial (art. 1.352) o, viceversa, por igual razón, ni de cuando por disposición del Código sean privativos o gananciales bienes satisfechos con dinero de otra

procedencia (art. 1.358), o de las edificaciones, plantaciones y cualesquiera mejoras en bienes de una clase satisfechas con dinero de otra calificación (art. 1.359) o de incrementos patrimoniales en una explotación mercantil, o en otro género de empresas (art. 1.360), sino que, incluso, conforme el vigente artículo 1.355, 1: «*Podrán los cónyuges de común acuerdo, atribuir la condición de gananciales a los bienes que se adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga*». Y, según el artículo 1.356: «*Los bienes adquiridos por uno de los cónyuges, constante la sociedad por precio aplazado, tendrán naturaleza ganancial si el primer desembolso tuviera tal carácter, aunque los plazos restantes se satisfagan con dinero privativo. Si el primer desembolso tuviere carácter privativo, el bien será de esta naturaleza*».

2. Todo esto aumenta la incertidumbre e indeterminación en el contenido de los gananciales durante la vigencia del régimen.

Junto a ello, la presunción de ganancialidad (art. 1.361 antes, 1.407, y Ley, 203 del Estilo), extensiva a la procedencia del precio (S. 8 enero 1968), no puede jugar con igual fuerza constante la sociedad de gananciales que una vez disuelta ésta.

En efecto, la prueba en contrario de la presunción de ganancialidad —que es *iuris tantum* conforme la norma general del art. 1.251, 1, por lo cual corresponde la prueba al que niega el carácter ganancial (SS. 13 noviembre 1917, 31 marzo 1930, 4 junio 1969, 9 abril 1970)— tiene como momento definitivo el de la liquidación de la sociedad de gananciales.

Antes la presunción resulta provisional. El hecho de que no conste en el Registro de la Propiedad la prueba en contrario no hace definitiva la presunción, ni tampoco la privacidad la prueba en contrario, admitida por el Registrador. La confesión vincula al cónyuge confesante (S. 2 febrero 1951), pero no es oponible a terceros.

Dada esa provisionalidad de la presunción, pienso que es preciso determinar a favor de quien debe actuar en tanto no se haya liquidado la sociedad conyugal. Es algo que hice notar en una de mis observaciones a la tesis doctoral de PILAR BENAVENTE. Una presunción pendiente, que cabe desvirtuar hasta el momento de liquidarse los gananciales, no puede tener efectos plenos ni definitivos, a no ser a favor de terceros que tengan derechos adquiridos, y sólo los tiene provisionales a favor del cónyuge que no aparezca como adquirente ni haya reconocido la privacidad del adquirente.

Por consiguiente, pienso que actúa:

1.º A favor de los acreedores de la sociedad conyugal en los supuestos previstos en los artículos 1.319, en relación con los 1.318, 1.365, 1.366, 1.367, 1.368, 1.369 Cc.

2.º En favor de los acreedores del otro cónyuge en el supuesto del artículo 1.373 Cc.

3.^º En salvaguarda de los derechos del otro cónyuge, por cuanto el titular no podrá disponer a título oneroso (art. 1.377 Cc.) ni gratuito (art. 1.378 Cc.) sin consentimiento del otro cónyuge, cuya falta será impeditiva de su inscripción en el Registro de la Propiedad (artículo 94, 1, RH).

Creo que la eficacia de esa presunción, no sólo *iuris tantum*, sino provisional hasta que se liquida la sociedad de gananciales, no puede producir otros efectos que éstos por falta de persona legitimada para beneficiarse de ella.

3. Las normas del Código civil —que determinan el contenido de la comunidad ganancial y la presunción de ganancialidad, así como las que rigen la disposición de esos bienes, la posibilidad de prueba de la privacidad y de su confesión por el otro cónyuge— dan lugar a las distinciones que efectúa el Reglamento Hipotecario en sus artículos 93, 94 y 95, reformados el 12 de noviembre de 1982, atendiendo a que los bienes hayan sido adquiridos:

a) Por ambos cónyuges a título oneroso y a costa del caudal común: «se inscribirán a nombre de marido y mujer con carácter ganancial» (art. 93, 1).

b) Por uno de los cónyuges para la sociedad de gananciales: se inscribirán a nombre del adquirente con dicha indicación (art. 93, 4).

c) 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 (artículo 94, 1).

d) Por uno solo de los cónyuges como privativos suyos: se inscribirán, también, a su nombre; pero, con las siguientes posibles variantes.

1.^º Si se ha justificado —a juicio del Registrador— «mediante prueba documental pública» (art. 95, 2): no se pondrá salvedad alguna.

2.^º Si el otro cónyuge hubiese reconocido o confesado esa privacidad: así se hará constar; aunque esa confesión no afecta a terceros, a quienes seguirá protegiéndole la presunción.

3.^º Si no ha habido prueba documental ni reconocimiento o confesión del otro cónyuge, el Registro sigue abierto a la posibilidad de que ésta se aporte y se haga constar en él por nota marginal, incluso en el supuesto de que el cónyuge titular no haya dicho si adquiría el bien como privativo (acerca de toda esta materia es fundamental el estudio de mi compañero MANUEL DE LA CAMARA ALVAREZ, *La sociedad de gananciales y el registro de la propiedad*, ADC, 1982, 3, pp. 339-515).

Eso conlleva que pueden concurrir:

1.^º Bienes inscritos como gananciales a nombre de ambos cónyuges.

2.^º Bienes inscritos como gananciales pero titulados a nombre solo de un cónyuge.

3.º Bienes titulados a nombre de un solo cónyuge, sin manifestación alguna de éste acerca de si son privativos o gananciales, inscritos a su nombre como presuntivamente gananciales.

4.º Bienes titulados a nombre del cónyuge adquirente con la manifestación de que son privativos, sin probarlo, ni confesarlo su cónyuge, que se inciben también a nombre del adquirente pero como presuntivamente gananciales.

5.º Bienes que se hallan en las mismas circunstancias del supuesto anterior pero constando, originariamente o después por nota, la confesión del otro cónyuge, que no perjudicará a terceros.

6.º Bienes titulados en las mismas circunstancias que en el supuesto 3.º, pero con prueba documental de la privatidad coetánea o posterior a la inscripción, o cuando ambos cónyuges «de común acuerdo» les hayan atribuido la condición de privativos (art. 1.355, Cc., por identidad de *ratio*), que se inscriben en el Registro como privativos, sin perjuicio de su impugnabilidad en caso de fraude pero que —aunque prospere ésta— no podrá afectar a terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso que se amparen en la fe pública registral (art. 34 LH).

V. TITULARIDAD Y GANANCIALIDAD. DERECHO DEL CONYUGE NO TITULAR EN LOS BIENES TITULADOS A NOMBRE DE SU CONSORTE

1.º Lo expuesto, hasta ahora, nos muestra que *titularidad y ganancialidad* pueden no coincidir. Esta circunstancia ya la había destacado ANGEL SANZ FERNANDEZ (*Los bienes gananciales y el Registro de la Propiedad* «Centenario Ley del Notariado», 3-1, 1960, pp. 279). A esta disparidad se adecuan hoy los artículos 93, 94 y 95 RH, y resulta reconocida expresamente en el Código civil (arts. 1.347-3.º, 1.356, 1.384), que incluso declara: «*Serán válidos los actos de administración de bienes y los de disposición de dinero o títulos valores realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuran o en cuyo poder se encuentren*» (art. 1.384).

La cuestión fundamental que suscita esa divergencia es la de precisar qué derecho corresponde al cónyuge no titular, en el bien ganancial titulado a nombre del otro, durante la vigencia de la sociedad de gananciales. Cuestión que enfoca, de otro modo, la de «la naturaleza jurídica de la comunidad de gananciales».

Hemos visto que los bienes gananciales y su pasivo inherente, una vez disuelta la sociedad conyugal constituyen una universalidad con un fin determinado.

ANGEL SANZ, en su antes referido estudio de 1960 (pp. 278 y ss.), había destacado «la idea de que el momento decisivo para

la determinación de lo que es ganancial es la disolución del matrimonio (art. 1.392 del Código civil [originario] y, en cierto modo, también, arts. 1.421, 1.422 y 1.423). Es indudable que la idea de comunidad se refiere a todo el patrimonio ganancial no a cada uno de los bienes y derecho que lo integran»; pues, advierte seguidamente, que «las adquisiciones pueden hacerse para la comunidad o para uno de los esposos (art. 1.401 [originario] el texto de cuyo número es casi idéntico al actual 1.347, 3.^º)».

Pero, también hemos visto que es meramente lógica la realidad de la *universitas iuris*, como medio que es para determinar *sub specie universitatis* su contenido y la pertenencia de éste, transitoriamente indeterminada, entre ambos cónyuges, o, en su caso, de uno de ellos con los herederos del otro.

No obstante, esta indeterminación, es evidente que ambos cónyuges tienen derechos actuales y limitaciones efectivas respecto esos bienes, ya figuren a nombre del uno o del otro.

Siendo así, ¿cómo se configuran esos derechos, sujeciones o limitaciones?

De las tesis explicativas que se han formulado, dos están, hoy, rechazadas plenamente.

a) Una es la de la cotitularidad —copropiedad, cousufructo, etc.— de cada bien o derecho indiviso, que, como en la herencia, tampoco es concebible en la comunidad de gananciales, puesto que la participación de cada cónyuge en la comunidad se refiere a la masa total líquida y no se concreta sino con la división de ésta.

Por otra parte —como ha expuesto PILAR BENAVENTE—, después de un cuidadoso examen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la Sala Primera de éste, antes y después del Código civil, ha negado a la mujer la posibilidad de interponer tercería de dominio, en caso de embargo por deudas de su marido, no habiéndose liquidado la sociedad conyugal (STS 1 marzo 1867, 8 octubre 1869, 7 y 11 febrero 1870, 8 mayo 1873, 25 febrero 1885, 20 octubre 1880, 13 abril y 13 octubre 1886, 11 mayo 1889 y 11 febrero 1891; 5 noviembre 1929, 23 enero 1958, 4 diciembre 1958, 27 febrero 1960, 7 marzo 1963, 11 abril 1972). Esta última, para rechazar la tercería, consideró que «es evidente que durante el matrimonio no puede [la sociedad legal de gananciales] constituir una forma de copropiedad de la regulada en los artículos 392 y siguientes del Código civil, al faltar por completo el carácter de parte, característico de la comunidad de tipo romano, que en ellos se recoge, ni atribuye a la mujer, viviendo el marido, la propiedad de los gananciales existentes, porque para saber si éstos existen o no, es precisa la previa liquidación, único medio de conocer el remanente y hacerse, en pago de él, la consiguiente adjudicación»; no teniendo hasta entonces la mujer «una propiedad exclusiva y excluyente», que le permita ejercitar la tercería «con independencia de que pueda tener otros procedimientos para

impugnar los actos efectuados por el marido si son contrarios a la Ley o en fraude de sus intereses».

Reproduciendo los razonamientos de ésta, el mismo criterio ha sido mantenido después de la Reforma de 1981, en SS 26 septiembre 1986 y 29 diciembre 1987. También han denegado tal tercería las de 13 julio y 26 septiembre 1988, 16 mayo y 19 julio 1989.

La propia PILAR BENAVENTE (cap. III, 3, 1, 1) vista la continuidad de esta posición jurisprudencial y ante la igualdad entre ambos cónyuges traída por la Reforma de 1981, pregunta: «¿Quiere decir que ambos cónyuges, ahora tienen un derecho espectante sobre los bienes gananciales?». Si bien, observa que esto contrastaría con otras decisiones, concluye: «La única cuestión que parece clara, y reiteradamente mantenida, es la de excluir la configuración romana o por cuotas dentro de la sociedad de gananciales».

3. La otra tesis explicativa que hoy es rechazada de plano, consideraba que la sociedad de gananciales durante el matrimonio constituye una persona jurídica, que queda disuelta y en liquidación al terminar la sociedad. Esta tesis fue mantenida por SANCHEZ ROMAN, VALVERDE y ATARD. ALFONSO DE COSSIO (*La sociedad de gananciales*, 24, Madrid, INEJ, 1963, pp. 25 y ss.) después de observar que la sociedad legal de gananciales tiene especiales características que la hacen «no asimilable sin limitaciones a las demás formas sociales que nuestro Código regula», indica especialmente que, a su juicio, la verdadera dificultad de esta construcción radica precisamente en «el nacimiento de un nuevo ente jurídico, de una personalidad jurídica distinta de la de cada uno de los socios»; pues, «como observa NAST, sería extraño que se interpusiese entre el marido y la mujer un ser ficticio que sería titular del patrimonio común» ... «No sólo esta idea no ha sido nunca admitida antes del Código civil, sino que la existencia de una persona moral distinta de las esposas, estaría en contradicción con la confusión que durante el matrimonio se establece entre los bienes del marido y los de la comunidad [en la regulación originaria del Código civil] así como la regla de que toda deuda común es, al mismo tiempo, deuda personal de uno de los esposos».

4. La teoría que mayor predicamento ha tenido —DE LA CÁMARA ALVAREZ ha escrito (ADC, 1986, 2, p. 341), que la podríamos llamar «teoría oficial» es la de la comunidad germánica, en mano común—, es decir, la *zur gesammte Hand*, por la cual se inclinó la Dirección General de los Registros a partir de su R. 17 noviembre 1917 y sucesivas, sintetizadas en la R. 30 junio 1927, sin que después haya cambiado esta posición.

En su estudio de 1950, LACRUZ ya le había objetado. Refirió, primero (7, pp. 29 y ss.), su inicial planteamiento, por CASTAN TOBEÑAS (RGLJ, 115, pp. 226 y ss.), al que siguió inmediatamente ROCA SASTRE (RCDI, 6, pp. 161 y ss.), generalizándose enseguida su aceptación. Pero, advirtió que el mismo CASTAN, en la edición

de 1949 de su *Derecho civil común y foral* (vol. I, p. 339), había atenuado su postura diciendo que la comunidad germánica «no es normal en nuestro derecho» y «que pueden encontrarse manifestaciones o vestigios de ella en la comunidad matrimonial de bienes y en la que se llama propiedad comunal» [los subrayados son de LACRUZ]; y que ROYO MARTINEZ «en su recientísimo [entonces] *Derecho de familia*, rechaza expresamente la tesis de la comunidad en mano común».

Por su cuenta, explicó LACRUZ (8, p. 31) que, a su modo de ver, «la comunidad matrimonial cabe, en líneas generales, dentro de la figura de la comunidad en mano común. Sin embargo, todavía no me parece indiscutible la utilidad de clasificarla de esta manera, y no mejor, dentro del género de “comunidad”, como “comunidad sobre un patrimonio”, y particularizante más, sobre un patrimonio dinámico vivo: no en liquidación».

A continuación advertía «que la simple invocación de la comunidad en mano común no resuelve el problema de la naturaleza jurídica de la comunidad matrimonial —ni de ninguna otra de las que suelen incluirse en esta categoría— porque, ¿cuál es, a su vez, la naturaleza jurídica de la comunidad en mano común? Más concretamente: ¿qué clarificación jurídica merecen las participaciones de los comuneros en el objeto del consorcio? La más completa confusión reina en este respecto». Y señaló, a seguido, las disparidades que advertía «En suma —concluyó—, no basta incluir simplemente una situación de cotitularidad en el número de las comunidades en mano común, sino que es preciso, además, decir primero qué se entiende por comunidad en mano común, y mostrar luego qué características propias de la comunidad en mano común se cumplen en ella».

A su examen dedicó los epígrafes siguientes (9 a 11, pp. 33-41) en los que mostró un notable conocimiento de la doctrina alemana (GIERKE, BINDER y LARENZ, sobre todo) en unas páginas que he citado al ocuparme del carácter no de cosa sino de mera medida, para diversos efectos, de las cuotas de comunidad mostrando que no son cosificables como objetos de derechos.

Al final de ese repaso concluyó (p. 11)— «Lo importante es determinar las notas que caracterizan la estructura y los principios que informan el funcionamiento de la sociedad de gananciales» ... «A fin de cuentas, una vez hecha tal determinación, poco se gana con saber si las líneas, de la sociedad coinciden con las que marcaron en el siglo XIX algunos autores alemanes para la comunidad germánica; líneas, por otra parte, tan amplias, que en ellas caben variedades muy diversas de consorcio: hasta aquel *ercto non cito* que aparece veladamente en algunas fuentes jurídicas y literarias de Roma y de modo más abierto, en las instituciones gayanas, y que constituyen al tipo originario de la comunidad —y acaso de la sociedad— romana, eminentemente germánico».

4. A primeros del año siguiente a la publicación de este trabajo de LACRUZ, pronunciaba el profesor RAMON PRIETO BANCES en la Academia Matricense del Notariado, el 20 febrero 1951, su conferencia: *Los notarios en la historia de la sociedad de gananciales*. Tuve el gusto de asistir a ella, y recuerdo, muy bien, la impresión que me causó; y ahora releo su texto en el tomo IX de los *Anales*, pp. 83-139 aparecido en 1957. Demuestra, en él, con bastante claridad, que no puede afirmarse que el origen histórico de la sociedad de gananciales sea germánico, como, respecto de España, habían defendido CARDENAS e HINOJOSA.

«Nuestro derecho visigodo —dijo PRIETO BANCES— es derecho romano y es derecho oriental [en el párrafo anterior había dicho: «Aquí se cruzan en la época visigoda, y no por primera vez, ni por última, la civilización de Oriente y de Occidente. La antorcha de Bizancio alumbría Toledo y, cuando Bizancio decae, es España la que ilumina al mundo»]. Las fuentes del *Código de Eurico* hay que buscarlas en el territorio de los Diádocos. Los cánones conciliares toledanos, en las doctrinas de San Isidoro, formado en los clásicos. Las leyes de Chindasvinto y Recesvinto en la cultura de la Iglesia romana. La reforma de Ervigio en el predominio del elemento cristiano».

En el Bajo imperio romano «el cristianismo siembra la idea de la comunidad. El matrimonio deja de ser un puro contrato; el matrimonio para los cristianos es un sacramento que funde dos personas en una, y a esta unidad espiritual corresponde la unidad patrimonial». Esta tesis, explicó PRIETO BANCES, la habían defendido LEFEVRE, en 1908 —en un curso de doctorado, en el cual sostuvo que la comunidad de bienes entre los cónyuges «no puede explicarse más que como un producto de las costumbres cristianas de los esposos franceses», y, en 1919, M. ROBERTI, en su obra *Le origini romano-cristiane delle communione dei bene fra coniugi*. El propio catedrático asturiano observa que la idea de comunidad se vislumbra, en una novela de Valentiano III (que transcribe) que pasó a la *Lex Romana Visigothorum*. Esa novela de Valentiano fue rectificada por otra del emperador León, en el sentido de aplicar, en el reparto, al disolverse la sociedad, el criterio de adjudicar los *refacta* en proporción a las aportaciones. A juicio de PRIETO BANCES (III, página 100), ambas soluciones se aplicaron en la España visigoda. La solución cristiana, del reparto por mitad, inspiró la fórmula XX de la colección descubierta por MORALES, y la solución romana, del reparto en proporción a las aportaciones, fue acogida en la Ley *Dum cuiuscumque* de Recesvinto. Esta Ley se entendió supletoria del pacto, que él estimó usual entre los antenupciales. En esto último, el profesor asturiano coincidía con la opinión de HINOJOSA; pero, discrepaba de ésta en cuanto creía (pp. 108 y ss.) que la indicada fórmula XX no era supervivencia de una costumbre germánica, sino que «revela la fuerza arrolladora de la civilización romano-cristiana, por-

que la fórmula procede del derecho mediterráneo cristianizado, verdadera médula del derecho español».

Esta fórmula usual —sigue explicando PRIETO BANCES (IV, páginas 129 y ss.)— continuó aplicándose en la época de la Reconquista, en un ámbito territorial nuevo que llegó a Galicia con los monjes mozárabes que se refugiaron en los claustros gallegos. De allí pasó a Asturias y se extendió a algunas comarcas del Reino de León, observándose en los pactos nupciales entre el Cid y la ovetense Jimena. Nota, no obstante, el profesor asturiano que en las fórmulas altomedievales se observan diferencias.

Años después, ALFONSO DE COSSIO (*La sociedad de gananciales*, Madrid, INEJ, 1963, pp. 41), llegó a concluir que, no se le alcanzaba la razón «de aceptar una fórmula carente de contornos precisos y sin trascendencia legal alguna, como es la llamada comunidad de derecho germánico, para la explicación de un régimen tradicional del derecho castellano, ajeno en todo momento a tan obscuras elucubraciones».

5. Pero, el hecho de ser desechada la tesis de la comunidad germánica, *zur gesammt Hand*, no ha sido óbice para que se mantenga la opinión de que la comunidad ganancial tiene naturaleza de mancomunidad de ambos cónyuges respecto de los bienes que la integran —así resulta de las SS 18 diciembre 1951, 17 abril 1967, 19 octubre 1968— sentencia ésta muy discutida y no entendida en igual sentido por todos sus comentaristas (cfr., PILAR BENAVENTE, I, 4, 2, 3)— y ha constituido —en palabras de CAMARA, antes citadas— la «teoría oficial» asumida por casi toda la doctrina, hasta que, después de la reforma de 1981 se ha dividido en esta cuestión.

Después de la reforma, LACRUZ BERDEJO (*Derecho de familia*, edición, 1982, 198 pp., 399 y ss. y *Elementos*, IV-2, 198, ed., 1989, páginas 425 y ss.), ha dicho de la comunidad de gananciales, que no constituye una persona jurídica, sino que los bienes pertenecen conjuntamente a los comuneros; y, si bien las participaciones que corresponden a cada uno, «no recaen ni pueden recaer sobre el patrimonio como un todo, porque el patrimonio no es un objeto unitario de derecho, y así afectan directamente a cada uno de los objetos que lo integran» ... Pero advierte que «el derecho afecta al objeto indeterminadamente; *sin cuotas*, la cuota existe sólo sobre el conjunto, y, por eso, podemos calificar esta comunidad de *universal*». Es decir, mantiene, en sustancia, su mismo criterio de 1950, y señala que cuando «levemente la jurisprudencia del TS y decididamente la de la DG», atribuyen a la sociedad de gananciales «los rasgos, un tanto imprecisos con que la doctrina describe la llamada «comunidad en mano común» o «germánica», quieren decir con esto, «sobre todo, que ninguno de los cónyuges puede disponer, como bienes privativos suyos, sobre mitades indivisas de los bienes comunes». Esto, como acabamos de ver, lo resuelve LACRUZ indicando que el derecho de cada

cónyuge «afecta al objeto indeterminadamente», pues «la cuota existe sólo sobre el conjunto». De ese modo, explica lo que la jurisprudencia, por él aludida, trata de resolver con el expediente de la propiedad en mano común o mancomunidad. Para LACRUZ —pues— la explicación no está en la «mancomunidad» sino en la «indeterminación». Es decir, en la misma línea del maestro FEDERICO DE CASTRO al clasificar la comunidad ganancial.

Esa *indeterminación* durante el matrimonio, es destacada por L. DIEZ PICAZO y A. GULLON BALLESTEROS (*Sistema*, IV, 1982, páginas 223 y ss.), al escribir que el patrimonio ganancial «es, sobre todo, un conjunto de bienes o una masa patrimonial, sometida a un específico régimen jurídico de gestión, administración, disposición y responsabilidad, por lo que merece el nombre de “patrimonio” y en especial el de “patrimonio conjunto o colectivo”». En él, la titularidad «la ostentan el marido y la mujer, aún cuando en algunos casos puedan existir situaciones en las que un bien de naturaleza ganancial aparezca exteriormente atribuido a uno solo de ellos (p. ej., en el Registro de la Propiedad aparece como titular único el marido o la mujer). Cualquiera que sea la forma aparente de la titularidad, ello no evitara el juego de los preceptos reguladores de la sociedad de gananciales, si el bien efectivamente lo es». A su juicio, «es legítimo pensar que el elemento básico es asociativo y que la comunidad tiene un carácter instrumental. Se forma una comunidad, porque es el mecanismo ideado para materializar la ganancia conyugal sin esperar a determinar con exactitud y a través de los vehículos contables la existencia de tal ganancia».

También DE LOS MOZOS (*Comentario* al capítulo IV, tít. III, libro IV, Cc., vol. XVIII-2.º, pp. 58 y ss.) recalca esa indeterminación. Se trata —dice— «de una comunidad que surge de un régimen económico matrimonial», recae «sobre un *patrimonio separado*, no sobre bienes singulares o la suma de todos ellos»; «no es un *patrimonio autónomo*, porque no es el titular exclusivo de los bienes y derechos que lo componen, al no tener personalidad jurídica independiente; por ello, las titularidades se reparten entre los comuneros y la comunidad de modo que, aunque el derecho *pro parte* recaiga potencialmente sobre el todo, al no tener entidad propia por faltarle esta autonomía, y no poder ser objeto de derechos unitariamente, se materializa no sobre el parimonio en su conjunto, sino sobre los bienes singulares que lo componen que son los que tienen en el tráfico la condición de *gananciales*». Finalmente, el hecho de ser «*trasunto* de una comunidad familiar más amplia», «se traduce en su estructura, en la disociación entre atribución y titularidad, en la forma de gestión que, aunque conjuntas, permite numerosas excepciones, aparte de la incidencia de las actuaciones separadas e independientes de los cónyuges, fuente de numerosas interrelaciones entre el patrimonio común

y los patrimonios privativos, lo que hace que su situación sea realmente especial en relación con la configuración que se le atribuye».

En suma, además de la «indeterminación», L. DIEZ PICAZO y A. GULLON señalan que, en algunos supuestos, la «titularidad» de algunos bienes gananciales la ostenta sólo el marido o sólo la mujer; y DE LOS MOZOS observa la «disociación entre atribución y titularidad», además de «la interrelación entre el patrimonio común y los patrimonios privativos».

Pues bien, desde hace unos años, esa disociación —como vamos a ver, en el epígrafe siguiente— ha sido destacada hasta hacerla clave de la determinación de la naturaleza de la sociedad de gananciales.

Pero, antes de tratar de esto, creo conveniente efectuar una observación acerca de la utilización de la figura jurídica de la mancomunidad como expediente técnico explicativo de la situación creada por esa indeterminación.

Creo haber mostrado, al ocuparme de la comunidad hereditaria (*Estudios de derecho sucesorio*, I, 2.^a ed., 13, 14 y 20 pp. 364 y siguientes y 20, p. 589 párrafo final), la innecesidad de explicar la indeterminación subjetiva de la titularidad de cada bien hereditario mediante una pretendida mancomunidad entre los coherederos como sujetos relativamente indeterminados. Esta observación la creo aplicable *mutatis mutandae* a la sociedad de gananciales en período de liquidación. Pero, en el período activo de la sociedad de gananciales, además de ser innecesaria, resulta inadecuada. Se da el caso de que algunos bienes calificados de gananciales no son administrados mancomunadamente, ni tampoco su disposición requiere mancomunidad (arts. 1.365, 2.^º, 1.370, 1.384). Así, durante mi actividad notarial siempre entendí —tanto en el régimen originario del Código civil, como en sus reformas— que la condición de socio o de accionista únicamente correspondía al cónyuge titular (el mismo MANUEL DE LA CAMARA —pese a mantener la naturaleza de comunidad de tipo germánico de los bienes gananciales— estima, sin la menor sombra de duda, que la condición de socio «recae exclusivamente en el cónyuge que constituye con otras personas la sociedad o que después se incorpora a ella»). Esto sin perjuicio de que su contenido económico sea ganancial. Y, además, es un hecho también evidente, que deudor del pasivo ganancial es, personalmente, uno, otro u ambos cónyuges, aunque respondan con los bienes calificados de gananciales.

Por otra parte, la incertidumbre afecta no sólo a la participación de cada uno de los cónyuges en cada bien determinado, sino que se extiende incluso a si tienen o no participación en ciertos bienes. El supuesto específico más claro es el de los bienes presuntamente gananciales que, al liquidarse la comunidad disuelta, puede resultar que no lo son ni lo han sido nunca.

Pienso, pues, que esa insuficiencia y esta inadecuación explicativas inutilizan e invalidan, incluso como expediente técnico explicativo, la

aplicación del concepto de comunidad en man-común a la situación activa de ganancialidad.

6. Después de la Reforma de 1981, la disociación entre ganancialidad y titularidad de los bienes gananciales ha tomado mayor relieve.

Ya antes de la Reforma de 1981, el notario ANTONIO YAGO ORTEGA (*Acerca de la titularidad sobre los gananciales*, IV, RDN, 103, enero-marzo 1979, pp. 386 y ss.), entendió la ganancialidad «*como cualidad de ciertos bienes del marido o de la mujer*», tal como tituló el epígrafe de su estudio en el que desarrolló esa tesis.

Después, en su ponencia *Reflexiones acerca de la influencia del régimen de gananciales en la capacidad y responsabilidad de cada cónyuge*, (RDN, 113-114, 1981, pp. 9-71), presentada a la mesa redonda, que trató de «*La persona en la constitución*», en el Centro de Estudios Sociales de Valle de los Caídos, del 28-IX al 1-X-1981, fue ROBERTO BLANQUER el primero que distinguió claramente «las cuestiones de titularidad y las de legitimación derivadas de la calificación de ganancialidad de los bienes», advirtiendo que, a pesar de «la preferencia de la legitimación objetiva de la calificación» de ganancialidad respecto «la legitimación subjetiva del titular», en caso de ser uno solo de los cónyuges el titular, «en numerosos casos la calificación de ganancialidad produce simplemente efectos entre cónyuges, y no puede oponerse a terceros» (pp. 70 y ss.).

Meses después, el 25 de febrero de 1982, el mismo BLANQUER pronunciaría en la Academia Matritense del Notariado, su conferencia *La idea de comunidad en la sociedad de gananciales. Alcance, modalidades y excepciones* (cfr ., en AAMM, 25, pp. 43-142), en cuyas conclusiones (p. 141), siempre partiendo de la distinción de ganancialidad y titularidad afirmó: «La condición de sujeto activo o pasivo predicable de un solo cónyuge no limita la sujeción a comunicación a las resulta de la liquidación final; aunque sí puede limitar el tiempo de la comunicación».

El siguiente 11 marzo 1982, EMILIO GARRIDO CERDA, desarrolló su conferencia *Derechos de un cónyuge sobre los bienes del otro*, en la misma Academia Matritense del Notariado (cfr. AAMN, 25, pp. 143-238), y, con mayor decisión, sentó que «en el régimen de gananciales la titularidad de los bienes pertenece a los cónyuges, individual o conjuntamente en proindivisión, según quién haya sido el que los ha aportado al consorcio conyugal» (p. 159); y, en otro plano distinto, que esa titularidad jurídica está limitada por su calificación de ganancialidad, en consecuencia de la cual «se forma una comunidad económica de ganancias para repartir al final», que «se forma con las actividades de cada uno de los cónyuges, ejercidas en ese ambiente de independencia e igualdad que caracteriza las relaciones de la familia moderna».

El mismo año, SANTIAGO ECHEVARRIA ECHEVARRIA publicó un artículo, *Sociedad de gananciales, ganancialidad, bienes ga-*

nanciales y ganancias (RDN, 116, abril-junio 1982, pp. 7-35), donde concluyó que la sociedad de gananciales «se convierte en comunidad en el momento de su disolución», mientras que antes; en la fase dinámica, «es un conjunto o masa de bienes calificados como gananciales, e integrado en, o por, dos patrimonios separados (gananciales), el del marido y el de la mujer, y cuya finalidad primaria es el sostenimiento de las cargas del matrimonio y la secundaria la de obtener ganancias» (p. 35). Esta posición la matizaría, él mismo, en cuanto a la calificación jurídica, en la conferencia. Los límites de la responsabilidad ganancial, que desarrolló en la Academia sevillana del Notariado el 15 de noviembre de 1986 (cfr., el volumen correspondiente a dicho Curso, pp. 115-145), de cuyas conclusiones elijo las más interesantes para el tema que nos ocupa: «En las sociedades civiles irregulares despersonalizadas la vida social se desarrolla en las personas y en los patrimonios de los socios y, al disolverse se constituye una comunidad romana». Este mecanismo lo estima aplicable a la sociedad de gananciales por «ser una sociedad civil despersonalizada». Por ello —dice— la frase «se hacen comunes» del artículo 1.344 del Código civil, «tiene una doble interpretación, o se hacen comunes en comunidad o se hacen comunes en sociedad»; y, en ese segundo caso, «permanecen en los patrimonios de los cónyuges hasta la disolución de la sociedad, momento en el que se produce la comunicación y nace la comunidad ganancial» (pp. 143 y siguientes).

En RDN 121-122, julio-diciembre 1983, JOSE CASTILLO TAMARIT (pp. 7-48), publicó su artículo *Aspectos parciales de la Reforma del Código civil en tema de sociedad de gananciales*, en el cual —después de recordar que, ya en su trabajo *Donaciones con reserva de la facultad de disponer gananciales y legítima* (ADC XXXV-II, abril-junio 1982, p. 359), había insinuado que, en materia de gananciales, «el tema de titularidad debe, *prima facie*, desconectarse de la calificación de ganancialidad», pregunta— «¿cómo compaginar la titularidad de la calificación ganancial de los bienes?»; y, adhiriéndose a la opinión de BLANQUER, concluye: «En suma: la sociedad de gananciales, como régimen económico matrimonial, y en atención a las finalidades que trata de cubrir, impone limitaciones y singularidades al titular de los bienes», que «fundamentalmente se traducen en un derecho de control del cónyuge no titular sobre los actos jurídicos realizados por el cónyuge titular, y que inciden sobre los bienes con calificación jurídica de gananciales».

El mismo año 1983, el 15 de diciembre, JOSE ANGEL MARTINEZ SANCHIS, en la Academia Matriense del Notariado, expuso su conferencia *Casos dudosos de bienes privativos y gananciales* (cfr., en AAMN, 26, pp. 357-404). Señaló, en ella, como puntos básicos para determinar lo que es la sociedad de gananciales: 1.º «Los bienes gananciales constituyen un conjunto de bienes. La Ley los contempla en su conjunto: como si fueran una universalidad o integraran (*Pom-*

ponio, D. 41, 3, 30) un *corpus ex distantibus*. Así acontece lo que para la *hereditas* refiere PAPINIANO al definirla como un *intellectus iuris*, que no corresponde necesariamente a un cuerpo determinado, en cuanto pueden existir *etiam sine ullo corpore*. Y es que la sociedad de gananciales, cual predica CORSI (*Il regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 1979, *Trattato di Diritto civile e commerciale*, CICUMASSINEO, IV, tomo I, sec. I, p. 65) para su correlativo italiano, es más que nada un régimen matrimonial, antes que una comunidad, pues puede existir sin bienes». 2.º «La Ley no se ha planteado, como nos dice CORSI (p. 66) la situación de los bienes *uti singuli*. Esa consideración como un *corpus*, lo único que implica es una unidad de destino, en absoluto que sobre cada uno de los bienes exista una titularidad. *El Código contempla los bienes como pertenecientes a la sociedad, independientemente de quien sea su titular*, y no dispone que los adquiridos por uno solo de los esposos, por el simple hecho de ser gananciales, devengan comunes». 3.º «*Por consiguiente, en los bienes gananciales no hay formalmente más cotitularidad*, como resalta CORSI (p. 67), que la que nace del acto de adquisición conjunto».

En su ponencia de la delegación española para el primer tema del XVIII Congreso Internacional del Notariado latino (Montreal, 1986). *Influencia del derecho público en el derecho de familia*, el mismo MARTINEZ SANCHIS, al tratar de la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales (cfr., en RDN, 132, abril-junio 1986, pp. 261 y siguientes), reproduce las conclusiones que, en lo más esencial, acabamos de extractar; pero, además, precisa, entre otros extremos: «La sociedad de gananciales implica un proceso de ganancialidad abierto, mientras que la comunidad sugiere un proceso ya cerrado. En mi opinión no hay comunidad nunca, ni siquiera... en fase de disolución» (página 261); y «sobre la figuración de los gananciales como sociedad, se impone, pura y simplemente, la realidad, integrada por un régimen económico al que se ajustan determinados bienes sin necesidad de interponer conceptos ni de acudir a la idea de comunidad ni germánica ni no germánica».

El 16 de junio de 1988, el Notario de Sevilla VICTORIO MAGARIÑOS BLANCO, pronunció la conferencia *Sociedad de gananciales y sociedad civil* (cfr., en el volumen que recoge el Curso 1988 de la Academia Sevillana del Notariado, Madrid, EDERSA, 1989, páginas 301-331) en la cual comprobando la frecuente concurrencia de ganancialidad y titularidad privativa, ahonda en la consideración de la sociedad de gananciales como sociedad sin personalidad jurídica, «esquema» que —dice— «permite el juego de estas titularidades individualizada en armonía con el cumplimiento de los fines sociales».

PILAR BENAVENTE MOREDA, en su importante y laudada tesis doctoral que sigo teniendo a mi vista, compulsó las opiniones —acabadas de recordar— de los primeros seis de los siete notarios

últimamente citados, y, en especial, la del primero, YAGO ORTEGA (I, 22,2), respecto de la cual observa: «Se propugna entonces, la vuelta al sistema tal y como se había configurado originariamente, es decir, como una comunidad en liquidación, pero apartándose de la interpretación inicial del Código civil, en el sentido de que si entonces se trataba de permitir la actividad del marido, haciéndola compatible con la de la comunidad, ahora se permite la actividad de ambos cónyuges, haciéndola también compatible con la citada comunidad». Ella, por su parte (II, 2, 2, 3, 2, 3, 3), opina:

«1.º En la esfera o ámbito interno o inter conyugal (ámbito de las relaciones patrimoniales, reclamaciones, reembolsos entre cónyuges...) existe una auténtica mancomunidad, sin atribución de cuotas, ni facultad para pedir la división.

»2.º No obstante, en la proyección exterior de la sociedad, ésta se manifiesta como auténtica sociedad civil, sin personalidad jurídica, por lo que la atribución de titularidades ha de coincidir en las personas de los cónyuges, en ambos o en cualquiera de ellos.» Si los bienes aparecen a nombre de uno solo, «es necesario traspasar los límites de las normas internas reguladoras de la gestión del patrimonio ganancial para determinar los límites de su legitimación, en el ámbito externo o del tráfico, según las normas propias de la relación jurídica de que se trate».

Esto es lo que hace PILAR BENAVENTE, al desarrollar su tesis hasta concluir su primer volumen y en todo el segundo, en el que se ocupa de las relaciones arrendaticias activas y pasivas calificables como gananciales.

Después, en el Boletín del Colegio de Abogados de Madrid, 1990, 4, julio-agosto (pp. 43-46), el letrado y profesor titular de Derecho Civil, JOSE MARIA CUTILLAS TORNS ha publicado un artículo *Precisiones entorno de las cargas de la familia y la sociedad de gananciales*, en el cual, siguiendo fundamentalmente la tesis de ECHEVARRIA y de MAGARIÑOS, concluye: «1.º La sociedad de gananciales no tiene personalidad jurídica. 2.º Sólo, existen dos patrimonios, los privativos de los cónyuges, en los que la ganancialidad sólo significa una afección especial de los bienes (cargas del matrimonio, tutela de acreedores, etc.), dentro de los patrimonios privativos. 3.º En el aspecto interno, y en orden a la fijación de la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio, preceptuada en los artículos 103 y 1.318 del Código civil, quedan afectos los patrimonios privativos de cada cónyuge, no debiendo considerarse como una deuda ganancial».

VI. EXPEDIENTES TECNICOS EMPLEADOS PARA EXPLICAR LA NATURALEZA DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES EN NUESTRA HISTORIA DEL DERECHO

1. La labor de los ocho autores a que me he referido en el último apartado del anterior epígrafe, ha constituido un importantísimo esfuerzo para captar la realidad del complejo aspecto dinámico de la ganancialidad. Esta complejidad, antes de ellos y por ellos, se ha tratado de simplificarse con el fin de darle mayor claridad y explicarla mejor, empleando para ello diversos expedientes técnicos: la comunidad por cuotas sobre cada bien, la persona jurídica, la sociedad sin personalidad jurídica, el patrimonio autónomo de fin, la comunidad germánica, la *universitas iuris* como consideración *sub especie universitatis*, la distinción entre contenido económico y titularidad jurídica, o entre ésta y la cualidad de ganancial, significativa de una serie de limitaciones de la facultad de disponer, de especiales normas de gestión y administración y de atribución de responsabilidad, que limitan la propiedad de los bienes y la plena titularidad de los derechos, sin atribuirla a personalidad distinta del cónyuge que aparezca como titular, ni de entenderlos en comunidad de clase alguna si ésta no resulta de la propia titularidad del bien o derecho de que se trate.

Ahora bien, en la ciencia del derecho, los expedientes técnicos no son sino hipótesis explicativas con fines didácticos y ordenadores para orientar y facilitar el examen de una institución. Por eso, su importancia es mayor en la ciencia del derecho que para su práctica. En una metodología de las leyes y, más aún, en la de la determinación del derecho han de ayudar tan solo como medios de ordenación, clasificadores de ideas, para ver mejor la realidad jurídica y centrar las cuestiones prácticas que se planteen. Pero, y muy especialmente si se trata de la determinación del derecho, hemos de evitar el riesgo de que nos desvien del objetivo de hallar «*quod iustum est*», en cada caso concreto, y, especialmente debemos excluir totalmente el procedimiento de inversión empleado por el conceptualismo dogmático.

En cambio, esos expedientes técnicos tienen mucha más importancia para una metodología expositiva y explicativa del derecho e, incluso, para, desde ella, iluminar el proceso de las otras dos metodologías (Acerca de esta clasificación trimembre, cfr., mi *Metodología jurídica*, Madrid, Cívitas, 1988, en especial caps. IV, pp. 103-124 y XV, pp. 368-426. Pienso desarrollar las tres. Acabo de concluir un grueso volumen de *Metodología de las leyes*, y voy a comenzar la *Metodología la determinación del derecho*. Si Dios me concede vida, salud y fuerzas, acometeré una *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho*).

Con estas salvedades, voy a tratar aquí de esbozar otro expediente técnico, apoyado en la base del terreno desbrozado por JOSE LUIS LACRUZ BERDEJO y cimentada por mis compañeros notarios

—desde ANGEL SANZ FERNANDEZ hasta los seis de que especialmente he hablado— y por PILAR BENAVENTE. Pero, antes, creo conveniente repasar, aunque sea muy brevemente, los expedientes técnicos ya utilizados en nuestro derecho histórico.

2. De la mano de PRIETO BENCES hemos ido comprobando cuál fue el origen histórico —ciertamente no germánico— de los gananciales, siguiendo hasta los documentos y cartas de la época de la Reconquista en el Alta Edad Media. Para la historia posterior este profesor asturiano se remitió a los estudios efectuados por el jurista e historiador, académico de las Reales de la Historia, Ciencias Morales y Políticas y de la Matritense de Jurisprudencia y Legislación —después Real Academia de Jurisprudencia y Legislación—, FRANCISCO DE CARDENAS, quién, en 1850, en el volumen IX de la revista *Derecho moderno*, publicó su *Ensayo histórico sobre las leyes y doctrinas que tratan de los bienes gananciales en el matrimonio*, recogido después en el volumen II de sus *Estudios Jurídicos* (pp. 62-116), que tengo ante mis ojos y he releído a partir del punto en que concluye la revisión sustancial de que fue objeto por el profesor PRIETO BANCES. Es decir, la seguiré en la parte referente a la *Segunda época - Costumbres y leyes municipales* (pp. 76 y ss.) y, en especial, a la *tercera época - Leyes de los Códigos generales* (pp. 76 y ss.), y a las *Decisiones de la jurisprudencia* (pp. 107, al fin).

Mientras en los fueros leoneses predominó la distribución de las ganancias proporcional a las aportaciones de cada cónyuge, en los fueros castellanos se impuso la distribución por mitad, recogida en el *Fuero Viejo de Castilla* de 1212, en una Ley que, ampliada por Pedro I, constituye la 5, 1, 1: «Esto es fuero de Castilla... cuando el marido muriere, puede ella llevar todos suos paños e suo lecho, e sua mula ensellada, si la adujo... e el mueble que trajo consigo en casamiento, e la *mitad de todas las ganancias que generon en uno*» (el subrayado es de CARDENAS). El marido estaba facultado para vender los bienes adquiridos «viviendo en uno con la mujer», sin derecho de ésta a restitución.

El *Especulo* 4, 12, 39 dijo *Que hayades vuestra parte en cuanto Dios nos diere a ganar de aquí adelante et mejoraremos con nuestro haber*. Y el *Fuero Real*, 3, 3, 1, para precisar cual era esa parte, dispuso, conforme la costumbre de Castilla: *Toda cosa que el marido o la mujer ganarem o compraren ayanlo amos por medio...*

Una ley del *Estilo* había declarado que la mujer podía librarse de la responsabilidad, contraída por el marido como funcionario público, cuando renunciara a la parte que pudiera corresponderle en las ganancias. Pero se dudó si, después del *Fuero Real*, podía la mujer hacer uso de ese derecho; para resolverlo, la Ley 60 de Toro dijo que, *cuando la mujer renunciare a las ganancias no sea obligada a pagar parte alguna de las deudas que el marido hubiere hecho durante el matrimonio*.

Del criterio de los autores del derecho castellano resume CARDENAS (pp. 112 y ss.) que, «aunque la mujer es dueña de la mitad de todas las ganancias su posesión es, como dicen los autores, revocable y ficta durante el matrimonio, y así es que no puede disponer de ellas, ni donarlas, ni aún darlas en limosnas, como no sea con licencia de su marido. A la disolución del matrimonio, es cuando se transfiere a la mujer la posesión efectiva e irrevocable de sus gananciales. No así al marido que, desde luego, es verdadero dueño de todos, pudiendo administrarlos, permutarlos y venderlos, con tal de que no lo haga en fraude de la mujer. No es punto decidido si podrá donarlos, pero nos parece más probable la opinión de los autores que creen sería válida esta donación, siempre que se hiciera a sus consanguíneos y fuera moderada, que no irrogara perjuicio grave a la mujer».

El análisis de la opinión de los autores castellanos en esta materia puede verse más detalladamente en el *Comentario crítico, jurídico, literal a las ochenta y tres y leyes de Toro*, de SANCHO LLAMAS Y MOLINA, ley 16, núms. 21 y ss. (cfr., 3.^a ed., Madrid, 1853, páginas 302 y ss.), en el trabajo de LACRUZ, de 1950, que tenemos presente (1 a 4, pp. 8-18), y en la tesis doctoral de PILAR BENAVENTE (I, I, 2, 2).

3. Resumiendo las posiciones discutidas por los autores castellanos hallamos: 1.^o Contrapuestas, más aparente que realmente: a) la tesis de la transmisión *in actu* del dominio a la mujer, y b) la de la conservación por el marido hasta liquidarse los gananciales de los que es deudor de la mitad, a la mujer. Y 2.^o las a) afirmativa y b) negativa de que exista sociedad de ganancias y adquisiciones. Estas dos contraposiciones no son incompatibles entre sí; pues, al no tener personalidad jurídica esa sociedad, la segunda contraposición se re-convierte y retorna a la primera, es decir, a la que discutía si, en virtud del régimen ganancial, la copropiedad del haber lo adquiría *in actu* la mujer o bien si, mientras la sociedad estaba vigente, los bienes eran del marido debiendo la mujer percibir la mitad de ellos sólo al liquidársele sus gananciales. Por eso, me limitaré al examen de esta cuestión que subsume la segunda, de la que algo hemos dicho antes —en especial, de su aceptación por SANCHEZ ROMAN (*Estudios V-I*, cap. XXI, 6; Ed. 1912, pp. 815 y ss.) como *nueva propiedad* de esa *nueva personalidad, conyugal y familiar*; y, hemos visto, que no es admisible en nuestro derecho.

DIEGO CASTILLO, en su *Utilis et aurea glossa super leges Tauri*, ley 16, núm. 41 (cfr., ed. Medina del Campo, 1553, fol. 86 vto *in fine* y ss.) afirmó que la mujer adquiría su mitad de gananciales «*soluto matrimonio*»; pues «*constante matrimonio non dicitur habere*», dado que la posibilidad de enajenar correspondía al marido. También TELLO FERNANDEZ, *Constitutionum Taurinas utilis interpretatio*, ley 19, núms. 2 y ss. (cfr. ed. Granada, 1566, folio 164 y

siguientes) opinó que los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio no se hacían comunes hasta disolverse, y, que, por ello, no adquiría la mujer el dominio *ipso iure*, sino —como dijo PETRUS ANCHARANO— sólo la acción *pro socio*, e insistió en el argumento de que, en la facultad de enajenar del marido, se incluía la de donar no siendo en fraude de la mujer y, también, la de mejorar, si bien imputándose la mejora a su propia mitad.

Nótese que esta posición corespondía —como ha subrayado COS-SIO (16, p. 17)— a la dominante en derecho francés, en el cual DUMOULIN afirmaría, incluso que, «*uxor non est proprie socia sed speratur fore*», y que, en el siglo XVIII, resumiría POTHIER diciendo que el derecho de la mujer, mientras dura la comunidad, «no es más que un derecho informe que se reduce al derecho de dividir un día los bienes que la compongan en el momento de la disolución».

En cambio, ANTONIO GOMEZ (*Opus praeclarum et utilissimum super legibus Tauri*, legs. 51, 52 y 53, núm. 76, cfr., ed., Salamanca, 1575, fol. 173 vto. *in fine* y ss.) y GREGORIO LOPEZ, (glosa a las palabras «comunalmente de so uno» de la Partida 5, 5, 55 (cfr., ed., Barcelona, 1843, con sus glosas traducidas al castellano, vol. III, páginas 117 y ss.), entendieron que la adquisición de la mujer se verifica *statim* «al momento». Y ésta fue la opinión comunmente aceptada.

Pero, como hemos anticipado, ni aquellos autores consideraron absoluto el dominio del marido, ni estos estimaron firme la adquisición de la mujer. En efecto:

a) Los primeros no podían dejar de reconocer que el marido no podía disponer *mortis causa* de los gananciales y, si bien TELLO le atribuía la facultad de mejorar, era imputándose la mejora a su parte, con lo cual no afectaba a la parte de la mujer. Por otro lado, los autores que, en la facultad de disponer, incluían la de donar no podían menos de excluir ésta en caso de fraude a la mujer. Ya ALONSO DIAZ DE MONTALVO (*Glosa al Fuero Real*, 3, 3, 1, b; cfr. ed. Salamanca, 1569, fol. 111 vto.), había notado que, constante el matrimonio, podía el marido «*ad libitum vendere, nisi hoc malitiose factat*». Esta salvedad era mayor a juicio de PALACIOS RUBIOS (*Repetitio rubricae et capituli Per vetras, de donationibus inter virum et uxoren*), rep. rubr. 66, núm. 28 y 29; cfr. ed. Lugduni, 1538, fol. 75, col. 4 y 76 col. 1), quien aceptando que el marido podía enajenar lo adquirido constante matrimonio «*cessante frande*», rechazó que pudiera efectuarlo «*fraudem uxoris*» —como sería si convirtiera lo obtenido en dinero, que entregará a otras personas— y que pudiera donar.

ANTONIO GOMEZ (leyes cits., 74, QUINTUS, fol. 273), estaba más próximo a DIAZ DEL MONTALVO, al resolver: «*Breviter et resolutive teneo quod non posit uxor repetere nec revocare nisi dolo probato, et per consequens maritus possit praedicta bona alienare titulo oneroso vel lucrative, non potest alienatio revocare nisi probetur dolus in marito alienante qui in dubio numquam praesumitir*».

b) Los segundos, es decir, los autores según los cuales la mujer adquiría *ipso iure* y *statim* la mitad de los bienes gananciales en cuanto el marido los adquiriese, venían a reconocer, como concretamente leemos en la citada glosa de GREGORIO LOPEZ (pp. 118 in fine y ss.): «Empero es de advertir que el dominio y la posesión que tiene la mujer no son derechos efectivos hasta que la sociedad concluya mediante la disolución del matrimonio; puesto que mientras éste subsista no puede decirse que haya lucros; y, de otra parte, no puede instarse la división mientras la sociedad dura»; pues, «en la práctica», la mujer no puede accionar ni pedir cosa alguna de los gananciales antes de la disolución del matrimonio, mayormente atendido que, mientras el matrimonio subsiste, la administración de dichos bienes y la facultad de enajenarlos reside en el marido, según la 1 ult., título, 4, lib. 5 del *Ordenamiento Real* y por la ley 205 del *Estilo...* Como testimonio de autoridad, citó a RODRIGO SUAREZ.

Igual criterio vemos en ANTONIO GOMEZ, basándose, no sólo en la facultad de enajenar del marido —que acabamos de ver se le reconocía cuando vendiera sin dolo ni fraude—, sino, además, en la opción a la mujer, conferida por la Ley 60 de Toro, de eximirse de responsabilidad por las deudas, afectantes a la sociedad conyugal, renunciando a su mitad de gananciales; de lo cual, dedujo que su propiedad sobre ella debía «*intelligi revocabiliter*» (76, fol. 274, col. 2).

DIEGO COVARRUBIAS DE LEIVA (*Variarum resolutionum* III, XIX, 2; cfr. *Omnia Opera*, vol. I, Lugduni, 1586, pág. 435, col. 2), explicó que la propiedad de la mitad por la mujer de lo adquirido durante el matrimonio, —«*dimidia pars uxori competit in communione*»— propiamente no es actual sino en uso y crédito —«*non est propria in actu: sed in habitu et credito*»— en cuanto el marido tiene la propiedad sólo actual —«*solutus est in actu dominus*»—, en tanto, por propia autoridad, tiene la potestad de administrar y enajenar, si bien sólo para atender las cargas comunes a él y a su mujer y no a otro fin —pues, de lo contrario tal enajenación sería invalidada, por presunción de dolo y fraude—, ni puede disponer *mortis causa* sino sólo entre vivos: —«*nec ea alienatio ei permititur in ultima voluntate, sed tantum inter vivos*»—. De modo que esta comunión, disuelto el matrimonio se hace actual y efectiva plenamente —«*unde haec communio, soluto matrimonio ipso iure exit in actu, in vero atque actualem dominium et possessionis societate*»— como elegantemente dijo CAROLUS MOLINEAUS.

JUAN MATIENZO (*Commentaria in librum quintum recollectiōnem legum Hispaniae*, 5, 9, 2, gl. 3, 18; cfr.: ed. Mantuae Carpetae, 1580, fol. 259 vto., *in fine*) precisó «*Nec eo [el dominio de los bienes adquiridos] constante matrimonium residet in mulier proprie in actu sed in credito vel habitus et iste habitus non habet effectum realem, cum absque fraude maritus possit quae sita constante matrimonio alienare et de eis disponere. Itaque dominium hoc quasi nebu-*

la [ahí tenemos, casi con cuatro siglos de anticipación, la idea de la titularidad transitoriamente indeterminada entre los cónyuges] detentum est, quae durat, donec solvatur matrimonium, eo tamen soluto sive per mortem, sive ex causa divorii, fiunt ex alio quovis casu, quo separatio bonorum fieri debeat» ... «his omnibus casibus illus dominium velatum in habitu tantum consistens, exit in actum, et in veran et actualem dominii et possessionis comunione».

Siguiendo a MATIENZO, en el texto que acabamos de transcribir, pero más brevemente, escribe VELAZQUEZ DE AVENDANO (*Legum Tauriarum a Fernando et Ioana Hispanorum regibus foelicis recordatione, utilisina glossa sequitur*, 14, gl. 1, 6, 3, cfr., ed. Toledo, 1588, fol. 36 vto.) que el referido dominio de su mitad de ganancias, transmitido a la mujer durante el matrimonio «*in habitu tantum est, et ite anichilatum et quasi nebula detentum quo ad effectum disponendi donec morte divorio, aut separatione matrimonio solvatur, quod uxor nequiret de his bonis disponere, neque ullum reale exircium medietatis habebet».*

Con todos estos antecedentes, en el siglo pasado SANCHO LLAMAS Y MOLINA (*Comentario jurídico, jurídico, literal a las ocho y tres leyes de Toro*, ley 16, núm. 29, cfr., ed., Madrid, 1853, vol. I, p. 304) resumió «que el dominio que tiene la mujer está *in habitu et credito* hasta que se disuelva el matrimonio»; y añade después (núm. 54, p. 300), que «si las palabras *hayanlo por medio* [FR, 3, 3, 1] denotan traslación de dominio, es sólo en el caso de que marido y mujer compren en mancomún».

Ahí está la clave del originario artículo 1.393 del Código civil que en la primera edición de su obra, MACIUS SCAEVOLA (*Código civil*, XXII, Madrid, 1905, p. 75), comentó así: «No hay, pues, ganancias ni pérdidas, o sea bienes gananciales, hasta que se practica la liquidación, y mal, por consecuencia, puede tener dominio verdadero sobre ellos la mujer. Los bienes, sin embargo, adquieren desde luego, conforme a la naturaleza de su adquisición, el carácter de gananciales que les corresponde con arreglo a la ley».

También es ésta la explicación de porque la constante jurisprudencia citada en el epígrafe V, 1 —y que tan cuidadosamente ha recolectado y comentado PILAR BENAVENTE— negó a la mujer la posibilidad de interponer tercera de dominio por su mitad ganancial de los bienes, embargados por deudas del marido constante el matrimonio, por no tener derecho actual en ellos.

Hoy, después de la Reforma de 1981, esa situación es trasladable a ambos cónyuges en los bienes y derechos de los que, aún cuando tengan la cualidad de gananciales, sea titular el otro consorte, conforme las tesis referidas en el epígrafe V, 6.

VII. ESBOZO DE UNA PROPUESTA DE EXPEDIENTE TECNICO EXPLICATIVO DE LA ACTUAL SITUACION DE LOS CONYUGES EN REGIMEN DE GANANCIALES

1. No recuerdo bien si fue la víspera de la exposición de la tesis doctoral de PILAR BENAVENTE, o de camino con su director, ANTONIO MANUEL MORALES, o en el mismo acto de la lectura, cuando tuve la intuición. Lo cierto es que lo dije en mi intervención.

El derecho de sucesiones ha sido el más y mejor elaborado en Roma y partir de ella, tanto que los autores, han extendido sus conceptos y distinciones a otras ramas del derecho. Así muchas figuras elaboradas de los libros *De legis et fideicommissis* del *Digesto*, fueron objeto por los pandectistas alemanes de aplicación científica al derecho de obligaciones. Pues bien, pienso que, aquí, puede ser útil la terminología formulada en el *ius commune*, de donde la retomó mi maestro ROCA SASTRE y yo contribuí a difundirla y matizarla, que clasifica las legítimas en *pars hereditatis*, *pars rerum*, *pars bonorum*, *pars valoris bonorum* y *pars valoris*, aplicables también, en el derecho actual, la primera tercera y cuarta a la distinción entre el heredero con una cuota señalada *ex asse* y el legatario de parte alicuota.

Se trata de explicar el derecho que, durante la vigencia de la sociedad conyugal, tiene el cónyuge no titular de los gananciales y el que obtiene después, en el período en que está disuelta pero pendiente de liquidación; y, también, para clarificar la situación real significada por las limitaciones dispositivas que el cónyuge titular tiene durante la vigencia de la sociedad de gananciales.

Para mayor claridad, comenzaré por referirme a la fase de la sociedad de gananciales disuelta y sin liquidar.

A) Aplicación del expediente técnico explicativo de la «*pars universitatis iuris societatis lucrorum matrimonii*» en el período de sociedad de gananciales en liquidación

Creo previamente precisa una observación terminológica. En la distinción *pars hereditatis* y *pars bonorum* en las legítimas o entre el heredero en una cuota y el legatario de parte alicuota: la primera significa la referencia de la parte alicuota a toda la universalidad que constituye la herencia con su activo y su pasivo; mientras que la segunda expresa sólo el activo líquido que queda una vez satisfecho el pasivo o de asumido éste por el heredero. Por eso, aquí, *pars universitatis iuris societatis lucrorum matrimonii* sustituye a *pars hereditatis*, no a *pars bonorum*.

Con esta perspectiva puede decirse que en el derecho anterior al Código civil, disuelta la sociedad de gananciales, tanto marido como

mujer tenían, *ipso iure*, la mitad de esa universalidad ganancial con su activo y su pasivo, determinados *sub specie universitatis*. La mujer para librarse de su responsabilidad por ese pasivo, no tenía más medio que renunciar —conforme la Ley 60 de Toro— a sus gananciales.

En el régimen del Código civil de 1889, la situación de la mujer cambió, conforme sus artículos 1.421 y 1.426. El marido, gestor en nombre propio de la sociedad de gananciales, tenía una *pars universitatis*, mientras la mujer acreedora preferente en cuanto a la devolución de sus bienes (arts. 1.421), tenía derecho a la mitad del haber líquido (art. 1.426), después efectuados de los abonos previstos en el artículo 1.425. Es decir, su porción era una *pars bonorum*.

Con la reforma de 1981 vuelve a variar la situación de los cónyuges, consecuentemente a la igualdad establecida entre ellos, como gestores generales de la sociedad de gananciales (art. 1.375) y, uno u otro, como gestores específicos, a veces con facultad dispositiva, de los bienes adscritos al ejercicio de su profesión u oficio, en especial de sus explotaciones comerciales, y, en cierto modo, de los bienes de los que sean titulares (art. 1.348). Desaparecida la diferente situación entre marido y mujer de la originaria regulación del Código civil, ambos, por tanto, tienen hoy una *pars universitatis*, aunque con la particularidad, establecida en el artículo 1.401, 1, inc. 2: «*El cónyuge no deudor responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados, si se hubiere formulado debidamente inventario judicial o extrajudicial*». Bien entendido que el artículo 1.401 exige que el inventario haya sido bien formulado; pues, de lo contrario, como advertí en mi estudio *Capitulaciones matrimoniales, constante matrimonio, en previsión de reveses de fortuna*, (7, ARAJL, 15, 1985, pp. 999), serían de aplicación analógica los artículos 1.082, 1.083 y 1.084 del Código civil por remisión del artículo 1.402.

Por lo que se refiere a cada uno de los bienes y derechos integrados en la *universitas*, en que se concreta la sociedad de gananciales disuelta, la titularidad se halla transitoriamente indeterminada entre los cónyuges, o entre el supérspite y los herederos del premuerto, pendiente de la liquidación y división de los bienes integrantes de esa universalidad.

B) Aplicación del expediente técnico a la sociedad de gananciales viva o activa

2. Los expedientes técnicos de los autores castellanos —«expedientes ingenios», dijo LACRUZ en su estudio de 1950 (12, p. 42)— de la indeterminación «*quasi nebula*» y de la propiedad de la mujer «*non in actu*», «*velatam in habitu et credito*», expresaban un dominio de ésta que no era, sino, más bien, un *ius ad rem*; y un dominio

del marido limitado en su facultad dispositiva, y gravado, o sujeto, por ese dominio, *in potentia*, de la mujer.

El Código civil en su versión originaria, sin perjuicio de las facultades de administrar, enajenar y obligar del marido (1.443, 1), determinó que no pudieran perjudicar a la mujer ni a sus herederos los actos de disposición del marido en contradicción del Código civil, o en fraude de la mujer (1.413, 2); que éste no pudiera disponer por testamento sino de la mitad de gananciales (1.414), y delimitó su facultad de disponer gratuitamente (art. 1.415).

La reforma de los artículos 1.413 y 1.414 del Código civil en el año 1958 reforzó la posición de la mujer y limitó más las facultades dispositivas del marido, al requerir el consentimiento de aquélla, o, en su defecto, autorización judicial, para realizar actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles gananciales (art. 1.413, 1) y reguló la posibilidad de adoptar medidas de aseguramiento fundadas en la actuación irregular del marido (1.413, 2, intercalado entre el nuevo párrafo 1 y el antiguo 2 que pasó a 3).

De la nueva reforma he hablado suficientemente (IV, 3 y V, 1) y hemos visto las distinciones planteadas entre comunicación en sociedad y comunicación en comunidad, entre titularidad y calidad ganancial y entre titularidad jurídica y comunidad económica. Si, antes, se tenía de esclarecer la situación jurídica del marido y la de la mujer, ahora se trata de hacerlo entre la del cónyuge titular y la del que no lo es. Pienso que, para esto, podemos partir de los antiguos expedientes técnicos, dotándoles de mayor precisión, sin perder de vista las respectivas situaciones actuales bastante diferentes de las que existían en el derecho histórico entre marido y mujer.

El cónyuge titular: a) es, en principio, su administrador, b) tiene facultad dispositiva del dinero (en el cual posesión equivale a título) y de los títulos valores (art. 1.484) y puede ejercitar sus derechos de crédito (art. 1.385). Más amplias son las facultades que le corresponden en ejercicio del comercio, profesión y oficio.

Creo que esto conlleva:

a) Que, de los bienes o derechos titulados o, a falta de título, poseídos por uno de ambos cónyuges en común, cada cual tiene una *pars rerum*, es decir, su copropiedad, aunque limitada, por la necesaria codisposición, mientras esté vigente la sociedad de gananciales.

b) Que en los bienes titulados a nombre de un solo cónyuge, sin reconocimiento por el otro de su naturaleza ganancial, al ser presuntivamente gananciales, tiene preventivamente el otro cónyuge, en tanto la presunción no se disipe, una *pars valoris bonorum qua in specie solvere debet*, también en cuanto quepa, conforme lo previsto en el artículo 1.062 como antes se ha dicho.

c) En los supuestos de los artículos 1.346, final; 1.347, 4.^º y 5.^º, 1.356, 1.357, 1.359 y 1.360, al cónyuge no titular sólo le corresponde una *pars valoris*.

Pars bonorum y *pars valoris bonorum* vienen aseguradas especialmente, por los artículos 1.377, 1.378, 1.383 y 1.391.

Estos expedientes técnicos, que solo planteo experimentalmente, tienen precedentes. Así GREGORIO LOPEZ, en su glosa antes citada (*loc. cit.*, p. 118, *in fine*), distinguió: «el legatario de una parte aliquota de los bienes se entiende serlo de dicha parte deducidas las deudas y cargas: al paso que la mujer está tenida proporcionalmente al pago de las deudas y es responsable de la misma manera de las cargas». Por ello, en el derecho anterior al Código civil, no le cabía más opción a la mujer que renunciar a su mitad de gananciales o bien ser responsable de las deudas como cotitular de una *pars universalitatis*.

Hemos visto que según COVARRUBIAS, la mujer no se hallaba sino *«et credito»* en su mitad de gananciales.

Sin embargo, ANTONIO AYERVE DE AYORA (*Tractatus de partitionibus bonorum communium inter maritum et uxorem et filios ac heredes eorum*, I parte, cap. VIII, 17; cfr. ed., Granada, 1586, fol. 60 vto. y ss.), preguntó si la mujer, al liquidarse los gananciales, llegaría a comprobar que las deudas excedían de los bienes, podía renunciar entonces a su mitad. Frente a la general respuesta negativa de esa posibilidad, AYERVE defendió la afirmativa, señalando que esta posibilidad diferenciaba a la mujer, respecto de los gananciales, del heredero, en relación a la herencia, por entender, él, que éste, por su aceptación, quasi contrataba pagar las deudas con los acreedores, no siendo así en la mujer que aceptase sus gananciales. Pero no parece aceptable esta opinión, pues olvida que la sociedad de gananciales disuelta es una *universitas iuris* y, en tiempos de AYERVE, sólo sería correcta si la mujer no tuviera en ella sino una *pars bonorum*; mas, de ser así, no hubiese sido necesaria la ley 60 de Toro.

JUAN GARCIA SAAVEDRA (*De expensis et meliorationibus*, capítulo XIII, 21 y ss.; cfr., Amsterdam, 1658, pp. 463 y ss.), trató de si, en caso de enajenar el marido bienes gananciales, en los que se entendía que la mujer tenía el dominio revocable de la mitad, correspondía a ésta una acción hipotecaria sobre tales bienes y los del marido, para el caso de que la enajenación fuera improcedente o en perjuicio de ella. De ese modo la *pars bonorum* vendría supletoriamente subsidiada por una *pars valoris bonorum*.

He ahí mis sugerencias. Espero, sean objeto de comprobación crítica por jóvenes turistas —por cuyo impulso tanto interés tuvo JOSE LUIS LACRUZ BERDEJO, interés del cual su antigua discípula, PILAR BENAVENTE, es una muestra ejemplar.

Familia, familias y derecho de la familia (*)

Por ENCARNA ROCA TRIAS

Catedrática de Derecho civil de la Universidad de Barcelona

SUMARIO: 1. Planteamiento. 2. ¿A qué tipo de familia se refieren las disposiciones constitucionales? 3. Las discusiones sobre los futuros artículos 32 y 39 en el Congreso y en el Senado. 4. Familia, familias y derecho de familia. 5. El Estado y la familia. 6. La familia ¿grupo autónomo? 7. ¿Existe una limitación constitucional del tipo de familia a proteger? 8. Modelo legal y autonomía.

La STS de 30 mayo 1984, frente a una reclamación formulada por una comunidad religiosa por discriminación en la no extensión de las prestaciones por fallecimiento a los miembros de la mencionada comunidad, declaraba que esta cuestión debía responderse negativamente, puesto que «la vida religiosa, es creadora de vínculos distintos de los que determinan la familia, que no pueden con éstos confundirse ni reputarse equivalentes en el plano jurídico y social». El TS en esta sentencia nos dice lo que no es la familia, pero ninguna norma nos define lo que es. Este trabajo intenta aportar algunas ideas y ofrece un campo de investigación que se corresponda con la realidad actual.

1. *Planteamiento.* Los artículos 32 y 39 CE contienen normas relacionadas con el concepto constitucional de familia: El principio constitucional de la igualdad, contenido en el artículo 14 CE y el artículo 39, al establecer un sistema de protección social a la familia. Ambas disposiciones configuran un sistema basado en principios constitucionales que hace que hoy deba iniciarse cualquier estudio sobre el tema teniendo en cuenta estas directrices.

Ello permite afirmar, con premisa indiscutible, que la protección a la familia, entendida en el sentido constitucional, resulta una nece-

* Este trabajo ha sido realizado con una ayuda de la CICYT otorgada al grupo que dirige la autora.

sidad del Estado social de derecho, porque la estructuración de la familia responde siempre a la obligación de afrontar unas necesidades de tipo asistencial, que se cumplen en su interior y que de otro modo, debería asumir el Estado (1). Quizá en este sentido, podría afirmarse que el artículo 39 CE es uno de los exponentes de la teoría de los intereses difusos (2). Pero de lo que no cabe duda es de que el sistema establecido en la Constitución es mixto, en el sentido que las finalidades se cumplen por el Estado (sistemas de seguridad social, por ejemplo) y por los particulares (alimentos entre parientes y pensiones en casos de separación/divorcio). Ante estas importantes cuestiones, hay que afirmar que el Derecho de familia ya no es un sistema que afecta exclusivamente a intereses particulares, sino que tiene un fuerte contenido público, con aspectos que se refieren tanto a la imperatividad de las normas que regulan los procesos relacionados con cuestiones de Derecho de familia (3), como a la asistencia social de todo tipo que debe prestar la Administración pública a la familia, como, finalmente, a los sistemas de fiscalidad. Todo ello hace que debamos ocuparnos de las importantes consecuencias que la regulación en base a principios constitucionales provoca en el Derecho de familia.

2. *¿A qué tipo de familia se refieren las disposiciones constitucionales?* Es esta una vieja polémica (4). Para empezar, no parece ocioso plantear la cuestión utilizando una idea repetida en general: La Constitución

(1) HATTENAUER, H., *Conceptos fundamentales del derecho civil*. Trad. de G. Hernández. Col. Ariel Derecho Barcelona, 1987, pp. 131-132.

(2) P. E. BESSONE, Comentario a los artículos 30-31 de la Const. II, en BESSONE, MONTUSCHI, VINCENZI, CASSESE, MURA, *Comentario della Costituzione a una di G. Branca*. Rapporti etico-sociali. Roma Bologna, 1976, pp. 86 y ss.

(3) En este sentido es necesario citar la STC 120/84, de 10 de diciembre, en la que se afirma que en el proceso matrimonial «se dan elementos no dispositivos, sino de *ius cogens*, precisamente por derivar y ser un instrumento al servicio del derecho de familia». En el mismo sentido, el auto del propio TC, de 28 de enero de 1987, donde se cita la Sentencia 129/84. Todas estas resoluciones se pronunciaron en casos de divorcio. Además, la STS de 15 de marzo de 1989 (*Poder judicial*, n.º 14, p. 314), declara que «el sentido iusprivatista del derecho de familia ha evolucionado en los últimos años hasta el punto de romper los estrechos moldes en que se encontraba enmarcado para pasar a integrarse en el *ius cogens* y en el ámbito del derecho público». Sólo desde esta perspectiva es posible la intervención del Ministerio Fiscal. Véase en este sentido, ROCA TRIAS en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*. Editorial Tecnos. Madrid, 1984, T. I, pp. 543 y ss. y PEREDA, J. *La ejecución de las sentencias matrimoniales*. PPU. Barcelona, 1989, pp. 28 y ss.

(4) Sobre este tema ver, entre otros, y con diferentes planteamientos doctrinales, DÍEZ PICAZO, «Familia y derecho», en *Familia y derecho*. Civitas. Madrid, 1984, pp. 37-40; ESPÍN CANOVAS, *Familia no matrimonial*, Ponencia presentada al Congreso Hispano-Americanico de Derecho de familia. Cáceres, 1987. Publicado en *Tapia*, 1988, *in totum*; ESTRADA ALONSO, *Los uniones extramatrimoniales en el Derecho civil español*. Civitas, Madrid, 1986, pp. 106 y ss; FOSAR BENLLOCH, *La Constitución española de 1978 y la unión libre*. R.J.C. n.º 4, 1982, pp. 919 y ss.; LACRUZ BERDEJO, *Derecho de familia en Elementos de Derecho civil*, IV. Barcelona, 1989, vol. 2, 3.^a ed., p. 11. PANTALEÓN, «Derechos sucesorios del compañero o compañera en la Compilación del Derecho civil en Cataluña? Tossa de Mar, 1984, pp. 156 y ss.

protege una familia histórica, en un momento concreto (5), lo que no significa que se excluya, a este nivel, la posibilidad o incluso la necesidad de proteger a familias formadas de otra forma o con caracteres distintos a las que existen en un momento histórico determinado. Seguramente tiene razón DIEZ PICAZO (6) cuando liga el problema al que se viene denominando *concepto prejurídico de familia* y que, por tanto, los constituyentes hablaban de una familia concreta a la que el Estado debía ofrecer, por una parte, un sistema de regulación mínimo (el art. 32 CE) y, por otra parte, una protección especial (el art. 39 CE). Si es cierto que la configuración de la familia resulta de utilidad al Estado, en un sistema de *welfare state*, resultará también congruentemente cierto que el Estado tiene razones para controlar las formas de constitución de las familias, única forma que tiene para saber cuándo existe un núcleo familiar digno de la protección que las disposiciones constitucionales establecen (7). Esta es ya una vieja cuestión, ejemplos de la cual se nos ofrecen ya en el Derecho romano (8).

Puestas así las cosas, no resulta ocioso preguntarse acerca de diversas cuestiones que deben influir necesariamente en el concepto que debamos utilizar más adelante: la primera, se refiere a la determinación del tipo de familia que tuvieron presente los constituyentes en las discusiones de los que serían los definitivos artículos 32 y 39 CE. En segundo lugar, una de las cuestiones más importantes a mi parecer y que resulta de la regulación constitucional es la de saber si, independientemente que se tuvieran o no en cuenta estructuras familiares que podríamos llamar *atípicas*, pueden éstas gozar de la protección del artículo 39 CE. Es necesario, por tanto, hacer un repaso de las discusiones que dieron lugar a los artículos que ahora me ocupan.

3. *Las discusiones sobre los futuros artículos 32 y 39 en el Congreso y en el Senado.* En el Anteproyecto de Constitución (9), aparecía un artículo 27, en el que se decía: «*I. A partir de la edad nubil, el hombre y la mujer tienen el derecho a contraer matrimonio y a crear y mantener en igualdad de derechos relaciones estables de fami-*

(5) Esta no es una afirmación que deba referirse exclusivamente a la Constitución española. Véase en el mismo sentido, HATTENHAUER, *Conceptos*, cit. cap VIII in toto, donde se explica la evolución del matrimonio y su ligamiento con la familia.

(6) DIEZ PICAZO, *Familia*, cit. p. 21.

(7) ROCA TRIAS, *Constitució i família*, R.J.C. 1984, pp. 300-302.

(8) Así, por ejemplo, la condición de no contraer matrimonio fue considerada válida en Derecho romano hasta que las leyes demográficas de Augusto se propusieron como finalidad favorecer el matrimonio y la procreación. Dicha condición fue considerada contraria a los objetivos augusteos y, por tanto, ilícita. Ver sobre este punto BIONDI, *Sucesión testamentaria y donación*. Trad. de M. Fairén. Bosch, casa editorial. Barcelona, 1960, p. 568.

(9) Publicado en el B.O.C.E. de 5 de enero de 1978, n.º 44.

lia. 2. El Derecho civil regulará las formas del matrimonio, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución, y sus efectos». En el capítulo III, *Principios rectores y derechos económicos y sociales*, se insertaba el artículo 34, que encabezaba el capítulo, como lo haría en el texto definitivo el artículo 39, donde se decía que «*1. Los poderes públicos aseguran la protección económica, jurídica y social de la familia, en particular, por medio de prestaciones sociales, de disposiciones fiscales y de cualquier otra medida adecuada. 2. La madre y los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, gozarán de la protección oficial del Estado y de todos los poderes públicos. 3. Los padres tienen para con los hijos habidos fuera del matrimonio los mismos derechos que respecto de los nacidos fuera de él, sin perjuicio del respeto a la institución familiar*».

En estas disposiciones se observaban diversas cuestiones; algunas de ellas aparecerían en las discusiones que se produjeron en torno a estos dos textos y otras no fueron tratadas. Me refiero a la distinción que se produce entre el tratamiento del matrimonio y el de la familia; el artículo 27, más tarde 32, parece que se limitaba a establecer una regulación del matrimonio en dos bloques: el constitucional, que requería la igualdad entre ambos cónyuges, y el civil, reservándolo a una ley ordinaria, que desarrollaría esta igualdad y establecería la regulación completa del matrimonio. Pero el artículo 34 (más tarde, 39 CE), contenía una declaración de protección de la familia, sin mencionar el carácter matrimonial o natural de la misma, a diferencia de lo que ocurre en el artículo 29 de la Constitución italiana (10). ¿Partían o no los constituyentes de un preconcepto de la familia? ¿Se referían a un concepto jurídico ya existente, que adaptaban a las circunstancias constitucionales, o bien este concepto era exclusivamente social? No me parece ocioso recordar aquí que los años finales de la década de los 70 fueron los de más alta conflictividad familiar, como consecuencia de la imposibilidad de disolución del matrimonio por divorcio (11).

Las enmiendas que se presentaron a este texto tuvieron un contenido variado. Hay que remarcar que la propuesta del artículo 27 fue objeto de mayores discusiones que la contenida en el artículo 34. Por ello, me centraré en la primera por ser, además, muy ilustrativa del pensamiento de los constituyentes. Por ejemplo, Licinio de la Fuente se oponía a la redacción que se propuso del artículo 27 por encontrar

(10) El artículo 29 de la Constitución italiana ha dado lugar a una abundante literatura, con toda clase de interpretaciones. Seguramente, quien ofrece una mejor panorámica de todas las cuestiones planteadas en torno a este artículo es BESSONE, *Rapporti etico-sociali en Commentario della Costituzione a cura di G. Branca. Artícuo 29-34*. Bologna-Roma, 1982, comentario al artículo 29 *in totum*.

(11) Ver las estadísticas que publica la *Memoria que el Consejo General del Poder Judicial eleva a las Cortes Generales*. Madrid, 1990. Anexo II, pp. 718 y ss.

que se prestaba a confusión y que podría entenderse que amparaba las puras relaciones permanentes entre el hombre y la mujer (12). En un sentido parecido, se pronunciaba la enmienda de García Garrido (UCD), para quien el artículo definitivo debería contener una declaración parecida a la del artículo 29 de la Clt (13). En el otro extremo se colocaba la enmienda presentada por Minoría catalana, para quienes debían contemplarse en igualdad de condiciones tanto las relaciones nacidas de matrimonio, como las que fueran consecuencia de «relaciones estables de familia» (14). La verdad es que esta cuestión no produjo las mayores discusiones en el seno de la ponencia, donde los problemas importantes se plantearon en torno a la constitucionalidad o no de la disolución del matrimonio por divorcio (15) y aceptando la idea fundamental de las enmiendas de Licinio de la Fuente y de García Garrido, la ponencia propugnó la siguiente redacción del

(12) Se trata de la enmienda 35 donde se propone lo siguiente: «La redacción parece amparar por igual al matrimonio y las puras relaciones permanentes entre hombre y mujer», por lo que se proponía la siguiente redacción; «1. A partir de la edad nubil el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio. 2. El hombre y la mujer tienen igualdad de derechos en las relaciones familiares.» En el mismo sentido López Rodó (AP, enmienda 691), proponía suprimir el segundo párrafo de la redacción del artículo 27 en el Anteproyecto y redactar el mencionado artículo en la siguiente forma: «A partir de la edad nubil, el hombre y la mujer tienen el derecho a contraer matrimonio bajo el principio de equiparación y a crear y mantener mediante el mismo una familia estable».

(13) GARCÍA GARRIDO (UCD), proponía en la enmienda 756, el siguiente texto: «1. La familia es la *célula natural* (sub. mío) y fundamental de la sociedad. Se funda en el matrimonio monogámico y debe ser tutelada y protegida por la sociedad y por el Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a mantener relaciones estables de familia. El derecho civil regulará la forma y efectos del matrimonio». En el mismo sentido formulaba la enmienda 736 el Sr. Ortí Bordás (UCD), que proponía lo siguiente: «1. A partir de la edad nubil, el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio en igualdad jurídica. 2. Se reconocen los derechos de la familia como institución natural basada en el matrimonio. 3. El matrimonio y la familia gozarán de especial protección por parte del Estado».

(14) El texto de la enmienda 125, del grupo Minoría catalana, era el siguiente; «1. A partir de la edad nubil, el hombre y la mujer tiene el derecho a contraer matrimonio y a crear y mantener, en igualdad de derechos, relaciones estables de familia y a decidir libremente los hijos que desean tener. 2. El matrimonio puede disolverse por mutuo disenso y a petición de cualquiera de los cónyuges, si concurre justa causa, en la forma y condiciones que se establezcan por la ley de Divorcio. 3. Con el fin de conseguir una maternidad y una paternidad responsables, los poderes públicos promoverán, a través de la seguridad social, la realización de programas de planificación familiar».

(15) El informe de la ponencia constitucional aparece publicado en el B.O.C. número 82, de 17 de abril de 1978; aceptando la idea fundamental de las enmiendas 35 y 736 (AP y UCD), se propone la siguiente redacción para el ahora artículo 31: «a partir de la edad nubil el hombre y la mujer en plena igualdad de derechos y deberes podrán contraer matrimonio para crear una relación estable de familia». Las discusiones en las ponencias se refirieron al problema de la constitucionalidad del divorcio; así puede comprobarse en las intervenciones de López Rodó (B.O.C. 25 de mayo de 1978, n.º 72, sesión 11, p. 1152) y Licinio de la Fuente (p. 1160).

artículo 27, que apareció en el proyecto como 31: «*1. A partir de la edad nubil, el hombre y la mujer en plena igualdad de derechos y deberes, podrán contraer matrimonio para crear una relación estable de familia.*» Algo había cambiado, pero poco; se trataba, en definitiva, de consagrarse sólo la igualdad de los cónyuges, partiendo de la base de que el matrimonio era la forma más idónea y habitual para la creación de una familia. Pero debe resaltarse aquí el hecho de que no se recogió la propuesta de García Garrido, de definir la familia en una forma parecida a la del artículo 29 CIt y, por tanto, quedaba en el aire cuál debía ser el concepto constitucional de familia.

Esta redacción aparecía modificada en el dictamen de la Comisión de asuntos constitucionales y libertades públicas, sobre el Ante-proyecto de Constitución (16), cuyo artículo 30 decía, que «*1. A partir de la edad nubil, el hombre y la mujer, en plena igualdad de derechos y deberes, podrán contraer matrimonio. 2. La ley regulará las formas del matrimonio, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.*» Este fue el definitivo texto aprobado por las Cortes y enviado al Senado para la discusión constitucional (17).

Las enmiendas propuestas en el Senado llevaron a la eliminación de la referencia a la edad nubil, pero no modificaron sustancialmente la propuesta de las Cortes. El Grupo Progresista y Socialista independientes propuso una enmienda en la que se proponía la desaparición del concepto antes aludido, porque «lo que importa llevar al texto constitucional es que el matrimonio se funda en el libre consentimiento de los cónyuges y en la plena igualdad de derechos y deberes entre ellos» (18). Pero, a la vez, se produjeron algunas intervenciones que intentarán reconducir, de nuevo, el concepto de familia a la idea de elemento natural de la sociedad; así, Alfonso Ossorio, del Grupo Independiente, presentó una enmienda al artículo 30 en la que se proponía el siguiente texto: «*1. La familia es el elemento fundamental de la sociedad. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer, a partir de la edad nubil, a contraer matrimonio y fundar una familia en igualdad de derechos y deberes.*» (19); el segundo párrafo no sufría otras modificaciones que las de aludir directamente a la separación y al divorcio civil, cosa que no hacía la propuesta de las Cortes.

(16) B.O.C., 1 de julio de 1978, n.º 121.

(17) B.O.C., 27 de julio de 1978, n.º 135.

(18) En el Senado, la enmienda planteada por el grupo «Progresistas y Socialistas independientes» (n.º 25) decía: «*1. El matrimonio se funda en el libre consentimiento de los cónyuges y en la plena igualdad de derechos y deberes entre ellos. 2. La Ley regulará la forma del matrimonio, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.*»

(19) Enmienda 389. Estaba basada, según su mantenedor, en la Declaración universal de Derechos humanos y el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos, en los que se configura la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad.

La discusion en el Senado volvió a reproducir en parte la habida en las Cortes, haciéndose hincapié, en algunas intervenciones, en la necesidad de que existiera una declaración que proclamase «la enorme importancia de subrayar que el núcleo de la *institución matrimonial, como célula o fermento de la familia*, radicaba en el libre consentimiento de los cónyuges» (20) o bien dando por sentado que la familia se constituye por matrimonio (21), de forma que el senador Sr. Calatayud Maldonado acabaría proponiendo una enmienda a título personal, en la que se pedía que se redactara el artículo 30 del modo siguiente: «*la Ley establecerá los requisitos que han de concurrir en el matrimonio para ser reconocido por el Estado*» (22); aunque se pretendiese con ello incluir «cualquier matrimonio, incluso el consensual», en realidad sólo se intentaba identificar familia con matrimonio.

El texto propuesto en el dictamen de la Comisión constitucional del Senado (23), acabó modificando el número del artículo, que sería ya definitivamente el 32 y refiriéndolo, también definitivamente, al derecho a contraer matrimonio y a las condiciones para contraerlo. No faltaron los intentos, en la discusión en el pleno del Senado, de reconducir de nuevo el concepto a la declaración de la familia como elemento natural de la sociedad (24). Sin embargo, la mayoría impuso el texto actualmente vigente. Los sostenedores de la teoría aludida quizás olvidaron que el lugar apropiado para formular esta declaración hubiera sido el artículo 39 CE y no el 32. Pero lo cierto es que la discusión sobre el que sería el definitivo artículo 39 CE pasó sin pena ni gloria.

De lo expuesto hasta aquí podría llegarse a una primera conclusión: parece que en las discusiones parlamentarias del Ante-Proyecto de Constitución se desligó la familia del matrimonio y lo único que finalmente recogió el texto del artículo 32 CE fue el llamado *ius conubii*, las condiciones para su ejercicio y los efectos del matrimonio. (Así, STC 184/1990, de 15 de noviembre. F.J. 3). Pero parece claro que se rechazó el proyecto de identificar *familia* con *matrimonio*. En definitiva, se utilizó un concepto abierto y plural, adaptable a los presupuestos culturales que la sociedad española tenga en cada momento histórico. Creo, por tanto, que puede decirse que no existe actualmente un concepto jurídico de la familia, sino que la ley (a partir de la Constitución) se limita a recoger un concepto social, liga-

(20) Se trata de la intervención del senador Villar Arregui en la discusión del proyecto de la comisión del Senado. B.O.C. de 29 de agosto de 1978, n.º 45, p. 2003.

(21) Intervención del senador Sr. Vicente Domínguez, en la misma sesión citada en la nota anterior, p. 2004.

(22) Intervención del senador Sr. Calatayud Maldonado en la misma sesión citada en las dos notas anteriores, p. 2011.

(23) Publicado en el B.O.C. n.º 157, de 6 de octubre de 1978.

(24) Así el senador Sr. Ossorio en la sesión de 28 de septiembre de 1978.

do a la cultura existente. Esta cuestión es de suma importancia, porque a este nivel del estudio, evidentemente aún se trata de una hipótesis a demostrar.

4. *Familia, familias y Derecho de familia.* Es evidente, sin embargo, que en las discusiones parlamentarias planeaba un concepto pre-jurídico de familia, que se identificaba con la llamada *familia nuclear* (25), de tipo liberal, es decir, aquélla en que ambos cónyuges ejercen una profesión (26). Este es el tipo que parece estar en la mente de todos los legisladores cuando afrontan cualquier legislación sobre la familia. Y sin embargo, no parece que sea éste el único modelo posible, no sólo a nivel teórico, sino en la realidad. No estará de más que echemos una ojeada al panorama social existente.

Señala FLAQUER (27), que según datos del censo de 1981, último disponible en 1989, el 60 % de la población vivía en hogares nucleares; se entiende a estos efectos por *hogar nuclear* el formado por una pareja heterosexual casada con hijos menores; el 84 % de la población residía en hogares con hijos, lo que denotaba algún tipo de familia; el 3 % de la población vivía sola y las personas que vivían en un hogar sin núcleo no superaba el 2 %. El propio FLAQUER señala que es muy posible que en los siguientes censos se revele el dato del aumento de los hogares de personas solas que en Francia alcanza el 10 %. Ello va ligado al descenso de la tasa de nupcialidad (28). El aumento de personas que viven solas en Cataluña es notable; según ALEMANY (29), existen 165.693 hogares de personas solas, de los que 128.029 corresponden a la ciudad de Barcelona. Ello significa el 2,76 % aproximadamente de la población de Cataluña, si bien el 77 % de este tipo de hogares corresponde a la ciudad Barcelona.

Junto a este tipo de hogares se encuentran las llamadas *familias monopaternales*, es decir, aquéllas formadas por un padre o una madre solos con sus hijos menores o incapaces aun de proveer su susten-

(25) Esta concreción al núcleo compuesto por una pareja heterosexual y sus descendientes resulta un lugar común en cualquier estudio de derecho de familia. Véase, a título de ejemplo, la opinión de Pietro BARCELLONA en la voz *Flamiglia* (*dir. civ.*) en *Enciclopedia del diritto*. Giuffrè. Milán, 1967, T. XVI, p. 781. Para el derecho español, ver por todos, LACRUZ en *Derecho de familia*, cit., pp. 11 y ss.

(26) En este sentido, HATTENHAUER, *Conceptos*, cit, 148 y ss. En un sentido parecido para un tipo distinto de sociedad puede consultarse PUIG SALELLAS, *El dret de família a Catalunya i la realitat social*, R.J.C. 1990.

(27) FLAQUER, *¿Hogares sin familia o familias sin hogar?*, ponencia presentada al curso *Crisis de la familia tradicional: la familia de hecho*. Cursos de Pedralbes, organizados por la Universidad de Barcelona y la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo, julio de 1989. «Papers». Revista de Sociología. En prensa.

(28) Utilizó las citas que FLAQUER hace de trabajos de Lamo de Espinosa y Salustiano del Campo y que se refieren a datos relativos a U.S.A. entre los años 1970 y 1980.

(29) ALEMANY, Joaquima, *Evolució de la família a Catalunya*, en el curso citado en la nota 27. Inédita.

to. Las causas de formación de este tipo de familias son de diverso tipo, pero los sociólogos coinciden en identificarlos en los siguientes grupos:

- a) por fallecimiento de uno de los miembros de la pareja, generalmente el marido, quedando la esposa viuda con hijos;
- b) por haberse producido la separación o el divorcio de la pareja;
- c) por formarse de inicio hogares monoparentales, normalmente, de madres solteras que deciden vivir solas con sus hijos;
- d) los casos de padre o madres que conviven con sus hijos, ya mayores de edad.

Hay que tener en cuenta, además, que según la memoria de los Tribunales correspondiente a 1989, el número de separaciones fue de 34.692, con un aumento del 38,5 % sobre 1985 y que los divorcios aumentaron el 26,09 % en relación a las cifras de 1985 (30). Así no resulta extraña la cifra de 600.000 hogares monoparentales que proporciona FLAQUER para 1981, lo que representa casi un 6 % de los hogares españoles en 1981 (suponemos que esta cifra habrá aumentado después de la posibilidad de disolución del matrimonio por divorcio). El 83 % de este tipo de hogares está encabezado por mujeres solas. (31).

Junto a estos tipos de hogares más o menos asumidos culturalmente como familias *normales*, se encuentran las situaciones de hecho. Siguiendo también a FLAQUER (32), quien cita en este punto a Salustiano del Campo (33), hay que afirmar que se tienen pocos datos

(30) Véase la *Memoria* citada en la nota 11, pp. 728 y 729 del Consejo general del Poder judicial, 1989. Los datos relativos a Cataluña pueden consultarse en el *Anuari estadístic de Catalunya*. Institut d' Estadística de Catalunya. Generalitat de Catalunya. El último publicado corresponde a 1989 y ofrece los datos siguientes, provenientes de la Audiencia Territorial de Barcelona: en 1987, se habían presentado en la mencionada Audiencia 13.694 casos relativos a derecho de familia en general, frente a 74.006 que era el total en España; ello significa que en Cataluña se produce el 18,5 % de los casos en este ámbito. De ellos, 2.774 se refirieron a separación por acuerdo mutuo; 3.149, a separación por causa legal; 2.236, a divorcios por mutuo acuerdo y 2.532, a divorcios sin acuerdo. Estos datos se refieren a 1987.

(31) Datos tomados de FLAQUER, contribución citada en la nota 27. Según Joaquima ALEMANY (intervención citada en la nota 29), el número de hogares monoparentales en Cataluña era de 165.693, aunque no cita en qué año está tomada la estadística. De estos hogares, 128.029 corresponden a la ciudad de Barcelona. La autora atribuye esta situación al elevado número de personas jóvenes que trabajan fuera de la residencia familiar y al de solteros y divorciados que viven solos. Pero añade que «la causa principal es l'increment de l'esperança de vida; moltes de les personnes que viuen soles tienen més de 65 anys. Aquesta situació fa que s'agreugin els problemes sanitaris i socials...».

(32) Los datos son de FLAQUER, trabajo citado en la nota 27. ALEMANY tampoco aporta datos relativos a Cataluña.

(33) CAMPO, Salustiano del, «*Familia*» en Salustiano del Taurus. Madrid, 1984, vol. 2, p. 16. Véase también el trabajo de ALABART, CABRE, DOMINGO, FABRÉ y STOLCKE. *La cohabitación en España: Un estudio de Madrid y Barcelona*, CIS, estudios y encuestas, mayo de 1988.

sobre el número de personas que se encuentran en esta situación. Los datos referidos a 1980 ofrecen unas cifras muy bajas: el 0,37 % de la población mayor de 18 años. De las cifras que ofrece, el propio FLAQUER (34) concluye que «en España la cohabitación es aún un fenómeno minoritario» y tiene tres razones básicas: la primera se funda en criterios económicos, sociales o legales que impiden o hacen difícil que los convivientes contraigan matrimonio; la segunda, se basa en criterios ideológicos y la tercera, en la convivencia que no excluye la posibilidad de contraer matrimonio en un futuro».

En términos sociológicos, FLAQUER llega a la conclusión de que la evolución de las formas de la familia que se está produciendo en la sociedad se debe a la profundización de la privatización, de forma que «se está pasando del matrimonio-comunidad al matrimonio-asociación». «En este modelo, más individualista, —forma contemporánea del matrimonio de razón— las diferencias entre la situación de hecho y la de derecho tienden a perder sentido, los términos legítimo e ilegítimo desaparecen del vocabulario y el matrimonio se convierte en un contrato realmente privado, cuya vigencia está sujeta a la voluntad unilateral de las partes. Por otra parte, si bien en el matrimonio-fusión el divorcio comporta sentimientos de culpa y de fracaso para los cónyuges y coloca a los hijos en una situación de intermediarios obligados del resentimiento de sus padres, en el matrimonio-asociación el divorcio deja de ser una episodio dramático y traumatizante por cuanto la inversión afectiva fue mucho menor» (35).

Otro de los tipos de familia existentes pero aún incontrolados es el formado por parejas del mismo sexo. No existen aún datos en España fiables sobre este tipo de uniones. En Dinamarca, en 1989 y a propuesta del Partido Socialista Popular, se aprobó una ley que permite el matrimonio de homosexuales, y cuya razón es que el matrimonio es una forma legal que permite a dos personas compartir su vida, independientemente de su sexo; existen, sin embargo, algunas excepciones para las personas que deciden casarse: en estos casos no les está permitida la adopción y el derecho puede ser sólo ejercitado por ciudadanos daneses (36). En USA el derecho a contraer matrimonio ha sido denegado reiteradamente a los homosexuales (37), si bien existe una importante corriente de pensamiento jurídico que considera

(34) FLAQUER. Trabajo citado en la nota 27; toma la tipología del trabajo de ALABART y otros, *cit.* en nota anterior.

(35) En este sentido FLAQUER coincide con HATTENHAUER. Ver *Conceptos*, cap. VIII *in totum*.

(36) STRANGE, Ebba. Lecture in Barcelona. Curso citado en la nota 27. Inédita.

(37) Sobre este tema existen dos importantes contribuciones de la HARVARD LAW REVIEW. Se trata del trabajo *The Constitution and the Family*, vol. 96, núm. 6, 1980, pp. 1283 y ss. y el titulado *Sexual orientations and the Law*, vol. 102, mayo de 1989, núm. 7, *in totum*. Interesan especialmente las opiniones de las pp. 1605 y ss.

que debería legalizarse el matrimonio de parejas del mismo sexo y que existen razones constitucionales, basadas en el derecho a la intimidad y a la igualdad de los ciudadanos, que permiten afirmar que este derecho debe serles reconocido (38). Mientras esta equiparación no se produzca, estos autores consideran que debe reconocerse a las parejas homosexuales la misma protección que a las demás en lo que se refiere a prestaciones de seguridad social, derecho a la vivienda, adopción y reclamaciones por indemnizaciones por daños. Si ello no se reconoce, se producen otros tipos de soluciones, como la adopción de un miembro de la pareja por el otro y otras que proporcionan una inseguridad jurídica no recomendable (39).

Concluyendo, pues, esta parte, hay que decir que nos encontramos con un modelo en plena evolución. No existe la familia sino familias, formadas de acuerdo con modelos distintos y que no todas tienen traducción en el mundo jurídico, ya que el derecho sólo contempla, por ahora, la familia formada a través del matrimonio. Es evidente que si tenemos en cuenta la realidad anteriormente descrita (ante la que no cabe cerrar los ojos, porque es una realidad) resulta absolutamente cierta la afirmación de que la familia no es un producto natural, sino cultural (40) y que las diversas culturas (incluyendo aquí también los aspectos económicos), llevan a la creación de un modelo no uniforme, de forma que en una sociedad concreta, en un momento histórico concreto, están presentes diversos tipos de familias y esto es una verdad incontestable. Otra cuestión distinta es si el derecho debe estar en disposición de ofrecer una respuesta a todos y cada uno de estos modelos. Y si esta respuesta debe o no ser uniforme o debe ajustarse a las necesidades y demandas de cada uno de los grupos (41). Estas cuestiones son las que trataré de analizar en los siguientes apartados de este trabajo.

(38) Los argumentos que se ofrecen en la H.L.R. pp. 1606 y ss sobre la constitucionalidad del reconocimiento del derecho de los homosexuales a contraer matrimonio son, en resumen, que lo que el matrimonio no es a nivel constitucional es un sistema para la procreación (p. 1608) y que el Estado no puede obligar a los que contraen matrimonio a tener hijos; el derecho a contraer matrimonio derivaría del derecho a la intimidad de que gozan todos los ciudadanos independientemente de su sexo (página 1606) y además es un sistema que proporciona estabilidad social (p. 1607). Así se llega a la conclusión de que incluso si la sociedad americana se niega a cambiar sus actitudes frente a la relación homosexual, el estado debería interpretar las normas de modo que se eliminara su impacto negativo para las parejas de este tipo, especialmente en los temas de pensiones de seguridad social, vivienda, adopción de niños y reclamaciones por daños y perjuicios (pp. 1628-29).

(39) *Sexual orientations*, cit., p. 1626.

(40) Así, DÍEZ PICAZO, *Familia*, cit., p. 25.

(41) DÍEZ PICAZO se refiere al tema de la presencia de las normas jurídicas en el ámbito familiar en *Familia*, cit., pp. 32 y ss. Sobre este tema ver también BARCELLONA, *Famiglia*, cit., 787 y ss. y PIEPOLO en LIPARI. *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*. Laterza. Bari, 1976, pp. 166 y ss.

5. *El Estado y la familia.* Puestas así las cosas y teniendo en cuenta la afirmación según la cual en la actualidad existe un sistema mixto, en el que se combina la asistencia pública y la privada, tal como ya se ha dicho anteriormente, habrá que preguntarse cuál es el sentido de la regulación estatal.

El Estado regula los diversos aspectos de trascendencia pública de una familia en base a las normas de lo que se ha llamado *derecho de familia*. Este es, por tanto, el conjunto de normas, generalmente imperativas, que traducen a la legislación ordinaria, los principios constitucionales que afectan a la familia como tal (42). Si el Estado viene obligado constitucionalmente a «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas» (art. 9.2 CE) y los «poderes públicos» debe asegurar «la protección social, económica y jurídica de la familia» (art. 39.1 CE), resulta evidente que estos poderes públicos (Estado y aquellos que tengan competencias para ello), tienen la obligación de establecer un bloque de normas que regulen los aspectos a que se refieren los artículos 32.2 y 39 CE.

(42) Los autores españoles han formulado definiciones diversas de lo que deba entenderse por Derecho de familia, aunque la precisión no sea la característica general. Una definición que podríamos denominar clásica y referida al sistema vigente en la época en que el libro se escribió es la de LACRUZ en *El matrimonio y su economía*. Librería Bosch. Barcelona, 1963, p. 8. El autor después de decir que el legislador se fija en los vínculos que constituyen el grupo familiar y los disciplina, «dando entonces a este grupo natural superestructura jurídica» «y como la comunidad familiar no tiene su raíz en el matrimonio, y la unión conyugal como resultado los hijos, la constitución de la conyugalidad y la paternidad, y las relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges y entre padres e hijos, constituyen el núcleo del Derecho de familia propiamente dicho». Derecho de familia será aquel «que regula las situaciones de cónyuge y pariente en cuanto tales». Años más tarde el propio autor (*Derecho de familia, cit.* 15) describirá los elementos que integran las relaciones de familia de una forma más amplia diciendo que son «la unión permanente entre hombre y mujer reconocida en esa calidad y con plenas consecuencias para el derecho (matrimonio); en cierta y limitada medida, el concubinato; los efectos de la generación (filiación), resultante o no del matrimonio y el concubinato; el vínculo artificial equivalente a la filiación (adopción); finalmente, las cuestiones económicas que tales situaciones plantean». Un discípulo del profesor Lacruz, DELGADO, utilizará una definición autonomista de las normas del derecho de familia al enjuiciar la técnica legislativa utilizada en la reforma del Código civil en 1981, en base a cláusulas generales y entenderá que el Derecho constitucional de familia no tiene un carácter autoritario y que el legislador no puede imponer un modelo de sexualidad, matrimonio y relaciones paterno-familiares. (DELGADO en LACRUZ, SANCHO, LUNA, DELGADO, RIVERO, *El nuevo régimen de la familia*. Civitas. Madrid, 1982, I, p. 167). Finalmente, DIEZ PICAZO y GULLÓN entienden que el Derecho no regula la totalidad de las relaciones de familia y que «son constitutivas del Derecho de familia las normas de organización de las relaciones familiares básicas y las que resuelven los conflictos de intereses que dentro de esas relaciones se pueden plantear». (*Sistema de Derecho civil*. T. IV. 4.^a ed. Madrid, 1988, p. 34). Resulta muy interesante el estudio que realiza ROPPO de la progresiva asimilación entre matrimonio y familia y del decantamiento que se produce a favor de las relaciones matrimoniales y de la familia nuclear. Ver *Il giudice nel conflitto coniugale*. Il Mulino, Bologna, 1981, pp. 63-74, especialmente p. 74.

Ahora bien, hay que dejar bien claro diversas cuestiones básicas:

1.º La familia no es un grupo estatal; ello significa que la familia no forma parte de la organización del Estado (43), aunque éste tenga un evidente interés en controlarla.

2.º La familia no tiene en si misma un valor legal, ni tan solo a nivel constitucional, superior ni distinto del que se atribuye a los individuos que forman parte de ella.

3.º Al utilizar la Constitución un concepto abierto y no primar en ningún momento a la familia matrimonial, debe afirmarse que la protección ofrecida en el artículo 39 CE no puede limitarse a las familias constituidas a partir del matrimonio.

4.º Los criterios básicos a partir de los que los poderes públicos deben regular las cuestiones referidas a la familia, con las normas de derecho de familia están contenidos en la Constitución, básicamente en los artículos 10, 14, 32 y 39.

Las cuestiones enunciadas en los apartados 2, 3 y 4 son de tal naturaleza, que merecen ser estudiados con mayor detenimiento, ya que, en definitiva, constituyen el núcleo de este trabajo.

6. *La familia, ¿grupo autónomo?* Se ha dicho ya que la familia no es grupo especial, ni tiene personalidad; la idea contraria había presidido argumentaciones jurídicas en otro tiempo (44), pero puede decirse que hoy se encuentra absolutamente superada.

La negación de la autonomía del grupo familiar, como independiente de sus miembros se basa en diversos argumentos. A) El artículo 9.2 CE se refiere a la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra; en principio, esta norma podría dar a entender que nos encontramos ante un grupo especialmente tratado por el hecho de que sirve de marco para la integración del individuo en la sociedad. Y ello es así sólo a los efectos de lo que dispone el artículo 39 CE, pero no para reconocerle una personalidad independiente. Esta argumentación aparece en la STC 45/89 que trató los problemas de la constitucionalidad de la declaración de renta conjunta de los cónyuges (45). En el FJ 7, el Tribunal Constitucional,

(43) PIEPOLO en Lipari *cit.* 193.

(44) Pueden consultarse las críticas a esta postura en LACRUZ. *El matrimonio*, cit. 9-10 por lo que se refiere al Derecho español y en BARCELLONA. Voz *Famiglia*, cit. 783, por lo que se refiere al derecho italiano.

(45) STC 45/89, de 20 de febrero. B.O.E. n.º 52 suplemento, de 2 de marzo de 1989. Ponente Rubio Llorente. Solucionaba la cuestión de inconstitucionalidad 1837/88, sobre determinados preceptos de la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, de normas reguladoras del impuesto sobre la renta de las personas físicas. La Corte Constituzionale italiana había solucionado de forma parecida al TC español el mismo problema de la acumulación de réditos de los cónyuges en la sentencia 179, de 1976; se llegaba a la conclusión que «perché la disciplina dell'IRPEF risulti conforme alle disposizioni ed ai principi dell'art. 53 Cost. e in armonia con la riforma del diritto di famiglia occorre ribadire l'esigenza che i principi della personalità e della progressività dell'im-

frente al argumento de que la distinción entre sujetos integrado o no en una unidad familiar es la base del sistema contenido en la ley 44/1978, afirma lo siguiente: «el argumento tiene interés como testimonio de la pervivencia de una concepción del impuesto sobre la renta que no se adecua en absoluto a la realidad jurídica presente. En el fondo de esta comparación entre familias parece estar latente la idea de que el sujeto pasivo del impuesto no es el individuo, sino la familia, o, dicho de otro modo, que se trata de un **impuesto de grupo**; sólo a partir de esta idea puede aceptarse como pertinente la comparación entre distintas familias para apreciar la existencia de desigualdades. Esta idea es... históricamente correcta (46)... No cuadra con los propios presupuestos de los que arranca la Ley 44/1978, para la cual, como antes destacábamos, *el único sujeto pasivo posible de un impuesto sobre la renta de las personas físicas es la persona misma*, el individuo (una proclamación formal que encubre una realidad bien distinta), ni con las exigencias que se derivan de nuestra Constitución. No sólo con las que derivan de los principios de igualdad y capacidad económica, referibles sólo a las personas físicas o jurídicas, sino también con los que se deducen del concepto de familia y matrimonio que aliena en los artículos 39 y 32 y que es *incompatible con una concepción de grupo* en la que sólo es *sui iuris* la cabeza y *alieni iuris* todo el resto de sus integrantes, siquiera sea únicamente a efectos fiscales». En consecuencia, el Tribunal Constitucional dirá que «la sujeción conjunta al impuesto de los miembros de la unidad familiar no puede trasformar el impuesto sobre las personas físicas en un impuesto de grupo porque esta transformación *infinge el derecho fundamental de cada uno de sus miembros*, como sujetos pasivos del impuesto a contribuir, de acuerdo con sus propia capacidad económica».

Por ello debe afirmarse que los poderes públicos asumen la protección del grupo familiar porque dentro del grupo se cumplen unas necesidades sociales evidentes; pero esta protección no se realiza al grupo familiar en cuanto tal, sino en tanto que permite que los respectivos individuos obtengan la satisfacción de sus intereses individuales.

B) La anterior afirmación liga con una cuestión más importante:

posta siano esattamente applicati, che la soggettività passiva dell'imposta sia riconosciuta ad ogni persona fisica con riguardo alla sua capacità contributiva...». Puede consultarse en GRASSI. *La sentenza c.d. «cumulo dei reddito» (ovvero la Corte costituzionale tra opinione pubblica e Parlamento)*. Giurisprudenza costituzionale, 1977, I, pp. 368 y ss.

(46) La STC 45/89 cita como legislación histórica en el FJ7 la regulación del Impuesto General sobre la Renta de las Personas Físicas, (texto refundido aprobado por Decreto 3.358/1967); en esta legislación, «todas las rentas de la familia se acumulaban en la persona que tuviera la administración legal de la sociedad conyugal (art. 14), esto es, generalmente el marido, en tanto que no había deducción alguna por razón de matrimonio, sino por esposa (art. 36)».

determinar cuál es la finalidad de la familia en un moderno estado social y democrático de derecho. Dejando de lado aquellas corrientes del pensamiento que identifican familia con matrimonio y que, en consecuencia, consideran que existe una especie de interés supraindividual que protege a la familia por encima de sus miembros (47), creo que resulta consecuencia evidente de lo anteriormente dicho que la Constitución no coloca nunca al grupo familiar en una posición de poder frente a sus componentes. Por esta razón, se proclama la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges (art. 32.1 CE); la no discriminación por razón de filiación (arts. 14 y 39.2 CE); el derecho a ser alimentado por el progenitor, con independencia de la clase de filiación (art. 39.3 CE), etc. Ello significa que en aquellos casos en que pueda producirse un conflicto entre el interés familiar y el interés de alguno de los miembros del grupo prevalece este último, siempre que no esté basado en el puro capricho del individuo reclamante: se trata, en definitiva, del ejercicio de aquellos derechos protegidos constitucionalmente, que son los únicos que pueden prevalecer. Si los intereses en juego no tienen categoría constitucional, debe primar entonces el interés de la familia, ya que en el sistema de que estoy hablando, la familia se estructura de forma instrumental, para facilitar el ejercicio de los derechos fundamentales y la promoción de los principios que aparecen en el artículo 10 CE. Por ello se afirmará que en este sistema, el matrimonio y la familia reciben protección en tanto que aseguran al individuo en el grupo familiar el armónico desarrollo de la personalidad y la garantía de los derechos y deberes que le son inherentes (48).

C) ¿Qué significado tiene entonces, el llamado *interés familiar*? Lo anteriormente dicho puede llevar a formular una pregunta al lector: si lo que se protege es el derecho fundamental de los individuos que forman parte de la familia, entonces ¿qué significado tiene hablar de interés familiar? ¿No resultan contradictorias ambas expresiones? Pienso que esta última pregunta debe ser contestada de forma negativa. La cláusula del interés familiar es una de aquellas cláusulas generales insertas en la última reforma del Código civil (49). Se trata

(47) LACRUZ-SANCHO, IV, pp. 49 y ss.; DE LOS MÓZOS, *Persona y comunidad familiar en el derecho español en AAVV Persona e comunità familiare. Atti del convegno di Salerno*, 5-7 de noviembre de 1982, a cura di P. Stanzione. Salerno, 1985. Sobre el concepto de interés de la familia, ver p. 58.

(48) En este sentido, AUTORINO STANZIONE, *Sui rapporti familiari nel vigente ordinamento spagnolo in comparazione con el diritto italiano*. Pubblicazioni della Scuola di Perfezionamento in Diritto civile dell'Università di Camerino, 1984, pp. 41 y ss.; BESSONE, *Commentario cit.* 64; PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984, pp. 557-58; STANZIONE, *Principis constitucionals i dret de família en l'experiència espanyola a Canvi social i Dret civil a Catalunya*. Fundació Caixa de Pensions. Barcelona, 1985, p. 96.

(49) DELGADO, *El nuevo régimen cit.* 16-17.

de un sistema diseñado para proteger los intereses generales en el sentido antes dicho, frente a decisiones arbitrarias de alguno de los miembros del grupo. En este sentido, encontramos en la legislación sobre familia, normas positivas que desarrollan el principio de protección contraponiendo el interés familiar al interés individual: el artículo 70 Cc contiene un ejemplo de lo que digo (aunque se trate de una norma de difícil aplicación en la práctica); efectivamente, cuando los cónyuges no estén de acuerdo acerca del lugar en que deben fijar su domicilio, el artículo 70 Cc establece que «resolverá el Juez, teniendo en cuenta el *interés de la familia*». Otras normas responden a la misma finalidad; así, el artículo 165 Cc obliga al hijo sometido a la patria potestad que tiene bienes propios, a contribuir a los gastos que su manutención origina; el artículo 1.318 Cc obliga a los cónyuges a contribuir al sostenimiento de las cargas familiares y permite al Juez tomar las medidas que estime necesarias para asegurar el cumplimiento de este deber, etc. Al mismo principio responden las disposiciones contenidas en los artículos 92, 93 y 94 Cc en reguladoras de los problemas de contribución a los gastos que se originan en las situaciones de separación y divorcio. Pero el interés familiar no impide en ningún caso la disolución del matrimonio por divorcio, puesto que aquí, lo que prima es la protección de los derechos fundamentales de los miembros de una pareja, que pueden sufrir un grave quebranto de mantenerse la situación matrimonial.

La manifestación de que los intereses fundamentales de los individuos del grupo prima sobre la estructura de la familia tradicional se encuentra en determinadas disposiciones que admiten el ejercicio directo de derechos fundamentales, a pesar de que el titular se encuentre sometido a patria potestad o tutela. Así, el artículo 162.2, 1.^º Cc exceptúa de la representación de los padres que ejerzan la patria potestad, «los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo»; aplicando esta disposición, el artículo 3.1 LO 1/82, de 5 de mayo establece que el consentimiento que autorice una intromisión en el ámbito de la intimidad de menores e incapaces, «deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten». Finalmente, el artículo 267 Cc establece que la representación del tutor se extiende a todos los actos, excepto «aquellos actos que (el menor o incapaz) pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la Ley, o de la sentencia de incapacitación» (50). En este sentido, podría admitirse el derecho

(50) Sobre el tema planteado en el texto puede consultarse, entre otros, GETEALONSO, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*. Civitas. Madrid, 1985, pp. 43 y ss; GÓMEZ LAPLAZA, en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*. Tecnos. Madrid, 1986, p. 493; MONTES PENADES, en *Comenta-*

del menor de edad de recibir la educación religiosa que considerara conveniente, ya que cuando el artículo 27.3 CE establece que «los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones», lo que se garantiza es la libertad de los particulares frente al Estado, en virtud de la libertad religiosa proclamada en el artículo 16 CE, pero no se está permitiendo al padre imponer una formación religiosa a los hijos, puesto que permitirlo supondría también un atentado contra la misma libertad proclamada en el artículo 16 CE (51).

Otro aspecto de la misma cuestión aparece en la regulación del matrimonio. Ya se ha dicho antes que un teórico interés familiar no puede obligar a los cónyuges a una convivencia forzada y que, por tanto, son libres de pedir la separación y el divorcio cuando se encuentren en algunas de las circunstancias en que la ley permite hacerlo. Si se examina la regulación del matrimonio, veremos de todos modos, que los derechos fundamentales pueden configurarse de forma distinta si el titular de los mismos está casado: en efecto, el derecho a fijar libremente la propia residencia, admitido en el artículo 19 CE, sufre una limitación cuando se trata de la fijación por ambos cónyuges de su residencia conjunta ya que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 68 Cc, están obligados a vivir juntos. En este caso, si bien no se elimina de forma absoluta la posibilidad de tener domicilios separados, se establece una presunción de coresidencia, porque se entiende que la cohabitación es beneficiosa para la familia creada, en virtud de la protección ofrecida en la propia Constitución.

La conclusión será, pues, la proclamación de la no autonomía del grupo familiar frente a los intereses de sus miembros, de forma que la familia debe ser configurada como un *instrumento* para conseguir las finalidades de promoción previstas en el artículo 10 CE. El interés familiar responde a estos criterios y nunca a la protección de algo supraindividual que se imponga a los derechos de cada uno de

rios a las reformas del Derecho de familia cit., T. II, p. 1086. SANCHO REBULLIDA en Lacruz, *Elementos cit.*, pp. 751 y ss. y TORTORICI PASTOR, *Minore età e handicaps psicofisici nel Diritto civile costituzionale spagnolo e italiano*. Tesis doctoral. Facultad de Derecho UB, 1988. Inédita.

(51) El tema es verdaderamente complejo, porque en el artículo 6.1, c) LODE se establece que los alumnos tienen el *derecho básico* «a que respete su libertad de conciencia, así como sus convicciones religiosas y morales de acuerdo con la Constitución», aunque en el artículo 4, c) se reconoce el derecho de los padres y tutores a que «sus hijos o pupilos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones». Creo que la interpretación que corresponde es la que se elige en el texto, puesto que si se permitiera la elección al padre en franca confrontación con la opinión del hijo, cuyas condiciones de madurez permitan ejercer el derecho fundamental a la libertad religiosa por sí mismo, ello produciría una situación de franca confrontación con el artículo 16 CE.

los miembros. En este sentido resulta absolutamente justificada la imperatividad de las normas reguladoras de la familia.

7. *¿Existe una limitación constitucional del tipo de familia a proteger?* En el punto 3.º del apartado 5 de este trabajo decía que no existe un tipo de familia estandarizado constitucionalmente. Con ello pretendía referirme a dos cuestiones siempre tratadas por la doctrina: la primera, que a pesar de que en general se califica a la familia actual como nuclear, es decir, formada por una pareja casada y sus descendientes (52), que constituye una unidad de consumo, ello no significa que la Constitución tome este modelo, como ya se ha tenido ocasión de comprobar. La segunda, que una cosa es el modelo social presente en el momento de redactar las normas constitucionales y otra distinta, que el Estado opte por utilizar las amplias posibilidades constitucionales. Dicho esto, parece oportuno fijar las cuestiones a tratar en este apartado. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 39.1 CE, los poderes públicos deben proteger a la familia; pero ¿qué tipo de familia? Entramos aquí en una discusión interminable por partir de criterios puramente ideológicos: habrá quien entienda que las normas constitucionales sólo pueden referirse a las familias constituidas teniendo como base el matrimonio (53); habrá quien entienda que deben protegerse las familias con independencia de la forma en que hayan estado constituidas (54); habrá, en fin, quien opine que la protección actual se ofrece sólo a las familias constituidas a partir del matrimonio, con independencia de que el Estado pueda extenderla (o deba hacerlo) a otros tipos de familias (55). Creo que esta última afirmación es la más coherente con el sistema establecido constitucionalmente y que esta es la postura que parece deducirse de la STC 184/1990, de 15 de noviembre, F.J.4 al tratar de la posibilidad que se regule el derecho a pensión del conviviente no matrimonial. Voy a tratar de justificar las razones de esta postura.

A) Una de las primeras cuestiones que deben plantearse es el alcance de la autonomía privada en la constitución de tipos de familia sin forma o con formas no reconocidas. Antes ya he tenido ocasión de afirmar que las normas de derecho de familia son, por regla general, de carácter imperativo, como ha puesto de relieve la STC 120/84 en la que el Tribunal Constitucional afirmaba que en el proceso ma-

(52) Sobre este punto, puede consultarse la bibliografía citada en la nota 25.

(53) Como sostiene, por ejemplo, DE LOS MOZOS, *Persona y comunidad familiar*, cit., 54 y ss. Y LACRUZ-SANCHO en *Elementos cit.*, 580. LACRUZ en su trabajo *convivencia «more uxorio»: Estipulaciones y presunciones*, publicado en *Centenario del Código civil (1889-1898)*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1990. T. I, pp. 1061 y ss., seguía entendiendo que el legislador debe tener en cuenta el favor constitucional de que goza el matrimonio, aunque admitía lo que resulta evidente y es que las uniones extramatrimoniales son legales (ver pp. 1062-1063).

(54) Así, CERDA, *La situación cit.*, 635; ESTRADA ALONSO, *Las uniones extramatrimoniales, cit.*, 102; PANTALEÓN, *¿Derechos sucesorios? cit.*, 180.

(55) DÍEZ PICAZO, *Familia*, cit. 40.

rimonial, «se dan elementos no dispositivos, sino de *ius cogens*, precisamente por derivar y ser un instrumento al servicio del derecho de familia» (56).

Esta imperatividad rige también en las formas de constitución de la familia en el sentido de que la normativa aplicable en cada caso dependerá de la forma de constitución. Se ha dicho antes que el Estado tiene interés en conocer los grupos constituidos como familia a fin y efecto de poder controlar los sujetos de la protección que debe ofrecer, de acuerdo con el artículo 39 CE. Si decimos, sin embargo que no existe un modelo jurídico de familia, sino que el Derecho se limita a aceptar aquél o aquéllos que le vienen dados culturalmente por los hábitos de una concreta sociedad (57), deberíamos concluir que en cualquier caso debería resultar indiferente la forma de constitución de la familia y que cualquiera que fuera ésta, debería gozar de la protección de los poderes públicos. Esta es una cuestión tratada por diversas resoluciones del Tribunal Constitucional, que creo interesante traer a colación.

La cuestión se planteó a partir de los autos de inadmisión a trámite de recurso de amparo basados en la lesión del principio de igualdad. El primero de ellos fue el 156/87, que resolvía la pretensión de interponer un recurso de amparo frente a la sentencia de 15 de julio de 1986, de la Sala 5.^a del TS, que denegaba una pensión de viudedad a una mujer que había convivido durante 47 años con un coronel del ejército, que había fallecido estando pendiente una sentencia de nulidad canónica en relación al matrimonio contraído por el mencionado coronel. Se alegaba lesión del artículo 14 CE, porque limitar la pensión de viudedad a los casos de uniones matrimoniales «supone una discriminación para las uniones extramatrimoniales, la cual (la discriminación, se entiende), se encuentra vedada por el artículo 14 CE al prohibir cualquier discriminación basada en una circunstancia social». La Sala 1.^a del TC rechazó admitir a trámite el

(56) En contra de la opinión sobre el papel preponderante de la autonomía de la voluntad en el derecho de familia después de la reforma de 1981. Ver, en este sentido, DELGADO, en *El nuevo derecho*, cit., 16; DÍEZ PICAZO, *La figura del convenio regulador en el marco del negocio jurídico familiar y de los principios constitucionales del derecho de familia en Familia y derecho* cit., 87 y ss y LÓPEZ BERNIOL, *Concepto, naturaleza y contenido del convenio regulador de las relaciones conyugales, paterno-filiales y patrimoniales en Convenios reguladores de las crisis matrimoniales*. DIF. Pamplona, 1984, p. 47.

(57) Esta parece ser hoy una opinión común entre los autores españoles, si bien desde puntos de vista distintos. Así DÍEZ PICAZO en *Familia*, 25, afirma que «la familia no es una institución natural sino que es un producto evidentemente cultural». En cambio, DE LOS MOZOS, *Persona*, cit., 53, y refiriéndose a «la conciencia social española», afirma que «parece evidente que la familia aparece como una institución natural, anterior al Estado y al Derecho...». Y LACRUZ, aun partiendo de su rechazo por las uniones libres, decide estudiarlas porque la realidad social de nuestro país aconseja incluirlas en los estudios sobre derecho de familia. (*Elementos*, cit., 7).

mencionado recurso, con los siguientes razonamientos: «el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes, siendo posible, por ello, que el legislador dentro de su amplísima libertad de decisión, deduzca razonablemente consecuencias de la diferente situación de partida, y ello también respecto a las pensiones de viudedad...»; se añadía que «la libertad de opción entre el estado civil de casado o el de soltero es uno de los derechos fundamentales más íntimamente vinculados al libre desarrollo de la personalidad, considerado por la Constitución fundamento del orden público y de la paz social (art. 10.1 CE). Este derecho o libertad fundamental es un derecho en sí mismo considerado, reconocido por el artículo 32.1 CE tanto en sentido positivo como negativo, de tal modo que el Estado no puede imponer un determinado estado civil. En cuanto derecho fundamental autónomo, no necesita ser subsumido en ningún otro derecho fundamental, en particular en el derecho a la libertad ideológica, con el que sólo muestra delimitados puntos de contacto. Pero aún admitiendo esta subsunción de la «libertad negativa» al matrimonio en el artículo 16.1 CE a efectos de su amparo constitucional, parece claro que nada tiene que ver este derecho con la percepción de una pensión de viudedad o dicho de otro modo, *el contenido del derecho a no contraer matrimonio no incluye el derecho a un sistema estatal de previsión social que cubra el riesgo del fallecimiento de una de las partes integrantes de las uniones de hecho*».

En el auto 788/87, al misma Sala 1.^a decidía un supuesto semejante, en este caso, por reclamación de una pensión de viudedad del régimen de la Seguridad Social. La Sala se remitía a los argumentos del auto 156/87, ya citado y, en consecuencia, no admitió a trámite el recurso.

En la STC 260/88 (58), se admitió el recurso y, en consecuencia, se anuló la sentencia de una resolución del Consejo Supremo de Justicia Militar, que denegaba una pensión de viudedad a una mujer que vivía maritalmente con un militar, separado legalmente de su esposa y que habiendo iniciado los trámites para obtener el divorcio, falleció antes de que hubiera sido dictada la sentencia. La interesada entendió aplicable la disposición adicional de la Ley 30/81, de modificación del Código civil y, al no serle reconocido este derecho, interpuso recurso de amparo, alegando desigualdad en la aplicación de la Ley. El TC consideró que «la imposibilidad por impedimento legal de contraer nuevas nupcias (es) lo que constituye la base de la protección dispensada por el legislador a través de la norma en cuestión» y por ello, «es evidente que cuando el fallecimiento ocurre antes de entrar en vigor la Ley de Reforma, la inexistencia del divorcio determina la imposibilidad de contraer nuevo matrimonio, por lo que, una

(58) STC 260/1988, de 22 de diciembre. Ponente, Gloria Begué. B.O.E. de 23 de enero de 1989.

vez acreditada la convivencia, ha de apreciarse la existencia del referido impedimento legal», cosa que no sucede cuando el fallecimiento se produce después de haber entrado en vigor la normativa de 1981, que permite el divorcio. Ahora bien, «no puede ignorarse que la transformación de la unión de hecho en vínculo matrimonial requiere unos trámites procedimentales que se prolongan en el tiempo, hasta la obtención de la resolución judicial del divorcio necesario para la celebración del matrimonio». En consecuencia, «con independencia de la fecha de fallecimiento y cumplidos los restantes requisitos establecidos en la norma, la igualdad de los supuestos de hecho —en los que la persistencia de la unión extramatrimonial tiene una causa: la imposibilidad de celebrar un nuevo matrimonio— exige un tratamiento legal que anude a ellos las mismas consecuencias jurídicas, con el fin de dar cumplimiento al derecho consagrado en el artículo 14 CE. O dicho de otro modo, una interpretación de la norma controvertida acorde con el derecho a la igualdad reconocido en el referido precepto constitucional exige la inclusión en el ámbito de aplicación de la misma de supuestos como el ahora examinado.»

Recientemente, la STC 184/1990, de 15 de noviembre, ha confirmado la anterior doctrina, en un supuesto de reclamación de pensión de viudedad por una mujer que no había contraído nunca matrimonio con el difunto. El TC deja de lado el análisis de la cuestión relacionada con el hecho de si el artículo 39 CE debe alcanzar no a las parejas de hecho, aunque considera que «no serán necesariamente incompatibles con el artículo 39.1 CE aquellas medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio...». Dejando de lado esta cuestión y citando algunas de las resoluciones aludidas ya en este trabajo, en el F.J. 3, el TC argumenta del siguiente modo: «Es claro que en la Constitución española de 1976 el matrimonio y la convivencia matrimonial *no son realidades equivalentes* (sub. mio). El matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución, y el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1), cuyo régimen jurídico corresponde a la Ley por mandato constitucional. Nada de ello ocurre con la unión de hecho *more uxorio*, que ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento. El vínculo matrimonial genera *ope legis* en la mujer y el marido una pluralidad de derechos y deberes que no se produce de modo jurídicamente necesario en el hombre y la mujer que mantienen una unidad de convivencia estable no basada en el matrimonio. En consecuencia, siendo el derecho a contraer matrimonio un derecho constitucional, cabe concluir que el legislador puede en principio establecer diferencias de tácito entre la unión matrimonial y la puramente fáctica y que, en concreto, la diferencia de trato en la pensión de viudedad entre los cónyuges y quienes convivan de hecho sin que nada les impida con-

traer matrimonio no es arbitraria o carente de fundamento... Además... la propia coherencia con la decisión libremente adoptada en la unión de hecho de excluir la relación matrimonial y los derechos y deberes que de la misma dimanan, abundan en la consideración de que no pueda entenderse caprichoso o irrazonable que el legislador no incluya a los unidos por vía de hecho una pensión como la de viudedad que ha sido prevista en función de la existencia de un vínculo matrimonial entre causante y beneficiario».

A pesar de ello, se añade que «es cierto también que el legislador podría extender a las uniones de hecho, al menos en determinadas condiciones, los beneficios de la pensión de viudedad. Extensión que en modo alguno resulta vedada por el artículo 14 ni encontraría obstáculos en los artículos 32, 39... La opción de requerir la existencia de previo vínculo matrimonial para tener derecho a la pensión de supervivencia no es la única constitucionalmente posible y «el hecho de que en la actualidad no lo haya hecho así no lesiona en sí mismo el artículo 14 CE ni tampoco en su conexión con el artículo 38.1 del propio texto constitucional» (58 bis).

De todo lo dicho hasta aquí, se deduce que para el Tribunal Constitucional una cosa es que la protección deba proporcionarse de forma igual para las familias y otra que para constituir una familia que goce de los derechos actualmente reconocidos en el ordenamiento jurídico sea necesario utilizar la forma de constitución prevista legalmente, es decir, el matrimonio (59). De donde se deduce que en el actual sistema, el matrimonio es una forma necesaria para gozar de la protección acordada (60) y, en consecuencia, que no existe autonomía para la constitución de un vínculo que goce de protección. Seguramente, sin embargo, los poderes públicos no cumplen el deber constitucional del artículo 39 CE al adoptar esta solución. Sin embargo,

(58 bis) STC 184/1990, de 15 de noviembre. Ponente, Leguina «B.O.E.» 3 diciembre 1990. Véanse los votos particulares de Gimeno Sendra y López Guerra.

(59) En este sentido, DIEZ PICAZO, *Familia*, 29 y también LACRUZ, *Convivencia «more uxorio»* cit., 1.062.

(60) En un sentido parecido al que se expone en el texto, se pronunció la sentencia de la Corte Costituzionale italiana, de 18-26 de mayo de 1989, n.º 310. Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana 31 de mayo de 1989. Ponente L. Mengoni. En ella se pedía la inconstitucionalidad de los artículos 565, 582 y 540 del Cit, por entender que al llamar como sucesor intesado al cónyuge y excluir al conviviente *more uxorio*, se atentaba al principio de igualdad. En esta sentencia, reconociendo la dignidad de las relaciones de convivencia no basada en el matrimonio, se declaraba que el reconocimiento de la convivencia de este tipo como título de vocación ilegítima «contrasterebbe con le ragioni di diritto successorio» y porque las consecuencias que provocaría entre los convivientes «Non solo l'obbligazione alimentare, ma anche qualcosa di simile all'obbligo di fedeltà», contradirían abiertamente «alla stessa natura della convivenza, che è un rapporto di fatto per definizione rifiuggente da qualificazioni giuridiche di diritti e obblighi reciproci». Por otra parte, se entiende que el derecho a suceder no es uno de los fundamentales del hombre y que el legislador tiene posibilidades de configurarlo como crea más conveniente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 Constit.

esta situación no puede predicarse de todos los elementos de lo que podríamos denominar *familia* en sentido amplio, puesto que la necesidad de matrimonio no se requiere cuando se trata de proteger la filiación. Por tanto, la distinción entre matrimonio y familia es muy importante, porque pueden existir relaciones de familia, reguladas por el derecho, sin matrimonio (61). Entonces los criterios de protección no son únicamente la familia, sino los intereses más dignos de esa protección, es decir, los intereses más débiles.

B) *¿Cuál es el estatus de una familia constituida en forma no típica?* Como ya he dicho al iniciar este apartado, en esta cuestión intervienen ideologías diversas que hacen que el intérprete se incline por una u otra postura, seguramente en razón de su propia ideología y no a través de argumentos formales. Existen autores que se inclinan por considerar ilícita la relación constituida en forma no matrimonial (62) y otros que entienden que la libertad de los individuos implica la no sujeción a las formas y, por tanto, reconocen que la familia puede constituirse con la simple voluntad de los interesados en base a que la relación de pareja, fundamental al parecer para la constitución de una familia, aparecerá bien constituida sea cual sea la forma por la que se opte (63). Ello podría enlazar con un argumento interesante: si se considera que el matrimonio es un contrato y que todas las relaciones derivadas del mismo tienen naturaleza contractual, se puede admitir la posibilidad de que no tenga forma, porque tampoco ésta se exige para la validez y eficacia del contrato (64). Aplicaríamos entonces el mismo argumento que da lugar a la disposición del artículo 1.278 Cc. De todas maneras estas consideraciones son, a mi modo de ver, excesivamente radicales. En la actualidad es necesario distinguir entre dos tipos de relaciones que se producen en el seno de una familia y no me refiero al concepto amplio, sino a las relaciones que están presentes en el artículo 39 CE. En cualquier tipo de familia aparecen dos sistemas de relaciones, en las que la diferencia de tratamiento legal es evidente y está justificada por lo que después diré: las que podríamos denominar *verticales o jerárquicas*, es decir, aquéllas que se producen entre los progenitores y los hijos y entre éstos

(61) ROPPO, *Il giudice* cit., 68.

(62) Véase el resumen de ESTRADA ALONSO sobre las distintas doctrinas que consideran ilícitos los pactos de constitución de una familia de hecho en *Las uniones extramatrimoniales* cit., cap. IV, *in totum*.

(63) Entre los autores que admiten directamente la eficacia de la unión libre se pueden citar CERDA GIMENO, *La situación* cit., 635 y FOSAR BENLLOC, *La Constitución española*, cit. 932 y ss.

(64) HATTENHAUER, *Conceptos*, cit. 137, alude a la teoría contractual sobre el matrimonio que constituyó una reacción contra su configuración como sacramento en el Concilio de Trento. Esta teoría se inicia por Hobbes y se consagra por Christian Wolff. HATTENHAUER añade (p. 138) que «al despojar el racionalismo y la Ilustración del matrimonio de todo ropaje religioso remitiéndolo exclusivamente a la voluntad de los cónyuges contratantes, opusieron la teoría contractual a la teoría sacramental».

y los parientes de sus padres: en este caso, la autonomía de la voluntad en la configuración de la relación no existe. Por esta razón, el artículo 39 CE establece unas obligaciones fijas e inamovibles que más tarde serán recogidas en las disposiciones del Código civil y más concretamente, en los artículos 92.1 y 154 Cc, básicamente. En este tipo de relaciones, las diversas normas que las configuran prescinden de que exista o no matrimonio y el ordenamiento jurídico establece normas sobre filiación y parentesco con independencia del origen matrimonial o no de la relación. Un buen ejemplo de ello lo proporciona el artículo 155 Cc.

Junto a este tipo de relaciones, podríamos incluir las *horizontales* o *igualitarias*, es decir, las que afectan a la pareja, como ocurre en el régimen económico matrimonial; aquí ya no nos encontramos ante un sistema rígido, porque no tienen como finalidad la protección de intereses sin representación (el caso claro de los párrafos 2, 3 y 4 del artículo 39 CE), sino que afecta a personas mayores de edad que toman una determinación, la de no contraer matrimonio. En este punto, la normativa a aplicar será la que deriva de la forma constitutiva de la unión. En coherencia con este planteamiento es por lo que se ha afirmado en el párrafo anterior que solamente el matrimonio produce los efectos que la ley atribuye al mismo y que, en este sentido y sólo en éste, la forma es constitutiva. Por ello se afirma que en las legislaciones que admiten el divorcio, la constitución de una familia sin utilizar el recurso al matrimonio responde a una elección de los interesados que el ordenamiento jurídico debe respetar (65) y, por tanto, los poderes públicos deberían acordar una forma de protección, en virtud de la obligación que aparece en el artículo 39.1 CE, pero lo que no puede ocurrir es que se exija la plena equiparación con las parejas matrimoniales, puesto que someterlas a la misma normativa que a las matrimoniales significaría una imposición ideológica que vulneraría los derechos de los propios interesados.

Por tanto, hay que concluir sobre este tema que los dos aspectos de la familia, la filiación y las relaciones de pareja, están sometidos a regulaciones distintas o con distintas finalidades: en materia de filiación rige el principio absoluto de la igualdad (art. 14 CE) y de protección del interés más débil y en materia de pareja, rige un principio de libertad, con regulaciones diversas. Como dice ROPPO, el problema de las uniones libres es el de la relación entre la disciplina y efectos del matrimonio legal y la disciplina y efectos de la convivencia no legalizada (66). Por mi parte, añadiría que si se pretende que el Tribunal Constitucional equipare ambas situaciones, nos hallaría-

(65) ROPPO, *Il giudice*, cit. 254 y ss. En este mismo sentido puede consultarse Harv L. R. cit., 1980, 1.289 y ss. En el mismo sentido y recogiendo quizás estas interpretaciones, la sentencia del Tribunal constitucional italiano, citada en la nota 60 y la del TC citado en la nota 58 bis.

(66) ROPPO, *Il giudice* cit. 205.

mos ante un supuesto de discriminación, porque se trata de supuestos distintos (67). Por tanto, el estatus de cada tipo de familia, a este nivel, debe responder a la forma de su constitución, aunque, repito, los poderes públicos deben ofrecer un régimen a la formada sin matrimonio, porque como ya se ha señalado, responde a un tipo de familia culturalmente asumido en nuestra sociedad.

No se puede argumentar en este tema diciendo que una conclusión de este tipo vulnera la libertad ideológica de los individuos y que se propugna una intervención del poder público en las formas de constitución de las familias que resulta intolerable en el actual sistema. Creo que precisamente, la única forma de salvaguardar esta libertad es regular las cosas distintas de formas distintas (68). Otra cosa distinta es que la situación de hecho produzca efectos perjudiciales para quienes optan por ella, como que ocasionara la pérdida de un derecho adquirido o de una expectativa o que se incurriera en supuestos de ilicitud. Esto sería intolerable (69).

C) *¿Atribuye el derecho algunos efectos a las situaciones de hecho?* Me voy a limitar en este apartado a tratar los problemas relacionados con parejas de hecho y no trataré el tema de la filiación, por tener una regulación muy concreta, ya conocida y poco proclive a disquisiciones (70).

a) *Disposiciones legales que aluden a la convivencia no matrimonial.* En el Código civil y después de la reforma de 1981, se alude a situaciones de convivencia de hecho, atribuyéndole una u otra relevancia jurídica: en el caso del artículo 101.1 Cc se establece que el derecho a pensión compensatoria se pierde por «vivir maritalmente (el acreedor, se entiende), con otra persona» y en el artículo 156.5 Cc se establecen normas para distribuir el ejercicio de la patria potestad en los casos en que «los padres vivien separados», lo que significa, sólo las separaciones de hecho, sino que también incluye los casos de progenitores no casados que no vivan juntos. En el primer caso,

(67) El TC ha señalado que «no es contraria el artículo 14 CE la existencia de regímenes jurídicos distintos...» (STC 56/1988, de 24 de marzo, véanse también las SSTC 170/1988, de 29 de septiembre y 33/1989, de 13 de febrero, entre otras sobre la misma cuestión).

(68) En este sentido se manifestó PANTALEON en al conferencia pronunciada en el curso citado en la nota 27. Inédita. Véase asimismo la ya citada STC 184/1990, F.J. 3.

(69) ROPPO, *Il giudice* cit.⁷ 227 y ss.

(70) Sólo porque me parece muy significativa, creo oportuno citar aquí la consulta de 2 de abril de 1987, n.^o 2/87 (Fiscalía general del Estado), publicada en el Boletín Informativo del Ministerio de Justicia. En ella se trata el tema de si en los procedimientos que se siguen para liquidar situaciones familiares de hecho, debe intervenir el Ministerio Fiscal si se encuentran afectadas situaciones relativas a patria potestad. La respuesta es afirmativa, porque se entiende que esta intervención no tiene como base la preexistencia de un matrimonio, sino la existencia de hijos menores de edad y esta intervención está prevista en todos los procesos relativos al estado civil en las personas.

no se puede considerar que exista una contradicción con lo que antes he dicho sobre la necesidad de no tratar a las parejas de hecho de forma peor que a las constituidas con matrimonio, porque la consecuencia de la pérdida de la pensión es la misma para el acreedor que contrae nuevo matrimonio.

La disposición adicional 3.^a de la Ley 21/87, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código civil en materia de adopción establece que «las referencias de esta Ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor, serán también aplicables al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal». Esta disposición, muy criticada por el lugar en que se inserta —una disposición adicional— (71), introduce la posibilidad de adopción por parejas no casadas, excluyendo en todo caso, las parejas homosexuales.

La Ley 35/88, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida permite que se utilicen tanto por parejas casadas como no casadas, en la línea de las recomendaciones europeas sobre la materia. Así se deduce de lo dispuesto en los artículos 6 y 8.2 de la mencionada ley (72).

Además, el artículo 11 CP asimila la convivencia no matrimonial a la matrimonial a los efectos de agravar la responsabilidad por el delito, cuando el agraviado «es persona a quien se halle ligado, de forma permanente o por análoga relación de efectividad». Por su parte, el artículo 18 CP exime de responsabilidad penal al encubridor que lo sea «de persona a quien se hallen ligados por análoga relación de afectividad».

El artículo 391 LOPJ establece que no podrán pertenecer simultáneamente a una misma Sala, «los magistrados que estuvieren unidos por vínculo matrimonial o situación de hecho equivalente».

En el Derecho civil catalán, con una larga tradición por lo que respecta a reconocer efectos a las situaciones de hecho (73), se equipara la convivencia matrimonial al matrimonio en los artículos 25 CDC, por lo que respecta a la pérdida del *any de plor*; 152.2 CDC,

(71) Ver, entre otros, FELIU, *Comentarios a la Ley de adopción*. Tecnos. Madrid, 1989, páginas 128 y ss.

(72) Opción fuertemente criticada por PANTALEON en *Contra la Ley de técnicas de reproducción asistida. Jueces para la democracia*, n.^o 5, diciembre de 1988, p. 23. Los precedentes de esta norma se pueden encontrar en el *Informe de la Comisión especial de estudio de la fecundación «in vitro» y la inseminación artificial humanas*. Congreso de los Diputados, 1987, 42 y recomendaciones 100-103, y en el Rapport de la reunión del Grupo de trabajo del Comité de expertos del Consejo de Europa sobre el progreso de las ciencias bio-médicas (CAHBI), 1987.

(73) Se habían admitido ciertos efectos de la separación de hecho en la pérdida de la cuarta marital. Ver FAUS ESTEVE *La vida licenciosa del cónyuge viudo y sus consecuencias*, A.A.M.N. (1959), pp. 387 y ss.

en relación a la pérdida de la cuarta vidual y 11.4 de la ley 9/78, de 25 de mayo, de sucesión intestada, de la Generalitat de Catalunya (74).

Finalmente, un supuesto «espectacular» de reconocimiento de efectos de convivencia de hecho se produce en la disposición adicional 10.2.^a de la Ley 30/81, de 7 de julio, por la que se introduce el divorcio como forma de disolución del matrimonio. En esta disposición se dice textualmente que «quienes no hubieran podido contraer matrimonio por impedírselo la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieran vivido como tal acaecido el fallecimiento de uno de ellos con anterioridad a la vigencia de esta Ley, el otro tendrá derecho a los beneficios a que se hace referencia en el apartado primero (Seguridad Social) de esta disposición y a la pensión correspondiente...». Recuérdese que la discusión sobre la aplicación de esta norma dio lugar a los autos del TC ya estudiados y a las SSTC 260/88 y 184/90, también aludidas (75).

De todo lo anterior se deduce que no es cierto que los poderes públicos desconozcan absolutamente la situación de la convivencia de hecho; en la mayoría de los casos, además, asimilándolos a los casados. Por tanto, las discusiones sobre la falta de protección deben colocarse en otros ámbitos, concretamente, el reconocimiento de derechos sucesorios recíprocos y de las prestaciones de la seguridad social.

b) *Resoluciones jurisprudenciales*. Los Tribunales han tenido ocasión de pronunciarse sobre aspectos concretos de las relaciones de hecho, que intentaré sistematizar.

— *La cuestión de régimen económico matrimonial*. La sentencia paradigmática es la de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 21 de abril de 1986 (76). En ella se estudiaba la licitud de un convenio que se afirmaba existía entre los dos convivientes, en virtud del que acordaban someter sus relaciones patrimoniales, al régimen de gananciales. Probada la existencia del convenio, la Audiencia acabó affirmando que «el contrato objeto de la litis no sólo es lícito, sino ciertamente encomiable, dado que la finalidad del mismo no es otra que la voluntaria ordenación de los medios económicos al cumplimiento de los sagrados e ineludibles deberes que la institución familiar impone y cuyo reconocimiento, respeto y protección ha de informar la práctica judicial», añadiendo que este acuerdo, «no sólo obliga a las partes que en él intervinieron, sino también a quienes son sus herederos universales». Pero no es ésta la única sentencia de las Audiencias

(74) Ver PUIG FERRIOL-ROCA TRIAS, *Institucions del Dret civil de Catalunya*. 2.^a ed. Barcelona, 1988, p. 692.

(75) Véase el comentario de DESDENTADO BONETE y TEJERINA ALONSO en *Comentarios a las reformas cit.*, II, 2.088 y ss.

(76) Se cita el comentario de PANTALEÓN en *Poder Judicial, La autorregulación de la unión libre* (n.º 4, 1986, pp. 119 y ss).

territoriales o provinciales en las que se trata el tema; la sentencia de la Sala 1.^a de la Audiencia Territorial de Valencia, de 3 de junio de 1987, resolvía un supuesto de dos personas que habían vivido juntas, sin contraer matrimonio, desde 1942 a 1985 y al cesar la convivencia, la mujer demandaba la mitad de los depósitos bancarios de ambos, por entender que eran el fruto de los ahorros, conseguidos durante este tiempo con el trabajo en común. La Audiencia entiende que, apareciendo probado que la unión en cuestión constituía una convivencia de hecho, declaraba que «El Derecho no puede desentenderse de uniones como la habida entre las partes, que en modo alguno pueden compararse a uniones circunstanciales u ocasionales... *Ciertamente, el Código civil no regula los efectos de uniones como la examinada, pero ello no impide dar trascendencia y reconocer las consecuencias propias a la unión mantenida por los litigantes que sean acordes con la naturaleza de la misma*». Consecuencia de esto, utiliza el razonamiento analógico y aplica las normas de «un supuesto de hecho semejante, el matrimonio» y añade que «comoquiera que las partes no pactaron nada sobre el régimen de bienes que iban adquiriendo en el curso de la convivencia, ha de concluirse que debe aplicarse el régimen de la sociedad de gananciales». Otro supuesto importante en el planteamiento de estas cuestiones es la sentencia de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca, de 1 de junio de 1987. En esta sentencia se admite directamente la necesidad de reconocer «derechos de índole patrimonial a la parte que al extinguirse aquella (convivencia *more uxorio*), resulte más desfavorecida si, apreciando caso por caso la realidad de la relación mantenida entre los convivientes, el modo en que organizó la vida en común, las aportaciones verificadas por cada cual para su sostenimiento, el reparto de cargas y la distribución de los beneficios obtenidos, se infiere la existencia de un convenio implícito de asociación y mutua ayuda con prestación recíproca de bienes y servicios de cara al logro del mismo fin de vivir en pareja». Sin embargo, la Audiencia rechaza la demanda por considerar que para que este efecto se produzca, «es necesario que la comunidad de vida sea pública y notoria, por comportarse los convivientes en las relaciones sociales y frente al exterior como marido y mujer, creando la apariencia de verdadero matrimonio» y como estas circunstancias no se habían producido, negaba el derecho a reclamar los bienes que se reclamaban (77).

La Audiencia Territorial de Barcelona ha negado la posibilidad de tratar la liquidación de estas situaciones por analogía con las re-

(77) La sentencia de 1 de junio de 1987, de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca está publicada en la **RGD**, 1988, I, p. 635. La de 3 de junio de 1987, de la Sala primera de la Audiencia Territorial de Valencia, en la propia **RGD**, 1987, p. 5131. Véase el comentario sobre las sentencias de Córdoba y Valencia en LACRUZ. **La convivencia «more uxorio»** cit. 1.065. Véanse los otros supuestos allí estudiados.

glas de la sociedad universal de ganancias en dos recientes sentencias. La de la Sala 3.^a, de 21 de noviembre de 1988 declaraba que «no cabe equiparar la relación matrimonial de los convivientes con una comunidad conyugal de forma que sea susceptible de tratamiento unitario las relaciones jurídicas diversas que se generan, puesto que de la comunidad de vida que se crea, de la parcial confusión de los respectivos patrimonios, de la unidad de administración de los recursos precisos para atender los gastos comunes, del ejercicio por parte de la mujer de la llamada potestad doméstica y de su colaboración temporal en la empresa del varón, no resulta la existencia de la *affection societatis* esencial del contrato de sociedad y que posibilite una liquidación global. En consecuencia, *los conflictos de carácter matrimonial que puedan surgir en pareja no casada habrán de resolverse conforme a las reglas aplicables a la relación jurídica conflictiva*». La sentencia de la sección 1.^a de la Audiencia de Barcelona, de 15 febrero de 1989, resolvía la cuestión de la misma forma: se trataba también de un supuesto de convivencia no matrimonial, en el que la mujer demandaba al varón pidiéndole la mitad de lo adquirido constante la convivencia, por entender que se había constituido entre ellos una sociedad universal de ganancias; la Audiencia negó la pretensión de la actora, por entender que «la estructura jurídica societaria no puede deducirse, a falta de pacto expreso y de modo general, en las uniones de hecho extramatrimoniales» y añadía que «cuestión distinta y no planteada hubiera sido una petición articulada sobre los posibles daños y perjuicios sufridos por la convivencia mantenida, como lucro cesante, o la consideración a su favor de una obligación natural que ampliase su pretensión», cuestión no planteada y, por tanto, no resuelta por la Audiencia, por el principio de congruencia (78).

En todas estas sentencias existe un interesante dato en común: la no cuestión acerca de la licitud de los convenios en situaciones de convivencia extramatrimonial (79). A mi modo de ver, este dato resulta incluso más importante que el del reconocimiento de los derechos económicos, puesto que es el presupuesto para llegar a este resultado (80). Ello significa la toma de conciencia de la asunción de esta forma dentro de la cultura jurídica familiar de la sociedad española.

— *Las indemnizaciones por causa de muerte.* La jurisprudencia civil no se ha ocupado en general de este supuesto. La más importan-

(78) La sentencia de la A.T. Barcelona de 21 de noviembre de 1988 puede consultarse en **RGD**, 1989, p. 1480. La de 15 de febrero de 1989, en **RJC**, sección jurisprudencia, n.^o 3, 1989, pp. 610-611.

(79) Así lo pone de relieve PANTALEON, *La autorregulación*, p. 158. También LA-CRUZ en *La convivencia «more uxorio»* cit. 1.063.

(80) Así PANTALEON, *¿Derechos sucesorios...?* cit. 158.

te sentencia fue pronunciada por la Sala 2.^a del TS en 19 mayo de 1969 (81), que denegaba la indemnización por daños y perjuicios consecuencia de un accidente a la esposa y la reconocía a una mujer de la que tenía dos hijas. PANTALEON cita la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 12 de enero de 1976, que concedía la indemnización por causa de muerte al compañero de la víctima y no a su marido, alegando que teniendo en cuenta que los tribunales no juzgan conductas morales, sino que se limitan a determinar si existen o no daños y perjuicios y «estos perjuicios no pueden tener base en relaciones familiares legales, sino que por el contrario lo pueden y deben ser en relaciones de afección, de sentimiento, de cariño, de convivencia, etc... Sostener otro criterio nos llevaría al absurdo de privar de un derecho (indemnización) a quien verdaderamente siente la muerte de un ser querido ya que este amor y perjuicio puede nacer no sólo de relaciones matrimoniales lícitas, sino también ilícitas, por ello, el matrimonio de la víctima con otro hombre no puede ni debe honrar el derecho a ser indemnizado...». Se trata, sin embargo, de resoluciones esporádicas y no puede decirse que exista una doctrina uniforme sobre esta cuestión.

— *Normativa de seguridad social en las prestaciones por causa de muerte.* La jurisprudencia laboral (82) ha reiterado la negativa a admitir la posibilidad de que un miembro no casado de una pareja tuviera derecho a reclamar ningún tipo de prestaciones de la seguridad social, sea ésta del tipo que sea (83). Algunas de estas sentencias han dado pie a resoluciones del TC que se han comentado.

— *Subrogación en el derecho arrendaticio.* Esta es una cuestión

(81) Sobre el reconocimiento del derecho a indemnización al compañero o compañera del fallecido en un accidente, véase, además del citado PANTALEON, ESPÍN CANOVAS, *Ponencia en Congreso Hispano-American*o, cit. 30 y ss. Se plantea la necesidad de indemnizar por ruptura de la convivencia no matrimonial LACRUZ en *Elementos*, página 23. De todas formas, no es este el tema que me ocupa en el texto.

(82) Véanse las sentencias citadas por PANTALEON en *¿Derechos sucesorios...?*, páginas 166-167 y la crítica que de algunos planteamientos de las mismas realiza en p. 167. De todos modos, MERINO (*Las uniones libres y su perspectiva actual [las parejas no casadas]* La Ley, n.^o 1916, marzo de 1988, 3) cita la resolución de la Secretaría general de la Seguridad Social, de 29 de diciembre de 1984, en la que se acuerda «dispensar, con carácter excepcional, la asistencia sanitaria a aquél, que sin ser cónyuge, vive maritalmente con el titular del derecho, así como a los hijos de aquél si conviven con ambos».

(83) La mayoría de las sentencias del Tribunal Central de Trabajo (TCT) sobre el problema de la pensión de viudedad se refieren al supuesto planteado por la disposición adicional 10 de la Ley 30/1981, de 7 de julio. Sin embargo, en otros casos en los que no se cumplían los requisitos exigidos en la mencionada disposición adicional para que pudiera aplicarse, se ha negado la posibilidad de que el conviviente tuviese derecho a reclamar la pensión. Véanse, por ejemplo, las sentencias de 1 de septiembre de 1986 (Sala 4.^a TCT); 5. de octubre de 1987 (Sala 6.^a TCT) y 19 de abril de 1988 (Sala 4.^a TCT). Sobre este tema, puede consultarse VALLADARES, *El derecho a la pensión de viudedad del compañero no matrimonial*. La Ley, 1986, T. I, pp. 559 y ss.

que pone en Italia sobre el tapete el problema de la convivencia *more uxorio* (84). Existe una tendencia a no incluir la familia de hecho en el contrato arrendaticio y subrogar al conviviente en los derechos del arrendatario, partiendo de unas primeras consideraciones de la Corte costituzionale italiana en las que se ponía de relieve la imposibilidad de igualar la familia fundada en el matrimonio y la familia de hecho (85); sin embargo, la sentencia de la Corte Costituzionale italiana, de 7 de abril de 1988 declaró la inconstitucionalidad de las disposiciones que impedían al conviviente poder subrogarse en el contrato de arrendamiento, entendiendo que el artículo 6 de la ley de 27 de julio de 1978 pretendía tutelar «*non la famiglia nucleare, né quella parentale, ma la convivenza di un aggregato esteso fino a comprendervi stranei*» (86). De aquí se deduciría la ilicitud de excluir a un conviviente (87).

En España la cuestión no resulta clara. PANTALEON (88) cita la STS de 13 octubre 1960, en la que se resolvió la situación siguiente: el arrendatario estaba casado y separado legalmente de su esposa; convivía con otra mujer y había arrendado un piso en el que vivía con su compañera y una hija de ambos. El arrendador interpuso una demanda pidiendo que se resolviera el arrendamiento y alegaba la causa 8.^a del artículo 114 LAU. El TS casó la sentencia de la Audiencia y admitió la improcedencia de la causa alegada, diciendo que «no puede calificarse de inmoral la actividad del inquilino en el interior

(84) Para conocer el estado de la cuestión, ver MANASSE, Cristina, *Famiglia di fatto e contratto di locazione*. *Quadrimestre*, T. I, 1989, pp. 181 y ss. *in totum*.

(85) MANASSE, *La famiglia*, cit. 187. ROPPO en *La convivenza more uxorio dinanzi alla Corte Costituzionale* en *Democrazia e diritto*, 1980, pp. 922 y ss. había criticado duramente la anterior postura de la propia Corte constitucional italiana en que se había negado declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones que reconocen derecho a la subrogación en el arrendamiento al convivente *more uxorio*.

(86) Puede consultarse en *Il Foro italiano*, 1988, pp. 2515 y ss. De todas formas deben advertirse que el fundamento último de la decisión de la sentencia citada en el texto no es la igualdad entre familia de hecho y familia matrimonial, sino la protección del derecho a una vivienda digna.

(87) En Francia, el artículo 16 de la Ley 85-526, de 22 de junio de 1982, relativa a los derechos y obligaciones de los arrendatarios y arrendadores (conocida como «*Loi Quilliot*»), establece lo siguiente: «En cas d'abandon du domicile par le locataire, le contrat de location continue, sans préjudice de l'application des dispositions de l'article 1.751 Code civil, au profit de ses ascendants, de ses descendants, *du concubin notoire ou des personnes à charge qui vivaient effectivement avec lui depuis au moins a un à la date de l'abandon de domicile*». La misma norma se aplica en el supuesto de muerte del arrendatario. Véase BOITZAT, *La Loi «Quilliot» du 22 juin 1982 relative aux droits et obligations des locataires et des bailleurs*. París, 1982, p. 76. Uno de los problemas que se ponen de relieve en el trabajo *Sexual orientaron and the Law* cit. en nota 37 es la discriminación que sufren las parejas no casadas en el tema de obtención de beneficios para adquisición de viviendas. Ver HARV. L. REW, 1989, pp. 1612 y ss.

(88) PANTALEON, *¿Derechos sucesorios?*, p. 160. Ver también ESPIN, *Ponencia*, cit. 30. y LACRUZ, *Elementos*, 21

de la vivienda desde 1956, contraída a vivir con toda la corrección que imponen las normas de cortesía y de convivencia o vida en comunidad, con su hija y la madre de ésta, **su familia como realmente lo es**, aunque sólo lo sea por naturaleza y no por la ley, y menos de immoral de modo notorio, lo mismo si para emplear este objetivo se atiende a los efectos, como si se tiene en consideración sus causas, ya que nadie puede conocer la vida íntima de la familia y ésta no se puede estimar que sea contraria a ninguna norma moral aceptada por todos o por una mayoría dominante...». Evidentemente no nos encontramos ante una sentencia que declare el derecho de conviviente de hecho a la subrogación, pero en una formulación que podríamos llamar negativa, admite ciertos efectos positivos de esta convivencia: la de no significar una causa de deshacido.

Mayor interés a estos efectos tiene la sentencia de la Audiencia de Barcelona, de 17 mayo 1989 (89). En ella se reproduce la sentencia del Tribunal de instancia, que admitió la posibilidad de que la conviviente, D.^a Teresa, se subrogara en el derecho arrendatario del inquilino difunto y dice que «a este respecto, preciso es señalar que una interpretación de los requisitos del artículo 58 LAU en favor de una consideración más acorde con la realidad social de nuestro tiempo, atendiendo a una interpretación más justa y moderna del requisito del matrimonio con base al artículo 3 Cc lleva a este Tribunal a la misma solución que la adoptada por el Juzgador de Instancia, en línea con la jurisprudencia laboral que viene reconociendo el estatus quasi matrimonial como fuente del derecho a pensión (90) y de otros preceptos de nuestro Ordenamiento, que son claro reflejo normativo de la convivencia extramatrimonial (cita los arts. 11 y 18 CP, 101 Cc dispo. ad 10 Ley 30/81), sin que a lo dicho sea óbice la falta de modificación del citado artículo 58 LAU por el legislador, toda vez que la inactividad de éste **en ninguna manera ha de llevar a una interpretación que pudiera resultar inconstitucional**, pues no hay que olvidar que el artículo 5.3 LOPJ obliga a acomodar la norma al ordenamiento constitucional, tras cuya promulgación no cabe duda que la concepción jurídico-política de la familia cambió profundamente de forma que **ya no puede sostenerse que el matrimonio sea la única**

(89) Puede consultarse en R.J.C., 1989, IV (Sección jurisprudencia), p. 861. En el fundamento III se aplica la doctrina de los propios actos cuando dice que el propio arrendador tuvo a la conviviente como subrogada «desde que percibió de la misma la renta de la vivienda correspondiente a los meses siguientes al fallecimiento del inquilino». En cambio, existe otra sentencia de la Sala 6.^a de la Audiencia de Barcelona, de 6 de julio de 1989 (verla en la misma revista y tomo citados antes, p. 883), en la que se niega el derecho de subrogación a una persona, casada con arreglo a la legislación islámica con el arrendatario y cuyo matrimonio carecía, por tanto, de efectos civiles.

(90) Aunque como se ha visto en la nota 83, lo que dice el texto de la sentencia no es exacto.

base de la vida familiar». Los argumentos de esta sentencia son discutibles, ya que el nuevo concepto de familia no es un derecho fundamental, protegido con el recurso de amparo y como ya se ha visto, la jurisprudencia laboral no mantiene la línea aludida en la sentencia. Pero debe admitirse que de acuerdo con el artículo 53.3 CE, los Tribunales deben actuar de forma que en sus decisiones se consiga el «reconocimiento, el respeto y la protección de los derechos reconocidos en el capítulo III», encabezado, como se sabe, por el artículo 39 que establece una clara protección a la familia. La decisión del Tribunal implica incluir como **cónyuge**, en una interpretación adecuada desde el punto de vista constitucional, a un conviviente no casado, sustituyendo en parte la tarea legislativa. No sé hasta qué punto puede de compartirse la solución ofrecida en esta sentencia.

De lo anterior se deduce que los problemas planteados en este tipo de convivencia tienden a ser resueltos aplicando analógicamente normas de derecho matrimonial. Una importante conclusión que se deriva del examen de las sentencias leídas es que no se argumenta ahora ya en los Tribunales sobre la licitud o no de este tipo de uniones y de los posibles acuerdos que puedan existir entre los interesados para regular sus consecuencias, especialmente patrimoniales. Seguramente esta actitud deriva de una reflexión sobre lo que antes he afirmado acerca de los distintos modelos culturales de familia, a los que debe atenderse por no estar excluidos constitucionalmente. Los razonamientos que llevan a esta conclusión seguramente son distintos, pero es indiscutible que hoy se asume esta realidad, se ofrece a estas parejas un tratamiento «familiar», si bien no el mismo que a las formadas por matrimonio y se pone de relieve la falta de regulación de estas situaciones. Este es en todo caso, un problema que atañe al legislador y no al juez.

De todos modos, debe advertirse que en todos estos casos trascritos se trataba de parejas formadas por personas de sexo distinto (91); seguramente aún no existe una cultura social tan arraigada que permita, en nuestro país, admitir la categoría familiar de las uniones homosexuales, a las que deberá prestarse la protección que prevé el artículo 39 CE cuando se alcance este consenso.

De lo dicho hasta aquí se deduce que no hay un modelo constitucional de familia, único acreedor de la protección del artículo 39 CE. No existe la familia, sino familias, lo que nos lleva a un sistema de modelos plurales, determinados previamente por la consideración que el grupo social tenga en cada momento de lo que deba considerarse como familia (92).

(91) A pesar de algunos casos planteados ante los tribunales, como el denominado «caso Reina» en el que un homosexual reclamó la indemnización que correspondía en virtud del convenio colectivo a su compañero, fallecido de SIDA.

(92) Ver BESSONE, *Commentario*, p. 26.

Una conclusión de este tipo podría resultar descorazonadora. No creo que sea así. Los principios de pluralismo y respeto a la persona presentes en nuestra Constitución llevan a esta soluciones. Y no se diga que ello es contradictorio con las soluciones que los Tribunales (desde el Constitucional, hasta los de Instancia) han arbitrado para situaciones de hecho. Una cosa es que la Constitución permita establecer una regulación para solucionar los problemas planteados por familias cuyo núcleo (la pareja) no parte del matrimonio y otro muy distinto que con la actual regulación, puedan exigirse que se aplique la normativa prevista para las familias matrimoniales.

8. *Modelo legal y autonomía.* Se ha afirmado de forma reiterada en este trabajo que no existe un modelo legal necesario para que el Estado reconozca protección y que ello depende de la concepción social en cada caso concreto. Por tanto nos hallamos ante una situación en la que no debe confundirse matrimonio con familia, ya que es opinión generalmente compartida en el artículo 39 CE no exige la celebración del matrimonio para que sea efectiva la protección exigida en la mencionada disposición (93). Por tanto, el artículo 39 CE es una norma dirigida a cualquier tipo de familia, aunque no sea directamente aplicable por no ser un derecho fundamental.

Ahora bien, a este argumento se le puede añadir otro que resulta muy fácil y que está de acuerdo con determinados tipos de ideologías: si ello es así, la exigencia del matrimonio por parte del Estado para el reconocimiento de determinados derechos a personas que forman una familia resulta abusivo, porque se trata de una intervención del poder público que lesionaría el derecho fundamental a la libertad ideológica y de cualquier tipo. Y este argumento se utilizó en el recurso que dio lugar al ATC 156/87, ya citado. Dejando para otra ocasión el estudio de la jurisprudencia del TC que determina que el Estado puede establecer las condiciones para el ejercicio de los derechos, hay que decir que este argumento es totalmente falso: la intervención de los poderes públicos, asegurando «la protección social, económica y jurídica de la familia», tal como establece el artículo 39.1 CE está justificada si se relaciona con el papel que se reconoce a esta misma familia en un sistema de preponderancia de los derechos fundamentales de los individuos. **Los poderes públicos deben intervenir para controlar que la actividad de los miembros de la familia no produzca una lesión de los derechos fundamentales de alguno de ellos.** Este es el papel que se les atribuye en el artículo 53.3 CE. Además, es

(93) Así, por ejemplo y entre otros, STANZIONE, en *Principis constitucionals*, cit. 97 y ss. donde afirma que, al contrario de lo que ocurre en el sistema italiano, «en la Constitución española no parece que existan obstáculos legales para el reconocimiento de una pluralidad de comunidades familiares».

el sistema que se deriva de la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares (94).

En esta línea se justifica la intervención del Juez: de acuerdo con el artículo 53.3 CE «el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo III informará... la actuación judicial». Pero en la legislación vigente esta intervención protectora va más allá. ¿Cuál es la razón por la que en las leyes de reforma del Código civil se concede un papel relevante a la actuación judicial? Creo que la respuesta es sencilla: esta intervención se justifica **en todo caso** para garantizar a los particulares el pleno disfrute de sus derechos fundamentales y para evitar lo que en palabras vulgares, podríamos identificar como la posibilidad de que el pez grande se coma al chico. En todo caso, se trata de la presencia de normas jurídicas en la actuación normal de los miembros del grupo que no por pertenecer al mismo, dejan de ser titulares de sus derechos fundamentales o ven alterado su ejercicio en términos sustanciales. En el momento en que esta cuestión viene estudiada en estos términos, se justifica la creciente intervención de los poderes públicos en zonas hasta ahora reservadas a la teórica autonomía de los particulares.

Si se parte de la igualdad de los miembros del grupo, y esta igualdad está configurada como derecho fundamental en el artículo 14 CE (del que el artículo 32 CE es sólo una proyección en el ámbito del matrimonio), los poderes públicos deben garantizar que esta igualdad sea real y efectiva. En consecuencia, se asegura al particular la protección consiguiente si se coloca dentro del sistema previsto para ello. En el caso contrario, resulta muy difícil exigir esta protección, que sólo se podrá reconocer en cuanto la ausencia de protección puede lesionar algún derecho de los componentes de la pareja. Este fue el caso de la declaración de inconstitucionalidad de la ley italiana de arrendamientos urbanos, porque con la discriminación entre matrimonios y familias no matrimoniales se estaba impidiendo el disfrute del derecho a la vivienda.

Precisamente una de las características más llamativas de la legislación sobre derecho de familia producida después de la entrada en vigor de la Constitución es la exigencia de la intervención de los poderes públicos en situaciones límite de la convivencia familiar o bien para garantizar la tutela de determinados derechos. El Código prevé la intervención judicial en estos casos:

a) *Control de la efectividad del ejercicio de los derechos funda-*

(94) El TC ha venido manteniendo una doctrina clara sobre la aplicación entre particulares de los derechos fundamentales. Véanse las SSTC 19/85, 13 de febrero; 47/85, 27 de marzo; 6/88, 21 de enero; 166/88, 26 de septiembre; 177/88, 10 octubre; 241/88, 19 de diciembre y 108/89, 8 de junio, entre otras. STANZIONE plantea también en los términos mantenidos en el texto, la intervención del Estado en la regulación de las relaciones familiares, Ver *Principios constitucionales*, cits. 91 y 96.

mentales de los miembros de la familia. Ello ocurre en el artículo 48 Cc al reconocer el Juez la posibilidad de dispensa del impedimento de edad a partir de los 14 años y de los otros impedimentos. Se trata de garantizar el ejercicio del *ius connubii* de forma objetiva y para evitar la arbitrariedad o los conflictos de intereses entre los titulares de la patria potestad y el interesado, se atribuye al Juez la competencia para autorizar el matrimonio de un menor de edad. A la misma finalidad responde la competencia reconocida al Juez, de aprobar el convenio regulador de los efectos de la separación o el divorcio, en los casos en que el procedimiento se realice a través de lo dispuesto en el artículo 81.1 Cc. El Juez puede negarse a homologar el convenio, cuando los acuerdos adoptados por los cónyuges sean «dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de ellos».

b) *En la constitución, por los particulares, de un estado que afecta a la condición de la persona.* Así, el Juez que interviene en todo el **proceso del matrimonio**, desde el inicio del expediente matrimonial, hasta la celebración del mismo. Por ello la promesa de matrimonio no produce ningún efecto, de acuerdo con lo que dispone el artículo 42 Cc (95) ya que en definitiva, se trata de un negocio privado que por afectar a la condición de la persona, carece de efectos. Las mismas características tiene la intervención del Juez en la separación y el divorcio (arts. 83 y 89 Cc); en la emancipación (arts. 317 y 320 Cc); en la adopción (art. 176 Cc); en la incapacitación (art. 199 Cc) y en la ausencia (art. 181 Cc). En todos estos casos, la voluntad es de los interesados, pero el proceso y la situación definitiva depende de una decisión del Juez.

C) *Intervención para evitar perjuicios a quienes no pueden prestar consentimiento (menores e incapacitados).* El Juez interviene en aquellos casos en que pueden quedar afectadas personas que no pueden por sí mismas, intervenir en procesos que afectan a su condición; así, en la decisión para determinar cuál va a ser la situación de los hijos cuyos padres se separan o divorcian (art. 92). La audiencia de los menores en este tipo de procesos ha sido considerada esencial por la STS de 14 de mayo de 1987 (95), de forma que la vulneración de este derecho puede dar lugar a la indefensión. En esta misma línea se encuentra la necesidad de la intervención del Juez en los reconocimientos de menores o incapacitados (art. 124 Cc); en las medidas a tomar en los procesos de impugnación de la filiación (art. 128 Cc); en los casos de irregular ejercicio de la patria potestad (art. 167 Cc) o de conflicto de intereses (art. 163.3 Cc). Finalmente, en el ejercicio de la tutela (arts. 259 Cc).

También obedece a las mismas razones la intervención del Minis-

(95) Ver SÁNCHEZ PRIETO, *La audiencia del menor en las causas matrimoniales en La Ley*, 1988, 1, pp. 960 y ss.

terio Fiscal en los procesos sobre el estado civil de las personas. Como puede comprobarse, el Ministerio Fiscal interviene en los procesos de separación y divorcio; en los procesos sobre patria potestad, en los casos de adopción y acogimiento, para controlar especialmente este segundo aspecto de la situación de menores desamparados (art. 174 Cc) y en la promoción de los procesos de incapacitación (art. 203 Cc).

Por las razones anteriores creo que está mal planteada la discusión entre los términos autonomía-intervención del poder público. No se trata de que la intervención del Juez o de cualquier otro funcionario impida el ejercicio de la autonomía, sino que lo que impiden o pretenden impedir es la arbitrariedad y la desigualdad. Como dice ROPPO (96), nada autoriza a afirmar que la autonomía y la intervención pública estén colocados en planos diferentes. Al contrario, lo que debe afirmarse es que los diversos valores que pueden encontrar su instrumento de actuación en algún tipo de intervención pública en la familia tienen la misma dignidad. Añade este autor que la Constitución tutela valores como la igualdad entre los cónyuges y la protección de los menores desamparados para cuya realización se exigen intervenciones públicas perfectamente legitimadas para esta finalidad. Junto a estos valores se encuentran otros igualmente protegidos, que exigen que los poderes públicos se abstengan de interferir en la dinámica interna de las relaciones familiares y tales hipótesis corresponden a momentos de autonomía familiar igualmente legítimos en el plano constitucional.

Resulta evidente que este trabajo es una primera aproximación a un concepto constitucional del derecho de familia. Quedan cuestiones tan importantes como el tratamiento de las relaciones entre cónyuges y si los problemas surgidos de otros tipos de convivencia deben contar con soluciones semejantes. Me parece, sin embargo, que estas cuestiones merecen un estudio independiente y que intentar realizarlo aquí, excedería con mucho lo que parece prudente en un estudio de estas características.

(96) ROPPO, *Il giudice*, p. 285.

La formación del sistema francés codificado de cesión de créditos: la cesión y la transmisión inter vivos de otros bienes

Por JULIO VICENTE GAVIDIA SANCHEZ

Profesor titular de la Universidad de Valencia

SUMARIO: Preámbulo. Introducción: I. La Costumbre de París. 1.1. El artículo 108 de la Costumbre de París: origen y significado. 1.2. Los artículos 176 y 177 de la Costumbre de París. 1.3. Relación entre los tres preceptos anteriores.—II. Domat. 2.1. Sistema de transmisión de bienes y derechos mediante compraventa. 2.2. Sistema de cesión mediante compraventa: el efecto traslativo. 2.2.1. La entrega del crédito. 2.2.2. El pago del precio. 2.3. Conflictos de intereses típicos. 2.3.1. Situación jurídica del deudor. 2.3.2. Situación de los acreedores del cedente y del cesionario. 2.3.3. La doble o múltiple venta del crédito. 2.3.4. La cesión de crédito ajeno.—III. Pothier. 3.1. De la cesión en general. 3.1.1. El sistema traslativo general. 3.1.2. Situación jurídica del deudor. 3.1.3. Otros conflictos de intereses. 3.2. La venta de créditos. 3.2.1. La producción del efecto traslativo. 3.2.2. La situación jurídica del deudor. 3.2.3. Los otros conflictos de intereses. 3.3. Donación de créditos y conclusión.—IV. Bourjon. 4.1. Cesión de créditos en pago de deudas del cedente. 4.2. La venta de créditos. 4.2.1. La producción del efecto traslativo. 4.2.2. Situación jurídica del deudor. 4.2.3. Situación jurídica de los acreedores del cedente. 4.2.4. La doble o múltiple cesión (venta) del crédito. 4.2.5. La cesión (venta) de crédito ajeno. 4.3. Donación de créditos y conclusión.

PREAMBULO

Si con las reglas sobre la cesión de créditos hubiéramos de hacer dos grupos, propondría que en uno estuviesen aquéllas que contemplan la producción del efecto traslativo y en el otro aquéllas que se ocupan de distribuir el riesgo contractual. En este segundo estarían las que se refieren a la, en palabras de nuestro Código civil, inexis-

tencia e ilegitimidad del crédito o la insolvencia del deudor. En el primero estarían aquellas reglas con cuya interpretación pudiera extraerse las normas que permiten determinar cómo y cuándo el crédito deja de pertenecer al cedente y pasa a ser del cesionario. Estas últimas son las que constituyen el sistema de cesión, en sentido propio o estricto, que es de lo que aquí se va a tratar: de analizar las reglas o disposiciones sobre la transmisión de los créditos, como una parte más del sistema de transmisión inter vivos de la riqueza, esto es, de los derechos subjetivos patrimoniales.

No es infrecuente la formulación de reglas que, con carácter general, proclaman la adopción o adhesión a un determinado sistema de transmisión, exigiendo o dejando de exigir tal o cual requisito para la producción del efecto traslativo. Me parece, no obstante, insuficiente quedarse en el estudio de esas disposiciones, porque entiendo que hay que verificar su operatividad, por si resulta que no pasan de ser meras declaraciones de principio, luego matizadas o, incluso, desmentidas por las soluciones concretas, que se dan a los eventuales conflictos típicos de intereses que puede plantear la cesión de créditos entre los sujetos que en ella intervienen o que puedan resultar por ella afectados. Estos sujetos son tanto las partes (cedente, cesionario y herederos respectivos) como los terceros (el deudor, los acreedores del cedente y los del cesionario, otros cesionarios en caso de doble o múltiple cesión del mismo crédito por un mismo cedente). A los conflictos de interés que pueden plantearse entre los sujetos antes mencionados habría que añadir otro: el que se presentaría entre el verdadero titular de un crédito (no cedente) y el cesionario, en caso de cesión de crédito ajeno. El criterio o los criterios que permiten encontrar la solución para cada uno de estos conflictos es lo que nos proporciona el test que nos informa sobre cómo opera en realidad cada sistema de cesión.

Sabido es que lo emblemático del sistema francés (o franco-italiano, por lo menos, hasta la promulgación del Código civil italiano de 1942) es la enorme relevancia que en él se da a la notificación al deudor, como requisito para la producción o la consumación del efecto traslativo o, si se prefiere, del efecto cesión. No perdamos de vista que estamos hablando de un sistema causalista en el que la cesión del crédito es el efecto común a una serie de causas (títulos) de las que depende la producción y subsistencia del efecto traslativo, cuando van seguidas de la notificación al deudor o, en su caso, de su aceptación. Este carácter causalista es, por lo demás la diferencia más llamativa entre los llamados sistemas latinos (también el español) y la mayor o menor abstracción de los sistemas germánicos de cesión de créditos y, en general, de transmisión de derechos.

En el presente trabajo analizo, todo lo detenida y minuciosamente que me ha sido posible con el material del que he dispuesto, la formación del sistema codificado francés de cesión de créditos. Si se

me permite y con todo respeto, creo haber advertido que los autores que se han ocupado de esta cuestión, al menos los que he podido consultar, no se han detenido a analizar con detalle el período correspondiente a los más de dos siglos que van desde la Costumbre (reformada) de París hasta la promulgación del *Code*. Le dedican algunas líneas o páginas, constatando la importancia que se daba a la notificación al deudor, como requisito para la producción del efecto traslativo, conforme al artículo 108 de la Costumbre de París.

Por mi parte, he creído que merecía la pena profundizar en la Costumbre de París de la mano, eso sí, de los comentadores más inmediatos a ella que me ha sido posible encontrar (los recogidos por C. Ferrière), a lo cual va destinado el capítulo primero, tras haber hecho una breve introducción sobre la cesión o, mejor, las dificultades que ésta encontró en sucesivas etapas del derecho romano. Después me detengo, sobre todo, en tres autores que cubren los dos siglos largos en que estuvo vigente ese precepto de la Costumbre de París sobre la cesión. Se trata de Domat, Pothier y Bourjon, a cada uno de los cuales destino un capítulo. Sobra cualquier comentario sobre la conveniencia de estudiar estos autores; lo que, acaso, suceda es que falten otros...

En cada fase o capítulo de esta evolución he analizado no sólo las reglas específicas sobre la cesión de créditos, sino también las relativas a la transmisión de derechos reales, sobre todo, mobiliarios. Y en todos ellos he recurrido al test de conflictos típicos de intereses a los que antes me he referido. Y lo he hecho, bien para comprobar si las soluciones que se dieron coincidían verdaderamente con las reglas generales proclamadas en cada uno de ellos tanto para la cesión de créditos como para la transmisión de derechos reales, bien para apuntar o proponer cuáles habrían sido las soluciones lógicas cuando los autores estudiados no se pronunciaron al respecto. Así, en cada uno de los capítulos planteo cuestiones como las siguientes; formas de entrega de los créditos, relevancia o irrelevancia de la entrega y del pago del precio en orden a la producción del efecto traslativo, las condiciones de pago seguramente liberatorio para el deudor, los conflictos entre el adquirente y los acreedores del transmitente (y viceversa) o entre los diversos adquirentes en caso de doble o múltiple enajenación de un mismo crédito o derecho real por un mismo transmitente, así como la admisión o no de adquisiciones a non domino de créditos o de derechos reales... Y sin olvidar, cuando me ha sido posible, los eventuales efectos restitutorios de la nulidad, la resolución y la rescisión de la cesión o transmisión.

De este análisis resulta —no me importa adelantarla— que, aunque, efectivamente, la notificación al deudor fue un elemento de gran importancia para la decisión en un sentido o en otro de esos conflictos de intereses, hay no pocas diferencias que matizan el funcionamiento del sistema de cesión, como también son de advertir cambios

que dibujan una evolución no siempre acompañada del sistema de cesión de créditos respecto al de transmisión de derechos reales, y que permite explicar mejor el sistema codificado de cesión. Por lo demás, el sentido de cualquier investigación histórica sobre la formación de normas vigentes, mucho más cuando el que la hace (o la perpetra) no es historiador del derecho, no es otro que el de proponer su interpretación histórica correcta. Y ésta es importante para precisar cuándo o en qué medida la norma codificada busca la permanencia o la superación de la solución histórica.

Quiero, finalmente, mostrar mi agradecimiento a la Consellería de Cultura, Educación y Ciencia de la Generalitat Valenciana y al Deutscher akademischer Austauschdienst (D.A.A.D.), por la ayuda económica que me prestaron para mi visita a la biblioteca «Cujas» de la Sorbona (París I) y al Instituto Max Planck de Hamburgo, así como a todos los que hicieron posible la obtención de esas ayudas y estas estancias, como los profesores Montés y Ballarín y, especialmente, al profesor Ghestin. Agradecimiento que hago extensivo a las direcciones de los centros bibliográficos antes citados, así como a quienes me han permitido y facilitado la consulta de los fondos de la biblioteca del área de Derecho civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Y, finalmente, al profesor Díez-Picazo, que ha tenido a bien consentir la publicación de este trabajo en este prestigioso Anuario.

INTRODUCCION

Es habitual y resulta conveniente iniciar el estudio de los precedentes históricos de cualquier sistema de cesión de créditos exponiendo, siquiera sea sucintamente, las líneas generales que informaban el derecho romano sobre esta cuestión.

El punto de partida parece ser el de la intransmisibilidad de las obligaciones (1). El primer paso en la evolución posterior parece que consistió en la admisión de la transmisibilidad mortis causa de los créditos y de las deudas (2); en los demás casos se requería la novación para cambiar la persona del acreedor, lo cual planteaba graves inconvenientes, puesto que se requería que el deudor diese su consentimiento y porque se extinguían las garantías, accesorias al crédito (3).

(1) F. C. DE DIEGO: *Transmisión de las obligaciones*, Madrid, 1912, pp. 145. y ss.

(2) DE DIEGO, *op. cit.*, pp. 150 y ss.; P. JÖRS: *Derecho privado romano*, ed. refundida por W. Kunkel de la 2.^a ed. alemana, traducida por L. Prieto Castro, 1937, página 293.

(3) DE DIEGO, *op. cit.*, pp. 166 y 167; JÖRS-KUNKEL, *op. cit.*, p. *loc. cit.*; J. IGLESIAS: *Derecho romano* (Instituciones de Derecho privado), 6.^a ed. revisada, 1972, página 523, que cita a Gayo 2, 38.

Parece ser que en época posterior, para conseguir el resultado práctico de la cesión y, al mismo tiempo, para evitar los inconvenientes que suponía la novación sin, por lo demás, desmentir el principio o dogma de la intransmisibilidad inter vivos de los créditos, se acudió al expediente de la cesión, no del crédito, esto es, de su titularidad, sino del derecho a hacerlo efectivo (*cessio actionum*). Se hablaba también de un *mandatum ad agendum*, en el que el mandatario era el cessionario, pero que actuaba en su propio interés (*procurator in rem suam*), lo cual, parece ser, se efectuaba haciendo constar el nombre del mandante (cedente) en la intentio de la fórmula, mientras que en la *condemnatio* aparecía el del mandatario o representante procesal (4). Lo que sucede es que también esa solución presentaba inconvenientes en cuanto a la efectividad del resultado (cesión) a conseguir: el mandatario (cessionario) se encontraba en una situación precaria, puesto que quedaba expuesto al peligro de extinción del mandato (revocación o fallecimiento del mandante) o a la extinción del crédito mismo si el mandante exigía al deudor y obtenía el pago de la deuda antes de que hubiera tenido lugar la *litis contestatio*; hasta este momento el cessionario quedaba expuesto a tales incidencias (5).

El peligro de extinción del mandato fue eludido mediante la concesión, en virtud de rescriptos imperiales, de acciones útiles al comprador de la herencia, del crédito, al marido en caso de dote consistente en créditos, al legatario de un crédito, y Justiniano extendió esta posibilidad al donatario de un crédito (6). De esta forma, el cessionario del derecho a exigir el crédito demandaba en nombre propio y su derecho era irrevocable y no quedaba afectado por la muerte del cedente y, además, si aquél fallecía su derecho se transmitía a sus herederos (7).

La concesión de una acción útil al cessionario no resolvía, sin embargo, el otro inconveniente del recurso a los esquemas del mandato: la titularidad del crédito subsistía en el mandante, por lo que la acción útil del mandatario (cessionario) coexistía con la acción directa del mandante (cedente) frente al deudor. Para evitar el riesgo de cobro anticipado por parte del cedente se previó la facultad del cessionario de notificar (*denuntiatio*) la cesión de la acción al deudor, tras lo cual éste no se liberaría pagando al cedente (8).

Se ha afirmado que, en la práctica, se llegó al mismo resultado

(4) IGLESIAS, *op. cit.*, *loc. cit.*; DE DIEGO, *op. cit.*, p. 167; JÖRS-KUNKEL, *op. cit.*, pp. 293 y 294, con cita de Gayo 4, 86.

(5) DE DIEGO, *op. cit.*, p. 168; IGLESIAS, *op. cit.*, p. 524, 6.

(6) D. 2, 14, 16. C. 4, 12, 2; 4, 39, 7; 6, 37, 18; 6, 53, 4.

(7) JÖRST-KUNKEL, *op. cit.*, p. 295; DE DIEGO, *op. cit.*, *últ. loc. cit.*

(8) C. 8, 16 (17), 4; 8, 41 (42), 3 que, según Iglesias (*últ. loc. cit.*), son fruto de la acción interpoladora; DE DIEGO, *op. cit.*, *últ. loc. cit.*

de una verdadera cesión del crédito, aunque en el plano de la teoría esta figura no sería reconocida sino en época posterior (9).

Por lo que respecta a la protección del deudor, si éste pagaba al cedente antes de la *litis contestatio*, quedaba sin fuerza la acción del cesionario; si pagaba a este último o ya se había llegado a la *litis contestatio*, el deudor quedaba protegido con la *exceptio doli* frente a la reclamación del cedente; y si el deudor, antes de conocer la cesión, llegaba a una transacción con el cedente, podía hacerla valer frente al cesionario (10).

Como afirma De Diego, «la distinción entre el derecho y el ejercicio del derecho fue uno de tantos recursos a los que acudió el genio romano *rebus ipsis dictantibus et humana necessitate exigente*, para poner en armonía los nuevos intereses prácticos con los viejos principios» (11), en este caso el de la intransmisibilidad de los créditos.

La evolución posterior de las normas y teorías sobre la cesión dista mucho de haber sido rectilínea. Tanto es así que, como se expondrá en su momento, es posible encontrar todavía en el siglo pasado autores que mantienen los esquemas romanos de intransmisibilidad de los créditos por acto entre vivos y que todavía acuden a explicaciones del fenómeno en términos de cesión de la acción y no del derecho de crédito o de mandato y representación en interés del mandatario o representante. De Diego expuso con claridad el estado de la cuestión en el derecho común (12), y no se trata de resumirlo aquí, si no que basta con poner de manifiesto algunos puntos de referencia de esa evolución.

Hay que señalar que, según este autor, los glosadores mantuvieron la intransmisibilidad de los créditos, y lo hicieron de un forma más enérgica incluso de lo que lo había sido entre los romanos: *nomina adeo ossibus hominum inhaerent ut nunquam separantur ... Nun possunt separari a dominu sicut nec anima a corpore* (13). Fue, quizás, este punto de partida lo que llevó a tener que mantener las explicaciones en términos de acción útil o del *mandatum ad agendum* para procurar alguna cobertura a la situación del cesionario (14).

No es de extrañar, pues, que en Partidas (15) se mantengan las antiguas ficciones del derecho romano y se suponga que el cesionario no puede ejercitar la acción o el derecho cedido más que como mandatario o procurador *in rem suam* del cedente.

La oposición a las soluciones o explicaciones romanistas parece que se inició, según De Diego, en Francia, donde la cesión fue consi-

(9) JÖRS-KUNKEL, *op. cit.*, pp. 295 y 296.

(10) JÖRS-KUNKEL, *op. cit.*, p. 296. D. 2, 15, 17.

(11) *op. cit.*, p. 169.

(12) *op. cit.*, pp. 171 y ss.

(13) *op. cit.*, p. 171.

(14) *op. cit.*, pp. 172-175.

(15) P. 3, 18, 64; *vid.* dos primeras glosas.

derada claramente como una verdadera transmisión del crédito desde una época relativamente temprana (16). Entre los alemanes también hubo quien rompió con la tradición romana —adscritos a ésta los hubo que, al parecer, llegaron a explicar el fenómeno diciendo que el cedente retenía el dominio directo, en tanto que el cesionario sólo adquiría el dominio útil sobre el crédito—, afirmando que «*moribus et non fori nostri la venta y cesión de derechos transmite plenamente el dominio del crédito y sin mandato hace al cesionario no meramente procurador en causa propia, sino plene dominium, sin reserva alguna de dominio directo para el cedente*», de forma que «*no ya la litis contestatio hace dueño al cesionario, ni la denuntiatio priva al cedente del ius exigendi, si no que el mismo hecho del cedente simpli-citer et absque reservatione, es el que causa la transmisión al cesionario*» (17). y tampoco en España faltaron quienes pusieron de manifiesto que carecía de trascendencia práctica la distinción romana entre la acción directa del cedente y la útil del cesionario, distinción que sirve solamente para fomentar inútilmente dudas y pleitos (De Mora y Jaraba); e, incluso, se llega a decir claramente que la cesión no es si no el modo o forma de tradición propio de las cosas incorpóreas (Olea) (18).

CAPITULO I

LA COSTUMBRE DE PARIS

1.1. El artículo 108 de la Costumbre de París: origen y significado.

Como ya se ha apuntado, la contestación a los esquemas romanos de incedibilidad a título singular de los créditos y su abandono en favor de una clara aceptación de su transmisibilidad, sin tener que acudir a extrañas coberturas, se produjo en Francia en época (medieval) relativamente temprana. Concretamente, desde el siglo trece ya aparece admitida, según se desprende de ciertas costumbres y sentencias, la eficacia (traslativa) de la cesión, esto es, la transmisión del derecho de crédito, además, según parece, como efecto inmediato del acto mismo de cesión, sin exigir ulteriores requisitos (19).

(16) DE DIEGO, *op. cit.*, p. 175.

(17) *Vid. DE DIEGO, op. cit.*, p. 177.

(18) *Vid. DE DIEGO, op. cit.*, pp. 178-191.

(19) *Vid. H. SCHUMANN: Die Forderungsabtretung im deutschen, französischen und englischen Recht*, Mardburg (Hessen), 1924, pp. 30 y ss.

Parece ser que en favor de la clara admisión de la cesión de créditos, sin necesitar

La notificación al deudor era contemplada no como un requisito para la perfección ni para la eficacia del acto de cesión, sino que valía sólo para excluir la buena fe del deudor, puesto que si éste tenía conocimiento de la cesión su pago al cedente carecía de eficacia liberatoria (20).

Parece, con todo, que la influencia del derecho romano se hacía sentir, dado el uso frecuente de la cláusula de apoderamiento en favor del cessionario, que, aunque innecesaria, subsistió como una fórmula vacía, como una cautela a los solos efectos procesales, puesto que a los efectos sustantivos de la transmisión del crédito carecía de relevancia (21).

Con el siglo diecisésis se inicia una nueva época para la regulación de la cesión en Francia. Esta presenta como nota característica la nueva y muy superior relevancia de la notificación al deudor. Si, como se ha dicho, en épocas anteriores su relevancia había sido la de servir de medio para asegurar al cessionario frente a los pagos indebidos pero liberatorios, si fueron hechos de buena fe, del deudor al cedente, ahora aparece, en cambio, elevada a la categoría de requisito constitutivo del efecto cesión, es decir, integrada en el supuesto de hecho como segundo acto dentro del acto complejo de cesión, como parte de él. Esta nueva configuración de la notificación y de la cesión aparece ya plasmada en lo esencial en el artículo 170 de la Costumbre de París de 1510, según el cual «un simple transport ne saisis point», y desde la cual extenderá la nueva concepción su influjo a otras zonas del país. Así, en la Costumbre de Xaintogne de 1520 se disponía en su título V (des cessions et transports) que «transport simple sans apprehension ne saisis». O la de Nivernois de 1534, donde se establecía que «le créancier, son héritier ou cessionnaire ayans certioré le débiteur de la cession peuvent faire proceder contre le debiteur par execution» (cap. XXXII, 1) (22). Y esta concepción será la que quede plasmada en el importante artículo 108 de la Costumbre (reformada) de París de 1580, según la cual, «un simple transport ne saisis point et faut signifier le transport à la partie et en bailler copie auparavant que d'exécuter»; regla que permanecerá vigente y proporcionará la regulación básica o de referencia para la cesión de créditos hasta la entrada en vigor del Código civil francés.

el consentimiento del deudor jugó un papel importante la difusión de los títulos al portador, en los que el deudor se obliga a pagar a aquél que le presente el documento (K. GRANER: *Die Forderungsabtretung in der Fortbildung des deutschen und französischen Rechts*, 1976, p. 16 con cita de Brunner).

(20) SCHUMANN, *op. cit.*, pp. 33 y 34.

(21) Parece ser que la pervivencia de esa cláusula se debió a la influencia de los notarios italianos. Parece que en algunas zonas del norte de Francia subsistió el sistema romano de inceldibilidad del crédito, lo cual es considerado como manifestación de la influencia del derecho alemán (*vid.* SCHUMANN, *op. cit.*, con cita de Brunner).

(22) SCHUMANN, *op. cit.*, p. 69.

Parece claro, pues, que en esta nueva etapa la cesión no notificada al deudor no produce efecto traslativo alguno. Así, de haber sido solamente un medio para resguardar al cessionario de los perjuicios que se derivarían de un pago de buena fe hecho por el deudor al cedente, la notificación pasó a ser requisito para la producción del efecto traslativo. Lógicamente, ahora, en tanto no se haya notificado al deudor, el cedente sigue siendo el verdadero y único titular del crédito, por lo que deudor no podría, lógicamente insisto, oponerle la cesión, porque ésta no se ha producido todavía; y los acreedores del cedente pueden también embargar al crédito porque sigue perteneciendo a su deudor; y si el crédito hubiese sido «cedido» a varios cessionarios, prevalecería aquél cuya cesión hubiese sido la primera en ser notificada al deudor.

Habría que preguntarse qué tipo de razones llevaron a producir este cambio en la relevancia de la notificación. Atribuirlo a la influencia de ideas romanas resulta superficial: la denuntiatio romana sólo se explica y comprende en el proceso formulario romano; con ella los efectos de la litis contestatio se podían conseguir en un momento anterior, excluyendo así la acción directa del cedente (o sus efectos), pero estas reglas procesales parecen extrañas al proceso en Francia (23).

La explicación más extendida parece ser la de quienes han visto en la exigencia de la notificación para que se produzca el efecto traslativo un propósito de cohonestar las reglas sobre cesión de créditos con las que regían la transmisión de derechos reales, pues estas últimas exigían la tradición o toma de posesión (*ensaisinement*) para la producción del efecto traslativo (24). Es decir, la notificación haría las veces de tradición (ficticia) del crédito en la cesión. Es por esto por lo que la notificación llegó a ser necesaria para la transmisión del crédito, de manera que antes de ella el crédito pertenece al cedente y después ya al cessionario. Se dice, en definitiva, que fue la convención de homologar todo el tráfico de bienes sometiéndolo a unas mismas reglas, en concreto, las que regían la transmisión de derechos sobre los bienes corporales, lo que explica el cambio, ya manifiesto en el siglo dieciséis, en la relevancia de la notificación al deudor: es resultado del propósito de someter la cesión de créditos a las reglas sobre la transmisión de bienes corporales, haciendo la notificación las veces de tradición. Por mi parte, entiendo que esta interpretación está necesitada de una cierta revisión, y a ello dedico el último epígrafe de este capítulo, por lo que me remito a lo que allí se dice.

(23) GRANER, *op. cit.*, p. 20, con cita de Warnkönig.

(24) «Il résulte de ses termes» —art. 108 de la Costumbre de París— que la notificación ou l'acceptation n'ont pas d'autre but que de mettre les formalités des cessions de droits incorporels en accord avec les formalités des ventes des meubles corporels» (Wahl, citado por GRANER, *op. cit.*, nota 1 a pie de pág. 23).

En el libro de C. Ferrière sobre la Costumbre de París (25) se contienen interesantes precisiones sobre la forma en que fue interpretado y aplicado el artículo 108. El siguiente texto resulta enormemente revelador sobre la ratio del precepto:

«...le sens de cet article est que celui auquel la cession ou le transport est faite de quelques dettes n'en est le maître que quand il a été signifié au débiteur... la cession ou transport ne rend le cessionnaire possesseur et maître du droit cédé que quand il a été signifié, la signification ayant effet de prise de possession» (26).

Las causas más frecuentes de cesión parece que eran la venta y la cesión en pago, y que, incluso, el término *transport* estaba más bien referido a estas cesiones (27).

La notificación al deudor debía ser hecha a la persona o domicilio del deudor, con las formalidades requeridas para la validez de los «*exploits*», esto es, por medio de «*sargent*» o «*huissier*» y debiendo entregar copia del acto (título) de cesión, y haciéndolo así constar pues no se admite la prueba de testigos (28).

La eficacia reconocida a la notificación realizada reuniendo tales requisitos es la de producir la adquisición de la posesión y de la titularidad del crédito por el cedentario, de manera que éste ya puede exigir el pago al deudor (29). De ésta se desprende una cierta manera de resolver los conflictos de intereses que pueden plantearse.

En primer lugar, el cedente puede exigir el pago al deudor antes de la notificación, pues hasta entonces sigue siendo el verdadero y único titular del crédito, de forma que el deudor no puede oponerse a tal pretensión alegando la cesión del crédito (30) ya que, propiamente, ésta no se ha producido todavía. Con la notificación se pro-

(25) C. FERRIÉRE: *Corps et compilations sur la coutume de Paris*, t. II, 2.^a ed., 1714.

(26) *Ult. op. cit.*, columna (en adelante, c.) 125.

(27) «Les transports se font ordinairement pour argent donné, ou pour demeurer quitte de quelque somme, que le cédant devroit au cessionnaire; car quoique ce soit de véritable ventes, on les appelle néanmoins cessions et transports.

(28) «La signification doit être faite à la personne ou au domicile du débiteur, et avec les conditions requises par l'Ordonnance, pour la validité des exploits; et de plus il doit être contrôlé, sans qu'il soit besoin que le Sergent soit assisté de témoins ou de Records, comme il s'observoit auparavant.

Cet article de notre Coutume porte, qu'il faut que la signification du transport soit faite à la personne, néanmoins il suffit qu'il soit signifié au domicile de la partie, quoiqu'on ne parle pas à sa personne, et copie luy en soit laissée, et qu'il en soit fait mention dans l'exploit, car la preuve par témoins ne serait pas recevable en ce cas...» (*ult. op. cit.*, c. 132, n.^o 29).

(29) «Transport ne saisit s'il n'est signifié, c'est à dire qu'il n'attribue droit de propriété, et ne transfère la possession du cédant au cessionnaire pour l'en rendre possesseur et pouvoir executer le débiteur, v'il n'est signifié avec copie par ou Sergent ou Huissier, à la partie ou à son domicile actuel» (*ult. op. cit.*, c. 127, n.^o 7 in fine).

(30) «Le cédant peut même poursuivre son débiteur pour être payé, et le débiteur ne peut opposer pour défenses la cession de la dette, quand elle ne luy est pas signifiée» (*ult. op. cit.*, cc. 127 y 128, n.^o 91).

duce el efecto traslativo de la titularidad y adquisitivo de la posesión para el cessionario, por lo que es a partir de entonces cuando el deudor puede negarse a pagar al cedente. Y es también entonces cuando el cessionario tiene acción para exigir el pago al deudor (31), pues ya es el nuevo titular del crédito.

En segundo lugar, el deudor se libera pagando al cedente si todavía no le ha sido debidamente notificado el acto de cesión, mientras que no quedaría liberado pagando en esas circunstancias al cessionario aunque tuviese conocimiento de la operación (32). En cambio, una vez notificada, el deudor ya puede liberarse pagando al cessionario.

En tercer lugar, los acreedores del cedente pueden embargoar el crédito objeto de la cesión con tal que no se haya notificado todavía al deudor, prevaleciendo así frente al cessionario (33). En cambio, una vez notificada la cesión al deudor, los acreedores del cedente ya no pueden embargoar el crédito y es el cessionario el que prevalece (34).

Y, en último lugar, si un mismo crédito hubiera sido objeto de varias cesiones hechas por el mismo cedente en favor de diversos cessionarios (cesión múltiple), prevalece aquella cesión que haya sido la primera en ser notificada al deudor, aunque no fuese la primera en el tiempo, porque prevalece el primero de los cessionarios que toma posesión del crédito (35).

Todas estas soluciones a los eventuales conflictos de intereses típicos que la cesión de un crédito puede plantear guardan una perfecta congruencia con la afirmación de principio de que la cesión no produce efecto alguno antes de la notificación (36), o la ya reiterada de que la notificación al deudor es la toma de posesión por el cessiona-

(31) «Après la signification du transport le cessionnaire peut faire executer l'obligation par saisie et execution des meubles du débiteur et par saisie réelle de ses immeubles, après signification de l'obligation et commandement de payer préalablement fait, et refus par le débiteur d'y stisfaire.

En effet par la mutation du créancier le droit de faire mettre à execution l'acte qui a son execution parée, n'est pas éteint» (*ult. op. cit.*, cc. 128-129, n.º 16).

(32) «Puisque la possession de la dette ou droit cédé n'est transmis que par la signification du transport, il s'ensuit que quoique le débiteur eût été fait certain d'ailleurs du transport et cession de la dette, néanmoins il peut valablement payer au cédant...» (*ult. op. cit.*, c. 127, n.º 8).

(33) «...les créanciers du cédant peuvent jusqu'à la signification du transport et copie bâillée d'iceluy, faire saisir la dette ou les droits cedez (sic), entre les mains du débiteur... et si avant le transport signifié un créancier du cédant faisoit saisir entre les mains du débiteur, il seroit préféré au cessionnaire...» (*op. cit.*, c. 125, n.º 1).

(34) «Par la signification du transport le cessionnaire est rendu maître de la chose cédée, ainsi il est préféré aux créanciers du cédant...» (*ult. op. cit.*, c. 128, n.º 14 pr.).

(35) «Il s'ensuit de ce que nous venons de dire, que si le cédant après le premier transport par lui fait, transporte la même dette à quelqu'autre, qui fasse signifier le premier son transport au débiteur avant le premier cessionnaire, le second lui sera préféré; et la dette lui appartiendra...» (*ult. op. cit.*, c. 128, n.º 10).

(36) «Cet article n'a pas seulement lieu pour l'exécution, mais aussi pour faire que le transport n'ait aucun effet auparavant la signification...» (*ult. op. cit.*, c. 124, remarques).

rio, tras lo cual titularidad y posesión se le transfieren. Todo esto parece permitirnos afirmar que la distinción plasmada en el Código civil francés entre efecto traslativo inter partes, resultado del acuerdo de voluntades, y respecto a terceros, resultado de la notificación al deudor o de su aceptación, surgió en un momento posterior.

Sin embargo, hay un párrafo en uno de los comentarios que recoge C. Ferrière, en el que, con cita de Brodeau y Charondas, se hace una afirmación que puede parecer un tanto contradictoria con la afirmación inicial de que la cesión no produce efecto alguno antes de la cesión. El texto de esa consideración posiblemente contradictoria es el siguiente:

«Mais le cédant ne pourroit pas alleguer contre le cessionnaire le défaut de signification du transport, prétendant au préjudice du cessionnaire et de la cession par lui faite, être payé de la chose cedée, parce que par ce moyen il contreviendroit à son propre fait, et useroit de perfidie» (37).

¿Se quiere decir que la cesión produce efecto traslativo inter partes aun antes de la notificación, como luego establecerá de forma explícita el Code?

Por la afirmativa podría citarse la opinión del propio C. Ferrière que, al emitir su propio comentario al artículo 108 de la Costumbre de París, expresamente acepta esa distinción, pues para él la notificación es necesaria para que la cesión se produzca «à l'égard du débiteur et tiers personnes», de manera que sin necesidad de aquélla la cesión tiene lugar entre cedente y cesionario, en lo cual afirma seguir la opinión de Auzanet (38).

Por mi parte, creo que, si bien es claro que C. Ferrière acepta la distinción entre efecto traslativo inter partes y respecto a terceros, de esto no puede desprenderse que sea la misma idea la que subyace en el texto atribuido a Brodeau y Charondas. Considero que esa distinción es ajena al texto antes transcrita. Primero, porque esa eficacia de la cesión antes de la notificación al deudor, consistente en que el cedente no puede oponer al cesionario la falta de notificación pretendiendo así ser pagado con la cosa cedida, tiene como fundamento la prohibición de ir contra los propios actos y no la falta de titularidad (inter partes) del cedente sobre el crédito: en tanto no se ha notificado al deudor el cedente sigue siendo el verdadero y único titular del crédito y puede exigir su pago al deudor, el cual no puede oponerle la cesión, que todavía no se ha producido, puesto que el conocimiento que el deudor tuviese de ella no sustituye a la notificación

(37) *Ult. op. cit.*, c. 128, n.^o 9-2.^º

(38) «Le simple transport d'une dette active mobiliaire, ou des arrérages d'une rente constituée ne suffit et n'a effet à l'égard du débiteur, et tiers personnes, que du jour qu'il a été signifié et copie laissée au débiteur» (*ult. op. cit.*, cc. 201-202, observations..., n.^o 1).

formal (39). Segundo, porque el efecto cesión (transmisión del crédito) tiene por causa un acto jurídico (título), normalmente, una compraventa o una dación en pago, que son actos jurídicos lícitos, que se perfeccionan y existen sin que la notificación sea requisito para la perfección del título, ya que actúa como modo o tradición, necesaria para que se produzca el traspaso de posesión y, con ella, de la titularidad del crédito. Por lo tanto, lo que sucede es que el cedente no puede hacer valer la falta de tradición para desconocer el título y su eficacia obligacional, aunque no traslativa, porque ello sería ir contra sus propios actos.

La cuestión, con todo, está en precisar en qué supuesto o en qué situación puede hacerse valer esta regla de inoponibilidad por el cedente al cesionario de la falta de notificación, puesto que, como se ha reiterado, el cedente puede exigir el pago al deudor, mientras que el cesionario no puede hacerlo, porque el deudor no puede hacer valer frente al cedente la cesión no notificada. Admitido esto, creo que la afirmación contenida en el texto antes transcrita se limita, fundamentalmente, al supuesto en que el cedente hubiera cobrado el crédito, porque entonces éste deberá responder frente al cesionario (resolución y/o indemnización), sin que pudiera hacer valer la falta de notificación para eludir su responsabilidad por el incumplimiento, puesto que lo contrario supondría permitirle desconocer el título que sirve de causa a la cesión, como si estuviese pendiente de la notificación para su propia existencia, cuando aquélla se exige para la producción del efecto traslativo. No es necesario, pues, para llegar a este resultado acudir a la distinción entre eficacia traslativa inter partes y en relación a terceros (40), sino que basta con recordar la validez y eficacia (obligacional) del título, que no dependen de la notificación, y también la prohibición de ir contra los propios actos, para dar al cesionario la protección compatible con las exigencias del sistema traslativo que exige, a todos los efectos, la notificación formal al deudor para que se produzca el efecto cesión. Por tanto, el comentario de C. Ferrière, según el cual con el solo acuerdo se produce el efecto traslativo inter partes me parece que no encaja en los esquemas del artículo 108 de la Costumbre de París, sino que más bien parecen estar en la línea de reconocer, siquiera sea limitadamente, el sistema consensualista de transmisión de derechos.

(39) *Vid., ult. op. cit.*, cc. 127-128, nn. 8 y 9-1.^º, ya transcritos.

(40) Como tampoco loaría para el caso en que, a falta de notificación, el deudor pagase voluntariamente al cesionario. En tal caso, el cedente, como verdadero titular del crédito que sigue siendo hasta la notificación, conserva su acción personal derivada del crédito contra el deudor. Pero, en principio, no puede dirigirse contra el cesionario, a quien no podrá reclamar lo cobrado, a menos que le pertenezca, en cuyo caso lo que tendrá es acción real y no la derivada del crédito; y también podría dirigirse contra el cesionario si el pago fue fraudulento, o si el cedente pudiera ejercitarse por vía subrogatoria la acción del deudor contra el cesionario por cobro de lo indebido.

Finalmente, quiero señalar que de los comentarios recogidos por C. Ferrière al artículo 108 de la Costumbre de París parece desprenderse que en éste se contenía la regulación aplicable no tanto a cualquier cesión de créditos, si no más bien a las onerosas, que normalmente se efectúan mediante compraventa o dación en pago (41).

1.2. Los artículos 176 y 177 de la Costumbre de París

La afirmación según la cual el cambio que en la virtualidad de la notificación supuso el artículo 108 tiene como explicación la armonización de las reglas de transmisión de cualesquiera bienes, extendiendo la exigencia de la tradición a la cesión de créditos, cumplida con la notificación al deudor, creo que ha de ser tomada con cautela. Y es que se ha de tener en cuenta que, si bien parece que el sistema general de transmisión de bienes estaba basado en la exigencia de la tradición o investidura posesoria en favor del adquirente con la correlativa desposesión del transmitente, había por lo menos un supuesto, como es el de la compraventa, en el que para la producción del efecto traslativo no bastaba con la concurrencia del título y modo y la previa titularidad del transmitente sino que, además, se exigía el pago del precio, por lo menos, en la compraventa de bienes muebles hecha al contado, tal y como se desprenden de los artículos 176 y 177 de la Costumbre de París:

«Qui vend une chose mobiliaire sans jour et sans terme, esperant être payé promptement, il peut la chose poursuivre, en quelque lieu qu'elle soit transportée, pour être payé du prix qu'il l'a vendue.»

«Et néanmoins, encore qu'il eût donné terme, si la chose se trouve saisie sur le débiteur par autre créancier, il peut empêcher la vente, et est préféré sur sa chose aux autres créanciers.»

De los comentarios recogidos por C. Ferrière a estas reglas se desprende que la entrega de la cosa vendida sólo es traslativa si el precio ya está pagado o si se paga a la vez o, también, si el vendedor ha consentido el aplazamiento del pago concediendo un término al comprador, o si aquél ha confiado o se ha fiado de la simple promesa de pago (42). Fuera de estos casos la venta se entiende hecha «sans jour et sans terme» y en ella el pago del precio es requisito imprescindible para la producción del efecto traslativo: no es ya que el impago del precio sea resolutorio de una transmisión ya operada desde la

(41) *Vid.*, nota 27.

(42) «La raison de la décision est, qu'encore que la vente soit un juste titre d'acquisition, néanmoins la propriété des choses ne s'acquiert pas par la tradition faite en conséquence d'une vente, à moins que l'acquéreur n'en ait payé le prix, ou qu'il n'ait donné au vendeur des seuretés (sic) pour en être payé, ou que le vendeur ne se soit lié à la parole de l'acheteur...» (*últ. op. cit.*, c. 1321, n.º 5-1.º).

entrega de lo vendido, es que no ha llegado a producirse transmisión alguna y, por tanto, el vendedor no ha dejado de ser propietario de la cosa vendida (al contado) y entregada.

Cuando la venta es hecha al contado («sans jour et sans terme») el vendedor puede negarse a entregar la cosa en tanto no se le pague el precio (43). Si, a pesar de no cobrar, ya la ha entregado no por ello deja de ser su propietario, por lo que a su condición de acreedor del precio une la de propietario de la cosa en tanto no vea satisfecho su derecho de crédito. La posición de este vendedor impagado está, así, fuertemente protegida y no es otro el sentido del artículo 176: por un lado, como acreedor del precio, el vendedor tiene derecho a cobrarse preferentemente con el precio de venta (forzosa, consecuencia del embargo) frente a cualesquiera acreedores del poseedor de la cosa vendida, sea o no éste el comprador; por otro, en tanto que propietario mientras no se le satisfaga el precio, tiene acción (reivindicatoria) para recuperar la posesión de la cosa vendida cualquiera que sea el poseedor (44).

El derecho al cobro del precio con el valor de la cosa vendida puede ejercitarse aunque ya esté embargada por acreedores del poseedor: el vendedor puede oponerse a la venta, en el sentido de que si ésta se produce, él cobrará preferentemente su crédito (45). Esto es para el caso en que el vendedor actúe haciendo valer su derecho de crédito sobre el precio que le debía su comprador: en este caso, si la cosa está embargada por acreedores del poseedor, él al oponerse a la venta (forzosa), no la impide sino que hace valer su derecho de crédito, preferente sobre el dinero que se obtenga con la enajenación forzosa.

Ahora bien, el vendedor insatisfecho en la venta al contado también puede, según el artículo 176, reivindicar la cosa vendida y entregada frente a cualquiera que sea su poseedor actual. Esta facultad está claramente admitida por los comentadores de la Coutume: aunque el texto del artículo 176 concede la facultad de perseguir la cosa allí donde se encuentre para cobrarse del precio de venta, esto no significa que el derecho del vendedor se reduzca a recuperar para

(43) «Le vendeur peut aussi à plus forte raison user de retention, au cas qu'il n'ait pas livré la chose vendue pour être payé du prix convenu...» (*ult. op. cit.*, c. 1334, n.º 39-1.º).

(44) «Ainsi celuy qui a vendu une chose mobiliaire sans jour, et sans terme espérant être payé promptement, peut la poursuivre en quelque lieu qu'elle soit transportée pour être payé du prix qu'il l'a vendue, et même pur la recouvrer et en demeurer saisi, jusqu'à ce qu'il soit payé, comme du Moulin le remarque sur cet article» (*op. cit.*, c. 1321, n.º 5-5.º).

(45) «...c'est à dire, que le vendeur peut s'opposer à la saisie, exécution et vente de la chose par lui vendue, pour être payé préféablement aux créanciers saisissans et opposants, pour le prix de la vente, sur les deniers qui en proviendront» (*ult. op. cit.*, c. 1321, n.º 3 in fine).

tener que vender y así cobrarse, sino que recupera la posesión, sin más. No puede dudarse de la concesión de la acción reivindicatoria al vendedor, en tanto no se le satisfaga el precio (46), pudiendo incluso impedir la venta forzosa de la cosa por los acreedores del poseedor, para exigir que le sea entregada, acción que tales acreedores sólo pueden repeler pagando ellos mismos el precio debido al vendedor pudiendo, así, proceder después a la enajenación forzosa (47), pero sólo una vez que el vendedor que se opuso a tal enajenación haciendo valer su condición de propietario haya quedado satisfecho. Es decir, este vendedor no sólo tiene un derecho real de garantía sobre la cosa vendida, cuyo contenido se circunscribe a poder perseguir la cosa allí donde se encuentre para realizar su valor y cobrarse con preferencia a otros, sino que conserva su derecho de propietario en tanto no se le satisfaga el precio. Se trata de una suerte de reserva de dominio, legalmente concedida al vendedor en la venta al contado. Por consiguiente, esa facultad de perseguir la cosa vendida al contado y entregada no desmiente la regla según la cual «les meubles n'ont point de suite par hypothèque», ya que aquí se trata de la suite del propietario (48).

Ahora bien, lo que no puede dejar de ser tenido en cuenta es que el vendedor al contado puede reivindicar en la medida en que conserva la propiedad de lo vendido, y la conserva en tanto no vea satisfecho su crédito al cobro del precio. Por consiguiente, es lógico que si éste se le paga, por su comprador o por otro, en ese mismo momento deje el vendedor de ser propietario y ya no pueda reivindicar la cosa, como hemos visto que sucedía. Y esta solución es doblemente lógica porque el contrato de compraventa subsiste y tan sólo estaba pendiente de ser cumplido por el comprador, mejor, lo que faltaba era la satisfacción del vendedor, de lo que dependía la transmisión de propiedad. Con esto quiero indicar que en el artículo 176

(46) «Pour être payé du prix, dit la Coutume, sur quoy du Moulin ajoûte; Et pour le recouvrer et en demeurer saisi jusques à ce qu'il soit payé...» (*últ. op. cit.*, cc. 137-1318, remarques, párr. 1.º).

(47) «Si le vendeur n'a pas été payé, peut revendiquer la chose vendue?

Quoique ces termes, pour être payé du prix qu'il l'a vendé, il semble que le vendeur soit obligé de souffrir la vente de la chose vendue, dont il n'a pas été payé, et qui a été saisie sur l'acheteur; toutefois il la peut revendiquer et reclamer pour lui être rendue, parce qu'il est présumé n'en avoir pas perdu la propriété, ainsi il en peut empêcher la vente, si mieux n'aiment les créanciers lui en payer le prix de la vente, et la revendre à leurs risques, perils et fortunes» (*últ. op. cit.*, c. 1334, n.º 38).

(48) «C'est sur la disposition des Loix citées que cet article a été mis en l'ancienne coutume, et qui est une exception de la règle générale en l'article 170. qui porte, que meubles n'ont point de suite par hypothèque, quand ils sont hors la possession du débiteur; ou plutôt il faut dire, que ce n'est pas une exception de cette règle; car puisqu'il faut demeurer d'accord, que le droit du vendeur est fondé sur ce que la tradition de la chose vendue n'a point transféré la propriété d'icelle à la personne de l'acheteur, mais qu'elle est toujours demeurée pardevens le vendeur...» (*últ. op. cit.*, c. 1321, n.º 6).

se da por supuesta la validez y la subsistencia del contrato: el privilegio (crédito preferente) o la garantía (reserva de dominio) que se conceden al vendedor nada tienen que ver con la resolución del contrato por incumplimiento. Es decir, ni el 176 ni, como se verá, el 177 se ocupan de la resolución del contrato ni de si se produce o no, ni de cuáles sean sus efectos.

Estas garantías del vendedor se mantienen aun en caso de quiebra o concurso del poseedor de la cosa vendida al contado y entregada: ésta no forma parte de la masa de la quiebra (49). Es más, su eficacia no se detiene ante terceros de buena fe, ya sean causahabientes del comprador, ya acreedores del comprador o de su causahabiente, ya sean éstos acreedores ordinarios que ya han embargado la cosa, ya sean pignoraticios. No es la buena fe del tercero, sea éste el poseedor o el acreedor del poseedor o el acreedor poseedor, lo que paraliza la acción del vendedor, sino tan sólo el pago del precio que se le debe (50).

Los comentadores señalan como requisito para la aplicación del artículo 176 y, por tanto, para que el vendedor goce de las garantías ya analizadas, que haya reaccionado prontamente ante el impago del precio, pues, en otro caso, se entendería que la venta no había sido hecha al contado y que se había concedido tácitamente un aplazamiento al comprador (51), con lo que la propiedad de la cosa vendida habría pasado al comprador con la entrega y el vendedor ya no podría reivindicar y prevalecerían los subadquirentes de buena fe y sus acreedores. Y es que a las ventas que no son hechas al contado no

(49) «Puisque le propriétaire de la chose vendue sans jour & sans terme, en conserve toujours la propriété jusques à ce qu'il ait été payé du prix de la vente, il s'ensuit que l'article 178. qui donne la préférence sur les meubles au premier saisissant & executeur, n'a point lieu à son égard; & qu'en cas de déconfiture il n'est point lieu à son égard; & qu'en cas de déconfiture il n'est point tenu de venir à contribution... avec les autres créanciers saisissans et oppossans... Mais qu'il doit être préféré à tous créanciers» (*ult. op. cit.*, c. 1322, n.º 9-1.º).

(50) «La décision de cet article de notre Coutume a lieu même au cas de vente faite par le débiteur de la marchandise, ou autre chose, qu'il auroit achetée sans jour et sans termes, nonobstant la bonne foy de l'acheteur, en la possession duquel elle auroit été transportée, de sorte que le premier vendeur la peut suivre comme à lui appartenante, si mieux n'aime le dernier acheteur luy payer le prix pour lequel il l'a vendue».

«...Et par consequent, quoique la chose eût été vendue à plusieurs, elle pourroit être revendiquée sur le dernier acheteur, parce qu'il y a parité de raison à l'égard des plusieurs, comme de celuy qui a acheté immédiatement du premier acheteur...» (*ult. op. cit.*, c. 1324, n.º 13-1.º y 5.º)

(51) «Ce qui se doit entendre néanmoins, au cas que le vendeur ait suivi la chose promptement, autrement on jugeroit qu'il aurait donné terme & délai de payer à l'acheteur, & par ce moyen il n'auroit point de privilège, ny de préférence sur un tiers acquereur de bonne foy...»

C'est ainsi qu'il faut entendre cet article; car le vendeur ayant donné terme, soit expressément ou tacitement, il ne peut pas revendiquer sa chose contre un tiers acquereur de bonne foy, comme il seradit sur l'article suivant» (*ult. op. cit.*, c. 1324, n.º 13-6.º y 9.º).

se les aplica el artículo 176 sino el 177, que sólo concede al vendedor impagado el derecho de cobro preferente si la cosa se encuentra en poder del comprador (52).

También pierde el vendedor al contado sus privilegios y garantías del artículo 176 si la cosa fue embargada y ya ha sido vendida judicialmente sin que el vendedor se haya opuesto a la venta o sin que la hubiese reivindicado antes de la enajenación forzosa, es decir, si no reaccionó a tiempo. La consecuencia es que el que la adquiere queda a cubierto de la acción del vendedor, que sólamente puede recuperar la cosa pagando al adquirente lo satisfecho por éste para adquirirla, quedando a salvo el derecho del vendedor para exigir de su comprador lo que le ha costado recuperar la cosa (53). La razón de ser de esta limitación al privilegio o garantía del vendedor es, como en caso expuesto en el párrafo anterior la negligencia del propio vendedor que, con su comportamiento omisivo de no reaccionar a tiempo, o bien genera la aparición de la concesión tácita de un aplazamiento del pago del precio, es decir, la apariencia de que el comprador poseedor de la cosa vendida es ya su propietario, o bien no impide

(52) El mismo C. Ferrière propone limitar a un mes, a contar desde la entrega de la cosa vendida, la facultad del vendedor de hacer valer el privilegio o la garantía que le concede el artículo 176, entendiendo que, transcurrido ese plazo, si el vendedor no ha reaccionado, la venta ha de ser considerada como no hecha al contado, sino con aplazamiento (tácito) del pago del precio:

«Cet article donne un privilege trop general au vendeur, & il seroit à propos de le restreindre à un mois à compter du jour que la chose vendue seroit livrée; & ainsi il faudroit en faire une addition à cet article; autrement il paroît que le povoïr indefin accordé à un Marchand de suivre la chose vendue, est trop vague, & qu'au contraire ce privilege luy étant accordé par la Coutume contre le droit commun, il le faut renfermer dans un terme raisonnable.

On peut pas dire que celuy d'un mois ne le soit pas, puisqu'on n'accord ce privilege, que parce que le Marchand espere être payé promptement, ce que l'on ne doit pas présumer quand il est plus d'un mois sans demander le payement, auquel cas on presume plutôt qu'il a donné terme, & que res abiit in creditum, & que par cette raison il n'est qu'un simple créancier qui n'a plus de droit de suite sur la chose par luy vendue, à moins qu'elle ne se trouve saisie sur son débiteur qui a de luy acheté, auquel cas il a privilege sur le prix à l'exception du propriétaire» (*últ. op. cit.*, cc. 1333-1336, observation..., n.º 1).

(53) «C'est aussi l'avis de cet Auteur» —Brodeau—, «qui me semble juste, que le droit de suite cesse à l'égard du vendeur de la chose vendue, sans jour & sans terme, quand elle a été saisie & exécutée sur l'acheteur, & en suite vendue par autorité de Justice; car en ce cas le dernier acheteur est en pleine seureté, ayant suivi la foy publique & l'autorité de la Justice; le vendeur devant s'imputer de n'avoir pas veillé à ce que la chose par luy vendue, ne fût point saisie, exécutée & vendue par Justice sur l'acheteur; telles ventes purgeant tous les droits & priviléges qu'on pourroit avoir & prétendre sur les meubles vendus...» (*últ. op. cit.*, c. 1325, n.º 17).

«Cet Auteur dit au même lieu, que l'avantage qu'il voudroit donner au premier vendeur en ce cas, seroit de luy permettre de retirer sa chose, en remboursant le dernier acheteur du prix qu'il en a payé & déboursé sans fraude, sauf son recours contre le débiteur, & même que les Arrêts l'ont jugé ainsi à l'égard de la chose furtive, qui est plus privilégiée que celle qu'on a vendue sans jour & sans terme...» (*últ. op. cit.*, c. 1325, n.º 18-1.º).

la enajenación forzosa ni hace valer antes su derecho prefrente al cobro con lo cual la venta judicial de la cosa embargada lleva consigo la extinción de los privilegios o garantías reconocidos en el artículo 176.

La conclusión que de esto se desprende merece ser resaltada: no es la buena fe del tercero poseedor la que por sí misma impide al vendedor al contado no satisfecho que, en principio, conserva su propiedad sobre la cosa vendida y puede reivindicarla o cobrarse con ella con preferencia a otros, sino la buena fe del tercero acompañada de la falta de diligencia del vendedor en reaccionar y hacer uso de lo que le concede el artículo 177. Con otras palabras, cuando el vendedor no reacciona prontamente, se entiende que no ha vendido al contado, por lo que la entrega fue traslativa y, si el comprador la enajenó a otro, éste adquirió del propietario y no a non domino. Y, probablemente, sea la misma la explicación de la protección que se da al adquirente en la enajenación forzosa de una cosa que se dice vendida al contado, cuando el vendedor no hizo valer a tiempo sus derechos.

Hay que señalar que la solución que se da a la venta judicial se extiende a la venta en feria o con intervención de un fedatario público: el vendedor al contado no pagado no puede reivindicar si el comprador la vende en alguna de estas formas, pudiendo recuperarla solamente si paga al subadquirente lo que le costó y sin perjuicio de poder dirigirse contra el comprador revendedor para conseguir el reembolso (54).

La regla del artículo 176, relativo, según su propio tenor literal, a las ventas al contado de bienes muebles, se entendió aplicable a las de inmuebles (55). Del comentario a la Coutume se desprende que esa extensión no estuvo exenta de discusiones y que, en un primer momento, los tribunales no la admitieron por entender que era necesario que el vendedor se hubiese reservado expresamente tales garan-

(54) «L'article 96. des Arrêtez dit, que quand la chose ainsi vendue a été depuis vendue par autorité de Justice, ou dans une foire en plein marché, ou pour l'entremise d'un Courrier ou autre personne publique, elle ne peut plus être revendiquée par le premier vendeur, sinon en rendat à l'acquéreur le prix de la vente publique, avec les frais et loyaux» (*últ. op. cit.*, c. 1326, n.^o 18-3.).

(55) «Il semble que ce soit aussi l'esprit & l'intention de notre Coutume, car si dans cet article & le suivant, elle donne privilégi au vendeur d'un meuble, pour poursuivre le prix des choses mobilières vendues sans terme, ou à temps, préferablement à tous autres créanciers de l'acheteur, par la raison qu'il est censé ne s'être pas démis de la propriété d'icelles, qu'à la charge d'être payé; il faut dire la même chose à l'égard des immeubles, sur lesquels le vendeur est présumé avoir voulu se reserver un droit réel, & un privilégi spécial, pour être payé du prix qu'il les a vendus; & la Loy par équité suplée (sic) ce défaut de stipulation & de convention, laquelle il n'est pas à croire que le vendeur ait voulu omettre; de même que la Loy donne un privilégi spécial & tacite sur la chose, à celuy des deniers duquel elle a été rétablie» (*últ. op. cit.*, c. 1331, n.^o 33-14.).

tías (56). Se dice que es la equidad el fundamento del cambio juríprudencial que llevó a admitir la aplicación del artículo 176 a las ventas (al contado) de inmuebles (57), en el sentido de entender tácitamente condicionado el traspaso de propiedad a la satisfacción del vendedor (58). Imagino que lo que se impuso fue, en definitiva, el interés de los vendedores.

Las demás ventas, esto es, las que no eran al contado («sans jour et sans terme») estaban reguladas, en lo relativo a la protección del derecho del vendedor insatisfecho al cobro del precio, por el artículo 177 (59). Se trata de alguien que ha vendido y entregado la cosa sin cobrar el precio, bien porque éste ha prestado garantías, bien porque el vendedor ha confiado en la simple promesa del comprador. En tales casos el vendedor ha transferido la propiedad con la entrega de lo vendido al comprador, claro está, si aquél era el propietario, por lo que, en tanto subsista el contrato, no puede reivindicar sino, solamente, exigir el pago del precio, es decir hacer valer su derecho de crédito contra el comprador, derecho que no es ejercitable, según el derecho común, frente a terceros (60). Lo que sucede es que el artículo 177 concede a este vendedor insatisfecho preferencia en el cobro de su crédito frente a otros acreedores del comprador, aunque éstos ya hubiesen embargado la cosa (61).

(56) «Il est certain, que par le Droit Romain le vendeur n'a aucune hypothéque, ny privilège sur la chose sans stipulation, parce que par la vente faite à certain jour, le vendeur s'étant confié à la foy de l'action ex mutuo, appellée par les Jurisconsultes condition certi, pour être paye du prix convenu...» (*cit. op. cit.*, cc. 1330-1331, n.º 33-6.º).

(57) «Le Parlement de Paris avoit suivi cette Jurisprudence par les anciennes Arrêts remarquez cy-dessus, mais depuis il a trouvé à propos de faire succéder l'équité à la rigueur de droit, & de donner privilège & spéciale hypothéque au vendeur de l'immeuble, quoique dans le vente il ne l'ait point stipulée, comme il a été arrêté dans les Mercuriales du Parlement» (*ult. op. cit.*, 1.331, n.º 33-7.º).

(58) «La raison est, que non tam jure hypothecae, quam jure proprietatis res ab eo vindicatur; car quoqu'il semble, que par la tradition faite en conséquence de la vente, la propriété soit transférée en la personne de l'acheteur, néanmoins on peut dire, que le vendeur n'a fait la tradition de sa chose que sous cette condition tacite, si l'acheteur luy payoit le prix convenu par le contrat...» (*ult. op. cit.*, c. 1331, n.º 33-12.º).

(59) «Quid? Si le vendeur a donné terme.

Et néanmoins, encore qu'il eût donné terme, si la chose se trouve saisie sur le débiteur par autre créancier, il peut empêcher la vente, & il est préféré sur sa chose aux autres créanciers» (art. 177 de la Costumbre de París).

(60) «Par cette Loy il faut une hypothéque spéciale & expresse, tant de la part du vendeur de la marchandise actuellement délivrée, que de celuy des deniers duquel elle a été achetée; & sans stipulation d'hypothéque spéciale, le vendeur n'a qu'une action personnelle contre le débiteur pour le payement du prix...» (*ult. op. cit.*, c. 1337-1338, n.º 1-4.º).

«La raison est, que l'acheteur est rendu maître de sa chose ainsi vendue, & le vendeur n'a que l'action personnelle pour être payé du prix convenu...» (*ult. op. cit.*, c. 1338, n.º 2-1.º).

(61) «Dans cet article 177 il est dit, qu'encore qu'il eût donné terme à l'acheteur de payer le prix porté par le contrat, néanmoins si la chose par lui vendue se trouve saisie sur l'acheteur, par quelqu'un de ses créanciers, le vendeur en peut empêcher

A diferencia de la venta al contado, en estos otros casos el vendedor impagado que ha entregado la cosa no puede reivindicarla porque ha transferido la propiedad con la entrega, y tampoco puede instar la venta forzosa y cobrarse preferentemente en perjuicio de otros acreedores del poseedor si éste no es el mismo comprador que le debe el precio (62). Es decir, si la cosa la posee un causahabiente de buena fe o un acreedor pignoraticio del comprador (63), el vendedor nada

la vente, & s'opposer à l'effet d'être préféré au saisissant, & aux autres créanciers opposans, en justifiant que la chose lui appartennoit, & qu'il est véritablement créancier du prix, au moyen de la vente qu'il en a faite à terme à l'acquéreur» (*ult. op. cit.*, c. 1337, preámbulo).

«Mais notre Coutume a trouvé qu'il étoit plus équitable d'y contrevenir —a la regla de derecho común transcrita en el segundo párrafo en la nota anterior— «en donnant préférence au vendeur sur la chose vendue à terme, pour le prix de la vente, afin que les créanciers de l'acheteur ne profitent pas à son préjudice, & de ses biens» (*ult. op. cit.*, c. 1338, n.º 2-2.º).

(62) Las diferencias entre esta regla y la anterior están claramente expuestas en el siguiente texto:

«La vente étant faite sans jour & sans terme, donne droit au vendeur de revendiquer sa chose, & de la poursuivre en quelque main qu'elle est passé, & en quelque lieu qu'elle ait été transportée, suivant ces termes de l'article 176, il peut sa chose poursuivre, en quelque lieu qu'elle soit transportée, si bien qu'il la peut revendiquer contre l'acquéreur de bonne foi, encore qu'elle ait passé par plusieurs mains, ou contre un créancier de bonne foi, auquel elle auroit été donnée en gage, ainsi qu'il a été remarqué sur le même article.

Au contraire la vente étant faite à crédit & à terme, le vendeur n'a que le droit de préférence sur les créanciers de l'acheteur qui auroit saisi & exécuté la chose ainsi vendue, pour être payé du prix qu'il l'auroit vendue, mais il n'a pas le droit de revendication & de suite, parce qu'il n'en est plus le maître, s'étant confié à la foi de l'acheteur, res abiit in creditum; il est par ce moyen devenu simple créancier de la somme qui lui est due, sur laquelle il a par cet article droit de préférence, mais non par l'action réelle contre les acquéreurs de bonne foi» (*ult. op. cit.*, cc. 1338-1339, n.º 3.-2.º y 3.º).

(63) «Si le vendeur à terme est préféré au créancier de l'acheteur, a qui la chose vendue a été baillée en gage?

Bacquet... dit, qu'il a été jugé au châtelet... que le vendeur est préféré sur le prix provenant de la vente dicelle.

Cette question ne me semble pas sans difficulté, car puisqu'on tombe d'accord, que l'acheteur le peut vendre & aliéner au préjudice du vendeur, sans que le vendeur ait droit de revendication contre les acquéreurs de bonne foi, il peut aussi la bailler en gage.

Il faudroit dire le contraire, si la chose étoit vendue sans jour & sans terme, parce qu'en ce cas la propriété réside toujours en la personne du vendeur, & puisqu'on ne peut pas obliger la chose d'autrui, ce gage n'a pu être valablement constitué au profit du créancier; comme au contraire le gage a pu être constitué sur la chose vendue à terme, comme appartenante à l'acheteur.

Aussi le vendeur de la chose à crédit, ou à terme, ne peut pas user de préférence sur iceluy qui s'est nanty de la chose pour seureté, autrement il n'auroit pas prêté ses deniers; & bien loin que sa diligence lui servit, elle lui nuiroit, & la negligence ne causeroit aucun préjudice au vendeur.

J'estime par ces raisons contre le sentiment de Bacquet, que le créancier qui a engagé la chose vendue à crédit, doit être préféré pour ce qui ly est dû, au vendeur de la chose, ce qui se doit entendre ainsi, pourvu que le gage ait été fait sans fraude, & qu'il y en ait acte par devant Notaires...» (*ult. op. cit.*, c. 1348, n.º 6-1.º, 2.º, 4.º, 6.º y 7.º).

puede hacer contra éstos y sólo puede intentar el cobro sobre el patrimonio de su deudor, concurriendo sin preferencia alguna con los demás acreedores de su deudor, el comprador.

Por lo tanto, el privilegio del vendedor se circunscribe al supuesto en que la cosa vendida se halla en poder del comprador y no cuando éste la ha enajenado o pignorado. Dentro de estos límites, el vendedor puede exigir la venta forzosa y cobrarse así su crédito contra el comprador con preferencia a los demás acreedores (no pignoratarios) de éste, los cuales sólo podrán evitar esto satisfaciendo el precio debido al vendedor (64). El contenido de este privilegio parece ser, según se desprende del tenor del artículo 177, el de impedir la venta forzosa por otros acreedores del comprador; no permite al vendedor evitar que se produzca la enajenación forzosa, si no que se realice desconociendo su derecho preferente a cobrarse con lo que se obtenga (65). El vendedor ha de hacer uso de esta facultad antes de que se haya producido la enajenación forzosa; de lo contrario, perdería toda preferencia para el cobro de su crédito (66).

Finalmente, señalar que también se entendió aplicable lo dispuesto en el artículo 177 a las ventas (no al contado) de inmuebles (67).

(64) «Si la chose vendue avec terme se trouve saisie sur l'acquéreur avec d'autres meubles, le vendeur peut en demander sa distraction pour la faire vendre séparément, si mieux n'aiment les autres créanciers le payer ou l'assurer de son dû» (*últ. op. cit.*, c. 1339, n.º 4 antepenúltimo).

(65) Auzanet advertía de la posible contradicción entre impedir la venta y ser preferido en el precio, como dos aspectos de una misma facultad o privilegio:

«...le vendeur du meuble peut empêcher la vente, & néanmoins l'article porte au même endroit qu'il est préféré aux autres, ce qui implique une espèce de contradiction; car la préférence donnée par la Coutume presuppose un ordre & distribution, & la distribution ne peut être faite du prix d'une chose, si elle n'a été vendue auparavant» (*últ. op. cit.*, c. 1342, n.º 10-1.º).

Ferrière salva esa posible contradicción interpretando la regla del artículo 177 en el sentido expuesto en el texto:

«...il n'y pas de contradiction en cet article...; car quand l'article dit, que le vendeur peut empêcher la vente, cela ne s'entend pas à la lettre, c'est à dire, qu'il peut s'opposer à la vente, sinon à la charge de son opposition. S'opposer à la vente c'est empêcher que la vente soit faite autrement qu'à la charge de son opposition & du droit de préférence, qui lui est acquis par le moyen de son opposition, & il n'y a personne qui n'entende ou ne doive entendre ainsi ces termes, & sans doute qu'ils n'emportent point de contradiction; & après la vente faite le vendeur doit être payé par préférence aux autres créanciers, & le reste du prix s'il en a doit être distribué entre les autres créanciers saisissons & opposants» (*últ. op. cit.*, c. 1333, n.º 10 penúltimo).

(66) «La Coutume en cet article se sert de ces mots, il peut empêcher la vente & est préféré, d'où il s'ensuit que si la vente est faite sans opposition de sa part, il n'est plus préférable. C'est le sentiment de Bacquet...» (*últ. op. cit.*, c. 1339, número 4 in fine).

(67) «La préférence accordé en cet article au vendeur d'une chose mobiliaire, a lieu aussi au profit du vendeur d'un immeuble, quoy qu'il ait donné terme, & même qu'il ait constitué rente pour le prix porté par le contrat, au cas que la chose soit saisie & mise en criées par d'autres créanciers de l'acheteur...» (*últ. op. cit.*, c. 1339, n.º 5-1.º).

1.3. Relación entre el artículo 108 y los artículos 176 y 177 de la Costumbre de París

La cuestión que ahora procede plantearse es si las reglas contenidas en los artículos 176 y 177 eran o no aplicables a la venta de créditos.

En primer lugar, lo cierto es que entre los comentarios al artículo 108 no se encuentra referencia alguna a la posible aplicación a la cesión de créditos mediante compraventa de las reglas de los artículos 176 y 177, como tampoco en los comentarios a estos últimos se menciona la venta de créditos. De esto podría desprenderse que en la venta de un crédito la titularidad pasa al comprador con la notificación de la venta al deudor, siendo irrelevante a estos efectos que el precio haya sido o no pagado. Así, la cesión de créditos estaría exclusivamente regida por las reglas del título y modo, con la particularidad de que la tradición consiste en la notificación al deudor, sea cual fuere la causa de la cesión: la notificación al deudor, precedida de un título traslativo, daría lugar a la transmisión del crédito, claro está, siempre que el cedente fuese su verdadero titular. Así las cosas, el significado del artículo 108 no sería tanto extender a la cesión de créditos las reglas aplicables a la transmisión de bienes corporales, cuanto extender a la cesión la exigencia de la tradición (ficticia) para la producción del efecto traslativo, pero sin quedar asimilada a todos los efectos a las reglas sobre la transmisión de derechos sobre bienes corporales, donde en la compraventa al contado hay una importante regla especial, según la cual, además de la entrega, se requiere la satisfacción del vendedor para que se produzca el efecto traslativo.

Pero, en segundo lugar, la ausencia de referencias a reglas especiales para la compraventa al contado de créditos podría explicarse porque en el artículo 108 se regula la cesión en general, cualquiera que sea su causa o título, de manera que lo allí establecido no impediría la aplicación de reglas especiales para un determinado tipo de cesión. Entendida la relación entre los artículos 108, por una parte, y 176 y 177, por otra, como regla general y especial, respectivamente, resultaría que el sentido del 108 sería el de establecer que la notificación al deudor es requisito indispensable para la producción del efecto traslativo y que, en general, es, además, suficiente para producir la cesión, pero sin perjuicio de que otras reglas específicas puedan añadir ulteriores requisitos, como sería el caso de los artículos 176 y 177, que exigen la satisfacción del vendedor en las ventas al contado.

Pero, en tercer lugar, y contra la aplicación de los artículos 176 y 177 a la venta de créditos cabría argumentar que la ausencia de referencias entre los comentarios al artículo 108 a esas hipotéticas especialidades contenidas en los artículos 176 y 177 es muy reveladora de que lo que se daba por supuesto es su no aplicación a la venta de créditos. Primero, porque, si bien en el artículo 108 se contiene

una regla para la cesión de créditos en general, cualquiera que sea su causa, no lo es menos que de los comentarios a ella se desprende que la regulación allí contenida parece estar pensada para las cesiones de créditos realizadas mediante compraventa o dación en pago (68), por lo que es de extrañar que, si lo establecido en los artículos 176 y 177 para la compraventa era aplicable a la de créditos, no se hiciese referencia ni comentario alguno al respecto. Creo, y ésta sería la segunda razón, que no se puede excusar esa ausencia de referencias a la cuestión diciendo que no había por qué hacerlas, ya que la aplicación de tales reglas, especialmente la contenida en el artículo 176 sobre la venta al contado, entrañaría conflictos de intereses y cuestiones no resueltas en el 108 ni en los comentarios al mismo, cuestiones que habrían merecido la atención de los comentadores y que, sin embargo, no fueron siquiera planteadas.

Me estoy refiriendo, principalmente, a dos. Si a la venta de créditos al contado fuese de aplicación el artículo 176 resultaría que con la notificación (tradición ficticia) al deudor no adquiere el cesionario el crédito a menos que no haya satisfecho al vendedor. Pues bien, en ningún momento, a juzgar por los comentarios al artículo 108, se considera que el pago del precio al cedente vendedor tenga alguna relevancia en orden a la producción del efecto traslativo, porque lo que decide al respecto es la notificación al deudor: antes de ésta el cedente es el titular del crédito y después lo es el cesionario sin necesitar ulteriores requisitos. Entonces, si a la venta al contado de un crédito fuese aplicable el artículo 176 resultaría, además, que el cedente vendedor no pagado sigue siendo el verdadero titular del crédito aunque la venta haya sido notificada al deudor, por lo que podría «reivindicar» el crédito, esto es, podría exigir recuperar su posesión. Esto supondría instar una segunda notificación al deudor, esta vez para advertirle que, a pesar de estar vendido el crédito, su acreedor todavía no es el comprador porque la venta había sido hecha al contado y aún no se ha pagado el precio.

En esta situación, si el deudor todavía no ha pagado al comprador, ¿ha de esperar para hacerlo una tercera notificación, en la que se le haga saber que el cedente ya ha quedado satisfecho? Entre tanto, sólo puede pagar con eficacia liberatoria si lo hace al cedente vendedor... Y si el deudor, haciendo caso de la notificación de la venta del crédito, hubiese pagado al cesionario comprador, que todavía no ha pagado el precio, resultaría que el deudor habría pagado a quien no era el verdadero titular del crédito en el momento del pago, por lo que habría que decidir la cuestión de si el deudor al que se notifica la venta del crédito e, incluso, se entrega copia del contrato, ha de cerciorarse antes de pagar al comprador si éste ha

(68) *Vid.* nota 27.

comprado al contado o no y, en caso afirmativo, si ha pagado ya el precio al vendedor. Pues bien, éstas son algunas cuestiones que la aplicación del artículo 176 a la venta de créditos suscitaría y que, sin embargo, no aparecen ni tan siquiera planteadas por lo que cuesta creer que se entendiese admitida esa aplicación.

De lo anterior parece resultar que, efectivamente, la cuestión no se planteó, pero esto no excluye que, en teoría, las reglas de los artículos 176 y 177 fuesen incompatibles con la del 108. Al contrario y desde una perspectiva exclusivamente teórica, aquéllos no suponían otra cosa que exigir un requisito adicional para la producción del efecto traslativo en la venta al contado, derivando de ello ciertas garantías o privilegios para el vendedor. Además, piénsese en la, digamos, fuerza expansiva de las reglas contenidas en los artículos 176 y 177, cuyo tenor literal las refiere a la venta de bien muebles y que, sin embargo, se terminó por admitir, por considerarlas basadas en la equidad, su aplicación a las ventas de inmuebles. El caso es que, según parece, tales reglas fueron perdiendo su carácter de excepcionales, si es que lo tuvieron realmente, lo cual no hace imposible ni incorrecto defender, en el plano teórico, su extensión a la venta de bienes incorporiales, aunque es cierto que esta segunda extensión plantea mayores dificultades y requiere buscar soluciones a cuestiones como las antes mencionadas.

Así, pues, podría decirse que si a la fuerza expansiva de los artículos 176 y 177, finalmente aplicables a la venta de cualesquiera bienes corporales, unimos la opinión de que el sentido último del artículo 108 era extender a la cesión de créditos las reglas aplicables a la transmisión de derechos sobre bienes corporales, unificando así las reglas sobre la circulación de cualesquiera bienes y derechos, la conclusión no puede ser otra que favorable a la aplicación a la venta de créditos de las reglas de los artículos 176 y 177.

Pero, insisto, este planteamiento y su conclusión se mueven en un plano exclusivamente teórico, en el que, efectivamente, no se encuentran obstáculos a esa segunda extensión de tales reglas sobre la venta de bienes muebles a la de créditos. Además, queda sin respuesta la pregunta acerca de la ausencia de la más mínima referencia en la doctrina de la época, por lo menos, la recogida por C. Ferrière, sobre esa cuestión.

No creo que la inadvertencia por parte de la doctrina de la época sea una explicación convincente, dada la minuciosidad y el detalle que parecen hechos los comentarios a la Costumbre de París. Es decir, sería probable el descuido o el desinterés en cuestiones de segundo orden, pero es que no son de este tipo las que planteaba la posible aplicación a la venta de créditos de las reglas contenidas en los artículos 176 y 177, como se ha comprobado. Si no fue por inadvertencia, puede que fuera porque la cuestión de su posible aplicación no se suscitó ya que no planteaba dudas. Ahora bien, ¿en qué sentido? ¿Fa-

vorable o desfavorable a esa posible aplicación? Si se admitía y, sin embargo, no se comentaba sería porque no presentaba problema alguno, y ya se ha visto que no es el caso; tampoco me convence la idea de que la aplicación de los artículos 176 y 177 a la venta de créditos se daba por supuesta, pero no se era consciente de los graves problemas que ello planteaba. Además, ¿por qué sí se dice claramente que tales reglas eran aplicables a la venta de inmuebles y nada se dice sobre la de créditos? No me parece admisible responder que lo que vale para los muebles vale para los créditos, sin más; si así fuera este trabajo carecería de sentido.

Por lo tanto, me parece que lo más razonable es constatar la no aplicabilidad de esas reglas a la venta de créditos, por lo menos entre los comentadores de la Costumbre de París.

Creo que la solución más aceptable no es la que resulta del juego de los dogmas o de la coherencia sistemática. Con estos criterios la única conclusión, absolutamente teórica, es, como se ha visto, que no existen objeciones «metafísicas» a la aplicación de las reglas de los artículos 176 y 177 a la venta de créditos. Pero no aclara si, realmente, se aplicaban o no, ni el por qué. Por el contrario, sería mejor ver qué hay detrás de los artículo 108, por una parte, y 176 y 177, por otra.

Que en el fondo de estos últimos hay una razón de equidad es tan posible como lo contrario. Lo cierto es que se trata de dispensar una protección especialmente reforzada al vendedor, sobre todo, al que vende al contado, pues a éste se le asegura que aunque haya entregado la cosa no ha perdido por ello la propiedad y se le concede un privilegio para cobrar su crédito con el producto de la venta forzosa de la cosa.

Que el sentido último del artículo 108 fuese homogeneizar todo el tráfico de bienes, aplicando al de créditos las mismas reglas que al de los bienes corporales es una explicación reconfortante para quien esté preocupado por la coherencia sistemática, pero no da cuenta del interés que se protege. Lo cierto es que exigir la notificación al deudor para que se produzca el efecto traslativo revela que aquí el interés fundamentalmente protegido es el del deudor y también, pero menos, el de los demás terceros. Así, el deudor tiene la seguridad de librarse pagando al acreedor originario en tanto no se le notifique debidamente que otro es su nuevo acreedor, pudiendo entre tanto negarse a pagar al sedicente cesionario, aunque el mismo deudor tuviese por otros medios conocimiento de la cesión. Tras la notificación, el deudor puede negarse a pagar la deuda al cedente y liberarse pagando al cesionario. Por lo tanto, el deudor tiene claro en todo momento a quién ha de pagar para quedar liberado de la obligación. Por su parte, los acreedores del cedente pueden embargar el crédito aunque ya haya sido vendido, permutado, cedido en pago, etc., en tanto que nada de esto haya sido notificado al deudor, sin tener que probar

el fraude, lo cual lo hace más difícil, porque el cedente ha de desposeerse del crédito para que sus acreedores hayan de acudir a la acción pauliana (69). Y también dificulta el fraude al cesionario diligente que insta la notificación al deudor, porque en caso de cesión múltiple no prevalece la que corresponde al título de fecha más antigua sino la primera en ser notificada al deudor, por lo que no conduce a nada simular cesiones antedatadas.

No siendo los créditos, por lo menos, los no incorporados a títulos valores, susceptibles de una verdadera posesión, se hace del deudor instrumento de publicidad de la titularidad del crédito, de forma que él mismo y, por medio de él, los demás terceros que pudieran resultar afectados por eventuales cesiones del crédito, puedan saber en todo momento a qué atenerse. Que la notificación al deudor sea requisito de eficacia traslativa que, como tradición ficitia, hace las veces de entrega en la transmisión de cosas no tiene por qué ser solamente manifestación de un propósito homogeneizador del entero sistema de transmisión de riqueza, sino también y sobre todo un mecanismo de protección a los terceros, especialmente, al deudor.

Pienso que, tras estas consideraciones, estamos mejor situados para dar una respuesta a la cuestión inicial, relativa a la aplicación de los artículos 176 y 177 a la venta de créditos. Los conflictos de intereses típicos son diversos en la cesión de créditos y en la transmisión de bienes corporales: en aquélla hay un sujeto más a tener en cuenta, y ése es el deudor. Además, el deudor es el que resulta especialmente protegido por la regla del artículo 108, mientras que los artículos 176 y 177 protegen especialmente al vendedor, y no sólo le conceden una posición reforzada frente a la otra parte del contrato, sino también y, sobre todo, frente a los terceros.

Así las cosas, me parece que la extensión de lo establecido en los artículos 176 y 177 a la venta de inmuebles, expresamente reconocida en los comentarios a la Costumbre de París, no proporciona un argumento válido y operativo en favor de una segunda extensión de tales reglas a la venta de créditos. Primero, porque hay conflictos que son específicos de la cesión de créditos, que no se plantean en la transmisión de propiedad sobre las cosas. Y segundo, porque la, si se me permite la expresión, «decisión política» de selección o favorecimiento de intereses en conflicto es diferente en el artículo 108 (protección de terceros, especialmente, del deudor) y en los artículos 176 y 177 (protección del vendedor, especialmente del que vende al contado, frente a los terceros).

Tras este análisis está claro que, por las razones expuestas, aunque en el plano exclusivamente teórico no exista incompatibilidad «metafísica» entre la regla contenida en el artículo 108 y las de los artícu-

(69) *Vid. ult. op. cit.*, cc. 129-130, n.º 21.

los 176 y 177, hay que decir que a falta de una regla en sentido contrario, el vendedor del crédito no gozaba de los privilegios o garantías que en los artículos 176 y 177 se concedían al vendedor de cosas, y que la ausencia de referencias a la cuestión en la doctrina de la época, al menos, en la que recoge C. Ferrière es la mejor prueba de ello.

Así pues, creo que las cesiones de crédito, por lo menos, aquéllas a las que era aplicable el artículo 108, es decir, las onerosas, según parece, el pago de la contraprestación por parte del cessionario no era requisito para la producción del efecto traslativo, que dependía de la notificación al deudor y, por supuesto de la previa titularidad del cedente. En cambio, el pago sí era requisito adicional para la producción de tal efecto en las ventas al contado de cosas.

Ahora bien, quiero advertir que esta conclusión, que estimo correcta para la situación reflejada en la obra de C. Ferrière, podría dejar de serlo, como probablemente lo fue, en épocas posteriores. Nada impide que, como resultado del afán sistemático o, en el plano de lo real, como resultado de una mayor protección que se desea para el vendedor de créditos, la doctrina posterior u otra doctrina no recogida en la obra citada considerase aplicables a la venta de créditos las reglas contenidas en los artículos 176 y 177.

Finalmente, hay que decir que en el artículo 108 de la Costumbre (reformada) de París, correspondiente al 170 de la antigua, se encuentra el punto de arranque de una larga evolución del sistema francés de cesión de créditos, evolución llena de interés, que se centra en lo relativo a la notificación al deudor como elemento constantemente exigido, pero que transcurre siempre relacionada e imbricada, aunque no siempre coincidente, con las reglas relativas a la transmisión de los derechos reales.

Esta evolución puede captarse o seguirse, según creo, a través de los, probablemente, tres principales o más significativos autores, cuyas respectivas obras pueden ser consideradas como suficientemente representativas de la doctrina y del derecho privado francés a lo largo de los dos siglos largos que separan la Costumbre reformada de París y el Código civil francés. Se trata de Domat, Pothier y Bourjon. A través de ellos intentaré precisar, con todo el detalle del que sea capaz, tanto la evolución de las reglas propias de la cesión de créditos, como sus coincidencias y divergencias respecto a las propias de la transmisión de derechos reales.

CAPITULO II

DOMAT

Este autor se ocupa de la transmisión de los créditos sin acudir, para nada, a los esquemas romanos del mantado o de la cesión de la acción. Por el contrario, Domat parte de que todas las cosas pueden ser vendidas, con tal que no estén fuera del comercio de los hombres (70) y, concretamente, admite la venta de lo que denomina «cosas incorpórales» y, en general, de cualesquiera derechos (71). Por lo tanto, la cesión (transmisión) no es presentada como el resultado a que se llega en la práctica después de haber empleado una suerte de subterfugios, puesto que, de una forma abierta, se parte de su plena transmisibilidad, ya que los créditos aparecen claramente conceptualizados como bienes que están en el tráfico.

2.1. Sistema de transmisión de bienes y derechos mediante compraventa

Parece que, al menos, en general, el comprador no adquiría lo comprado por efecto de la sola perfección del contrato, resultado del acuerdo sobre la cosa y el precio, sino que la producción del efecto traslativo dependía de que el vendedor fuera titular de lo vendido y de que el contrato hubiese sido cumplido (72). Así, de la conclusión del contrato sólo surgían obligaciones para ambos contratantes, pero lo vendido no pasa a ser propiedad o titularidad, si se prefiere, del comprador si no le ha sido entregado y si él no ha pagado o satisfecho al vendedor. Ahora bien, no sería correcto afirmar que la entrega sólo produce la transmisión si el precio ha sido ya pagado; también cuando es pagado al tiempo de la entrega, o si se dan garantías del

(70) «Toutes sortes de choses peuvent être vendues, à la réserve de celles dont le commerce est impossible ou défendu par la nature ou par quelque loi...» (*Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t. I, *Du contrat de vente*, secc. IV, art. 1, Paris, 1777).

(71) «On peut vendre non-seulement des choses corporelles, comme des meubles et immeubles, des animaux, des fruits, mais aussi des choses incorporelles, comme une dette, une heréité une servitude, et tous autres droits» (*Du contrat de vente*, secc. IV, art. 2).

(72) «...le simple consentement ne forme que l'engagement des contractans à exécuter réciproquement ce qu'il se promettent; ainsi le vendeur est obligé à la délivrance de la chose vendue, et l'acheteur au paiement du prix: et c'est en ce sens que le contrat de vente est accompli par le seul consentement; mais il y manque un second accomplissement par l'exécution de cet engagement, qui a cet effet, qu'au lieu que le contrat de vente sans délivrance ne rend pas l'acheteur maître et possesseur, et ne lui donne pas le droit de jouir, d'user et de disposer de la chose vendue, mais seulement le droit de demander la délivrance; cette délivrance et le paiement du prix consummément la vente, et le rendent pleinement maître et possesseur, ce qui étoit la fin du contrat de vente» (nota al art. 10 de la secc. II, *Du contrat de vente*).

pago y el vendedor las acepta, o si éste se contenta con la simple promesa del pago del comprador (73). Parece, pues, que volvemos a estar ante la distinción entre ventas al contado («sans jour et sans terme») y las demás, no siendo en las primeras traslativa la entrega hasta que no se haya pagado o, de otra forma, satisfecho al vendedor.

Estimo necesario profundizar algo más en esta cuestión. Se trata de saber qué consecuencias se derivan del impago del precio en los casos en que el efecto traslativo depende no sólo de la entrega sino también del pago del precio. En tales casos, el pago forma parte del supuesto de hecho del efecto jurídico traslativo, de manera que sin pago del precio hay contrato pero no transmisión (74). Sin embargo, cuando al entrega, no precedida ni acompañada del pago del precio, sí da lugar a la transmisión (ventas no hechas al contado), el pago del precio sólo es cumplimiento y no condición (*iuris*) suspensiva de efecto traslativo. Por lo tanto, el impago del precio en la venta al contado sólo es causa de resolución del contrato, no de la transmisión, que no había llegado a producirse, mientras que en las demás ventas su eventual resolución no sólo da lugar a la extinción del vínculo sino también a la resolución de la transmisión si lo vendido había sido entregado al comprador.

El tratamiento de la obligación de pago del precio y de las consecuencias del impago es bastante claro en Domat. El comprador debe pagar en el tiempo previsto en el contrato y, si nada se dijo, a la vez que la entrega (75). Si el comprador no paga cuando debe, el vendedor puede negarse a la entrega de lo vendido (76) y, si ya la ha entregado, puede optar por exigir el pago o la resolución del contrato (77). Para que tenga lugar la resolución no se requiere una cláu-

(73) «Le premier effet de la délivrance est que si le vendeur est le maître de la chose vendue, l'acheteur en devient en même tems pleinement le maître, avec le droit d'en jouir, d'en user et d'en disposer, en payant le prix, ou donnant au vendeur une sûreté, si ce n'est qu'il se contente de la simple promesse de l'acheteur; et c'est cet effet de la délivrance qui est le parfait accomplissement du contrat de vente» (Du contrat de vente, secc. II, art. 10).

(74) Los contratantes podían pactar la no consensualidad del contrato, estipulado que no se perfeccionase hasta la entrega de la cosa y/o el pago del precio (*vid.* artículo 1, secc. II, Des conventions en général y art. 1, secc. VI, Du contrat de vente).

(75) «Le premier engagement de l'acheteur est de payer le prix, et de payer au jour et lieu réglé par al vente, soit au tems de la délivrance de la chose vendue, ou avant, ou après, ainsi qu'il aura été convenu. Car l'acheteur n'est rendu maître de la chose vendue que par ce payement, ou autre sûreté qui en tienne lieu» (Du contrat de vente, secc. III, art. 1).

«S'il n'y a vien de réglé par la vente pour le tems et pour le lieu du payement, l'acheteur doit payer au tems et au lieu de la délivrance» (Du contrat de vente, secc. III, art. 2).

(76) «Si l'acheteur ne paye au terme, et que le vendeur n'ait pas encore fait la délivrance, il peut retenir la chose vendue par forme de gage jusqu'au payement» (Du contrat de vente, secc. III, art. 3).

(77) «Si l'acheteur ne paye au terme après el délivrance, le vendeur pourra demander la résolution de la vente, faute de payement; et elle sera ordonée, ou d'abord,

sula resolutoria expresamente pactada, pues se da por supuesto que la voluntad de los contratantes fue que el contrato sólo subsistiera si cada uno cumple su parte (78).

Si el vendedor impagado pretende cobrar el precio tiene un derecho notablemente reforzado o privilegiado para conseguirlo. Así, dice que el vendedor de inmuebles que no ha recibido el precio es preferido a los acreedores del comprador y a cualquier otro en relación al inmueble vendido y puede perseguirlo cualquiera que sea su poseedor (79). Sin que la interpretación coarte otras posibilidades que después se plantearán, esta regla parece permitir entender que el vendedor impagado puede instar el embargo del inmueble, cualquiera que sea su poseedor y cobrarse con preferencia a los acreedores del poseedor. Pero obsérvese que esta regla va referida a la venta de inmuebles y, además, que su fundamento está en que el comprador sólo adquiría la propiedad con el pago del precio, por lo que parecen quedar fuera de su ámbito de aplicación tanto las ventas de bienes que no sean inmuebles e, incluso, las de éstos cuando el comprador hubiera adquirido la propiedad con la entrega del inmueble. Parece ser la regla del artículo 176 de la Costumbre de París, aplicada a la compraventa al contado de bienes inmuebles.

Que se trata de la venta al contado lo confirma el propio Domat cuando, en una nota al texto en el que sienta o reproduce la regla ya comentada sobre la preferencia del derecho del vendedor de inmuebles impagado, dice que esa preferencia debe entenderse solamente para el caso en que del contrato de venta parezca que el vendedor no ha sido pagado. Pierde esa preferencia el vendedor no pagado que, ello no obstante, había dado recibo y había aceptado una promesa o una obligación, pues en tales casos el contrato sí parece cumplido. Y la razón de negarle tal preferencia es doble: por una parte,

s'il y avoit du péril que le vendeur perdit la chose et le prix, ou si ce péril cesse, après un délai, selon les circonstances; et ce délai n'est pas réfusé, quand même il seroit dit par le contrat que la vente seroit résolue par le défaut de paiement» (Du contrat de vente, secc. III, art. 8).

«Il ne dépend jamais de l'acheteur d'échapper à l'effet de la vente par le défaut du paiement du prix, et le vendeur a toujours le droit de lui contraindre, si de sa part il exécute ses engagements» (Du contrat de vente, secc. III, art. 9).

(78) «Quoiqu'il n'y ait pas de clause résolutoire, faute de paiement au terme, ou d'exécuter quelqu'autre convention, la vente ne laissera pas d'être résolue, si le défaut de paiement & l'inexécution y donnent lieu après les délais, selon les circonstances. Car le contractans ne veulent que le contrat subsiste, qu'en cas que chacun exécute son engagement» (Du contrat de vente, secc. XII, art. 13). *Vid.* también art. 11, secc. VI, Des conventions en général.

(79) «Celui qui a vendu un immeuble dont il n'a pas reçu le prix, est préféré aux autres créanciers de l'acheteur, et à tout autre sur le fonds vendu: car la vente renferme la condition, que l'acheteur ne seroit le maître qu'en payant le prix. Ainsi le vendeur qui n'en est pas payé, peut ou retenir le fonds, si le prix devoit être payé avant la délivrance, ou le suivre en quelques mains qu'il ait pu passer, s'il l'a délivré avant le paiement» (Des gages et hypothèques, secc. V, art. 4).

que en estos casos, de conceder al vendedor tal privilegio, aquellos que hubieran prestado al comprador cuya adquisición parecía producida, según se desprendía del mismo contrato, podrían resultar defraudados; y, por otra, que la novación había extinguido la hipoteca (80). Esta matización de Domat requiere algún comentario.

Se trata de decir que la facultad del vendedor impagado de perseguir el inmueble vendido y entregado, cualquiera que se sea su poseedor y cobrarse con él, es decir, con el producto de su enajenación, con preferencia a cualquier acreedor del poseedor, sólo rige cuando del mismo contrato parezca que el vendedor no había sido pagado, y no cuando él mismo haya reconocido el pago (recibo) y haya entregado el inmueble conformándose con la simple promesa u obligación del comprador. En este caso, el vendedor no pagado parece que carece de toda preferencia, incluso frente a los acreedores del comprador y, menos todavía, frente a los de otro poseedor causahabiente del comprador.

La primera razón de la exclusión de la preferencia en este caso es la protección de la confianza de quienes prestaron al comprador sobre la base de que, como el vendedor mismo había reconocido en el recibo, aquél era el propietario del inmueble: de seguir concediendo al vendedor ese derecho preferente, las posibilidades de defraudar a tales acreedores serían enormes. La segunda está en que si el vendedor se reconoce satisfecho con las garantías o la simple promesa del comprador, se produce una suerte de novación que da lugar a la extinción de la garantía, de lo que Domat llama hipoteca (81).

El privilegio del vendedor de inmuebles impagado, que, según Domat, se circunscribe al caso en que del contrato parezca que el vendedor no había sido pagado, parecía ser solamente una hipoteca, por lo que no daría derecho a recuperar la posesión del inmueble vendido sino a instar su enajenación forzosa y a cobrarse con lo obtenido así con preferencia a otros acreedores. Aunque Domat no dice que el vendedor pueda también reivindicar el inmueble en tanto no se le pague el precio, es esto lo que se desprende de su doble condición de acreedor (hipotecario) del precio y propietario del inmueble en tanto no se le pague. Lo que sí le reconoce expresamente es la facultad de «suivre» el inmueble, y en este término cabe tanto la suite del acreedor (hipotecario) como la del propietario, que es lo que se había

(80) «La règle qui donne cette préférence au vendeur, ne doit s'entendre qu'au cas qu'il paroisse par le contrat de vente, qu'il n'a pas été payé. Car s'il avoit donné quittance & pris une promesse ou une obligation, il auroit perdu sa préférence, le contrat paroissant acquitté. Autrement ceux qu'préteroient ensuite à cet acheteur pourroient en être trompés. Et d'ailleurs la novation éteint l'hypothèque» (párr. 2 de la nota al art. 4, secc. V, Des gages et hypothèques).

(81) Incluso, frente a las hipotecas del rey: «Par l'article 3 de l'Edit du mois d'Août 1669, pour les hypothèques du Roi, ce vendeur est préféré au Roi» (párr. 1 de la nota al art. 4, secc. V, Des gages et hypothèques).

venido considerando al interpretar el artículo 176 de la Coutume, aplicable a la venta (al contado) de inmuebles, como se vio en el capítulo anterior (82).

La extinción de este privilegio se basa, también según Domat, en que se habría producido una novación (83). ¿Qué novación? No parece que pueda ser otra que la que resulta del recibo extendido por el vendedor, que se conforma con la promesa del comprador. Y no había grave problema en entenderlo así si se tiene en cuenta que en Domat se establece que todo aquello que puede hacer las veces de pago extingue la hipoteca, por ejemplo, cuando el acreedor se contenta con una caución (84). Y al mismo resultado extintivo del privilegio se llega cuando el vendedor acepta sin reservas la promesa del comprador por la cuantía del precio todavía no pagado, que puede entenderse que pasa a ser debido en concepto de préstamo (85).

Por lo que respecta a la venta de bienes muebles, en el comentario de Domat a la regla sobre el privilegio del vendedor no pagado en la de inmuebles se dice (86) que si el vendedor ha entregado y el comprador todavía no ha pagado ni le paga cuando debe, aquél puede exigir a éste el pago del precio y embargar el bien si está en poder del comprador, pudiendo cobrarse el precio sobre tal bien (con el producto de enajenación forzosa) con preferencia a otros acreedores

(82) *Vid.* nota 58.

(83) «La novation qui éteint le première obligation, la changeant en une nouvelle, éteint aussi l'hypothéque qui en étoit l'accessoire, si elle n'est réservée» (*Des gages et hypothèques*, secc. VII, art. 2).

(84) «Tout qui peut tenir lieu de payement, fait que l'hypothéque ne subsiste plus. Ainsi, par exemple, si le créancier se contente ou d'une caution, ou d'un autre débiteur au lieu du premier, ou qu'au lieu de son gage il en prenne un autre; dans tous ces cas & autres semblables l'hypothéque cesse, si l'intention des Parties paroît décharger le gage, & restreindre le créancier à ses autres sûretés, quoique sa condition en devienne moins avantageuse» (*Des gages et hypothèques*, secc. VII, art. 4).

(85) «La novation est le changement que font le créancier et le débiteur, qui au lieu d'une dette en substituent une autre; de sorte que la première ne subsiste plus, et que le débiteur ne reste obligé que par la seconde. Ainsi, par exemple, si après un contrat de vente dont le prix n'étoit pas encore payé, le vendeur prend une obligation de l'acheteur causée de prêt pur la même somme qu'il devoit le prix de la vente, de sorte que le contrat de vente demeurera acquitté, et sans que dans la nouvelle obligation il en soit fait aucune réserve, le vendeur aura innové sa dette» (*Des novations*, secc. I, art. 1).

(86) «Il faut remarquer sur cet article, que par notre usage il n'a lieu que pour les immeubles, et on l'a refreint à ce sens. Car pour les meubles, comme ils n'ont point de suite par hypothéque, et que le vendeur en a perdu la propriété en les délivrant à l'acheteur, il peut bien les saisir entre les mains de l'acheteur, et il aura même la préférence pour le payement du prix; mais si l'acheteur en a disposé, le vendeur ne peut les faire suivre entre les mains de personnes tierces pour le payement de son prix, sinon en un cas exprimé par quelques Coutumes, savoir, lorsque la chose mobilière a été vendue sans jour et sans terme, le vendeur espérant d'être payé promptement. Car en ce cas l'infidélité de l'acheteur ne prive pas le vendeur de l'effet de cette convention, et il est considéré comme étant demeuré le maître jusqu'à son payement. Ainsi il agit non comme créancier du prix, mais comme maître qui vendique son meuble» (párr. 3 de la nota al art. 4, secc. V, *Des gages et hypothèques*).

del comprador. Ahora bien, si la cosa mueble vendida ya no estuviese en poder del comprador porque éste hubiese dispuesto de ella, el vendedor, como regla general no puede ya perseguirla (embargarla) para cobrarse el precio (87).

El fundamento de esta regla que, insisto, es general pero no única, parece ser doble. De una parte, que los bienes muebles «n'ont point de suite par hypothèque», lo que significa que el vendedor, que es todavía acreedor del precio, no puede perseguir el bien mueble vendido y entregado si ya no está en poder del comprador, su deudor. De otra, el hecho de que el vendedor de cosas muebles transmita la propiedad en el momento de la entrega, por lo que si luego pretende hacer efectivo su derecho al cobro del precio no lo hará como propietario, sino sólamente como acreedor, aunque privilegiado, pero ya no podrá hacer efectivo ese privilegio si la cosa ya no está en poder de su deudor (88).

Ahora bien, como decía, ésta es la regla general en la venta de bienes muebles. Domat parece presentar como un supuesto excepcional aquél en el que el vendedor impagado sí puede perseguir (reivindicar o embargar para cobrarse al realizar el valor) la cosa mueble vendida y entregada, cualquiera que sea su poseedor: cuando la venta fue hecha «sans jour et sans terme», es decir, al contado, pues en este caso el traspaso de propiedad no se produce con la entrega sino que, además, se requiere el pago del precio. En este caso especial el vendedor no pagado podía perseguir la cosa si la había entregado; podía recuperarla o exigir su venta forzosa y cobrarse con preferencia a otros acreedores, cualquiera que fuese su poseedor, y aunque ya estuviese embargada por otros, puesto que él puede hacer valer no sólo su crédito privilegiado, si no su derecho de propiedad sobre lo vendido (89).

Hasta aquí hemos visto lo relativo al vendedor que, ante el impago del precio, exige el cumplimiento de la obligación o la recuperación de lo vendido y entregado, pero subsistiendo en todo caso el contrato. Ahora nos queda por ver lo que sucede si opta por la resolución.

(87) Parece tratarse del artículo 177 de la Costumbre de París.

(88) En este pasaje de Domat se confirma que la regla «les meubles n'ont point de suite» se refería a la suite de los acreedores del dueño, no a la suite del dueño mismo (*vid. J. M. MIGUEL GONZÁLEZ, La posesión de bienes muebles*, Madrid, 1979, páginas 20 y 21).

(89) Se trata, pues, del artículo 176 de la Costumbre de París. Que el vendedor impagado de bienes muebles sólo puede embargar lo vendido si está en poder del comprador-deudor y no, salvo en la venta al contado, si está en poder de un tercero adquirente del comprador, resulta también del siguiente pasaje de la obra de Domat: «le vendeur qui est resté créancier du prix, et qui trouve la chose vendue en la puissance de l'acheteur peut la retirer, et il n'entre pas en contribution avec les autres créanciers de cet acheteur. Et il en seroit de même à plus forte raison si c'étoit une chose qui eût été donnée au débiteur pour être vendue» (De las cession de biens, secc. XII, art. 4).

Como se dijo antes, el impago del precio puede dar lugar a la resolución del contrato aunque no exista cláusula resolutoria. La resolución no afecta a la titularidad de lo vendido y entregado cuando el vendedor no dejó de ser propietario de ello, sino sólo poseedor. En cambio, si la transmisión de propiedad ya se produjo, la resolución del contrato no sólo tendrá efecto sobre el vínculo jurídico, sino también sobre la titularidad de lo vendido y entregado. Y, en cualquier caso, el vendedor pretenderá la devolución de lo entregado, de la posesión.

La cuestión que aquí interesa es si el vendedor puede o no recuperar lo vendido y entregado cuando, resuelto el contrato, ya no está en poder del comprador, sino de su causahabiente que es tercero. No me ha resultado fácil encontrar en Domat una regla en la que claramente se contemplase este caso. Se establece que, una vez resuelta la venta, el vendedor y el comprador recuperan sus derechos y que todas las cosas sean restituidas en su integridad, si las circunstancias lo permiten (90). Esto de si las circunstancias lo permiten no afecta a la recuperación del derecho, sino a la restitución de la cosa en su integridad, puesto que, a continuación, se dice que el vendedor recupera lo que había vendido sin ninguna de las cargas que el comprador hubiera podido imponer, ya que aquél recupera su derecho como si nunca hubiera sido despojado de él (91). Así, pues, el vendedor impagado es tratado como titular de lo vendido, bien porque nunca dejó de serlo, si el pago del precio era condición (*iuris suspensiva*) del efecto traslativo, bien porque recupera la propiedad como efecto de la resolución, con la ficción de que nunca dejó de serlo.

Pero hay que ser consciente de que la situación podría no ser la misma cuando el comprador nunca fue propietario de lo que compró y se le entregó, de cuando sí llegó a serlo y siéndolo dispuso de ello en favor de un tercero. En el primer caso, sin grave dificultad se puede preferir el derecho del vendedor que obtiene la resolución frente al del tercero subadquirente que recibió de quien todavía no era propietario, por lo que no adquirió la propiedad sino sólo su posesión hábil para la usucapión. La solución podría no ser la misma cuando el vendedor transmitió la propiedad de lo vendido en su entrega al comprador, si éste la enajenó porque entonces el subadquirente sí llegó a adquirir la propiedad del verdadero titular. ¿Qué sucede en este caso? ¿Quién prevalece? ¿El vendedor impagado que resuelve el contrato o el tercero que ha llegado a ser propietario?

(90) «La vente étant résolue, le vendeur et l'acheteur rentrent dans leurs droits; et toutes choses sont remises en entier, selon que les circonstances peuvent le permettre» (*Du contrat de vente, secc. XII, art. 4*).

(91) «Lorsque la vente est résolue, le vendeur reprend ce qu'il avoit vendu sans aucune des charges que l'acheteur avoit pu y mettre, parce que le vendeur rentre dans son droit, comme s'il n'en avoit jamais été dépouillé» (*du contrat de vente, secc. XII, artículo 5*).

Es cierto que, en este segundo caso, el comprador que enajenó sin haber pagado a su vendedor llegó a ser propietario, pero su derecho estaba afectado por una causa de resolución, y el subadquirente recibió un derecho resoluble. Además, claramente, se dice que con la resolución del contrato recupera el vendedor el derecho de propiedad, por lo que al mismo tiempo lo pierde el comprador o su causahabiente, aunque éste sea de buena fe, tanto si ha adquirido la propiedad como si en su favor se ha constituido un derecho real. De ser esto así, lo que resulta es que la resolución siempre afecta a los terceros, sin distinción alguna entre quienes adquirieron del propietario (sujeto a resolución) y quienes lo hicieron del que no lo era, como tampoco entre quienes son de buena fe y quienes lo son de mala fe.

Frente a esta solución no creo que sea admisible hablar de adquisiciones a non domino o de irreivindicabilidad de bienes muebles en favor del poseedor de buena fe. Como se verá, ambas soluciones son completamente extrañas en Domat, donde la suite del propietario siempre es posible, tanto en muebles como en inmuebles, salvo la usucapión. Por consiguiente, la perspectiva adecuada no es la de buscar normas que expresamente impongan la eficacia de la resolución frente a terceros (de buena fe), porque hay que partir, precisamente, de ello. Es decir, desde el momento en que se atribuye la propiedad de lo vendido y entregado al vendedor que obtiene la resolución, lo lógico es, en Domat, que pueda hacer valer su derecho frente a cualquier poseedor, mientras no se establezca lo contrario.

Lejos de establecer lo contrario, algún texto hay en Domat que nos reafirma en esta idea. Según él (92), siempre que las convenciones son resueltas por el mutuo acuerdo de las partes, los efectos de la resolución son los que ellas han decidido de común acuerdo. Claro está que este consenso en resolver, como cualquier otra convención no puede generar obligaciones de ningún tipo a cargo de terceros (93). Pero cuando la resolución no es producto del acuerdo, sino que es judicial, se dice que las partes proceden a las restituciones que corres-

(92) «Dans tous les cas où les conventions sont résolues, si c'est par la volonté des contractans, ils sont remis reciprocquement dans l'état où ils veulent se remettre de gré à gré; et si c'est par Justice, ils sont mis dans l'état qui doit suivre la résolution de la convention, avec les restituions, dommages et intérêts, et autres suites, selon les effets que doit avoir la convention dans les circonstances, et les égards qu'on doit avoir aux différentes causes de la résolution: ce qui dépend de la prudence du Juge, suivant les règles précédentes, et les autres qui seront expliquées dans le titre des rescissions et restitutions en entier» (*Des conventions en général*, secc. VI, art. 12).

(93) Es muy expresivo el siguiente texto: «si la vente étant consommée, le prix payé, la délivrance faite et l'acheteur en possession, le vendeur et l'acheteur veulent dans la suite résoudre le contrat sans autre chose que leur simple volonté, ce n'est pas tant une résolution de cette vente qu'une seconde vente que fait l'acheteur à celui qui lui avoit vendu. Ainsi ce premier vendeur ne reprend pas une chose qui fût à lui, puisque sa vente l'en avoit dépouillé; mais il achete en effet la chose d'un autre, et elle passe à lui sujette aux charges et aux hypothèques que son acheteur, qui lui revend, avoit pu contracter» (*Des conventions en général*, secc. XII, art. 15).

pondan, según los efectos que deba producir la convención en esas circunstancias, en función de la causa de la resolución. Y termina diciendo que, en definitiva, los efectos de estas resoluciones, llamémoslas judiciales, dependen de la prudencia del juez, siguiendo las reglas antedichas y las que resultan de aplicar las de las rescisiones y restituciones por entero. Pues bien, entre estas últimas la solución es clara y no deja lugar a dudas: la rescisión del contrato surte efectos contra los terceros poseedores, aun de buena fe, los cuales sólo tendrán acción contra su autor o dantecausa (94).

2.2. Sistema de cesión de créditos mediante compraventa: producción del efecto traslativo

Hasta aquí hemos visto cuáles eran las reglas generales que en Domat ordenan la transmisión mediante compraventa. Cuando lo que se vende es un crédito no hay reglas especiales en lo que respecta a la producción del efecto traslativo, que son las mismas, según parece. Esto quiere decir que la venta de créditos no da lugar a la cesión si no va acompañada de la entrega del crédito y, si la operación es al contado, del pago del precio. Además, en Domat sí hay datos que permiten entender que los créditos ya estaban asimilados a los bienes corporales, sobre todo, a los muebles (95). Como se podrá ver a continuación, lo específico de la venta de créditos no es tanto el sistema de transmisión de la titularidad, cuanto la forma de entender producida la entrega y la especial significación de una de las formas de entrega (la notificación al deudor a instancia del cedente-vendedor).

2.2.1. *La entrega del crédito*

Dada la relevancia que en la producción del efecto traslativo tiene la entrega de lo vendido, puesto que sin ésta no hay transmisión, el primer punto a tratar es la entrega, las formas de entender producida la del crédito.

En Domat se dice que los bienes incorporales, como una herencia, una deuda u otro derecho, no pueden propiamente ser entregados,

(94) «Lorsqu'il y a lieu de rescission, elle a son effet nonseulement contre les personnes de qui le fait y a donné lieu, mais aussi contre ceux qui les représentent, et les tiers possesseurs. Ainsi, par exemple, si celui qui avoit acheté un héritage d'un mineur, le vend à un tiers, la restitution pourra être exercée contre ce tiers, et contre tout autre possesseur, et il n'aura que son recours contre son vendeur» (*Des rescissions*, secc. I, art. 6).

(95) Art. 23 secc. I, *Des gages et hypothèques*. Lo que hay que ver es si esta asimilación se produjo a todos los efectos, también a los del sistema de transmisión de la titularidad, o solamente en cuanto podían ser objeto de una garantía real.

son intangibles, pero la facultad de usar de ellos hace las veces de entrega. Así, el que vende una deuda u otro derecho confiere al comprador una especie de posesión, por la facultad de ejercer ese derecho, haciendo notificar su transmisión al deudor, el cual, tras esta notificación ya no puede tener o reconocer como titular o poseedor del crédito a otro que al comprador (96). Así, pues, la notificación de la venta es el medio para poner al comprador en posesión del crédito, porque esa notificación suponía conferirle la facultad de usar lo comprado, de ejercitarse o de disponer del crédito.

En otro pasaje de la obra de Domat se dice que la entrega de lo que consiste en derechos se hace dando los títulos (documentos, si los hay, que reflejan la existencia del crédito y su pertenencia al cedente); si no los hay, por el simple efecto de la adquisición, con la intención común de los contratantes de que el adquirente entre en posesión. Cuando se trata de una renta u otro derecho el adquirente entra en posesión por la notificación al deudor de la transmisión o del título de la adquisición y por su ejercicio, goce o uso (97). De esta regla hay que tener en cuenta varias cosas.

La notificación al deudor no es la única forma de entregar el crédito. Hay otras: la entrega de los títulos al cesionario o el ejercicio del derecho por éste. ¿Hay alguna contradicción entre esta regla y la relativa a la entrega del crédito vendido en la que sólo se hace referencia a la notificación a instancia del vendedor? Creo que no, que la explicación se encuentra en que la ratio de la regla específica sobre la entrega del crédito vendido no es otra que la de determinar a quién debe pagar el deudor o, mejor, a quién puede pagar con eficacia liberatoria.

Que ésta es su ratio lo muestra la propia norma cuando establece que, una vez notificada la venta, el deudor no puede ya reconocer como titular o poseedor («maître ou possesseur») del crédito a otro

(96) «Les choses incorporelles, comme une hérédité, une dette ou un autre droit, ne peuvent proprement être délivrées, non plus que touchées, mais la faculté d'en user tient lieu de délivrance... Ainsi celui qui vend ou transport une dette ou un autre droit, donne à l'acheteur ou cessionnaire une specie de possession par la faculté d'exercer ce droit, en faisant signifier son transport au débiteur, qui après cette signification, ne peut plus reconnoître d'autre maître ou possesseur de ce droit que le cessionnaire» (Du contrat de vente, secc. II, art. 9).

(97) «La délivrance de ce qui consiste en droits comme une Justice, une Bannalité, un Office, une servitude, une rente & autres biens de cette nature, se fait en donnant les titres, s'il y en a; sinon par le simple effect de l'acquisition, avec l'intention commune des contractans, que lacquéreur se mette en possession. Et on s'en met en possession d'une Justice, nommant des Officiers pour l'exercer, recevant les ammendes et confiscations, & en exerçant les droits qui en peuvent dépendre. ainsi on se met en possession d'un Office, prenant le rang & la séance qu'il peut donner, & en exerçant quelque fonction. Ainsi on se met en possession d'une servitude par l'usage qu'on peut en faire, et d'une rente qu'on a acquise, ou d'une autre droit, par la signification du transport ou du titre de l'acquisition à celui qui en est le débiteur, & par la jouissance» (De la possession et des prescriptions, secc. II, art. 22).

que al cessionario. Es decir, que una vez notificada la venta al deudor éste ha de saber que se libera si paga al cessionario. En cambio, las demás formas de entrega del crédito vendido son, por sí solas, inoponibles al deudor, en el sentido de que si la venta no le ha sido debidamente notificada, se libera pagando al cedente, y será éste el que responderá ante el cessionario. Y también significa que el deudor puede negarse a pagar al sedicente comprador, si no se le ha notificado (a instancia del vendedor) la venta, aunque ya se hubiera entregado el crédito vendido al comprador por cualesquiera otras formas de entrega admitidas.

Dejemos, por el momento, a un lado las reglas sobre la notificación de la venta del crédito al deudor a instancia del cedente-vendedor, pues en ella se está no tanto regulando la entrega del crédito, cuanto estableciendo una regla que permite saber al deudor a quién puede pagar con la seguridad de llevar a cabo un pago liberatorio: antes de la notificación, al acreedor originario; tras ella, al indicado como cessionario. En esto profundizaremos al tratar de la situación del deudor en la cesión.

La regla general sobre las formas de entender producida la entrega de un crédito parece posible admitir tanto la notificación del cedente como la del cessionario. Primero, porque no se especifica quién insta la notificación. Segundo, porque la expresión «*signification du transport ou du titre de l'acquisition*», así permite entenderlo: la notificación de la transmisión parece ser la que corresponde a la que insta el cedente, mientras que la del título de adquisición es la del cessionario. Es lógico que el que cede sea el que inste la notificación de la cesión, mientras que el cessionario necesite acreditar el título de adquisición, porque aquél actúa contra su propio interés, en principio, en tanto que éste en su propio favor insta la notificación (98). Por lo demás, también se entiende producida la entrega si el cessionario tiene en su poder los títulos de pertenencia, porque se los haya entregado el cedente. El cessionario, pues, puede tomar posesión del crédito sin tener que contar con el cedente sólo cuando tiene el título que acredita la adquisición, porque así ya puede instar la notificación. En otro caso, necesita del concurso del cedente, bien para que le entregue los títulos de pertenencia, bien para que sea él el que inste la notificación al deudor.

Lo que ahora procede plantearse, una vez concretadas las diversas

(98) De ser esto así, Domat se apartaría de la opinión de quienes exigen, como vimos al comentar el artículo 108 de la Costumbre de París, acompañar la copia del título de la cesión a la notificación. Parece que esto podía no ser necesario cuando era el cedente quien instaba la notificación, por la mayor apariencia de verdad que aquí existe, frente al caso en que es el cessionario el que insta. Quizá, en el artículo 108 de la Costumbre de París se estaba pensando únicamente en la notificación que de la cesión instase el cessionario.

formas de entender producida la entrega, es si cualquiera de ellas es útil para la producción del efecto traslativo, o si es imprescindible la notificación al deudor instada por el vendedor. Creo que lo que se exige es la entrega y no una determinada forma de entregar. Reitero mi convencimiento de que la exigencia de notificación al deudor no es más que a los efectos de permitir al deudor poder saber en cada momento a quién puede pagar con efecto liberatorio. Lo contrario llevaría a entender que lo que se admite como entrega lo es sólo a unos efectos y no a otros: no a los de dar lugar a la transmisión del crédito. Esto sería tanto como decir que las formas de entrega de un crédito distintas de la notificación al deudor instada por el vendedor sólo constituyen entrega a los efectos de entender cumplida la obligación correspondiente al vendedor, pero sin relevancia alguna en el proceso traslativo. Una restricción tal de la eficacia de esas entregas debería aparecer claramente expresada, por lo que, no estando-lo, no me parece defendible. Se podría contestar diciendo que sí hay una regla especial en la venta de créditos, que limita la eficacia traslativa a la notificación al deudor a instancia del cedente. Creo que tampoco esto es cierto, porque cuando Domat se refiere a la mencionada notificación como forma de entrega del crédito vendido no es para negar a las demás formas de entrega eficacia traslativa, ni siquiera en la venta del crédito. Insisto en que la ratio de esa referencia a la notificación no es otra que hacerle saber al deudor que ha de pagar al cesionario y que ese pago será liberatorio.

2.2.2. El pago del precio

Analizado el requisito de la entrega, procede analizar el del pago del precio, porque, como se ha visto, la regla general es que aunque el vendedor haya entregado lo vendido no por ello se produce el efecto traslativo si el precio no ha sido pagado, a menos que se haya concedido un aplazamiento al comprador, o que el vendedor haya aceptado las garantías o que se haya conformado con la simple promesa del comprador (99). También sabemos que esta regla se concretaba, por lo menos, en la venta de bienes muebles, en que el efecto traslativo se produce con la entrega, a no ser que la venta haya sido hecha al contado («sans jour et sans terme»), en cuyo caso era preciso el pago del precio.

La cuestión está en saber si esto mismo vale cuando lo que se vende es un crédito. Creo que la respuesta, ahora, debe ser la afirmativa. La explicación es que en Domat sí hay base suficiente para entender que las reglas sobre la cesión en la compraventa de créditos

(99) Artículo 10, secc. II, Du contrat de vente, transscrito en nota 72.

son las mismas reglas generales sobre la producción del efecto traslativo en la compraventa en general o, mejor, en la de bienes muebles. Esta consideración tiene como principales apoyos dos pasajes de su obra.

El primero proclama la asimilación de los créditos a las cosas muebles. Así, se puede leer que lo que él denomina deudas personales, es decir, los créditos que no sean «rentas», tienen la consideración de bienes muebles, participan de su naturaleza, son como ellos (100). Desde esta perspectiva, los créditos no están sometidos a las mismas reglas que los muebles cuando una norma establezca un régimen diferente: en defecto de norma especial, lo lógico es entender que las reglas sobre el tráfico de bienes muebles son las aplicables al de créditos.

Y el segundo se deduce de la regla específica que Domat dedica a la entrega del crédito vendido. En ella se dice, como sabemos, que el deudor, tras la notificación que de la venta insta el cedente, no puede ya reconocer como titular o poseedor del crédito a otro que no sea el cesionario (101). Si nos fijamos, no dice que el deudor haya de considerarle como titular y poseedor, si no como titular o poseedor. Si el deudor, tras esa notificación debiera considerar al cesionario como titular y poseedor, a la vez, del crédito, sería porque la entrega del crédito dio lugar a la cesión, sin necesidad de ulterior requisito alguno, siendo completamente irrelevante el pago del precio a estos efectos, aunque la venta hubiese sido hecha al contado. Pero como se emplea la conjunción disyuntiva para calificar la situación en que se encuentra el cesionario tras la notificación (instada por el cedente), resulta que éste es tenido como titular o poseedor, por lo que cabe que sí sea poseedor pero no titular. Cuándo será sólo poseedor o también titular del crédito comprado no se resuelve en la regla que analizo, sino en la siguiente, que es, precisamente, la que establece la regla general según la cual la entrega de lo vendido sólo hace dueño al comprador si el vendedor lo era y si el precio ya estaba pagado o si se garantiza su pago o si el vendedor confía en la simple promesa del comprador.

La conclusión no puede ser más clara: aunque el crédito vendido haya sido entregado, el comprador cesionario sólo será verdaderamente el nuevo titular del crédito si, por una parte, el cedente lo era y, por otra, si el precio ha sido pagado si es que la compraventa era al contado. Creo que esto confirma que la compraventa de crédi-

(100) «Il faut remarquer sur cet article qu'il y a des droits qui sont de la nature des immeubles, comme les rentes, et que d'autres sont de la nature des meubles, comme une obligation à cause du prêt et autres dettes personnelles... Les obligations et autres dettes personnelles sont comme des meubles et n'ont point de suite...» (nota al art. 23, secc. I, Des gages et hypothèques).

(101) Artículo 9, secc. II, Du contrat de vente, transscrito en nota 96.

tos no presenta en Domat especialidad alguna en lo que se refiere a la producción del efecto traslativo.

2.3. Conflictos de intereses típicos

2.3.1. *La situación jurídica del deudor*

El interés del deudor radica en su liberación, para lo cual ha de poder saber en cada momento a quién ha de pagar o a quién puede pagar para conseguir tal efecto. Está de más afirmar que el pago será liberatorio cuando el accipiens sea el verdadero acreedor. Pues bien, titular del crédito es el que lo fuera originariamente o aquel a quien le haya sido cedido. Ahora bien, para que se produzca el efecto traslativo se requiere título que lo sea, entrega y, en la venta al contado, el pago del precio. Una posibilidad es hacer recaer el riesgo en el mismo deudor: ha de comprobar que el que le reclama el pago es el verdadero acreedor, de manera que si se equivoca no se libera y ha de volver a pagar al verdadero titular del crédito. Una exigencia como ésta sería gravemente lesiva para el interés del deudor porque, por ejemplo, si el que exige el pago es el acreedor originario, ¿cómo comprobar que no ha cedido ya el crédito? Y si el que lo reclama es un sedicente cesionario, habría de cerciorarse el deudor de que la transmisión ya se ha producido.

Pues bien, creo que, precisamente, para dejar claro que no corresponde al deudor efectuar averiguación alguna al respecto es por lo que se establece que él, después de la notificación que a instancia del cedente se le hace de la cesión, no puede ya tener por titular o poseedor del crédito a otro que al cesionario. Es decir, en virtud de esta regla, el deudor puede en todo momento saber a quién ha de pagar si quiere estar seguro de quedar liberado de la obligación. Y dato decisivo para poder saberlo parece que es la notificación que de la cesión se le hace a instancia del cedente.

La expresión «*fait signifier*» parece indicar que se trata de una notificación judicial o mediante fedatario público. Resulta bastante dudoso que la notificación que pudiera instar el cesionario surtiese los mismos efectos que la del cedente: puesto que se trata de indicar al deudor a quién ha de pagar no es de extrañar que Domat sólo se refiera a la instada por el cedente vendedor, ya que ésta es más fiable puesto que es contraria al interés de su autor. La notificación del título de adquisición es, como la entrega de los títulos de pertenencia, otra forma de entregar el crédito (102), pero ni una ni otra

(102) Artículo 22, secc. II, De la possession et des prescriptions, transscrito en nota 97.

tienen la virtualidad reconocida a la notificación que insta el cedente: sólo ésta da al deudor la seguridad de liberarse pagando al cesionario. Dicho de otra forma, sólo ésta confiere al cesionario la apariencia suficientemente razonable o creible de ser el nuevo titular del crédito, por lo que si el deudor le paga (de buena fe) puede estar seguro de que se libera de su obligación, aunque resulte que, por alguna razón, el cesionario accipiens no llegó realmente a adquirir el crédito o que ya no era el verdadero acreedor al tiempo de recibir el pago.

Antes de seguir adelante, creo conveniente llamar la atención sobre algo que se deduce de la interpretación que acabo de proponer de las dos reglas que en Domat se dedican a la entrega de los créditos (103). De las diversas formas de entender producida la entrega de un crédito (entrega de los títulos de pertenencia, notificación a instancia del cedente y la instada por el cesionario) sólo una de ellas (la notificación instada por el cedente) atribuye al cesionario la posesión del crédito, si por tal entendemos la condición de acreedor aparente. Hay, por tanto, dos formas de entender la expresión poseedor del crédito: en un sentido, equivaldría a cesionario a quien, por cualquiera de los medios admitidos, le ha sido entregado el crédito; en el otro, sólo es poseedor del crédito el que a instancia del cedente se le indica al deudor como nuevo titular del crédito. Es más, aun cuando las tres formas de entrega del crédito son aptas para la producción del efecto traslativo si concurren los demás requisitos, sólo una de ellas atribuye al cesionario la condición de titular aparente del crédito, puesto que sólo ésa (la notificación instada por el cedente) da al deudor la seguridad de liberarse pagando al cesionario.

Es posible que el cesionario sea titular aparente del crédito porque la cesión ha sido notificada al deudor, pero que aquél no lo haya adquirido realmente. Piénsese en los casos en que el cedente no era el verdadero titular del crédito (cesión de crédito ajeno), o en que el título (acto jurídico) de la cesión fuese nulo, o en que se trate de una venta al contado y el comprador todavía no haya pagado el precio. Dejo para otro momento la cesión de crédito ajeno y me centro en los otros dos. El problema que se plantea no es tanto el de si el pago del deudor a ese cesionario es o no liberatorio porque, partiendo de que se ha notificado la cesión al deudor a instancia del cedente, está claro que el deudor no ha de comprobar si el efecto traslativo se ha producido realmente, sino que se libera si paga al que el cedente le indica como nuevo titular del crédito. Pero si el deudor sabe que la cesión es nula, ¿se libera si paga al cesionario? ¿Está obligado a pagarle porque en la notificación así se lo ha indicado el cedente?

Creo que cuando se dice que el deudor, tras la notificación, no

(103) Las referidas en las dos notas anteriores.

puede tener como titular o como poseedor del crédito a otro que al cesionario es porque se da por supuesta la validez del título de la cesión, por lo que si el deudor conoce su invalidez, puede liberarse pagando a su verdadero acreedor, el cedente. Entonces, el problema quedaría circunscrito al siguiente supuesto: el cedente ha hecho notificar correctamente la cesión al deudor, éste sabe que la cesión no se ha producido y, a pesar de ello, paga al cesionario siguiendo la indicación del cedente, ¿podría el mismo cedente exigir el pago al deudor, demostrando que éste pagó al cesionario sabiendo que no era el verdadero titular del crédito? En otras palabras, ¿es la buena fe requisito para que el pago hecho al que sólo es acreedor aparente tenga eficacia liberatoria?

Al ocuparse Domat del pago al representante del acreedor recoge la regla según la cual si el acreedor ha revocado el poder, y a pesar de ello, el deudor paga al que había sido representante, paga bien y se libera, salvo que conociese la revocación (104). Parece que la exigencia de buena fe no deja lugar a dudas. Si aplicamos esa regla a la cesión, resulta que el deudor que conociese la nulidad de la cesión no se liberaría si, a pesar de ello, pagase al cesionario. Sin embargo, creo que hay que matizar la trasposición de la regla aplicable al pago al representante aparente al caso del pago al cesionario acreedor aparente.

Si se trata de la nulidad del título de la cesión y el deudor la conoce, pero el vendedor le ha notificado la cesión, ¿acaso no sería más lógico entender que es al cedente a quien corresponde cerciorarse de su validez antes de crear con su comportamiento la apariencia de titularidad en el cesionario? Además, en tanto no haya sido judicialmente declarada, la nulidad es algo opinable. Si el deudor hubiera pagado al cesionario y luego el cedente, que instó la notificación, le exigiese el pago, debería demostrar que el deudor pagó a sabiendas de que la cesión era nula. Pero es que, en tal caso, también es probable que el cedente hubiera debido saberlo. El caso más claro sería el de mala fe del mismo cedente: si la cesión fue simulada y el cedente, a pesar de ello, instó su notificación al deudor, parece claro que nada podrá reclamar del deudor que pagó al cesionario, aunque conociese la simulación. Un caso diferente sería aquél en que, declarada judicialmente la nulidad y conocido esto por el deudor, éste pagase al cesionario, siguiendo la notificación anterior a la declaración de nulidad. Creo que, en este caso, el deudor no quedaría liberado, como sucedía con el deudor que paga al representante del acreedor cuan-

(104) «Si un débiteur paye à celui qu'il croyoit être Procureur constitué du créancier, et qu'il ne l'étoit point; ce payement ne l'acquittera pas. Mais si le créancier qui avoit donné ordre à une personne de recevoir pour lui, révoque cet ordre, et que le débiteur ignorant cette révocation paye au contraire, il payeroit mal après que la révocation lui seroit connue» (*Des paiements*, secc. III, art. 5).

do ya conoce aquél que el poder ha sido revocado. Y creo que también es ésta la solución a los casos de resolución o rescisión de la cesión: si el deudor ya las conoce no se libera pagando al cedente, aunque la cesión le hubiera sido notificada.

Y si el deudor sabe que el precio de la venta del crédito no ha sido todavía pagado y, a pesar de ello, paga al cedente siguiendo la notificación instada por el cedente, creo que el pago será liberatorio. Y es difícil calificar a ese deudor como de mala fe. Téngase en cuenta que el vendedor, si vendió al contado, pudo negarse a la entrega en tanto no cobrase el precio. Si, a pesar de ello, hace notificar la cesión al deudor y le indica quién es su nuevo acreedor, el deudor no sólo no tiene que investigar si la venta fue o no al contado ni si el precio estaba o no pagado, sino que aunque sepa que no ha sido pagado puede entender que el vendedor se ha fiado del comprador, por lo que, a menos que el mismo vendedor le manifieste lo contrario, puede pagar tranquilamente al cedente, como titular que es, por lo menos, aparentemente del crédito.

Esto por lo que se refiere al caso en que el cedente es acreedor aparente, porque la cesión ha sido notificada al deudor, si luego resulta que no lo es realmente. Paso a analizar a continuación el caso inverso: cuando el cedente ha adquirido realmente el crédito, pero no ha sido investido de la apariencia de titularidad, porque el cedente no ha hecho notificar la cesión al deudor. Es decir, si el crédito pertenecía al cedente, el título era traslativo y válido, el crédito fue entregado mediante la entrega de los títulos de pertenencia o por notificación instada por el cedente. Este ha adquirido el crédito, pero el deudor puede no recogerlo como único y verdadero titular del crédito porque el cedente nada le ha notificado. En esta situación, ¿qué pago es el liberatorio?

Recordemos la regla sobre el pago al representante del acreedor, cuando se establece que si el deudor paga a quien él considera como tal representante y resulta que no lo es, paga mal y no se libera (105). Parece, por tanto, que si el deudor paga a persona distinta del original acreedor lo hace a su propio riesgo: si el accipiens no estaba autorizado para recibir el pago, el deudor no se libera. Aplicando esta regla a la situación creada por una cesión, cabría entender que si el deudor paga a quien él considera como su nuevo acreedor, sólo será liberatorio el pago si el accipiens es realmente titular del crédito, pero no en otro caso.

Es decir, en defecto de notificación de la cesión, si el deudor paga al sedicente cedente no tiene seguridad alguna de quedar liberado.

(105) Recordemos: «si un débiteur paye à celui qu'il croyoit être Procureur constitué du créancier, et qu'il ne l'étoit point; ce payement ne l'acquittera pas» (*vid. nota anterior*).

Esto dependerá de que, realmente, el accipiens haya adquirido el crédito. Por lo tanto, si en defecto de notificación el deudor no tiene la seguridad de liberarse pagando al cesionario, me parece claro que ese pago no le es exigible, aun cuando el deudor conozca por otros medios o vías que se ha producido la cesión, por lo que puede negarse a pagar al cesionario y, por la misma razón, puede pagar al cedente, el cual responderá ante el cesionario. También me parece que podría el deudor optar por pagar voluntariamente al cesionario, pero entonces sin tener la seguridad de liberarse si no pudiera demostrar que el accipiens había adquirido realmente el crédito.

De una interpretación conjunta de las dos reglas que contemplan situaciones de pago al acreedor aparente o al aparentemente legitimado para el cobro (106), resulta que el deudor, en la cesión del crédito, puede actuar en base a la apariencia de titularidad del crédito, dadas las dificultades que entrañaría para el deudor la exigencia de que actuase con arreglo a la titularidad real que, de ser así, él debería investigar o comprobar. Téngase en cuenta que no se requiere el consentimiento del deudor para la validez del título ni para la eficacia de la cesión, y que puede que la transmisión se produzca sin que él tenga noticia de ella (por ejemplo, cuando la entrega del crédito se realiza sin la notificación al deudor, sino mediante la entrega de los títulos de pertenencia al cesionario). Muy al contrario, al deudor se le releva de la necesidad de tener que pagar al verdadero acreedor, lo que le llevaría a tener que investigarlo, y se le permite actuar de buena fe en base a la apariencia, apariencia que resulta de que el acreedor originario haya hecho notificar o no al deudor que otro es el nuevo acreedor. Ese juego de apariencias se resume en lo siguiente: acreedor aparente y, por tanto, legitimado para ser accipiens de un pago liberatorio para el solvens, es el acreedor originario en tanto no notifique al deudor que otro es el nuevo acreedor; o, mejor, legitimado para recibir un pago con efecto liberatorio para el deudor es el acreedor originario o la persona que éste le indique.

Es decir, si no hay tal indicación, el deudor tiene la seguridad de liberarse pagando al acreedor originario, aunque éste ya haya transmitido el crédito y otro sea el verdadero acreedor. Si el deudor opta por pagar a otro que dice ser el cesionario o que él considera como tal, pagará a su propio riesgo y, por tanto, si se equivoca tendrá que volver a pagar. Y si hay tal indicación el deudor se libera pagando al indicado como nuevo titular del crédito, aunque resulte que éste no ha adquirido realmente el crédito, salvo que la cesión haya sido declarada nula, resuelta o rescindida y que el deudor lo supiera al tiempo del pago. Fuera de estos casos, si el deudor contraviene lo indicado por el cedente y paga a persona distinta del señalado

(106) *Vid.* artículos 9, secc. II, *Du contrat de vente y 5, secc. III, Des payments.*

como cessionario (al mismo cedente, por ejemplo), habrá pagado a su propio riesgo y sólo si el accipiens es el verdadero acreedor se habrá liberado; en otro caso tendrá que volver a pagar.

Aquí podemos ya constatar algo: si bien es cierto que el comprador puede entrar en posesión del crédito comprado y convertirse en su nuevo titular haciendo notificar al deudor el título en que se documente su adquisición, esto no debilita gravemente la posición del vendedor. Para empezar, puede que la venta no esté documentada, por lo que el comprador no podrá entrar en posesión del crédito sin contar con el vendedor, pues necesitará, en tal caso, de la entrega de los títulos de pertenencia, que puede no haberlos, o de la notificación al deudor a instancia del vendedor. Pero es que aunque el comprador consiga la posesión del crédito y ser su nuevo titular, ha de saber que el deudor puede negarse a pagarle, como ya se ha explicado, en tanto el vendedor no indique al deudor que el comprador es el nuevo titular del crédito: sólo así tendrá el deudor la seguridad de estar pagando con efecto liberatorio; sin esa notificación no tiene la seguridad de estar pagando bien si paga a persona distinta de su acreedor (originario-cedente).

El cedente vendedor, pues, conserva una posición de fuerza frente al comprador que no le ha pagado el precio, con tal que no haya instado aquél la notificación al deudor. Pero si el cessionario ha pagado el precio no sería justo dejar al arbitrio del vendedor indicar al deudor quién es su nuevo acreedor...

2.3.2. *La situación de los acreedores del cedente y del cessionario*

Otro de los conflictos típicos es el que puede suscitarse entre los acreedores del vendedor y el comprador, o entre los de éste y aquél. En un pasaje de su obra Domat se ocupa de si los acreedores del vendedor pueden perseguir y embargar los créditos que su deudor tiene contra terceros (107). Allí se dice que los créditos, como los bienes muebles «n'ont point de suite». Se está refiriendo a la suite de los acreedores del titular del crédito. Recordemos que los bienes muebles, según Domat, «nont point de suite par hypothèque» (108), esto es, por los acreedores del dueño.

En base a esta regla, los acreedores del vendedor no pueden embargar el crédito vendido y entregado al comprador, porque éste ya

(107) «...Les obligations et autres dettes personnelles sont comme des meubles, et n'ont point de suite. Et quoiqu'on puisse les faire saisir, pendant qu'elles son encore au débiteur, on ne peut les suivre, quand il en a fait un transport à une autre personne, et que ce transport a été signifié à celui qui est obligé envers ce débiteur, ou qu'il l'a accepté...» (nota al art. 23, secc. I, Des gages et hypothèques).

(108) *Vid.* nota 86.

es su nuevo titular (109). Pero ésta es la solución que se desprende de esa regla general. Sin embargo, en cierto modo, en el caso de la cesión de créditos parece que el tratamiento es un tanto especial: para que el crédito cedido quede a cubierto de la suite de los acreedores del cedente no es suficiente con que haya sido vendido y entregado por cualquiera de los modos o formas admitidos de entrega, sino que se requiere que se haya notificado al deudor o que éste haya aceptado.

Nos encontramos, pues, con transmisiones de la titularidad del crédito, que ya se han consumado porque ha habido entrega (por ejemplo, mediante la remisión al cesionario de los títulos de pertenencia) y que, sin embargo, no son oponibles a los acreedores del cedente, que pueden desconocerlas. Sólo la notificación al deudor o su aceptación impiden la suite de los acreedores del cedente.

La primera cuestión a plantear es si tal notificación ha de ser hecha por el vendedor o si también se admite la realización a instancia del comprador. En el pasaje que se comenta no se distingue entre una y otra. Pero, probablemente, se esté pensando en la que tiene lugar a instancia del vendedor, ya que se habla de «*signification du transport*» y no del título de adquisición, y ya antes se explicó que en Domat esa expresión parece referida a la notificación instada por el cedente, mientras que la del título de adquisición parece ser la del cesionario, ya que al cedente le basta con hacer llegar al deudor la noticia del hecho de la cesión, sin tener que demostrar el título o el contenido del acto jurídico que le sirve de causa, dado que se trata de una contra se pronuntiatio, manifestación contraria a su propio interés. De aceptarse este punto de vista, la notificación de la cesión al deudor, instada por el cesionario no paralizaría por sí sola la acción de los acreedores del cedente, si no fuese seguida de la aceptación del deudor.

Además, en favor de esta solución estaría también la propia ratio del precepto que se comenta, relativo a los acreedores del cedente. Esta no es otra que la de dificultar el fraude a los mismos, simulando cesiones onerosas. Si, para impedir el embargo del crédito por los acreedores del vendedor, fuera suficiente su entrega al comprador no sería difícil lograrlo, sin que de ello se derivasen mayores inconvenientes para las partes. Es decir, si bastara con vender y entregar el crédito por cualquiera de las formas de entrega admitidas, el vendedor podría conseguir el doble efecto de impedir el embargo del

(109) ¿Y si la venta hubiera sido hecha al contado? Porque en tal caso no basta con la entrega, sino que, para que se produzca el efecto traslativo, es necesario el pago del precio. En esta modalidad de venta los acreedores del vendedor, ¿podrían embargo el crédito vendido aunque ya haya sido entregado, si el precio no ha sido pagado? Téngase en cuenta la regla según la cual «les dettes personnelles sont comme des meubles et n'ont point de suite» por los acreedores del titular.

crédito por sus propios acreedores y, a la vez, conservar su exclusivo derecho al cobro: recordemos que mientras el cedente no haya hecho notificar la cesión al deudor, éste no tiene la seguridad de liberarse pagando al cesionario, pudiendo, en cambio, quedar liberado con toda certeza si paga al cedente. Así, pues, la notificación instada por el cedente es la que da credibilidad a la veracidad de la cesión, por lo menos, frente a sus acreedores, ya que con ella aquél queda despojado, por sus propios actos, de su apariencia de titularidad frente al deudor que, a partir de entonces, tiene la seguridad de liberarse pagando al cesionario.

En definitiva, el sentido de esta regla no es otro que el de indicar que aunque el crédito ya haya sido cedido y entregado, los acreedores del cedente pueden considerar la transmisión como no producida y embargar el crédito, sin tener que probar la simulación o sin tener que rescindirla por fraude, cuando la cesión no ha sido notificada al deudor ni aceptada por éste. No es tanto que en estas circunstancias se presuma el fraude, cuando, simplemente, que pueden desconocerla y actuar como si no hubiese tenido lugar (110).

Como se ha dicho, también la aceptación por el deudor impide que los acreedores del cedente puedan embargar el crédito, aun desconociendo la cesión ya producida. Hay que decir que la aceptación no es requisito para la perfección de la cesión, mejor, del acto jurídico que le sirve de base, ni tampoco uno de los medios de entender producida la entrega del crédito. Su relevancia es la de servir de sustituto a la notificación al deudor a instancia del cedente, para evitar el embargo por los acreedores de éste. Si el deudor aceptaba la cesión (ya producida), los acreedores del cedente tendrían que rescindirla, probando el fraude.

Queda por intentar explicar la razón por la cual la aceptación de la cesión por el deudor sea el sustitutivo de la notificación al deudor (instada por el cedente). La explicación no puede ser otra que la de dificultar el fraude. Debe ser porque el deudor aceptante se coloca en una posición más desfavorable que el no aceptante, lo cual es indicio de veracidad de la cesión. ¿En qué sentido queda el deudor que acepta en peor situación que el no aceptante? Pudiera ser que su aceptación le impida pagar al cedente, pero sin tener la seguridad de liberarse pagando al cesionario: como ha aceptado la cesión, no puede ir contra sus propios actos pagando al cedente; como éste no le ha hecho notificar la cesión, si el deudor paga al cesionario lo hace a su propio riesgo, es decir, de tener que volver a pagar si el accipiens no es el verdadero titular del crédito. Creo que, además,

(110) Creo que ésta es la interpretación que mejor se acopla a la regla que impide a los acreedores perseguir los bienes muebles, entre ellos, los créditos, cuando ya no están en poder de su deudor.

el deudor aceptante también podría ver empeorada su situación, en la medida en que no pudiera oponer al cesionario ciertas excepciones o ninguna de las que tuviese contra el cedente, por ejemplo, la de compensación. Lo que sucede es que esta segunda consecuencia desfavorable de la aceptación no está así dicha en Domat, o no la he encontrado (111).

Finalmente, recordar que los acreedores del cedente que, por haber notificación al deudor o aceptación de éste, se vean forzados a rescindir la cesión y, por tanto, a probar el fraude, si lo consiguen, nada podrán contra el cesionario de buena fe (112), siendo de mala fe el que conocía la intención defraudulenta del cedente (113). Una vez que el crédito queda embargado o que la cesión queda rescindida, los acreedores del cedente están lógicamente interesados en que esto sea notificado debidamente al deudor, para impedirle que se libere pagando a persona distinta de la que deba recibir el pago.

Y es que, lógicamente, los acreedores del cedente no pueden embargar el crédito si éste ya se ha extinguido, es decir, si el deudor ha pagado y se ha liberado. Si pagó al cedente, sus acreedores, entre quienes se encuentra el cesionario si la cesión fue válida, podrán actuar sobre lo cobrado. Y si el accipiens fue el cesionario, nada podrán contra él a menos que rescindan la cesión, probando el fraude, o que la cesión fuese nula. Y tampoco podrán dirigirse contra el deudor que, en principio, pagó bien y quedó liberado, a menos que demuestre su cooperación en el fraude o que sabía que la cesión era fraudulenta.

Por otra parte, los acreedores del comprador del crédito pueden embargarlo si ya está en el patrimonio de su deudor (el cesionario). Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que, en caso de conflicto entre los acreedores del cedente y los del cesionario, prevalecen aquéllos si la cesión no ha sido notificada al deudor o aceptada por éste. ¿Y también serían preferidos aquéllos si la venta hubiese sido hecha al

(111) No sé hasta qué punto sería difícil entender que con la aceptación de la cesión por el deudor se produce una suerte de novación, por la que éste promete la deuda o reconoce al cesionario como su nuevo acreedor, renunciando implícitamente a hacer valer frente a éste las excepciones o ciertas excepciones (la de compensación, por ejemplo) que tuviese contra el cedente.

(112) «Les aliénations de meubles & inmeubles que font les débiteurs à autre titre que de liberalité, à des personnes qui acquièrent de bonne foi, & à titre onéreux, ignorant qu'il soit fait préjudice à des créanciers, ne peuvent être révoquées, quelque intention de frauder qu'ait le débiteur: car la mauvaise foi ne doit pas causer une perte à ceux qui exercent avec lui un commerce licite, & sans part à la fraude» (De ce qui fait en fraude, secc. I, art. 3).

(113) «Pour obliger à la restitution celui qui acquiert d'un débiteur; ce n'est pas assez qu'il ait su que ce débiteur avoit des créanciers; mais il faut que le dessein de frauder lui ait été connu: car plusieurs de ceuxqui ont des créanciers ne sont pas insolubles, & on ne se rend complice d'une fraude qu'en y prenant part» (De ce qui se faut en fraude, secc. I, art. 5).

contado y el comprador todavía no hubiese pagado el precio, pues en tal caso, la titularidad del crédito no habría pasado al cessionario? (creo que no porque los créditos, como los bienes muebles, «n'ont point de suite», por los acreedores de su titular.

2.3.3. *La múltiple venta del crédito*

Otro conflicto de intereses, cuya solución siempre resulta demostrativa o reveladora del funcionamiento de un sistema de cesión, es el que se plantea cuando un mismo crédito es vendido en sucesivas veces por una misma persona a diferentes compradores. Las cuestiones que este supuesto suscita son, fundamentalmente, dos: primera, cuál de los compradores prevalece frente a los demás, es decir, cuál de ellos es el que adquiere el crédito y tiene derecho a cobrarlo; y segunda, en qué situación se encuentra el deudor, que ya ha pagado.

La primera cuestión no está expresamente contemplada en Domat, en sentido de que no proporciona una regla específica sobre la cesión o la venta múltiple de un crédito. Pero lo único que esto pone de manifiesto es que no hay especialidad alguna y que procede aplicar la regla general de la doble venta de cosas. Y ésta es muy clara: prevalece aquel de los compradores que primero entra en posesión de lo comprado, aunque no hubiera sido el primero en comprar, pudiendo los demás compradores no adquirentes dirigirse contra el vendedor, por su incumplimiento (114). Quiero llamar la atención sobre el hecho de que no se exija la buena fe del comprador que es primero en poseer. El fundamento de esta solución es doble: por una parte, sancionar la negligencia de quien es primero en comprar y no en poseer; por otra, el interés en evitar o dificultar el fraude mediante ventas secretas o antedatadas (115).

Pues bien, ésta es la regla o el criterio que decide cuál de los compradores prevalece en la doble venta, criterio que es aplicable cualquiera que sea el objeto vendido. Por consiguiente, cuando lo sea

(114) «Si la même chose est vendue à deux acheteurs, soit par un même, ou par deux différens vendurs, le premier des deux à quelle aura été délivrée, et qui sera en possession, sera préféré, quoique la vente faite à l'autre fût précédente, si ce n'est que l'un des vendeurs ne fût pas le maître de la chose vendue, et que l'autre le fut; car en ce cas celui qui aura acheté du maître, sera préféré à celui à qui la délivrance aura été faite; et dans tous les cas, l'autre acheteur aura son action de garantie contre son vendeur» (*Du contrat de vente*, secc. II, art. 13).

(115) «...comme il a été remarqué sur l'article 10 de cette section, ce n'est que par la délivrance que la vente reçoit son entier accomplissement, qui rend l'acquéreur maître de la chose vendue. Ainsi, celui qui achète le dernier, mais du vendeur qui possède encore, se mettant lui-même en possession, est préféré au premier acheteur, à qui on peut imputer de ne s'être pas mis en possession, pour se rendre maître. Et il est même de l'intérêt public, qu'on ne puisse pas troubler les possesseurs par des ventes secrètes et antédatées» (nota al art. 13, secc. II, *Du contrat de vente*).

un crédito, prevalecerá aquel de los cessionarios que primero haya entrado en posesión. Y lo primero a decidir es si vale, a estos efectos, cualesquiera de las formas o modos de entrega admitidos. Sabemos que éstas son varias: entrega de los títulos de pertenencia al cessionario, notificación al deudor de la enajenación o de los títulos de adquisición y ejercicio del crédito, existiendo acuerdo con el transmitente en que se produzca la cesión. Pues bien, si cualesquiera de ellas valen para la posesión que decide la adquisición por uno u otro de los compradores, la solución es una, pero si se entendiera que la decisiva es la notificación al deudor instada por el cedente, la cosa cambia. ¿Prevalece el cessionario que se le indica al deudor en la notificación que insta el cedente o el primero en entrar en posesión del crédito por alguna de las formas de entenderse producida la entrega del crédito?

Coherentemente con lo que he venido sosteniendo, estimo que prevalece el primero en poseer el crédito, por cualquiera de los modos admitidos. Esta debe ser la solución cuando el conflicto se suscita entre los cessionarios. Ahora bien, cuando lo que se plantea es la segunda de las cuestiones que antes apunté, es decir, si el pago que hubiera hecho el deudor es o no liberatorio, la solución no puede ser otra que la que ya conocemos: pagó bien y quedó liberado si lo hizo al que le indicó el cedente en la correspondiente notificación, aunque fuera otro cessionario el que hubiera adquirido realmente el crédito por haber sido el primero en poseerlo; como también se habrá liberado si, en defecto de notificación, hubiera pagado al cedente.

Por lo tanto, cuando de lo que se trata es de decidir cuál de los compradores ha adquirido el crédito o es de mejor derecho, porque el crédito todavía existe al estar pendiente de pago o no haber sido liberatorio el que se ha hecho, la respuesta es la siguiente: aquel de los compradores que hubiera sido primero en entrar en posesión del mismo, por cualquiera de los modos admitidos. En cambio, cuando el deudor ya ha pagado y de lo que se trata es de decidir si el pago ha sido liberatorio y, por tanto, extintivo del crédito, la solución es, como sabemos, la siguiente: habrá pagado bien si lo hizo al cessionario que el cedente le indicó en la notificación como nuevo titular del crédito; y también si pagó al cedente, no habiendo recibido notificación de ninguna de las cesiones; como también si pagó al cessionario que primero entró en posesión, por cualquier medio admitido, del crédito, aunque no hubiera habido notificación del cedente o se le hubiera notificado otra cesión. Mientras en los dos primeros casos el pago es liberatorio porque el accipiens (el cessionario indicado por el cedente o, en su defecto de notificación, el mismo cedente) es el acreedor aparente, en el tercero lo es con más razón porque el accipiens (el cessionario que es primero en poseer el crédito) es el verdadero titular del crédito, el deudor queda liberado y el crédito se extingue, claro está, pero el verdadero titular del crédito tendrá acción

(resarcitoria) contra el cedente, por incumplimiento de contrato, e, incluso, contra el cessionario que cobró si éste era de mala fe, esto es si en el momento de recibir el pago sabía que otro era el verdadero titular del crédito.

2.3.4. *La cesión de crédito ajeno.*

Otro conflicto altamente revelador del sistema traslativo es el que se plantea en la compraventa del crédito ajeno entre el verdadero titular del crédito y el comprador. El supuesto de hecho sería el siguiente: el cedente no es titular de lo que cede al tiempo de celebrar el contrato; en la cesión múltiple de un mismo crédito el cedente es titular al tiempo de concluir los correspondientes contratos. Hay cesión de crédito ajeno cuando el cedente nunca fue titular del crédito, por ejemplo, porque su título de adquisición fue inválido o no lo fue, pero nunca llegó a producirse el efecto traslativo; y también cuando el cedente había dejado de ser titular del crédito antes de la cesión, bien porque lo había transmitido, bien porque su adquisición había quedado resuelta o rescindida.

La venta de crédito ajeno sí está contemplada en Domat, y la sanción es bastante clara: la nulidad del contrato y el nacimiento de la obligación del cedente de restituir el precio con los intereses e indemnizar los daños ocasionados al comprador (116). Parece, pues descartada la adquisición a non domino del crédito. Cuando lo ajeno vendido no es un crédito sino una cosa, tampoco el comprador adquiere la propiedad, aunque haya buena fe y le haya sido entregada, sino que sólo adquiere su posesión hábil para la usucapión (117), pe-

(116) «Comme dans les ventes des meubles et des immeubles, la garantie naturelle oblige à délivrer et garantir une chose qui soit en nature; ainsi dans les ventes ou cessions de droits, comme d'une dette, d'une action, d'une hérédité, la garantie naturelle oblige à transporter un droit qui subsiste, une dette qui soit due, une hérédité qui soit échue, une action qu'on puisse exercer. Et si le cédant n'avoit pas le droit qu'il vend et transporte, la vente seroit nulle, et il seroit tenu de la restitution du prix, et de dommages et intérêts de l'acheteur ou cessionnaire» (*Du contrat de vente*, secc. X, art. 24).

(117) Recordemos que la (previa) titularidad del vendedor es requisito para que el comprador pueda adquirir.

«Si le vendeur n'étoit pas le maître de la chose vendue, l'acheteur n'est pas rendu le maître par la délivrance. Mais s'il l'a achetée de bonne foi, voyant que le vendeur en fût le maître, il se considere et il est considéré comme s'il en étoit en effet le maître. Et cet état qu'il a droit de prendre pour la vérité, doit lui en tenir lieu. Ainsi, il possède, jouit et fait les fruits siens, sans péril de rendre ce qu'il aura joui e consommé pendant la bonne foi» (*Du contrat de vente*, secc. II, art. 11).

«Si une personne vend à une autre une chose d'un tiers, et la lui délivre, l'acheteur qui l'acquiert de bonne foi, l'ayant en sa puissance, et en étant considéré comme le maître, il en a la possession, mais sans en avoir la propriété, jusqu'à ce que la longue possession la lui ait acquise; et ce tiers conserve sa propriété sans possession, jusqu'à

ro no se dice que el contrato sea nulo, como, en cambio, sí se establecía para la venta de crédito ajeno (118).

La solución prevista para la venta de crédito ajeno no debía ser distinta por el hecho de que el cedente fuera poseedor del crédito o su titular aparente. Tanto si el vendedor tiene en su poder los títulos de pertenencia porque le fueron entregados por el vendedor, como si ya se ha notificado la cesión al deudor y, en este sentido, ha entrado ya en posesión del crédito, no por ello si su adquisición fue inválida o si ya ha dejado de ser titular del crédito puede venderlo válidamente y, todavía menos, transmitir al cesionario lo que no tiene. Y cuando el vendedor del crédito ajeno no sólo está en posesión del mismo, en el sentido de que le fue entregado, sino que, además, es su titular aparente porque el cedente ha hecho que la cesión sea notificada al deudor, también es nula la venta del crédito, de forma que el cesionario no prevalecería sobre el verdadero titular, haciendo valer aquél la confianza que la apariencia de titularidad del cedente pudo suscitar. Sólo el deudor puede ampararse en la apariencia para sostener que el pago que hubiera hecho el titular aparente del crédito fue liberatorio (119).

Parecida a la venta de crédito ajeno es la que se hace por quien al tiempo de vender es su verdadero titular, si luego se resuelve o se rescinde su propia adquisición. Aquí el conflicto se plantea entre el que es cedente en la primera cesión y el que es cesionario en la segunda. Pues bien, considero que prevalece el que como consecuencia de la resolución o rescisión recupera la titularidad del crédito cedido, puesto que de las reglas generales sobre rescisión y resolución

ce qu'il agisse contre cet acquéreur pour la recouvrer» (preámbulo al título De la possession et des prescriptions).

Recordemos que cuando una misma cosa era vendida por dos personas a diferentes compradores, prevalecía aquel que la hubiese comprado al verdadero propietario, aunque el otro hubiese sido primero en poseerla (art. 13, secc. II, Du contrat de vente).

(118) «Comme il arrive souvent que les possesseurs ne sont pas les maîtres de ce qu'ils possèdent, et qu'aussi les acheteurs peuvent ne pas savoir si les vendeurs sont ou ne sont pas les maîtres des choses qu'ils vendent, il est naturel qu'on puisse vendre uns chose dont on n'est pas le maître; et la vente subsiste, jusqu'à ce que le maître fasse connoître son droit et résoudre la vente» (Du contrat de vente, secc. IV, art. 13).

La distinta sanción para la venta de crédito ajeno (nulidad), quizá, deba encontrarse en la mayor facilidad que el cesionario tiene para cerciorarse de si el crédito pertenece o no al vendedor, puesto que puede acudir a informarse al deudor. Parece, pues, que el deudor es considerado, como instrumento o medio de publicidad de la titularidad de un crédito, más fiable de lo que la posesión lo es para los derechos reales.

(119) El supuesto sería el siguiente: A vende a B el crédito que tiene contra X, al que se le notifica la cesión; B revende a C, notificándose también al deudor, el cual paga a C. Si la venta de A a B fuese nula X se ha liberado. Si la segunda venta no hubiera sido notificada al deudor, éste no se libera si paga a C, porque el pago lo haría a su propio riesgo, mientras que sí se liberaría si pagase a B, porque sería el acreedor aparente. Y si pagó a A también se habrá liberado, porque ha pagado al verdadero acreedor.

se desprende que sus efectos restitutorios se daban aun frente a terceros adquirentes, fueran de buena o de mala fe (120). La posición del deudor está sujeta a los principios ya conocidos: se libera si paga al que al tiempo del pago es el titular real o aparente del crédito (121), por lo que el que recupera el crédito está interesado en que la resolución o rescisión sean comunicadas al deudor, pues de lo contrario tendrá que demostrar que éste las conocía cuando pagó.

Hay que tener claro que lo hasta aquí expuesto va referido a la venta de créditos. No hay en Domat reglas sobre la cesión de créditos en general. La cesión no es un contrato, sino un efecto que puede tener diversas causas: compraventa, donación, permuto, dación en pago, herencia, legado... Un estudio sobre la cesión en general exigiría analizar las reglas relativas a cada uno de los títulos que pueden producirla, lo cual excede del propósito de este estudio. Además, las reglas especiales sobre cesión de crédito que más interesan son las de la compraventa: constituyen, quizá, el paradigma de las cesiones onerosas. Al lado de éstas estaría la cesión de créditos en pago de deudas del cedente (122). Frente a una y otra, la donación de créditos, que merece en Domat alguna regla específica, pero escasamente significativa, dentro de las donaciones en general (123).

CAPITULO III

POTIER

Este autor se ocupa de la cesión de créditos en diversas partes de su obra, principalmente, en su Tratado «du droit de domaine de

(120) *Vid.* artículos 12, secc. VI, Des conventions en général; 4 y 5, secc. XII, Du contrat de vente; y 6, secc. I, Des rescissions.

(121) El supuesto sería el siguiente: A vende y entrega a B el crédito que tiene contra X; B revende y entrega el crédito a C. Si A no hizo notificar la venta a X éste se libera pagándole porque A es el titular aparente del crédito. Pero también se libera si paga a C, que es el verdadero titular del crédito. Si la primera venta sí le fue notificada, no se libera si paga a A, pero sí si lo hace a B (acreedor aparente) o a C (verdadero acreedor). Y si ambas ventas le fueron notificadas sólo se libera pagando a C. Pero si paga cuando la primera venta ya ha sido resuelta o rescindida, sólo se libera si paga a A (ahora, verdadero acreedor) o si paga al que, según la o las notificaciones, es el adquirente, si él desconoce que ya se ha producido la resolución o la rescisión.

(122) *Vid.* artículo 3, secc. II, Des payements.

(123) «Tout effet que est dans le commerce peut être compris dans une donation; ainsi on peut donner une créance, et il n'est pas nécessaire pour la validité de la donation, que le débiteur y consent». (Des donations entre vifs, secc. I, art. 28).

«Le donneur doit livrer au donneataire l'effet compris dans la donation» (Des donations entre vifs, secc. II, art. 4).

propriété» y en el del contrato de venta. En el primero, al tratar de la tradición de cosas incorporales y lo hace contemplando la cesión con independencia del contrato o título que le sirve de causa. Es por esto que comienzo por la cesión en general y luego pasare a analizar las posibles especialidades de la cesión mediante compraventa, así como de la que resulta de una donación.

3.1. De la cesión en general

3.1.1. Sistema traslativo general

En el tratado de la propiedad, al ocuparse de la tradición como modo de adquirir el dominio dedica un epígrafe a la tradición de las llamadas «cosas incorporales» (124). Si bien éstas no pueden ser objeto de tradición real, ya que tampoco pueden serlo de posesión en sentido propio, como sí pueden ser objeto de una quasi-posesión consistente en el uso que de ellas se hace, también se admite una especie de tradición (125). Pero los derechos Pothier, sólo pueden efectuarse mediante la notificación al deudor del acto del traspaso, a instancia del cessionario, tal y como prescribe el artículo 108 de la Costumbre de París (126).

Si en Domat la entrega o tradición de un crédito admitía varias formas (entrega de títulos, notificación de la cesión o del título de adquisición, uso o ejercicio del derecho), Pothier sólo parece admitir la notificación a instancia del cessionario. Lo que se notifica no es, propiamente, la cesión ya producida, puesto que sin la tradición no se da el efecto traslativo: el título (contrato, generalmente) sólo produce efectos obligacionales (127). Así, pues, lo que se notifica al deudor es el título.

(124) POTHIER, *Traité du domaine de propriété*, en Oeuvres de Pothier, por M. Bugnet, nn. 214-217.

(125) «Les choses incorporelles n'étant pas susceptibles de possession, puisque la possession consiste dans une détention corporelle qu'on a d'une chose, c'est une conséquence qu'elles ne sont pas non plus susceptibles de tradition, la tradition n'étant autre chose qu'une translation de possession. Néanmoins, comme à défaut d'une possession proprement dite, on reconnaît une espèce de quasi-possession des choses incorporelles, laquelle consiste dans l'usage qu'on en fait, il doit aussi y avoir une espèce de tradition des choses incorporelles» (*op. cit.*, n.º 214.1).

(126) «A l'égard des droits de créance, lorsque quelqu'un m'a fait une cession ou transport d'une créance, la tradition ne peut s'en faire que par la signification que je fais faire de mon acte de transport à celui qui en est le débiteur.

C'est ce qui est porté par l'art. 108 de la coutume de París, qui fait à cet égard un droit commun. Il y est dit: Un simple transport ne saisis point; il faut signifier le trasport à la partie, et en donner copie» (*op. cit.*, n.º 215.1 y 2).

(127) «C'est un principe du droit romain, qui est suivi dans notre droit français, que ce n'est ordinairement que par une tradition réelle ou feinte que le domaine de

La notificación no la lleva a cabo el cessionario por sí mismo, sino por medio de un alguacil (128). Esto lleva consigo imponer al cessionario la carga de la prueba de su título de adquisición, por lo que será difícil probarlo cuando no esté documentado, si el cedente no interviene. Con todo, hay que tener en cuenta que también se admite la aceptación del deudor como sustitutivo de la notificación. Ahora bien, para que la cesión que resulta de la aceptación surta efecto para terceros —¿distintos del aceptante?— es necesaria la certeza de la fecha de la aceptación (129). Hay ya dos diferencias con respecto a lo visto en Domat.

Por un lado, en Pothier aparece ya claramente admitida la aceptación del deudor como equivalente a la notificación, en tanto en Domat sólo aparecía contemplada así para impedir que los acreedores del cedente pudieran embargar el crédito cedido. Ahora es claro que el deudor aceptante ve notablemente empeorada su situación tras la aceptación: además de asumir un cierto riesgo a la hora de tener que pagar por no haber esperado a la notificación formal, resulta que no puede ya oponer al cessionario excepciones (concretamente, la de compensación), que tuviese contra el cedente (130).

Por otro, en Pothier se está pensando en la notificación que insta al cessionario y no en la del cedente. ¿Significa eso que éste no puede instar la notificación o que ésta no surtiría los mismos efectos (trasla-

propriété d'une chose peut passer d'une personne à une autre, et qu'une simple convention que j'aurais avec vous, par laquelle nous convendrions que le domaine de propriété que j'ai d'une telle chose que je vous vends ou que je vous donne, casserait dès à présent de m'appartenir, et vous appartiendrait dorénavant, ne serait pas suffisante pour vous la transférer, avant que je me sois dessaisi envers vous de la chose par une tradition réelle ou feinte: traditionibus dominia rerum, non nudis pactis trasferuntur...» (*op. cit.*, n.º 245.1).

Continúa con una explicación del origen de esta regla. Da cuenta de la defensa que Grocio y Puffendorf hacían del sistema consensualista y concluye diciendo: «quoi qu'il en soit de cette question traitée selon le pur droit naturel, que nous abandonnons à la dispute de l'école, le principe du droit romain, que le domaine de propriété d'une chose ne peut passer d'une personne à une autre que par une tradition réelle ou feinte de la chose', étant un principe, reçu dans la jurisprudence, comme en conviennent ceux qui sont de l'opinion contraire, nous devons nous y tenir» (*op. cit.*, n.º 245 in fine).

(128) «Cette signification se fait par un sergent» (*op. cit.*, n.º 215.3 pr.).

(129) «..L'acceptation que le débiteur fait du transport, a le même effet que la signification du transport; elle tient lieu de la tradition de la créance cédée, et en transfère la propriété au cessionnaire: mais les actes sous signature privée n'ayant de date contre les tiers que du jour leur son représentés... il faut, vis-à-vis du tiers, qu'a défaut de signification du transport, la date de l'acceptation du transport, qui en tient lieu, soit constatée par un acte devant notaires, ou autrement» (*op. cit.*, n.º 215.3).

(130) «Quoique je fusse créancier du cédant dès avant le transport, cependant si, ayant connaissance de une créance, j'ai néanmoins accepté pure et simplement le transport, je suis censé avoir, par mon acceptation pure et simple, renoncé à la compensation, et je ne pourrai l'opposer au cessionnaire qui a compté sur mon acceptation, sauf à moi à exercer ma créance contre le cédant» (*Traité des obligations*, en Oeuvres complètes de Pothier, por Rogron y Firbach, T. I, París, 1935, n.º 632 in fine).

tivos) que la del cessionario? Si no se mencionó debió ser porque se dio por supuesta su admisión. Me resulta difícil creer lo contrario, ya que estamos hablando de una actuación normalmente contraria al interés de su autor (el cedente), que tiene como efecto quedar despojado de la posesión (apariencia de titularidad) del crédito, invitando al cessionario como nuevo acreedor. Lo que, quizás, sucede es que, como éste es el que suele estar más interesado en la notificación al deudor por las graves consecuencias que, en defecto de aquélla, para él se derivan, sólo se considerase oportuno aclarar que la notificación instada por el cessionario también producía los mismos efectos que la instada por el cedente, siempre que se acompañase copia del título de adquisición. No sería de extrañar que la del cedente surtiera plenos efectos sin tener que ir acompañada de copia del título de transmisión, dada la mayor credibilidad que éste merece. Es más, recordemos que en Domat sólo la instada por el cedente era la que creaba en favor del cessionario la apariencia de titularidad del crédito: sólo así tenía el deudor la seguridad de liberarse pagando al cessionario (131).

Así, en defecto de notificación o de aceptación, la cesión, esto es, el efecto traslativo no se produce, por lo que el cedente sigue siendo titular del crédito, de lo que se desprendía una serie de consecuencias (132) que paso a describir.

Si el deudor paga al cedente paga bien y se libera. El pago está bien hecho porque el accipiens no ha dejado de ser su verdadero acreedor. Y si el deudor paga al cessionario paga mal, ya que éste no es siquiera el acreedor aparente.

Los acreedores del cedente pueden embargar el crédito porque todavía se encuentra en el patrimonio de su deudor (el cedente), mientras que los del cessionario no podrían embargarlo por la misma razón. Por consiguiente, aquéllos no tienen que rescindir (por fraude) el contrato (título de la cesión) ni, por tanto, probar el fraude.

Y si el cedente hubiese contratado varias cesiones del mismo crédito prevalecería aquella que hubiera sido primeramente notificada al deudor o aceptada por éste, quedando a los demás cessionarios la facultad de dirigirse contra el cedente por incumplimiento. Fijémonos

(131) Domat, *op. cit.*, Du contrat de vente, secc. II, art. 9, transcrito en la nota 96.

(132) «Faute de signification ou d'acceptation du transport de la créance, la propriété n'en est point transférée au cessionnaire; le cédant en demeure toujours le propriétaire. Le paiement que lui en ferait le débiteur depuis la cession, serait valable et éteindrait la créance. Les créanciers du cédant peuvent saisir et arrêter sa créance sur le débiteur, et sont préférés, pour s'en faire payer au cessionnaire qui n'aurait point encore, lors de leur saisie, signifié son transport. Enfin le cédant peut, depuis la cession faite au premier cessionnaire qui n'a point signifié son transport, faire transport et cession de la créance à un second cessionnaire, laquel, s'il est plus diligent que le premier cessionnaire à signifier au débiteur ce second transport, acquerra la propriété de la créance; sauf au premier cessionnaire son recours contre le cédant» (Du domaine de propriété, n.º 215 in fine).

que no se distingue entre el cessionario que conoce y el que ignora que hay ya contratada otra cesión. Parece que esto es irrelevante, como también lo es que el primero en notificar sea un adquirente a título gratuito y que el de fecha anterior lo sea a título oneroso (siempre queda la rescisión, pero cuando de otro modo el cessionario-acrededor del cedente no haga efectivo su crédito al resarcimiento). Aunque parece que lo que se está haciendo es premiar la mayor diligencia del que es primero en instar la notificación, en realidad se está «castigando» la falta de diligencia del cessionario de fecha anterior que deja pasar el tiempo sin hacer que se notifique al deudor. No se olvide que también prevalece, lógicamente, aquella de las cesiones que fuera aceptada por el deudor mediante documento de fecha cierta, si todavía no le había sido notificada ninguna, por lo que si la aceptada no era la cesión de fecha anterior a las demás, no se puede afirmar que se esté premiando la diligencia del cessionario, porque puede que él no haya hecho nada.

Si ha habido notificación al deudor o su aceptación, se habrá producido la transmisión del crédito, siempre que, además, se dé una serie de requisitos adicionales, que han de concurrir en toda forma de tradición y que, según Pothier, son los siguientes: que el tradens sea el dueño o esté autorizado por el que lo sea para enajenarla; que la tradición sea hecha en virtud de un título verdadero o, al menos, putativo, naturalmente apto para transferir la propiedad (titularidad); y, finalmente, que medie el consentimiento de las partes para que se produzca el efecto traslativo (133). Cuando la causa de la tradición es una compraventa ha de concurrir otro requisito más para que se produzca tal efecto: el pago del precio, si la venta fue hecha al contado, pero de esto se tratará cuando me ocupe de la cesión mediante compraventa.

La primera consecuencia que de lo anterior se desprende es que la cesión de crédito ajeno no transfiere al cessionario la titularidad del crédito. Y por cesión de crédito ajeno entiendo aquella en la que el cedente no es el verdadero titular del crédito al tiempo de perfeccionarse el título que sirve de causa a la cesión, bien porque nunca lo había sido, bien porque ya había dejado de serlo (cesión anterior notificada o aceptada, resolución o rescisión anterior de su propia

(133) «Nous remarquons quatre conditions dont le concours est nécessaire pour que la tradition qu'on fait à quelqu'un d'une chose, lui en transfère la propriété, ou à celui au nom de qui il la reçoit.

Il faut: 1.^o que celui qui a fait à quelqu'un la tradition d'une chose, en soit le propriétaire, ou le fasse du consentement du propriétaire.— Il faut, 2.^o que ce propriétaire qui fait la tradition ou qui la consent, soit capable d'aliéner.— 3.^o Il faut que la tradition soit faite en vertu d'un titre vrai, ou du moins putatif, de nature à transférer la propriété.— 4.^o Il faut enfin le consentement des parties» (*últ. op. cit.*, número 218.1 y 2).

adquisición). Como también vimos en Domat, no se admite, pues, la adquisición a non domino: la regla según la cual, no se pueden transmitir más derechos de los que se tienen sólo presenta, como matiz, que no propiamente excepción, el caso en que el tradens no dueño contratase la transmisión sin estar autorizado por el dueño, si éste ratifica ex post esa actuación (134).

Ahora bien, cuando se trata de cosas, aunque el accipiens no adquiera la propiedad porque no pertenecen al tradens, si aquél es de buena fe sí recibe una posesión hábil para la usucapión (135). En cambio, en la cesión de crédito ajeno es irrelevante que se haya notificado al deudor o que éste haya aceptado, en el sentido de que el cessionario no por ello puede llegar a adquirir el crédito, pues prevalecerá el verdadero titular. Sería el deudor y no el cessionario quien podría hacer valer la notificación o, en menor medida, la aceptación, para defender el carácter liberatorio del pago que hubiera hecho al cessionario, guiándose por la apariencia de titularidad de éste.

Según parece, no habría cesión de crédito ajeno en el caso en que el cedente hubiera adquirido el crédito en virtud de un título naturalmente traslativo aunque fuese putativo (136), pues en tal caso sí se produce el efecto traslativo. Si este cessionario notifica o el deudor acepta se produce la transmisión, por lo que el cessionario puede cederlo a otro, quedando al cedente del cedente la facultad de ejerci-

(134) «C'est un principe pris dans la nature des choses, que personne ne peut transférer à un autre plus de droit dans une chose qu'il n'y en a lui-même: nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse haberet...»

De là il suit que celui qui n'est pas propriétaire d'une chose, ne peut, par la tradition qu'il en fait à quelqu'un lui en transférer la propriété qu'il n'a pas... Ce qui doit s'entendre avec cette limitation, 'à moins que le propriétaire ne donne son consentement à la tradition'; car, pour que la tradition qui est faite à quelqu'un d'une chose, puisse lui en transférer la propriété, il n'emporte que ce soit le propriétaire de la chose qui en fasse lui même la tradition, ou que ce soit une autre personne, du consentement du propriétaire» (*últ. op. cit.*, n.º 219).

Vid. también n.º 222.1 pr. *últ. op. cit.*

(135) «Lorsque la tradition n'a pas été faite ou consentie par le propriétaire de la chose, elle ne peut, à la vérité, avoir effet de transférer d'abord à celui à qui elle est faite, la propriété de la chose; mais lorsqu'elle a été faite en vertu d'un juste titre, et que celui à qui elle a été faite a été de bonne foi, c'est-à-dire, a cru que celui qui faisait la tradition, était propriétaire, elle lui transfère au moins causam usucapionis, c'est-à-dire, le droit d'acquerir un jour la propriété de la chose, par la continuation de sa possession pendant le temps requis pour la prescription» (*últ. op. cit.*, n.º 244.1).

(136) «La tradition, quoique faite ou consentie par le propriétaire de la chose, qui est capable d'aliéner, n'en transfère la propriété qu'autant qu'elle est faite en vertu de quelque titre vrai ou putatif...» (*últ. op. cit.*, n.º 228).

«On appelle justes titres, ceux qui sont de nature à transférer le domaine de propriété, des choses, tels que ceux de vente, d'échange, de donation, de legs, etc.

Généralement toute obligation que j'ai contractée de donner à quelqu'un une chose en propriété, est un juste titre pour que la tradition qui est faite de cette chose, ou de quelque autre chose en sa place, au créancier ou à quelque autre qui la reçoit de son ordre, en paiement de cette obligation lui en transfère la propriété» (*últ. op. cit.*, n.º 229.1 y 2).

tar la *condictio indebiti*, dirigiéndose, por lo tanto, sólo contra el primer cessionario (137). Y si el deudor pagase al cessionario, este pago sería lógicamente, liberatorio porque el *acciens* es, si concurren notificación o aceptación, titular, por lo menos, aparente del crédito, cuánto más si el *acciens* es un causahabiente del cessionario.

3.1.2. *Situación jurídica del deudor: requisitos de eficacia liberatoria del pago*

Si concurren todos los requisitos necesarios para que la notificación al deudor o su aceptación dé lugar a la cesión, resultará que el deudor paga bien si lo hace al cessionario, que es su nuevo acreedor, a menos que, entre tanto, hubiera dejado de serlo (resolución o rescisión de su adquisición). Pero, aun así, en la medida en que el *acciens* siga siendo el acreedor aparente, el pago sería liberatorio, si fue hecho de buena fe, es decir, si desconocía al pagar que el cessionario ya no era su acreedor. Y si el *acciens* fuese el mismo cedente el pago sería liberatorio aunque hubiese sido notificada o aceptada la cesión, si ya hubiera sido resuelta o rescindida, porque se trata del verdadero acreedor.

Creo que a esta solución puede llegarse atendiendo a las reglas generales sobre el pago al representante del acreedor, cuyo poder se ha extinguido. Acreedor aparente, según Pothier, es aquel de quien el deudor tiene justo motivo para considerarle como titular del crédito. El pago hecho a este acreedor putativo es válido, esto es, liberatorio para el deudor (138). Ahora bien, ese justo motivo que el deudor ha de tener para considerar que alguien es su acreedor o que está legitimado para recibir el pago, no existe si la apariencia en que se funda no ha sido creada por el verdadero acreedor, sino solamente por el que se presenta como acreedor o legitimado para el cobro (139). Así, el pago hecho al que el deudor considera representante del acreedor sólo es liberatorio si el *acciens* lo es realmente, puesto que el

(137) «Observez qu'un titre, quoiqu'il ne soit que putatif, suffit pour que la tradition que je vous fais de ma chose en conséquence de ce titre, que je me suis faussement persuadé exister, quoiqu'il n'existe pas, vous en transfère la propriété; j'ai seulement en ce cas, lorsque l'erreur aura été reconnue, une action personnelle contre vous, qu'on appelle *condictio indebiti*, ou *condictio sine causa*, pour que vous soyez tenu de me rendre ce que je vous ai donné» (*ult. op. cit.*, n.^o 230.1).

(138) «On répute quelquefois pour créancier celui qu'on a juste sujet de croire tel, quoique ce soit une autre personne qui soit le créancier véritable; et le paiement fait à ce créancier putatif est valable, comme s'il eût été fait au créancier véritable» (*Des obligations*, n.^o 503.1).

(139) «Ce cas-ci est bien différent du cas auquel un débiteur aurait payé sur un faux pouvoir du créancier: car, en ce cas, il n'y a nulle faute du créancier; c'est celle du débiteur, de ne s'être informé suffisamment de la vérité du pouvoir. C'est pourquoi un tel paiement est nul, et ne libère pas le débiteur...» (*ult. op. cit.*, n.^o 510 in fine).

deudor está pagando a su propio riesgo. Sin embargo, cuando paga al que ha sido representante del acreedor, el pago es, en principio, liberatorio; es decir, lo es en tanto no se demuestre que el deudor conocía la extinción del poder de representación al tiempo del pago, esto es, su mala fe. Y es que si la extinción del poder no le ha sido notificada, se presume que la ignora, siendo imputable al representado o a sus herederos la apariencia de subsistencia del poder (140). La conclusión que de esto se extrae es que el pago es liberatorio cuando el accipiens es el verdadero acreedor o su representante, o cuando lo es titular aparente o el representante aparente si el deudor paga de buena fe.

En tema de cesión de créditos esto ha de llevar a entender que si ha existido notificación al deudor, éste tiene la seguridad de librarse pagando al cessionario porque, al menos, aparentemente es el nuevo acreedor. Y el pago estará bien hecho aunque se resuelva o rescinda la cesión, siempre que el deudor pague al cessionario ignorando la resolución o rescisión (pago de buena fe al acreedor aparente), o al cedente (pago al verdadero acreedor). Y si el título que sirve de causa a la cesión fuese meramente putativo, el deudor se liberaría pagando al cessionario o a su causahabiente, que son verdaderos titulares del crédito si hubo notificación, ya que también en estos casos se produce el efecto traslativo, según se ha visto, puesto que el cedente parece tener sólo una pretensión personal recuperatoria, no ejercitable frente a terceros, entre éstos, el subadquirente y el deudor que ya ha pagado.

Ninguna salvedad he advertido en Pothier en cuanto a la equiparación de la aceptación del deudor a la notificación. Está claro que

(140) «Le paiement fait à celui à qui on a donné le pouvoir de recevoir, n'est valable qu'autant que son pouvoir dure encore lors du paiement.

... Pareillement, si le créancier a révoqué le pouvoir qu'il avait donné, le paiement fait depuis la révocation n'est pas valable: mais il faut pour cela que le débiteur qui a payé depuis la révocation, ait eu connaissance de la révocation, ou qu'elle lui ait été suffisamment notifiée, pour qu'il ait pu avoir cette connaissance; autrement le paiement fait, quoique depuis la révocation, sera valable.

La raison est que l'erreur du débiteur qui paie depuis la révocation de la procuration, vient plutôt de la faute du créancier, qui devait avertir le débiteur de cette révocation, que de celle du débiteur, qui voyant une procuration de recevoir, et ne pouvant deviner la révocation, a eu un juste sujet de payer à la personne qui avait la procuration. C'est pourquoi il n'est pas juste que le débiteur souffre de cette erreur, et puisse être obligé de payer deux fois: le créancier qui est en faute doit seule en souffrir» (*últ. op. cit.*, n.^o 510.1, 3 y 4).

«Le pouvoir expire aussi par la mort du créancier qui a donné ce pouvoir, ou par son changement d'état; putà, si c'est une femme, par son mariage; et par conséquent le paiement fait à celui qui a ce pouvoir, n'est pas valable, s'il est fait depuis la mort du créancier qui a donné le pouvoir; ou depuis le changement d'état.

Mais si la mort et le changement d'état n'étaient pas connus lors du paiement, la bonne foi du débiteur rendrait le paiement valable» (*últ. op. cit.*, n.^o 511).

una y otra tienen la misma eficacia traslativa, porque ambas son tradición (ficticia). Sin embargo, me parece necesario llamar la atención sobre la posiblemente distinta posición del deudor aceptante respecto al que no lo es y que recibe una notificación formal de la cesión. La seguridad o el riesgo en el pago al cesionario podrían no ser iguales si actúa haciendo caso a lo que en ella se dice; en cambio, si el deudor no recibe la notificación en forma y, a pesar de ello, acepta la (supuesta) cesión, me parece claro que está aceptando a su propio riesgo, es decir, a riesgo de tener que pagar mal si paga al cesionario y resulta que no había habido cesión. Esto me parece claro, lo que no me lo parece tanto es si cuando hay notificación las cosas son siempre distintas, como luego plantearé.

En definitiva, rigen los mismos principios que en Domat: el deudor se libera si paga al verdadero acreedor y también si lo hace de buena fe al acreedor aparente. Pero su aplicación es ahora distinta, por una serie de razones.

Por un lado, su aplicación es más sencilla en Pothier, porque se ha producido una simplificación. Ahora el cesionario sólo entra en posesión del crédito con la notificación al deudor o su aceptación, por lo que no hay otras formas de entrega del crédito, como la remisión al cesionario de los títulos de pertenencia, salvo para los créditos incorporados a títulos al portador (141). Además, segunda simplificación, lo que vale para la tradición no sólo vale para la producción del efecto traslativo, sino también para crear en favor del cesionario la apariencia de titularidad sobre el crédito. En cambio, en Domat había formas de entrega del crédito que no eran aptas para crear una apariencia suficiente de titularidad en favor del cesionario (la entrega de los títulos o la notificación instada por el cesionario), puesto que esta apariencia sólo resultaba de la notificación instada por el cedente. En Pothier, por el contrario, todo poseedor del crédito es también su titular aparente: es en este autor donde coincide la posesión con la titularidad aparente del crédito, porque es la notificación o la aceptación lo que da lugar a una y a otra.

Por otro, mientras que en Domat tal apariencia la creaba un acto (la notificación) del cedente o hecho a instancia suya, en Pothier resulta de un acto del cesionario (la notificación ordenada por él) o del mismo deudor (su aceptación). Así, pues, mientras que en Domat acreedor aparente es el acreedor originario o la persona que éste indique al deudor, en Pothier lo es el acreedor originario o aquel que, aparentemente, lo ha adquirido. Las consecuencias que de esta diferencia se derivan son importantes, como se irá viendo (142).

(141) *Vid. Du domaine de propriété*, nn. 216 y 217.

(142) Por ejemplo, quid, si el cedente cesionario ha falsificado el título de adquisición e insta su notificación al deudor. En Domat parece claro que no lograba adqui-

3.1.3. *Otros conflictos de intereses*

Por lo que respecta a los acreedores del cedente, si ha habido notificación o aceptación y concurren los demás requisitos para su eficacia traslativa, ya no pueden embargar el crédito ni exigir del cesionario la restitución de lo cobrado, a menos que obtengan la rescisión de la cesión por fraude.

Y si ha habido doble o múltiple cesión del mismo crédito, una vez que una de las cesiones ha sido notificada al deudor, o que éste ha aceptado una de ellas, ésa será la que prevalezca. Los demás cesionarios quedarían en la siguiente situación: aquéllos cuyo título es de fecha anterior a la de la notificación o aceptación de la cesión que prevalece tendrán acción contra el cedente por incumplimiento; los cesionarios en virtud de un título de fecha posterior lo son de crédito ajeno puesto que ya no pertenecía al cedente al tiempo de otorgar el título, por lo que podrán, en su caso, hacer efectiva contra el cedente su garantía de la existencia del crédito, lo cual depende del título (oneroso o gratuito) y de lo pactado en cada caso. El deudor, por su parte, habrá pagado bien si lo ha hecho al cedente antes de que le hubiese sido notificada alguna cesión, y también si ha pagado al cesionario cuyo título le ha sido notificado en primer lugar o cuya cesión ha sido aceptada antes de recibir cualquier notificación.

rir la condición de acreedor aparente, dado que ésta sólo resultaba de la notificación que instase el cedente, por lo que si el deudor pagaba a tal cesionario atendiendo la notificación que él mismo instaba, lo hacía a su propio riesgo, por lo que, descubierta la falsedad, el deudor tendría que volver a pagar al cedente.

En cambio, en Pothier la solución no está clara. De las normas sobre la cesión parece desprenderse que la notificación instada por el cesionario atribuye a éste la condición de acreedor aparente, por lo que aunque fuese falsa el deudor se liberaría pagando al cesionario, con lo que recaerían sobre el verdadero acreedor las consecuencias de esa falsa cesión. Esta solución sería a todas luces injusta porque él nada ha hecho para crear esa apariencia de titularidad.

Contra esa solución y en favor de entender que, demostrada la falsedad del título (de la cesión) que se notificó al deudor, el pago no fue liberatorio y que el verdadero acreedor puede exigir el pago al deudor, se podría acudir a la regla relativa al pago al representante aparente: el deudor paga a su propio riesgo si paga, aunque lo haga de buena fe, al que él considera representante del acreedor. Su buena fe le permite liberarse si paga al que, habiendo sido representante, no lo es al tiempo del pago, pero no al que falsea el poder de representación.

Esto último llevaría a considerar que el pago que hiciera el deudor al falso cesionario que ha logrado la notificación no es liberatorio, porque el cedente ha sido totalmente ajeno a la creación de esa apariencia, como lo era el acreedor falsamente representado. Lo que sucede es que la situación puede no ser igual en el caso de la cesión, desde el momento en que la notificación no la lleva a cabo el mismo cesionario, sino por medio de alguacil, por lo que podría entenderse que el deudor que recibe una notificación de este tipo no tiene que cerciorarse por su cuenta de la veracidad del título (preguntándosele al supuesto cedente). Y tampoco sabemos si en las normas de procedimiento de la época se exigía o se preveía que el órgano encargado de notificar comprobase la veracidad del título de adquisición. A pesar de todo esto, entiendo que, por analogía con la regla relativa al pago al representante aparente, recaía sobre el deudor el riesgo de la falsedad de la notificación de la cesión instada por el cesionario.

Finalmente, si el cedente era titular del crédito al tiempo de otorgar el título de la cesión, pero su propio título de adquisición quedase resuelto o rescindido posteriormente, parece bastante claro que esta resolución o rescisión también afecta a la cesión que él hiciera. Y es que el cedente transmite lo que tiene y en el estado en que lo tiene, y si su titularidad era resoluble o rescindible, la del cessionario también lo es, aunque fuera de buena fe porque, por ejemplo, el cedente no le hizo saber que su titularidad estaba sujeta a una causa de resolución (143). Es decir, resuelta la adquisición del cedente, su dantecausa recupera la titularidad del crédito o su valor, si ya se ha extinguido. Por lo demás, el pago del deudor se presume bien hecho, si pagó a la persona que se le indicó en la notificación aunque ésta fuera distinta del verdadero acreedor en el momento del pago, mientras no se demuestre que conocía la resolución o rescisión.

3.2. La venta de créditos

En esta sede (144) Pothier contempla la cesión desde los esquemas romanistas de la intransmisibilidad inter vivos del crédito (145). Acude al esquema del mandato y a la consideración del cessionario como un procurador *in rem suam*, como expediente para lograr el efecto traslativo sin desmentir frontalmente el dogma de la intransmisibilidad inter vivos (146). Sin embargo, todo esto no le impide hablar

(143) «La tradition, lorsqu'elle est faite ou consentie par le propriétaire de la chose, et que toutes les autres conditions rapportées en l'article précédent concourent, transfère à celui à qui elle est faite, le droit de propriété de la chose, qu'avait celui qui l'a faite ou consentie. Elle le transfère tel qu'il l'avait: c'est pourquoi, si le droit de propriété qu'il avait, était un droit de propriété résoluble au bout d'un certain temps, ou lors d'une certaine condition, la tradition ne fait passer à celui à qui elle est faite, qu'une propriété résoluble au bout dudit temps, ou lors de ladite condition.

Cela a lieu, quand même le propriétaire, en faisant la tradition de la chose, n'aurait pas déclaré les imperfections de son droit de propriété...» (*últ. op. cit.*, n.^o 243.1 y 2).

(144) *Traité du contrat de vente*, en Oeuvres de Pothier, por M. Bugnet, T. III, París, 1861.

(145) «Une créance étant un droit personnel du créancier, un droit inhérent à sa personne, elle ne peut pas, à ne considérer que la subtilité du droit, se transporter à une autre personne, ni par conséquent se vendre. Elle peut bien passer à l'héritier du créancier, parce que l'héritier est le successeur de la personne et de tous les droits personnels du défunt; mais, selon la subtilité du droit, elle ne peut pas passer à un tiers; car le débiteur s'étant obligé envers une certaine personne, ne peut point, par le transport de la créance, transport qui n'est point de son fait, devenir obligé envers un autre» (*últ. op. cit.*, n.^o 550.1).

(146) «Néanmoins les jurisconsultes ont inventé une manière de transporter les créances sans le consentement ni l'intervention du débiteur. Comme le créancier peut exercer contre son débiteur, par un mandataire aussi bien que par lui-même, l'action qui naît de sa créance, lorsqu'il veut transporter sa créance à un tiers, il fait ce tiers son mandataire pour exercer son action contre son débiteur; et il est convenu entre eux que l'action sera exercée par le mandataire, à la vérité, au nom du mandant, mais aux risques et pour le compte du mandataire, qui retiendra, pour lui, tout ce qu'il exigera du débiteur en conséquence de ce mandat, en n'en rendra aucun compte

de donación o de compraventa del crédito, según que el «mandatario» (cesionario) no deba o sí deba una contraprestación al «mandante» (cedente) (147). Al final, la conclusión es que de los créditos se puede disponer por cualquier título (148).

La cesión mediante compraventa merece todo un capítulo de su tratado de la venta (149). Recordemos que en Domat no lo había, sino tan sólo algunas reglas aisladas al respecto. Parece, pues, que el sentido de la evolución es el de la progresiva especialización — diferenciación, por tanto— de la compraventa de créditos respecto a la compraventa en general.

3.2.1. *El sistema traslativo: producción del efecto traslativo*

Lo primero a analizar es el sistema de cesión mediante compraventa. La existencia de un capítulo especial sobre la de créditos creo que impone buscar entre sus reglas específicas aquellas relativas a la producción del efecto traslativo, puesto que, si las hubiera, no sería necesario acudir a las generales de la compraventa. Además, habrá que tener en cuenta las que ya he analizado sobre la cesión en general.

Pues bien, Pothier dice que si la cesión de un crédito no ha sido notificada al deudor, la situación es la misma que en la venta de una cosa antes de la tradición: el vendedor sigue siendo su poseedor y propietario. Es decir, en tanto que el cesionario no haya notificado la cesión al deudor, no queda el cedente desposeído de su derecho de crédito, y esta solución la basa en el artículo 108 de la Costumbre de París (150). La tradición del crédito es, pues, requisito necesario para que se produzca el efecto traslativo, pues del contrato de com-

au mandant. Un tel mandataire est appellé par les jurisconsultes, procurator in rem suam, parce qu'il exerce le mandat, non pour le compte du mandant, mais pour son propre compte» (*últ. op. cit.*, n.^o 550.2).

(147) «Un mandat fait de cette manière est, quand à l'effet, un vrai transport que le créancier fait de sa créance; et s'il ne reçoit rien du mandataire pour consentir que ce mandataire retienne pour lui ce qu'il exigera du débiteur, c'est une donation; s'il reçoit, pour cela, de l'argent du mandataire, c'est une vente qu'il lui fait de sa créance» (*últ. op. cit.*, n.^o 550.3).

(148) «De là il s'est établi dans la pratique, qu'on peut transporter les créances, les donner, les vendre, et en disposer à quelque titre que ce soit; et il n'est pas même nécessaire que l'acte qui en contient le transport, exprime le mandat dans lequel nous venons d'expliquer que ce transport consiste» (*últ. op. cit.*, n.^o 550 in fine).

(149) *Vid. últ. op. cit.*, nn. 550 a 559.

(150) «Le transport d'une rente ou autre créance est, avant que la signification en ait été faite au débiteur, ce qu'est la vente d'une chose corporelle avant la tradition: de même que le vendeur d'une chose corporelle demeure, avant que la tradition en ait été faite, possesseur et propriétaire de la chose qu'il a vendue, ainsi que nous l'avons établi ailleurs; de même, tant que le cessionnaire n'a point fait signifier au débiteur le transport, qui lui a été fait, le cédant n'est point dessaisi de la créance qu'il a transportée. C'est ce que porte l'art. 108 de la Coutume de Paris...» (*últ. op. cit.*, n.^o 554).

praventa sólo surgen obligaciones (151). Pero de ello también se deduce que es la notificación a instancia del comprador la forma normal de entender producida la tradición (152).

Sin embargo, por lo ya dicho en relación con la cesión en general, creo que tanto la notificación instada por el vendedor, como la aceptación del deudor, son también formas de tradición del crédito en la compraventa. Lo que está claro es que la entrega de los títulos de pertenencia al comprador, que es una obligación del vendedor (153), no tiene por finalidad producir el efecto traslativo, ni poner al comprador en posesión del crédito. Creo que esa obligación no consiste tanto en entregar el crédito, cuanto en poner al comprador en situación más cómoda para tomar posesión del mismo mediante la correspondiente notificación de la compra al deudor. No olvidemos que ésta debe ser llevada a cabo por alguacil y que hay que acompañar copia del título de adquisición. La entrega de los títulos al cessionario comprador no integra, pues, el supuesto de hecho del efecto traslativo. Esta es otra diferencia respecto a Domat.

Habría que ver, además, si el contrato más la notificación o la aceptación dan lugar a la producción del efecto traslativo o si, además, se requiere el pago del precio.

En las reglas sobre la compraventa en general queda bastante claro que la tradición no transfiere la propiedad al comprador a menos que ya haya pagado el precio, o que el vendedor le hubiese fiado (154). Hay que decir que se entiende que el vendedor ha confiado en el comprador y, por consiguiente, que la tradición es traslativa aunque no se haya cobrado el precio, en los siguientes casos: cuando el vendedor concedió un aplazamiento para el pago del precio (155); cuan-

(151) «Le contrat de vente ne peut pas produire par lui-même cet effet. Les contrats ne peuvent que former des engagements personnels entre les contractans: ce n'est que la tradition faite en conséquence du contrat, qui peut transférer la propriété de la chose qui a fait l'objet du contrat...» (*últ. op. cit.*, n.^o 318.2).

(152) «Dans la vente des créances et des actions, c'est la signification du transport que l'acheteur fait au débiteur, qui tient lieu de tradition de la créance vendue...» (*últ. op. cit.*, n.^o 316 in fine).

(153) «L'obligation du vendeur d'une rente ou de toute autre créance, consiste à en délivrer les titres et à la garantir» (*últ. op. cit.*, n.^o 559.1).

(154) «Lorsque le vendeur est propriétaire de la chose vendue, et capable de l'aliéner; ou s'il ne l'est pas, lorsqu'il a le consentement du propriétaire, l'effet de la tradition est de faire passer en la personne de l'acheteur la propriété de la chose vendue, pourvu que l'acheteur en ait payé le prix, ou que le vendeur ait suivi sa foi» (*últ. op. cit.*, n.^o 318.1).

«C'est une condition particulière à la tradition qui se fait en exécution d'un contrat de vente, que la tradition que le vendeur fait de la chose vendue à l'acheteur, n'en transfère la propriété à l'acheteur qu'après qu'il en a payé le prix, ou qu'il a satisfait le vendeur pour le paiement; à moins qu'il ne parût que le vendeur a bien voulu suivre la foi de l'acheteur...» (Du domaine de propriété, n.^o 239.1).

(155) «Cette condition de payer le prix n'est sous-entendue dans la tradition que lorsque la vente a été fait au comptant, c'est-à-dire, sans porter aucun terme pour

do no se concedió plazo pero parezca, por alguna circunstancia, que el vendedor confió en el comprador, como sucede cuando no le reclamó el pago en un período de tiempo considerable (156); y también cuando el vendedor se dio por satisfecho con las garantías que le ofreció el comprador (157). Si nos fijamos, por la entidad y amplitud de los supuestos «excepcionales» en que el efecto traslativo no depende del pago del precio, resulta que éste sólo es requerido en las ventas al contado (*sans jour et sans terme*). La razón de ser de esta exigencia es que cuando se vende al contado se entiende que queda condicionando el traspaso de propiedad al pago del precio o a su aseguramiento, mientras que el que da crédito al comprador le transfiere la propiedad con la entrega (158).

Estas reglas aparecen claramente enunciadas con carácter general, como aplicables a la compraventa de cualesquiera bienes. Mientras que en Ferrière e, incluso, en Domat todavía aparecen restos de una diversa aplicación en estas reglas según se trate de ventas de bienes muebles o de inmuebles, ya parece claramente admitida su equipara-

le paiement; car lorsqu'elle porte un terme, le vendeur, en accordant ce terme, est censé avoir suivi la foi de l'acheteur pour le paiement du prix, ce qui suffit pour la translation de propriété...» (*ult. op. cit.*, n.^o 241.1).

«Lorsqu'il y a un terme accordé expressément par le contrat pour le paiement du prix, la volonté que le vendeur a eue de faire crédit ne peut être équivoque, il ne peut être douteux que la tradition faite en conséquence de ce contrat, transfère la propriété à l'acheteur» (Du contrat de vente, n.^o 323).

(156) «Il en est de même, quoique le contrat de vente ne porte aucun terme pour le paiement du prix, lorsqu'il paraît d'ailleurs, par quelques circonstances, que le vendeur a suivi la foi de l'acheteur pour le paiement. Cela s'induit même de cela seul qu'il a laissé passer un temps un peu considérable sans le demander» (Du domaine de propriété, n.^o 241.2).

«Mais si le vendeur, après avoir livré la chose, avait laissé écouler un temps considérable sans en demander le prix, il est évident, en ce cas, qu'il a suivi la foi de l'acheteur; et, par conséquent, la propriété sera censé transférée par la tradition» (Du contrat de vente, n.^o 324 in fine).

(157) «Il n'importe de quelle manière l'acheteur ait satisfait le vendeur pour le paiement, soit en lui donnat caution, soit en lui donnant un gage. Aussitôt que le créancier a reçu la caution ou le gage, la propriété de la chose vendue, dont la tradition a été faite à l'acheteur, est acquise à l'acheteur, de même que s'il en avait payé le prix...»

Observez une différence entre le paiement et la satisfaction. Le vendeur ne peut refuser le paiement du prix qui lui est offert par l'acheteur, lequel, en le consentant sur son refus, en est libéré, et acquiert la propriété de la chose vendue, dont la tradition lui a été faite, de même que s'il avait payé au vendeur. Au contraire, le vendeur ne reçoit les sûretés qui lui sont offertes par l'acheteur pour le paiement, qu'autant qu'il le veut bien...» (Du domaine de propriété, n.^o 240).

(158) «La raison est que celui qui vend au comptant, sans donner temps pour le paiement, est censé mettre tacitement à la tradition qu'il fait, la condition qu'elle ne transférera la propriété à l'acheteur qu'après qu'il aura payé, ou satisfait pour le prix» (*ult. op. cit.*, n. 239.2).

«La raison est que le vendeur qui vend au comptant, est censé n'avoir volonté de transférer le propriété que sous cette condition. Mais lorsque le vendeur a bien voulu faire crédit du prix à l'acheteur, la tradition qui lui est faite de la chose, lui en transfère la propriété avant qu'il en ait payé le prix...» (Du contrat de vente, n.^o 322.2).

ción, aplicando a todos ellos los artículos 176 y 177 de la Costumbre de París, que ya conocemos (159) y que Pothier reproduce (160), al igual que la regla, según la cual los bienes muebles «n'ont point de suite par hypothéque» (161). Estas reglas parecen aplicarse a toda compraventa, cualquiera que sea el objeto vendido.

Sin embargo, en el capítulo dedicado a la venta de créditos no se menciona el pago del precio como requisito para que se produzca la cesión. Es más, en algunas ocasiones parece decirse que la notificación al deudor no sólo supone desposeer al cedente-vendedor, sino también transmisión de titularidad, siendo ésta la explicación de por qué el deudor, después de la notificación, ya no puede pagar válidamente al cedente, y por la que los acreedores de éste ya no pueden embargar el crédito cedido: porque ya no pertenece al cedente (162). Ahora bien, ¿puede deducirse de esto que en la venta de créditos la tradición sea el único requisito para que se produzca la cesión? ¿Y todos los demás que eran necesarios para que la tradición realizase la transmisión? Entre esos otros está también el de que el tradens sea el dueño o esté autorizado por él: ¿están admitidas las adquisiciones a non domino de créditos? Desde luego que no, como hemos visto y veremos. Lo mismo cabe decir, probablemente, del requisito del pago del precio en las ventas al contado.

Hay que tener en cuenta que, más claramente todavía que en Domat, ahora los créditos y, en general, las «cosas corporales» quedan asimilados a las corporales, como muebles o como inmuebles (163).

(159) *Vid.* epígrafe 1.2.

(160) «La coutume de París a suivi ces principes. Elle suppose, en l'art. 176, que celui qui a vendu une chose sans jour et sans terme, en conserve la propriété jusqu'à un paiement du prix, nonobstant la tradition qu'il en a faite...»

...

Au contraire, dans l'art. 177, elle suppose que, lorsque le vendeur a donné terme, il est dépouillé de la propriété par la tradition, et a seulement un privilège sur la chose, pour être payé préféablement aux autres créanciers de l'acheteur, tant qu'elle est entre les mains de l'acheteur...» (Du domaine de propriété, n.º 242.1 y 3).

(161) *Vid.* n.º 320 Du contrat de vente.

(162) «Quoique le cessionnaire ait fait signifier son trasport au débiteur, à ne considérer que la subtilité du droit, le cédant, monobstant le transport et la signification, demeure toujours le créancier; c'est toujours en lui qui réside la créance. Cela résulte des principes que nous avons établis dans l'acticle précédent; mais quod juris effectus, le cédant est, par la signification du transport faite au débiteur, réputé dessaisi de la créance qu'il a cédée; il n'est plus censé en être le propriétaire; le cessionnaire est censé l'être: c'est pourquoi le débiteur ne peut plus payer valablement au cédant; les créanciers du cédant ne peuvent saisir et arrêter cette créance, parce qu'elle est censé ne plus appartenir à leur débiteur» (*ult. op. cit.*, n.º 558.1).

(163) «Les choses incorporelles n'étant point des êtres réels, mais des êtres intelleguels... ne sont point proprement par elles mêmes susceptibles de la qualité de meubles, ni de celle d'immeubles. Néanmoins comme, selon notre droit français, toutes les choses que nous avons in bonis, sont distribuées en deux classes; de meubles ou d'immeubles, les choses incorporelles, ainsi que les autres, doivent être assignées à l'une ou à l'autre de ces classes» (*Traité des personnes et des choses*, en Oeuvres de Pothier, por Bugnet, T. IX, París, 1846, n.º 247).

Es más, con bastante detalle se ocupa Pothier de decidir cuándo un crédito se ha de calificar como bien mueble o como inmueble (164). Esto abonaría la tesis de la aplicación a la venta de créditos de la exigencia de pago del precio cuando fueran hechas al contado. De ser así, en estas ventas la notificación o la aceptación no siempre producirían el efecto cesión, y el cedente-vendedor impagado tendría mayores posibilidades de actuación para cobrarse el precio o recuperar la posesión del crédito vendido y entregado, al poder hacer valer los privilegios que en los artículos 176 y 177 de la Costumbre de París se reconocen. Lo que también sucede es que la aplicación de esas reglas a la venta de créditos plantea dificultades especiales, derivadas de la existencia de un sujeto que no está en las demás ventas, como es el deudor, cuya posición es la que parece más protegida en el conjunto del sistema de cesión, mientras que las reglas contenidas en esos preceptos protegen enormemente al vendedor, sobre todo, al que vende al contado. Y también plantea problemas su aplicación si tenemos en cuenta que, además, en la venta de créditos la tradición puede producirse sin la voluntad del vendedor-cedente puesto que se admite la notificación a instancia del cesionario-comprador y la aceptación del deudor...

3.2.2. La situación jurídica del deudor: condiciones de eficacia liberatoria del pago

Si el deudor paga al vendedor antes de la notificación o de la aceptación, paga bien y se libera, quedando al comprador la posibilidad de dirigirse contra el vendedor (165). La explicación ya la conocemos: el deudor que paga al cedente antes de la tradición se libera porque el accipiens es (todavía) el verdadero titular del crédito. La situación ha quedado bastante simplificada, si la comparamos con la que había en Domat: en éste la notificación al deudor era uno de los medios de entrega y la titularidad del crédito se transmitía al cesionario con la entrega, en tanto que la notificación instada por el cedente era el único medio de investir al cesionario como acreedor aparente frente al deudor, que puede estar seguro de liberarse si actúa con arreglo a lo que su acreedor le indica.

(164) *Vid. ult. op. cit.*, nn. 248 a 266.

(165) «De là il suit qu'avant cette signification, le débiteur paie valablement au cédant son créancier; et le cessionnaire n'a d'action, en ce cas, que contre son cédant, savoir, *actio ex emplo...*, et par conséquent à ce qu'il lui remette la somme qu'il ne peut plus exiger du débiteur, qui l'a valablement payée au cédant» (*Du contrat de vente*, n.º 555).

Y, si antes de la notificación o de la aceptación, el deudor tiene conocimiento de la venta del crédito, no por esto deja de pagar bien si lo hace al cedente, no pudiendo pagar al cesionario a menos que acepte la cesión. Y, es más, el cedente puede exigir el pago al deudor y éste no puede negarse a pagarle si la venta no le ha sido notificada o si no la ha aceptado. Entre tanto, el deudor puede negarse a pagar al cesionario.

En Pothier, a diferencia de Domat, ya no es posible que el comprador haya adquirido el crédito y que, sin embargo, el vendedor siga estando, como acreedor aparente, legitimado para recibir el pago. En Domat era posible que la cesión del crédito se hubiese producido ignorándolo el deudor, mediante la entrega de los títulos al cesionario. Pero, como sólo la notificación instada por el cedente era la decisiva para desposeer al cedente de su condición de titular aparente del crédito, podía suceder que el crédito perteneciese ya realmente al cesionario, pero que el deudor pudiera negarse a pagar a otro que no sea su acreedor originario o a quien éste le indique como su nuevo acreedor, porque sólo en tal caso tenía la seguridad de pagar bien y no a su propio riesgo. En cambio, en Pothier, transmisión del crédito y creación de apariencia de titularidad en favor del cesionario van unidas, porque ambas dependen de la notificación de la venta o de su aceptación.

Pero, claro está, esta conclusión creo que no lleva a excluir en todo caso el carácter liberatorio del pago que el deudor pudiera hacer al cedente-vendedor aun cuando la venta le hubiera sido notificada o aunque la hubiese aceptado: si, como consecuencia de la nulidad o de la resolución o rescisión de la venta al cedente recuperase la titularidad del crédito, está claro que el deudor se liberaría si pagase al cedente.

Estas consideraciones son las que se desprenden de la regla según la cual el deudor se libera si paga al acreedor verdadero o al que sólo lo es aparentemente. Si paga a quien no es el acreedor aparente no por ello paga mal, sino a su propio riesgo, es decir, sin la seguridad de liberarse, dependiendo de que el accipiens resulte ser o no el verdadero acreedor. Esta regla sí es la misma que la que había en Domat. Lo que cambia es el supuesto de hecho del efecto traslativo (en Domat, cualquier forma de entrega, mientras que en Pothier sólo se admite como forma de entrega la notificación al deudor o su aceptación), así como la forma de crear la apariencia de titularidad en favor del cesionario (en Domat, la notificación de la venta al deudor a instancia del cedente-vendedor, mientras que en Pothier vale también la instada por el cesionario-comprador o la aceptación del deudor).

No quiero pasar a otra cuestión sin antes llamar la atención sobre dos consideraciones que se desprenden de lo anterior.

La primera es que la simplificación que se produce en Pothier

no sólo consiste en hacer coincidir transmisión del crédito y creación de apariencia de titularidad, sino que también se hace coincidir posesión del crédito y apariencia de titularidad, esto es, entre acreedor aparente y poseedor del crédito. Mientras que en Domat poseedor del crédito era aquel a quien hubiera sido entregado el crédito por cualquiera de las formas de entrega admitidas, en tanto que acreedor aparente era el indicado como nuevo acreedor por el cedente, en Pothier ambas expresiones designan al mismo sujeto, al cesionario cuya adquisición ha sido notificada al deudor o aceptada por éste. Así, pues, notificación o aceptación dan lugar a tres efectos favorables para el cesionario: la posesión del crédito, su titularidad real o, por lo menos, la aparente.

La segunda es que todos estos efectos pueden desencadenarse sin necesidad de que el cedente-vendedor intervenga instando la notificación al deudor. En principio, el mismo cesionario-comprador, mediante la notificación que él ordena, o el deudor, mediante su aceptación, pueden desencadenar esa eficacia: pueden desposeer al cedente de su condición de acreedor aparente y conseguir el efecto traslativo. Estimo que esto revela una posición más débil del vendedor del crédito, que parece no poder evitar fácilmente que el comprador, al instar la notificación al deudor, pueda exigirle y obtener el pago, que sería liberatorio, aun cuando aquél todavía no hubiera pagado el precio al cedente-vendedor. En Domat, en cambio, el vendedor podía evitarlo fácilmente, no instando la notificación de la venta al deudor, pues, así, si el deudor pagaba al comprador lo hacía a su propio riesgo. En Pothier, lo que puede hacer el cedente-vendedor a quien el cesionario-comprador no ha pagado el precio es resolver el contrato, pero puede que así llegue demasiado tarde, si el crédito se ha extinguido. Si la venta no está documentada el comprador se encontrará con la dificultad de acreditar su título de adquisición, en lo que necesitará de la intervención del vendedor. Con todo, me parece que las posiciones de las partes en la venta de créditos quedan en cierto modo, desequilibradas en favor del cesionario (166).

Si la venta hubiese sido hecha al contado y el precio no hubiera sido pagado, ni la notificación ni la aceptación producirían el efecto traslativo, permaneciendo el vendedor como el verdadero titular del crédito. De esto se deriva, «lógicamente», que el deudor podría, aunque le hubiese sido notificada la venta o la hubiese aceptado, liberarse pagando al vendedor, puesto que sigue siendo el verdadero acreedor. Por lo mismo, podría negarse a pagar al comprador, en tanto no acreditase tener pagado el precio. Ahora bien, ¿y si el deudor paga voluntariamente al comprador? Este pago sólo será liberatorio

(166) Cuando la venta es de bienes corporales no hay tal, porque el comprador no puede por sí sólo tomar posesión de lo comprado.

si puede considerarse al accipiens como acreedor aparente, ya que no es el verdadero titular del crédito hasta que no pague el precio.

Una primera respuesta podría ser afirmativa, considerando que este comprador sí es acreedor aparente si ha habido notificación o aceptación. Pero esta afirmación hay que matizarla. Hay que tener en cuenta que la ecuación poseedor del crédito igual a acreedor aparente tiene como presupuesto necesario que la tradición del crédito haya ido acompañada, al menos aparentemente, de todos los requisitos necesarios para que se produzca el efecto traslativo, lo cual no se da en la venta al contado si el precio no ha sido pagado. Es decir, que titular aparente del crédito es el acreedor originario o quien, al menos aparentemente, lo haya adquirido de aquél porque, en principio, se dan todos los elementos que integran el supuesto de hecho de la cesión. En la venta de créditos al contado el cessionario, que ya es poseedor del crédito porque ha habido notificación o aceptación, sólo será también acreedor aparente si parece que el precio haya sido pagado.

Y, segundo, que el vendedor de un crédito al contado no puede quedar privado, así sin más, de la apariencia de titularidad del mismo por actos que le sean completamente ajenos, como son la notificación instada por el comprador o la aceptación del deudor. Como se ha visto, al notificar hay que entregar al deudor copia del título de cesión, por lo que si de ésta se desprende que la venta ha sido hecha al contado, no puede decirse que este comprador sea el titular aparente del crédito, en tanto no acrede tener pagado el precio. Y, más aún, si no hay notificación sino aceptación del deudor, parece claro que habrá tradición, pero no lo es tanto que vaya acompañada, sin más, de cambio alguno en la apariencia de titularidad. El deudor acepta la cesión tal y como ésta es: si con esa aceptación se produce el efecto traslativo ya puede pagar al cessionario liberándose de la deuda; pero si con ella no se produce el efecto traslativo porque falta algún otro de los requisitos, el deudor ha de saber que acepta a su propio riesgo. Es decir, pienso que le sería exigible que se informase antes de los términos en que se vendió el crédito, puesto que si su aceptación no completa la transmisión y paga al cessionario que todavía no ha adquirido el crédito, creo que estaría pagando mal y que, por lo tanto, el cedente (vendedor al contado que no ha cobrado el precio) podría exigir al deudor el cumplimiento.

Ninguno de estos problemas se planteaba en Domat, ya que como el deudor sólo tenía la seguridad de liberarse pagando al que el cedente le indicase como legitimado para el cobro, el deudor se liberaba pagando al comprador si el vendedor le hacía notificar la venta si no le advertía que era al contado y que el precio no había sido pagado. Pero es que entonces la apariencia de titularidad del cessionario la creaba el mismo que resultaba desposeído de ella y no, como sucede en Pothier, por el mismo que resulta favorecido o por el deudor.

3.2.3. *Otros conflictos de intereses*

Los favorables efectos que de la notificación al deudor o de su aceptación se derivan para el comprador no se circunscriben a los ya indicados. Además, son también decisivas para que los acreedores del vendedor no puedan embargar el crédito vendido (167). Tras la notificación o la aceptación el comprador es el nuevo poseedor del crédito y, en principio, también su nuevo titular, por lo que es lógico que los acreedores del vendedor no puedan embargarlo: si ya se ha producido el efecto traslativo, porque no pueden embargar bienes que no pertenecen a su deudor y que éste tampoco posee; y si todavía no se ha producido el efecto traslativo pero sí que se ha desplazado la posesión al comprador porque ha habido notificación o aceptación, tampoco, porque los créditos, como los bienes muebles, «n'ont point de suite par hypothèque», esto es, por los acreedores del dueño.

Si ha habido notificación o aceptación parece que a los acreedores del vendedor les queda la posibilidad de rescindir la cesión por fraude, que deberán demostrar. Si lo consiguen, no por ello podrán pretender algo del deudor que ya hubiese pagado, a menos que también demuestren su participación en el fraude. Y, si todavía no ha pagado, deberían instar la notificación de la rescisión, para evitar que se libere pagando al cessionario; si no lo hacen, tendrán que demostrar que pagó conociendo la rescisión.

Los acreedores del comprador podrán embargar el crédito una vez que ha sido notificada o aceptada la venta. Ahora bien, si todavía no ha sido pagado el precio, el vendedor podrá embargar el crédito.

No hay, pues, diferencias importantes con la solución que para el mismo conflicto se prevé en la venta de otros bienes (168).

También es la notificación al deudor (o su aceptación) lo que re-

(167) «De là il suit, 2.^e qu'avant cette signification, les créanciers du céder peuvent saisir et arrêter ce qui est dû par le débiteur dont la dette a été cédée; et ils sont préférés au cessionnaire, qui n'a pas, avant cette saisie et arrêt, fait signifier son transport: ce cessionnaire n'a d'action en ce cas que contre son céder, savoir, l'action exempto, pour que son céder praeestet ipsi habere licere, et en conséquence ait à lui rapporter la mainlevée des saisies et arrêts, ou à lui payer la somme qu'il ne peut toucher du débiteur par lesdites saisies-arrêts» (*ult. op. cit.*, n.^o 556).

(168) «De là il suit pareillement que les créanciers du vendeur peuvent saisir la chose que leur débiteur a vendue, avant qu'il l'ait livrée, quand même l'acheteur en aurait payé le prix; l'acheteur, en ce cas, n'a qu'une action contre son vendeur, et n'a aucun privilège sur cette chose.

Mais si une fois la tradition en a été faite, la propriété ayant passé à l'acheteur, les créanciers du vendeur ne peuvent plus saisir cette chose, qui n'appartient plus à leur débiteur...

Les créanciers, même chirographaires, peuvent aussi en un cas suivre les meubles de leur débiteur, qui ont été livrés à l'acheteur, savoir, lorsque leur débiteur, qui ont été livrés à l'acheteur, savoir, lorsque leur débiteur, étant insolvable, les a vendus en fraude, et que l'acheteur a été participant de la fraude, ayant eu connaissance de l'insolvabilité de son vendeur...» (*ult. op. cit.*, n.^o 320).

suelve el conflicto entre varios compradores del mismo crédito, en casos de doble o múltiple venta: prevalece aquél cuya compra es la primera en ser notificada o aceptada, pudiendo los demás dirigirse contra el vendedor por incumplimiento (169). También aquí la solución es más sencilla que en Domat: tanto el conflicto entre varios compradores como la cuestión de la eficacia liberatoria del pago hecho por el deudor a uno de ellos reciben la misma solución. Y ésta es que sólo el comprador que prevalece es al que puede pagar el deudor, porque ése no es otro que aquél cuya compra le ha sido notificada o ha sido aceptada antes (170).

En la doble o múltiple venta de otros bienes prevalece aquel de los compradores a quien es entregada la cosa, quedando a los demás compradores la posibilidad de dirigirse contra el vendedor por incumplimiento, pero no pudiendo reclamar nada del comprador de buena fe que es el primero en poseer (171). Quiero llamar la atención de que en la doble venta de créditos ninguna referencia hay a la buena fe del cesionario cuya compra es la que antes se notifica o se acepta. Parece, pues, que, como ya se vio en Domat, si ese cesionario que es primero en poseer no lo fue al comprar y ya sabía entonces que el mismo crédito había sido vendido con anterioridad a otro, no por ello deja de prevalecer sobre los demás, que nada le podrán exigir. Por lo tanto, más que proteger a quien confía en la apariencia de titularidad del cedente, se está premiando la mayor diligencia del que primero insta la notificación de su compra o, mejor, se está castigando la falta de diligencia de quien siendo primero en comprar, no insta rápidamente la notificación de su compra al deudor. Esta solución para la doble o múltiple venta de un mismo crédito está en perfecta armonía con la que sobre la doble o múltiple cesión en general ya se analizó.

No es de extrañar que en la doble o múltiple venta de otros bienes sí sea relevante la buena o mala fe del comprador que es primero en poseer. El comprador de una cosa no puede entrar en posesión de ella sin el concurso del vendedor, mientras que el de un crédito

(169) «De là il suit, 3.^o que si le cédant, après avoir transporté une créance à un premier cessionnaire, a la mauvaise foi d'en faire transport à un second qui soit plus diligent que le premier à signifier son transport au débiteur, ce second cessionnaire sera préféré au premier, sauf au premier son recours contre le cédant» (*ult. op. cit.*, n.^o 557).

(170) En Domat prevalecía el primero en recibir el crédito, por cualquiera de los medios de entrega admitidos. El deudor se liberaba pagando al que el vendedor le hubiese indicado como nuevo acreedor.

(171) «De là il suit que, si le propriétaire d'une chose, après l'avoir vendue à un premier acheteur sans la lui livrer, avait la mauvaise foi de la vendre et livrer à un second, ce serait à ce second acheteur que la propriété serait transportée... Le premier n'aurait qu'une action personnelle contre le vendeur pour ses dommages et intérêts résultant de l'inexécution du contrat; et il ne pourrait la répéter contre le second acheteur qui l'aurait achetée de bonne foi...» (*ult. op. cit.*, n.^o 319).

sí puede lograrlo sin él, instando la notificación al deudor o consiguiendo la aceptación de éste. No sería aceptable penalizar al primer comprador de una cosa por no haber sido diligente cuando la entrega depende del vendedor, que vuelve a vender y entrega a otro. En la venta de créditos, además, uno no sabe hasta qué punto se puede considerar como de mala fe al que antes de comprar un crédito se dirige al deudor para saber si el que se lo va a vender sigue siendo o no su titular, si el deudor le contesta que no se le ha notificado ninguna cesión. Si éste compra el crédito conociendo que ya ha sido vendido antes, puede pensar que esa venta anterior no ha sido válida o ha quedado resuelta, puesto que no ha sido notificada, y si su compra es la primera en ser notificada, él será el nuevo acreedor, a quien el deudor puede pagar con efecto liberatorio (172).

Por lo que respecta a la venta de crédito ajeno, no he encontrado entre las normas especiales sobre la venta de créditos una regla como la que había en Domat, en la que se sancionaba este tipo de cesiones con la nulidad. Lo que sí se impone al vendedor es la garantía de derecho que, entre otras cosas, comprende la pertenencia del crédito al vendedor (173). Esto significa que si el crédito no le pertenecía (o no existía), el cedente debía indemnizar y, sobre el cesionario, prevalecía el verdadero titular del crédito. Considero que es aplicable la regla que exige, para la producción del efecto traslativo con la tradición, que tradens sea el dueño o que esté autorizado por el que lo sea para transmitir (174).

El hecho de que el vendedor de un crédito ajeno fuese, sin embargo, su poseedor, y que el cesionario pasase a serlo con la notificación o la aceptación, en modo alguno permite entender que también llegase a adquirir la titularidad del crédito a non domino. Piénsese en el caso en que el cedente ha sido su titular, pero ha dejado de serlo en virtud de la rescisión o resolución de su adquisición (175). Este

(172) ¿Y si el primero en poseer el crédito lo había comprado al contado y todavía no había pagado el precio? Literalmente aplicada la regla que da preferencia al primero en la posesión (notificación o aceptación), él sería el que prevalecería sobre los demás, adquiriendo el crédito cuando pagase el precio. Ahora bien, si la ratio de la regla es dar la preferencia al primero en completar todos los requisitos para la adquisición del crédito, la solución podría ser diferente cuando el primero en poseer no ha completado su adquisición...

(173) «On distingue deus expès de garanties de rentes et autres créances; celle de droit et celle de fait.

Celle de droit est ainsi appellée, parce que le vendeur en este tenu de plein droit, sans qu'on en soit convenu, et par la nature même d contrat; elle consiste à défendre l'acheteur des demandes de ceus qui en revendiqueraient contre l'acheteur la propriété, ou qui y prétendraient des hypothèques» (*últ. op. cit.*, n.º 559.2 y 3).

(174) *Vid. n.º 318.1 Du contrat de vente y nn. 219 y 222 Du domaine de propriété.*

(175) Recuérdese que, según Pothier, un título putativo no deja por ello de ser apto para que la entrega que, en virtud de él se realiza, tenga eficacia traslativa. Así, si el que adquirió por un título putativo un crédito lo cede a otro, éste adquiere el crédito, pero no a non dominio.

comprador-poseedor no puede ampararse en la apariencia de titularidad de su vendedor para prevalecer sobre el verdadero titular del crédito. En cambio, el deudor sí se libera si paga al que, en el momento del pago, era su acreedor aparente, según la notificación, a menos que el deudor ya conociese, al pagar, que otro era el verdadero acreedor.

Y si el vendedor era titular del crédito al tiempo de la venta pero su adquisición quedase resuelta o rescindida posteriormente, no habría propiamente venta de crédito ajeno, pero los efectos recuperatorios del crédito en favor del cedente del vendedor sí afectaría al comprador, que perdería la titularidad del crédito, puesto que su titularidad estaba sujeta a la resolución si se resolvía la de su vendedor (176). El deudor, en cambio, si pagó en base a la notificación quedó liberado, a menos que ya conociese la resolución al pagar.

3.3. La donación de créditos y conclusión

Por lo que respecta a la donación, entiende Pothier que la tradición es requisito de validez y no tan sólo de eficacia. Por lo tanto como el artículo 108 de la Costumbre de París establece que la notificación al deudor es lo que hace las veces de tradición en los créditos, la conclusión es que sin tal notificación la donación no es válida (177). Parece ser que otros autores sostenían que este requisito no era de validez (178).

Frente a Domat, son de resaltar dos notas.

Primero, la simplificación de las soluciones en el sentido de concentrar en la existencia o no de la notificación al deudor o de su aceptación la producción de todos los efectos importantes (desposición de cedente y transmisión del crédito), así como la solución en un sentido u otro de los diversos conflictos de intereses.

Y, segundo, la admisión de la notificación hecha a instancia del cesionario para la producción de todos esos efectos. De esto se puede desprender que cuando la cesión se lleva a cabo mediante un contrato

(176) *Vid.* n.º 243 *Du domaine de propriété.*

(177) «Quoique les choses incorporelles ne soient susceptibles ni de possession ni de tradition proprement dites, néanmoins la donation de ces sortes de choses n'est pas dispensée de la nécessité de la tradition; et ce qui equipolle à la tradition à l'égard de ces sortes de choses, doit intervenir pour que la donation soit valable. C'est pourquoi, comme à l'égard des créances, c'est la signification que fait le cessionnaire de son transport au débiteur de la créance qui le saisit et equipolle à la tradition, suivant l'art. 108 de la coutume de Paris, qui est suivi par-tout; il s'ensuit que pour que la donation d'une créance soit valable, il faut que le donataire signifie au débiteur la donation» (*Traité sur les donations entre viifs et le contrat de mariage*, t. I, París, 1810, p. 41).

(178) *Vid.* últ. *op. cit.*, pp. 41 y 42.

sinalagmático, hay un notable desequilibrio en perjuicio del cedente. Parece que éste, una vez que da su consentimiento a la formación del título que sirve de causa a la cesión, pierde el control efectivo del crédito, aun cuando él no reciba la contraprestación, puesto que el cesionario puede tomar posesión del crédito y, por ello, el deudor queda liberado pagándole.

CAPITULO IV

BOURJON

En su obra sobre el derecho común y la Costumbre de París (179) se ocupa de la cesión de créditos en tres lugares, principalmente: la cesión en pago, la compraventa y la donación, como analizo a continuación.

4.1. Cesión de créditos en pago de deudas del cedente

Comienzo por la cesión de créditos que el deudor-cedente hace a su acreedor-cesionario en pago de una deuda. Esta cesión está regulada por normas que se presentan como inspiradas en el artículo 108 de la Costumbre de París. Así, tras afirmar que la cesión, aceptada por el cesionario, extingue la deuda que con él tenía el cedente (180), recuerda que el cesionario no se convierte en titular del crédito cedido sino con la notificación al deudor (cedido), comunicándole los términos de la cesión, si es que el deudor no presenció la cesión (181).

El cesionario, pues, no adquiere el crédito con el solo convenio o pacto de cesión, sino que se precisa de la tradición, de la toma de posesión del crédito por el adquirente, para que sea tenido por su nuevo titular. Y esta toma de posesión se lleva a cabo mediante

(179) *Droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principes*, París, 1747.

(180) «Le transport fait par un débiteur à son créancier pour demeurer par lui quitte, & accepté comme tel par le créancier, est un véritable payement qui éteint la dette: il n'en est pas de même du mandement; ce dernier est fort différent de l'autre, c'est-à-dire, du premier qui peut conserver l'ancienne action, ou en produire une nouvelle....» (BOURJON, *op. cit.*, t. II, p. 447, art. 1).

(181) «Le transport est assujetti à une formalité; le cessionnaire ne devient vrai propriétaire de la créance cédée que par la notification de son droit à celui qui doit la dette cédée, si celui-là n'a pas parlé dans le transport; notification qu'il doit faire à ce débiteur par la signification entière du transport fait à son profit, sans laquelle il courroit les risques de l'inexécution du transport» (BOURJON, *loc. cit.*, art. 3).

la notificación al deudor de la cesión en su integridad, que es la forma de entrar en posesión de un «derecho incorporal» (182). No obstante esto, se considera que no se requiere la notificación si el deudor presenció la cesión (183). Creo que esta presencia tiene un sentido: que el deudor ya conoce la cesión y, sobre todo, que no se ha opuesto a ella. ¿No sería ésta una forma de aceptación tácita de la cesión? Si así fuera, nos encontraríamos con que la tradición del crédito se produce con la notificación al deudor o con su aceptación, entendiéndose que acepta si presencia la cesión sin decir nada. Las consecuencias que se derivan de la toma de posesión del crédito por el cessionario son, fundamentalmente, las que ya conocemos...

El cedente permanece como titular del crédito hasta la notificación al deudor, siendo ésta lo que le desposee del crédito (184). De esto se deriva que los demás acreedores del cedente puedan embargar el crédito cedido en tanto no se haya notificado la cesión al deudor: hasta entonces no puede el cessionario oponerles la cesión (185). El cessionario, por lo tanto, sólo podría cobrarse con el crédito una vez satisfechos los acreedores del cedente, que habían embargado antes de la notificación (186). Y si el conflicto surge entre dos cessionarios de un mismo crédito, que les ha cedido la misma persona, prevalece aquel que notifica (187), o que primero notifica (188). Y si el cessionario ya ha notificado la cesión al deudor y es después cuando los acreedores del cedente embargan el crédito, el cessionario puede interponer la correspondiente tercera y, aunque en principio no lo necesitaba para dirigirse contra el deudor (cedido) y exigirle el pago, se considera

(182) «Cette signification fait la saisine du cessionnaire, c'est-à-dire, sa prise de possession... la possession d'un droit incorporel ne pouvant s'acquérir autrement...» (BOURJON, *loc. cit.*, art. 4).

(183) «La présence du débiteur dans le transport exempte de la nécessité de la signification d'ici lui, en opérant sa parfaite notification; ainsi en ce cas, il n'est plus nécessaire pour opérer la saisine du cessionnaire, que son transport ait été signifié; il est en ce cas, & avec raison, réputé tels» (BOURJON, *op. cit.*, t. *cit.*, p. 448, art. 7).

(184) «Jusqu'à la signification du transport d'une dette exigible, la dette cédée est toujours censée appartenir au cédant; c'est une signification qui le dépossède, & qui saisit le cessionnaire...» (BOURJON, *ult. loc. cit.*, art. 8).

(185) «De-là il s'ensuit, que s'il survient des saisisses sur le cédant avant la signification du transport, les saisissans touchent nonobstant le transport, lorsque leurs saisies sont antérieures au transport...» (BOURJON, *ult. loc. cit.*, art. 9).

(186) «Pour scâvoir ce que les saisissans touchent nonobstant le transport, il faut distinguer si la dette cédée est exigible; en ce cas, ils la touchent jusqu'à concurrence de leur créance, dans le cas qu'elle est plus forte que ce qui leur est dû, & en totalité si elle est lus foible; l'antériorité de leurs saisies sur la signification du transport, leur donne ce droit de préférence» (BOURJON, *ult. loc. cit.*, art. 10).

(187) «Faute de cette signification, un second transport, quoique postérieur au sien, mais signifié, prévaut...» (BOURJON, *op. cit.*, t. *cit.* p. 447, nota al art. 3).

(188) «De ce que dessus il résulte, que s'il y a deux cessionnaires, celui dont le transport a été le premier signifié, l'emporte sur l'autre cessionnaire dans le cas de la dette à une fois payer; ils ont entr'eux le droit que les saisissans ont les uns contre les autres» (BOURJON, *ult. loc. cit.*, art. 13).

ra justo permitir al deudor no tener que pagar al cesionario hasta que haya quedado resuelta en su favor la tercería (189).

De esta última regla parece desprenderse que el cesionario no puede exigir el pago al deudor cedido si todavía no ha entrado en posesión del crédito. También, que el deudor paga bien si lo hace al cedente antes de la notificación, salvo que presenciara la cesión sin decir nada. Y que el deudor se libera pagando al cesionario que ya ha tomado posesión del crédito, el cual ya puede exigir el pago al deudor. Sólo si el crédito hubiese sido embargado (después de la notificación) podía el deudor negarse a pagar al cesionario-poseedor del crédito, en tanto no se aclaren las cosas.

4.2. La venta de créditos

4.2.1. Producción del efecto traslativo

También aquí reconoce Bourjon la transmisibilidad inter vivos de los créditos, sin necesidad de acudir a los esquemas romanos del mandato (190). Claramente se dice que se adquieren mediante la cesión que de los mismos hace su legítimo titular (191).

Las reglas que rigen esta cesión también se dicen inspiradas en el artículo 108 de la Costumbre de París, por lo que el cesionario-comprador no adquiere verdaderamente el crédito hasta que toma posesión del mismo, mediante lo que hace las veces de tradición: la notificación de la cesión al deudor (192). Se entiende que hasta la notificación es el cedente quien sigue siendo titular del crédito (193), de manera que en nada parece haber cambiado el sistema traslativo. Sin embargo, se matiza después y se dice que se trata de una presun-

(189) «Si depuis la signification du transport il survient des saisies sur le cédant, le cessionnaire a la voie ouverte & qualité pour en demander main-levée; il pourroit même dans la rigueur poursuivre le débiteur de la dette exigible à lui cédée, monobstantces saisies, puisqu'elles ne sont pas faites sur lui; mais la Justice autorise la neutralité du débiteur, & oblige la cessionnaire à lui en fournir la main-levée...» (BOURJON, *op. cit.*, *t. cit.*, p. 448, art. 5).

(190) «Les droits incorporelles peuvent s'acquérir comme les autres biens, puisqu'ils sont comme eux dans le commerce» (BOURJON, *op. cit.*, *t. I*, p. 405, art. 1).

(191) «On acquiert les droits incorporels par la voie du transport qu'en fait le légitime propriétaire; tel acte opère vente d'iceux» (BOURJON, *ult. loc. cit.*, art. 2).

(192) «La nature de ces effets rendant la délivrance réelle impraticable, la loi y a pourvu par une certaine mise en possession» (BOURJON, *ult. loc. cit.*, art. 7).

«On entre en possession de ces droits par la signification du transport, et cette signification doit se faire au débiteur de l'effet cédé; telle mise en possession produit tous les effets d'une possession corporelle» (BOURJON, *op. cit.*, *T. I*, p. 406, art. 8).

(193) «Jusqu'à la signification du transport la propriété de la dette cédée est toujours présumée résider dans la personne du cédant» (BOURJON, *ult. loc. cit.*, art. 10).

ción de titularidad en favor del cedente hasta que se produzca la notificación, que sólo rige para el deudor y para los acreedores del cedente, pero no para el mismo cedente, que quedó suficientemente despojado del crédito por la misma venta; y, todo ello, según Bourjon, es conforme al espíritu del artículo 108 de la Costumbre de París (194).

Parece, pues, que se está vieniendo a decir que con el contrato se produce la cesión inter partes, mientras que la notificación es lo que hace que el deudor y los acreedores del cedente hayan de reconocer al cessionario como el nuevo titular del crédito. Estamos, por tanto, ante un sistema híbrido de cesión, intermedio entre el tradicional de título y modo, que exige la toma de posesión (notificación) por el cessionario, y el consensualista, que no la exige para que se produzca la transmisión. Ahora nos encontramos con que el cedente queda despojado (del crédito) con el sólo contrato que sirve de causa a la cesión, pero permaneciendo hasta la notificación de la cesión al deudor, como titular presunto del crédito en relación al deudor y a los acreedores de aquél.

Algo parecido ya había sido (195) o era sostenido (196) por otros autores. En estos otros quedaba clara su opinión en el sentido de que el contrato producía el efecto de cesión entre cedente y cessionario, mientras que la notificación era lo que permitía que los terceros pudiesen considerar al cessionario como nuevo titular del crédito. Es decir, para esos autores, parecía que la notificación no era tanto un requisito de *oponibilidad de la cesión frente a los terceros* —de serlo éstos podrían desconocerla entre tanto, pero podrían hacerla valer si les conviniese—, cuanto el segundo acto del proceso de cesión, esto es, el requisito adicional, necesario para que la cesión fuese *eficaz en relación* («*a l'égard*») a los terceros, que, por lo tanto, no sólo no tenían por qué resultar perjudicados por ella sino que tampoco podrían hacerla valer aunque quisieran, porque para ellos nada había

(194) «*Cette présomption de propriété dans la personne du cédant, nonobstant le transport, lorsqu'il n'a pas été signifié, n'a lieu que relativement au débiteur de la dette cédée et relativement aux créanciers du cédant, et non par rapport au cédant même, qui est suffisamment dépouillé par le transport. Tel est l'esprit de la Coutume*» (BOURJON, *ult. loc. cit.*, art. 11).

(195) «*Le simple transport d'une dette active mobiliaire...ne suffit & n'a effet à l'égard du débiteur, & tiers personnes, que du jour qu'il a été signifié & copie laissée au débiteur...*» (C. FERRIÈRE, *op. cit.*, cc. 201-202, observación n.º 1).

(196) «*Transport ne saisit que du jour qu'il a été signifié; c'est-à-dire, qu'il n'a d'effet à l'égard du débiteur sur qui le transport est fait, & autres tierces personnes, que du jour qu'il a été bien & dûment singifié, & copie baillée au débiteur...*» (C. J. FERRIÈRE, *Dictionnaire de droit et du politique*, nouvelle ed., t. II, 1762, p. 10427).

«*Néanmoins, nonobstant le défaut de signification, le transport est valable, & a son effet au profit du cessionnaire contre le cédant*» (C. J. FERRIÈRE, *loc. cit.*, página. 1043).

cambiado hasta la notificación o, en su caso, la aceptación del deudor (197).

Como se verá en el epígrafe siguiente, al analizar la posición del deudor en cuanto a las condiciones del pago liberatorio, no está claro si antes de la notificación al deudor, éste puede negarse a pagar al cedente haciendo valer el contrato que sirve de causa a la cesión. Y es que Bourjon no precisa si la notificación es requisito para que la cesión, ya producida inter partes, sea oponible en perjuicio de terceros, que pueden desconocerla si les perjudica pero que podrían hacerla valer si les interesa (deudor que pagó al cesionario antes de la notificación), o si, en cambio, es requisito para que la cesión pueda tener cualquier eficacia (favorable o no) en relación a terceros, de forma que antes de la notificación no habría cambiado nada para ellos.

Hay que decir que la venta de bienes muebles se rige por reglas parecidas, ya que el contrato tiene efecto traslativo inter partes, mientras que la entrega al comprador es lo que hace que éste sea tenido por nuevo titular por los terceros (198), entendiendo por tales los acreedores del vendedor u otros compradores de la misma cosa (doble o múltiple venta). Así, el comprador que no llega a ser poseedor de lo comprado no puede hacer valer su derecho de propiedad frente a terceros, puesto que, según Bourjon, una de las consecuencias de la regla «*en fait de meubles possession vaut titre*» (199) es que el comprador de bienes muebles que no ha llegado a ser su poseedor no puede reivindicarlos, ni aunque acreditase la compra mediante un documento auténtico, ni tampoco puede impedir que los acreedores del vendedor los embarguen si todavía están en posesión de su deudor; dice que, de no ser así, los deudores podrían fácilmente defraudar a sus acreedores (200).

(197) C. J. Ferrière también admite expresamente la aceptación del deudor como sustitutivo de la notificación: «*Lorsqu'un transport a été accepté par le débiteur de la chose cédée & transportée, il n'a pas besoin d'être signifié*» (*ult. loc. cit.*).

(198) «*L'effet de l'achat du meuble, est d'en faire passer la propriété dans la personne de l'acheteur; c'est son effet naturel*» (BOURJON, *op. cit.*, t. I, p. 397, art. 1).

(199) «*Le principe fondamental de cette matière est, que par rapport aux meubles, la possession d'iceux vaul titre de propriété, ainsi le déplacement y est bien important...»* (BOURJON, *op. cit.*, t. II, p. 563, art. 1 De la revendication des meubles et effets mobiliers).

(200) «*Du même principe, il s'ensuit qu'un contrat de vente, quoiqu'authentique, mais sans déplacement des meubles, est insuffisant pour fonder en faveur de l'acheteur une demande en revendication, et que la saisie sur le vendeur de tels meubles, quoique vendus par le possesseur, mais sans déplacement, est bonne, encore que le contrat de vente soit antérieur à celle...*

En effet, cessant cette juste rigueur, les débiteurs mal intentionés seroient maîtres de mettre leurs meubles à couvert de la poursuite de leurs créanciers; il faut donc conclure de-là, qu'on ne peut avoir égard à une vente de meubles, quoique justifiée par un titre, lorsque cette vente n'a été confirmé par le déplacement et l'enlèvement d'iceux» (BOURJON, *ult. loc. cit.*, art. 3).

A las reglas anteriores sobre la transmisión habría que añadir la que resulta del privilegio que se concede al vendedor para el cobro del precio sobre el bien mueble vendido. Si éste está en poder del comprador, el vendedor puede embargarlo y cobrarse con preferencia a los demás acreedores del comprador, con tal que acredite la venta (201). Pero si la cosa está en poder de un adquirente del comprador la situación del vendedor impagado no es siempre la misma. También en Bourjon subsiste la distinción entre ventas al contado y las demás. Si el vendedor concedió un aplazamiento al comprador ya no puede reivindicar frente al subadquirente, y sólo se le reconoce el privilegio sobre el derecho de su deudor (el comprador-revendedor) a recibir el precio del subadquirente (202). Y si la venta fue al contado, si podría el vendedor insatisfecho reivindicar el bien mueble vendido frente a cualquiera que fuera su poseedor, porque en este tipo de ventas el comprador no adquiere la propiedad con la entrega si no ha pagado el precio (203). Pero ahora se impone al vendedor un breve plazo de tiempo (ocho días) para ejercitar esa reivindicatoria, pasado el cual sólo podrá hacer valer su privilegio sobre el precio que el subadquirente adeude al comprador (204).

Se trata, una vez más, de los artículos 176 y 177 de la Costumbre de París, donde nada se indica de su aplicabilidad a la venta de créditos. Repito que sólo su asimilación a los bienes muebles como «dettes mobiliaires» permitiría su aplicación, asimilación que, a diferencia de Pothier, no aparece expresamente reconocida en Bourjon.

(201) «Comme tout privilège est de rigueur, le vendeur du meuble qui se trouve saisi et exécuté sur celui qui l'a acheté, n'a privilégié que lorsque la vente d'icelui se trouve juridiquement constatée...» (BOURJON, *op. cit.*, T. II, p. 560, art. 79).

(202) «Le droit de revendiquer la chose cesse, si le vendeur a donné terme, & il ne peut empêcher la vente de la chose, parce que l'acheteur en est devenu propriétaire, puisqu'en ce cas la vente & l'achat ont été parfaits, mais il a un privilégié sur le prix provenant d'icelle... privilégié fondé sur ce que c'est le crédit qu'il a fait qui a mis l'effet parmi les biens du débiteur...» (BOURJON, *ult. loc. cit.*, art. 80).

(203) «Lorsqu'il a vendu sans jour en sans terme, espérant être payé promptement, il peut empêcher la vente & revendiquer la chose; dans ce cas ci, son privilégié est plus étendu que dans l'autre; l'imperfection de la vente, imperfection qui est constante en ce cas, fonde ce second privilégié».

«Cette distinction a cependant une juste base: elle est fondée sur ce que l'acheteur ne devenoit propriétaire d'icelle que sous une condition, qui étoit de payer le prix; condition qu'il n'a pas remplie, & qui a par conséquent laissé la convention imparfaite & incapable de transférer la propriété de la chose» (BOURJON, *ult. loc. cit.*, arts. 81 y 82).

(204) «Mais ce droit est sujet à une forme: pour exercer ce droit de revendication, il faut que le vendeur agisse incontinent & au plus tard dans la huitaine de la livraison, si le vendeur et l'acheteur sont demeurans en même ville, après lequel tems il y auroit fin de non-recevoir, parce que la juste présomption est en ce cas, que la vente n'a pas été faite sans jour et sans terme, qu'un plus long délai auroit été préjudiciable au commerce; & après ce délai, il n'y a plus que le privilégié sur le prix, & non le droit de revendiquer, qui subsiste (BOURJON, *ult. loc. cit.*, p. 561, art. 83).

4.2.2. Situación del deudor: condiciones de eficacia liberatoria del pago

Está claro que la presunción de titularidad en favor del cedente que, según Bourjon, opera frente al deudor hasta la notificación (205) le permite liberarse pagando al cedente. También parece poder deducirse de esto que, tras la notificación, el deudor tiene la seguridad de liberarse pagando al cesionario, a quien debe tener por su nuevo acreedor. Pero esto no permite resolver todas las cuestiones posibles, especialmente, la siguiente: si, antes de la notificación, el cedente exige el pago al deudor, ¿puede éste oponerle la venta (u otro título) que sirve de causa a la cesión? Si el deudor ya hubiera pagado al cesionario, ¿habría de volver a pagar al cedente si éste se lo exigiera, no habiendo notificación?

Si la notificación al deudor fuese exigida como requisito de oponibilidad de la cesión frente a terceros, en concreto, frente al deudor, la respuesta sería afirmativa. Es decir, si la cesión se produjese con la perfección del contrato y la notificación no pasase de ser el medio de publicidad que permite a cedente y cesionario hacer valer la cesión en perjuicio de terceros, resultaría que si éstos la conociesen y pudiesen probarla podrían hacerla valer, si les interesa. Así, el deudor podría negarse a pagar al cedente y pagaría bien si lo hiciese al cesionario, aunque no le hubiese sido notificada la cesión.

En cambio, si la notificación al deudor no sólo fuese el medio de publicidad de la cesión sino también un requisito o parte integrante del supuesto de hecho del efecto traslativo en relación a los terceros, la cosa cambiaría. Si así fuera, no sólo no les sería oponible la cesión, sino que tampoco podrían ellos utilizarla aunque les interesa. Así, en defecto de notificación, el deudor no podría negarse a pagar al cedente aunque pudiese demostrar la venta del crédito, porque el deudor no puede sino que debe considerar al cedente como a su único y verdadero acreedor. Del mismo modo, pagaría mal si lo hiciera al cesionario antes de la notificación, porque éste no es para el deudor el titular verdadero ni aparente del crédito.

Pocas dudas creo que al respecto podían existir cuando se analizó la cuestión en los anteriores autores: la notificación era requisito para la producción del efecto traslativo, efecto que se entendía producido al mismo tiempo para todos, cedente, cesionario y terceros. En esa situación estaba claro que el deudor no podía negar el pago al cedente ni liberarse pagando al cesionario, antes de la notificación.

El problema se plantea cuando se afirma que el título produce, por sí solo, el efecto traslativo inter partes, mientras que para los terceros se requiere la notificación al deudor. Diciendo sólo esto está

(205) *Vid.* texto transscrito en nota 194.

claro que la cesión no notificada es inoponible a los terceros, es decir, no les perjudica, pero queda sin resolverse si el deudor puede hacerla valer, si le interesa, frente al cedente.

En ocasiones, aun manteniendo esa distinción entre partes y terceros en la producción del efecto traslativo, la cuestión es relativamente fácil de resolver. Así, se dice que la cesión no notificada al deudor «n'a effet à l'égard du débiteur et tiers personnes» (206), con lo que parece darse a entender que no debe surgir efecto alguno en relación a ellos, ni a favor ni en contra, de manera que tampoco pueden servirse de ella aunque les interese. Lo que sucede es que, a pesar de esta inicial claridad, esa afirmación general de total ineficacia para los terceros de la cesión no notificada, no va luego seguida de las correspondientes afirmaciones que de ella se derivan, y que, de existir, permitirían confirmar que, efectivamente, es ése el sentido de aquella proclamación general. En relación al deudor lo único que se establece es que si, antes de la notificación, paga al cedente, se libera (207); o que el cesionario no puede exigir el pago al deudor si éste ya ha pagado al cedente antes de la notificación (208). Reglas ambas que valen tanto para un sistema de ineficacia total de la cesión en relación a los terceros, como para el de mera inoponibilidad o de ineficacia en lo no perjudicial, pero no contemplan concretamente las cuestiones realmente indicativas o demostrativas de cuál de los sistemas es el seguido. Y no se puede decir que estas cuestiones fueran desconocidas o que no se hubieran planteado. El mismo C. Ferrière, que proponía la distinción entre eficacia traslativa entre partes y en relación a terceros, recoge algún comentario al artículo 108 de la Costumbre de París en el que, claramente, se indica que el deudor no puede negarse a pagar al cedente haciendo valer la cesión, si ésta no le ha sido notificada (209), lo cual sí revela que el autor de ese comentario sostiene la total ineficacia, por lo menos para el deudor, de la cesión no notificada.

Pues bien, en Bourjon resulta todavía más difícil dar una respuesta concluyente. Es más, los términos en que se expresa me parecen un tanto ambiguos. Además, no se ocupa de la cuestión, sino que se mantiene en un plano mucho más general, en el que ambas posibilidades (inoponibilidad o ineficacia total de la cesión no notificada,

(206) *Vid.* Textos transcritos en notas 195 y 196.

(207) «... Le payement fait au cédant par le débiteur est valable, nonobstant le transport, quand il n'a pas été signifié; en sorte qu'au moyen d'un tel payement, le débiteur est quitte & liberé» (C. J. FERRIÈRE, *op. cit.*, *t. cit.*, p. 1042).

(208) «...celuy qui a le droit par transport non signifié ne peut demander le payement au débiteur de la chose ou somme transportée, si avant la singification du trasport il l'a payé au cédant» (C. FERRIÈRE, *últ. loc. cit.*, observación n.º 2).

(209) «Le cédant peut même poursuivre son débiteur pour être payé, & le débiteur ne peut opposer pour défenses la cession de la dette, quand elle ne lui est pas signifié» (C. FERRIÈRE, *op. cit.*, cc. 127-128, n.º 9.1).

respecto a terceros) son factibles. Afirma que, hasta la notificación de la cesión, se presume que el cedente es titular del crédito, pero que ésta presunción sólo tiene lugar en relación al deudor y a los acreedores del cedente, el cual quedó suficientemente despojado por la cesión (210).

Como ya he dicho, lo único que está claro es que, antes de la notificación, el deudor se libera si paga al cedente y que puede negarse a pagar al cessionario. Si el cedente quedó suficientemente despojado del crédito con el contrato que sirvió de causa a la cesión, parece que, lógicamente, no puede exigir el pago al deudor. Lo que sucede es que la cuestión no es, exactamente, ésta, sino la de decidir si el deudor puede negarse a pagarle haciendo valer la cesión no notificada. Es entonces cuando nos encontramos con esa extraña presunción de titularidad en favor del cedente, y que juega en relación al deudor. Si es *iuris et iure* o *iuris tantum* no se dice. Si lo primero, el deudor no podría negarse a pagar al cedente y no sería liberatorio su pago al cessionario, antes de la notificación, aunque demostrase el título que sirve de causa a la cesión. Si lo segundo, el deudor podría destruir la presunción de titularidad del cedente demostrando que ya quedó suficientemente despojado del crédito cuando lo vendió, con lo que logaría rechazar la reclamación de pago del cedente y quedar liberado pagando al cessionario.

Cabría la posibilidad de resolver esta cuestión entendiendo que la oposición del deudor a pagar al cedente haciendo valer la cesión no notificada o su pago al cessionario constituyen aceptación tácita de la cesión, lo que surte los mismos efectos que los de la notificación. Recordemos que, como sustitutivo de ésta, Bourjon admitía el hecho de que el deudor hubiese presenciado la cesión sin decir nada (211). Si fueron o no admitidas esas otras formas de aceptación tácita no lo sé, pero si lo fueron, podría afirmarse que la cesión no notificada ni aceptada no surtía efecto alguno en relación a los terceros, con lo que se matendría la regla que hemos visto en los autores anteriores...

Me resultaría muy difícil dar una solución definitiva y concluyente a la cuestión planteada. Sí puedo decir que, los términos en que se expresa Bourjon parecen inclinarse por el sistema de inoponibilidad y no por el de ineficacia total. Así parece desprenderse de la fórmula de presunción y, sobre todo, de la afirmación que el cedente quedó suficientemente despojado del crédito desde que lo cedió, aun sin notificación. Sin embargo, otros elementos permiten entender que Bourjon, si bien consagra la distinción entre eficacia traslativa inter partes y en relación a terceros, lo hace sin apartarse de la regla tradicional,

(210) *Vid.* textos transcritos en notas 193 y 194.

(211) *Vid.* texto transcritos en nota 183.

según la cual la cesión no notificada (ni aceptada) no puede ni debe surtir efecto alguno en relación a los terceros. Su referencia al espíritu del artículo 108 de la Coutume, como fundamento último de su solución parece jugar a favor del mantenimiento de lo esencial de la regla tradicional: que la notificación es la forma de tradición de los créditos, y que la entrega de lo vendido es requisito de eficacia del título para los terceros.

Probablemente, lo que hizo Bourjon fue trasladar a la cesión (venta) de créditos las reglas sobre la producción del efecto traslativo en la venta de bienes muebles, donde el contrato hace propietario al comprador frente al vendedor, mientras que la entrega es lo que permite que esa transmisión sea reconocible y eficaz para los terceros. Lo que sucede es que en la venta de bienes no corporales no hacen falta ulteriores precisiones para saber qué se está queriendo decir, mientras que en la cesión de crédito sí son necesarias ulteriores aclaraciones. Quiero decir que cuando los conflictos de intereses que pueden plantearse son entre los acreedores del vendedor y el comprador o entre los diferentes compradores de una misma cosa, decir que los acreedores del vendedor prevalecen sobre el comprador o sobre los acreedores de éste si la cosa está todavía en poder del vendedor, y que en la doble venta prevalece el comprador que es primero en poseerla, no permite resolver todos los conflictos que pueden plantearse en la cesión. Y no lo es porque hay uno que es característico de esta última, ya que hay un sujeto más eventualmente implicado: el deudor. No se resuelven todas las cuestiones posibles metiendo en el mismo saco al deudor y a los acreedores del vendedor, diciendo que para ellos vale la presunción de titularidad del cedente antes de la notificación, porque mientras que los acreedores del cedente están interesados en hacer valer esa presunción y en desconocer, mientras sea posible, la cesión, no es tan extraño que el deudor pueda estar interesado en hacer valer la cesión y no la presunción de titularidad del cedente (por ejemplo, porque ya ha pagado al cesionario). Además, constreñir al deudor, que pagó al cesionario o que no quiere pagar al cedente, a aceptar la cesión para quedar liberado o no tener que pagar al cedente, no es algo que le favorezca siempre, porque entonces, puede ver su situación empeorada por otra parte (pérdida de excepciones que tuvieran contra el cedente, por ejemplo)...

Estas aclaraciones que parecen exigir los conflictos de intereses que, específicamente, plantea la cesión de créditos respecto a la venta de otros bienes, no existen o no las he encontrado. Quizá, esa relativa ambigüedad puede ser reveladora de una trasposición no del todo reflexionada de las reglas sobre la venta de bienes muebles, pero también puede serlo de una solución ecléctica o de transición, provocada por la creciente adhesión al sistema consensualista de transmisión de derechos, que pudo llevar a no plantearse o no pronunciarse sobre todas las cuestiones (importantes) a resolver.

4.2.3. Acreedores del cedente

En el conflicto entre el cesionario y los acreedores del cedente es también la notificación al deudor lo que decide el mejor derecho de unos u otros: antes de la notificación, tales acreedores pueden hacer valer la presunción de titularidad en favor del cedente y embargoar el crédito; una vez notificada la cesión al deudor, el cesionario prevalece sobre aquéllos. Es por esto por lo que se afirma que la notificación es más que un embargo (212); es lo que hace las veces de tradición, y lo que impide que los acreedores del cedente puedan desconocer la cesión.

Por lo tanto, los embargos posteriores a la notificación son inútiles, no así los anteriores. Si el crédito estaba ya embargado cuando tuvo lugar la notificación de la cesión, ésta no debilita ni perjudica los derechos de los acreedores del cedente que lo habían embargado (213); lo cual significa que éstos son preferentes para el cobro y que el cesionario habrá de conformarse con lo que quede, si algo queda, como ya se vio al resolver este mismo conflicto en los casos de cesión en pago de deudas.

En esto Bourjon no se aparta de lo dicho por otros (214). Ahora

(212) «Cette signification ne vaut pas simplement saisie et arrêt, comme le pensent quelques praticiens, mais saisine et possession de l'effet cédé, et possession légitime, ce qui est bien plus fort qu'une simple saisie-arrêt» (BOURJON, *op. cit.*, T. I, p. 406, art. 9).

«L'ordre exige qu'on examine ici l'effet d'un transport qui opère et au-delà ce qu'une saisie peut opérer. La signification d'un transport est beaucoup plus efficace qu'une simple saisie et arrêt, elle opère saisine et possession légale de la dette cédée, et non pas simple saisie d'icelle, ce qui emporte l'effet de la simple saisie, mais malgré cet effet, elle n'est pas toujours efficace» (BOURJON, *op. cit.*, T. II, p. 550, art. 48).

(213) «Cette signification saisit celui au profit duquel le transport est fait, de la propriété de l'effet cédé, pourvu qu'il ne soit pas déjà saisi; mais s'il l'étoit, cette signification ne peut affoiblir le droit qui seroit acquis à un tiers sur ce même effet; de cette saisine, il s'ensuit que si l'effet cédé est le contenu en un billet ou en une obligation, toutes saisies faites sur le cédant depuis la signification du transport sont inutiles, et n'empêchent pas le cessionnaire de toucher en vertu de son transport, il étoit propriétaire avant la saisie; mais les saisies et arrêts antérieures à cette signification, et faites sur le cédant par créanciers, produisent tout leur effet en leur faveur contre le cessionnaire, nonobstant la signification de son transport» (BOURJON, *ult. loc. cit.*, art. 49).

(214) «...les créanciers du cédant qui saisissent avant la signification du transport sont préférés au cessionnaire, parce qu'à leur égard le transport ne saisit point...» (C. FERRIÈRE, *op. cit.*, cc. 201-202, observación n.º 3.1).

«...un créancier du cédant, même celui qui a une hypothèque postérieure au transport, peut faire saisir & arrêter la dette cedée...»

Ainsi les créanciers du cédant peuvent, jusqu'à la signification du transport, faire saisir la dette ou les droits cédés entre les mains du débiteur; auquel cas ils seront préférés au cessionnaire.

Mais la signification avec copie délaissée au débiteur, rend le cessionnaire maître, & fait qu'il est préféré à tous créanciers du cédant, qui auroient saisi postérieurement à la signification du transport» (C. J. FERRIÈRE, *loc. cit.*, pp. 1042 y 1043).

bien, habría que cuestionarse si los acreedores del cesionario pueden embargar el crédito comprado por su deudor antes de la notificación al deudor. Téngase en cuenta que para ellos no rige la presunción de titularidad del cedente, si no, según parece, sólo para el deudor y para los acreedores del cedente. Por tanto, si esto fuese así, lógicamente, podrían considerar que el crédito ya no pertenece al cedente. Con todo, no creo que de esto se deriven consecuencias prácticas relevantes, puesto que no podrían embargar un bien que todavía no posee su deudor (el cesionario), pues no se ha de olvidar que la notificación es lo que hace las veces de entrega y toma de posesión del crédito.

4.2.4. *La doble o múltiple venta de un mismo crédito*

Lo primero a tener en cuenta es que Bourjon no se refiere explícitamente al conflicto entre los diversos cesionarios de un mismo crédito. Así, al tratar de esa presunción de titularidad del cedente sobre el crédito vendido antes de la notificación al deudor, se dice que esa presunción opera en relación al deudor y a los acreedores del cedente, pero no menciona a los otros eventuales cesionarios. ¿Significa esto que la primera venta es oponible a los demás compradores, aunque no haya sido notificada al deudor porque para esos otros cesionarios no rige aquella presunción de titularidad del cedente?

Afirmarlo sería tanto como admitir que el primer comprador es el que adquiere el crédito, porque el cedente quedó despojado de su titularidad con la perfección del primero de los títulos. Es decir, que las demás cesiones no constituyeron propiamente un caso de doble o múltiple cesión del crédito, sino que fueron cesiones de crédito ajeno. Por lo que el primero en comprar adquiriría el crédito no sólo inter partes, sino también frente a los ulteriores compradores, aun cuando todavía no hubiese sido notificada esa cesión al deudor.

Pienso que la anterior solución conduce a una cierta ruptura con lo, tradicionalmente, más esencial y característico del sistema francés de cesión. No olvidemos que está basado en la necesidad de la notificación (tradición) para que el cesionario adquiera con la posesión la titularidad del crédito frente a todos o, por lo menos, frente a los terceros, para que éstos y no sólo el cedente deban de tenerle por el nuevo titular del crédito. Si nos fijamos, ha sido una constante de este sistema de cesión la regla que establece la preferencia o adquisición del crédito por aquél de los cesionarios que primero ha completado su adquisición, es decir, aquel cuya cesión ha sido la primera en ser notificada al deudor o en ser aceptada por éste. Y la solución seguiría siendo la misma aunque se entendiese que la notificación es requisito de oponibilidad de la cesión frente a terceros: las no notificadas no pueden perjudicar a terceros, concretamente, a otro cesionario que ya ha tomado posesión del crédito.

Además de la coherencia con los principios tradicionales que han inspirado el sistema francés de cesión, que son los que resultan del artículo 108 de la Costumbre de París, hay más argumentos en favor del mantenimiento de la solución tradicional al conflicto entre los diversos cesionarios de un mismo crédito.

El primero es que este conflicto puede entenderse comprendido en la referencia a los acreedores del cedente. Cuando se dice que estos acreedores pueden hacer valer la presunción de titularidad del cedente, es decir, que pueden tener la cesión por no hecha, no hay por qué entender que se está limitando al conflicto entre un único cesionario y los acreedores del cedente: también el conflicto entre diversos cesionarios de un mismo crédito es un conflicto entre acreedores del cedente en el caso de doble o múltiple venta del mismo crédito. Hay doble o múltiple cesión, en sentido propio, cuando al tiempo de perfeccionarse todos y cada uno de los contratos (títulos) que sirven de causa a la cesión, todavía ninguno de los cesionarios ha completado su adquisición, es decir, no hay todavía ninguno que haya tomado posesión del crédito. Por lo tanto, hay al menos un instante en el que todos los cesionarios no son más que acreedores del cedente. Esto es lo que sucede mientras ninguna de las ventas ha sido notificada al deudor. Ahora bien, desde el momento en que una de ellas ha sido notificada al deudor, el cesionario del que se trate deja de ser simple acreedor del cedente y pasa a ser el nuevo titular del crédito, ya efectivamente cedido. Y los demás cesionarios, aun aquellos cuyo título sea de fecha anterior al del que ha adquirido el crédito, permanecen como simples acreedores del cedente, frente a quienes la cesión notificada es perfectamente oponible, por lo que sólo les queda dirigirse contra el cedente, que es su deudor, y hacer efectiva su responsabilidad por incumplimiento, pero sin que puedan ya embargar el crédito cedido ni exigir nada del que lo ha adquirido.

Otro argumento es el sistemático. Recordemos que ésta era también la solución que daba Bourjon al conflicto entre varios cesionarios del mismo crédito cuando se ocupó de la cesión en pago de deudas: allí se establecía que prevalecía el cesionario que notificaba o que era el primero (si varios lo hacían) en notificar (215). Y también era ésta la solución para la doble o múltiple venta de un bien corporal: recordemos que el comprador que no había llegado a entrar en posesión de lo comprado no podía reivindicar frente a otro comprador que sí poseyese, aunque el título del primero fuese anterior a otro y constase en documento auténtico (216). Y la justificación que daba Bourjon a esta solución es perfectamente trasladable a la doble o múltiple cesión de un crédito: impedir o dificultar el fraude (217).

(215) *Vid.* textos transcritos en las notas 187 y 188.

(216) *Vid.* primer párrafo del texto transscrito en nota 200.

(217) *Vid.* segundo párrafo del texto transscrito en nota 200.

Por lo demás, también fue éste el criterio mantenido por otros autores (218).

Por lo que respecta a la situación en que se encuentra el deudor que ya pagó, está claro que se liberó si lo hizo al cedente antes de que le hubiese sido notificada algunas de las cesiones. Y también si pagó al cessionario cuya cesión fue notificada en primer lugar. Y si el deudor no ha pagado todavía cuando ya ha recibido varias notificaciones y los cessionarios están pleiteando para decidir cuál es de mejor derecho, creo que se libera pagando a aquel cuya cesión le fue notificada en primer lugar, aunque, quizás, también podría negarse a pagar a uno de ellos en tanto no se aclare la cuestión, permaneciendo neutral (219).

Creo que la razón última de esta solución como ya se ha visto en los autores anteriores, no sólo es la de dificultar el fraude mediante cesiones antedatadas o simuladas, sino también la de premiar la diligencia del cessionario que primero toma posesión del crédito o, mejor, sancionar la falta de diligencia del que, teniendo un título anterior, no actúa rápidamente para tomar posesión del crédito, mediante la notificación (220).

(218) «...si un débiteur avoit cédé & transporté une dette à quelqu'un qui n'eût pas fait signifier son transport, & que ce même débiteur eût transporté le même effet à une autre personne qui eût fait signifier son transport, ce dernier cessionnaire, quoique postérieur, seroit préféré à l'autre» (C. J. FERRIÈRE, *loc. cit.*, p. 1043).

(219) Recuérdese que el deudor también podía negarse a pagar al cessionario, si el crédito había sido embargado por los acreedores del cedente después de la notificación, en tanto no se aclarasen las cosas. *Vid. texto transcrto en nota 189.*

(220) «Mais on demande si un second cessionnaire qui a signifié son transport avant le premier cessionnaire lui doit être préféré.

On répond que le premier transport saisi à l'égard du cédant qui devient stellionataire à l'égard du second cessionnaire, & après le premier transport n'a plus le droit.

Au surplus le second cessionnaire se trouve saisi par la signification du transport.

Enfin si le second cessionnaire a reçû, il n'y a plus d'difficulté que non daretur extra eum conditio suum enim recipit, parce que le débiteur auroit juste cause d'ignorer le premier transport qui ne luy auroit pas été signifié.

Mais les choses étant en leur entier, il semble que le cédant qui a consommé son droit, ne la può ceder, & que le premier cessionnaire doit être préféré.

Néanmoins la fraude qu'on pourroit faire doit faire prendre le sentiment contraire, & dire que celuy qui a fait signifier le transport est réputé saisi & préféré; ce qui est plus conforme à la Coutume & au Droit qui dit que, *jura vigilantibus subveniunt*» (C. FERRIÈRE, últ. loc. cit., observation n. 4).

“... la signification du transport équipoie à une prise de possession. Or, suivant la disposition des Loix, en concurrence de deux acheteurs, on ne considere point la datte des contrats, mais le tems de la prise de possession.

La signification du transport est donc absolument nécessaire pour mettre la dette transportée hors de la possession du cédant.

Cela coupe racine à quantité de fraudes qui se commettroient tous les jours, par le moyen des transports simulés que l'on mettroit au jour, pour frustrer des créanciers légitimes qui auroient contracté de bonne foij en un tems aucunquel le transport étoit inconnu” (C. J. FERRIÈRE, últ. loc. cit.).

4.2.5. *La cesión de crédito ajeno*

Bourjon deja muy claro que los llamados «derechos incorporales» sólo se adquieren mediante la cesión que de ellos hace su legítimo titular (221). Parece ofrecer pocas dudas que no se admiten las adquisiciones de créditos a non domino: si el cedente nunca fue su titular o si ya no lo es al tiempo de ceder el crédito el cesionario no llega a adquirirlo. Este comprador podrá dirigirse contra el cedente y hacer efectiva la garantía de derecho (222).

La verdad es que una regla tan clara como ésta no la hay para la venta de cosas ajenas. Es más, hay otras que permiten defender no sólo la validez de esa venta —esto no es novedoso, también eran válidas según Domat y Pothier—, sino, incluso, ciertas situaciones de irreivindicabilidad en favor del poseedor de buena fe de bienes muebles, como consecuencia de una aplicación más intensa de la regla «*en fait de meubles possession vaut titre*» (223), que extienden la protección del poseedor más allá de lo que se vio en autores anteriores, totalmente apegados a la regla romanista «*nemo plus iura ad alium trasferre potest, quam ipse haberet*». Pues bien, todo indica que sigue siendo esta última la regla aplicable a las cesiones de crédito.

Sin embargo, la regla «*possession vaut titre*» puede operar en un sentido diferente al de permitir adquisiciones a non domino, como sucede cuando se invoca para eximir al poseedor de la prueba de su título de adquisición, porque la misma posesión es su título. En esta segunda virtualidad lleva consigo que si el demandante no poseedor demuestra su propiedad (o su posesión anterior), no por ello se desplaza la carga de la prueba al demandado poseedor para tener que probar la extinción del derecho del demandante, sino que sigue siendo el demandante el que habrá de probar algo más para vencer al poseedor (que su posesión no reúne las condiciones para poder aprovecharse de esa regla de equivalencia al título) (224). Creo que en Bourjon la regla de equivalencia de la posesión (de buena fe) de bienes muebles al título sí cumplía esa función probatoria, como modo

(221) *Vid.* texto transscrito en nota 191.

(222) “Du transport résulte toujours une garantie légale qui a lieu indépendamment de toute convention, et cette garantie est la réalité de la dette cédec.

Cette garantie est que la dette subsiste, qu'elle appartient au cédant, et qu'il ne l'a pas hypothéquée (*Loyseau*)” (BOURJON, op. cit., t. I, pág. 406, art. 13).

(223) La cuestión puede no estar muy clara, dada la ambigüedad que presentan ciertos pasajes en que BOURJON se ocupa de ello. Con todo, los hay en que está clara la admisión de la reivindicación mobiliaria en los casos de res furtiva, cosas vendidas al contado cuando el precio no ha sido pagado, bienes embargados... (*vid.* BOURJON, op. cit., t. I, págs. 124 y 125, arts. 1 a 13. De la possession des meubles). Y también está clara la exclusión de la reivindicatoria de cosas muebles cuyo poseedor las adquirió de un comerciante, aunque sean cosas furtivas (*vid.* BOURJON, op. cit., t. I, págs. 397 y 398, arts. 3, 4, 6 y 7 De l'achat des meubles).

(224) *Vid.* MIQUEL GONZÁLEZ, op. cit. págs. 226 y ss.

de proteger al poseedor (de buena fe) de bienes muebles que no dispone de un documento que pruebe su título de adquisición, lo cual era habitual en las ventas de esos bienes. Sin esta función probatoria, si el demandante probase su propiedad, según las reglas generales sobre la distribución de la carga de la prueba, el poseedor demandado debería probar su adquisición o la extinción del derecho del demandante (225).

La cuestión que aquí nos interesa es la de saber si en relación a los créditos puede hacer valer la regla de equivalencia de la posesión al título, en esta función probatoria, el cesionario de crédito ajeno cuando es poseedor del crédito porque la cesión ha sido notificada al deudor. En Bourjon queda muy claro que la simple posesión del título de pertenencia no es suficiente para poder ceder los créditos u otros derechos incorporales, porque se requiere «*droit et qualité*» para poderlos transmitir (226). Esta disposición nos vale para excluir que la condición de titular legítimo del crédito (el único de quien se puede adquirir) la tenga o se presuma que la tenga quien sólamente posea un documento o título de pertenencia. Y esto es lógico porque el poseedor de ese documento no es por ello poseedor del crédito, ni titular aparente del mismo. Titular aparente del crédito es, como ya sabemos, el acreedor originario o el cesionario cuya cesión ha sido notificada al deudor. Estos son los que poseen el crédito; éste sólo lo es aquél a quien el deudor puede tener por tal, esto es, el acreedor originario o quien se le ha notificado que es el nuevo acreedor.

Por lo tanto, lo que se puede extraer como primera conclusión es que el sedicente cesionario no puede ser considerado como su nuevo titular del crédito si el que se lo cedió no era el titular legítimo, aunque el cesionario esté en posesión del documento que contenga el título de pertenencia. Como posesión del título de pertenencia no equivale a posesión del crédito, si alguien demostrase su titularidad

(225) “Pour la preuve de cet achat, il n'est pas nécessaire de rapporter un titre, il suffit de posséder le meuble, parce qu'en matière de meubles, la possession vaut titre; il suffit donc de la possession pour la preuve de la transmission de la propriété” (BOURJON, ult. loc. cit., art. 2).

“De-là il s'ensuit, que chacun est présumé propriétaire des meubles qu'il possède, et que par conséquent, ils peuvent être valablement saisis et exécutés sur celui qui les possède...”

On le juge ainsi au Châtelet sur le fondement, que de la possession naît une juste présomption de propriété, et que cette présomption est ordinairement le seul titre qu'on a par rapport aux meubles et effects mobiliers, à l'exception de ceux qu'on appelle en Droit Nomen, pour lesquels il y a titre” (BOURJON, op. cit., t. II, pág. 563, art. 2).

(226) *Vid. texto trascrito en la nota 91.*

«On dit qu'on les acquiert par la voie du transport fait part le légitime propriétaire; parce que par rapport aux droits incorporels, la simple possession du titre ne suffit pas, il faut droit et qualité pour pouvoir les céder, et qu'il y ait réellement transport pour opérer translation...”

Cependant à l'égard d'un billet payable à l'ordre, la remise du billet avec l'ordre au bas suffit... parce qu'un tel billet est regardé dans le commerce comme une pièce de monnoye” (BOURJON, op. cit., T. I, p. 405, art. 3).

sobre el crédito y pretendiese que se le reconociese como titular actual, el que estuviese en posesión del documento no por ello gozaría de la presunción de titularidad y, por consiguiente, soportaría la carga de la prueba de la extinción del derecho del demandante y de su propia adquisición.

¿Está en la misma situación el verdadero poseedor del crédito, esto es, el cesionario cuya cesión ha sido notificada al deudor? Si el crédito sólo se adquiere por cesión hecha por su legítimo titular, parece claro que si el cedente no lo es el cesionario no adquiere el crédito a non domino, aunque el cedente estuviera en posesión del crédito y fuese acreedor aparente y aunque el cesionario instase la notificación al deudor. Parece, pues, que el poseedor del crédito carece de protección específica frente al verdadero titular del crédito. Ahora bien, si la apariencia o la posesión del crédito no impiden que prevalezca el legítimo titular del crédito, sí valen para permitir que el deudor quede liberado si paga de buena fe al cesionario cuya cesión le ha sido notificada, aunque resulte que sólo aparentemente era acreedor.

Si bien no caben adquisiciones de créditos a non domino, quedaría por precisar si el poseedor del crédito, esto es, aquel a quien el deudor tiene por acreedor porque le ha sido notificada la cesión hecha en su favor, puede o no hacer valer la presunción de titularidad que se derivaría de la aplicación de la regla de la equivalencia de la posesión al título en su función probatoria. Si esto no fuera posible habría que acudir a las reglas generales sobre distribución de la carga de la prueba, de las que resultaría que si el demandante probase su titularidad, el demandado poseedor del crédito habría de probar la extinción del derecho del demandante o su propia adquisición. Y si se admitiese la aplicación de la regla de equivalencia, resultaría que la situación no sería muy distinta para el poseedor del crédito. Y no lo sería porque la prueba de su posesión supondrá la prueba de su título de adquisición, copia del cual ha de ser entregada al deudor al notificársele la cesión. Si el cesionario, bien directamente bien con la ayuda del deudor, demostrase su adquisición del titular legítimo, correspondería al demandante demostrar la invalidez o falsedad de la cesión intermedia.

La regla «*possession vaut titre*» no encaja, según parece, en los esquemas propios de la transmisión de créditos (227).

(227) Si tenemos en cuenta los textos transcritos en las dos últimas notas, puede encontrarse una cierta confirmación de la tesis arriba sostenida de la inoperatividad efectiva de la regla «*possession vaut titre*» en relación a los créditos no incorporados a títulos a la orden (o al portador). Téngase en cuenta que para la transmisión de un crédito era necesaria la notificación al deudor, que debía ir acompañada de una copia del título de cesión. Por esto, me parece bastante dudoso o, mejor aún, inútil que el poseedor de un crédito pudiera hacer valer en su favor tal posesión para no tener que demostrar su título de adquisición, desde el momento en que esa posesión se lograba con la notificación y que ésta debía, necesariamente, ir acompañada de una copia del título de adquisición, como sabemos.

4.3. Donación de créditos y conclusión

En Bourjon se establece que para la perfección y validez de la donación se requiere la tradición, sin la cual sería nula (228). Esto, en la de créditos, se concreta en que la entrega del título es requisito para su perfección y validez (229). Por tanto, parece que la notificación al deudor no es requisito de validez de la donación, eficaz entre el donante y el donatario desde la entrega del título, sino de eficacia de la cesión en relación a terceros (230). Así, pues, en defecto de notificación el deudor y los acreedores del cedente pueden desconocer la cesión.

A modo de conclusión puede señalarse que lo más significativo del sistema de cesión de Bourjon es la introducción, no del todo original, de la distinción entre partes y terceros en cuanto a la producción del efecto traslativo. Si inter partes rige el sistema consensualista, la notificación al deudor (tradición) sigue siendo requerida para que el cesionario deba ser tenido como nuevo titular del crédito por los terceros, como traslación de las reglas sobre transmisión de propiedad en la venta de bienes muebles.

Otra cosa es que de estas (relativamente) nuevas reglas generales se desprendan soluciones realmente distintas para los diferentes con-

(228) «La tradition de la chose qui fait l'objet de la donation entre-vifs, est une suite nécessaire et l'accomplissement que la Loi exige du dépouillement réel, que la donation entre-vifs doit opérer, et dont il a été traité ci-dessus: lorsqu'elle est présente, c'est tradition de fait, mais celle de droit suffit; c'est une formalité intrinsèque de la donation, sans laquelle il y auroit nullité; c'est par elle que le dépouillement s'effectue. Elle doit donc contenir tradition de fait ou de droit» (BOURJON, *op. cit.*, T. II, página 93, art. 1).

(229) «Venons à la tradition par rapport aux actions. La tradition de fait par rapport au contenu en une obligation donnée, ou par rapport à des rentes constituées au profit du donataire, se fait par la remise du titre ès (sic) mains du donataire; cette remise opère dépouillement et tradition; ce seroit ajouter à la Loi que de joindre à cette tradition d'autres formalités.

Je l'ai entendu ainsi juger au Parc Civil; cela est cependant contredit par un excellent Auteur qu'on va citer» (BOURJON, (*ult. loc. cit.*, p. 95, art. 15).

(230) «Le défaut de signification de la donation au débiteur de la rente donnée, ne vicieroit pas la donation; c'est ce qui résulte de la proposition précédent; je le pense ainsi.

M. Ricard estime que le défaut de signification au débiteur opère nullité, lorsque la rente est rente constituée; ce qu'il rejette lui-même par rapport aux rentes foncières qui se réduisent à ce qu'on appelle en droit *Nomen*» (BOURJON, *ult. loc. cit.*, art. 16).

«En effet, cette signification n'est pas de l'essence de la donation, puisque la Loi ne l'a pas ordonnée, et pour la validité, quand à ce, il suffit que le donateur soit dépouillé irrévocablement, et que le donataire ait acquis par la donation un droit irrévocable, droit qu'il a relativement au donateur, quoique la donation ne soit pas signifié, lorsqu'avec la donation déjà translative en sa faveur de la propriété, il a encore la remise du titre de créance qui a fait la matière de la donation.

Cela a été ainsi jugé au Parc Civil, plaidant M. Langlois, qui soutenenoit cette proposition que j'ai formé sur l'avis commun du Barreau, fondé sur ce que la signification n'est relative qu'à des tiers, et nullement nécessaire par rapport au donateur et au donataire, comme elle ne l'est pas par rapport à un cédant et à un cessionnaire; ces raisons me paroissent préférables au sentiment de M. Ricard, qui va à ajouter à ajouter à la Coutume et aux Ordonnances» (BOURJON, *ult. loc. cit.*, art. 17).

flictos de intereses respecto de las soluciones que hemos visto en autores anteriores. No lo son en cuanto a los acreedores del cedente, como tampoco, según creo, para la doble o múltiple cesión, ni para la cesión de crédito ajeno. Donde no está del todo claro que sean iguales las soluciones es en relación al deudor, en concreto, si puede o no hacer valer frente al cedente una cesión que no le ha sido notificada y si se libera o no pagando al cesionario antes de la notificación. La respuesta a estas dudas depende de si Bourjon contemplaba la notificación como un requisito de mera oponibilidad en perjuicio de terceros de una cesión ya producida, y que ellos podrían hacer valer si les interesara, o como requisito para que se produjese la transmisión en relación a los terceros, que no sólo podían sino que debían desconocerla hasta que estuviese notificada. La segunda interpretación era la que se ajusta más al artículo 108 de la Costumbre de París, en cuyo espíritu fundamenta Bourjon el sistema de cesión.

Habría, finalmente, que llamar la atención sobre la admisión de la regla «*possession vaut titre*» en su función legitimadora de ciertas adquisiciones a non domino de bienes muebles, lo cual supuso establecer una importante diferencia respecto a la cesión de créditos, para los que, claramente, no se admite este tipo de adquisiciones, y donde la prueba de su posesión lleva consigo la del título de adquisición.

En torno a la muciana moderna del artículo 1.442 del Código Civil (*)

Por CRISTINA TORTORICI PASTOR
Profesora de Derecho Civil. Universidad de Barcelona

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. ORIGEN Y EVOLUCION DE LA PRESUNCION MUCIANA. DERECHO EXTRANJERO Y DERECHO FORAL: 1. Derecho romano. 2. *Ius commune*. 3. Codificación.—III. CONSIDERACION ESPECIAL SOBRE LA EVOLUCION DE LA MUCIANA EN EL DERECHO CIVIL COMUN Y EN EL DERECHO MERCANTIL. 1. Derecho histórico. A) Derecho civil común. B) Derecho mercantil. 2. Codificación. A) Código Civil. B) Código de comercio.—IV. EL NUEVO ARTICULO 1.442 DEL CODIGO CIVIL. 1. Ubicación del precepto. 2. La presunción establecida por el artículo 1.442. A) Sujetos. a) Sujeto perjudicado. b) Beneficiarios. B) Objeto. C) Ejercicio y enervación.—V. CONCLUSION.

I. INTRODUCCION

El artículo 1.442 C.c., nueva redacción por Ley de 13 de mayo de 1981, establece que «Declarado un cónyuge en quiebra o concurso, se presumirá, salvo prueba en contrario, en beneficio de los acreedores, que fueron en su mitad donados por él los bienes adquiridos a título oneroso por el otro durante el año anterior a la declaración o en el período a que alcance la retroacción de la quiebra. Esta presunción no regirá si los cónyuges están separados judicialmente o de hecho». Se trata de una norma cuya formulación se inspira en la denominada presunción muciana: originariamente concebida como medio para salvaguardar la honestidad de la mujer casada, dicha presunción se convierte en una institución del Derecho concursal cuya finalidad es la de proteger a los acreedores frente a las colusiones

(*) Trabajo concluido en febrero de 1990.

entre cónyuges. Se adscribe al régimen económico matrimonial de separación de bienes y destaca por su peculiar alcance: siendo un medio de prueba de la procedencia de los medios invertidos por el cónyuge no deudor en determinadas adquisiciones, afecta a los bienes adquiridos.

II. ORIGEN Y EVOLUCION DE LA PRESUNCION MUCIANA. DERECHO EXTRANJERO Y DERECHO FORAL

1. Derecho romano

La presunción muciana, así denominada por ser atribuida a QUINTO MUCIO SCAEVOLA, se halla plasmada en un texto de POMPONIO recogido en el Digesto 24, 1, 51 y confirmado por el Código 5, 16, 6: en la duda acerca de la procedencia de los bienes adquiridos constante matrimonio por la mujer, y para evitar respecto de ella la sospecha de un lucro reprobable, se consideraba «más verdadero y más honesto» presumir que le provenían de su marido. El significado originario de esta presunción no está claro. En la época clásica, habida cuenta de la prohibición de donaciones entre cónyuges, la falta de prueba en contrario determinaba la atribución al marido de la propiedad de aquellos bienes. El denominado Senadoconsulto de CARACALLA del año 206 atenuó la nulidad absoluta de las donaciones entre cónyuges, disponiendo que quedaban convalidadas si el donante fallecía antes que el donatario sin haberlas revocado; por lo tanto la no enervación de la muciana determinaba la atribución al marido de la propiedad de los bienes de procedencia dudosa sólo si aquél revocaba la donación o sobrevivía a su esposa (1).

Cuestión polémica es la del alcance de la muciana, siendo básicamente dos las teorías que se han formulado al respecto (2).

Según algunos autores (3), si la mujer aportaba un título de adquisición de la cosa, por ejemplo, una compraventa con tradición, pero no justificaba la procedencia del precio empleado en la adquisición, en virtud de la teoría de la subrogación real debía entenderse

(1) Cfr. P. JÖRS y W. KUNKEL, *Derecho privado romano*, Barcelona, 1965, trad. de L. Prieto Castro, pp. 352 y 402, nota 2, y J. IGLESIAS, *Derecho romano. Instituciones de derecho privado*, Barcelona, 1972, p. 566 ss.

(2) Un resumen completo de las tesis defendidas sobre el tema puede consultarse en R. M. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, III, Barcelona, 1954, p. 197 ss.

(3) Como principal exponente de esta tesis merece destacarse F. VIRGILI SORRIBES, *La presunción muciana y los bienes adquiridos durante el matrimonio por mujer catalana*, en *Propiedad y matrimonio*, Colegio Notarial de Barcelona, Conferencias de los cursillos de los años 1948 y 1949, Barcelona, 1956, p. 195 ss., e ID, *Proyección de la presunción muciana en derecho común*, en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», 1959, p. 277 ss.

que la cosa le había sido donada por el marido. El fundamento principal de esta doctrina es pues la confusión entre cosa y precio: si la mujer adquiría una cosa con dinero donado por el marido, la calificación del dinero se comunicaba a la cosa que lo había reemplazado y por tanto debía reputarse que la mujer tenía esa cosa a título de donación del marido. De ahí que éste, revocada la donación, podía reivindicar la cosa adquirida.

Para otros autores (4), si la mujer acreditaba la procedencia de la cosa adquirida pero no la del dinero invertido en su adquisición, debía entenderse que el marido sólo ostentaba contra ella un crédito pecuniario. El fundamento principal de esta tesis es el de que en el régimen económico matrimonial de separación de bienes, propio del Derecho romano, no cabe aplicar el mecanismo de la subrogación real porque en él no hay un patrimonio común, sino únicamente dos masas patrimoniales —el patrimonio privativo del marido y el patrimonio privativo de la mujer— entre las que no se da comunicación alguna; por tanto cada cónyuge sólo puede ser órgano de adquisición de su propio patrimonio. De ahí que si el marido revocabía la donación, podía reclamar el dinero que sirvió de precio pero no el bien adquirido, que quedaba de propiedad de la mujer.

2. Ius commune

La presunción muciana se mantuvo en vigor durante el medioevo en los países de tradición romana.

Los comentaristas se decantan claramente por la inadmisibilidad de la teoría de la subrogación real. En este sentido se pronuncian BALDO (5), BARTOLO (6), MENOCHIO (7), FABRO (8) y CANCER (9).

(4) Principal exponente de esta doctrina es R. M.^a ROCA SASTRE, *op. y loc. citados*.

(5) *Consiliorum sive responsorum Baldi Ubaldi Perusini iurisconsulti omnium consessu doctissimi pariter et acutissimi*, V, consilium LXVII, Francof. ad Moen, Sigis Feyrabendii, MDLXXXIX, p. 19: «Primo quod d. petia terrae empta a d. do. Magdalena praesumitur empta de pecunia viri... Secundo, quod dicta rem empta ab ea ipsius effecta et dictam rem ab ea emptan, haeredes viri vendicare non possunt, ut superius est ostensum. Sed dubium est nunquid possint agere ad pretiu, vel quatenus ipsa et locupletior, per d.l. uxor marito et alia iura superius allegata. Et breviter dico que non in casu nostro... Sed donatio inter vir et uxor, si inteveniat traditio, vel aliud, quod pro traditione habeatur, morte donantis confirmatur...».

(6) *Intres posteriores codicis libros. Commentaria*, Liber X, De fide instr. et iure hastae fiscal., L. Duplex, Lex III, 6, Augustae Taurinorum, MDLXXXIX, p. 7: «Ultimo facit haec lex, quod si uxor alicuius emit aliquid rem, illa res sit uxoris. Non obstant leges identes, quod quicquid quarit uxor, praesumitur de bonis viri, ut l. etiam s. de don. inter vir et uxor et l. Quintus... Quia fateor quod praesumitur epita de pecunia viri, ei uxor teneatur ad pretitum viro, tamen res non erit viri, sed uxoris...».

(7) *De praeumptionibus Coniecturis. Signis et Iudicis*, parte I, libro III, presunción LI, núms. 42 y 43, Augustae Taurinorum, MDXCIV, p. 153: «Declaratur nono, ut non procedat haec praeumptione quo ad recuperationem bonorum. Et si enim essemus in casu dicta l. Quintus, attamen maritus, vel eius sucesores, non possent recuperare bona ipsa ac-

La polémica se plantea con respecto a quiénes son los beneficiarios de la muciana. CANCER (10) afirma que sólo pueden valerse de ella el marido y sus herederos. En cambio FONTANELLA (11) entiende que también pueden utilizarla los acreedores del marido.

3. Codificación

La muciana romana desaparece del Derecho civil a raíz del movimiento codificador: no la recogen ni el Código de Napoleón de 1804, ni los Códigos civiles que le siguen a lo largo del siglo.

quisita, sed solummodo pretium numeratum... Et huius sententiae ea est ratio, quia res a te empta ex pecunia mea, non efficitur mea, sed tua, vero a te pecunia repetere possum".

(8) *Codex fabrianus definitionum forenium et rerum in Sacro Sabaudiae Senatu tractatarum...*, libro IV, título XXXIV, definitio VII, Ludgini, Sumptibus Horatii Cardon, MDCX: «Nec ad re, pertinet quod iuris praesumptio fit emptam ex pecunia mariti: iuris enim praesumptio tantum illa est non etiam de iure, ut nostri luquuntur, obidque probationem quae in contrarium afferri potest non excludit. Neque vero si constaret emptam ex pecunia mariti, tamen sufficeret ut mariti rem esse probaretur. Cum emin de rei dominio disputatur, non ex cuius pecunia sed cui rei empta tradita sit inspicendum est...».

(9) *Variarum resolutionum iuris Caesarei, Pontifici et Municipalis Principatus Cat-halauniae*, Pars. I, Cap. IX, núms. 77 y 78, Venetiis, Apud Remondini, MDCCCLX, p. 136: «Circa hoc illud obiter attingam, emptum ex pecunia mea non esse meum, sed eamentis: et sic non posse me rem illam ex pecunia mea emptam vendicare, sed tantum pecunia petere... Haec tamen regula fallit in milite, minore, et Ecclesia: res siquidem a tutori sive curatore ex pecunia pipilli vel a Praelatio Ecclesiae ex pecunia Ecclesiae empta, efficitur pupilli, et Ecclesiae, et sic potest per pupillum factum jam adulturn, et per Ecclesiam vindicari... Et similiter si maritus ex pecunia dotali uxoris aliquid emat, licet res ita non efficitur uxoris, in subsidium tamen potest ad rem illam agere pro recuperatione dictae pecuniae dotalis... Ex quibus datur intelligi, haeredes mariti non posse agere ad recuperationem bonorum acquisitorum per viduam de bonis mariti, sed tantum posse agere ad pretium numeratum...».

(10) *Op. cit.*, Pars. III, Cap. I núms. 171 y 172, p. 16: «Dubitatum fuit hisce diebus in foro, an praesumptionem illam, quod acquisita per uxorem constante matrimonio, censeantur acquisita de bonis viri, gratia vitandae turpis suspicionis, juxta leg. Quintus Macius, ff. de don. inter vir. et uxor., opponere posset aliis, quam vir eiusdem haeredes. Et licet Dec. const. 237 in fin. teneat partem affirmativam, contrarium censeo... et est vera et communis sententia».

(11) *Tractatus de pactis nuptialibus, sive de capitulis matrimonialibus...*, II, cláusula VII, glossa III, pars XV, núms. 22 a 25, Genova, Sumptibus Cramer Perachon et Socii, MDCCXIX, p. 528: «De qua tamen non potest opponere tertius, et extraneus contra ipsan uxorem, vel illius haeredes, sed procedit duntaxat inter ipsos coniuges, et illorum haeredes... Dubitatum haec vidi, num appellatione extranei in hac materia veniat creditor mariti. Quia in re dic quod non. Imo ipse iuris sui tuendi gratia potest sine dubio opponere de d.l. Quintus Macius... Sed non puto quod Doctores quos isti scribentis allegant loquantur decreditoribus opponentibus de lege predicta iuris sui tuendi gratia, et ex debitoris persona, excipientibus de iure debitori competente. Et ubi de eis loquerentur, non videtur mihi debere nos eorum opinioni adhaerere, nulla enim ratio patitu quod ius reprobet praeventionem mulieris, et denegat creditor, cuius multum interest, facultatem de hoc opponendi. Deinde, quae equitas suadet ut liceat hac via fraudare credidores, ac hos eorum claudere ne in tanto praejudicio beneficium legis possint allegari?».

En nuestro país deben exceptuarse de esta afirmación general Cataluña, Baleares y Navarra —esta última cuando se pactase el régimen de separación de bienes—, regiones en las que la muciana seguía vigente por aplicación del Derecho romano (12). Sin embargo, sólo el artículo 23 de la Compilación de Derecho civil de Cataluña de 1960 permitió la subsistencia hasta nuestros días de la presunción que nos ocupa en su versión originaria (13).

La muciana reaparece entonces en los Códigos de comercio como una institución propia del Derecho de quiebras. Se trata de una presunción que presenta notables diferencias con la muciana romana, pero que trae su origen de ella. Se aplica con independencia del régimen económico al que esté sometido el matrimonio; no presume una donación entre cónyuges, sino la pertenencia al marido de los medios invertidos por la mujer en las adquisiciones efectuadas durante el matrimonio; sus beneficiarios son exclusivamente los acreedores del marido; y su finalidad es la de evitar confabulaciones entre cónyuges en perjuicio de aquéllos. Esta versión moderna de la muciana se recoge por primera vez en el artículo 547 del *Code de commerce* de 1807: «*Sous quelque régime qu'ait été formé le contrat de mariage... la présomption légale est que les biens acquis par la femme du failli appartiennent à son mari, sont payés des ses deniers, et doivent être réunis à la masse de son actif, sauf à la femme à fournir la preuve du contraire*» (14). A raíz de la reforma por Ley de 28 de mayo de 1838, esta presunción pasó a ser recogida por el artículo 559 del *Code*, artículo que era una copia del antiguo artículo 547. El modelo francés fue seguido por Italia —art. 673 C. de c. de 1865 y artículo 782 C. de c. de 1882 (15)—, por Bélgica —art. 555 C. de c. de

(12) Cfr., M.^a ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 195, y A. PARA MARTÍN, *Presunción muciana y nulidad de donaciones entre cónyuges*, Barcelona, 1981, p. 58.

(13) Dicho precepto disponía que «Los bienes adquiridos por la mujer constante matrimonio, cuya procedencia no pueda justificar, se presumirán procedentes de donación del marido. A estas donaciones les serán aplicables los artículos 20 y demás comprendidos en este capítulo». Sobre esta norma, v. J. DELGADO ECHEVERRÍA, *El régimen matrimonial de separación de bienes en Cataluña*, Madrid, 1974 p. 168 y ss.; L. PUIG FERRIOL y E. ROCA TRÍAS, *Fundamentos del Derecho civil de Cataluña*, II, *Derecho familiar catalán*, Barcelona, 1979, p. 88 y ss., y A. PARA MARTÍN, *op. cit.*

(14) Al parecer el propio Napoleón insistía en la necesidad de extender los efectos de la quiebra a la esposa del quebrado, pero proponía una solución extremista que implicaba desconocer los derechos patrimoniales de la mujer fuese o no culpable de la quiebra de su marido. En su discurso pronunciado en la Sesión del Consejo de Estado francés de 28 de julio de 1807 decía que: «Il serait à désirer aussi que la femme, dans tous les cas, partageat le malheur de son mari. Dans une communauté de biens et de maux, telle qu'est le mariage, il est inconcevable que le désastre du mari ne retombe pas d'abord sur sa famille, et que sa femme ne sacrifie pas tout ce qu'elle possède pour prévenir ou du moins adoucir les torts d'une personne avec laquelle elle est étroitement unie... Il répugne de voir la femme d'un failli étaler un luxe insolent auprès d'un malheureux créancier dont le dépouilles l'ont peut être enrichie. Ne serait-ce donc pas assez de réduire cette femme à des simples aliments? ...» (J. G. LOCRÉ, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France ou commentaire et complément des Codes français*, XIX, Paris, 1830, p. 481).

1865 (16)—, por Alemania —parágrafo 45 de la Ley especial de quiebras de 1877 (17)— y por Méjico —arts. 1.549 y 1.550 C. de c. de 1884 y arts. 964 y 965 C. de c. de 1889 (18)—.

En la actualidad recogen la muciana moderna el artículo 70 de la *Legge fallimentare* italiana de 1942 (19) y el artículo 163 de la Ley mejicana de quiebras y suspensión de pagos de 1942 (20). En Francia, Alemania y Bélgica, en cambio, ha sido suprimida. Por lo que respecta al ordenamiento francés, cabe destacar que la muciana, aco-gida por el artículo 106 del Decreto de 20 de mayo de 1955 (21) y

(15) El artículo 673 del C. de c. de 1865 disponía que «Su tuttit gli altri casi, e quand'anche fra i coniugi fosse stata convenuta la comunione degli utili, si presume che i beni acquistati dalla moglie del fallito appartengano al marito e che siano stati pagati con danaro di lui, e debbono essere riuniti alla massa di fallimento. E ammessa in favore della moglie la prova contraria». El artículo 782 del C. de c. de 1882 reproducía casi literalmente el antiguo artículo 673.

(16) El artículo 555 del C. de c. belga era una copia del artículo 547 del C. de c. francés.

(17) Este precepto disponía que «Die Ehefrau des Gemeinschuldners Kann Gegenstände, welche sie während der Ehe erwogen hat, nur in Anspruch nehmen, wenn si beweist dass dieselben nicht mit mitteln des Gemeinschuldners erwogen sind».

(18) El artículo 1.549 del C. de c. de 1884 establecía que «Se reputarán pertenecer al fallido, excluyéndose también de su administración, los bienes cuya propiedad apareza ser de su mujer, y que se encuentren en los siguientes casos: 1.º Los inmuebles adquiridos durante el matrimonio, cualquiera que sea el régimen bajo el cual se haya celebrado, por presumirse que no se han comprado con fondos pertenecientes a su esposa; 2.º Los muebles de uso del marido, y las alhajas, cuadros y muebles preciosos sean del marido o de la mujer»; y el artículo 1.550 del mismo C. de c. disponía que «La mujer tendrá derecho de reivindicar el dominio de los bienes a que se refiere el artículo anterior, si sobre el hecho de haberle pertenecido antes del matrimonio o de haberlos comprado durante él con dinero suyo, rindiere prueba plena con citación y audiencia del Síndico».

Los artículos 964 y 965 del C. de c. mejicano de 1889 reproducían literalmente los citados artículos del C. de c. de 1884.

(19) Establece este artículo que «I beni che il coniuge del fallito ha acquistato a titolo oneroso del quinquennio anteriore alla dichiarazione di fallimento, si presumono di fronte ai creditori, salvo prova contraria, acquistati con denaro del fallito e si considerano proprietà di lui. Il curatore è legittimato ad apprenderne il possesso. Se i beni stessi furono nel frattempo alienati o ipotecari, l revocazione a danno del terzo non può aver luogo se questi prova la sua buona fede».

(20) Este artículo dispone que «Frente a la masa se presumirá que pertenecen al cónyuge quebrado los bienes que el otro hubiese adquirido durante el matrimonio, en los cinco años anteriores a la fecha a que se retrotraigan los efectos de la declaración de quiebra. Para proceder a la ocupación de esos bienes, sin perjuicio de las medidas precautorias procedentes, el síndico deberá promover un incidente en el que para obtener la resolución judicial favorable, bastará que pruebe la existencia del vínculo matrimonial dentro de dicho período y la adquisición de los bienes durante el mismo. El cónyuge podrá oponerse probando en dicho incidente o en el que se pro-mueva en los términos de la sección IV del capítulo cuarto, que dichos bienes los había adquirido con medios que no podrían ser incluidos en la masa de la quiebra por ser de su exclusiva pertenencia o que le pertenecían antes del matrimonio».

(21) Decía este artículo que «Les biens acquis pendant le mariage par le conjoint du commerçant son présumés évoir été acquis par le commerçant failli ou admis au règlement judiciaire avec des deniers provenants de l'exercice du commerce et doivent être réunis à la masse de son actif, sauf preuve contraire administrée par écrit sous réserve des dispositions de l'article 224 du Code civil».

reincorporada al C. de c. (art. 542) por la *Ordonnance* de 23 de diciembre de 1958, fue derogada por la Ley de 13 de julio de 1967; la Ley de 25 de enero de 1988, que regula el nuevo régimen de quiebras francés, no la ha restablecido. En cuanto al ordenamiento alemán, la sentencia de 24 de julio de 1968 del *Bundesverfassungsgericht* ha declarado la inconstitucionalidad del parágrafo 45 de la *Konkursordnung* por su contradicción con el artículo 6,1 del *Grundgesetz*; observa el Tribunal que la muciana, al extenderse a las adquisiciones realizadas a lo largo de toda la duración del matrimonio, puede resultar con frecuencia de imposible enervación, y, no siendo aplicable a los igualmente peligrosos supuestos de convivencia *more uxorio* pero sí en los supuestos en que los cónyuges estuviesen separados en el momento de la adquisición, carece del «más evidente fundamento de hecho» (*einleuchtender Sachgründe*) que requiere en cuanto medida perjudicial para el matrimonio (22). En Bélgica la muciana fue derogada por la Ley de 14 de julio de 1976.

El artículo 70 de la *Legge fallimentare* también ha sido objeto de una cuestión de inconstitucionalidad en relación a los artículos 3-1, 24 y 29-2 de la Constitución de 1947. Sin embargo esta cuestión ha sido declarada infundada: en su sentencia de 10 de julio de 1975, número 195, la *Corte costituzionale* afirma que la muciana no infringe el principio de igualdad, porque no afecta sólo a la esposa, sino al «cónyuge del quebrado», y no determina indefensión, porque sólo afecta a las adquisiciones realizadas durante los cinco años anteriores a la declaración de quiebra y admite prueba en contrario (23).

En nuestro país, ciñéndonos por el momento al Derecho foral, la muciana moderna se halla establecida por el artículo 23 de la Compilación catalana en su nueva redacción por Ley 13/1984, de 20 de marzo (24).

La lectura de las normas que consagran la muciana pone de manifiesto que la evolución de dicha presunción no se paralizó tras su

(22) La sentencia puede consultarse en «*Neue Juristische Wochenscheift*», 1968, II, p. 1771. Sobre esta resolución, v. N. SALANITRO, *Profilo costituzional della disciplina muciana*, en «*Rivista di diritto commerciale*», 1970, I, p. 324 y ss., y A. BORGIL, *Presunzione muciana, evoluzione sociale e costituzione*, en «*Rivista di diritto civile*», 1978, II, p. 579 y ss.

(23) La sentencia puede consultarse en «*Giurisprudenza costituzionale*», 1975, II, p. 1533 y ss. Sobre esta cuestión v. N. SALANITRO, *op. cit.*, p. 326 y ss. y A. BORGIL, *op. cit.*, p. 581 y ss.

(24) Establece este precepto que «En cas de fallida o concurs de creditors d'un del cònyuges, si aquests no estan separats judicialment o de fet, els béns adquirits per l'altre a títol onerós durant l'any anterior a la declaració o des de la data de la retroacció es presumiran donats pel primer, llevat que el segon, en adquirir o bé abans, disposés d'ingressos o de qualsevol altra classe de recursos suficients per a adquirir». Sobre esta norma, v. M. YSAS i SOLANES, en AA.VV., *Comentaris a les reformes del Dret civil de Catalunya*, I, Barcelona, 1987, p. 321 y ss., y Ll. PUIG i FERRIOL y E. ROCA i TRÍAS, *Institucions del Dret civil de Catalunya*, Barcelona, 2.^a ed., 1988, p. 377 y ss.

inserción como institución del Derecho de quiebras en el *Code de commerce*. En este sentido hay que destacar que la Compilación catalana sigue partiendo de una presunción de donación entre cónyuges, donación que, siendo en la actualidad válida en cuanto tal (v. art. 12 Comp.), puede haberse realizado en perjuicio de los acreedores del cónyuge quebrado o concursado (v. arts. 23 y 340, 3 Comp.); en Italia, Méjico y Cataluña los beneficiarios de la muciana no son sólo los acreedores del marido, sino también los de la mujer (25); y en estos mismos países la eficacia de la presunción no se extiende a las adquisiciones efectuadas por el cónyuge no deudor a lo largo de toda la duración del matrimonio, sino sólo a las realizadas durante un determinado período anterior a la declaración de quiebra o concurso.

Una constante es la relativa al alcance de la muciana moderna: desde 1807 —«...la présomption légale est que les biens acquis par la femme du failli appartiennent à son mari, sont payés des ses deniers...»— se confunde expresamente el bien adquirido con los medios empleados en su adquisición (26). La doctrina italiana se ha preocupado de justificar esta confusión o identificación y ha formulado al respecto diversas teorías (27).

Para algunos autores (28), la muciana moderna contiene en realidad dos presunciones *iuris tantum*: una de simulación relativa subjetiva —se presume que el cónyuge *in bonis* actúa como testaferro del quebrado— y otra de pertenencia al quebrado de los medios invertidos en la adquisición. La enervación de la segunda presunción supondría también la de la primera, pero para evitar los efectos de la muciana bastaría enervar la presunción de simulación, es decir, probar que el cónyuge no deudor, si bien adquirió con medios presuntamente

(25) Idem artículo 106 del Decreto francés de 20 de mayo de 1955 y párrafo 45 de la *Konkursordnung* tras su reforma por Ley de 18 de junio de 1957. Como se ha expuesto, el primero de tales preceptos está derogado y el segundo ha sido declarado inconstitucional.

(26) A pesar de su distinta formulación, la presunción del artículo 23 de la Compilación catalana se incluye en esta constante desde el momento en que su enervación sólo puede lograrse probando la procedencia privativa de los medios invertidos en la adquisición del bien. V. infra las consideraciones que se hacen al hablar de la enervación de la presunción del artículo 1.442 C.C.

(27) Se aludirá únicamente a las teorías más difundidas; en este sentido, v. F. SANTORO-PASSARELLI, *Struttura e funzione della presunzione detta muciana*, en «Rivista di diritto commerciale», 1936, I, p. 1936, I, p. 152 y ss., y L. TONNI, *Sulla natura giuridica della presunzione muciana*, en «Rivista di diritto commerciale», 1946, II, p. 226 y ss. Para un estudio más completo sobre esta cuestión, v. G. TEDESCHI, *Natura della presunzione muciana nel fallimento*, en «Rivista di diritto civile», 1934, p. 357 y ss., y c.d. nuestra doctrina, M. BROSETTA PONT, *La presunción muciana y el derecho de quiebras (En torno a las repercusiones de la quiebra del marido sobre los bienes privativos de la mujer)*. Primera parte, en «Revista de Derecho mercantil», 1960, p. 322 y ss.

(28) G. BONELLI, *Del fallimento (Commento al Codice di commercio)*, II, Milán, 1923, p. 399 y ss. y A. FORMIGGINI, *La prova contraria alla presunzione muciana*, en «Rivista di diritto civile», 1956, p. 393 y s.

pertenecientes al quebrado, adquirió para sí mismo. Esta teoría ha sido objeto de numerosas objeciones, haciéndose siempre hincapié en que la muciana se aplica independientemente de la participación del tercero enajenante exigida por la simulación (29).

Otro sector doctrinal (30), acoge la teoría de la subrogación real. En contra de esta teoría, aparte de lo antes expuesto, se observa que el quebrado se convierte en propietario únicamente frente a sus acreedores y que por tanto no se da el traslado de propiedad que es condición necesaria para que pueda hablarse de subrogación real (31).

Según otra opinión, al parecer mayoritaria (32), la muciana no determina un traslado de propiedad de los bienes adquiridos por el cónyuge *in bonis* al quebrado, sino una extensión objetiva de la quiebra a bienes que no son propiedad del quebrado. Es decir, el cónyuge *in bonis* es el propietario de los bienes que adquiera con medios presumatamente pertenecientes al quebrado; sin embargo, la Ley, para evitar los posibles perjuicios a los acreedores, dispone que esos bienes se incluyan en la masa de la quiebra.

La exposición que precede revela un acusado desfavor hacia la muciana moderna: tres países la han eliminado de sus respectivos ordenamientos y en Italia ha dado lugar a una cuestión de inconstitucionalidad. Si es cierto que esta cuestión ha sido desestimada, también lo es que la misma se inserta en una problemática más amplia: la crisis que la muciana está atravesando en Italia. En este país se plantea, en efecto, otra cuestión que es la de la compatibilidad entre la presunción en estudio y el nuevo Derecho de familia (33). A raíz de la reforma del *Codice civile* por Ley de 19 de mayo de 1975, número 151, el régimen económico matrimonial legal ya no es el de separación, sino el de *comunione*. Según la doctrina mayoritaria, esta Ley ha derogado de forma tácita y parcial el artículo 70 de la *Legge fallimentare*: éste ya sólo sería aplicable a algunos de los bienes privativos de los cónyuges en régimen de *comunione* (v. art. 179 *Codice civile*) y en los supuestos en que los cónyuges hayan pactado el régimen de separación de bienes. La jurisprudencia oscila entre esta opinión y la de los autores que sostienen la posibilidad de aplicar la muciana incluso a los bienes objeto de la *comunione*. Finalmente algunos autores afirman que el artículo 70 de la Ley de 1942 debe

(29) V. F. SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, p. 152 s.; G. TEDESCHI, *op. cit.*, p. 359 s.; L. TONNI, *op. y loc. citados*; y M. BROSETA PONT, *op. cit.*, p. 323 s.

(30) Así G. TEDESCHI, *op. cit.*, p. 362 ss.

(31) V. F. SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, p. 154; L. TONNI, *op. cit.*, p. 231; y M. BROSETA PONT, *op. cit.*, p. 325 y ss.

(32) F. SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, p. 154 y ss.; L. TONNI, *op. cit.*, p. 232; G. DE SEMO, *Diritto fallimentare*, Firenze, 1948, p. 301; F. FERRARA, *Il fallimento*, Milano, 1959, p. 317 s.; y M. BROSETA PONT, *op. cit.*, p. 327 s.

(33) Sobre esta cuestión, v. A. BORGIOLO, *op. cit.*, p. 576 y ss. y bibliografía citada por este autor.

considerarse totalmente derogado, inaplicable incluso al régimen de separación de bienes: hay quien observa que en la actualidad este régimen es convencional y que la muciana sólo sería operativa si presumiera que la intención de defraudar a los acreedores se remonta a la elección del citado régimen (34); y hay quien argumenta *ex artículo 219,2 Codice civile* —«*I beni di cui nessuno dei coniugi può dimostrare la proprietà esclusiva sono di proprietà indivisa per pari quota di entrambi i coniugi*»— que «*la separazione, ove non possa darsi la prova della proprietà esclusiva dei beni, cede solo alla comunione*» (35).

III. CONSIDERACION ESPECIAL SOBRE LA EVOLUCION DE LA MUCIANA EN EL DERECHO CIVIL COMUN Y EN EL DERECHO MERCANTIL

1. Derecho histórico

A) *Derecho civil común.* La muciana en su formulación romana fue recogida por las Partidas 3, 14, 2: «...E otrosi dezimos, que cuando el marido muere, e fallan dineros, e ropa, e otras cosas en poder de su muger, que solia beuir con el, e pedian los herederos aquellas cosas en nome del finado, si la muger negare en juyzio, que aquellas cosas non eran de su marido, e las razonare por suyas, o que ha algun derecho en ellas, tenuda es de lo prouar; e si desto non pudiere dar proeua verdadera, deuen ser entregados todos aquellos bienes a los herederos del finado. E esto touieron por bien los Sabios antiguos por esta razón: porque sospecharon, que toda cosa que fallasen en poder de la muger, que era de los bienes del marido, fasta que ella

(34) F. CORSI, *La muciana: una presunzione dura a morire*, en «Giurisprudenza commerciale», 1978, II, p. 191 y ss. Crítica esta opinión G. OPPO, *Acquisti alla comunione legale e pregiudizio dei creditori personali*, en «Rivista di diritto civile», 1981, I, p. 158; según este autor «Per vero non si comprende perché la scelta convenzionale debba ostacolare la presunzione mentre non la ostacolava la scelta legale; meno ancora si comprende il referimento della frode alla scelta del regime di separazione laddove la frode sa rebbe se maida collocare nell'arquisto, talché l'art. 70 la presumeva (secosi ci si vuole esprimere) anche quando il regime di separazione era legale».

(35) G. RAGUSA MAGGIORE, *Presunzione muciana, Novissimo digesto italiano, Appendice*, Torino, 1984, p. 1182. Contra G. OPPO, *op. cit.*, p. 158 y s., según el cual «Lungi dal porre una regola che si scontri con la muciana, l'art. 219 opera su tutt'altro piano, non tanto perché abbia efficacia interna ma perché governa —verosimilmente per i soli mobili (cfr. art. 195, ult. parte)— soltando l'onere della prova delle proprietà esclusiva, ponendola a carico di chi la afferma. L'art. 70 l. fall. non risolve (in modo diverso) alcun problema del genere; dà anzi per scontato che il bebe sia stato acquistato *dal coniuge* e gli sottrae la proprietà, che sarebbe comprovata dall'acquisto, presumendo che questo sia avvenuto con denaro fallito. L'art. 70 l. fall. comincia cioè a operare quando è soddisfatto l'onere posto dall'art. 219 c.c.; se l'onere non è soddisfatto, l'art. 70 è inapplicabile perché il bene è comune, non perché la muciana sia inapplicabile in regime di separazione».

mostrasse lo contrario; porque mas guisada razon es de sospechar, que poner dubda en los coraçones de los omes, que ella los ouisse ganado de mala parte. E esto se due enteder de aquellas mugeres, que non usan arte, o menester, de que lo pueden ganar honestamente: mas si tal arte usan, tenemos por bien, que no sea desapoderada de aquellos bienes, que ella dize, que assi gano; e deuen ser oydas las razones della, e de los herederos, en la manera que mandan las otras leyes deste nuestro libro, que fablan en esta razon» (36).

No obstante la costumbre era contraria a la muciana y a finales del siglo XIV la Ley 203 de las de Estilo la sustituye por otra presunción: «Como quier que en el derecho diga que todas las cosas que han marido, e muger, que todas presume el derecho que son del marido fasta que la muger muestre que son suyas. Pero la costumbre guardada es en contrario, que los bienes que han marido, y muger, que son de ambos por medio, salvo los que probare cada uno que son suyos apartadamente» (37). Esta presunción, que pasó a la Nueva Recopilación 5, 9, 1 (38) y a la Novísima Recopilación 10, 4, 4 (39), constituye el precedente de la presunción de ganancialidád.

B) *Derecho mercantil*. Según una opinión (40), un precedente de la muciana como institución del derecho de quiebras se encuentra en el apartado LIV del Capítulo XVII («De los atrasados, fallidos o alzados: sus clases y modos de procederse en sus quiebras») de las Ordenanzas de Bilbao: «Por quanto se ha experimentado que las mugeres de algunos comerciantes que han quebrado, o sus herederos en representación de ellas, se han opuesto a los concursos y cobrado sus dotes; y después, volviendo los tales comerciantes a tratar y comerciar de nuevo, quebrando segunda o más veces, y se ha repetido la misma acción por sus mugeres o quienes las representaban, diciendo haver quedado la dote cobrada en segunda o primera quiebra en poder de sus maridos, y la han vuelto a sacar; para evitar el perjuicio y fraude que en esto pueda haver contra los demás acreedores que han tratado a la buena fe, e ignorantes de semejante derecho, se ordena y manda que siempre que sucediere la quiebra de alguno y se sacare por su muger o sus herederos dote, se entienda que en adelante, aunque lo vuelva a dejar en su poder y comercie con ello, no se haya de poder pedir ni tener acción por su muger ni quien la represente; pues habiendo experimentado antes el mal cobro que le dio

(36) *Las siete Partidas del Sabio Rey Don Alonso el IX, con las variantes de más interés, y con la glosa del Lic. Gregorio López*, II, Barcelona, Antonio Bergnes, 1844, p. 274 y s.

(37) *El Fuero Real de España, diligentemente hecho por el noble Rey Don Alonso IX, glosado por Alonso Díaz de Montalvo*, I, Madrid, Pantaleon Aznar, MDCCCLXXXI, p. 66.

(38) *Nueva Recopilación*, III, Madrid, Pedro Marín, MDCCCLXXVII, p. 88.

(39) *Novísima Recopilación*, V, Madrid, 1805, p. 25.

(40) F. VIRGILI SORRIBES, *Proyección de la presunción muciana*, cit., p. 327 y s.

el marido de su dote, no debe fiarle otra vez su administración y gobierno» (41). A pesar de la posibilidad de la prueba en contrario introducida por la Real Confirmación de las Ordenanzas de Bilbao de 2 de diciembre de 1737 (42), no parece que este texto constituya un antecedente de la muciana moderna (43). Lo único que establece es que si la mujer ha detraído la dote de la masa de la quiebra del marido y éste vuelve a ejercer el comercio quebrando otra vez, aquélla no podrá exigir una nueva restitución de la dote a no ser que pruebe que efectivamente se la volvió a entregar, porque se presume que la primera quiebra ha creado en ella una desconfianza en la administración de la dote por el marido.

2. Codificación

A) *Código civil* (antes de la reforma por Ley de 13 de mayo de 1981). Siguiendo el precedente sentado por la Ley 203 del Estilo, lo que recogen tanto el Proyecto de C. de c. de GARCIA GOYENA de 1851 (art. 1.328) (44) como el C. de c. (art. 1.407; hoy art. 1.361) es la presunción de ganancialidad.

La desaparición de la muciana y la consagración de la presunción de ganancialidad es consecuencia de la evolución experimentada por el régimen económico matrimonial en el Derecho civil común. La muciana, en su concepción primitiva, respondía al régimen de separación de bienes. Este régimen, y con él la muciana, imperó en Castilla por influencia del Derecho romano. Cuando el régimen de gananciales desbanca el régimen de separación, la muciana es sustituida por la presunción de ganancialidad.

Cabe no obstante preguntarse si la muciana subsiste en el régimen, ya convencional, de separación de bienes. Del artículo 3.009 de una obra de GARCIA GOYENA y AGUIRRE (45) —«Encontrándose en poder de la mujer algunas cosas, y dudándose de donde ha podido adquirirlas, se presumía por decoro del matrimonio, que las había adquirido de su marido; y lo mismo habrá de decirse hoy,

(41) *Ordenanzas de la Ilustre Universidad y Casa de Contratación de la M.N. y M.L. Villa de Bilbao (insertos sus reales privilegios)*, aprobadas y confirmadas por el Rey Nuestro Señor Don Phelipe Quinto, Madrid, Pedro Marín, 1787, p. 149 y s.

(42) *Op. cit.* nota anterior, p. 296.

(43) Así lo afirman M. BROSETA PONT, *op. cit.*, p. 309, y A. PARA MARTÍN, *op. cit.*, p. 57.

(44) *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código civil español*, III, Madrid, Sociedad Tipográfica-Editorial, 1852, p. 334: «Se reputarán bienes gananciales todos los bienes del matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer».

(45) *Febrero o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos comprensiva de los Códigos civil, criminal y administrativo, tanto en la parte teórica, como en la práctica, con arreglo en un todo a la legislación hoy vigente*, Corregida y aumentada por Aguirre y Montalbán, II, Madrid, Gaspar y Roig editores, 4.^a ed., 1852, p. 292.

sin perjuicio de la sociedad conyugal de ganancias en las cosas que la componen»— parece deducirse que la Ley 203 del Estilo descartó la muciana en el régimen de gananciales, pero no en el de separación de bienes. En cualquier caso el Código civil no recogía la muciana —de hecho, ni siquiera regulaba el régimen de separación— y ello basta para negar su vigencia: las presunciones son excepciones a la regla general en materia de prueba, dispensan a sus beneficiarios de probar el hecho presunto, y por tanto sólo una disposición legal expresa permite afirmar su existencia.

B) *Código de comercio.* La versión moderna de la muciana no se recoge en el Código de comercio de 1829.

En cuanto al Código de comercio vigente, se ha sostenido que su artículo 909, números 1 y 2 proclama implícitamente la presunción muciana (46). No compartimos esta opinión. El precepto en cuestión establece que determinados bienes dotales y parafernales ocupados al quebrado sólo podrán detraerse de la masa de la quiebra si constan inscritos en el Registro mercantil como bienes privativos de la mujer. Se trata por tanto de una norma que tiende a sustraer algunos bienes de la masa de la quiebra, mientras que la muciana tiende a la integración de dicha masa. Por otra parte, si el artículo 909, números 1 y 2 pretendiese, al igual que la muciana, evitar las confabulaciones entre cónyuges en perjuicio de los acreedores, debería permitir que la mujer demostrase su titularidad por cualquier medio admitido en Derecho; parece por tanto que la finalidad de este precepto es otra, concretamente la de proteger a los acreedores que concedieron sus créditos confiados en la apariencia de prosperidad creada en el comerciante por la detención de los bienes de la mujer: de ahí que la exigencia de inscripción en el Registro mercantil, que desvirtuaría la apariencia de prosperidad, se eleve a requisito esencial para detraer de la masa los bienes privativos de la mujer del quebrado (47).

IV. EL NUEVO ARTICULO 1.442 DEL CODIGO CIVIL

La versión moderna de la muciana sólo se incorpora al ordenamiento español a raíz de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

(46) F. VIRGILI SORRIBES, *Proyección de la presunción muciana*, cit., p. 329 y ss.

(47) V. M. BROSETA PONT, *op. cit.*, p. 342 y ss., e ID, *La presunción muciana y el derecho de quiebras (En torno a las repercusiones de la quiebra del marido sobre los bienes privativos de la mujer)*, Segunda parte, en «Revista de derecho mercantil», 1961, p. 77 y ss. Cfr. también J. PINTO RÚIZ, *Los bienes puestos a nombre de la mujer en el Derecho civil de Cataluña*, en «Revista jurídica de Cataluña», número extraordinario, 1970, p. 242 y ss., y A. PARA MARTÍN, *op. cit.*, p. 53 y ss.

Hay que remitirse al nuevo artículo 1.442 C.c.: si es indudable que este precepto recoge la muciana moderna, también lo es que él mismo ha contribuido considerablemente a la evolución experimentada por dicha presunción desde su incorporación al Código de comercio de Napoleón.

1. Ubicación del precepto

La primera novedad es la inserción en el Código civil, inserción que se justifica por el ámbito de actuación que nuestro legislador atribuye a la muciana moderna: ésta no sólo opera en los supuestos de quiebra, sino también en los de concurso de uno de los cónyuges. En cualquier caso la ubicación más adecuada para esta presunción es la futura Ley concursal y así lo ha entendido la Ponencia Especial que ha redactado el Anteproyecto de Ley concursal de 27 de junio de 1983 (48).

Dentro del Código civil, la muciana se recoge concretamente en el Capítulo VI («Del régimen de separación de bienes») del Título III («Del régimen económico matrimonial») del Libro IV. Siguiendo pues el precedente romano, y a diferencia de lo que se prevé en los ordenamientos jurídicos extranjeros a los que se ha hecho referencia, la versión moderna de la muciana se consagra como una institución propia del régimen de separación de bienes. Se aplica también en el régimen de participación, que durante su vigencia funciona como el régimen de separación (v. arts. 1.412-1.414 C.c.).

Habida cuenta que en el sistema de derecho común el régimen económico matrimonial supletorio legal de primer grado es el de la sociedad de gananciales (art. 1.316 C.c.), la muciana sólo será aplicable cuando los cónyuges hayan pactado el régimen de separación o el de participación y en los supuestos contemplados por el artículo 1.435, números 2 y 3 C.c.

(48) V. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, *Anteproyecto de Ley concursal*, Madrid, 1983. La muciana moderna está prevista por el art. 264 del Anteproyecto: «Declarado el concurso de un cónyuge con régimen de separación de bienes, se presumirá, salvo prueba en contrario, en beneficio de la masa, que fueron donados por él los bienes adquiridos por el otro cónyuge, constante matrimonio, cuya procedencia no pueda justificarse, siempre que la adquisición haya tenido lugar en el año anterior a la admisión a trámite de la solicitud del concurso o en el periodo a que alcance la retroacción, si éste fuese superior a aquél. Si el cónyuge del concursado justifica la adquisición pero no la del precio con que la hubiese verificado, se presumirá que el bien procede de donación del concursado. Se tendrá por justificada la procedencia del precio cuando el cónyuge titular percibiera sueldo, ejerciera profesión o, en general, tuviera a su disposición dinero suficiente para la adquisición en el momento de realizarla. Esta presunción no regirá si en el momento de la adquisición los cónyuges estuvieran separados judicialmente o de hecho. Los bienes adquiridos con pacto de supervivencia se considerarán divisibles en el concurso de uno de los cónyuges».

2. La presunción establecida por el artículo 1.442

Es una presunción *iuris tantum* cuyo hecho base son las adquisiciones onerosas realizadas por el cónyuge del quebrado o concursado durante el año anterior a la declaración de quiebra o concurso o en el período a que alcance la retroacción de la quiebra, y cuyo hecho presunto son donaciones entre cónyuges en fraude de acreedores: se presume, salvo prueba en contrario, que los bienes adquiridos a título oneroso por el cónyuge no deudor durante el período sospechoso indicado le han sido donados en su mitad por el quebrado o concursado.

La falta de enervación de la muciana no determina la automática incorporación de los bienes afectados a la masa de la quiebra o concurso, sino que se limita a abrir paso al ejercicio de las acciones rescisorias por fraude. De esta afirmación hay que excluir el caso en que la presunta donación haya sido realizada por el quebrado durante el período de retroacción absoluta (art. 878,2 C. de c.: nulidad de pleno derecho).

Se trata ahora de estudiar los elementos que componen esta presunción, haciendo hincapié en algunos de los problemas que puede suscitar.

A) *Sujetos*. La versión moderna de la muciana opera sin perjuicio del cónyuge *in bonis* y en beneficio de los acreedores del cónyuge declarado en quiebra o concurso.

a) *Sujeto perjudicado*. El artículo 1.442 utiliza el término «cónyuge». Ello significa por una parte que nuestro Código civil, atendido el principio de igualdad consagrado por los artículos 14 y 32,1 de la Constitución y siguiendo el ejemplo de las más modernas legislaciones de quiebras, ha establecido una muciana bilateral, una muciana que puede perjudicar tanto al marido como a la mujer.

Por otra parte la expresión «cónyuge» implica la necesaria existencia de un vínculo matrimonial. A este respecto hay que destacar que la presunción sólo afecta a las adquisiciones que tengan lugar constante matrimonio. Interpretado literalmente, el artículo 1.442 exige que el vínculo matrimonial exista también en el momento en que se produce la declaración de quiebra o concurso («Declarado un cónyuge en quiebra o concurso...»). Es cierto que el hecho de que el matrimonio no subsista al producirse dicha declaración puede excluir o reducir la aplicación de la muciana, pero sólo en algunos casos y siempre como consecuencia de la excepción prevista por el propio artículo 1.442 *in fine*. Se trata concretamente de los casos en los que el matrimonio se haya disuelto por divorcio o por declaración de fallecimiento (v. art. 85 C.c.): como quiera que estas causas de disolución van precedidas de una más o menos larga separación (v. arts. 86 y 193 ss. C.c.), será ésta la que, al cubrir en todo o en parte el período de sospecha legal, impedirá o restringirá el juego de la muciana.

Efectivamente el artículo 1.442 *in fine* excluye la aplicación de la presunción cuando los cónyuges están separados judicialmente o de hecho. Si bien hay que admitir que en los supuestos de separación falta la comunidad de vida que propicia las colusiones entre cónyuges y motiva la muciana, quizás hubiese sido preferible evitar esta excepción que abre una nueva vía al fraude a la Ley (49); con todo, la separación siempre podría haber sido considerada por el Juez como un dato más para apreciar la enervación de la presunción.

Aunque el artículo 1.442 no lo especifica, parece que la separación judicial o de hecho, excluye la aplicación de la muciana sólo si existe en el momento de la realización de las adquisiciones sospechosas. A este respecto hay tres posibilidades, es decir, la separación como excepción a la aplicación de la muciana puede entenderse referida al momento de la declaración de quiebra o concurso; al período sospechoso, exigiéndola ininterrumpidamente durante el mismo; o al momento de la realización de las adquisiciones afectadas por la presunción (50). La primera posibilidad debe ser descartada: de admitirse, caso de que los cónyuges se separasen poco antes de la declaración de quiebra o concurso, la presunción no podría desplegar su eficacia sobre unas adquisiciones claramente sospechosas, esto es, sobre las adquisiciones onerosas eventualmente efectuadas por el cónyuge no deudor cuando todavía perduraba la convivencia y ya había empezado el período al que alcanza la muciana. La segunda posibilidad parece excesiva: aunque el alcance temporal de la muciana es

(49) C. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Régimen económico del matrimonio*, Madrid, 1982, p. 408, afirma que «La norma hubiera ganado en profundidad sin menoscabar para nada los intereses de los cónyuges, de haberse suprimido el período final que introduce una ruta al escape y una fuente legal para la puesta en marcha de acciones dolosas en contra de los intereses de terceros...».

La idea de introducir esta excepción al juego de la muciana también apareció en los trabajos de la Comisión para la reforma del Código de comercio italiano (v. «Rivista di diritto commerciale», 1908, I, p. 409 y s.). En contra de esta excepción se pronunció A. CANDIAN, *Prova contraria alla presunzione muciana*, En «Rivista di diritto commerciale», 1912, II, p. 626, según el cual «...non valeva la pena di cimentare i coniugi alla prova del fuoco fra il pericolo che corre la fama della loro coerenza familiare e il vantaggio di metter al sicuro una riserva per ogni eventuale accidente. Non è da pessimisti dire che cresceranno le statistiche delle separazioni coniugali. E allora la prova dovrà portarsi sulla sincerità o simulazione della separazione... tutto per la sobrietà e la brevità del giudizio!». La excepción no ha sido recogida por el art. 70 de la *Legge fallimentare*.

(50) Sobre esta cuestión L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, IV, *Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, Madrid 5.^a ed., 1989, p. 235, dicen que el art. 1.442 «No aclara si la separación legal o de hecho ha de existir en el momento de la declaración de quiebra o concurso o en el período al que alcanza la presunción. Nos inclinamos por esta última solución».

En relación al art. 23 de la Compilación catalana, M. YSÁS i SOLANES, *op. cit.*, p. 324, dice que «Creim que, per excloure l'aplicació de la presumció farà falta que estiguin separats des de la data de retroacció o des d'un any abans de la declaració, i que segueixin d'aquesta manera fins a la declaració, de manera ininterrompuda. En cas contrari, actuarà la presumció».

reducido, no se puede excluir la eventualidad de que durante el mismo los cónyuges atravesen períodos de separación y períodos de reconciliación y convivencia; entender que la existencia de estos últimos impide el juego de la excepción incluso con respecto a las adquisiciones onerosas realizadas por el cónyuge *in bonis* durante los períodos de separación, implica introducir una «excepción a la excepción» no prevista por el legislador. Por ello nos decantamos por la tercera posibilidad (51), posibilidad que por supuesto no impide a los acreedores probar el carácter fraudulento de una determinada separación ocurrida vigente la muciana y dirigirse contra las adquisiciones onerosas realizadas por el cónyuge no deudor durante dicha separación.

La muciana opera exclusivamente en los supuestos de declaración de quiebra o concurso. Su aplicación en caso de que la declaración afecte a uno de los cónyuges es indiscutible. La cuestión consiste en determinar si es igualmente aplicable en el supuesto en que ambos cónyuges sean declarados en quiebra o concurso. Para resolver este problema es necesario distinguir según los cónyuges sean declarados en quiebra o concurso contemporáneamente —como socios colectivos de una sociedad colectiva o de una sociedad comanditaria (arts. 127, 148 y 932 C. de c.), como socios de una sociedad irregular o incluso, aunque resulte improbable en la práctica, como empresarios individuales dedicados a actividades distintas— o sucesivamente.

En caso de que las declaraciones de quiebra o concurso sean contemporáneas, la muciana no puede operar: no tiene sentido presumir que la mitad de los bienes adquiridos a título oneroso por la esposa durante un determinado período de tiempo le han sido donados por el marido y que los bienes adquiridos a título oneroso por este último durante el mismo período le han sido donados en su mitad por la esposa (52).

(51) Esta es la solución expresamente acogida por el art. 264 del Anteproyecto de Ley concursal de 1983. V. *supra*, nota 48.

(52) En este sentido se ha pronunciado la Corte de casación italiana: en su sentencia de 12 de junio de 1957, núm. 2.916 (v. «Foro italiano», 1958, I, c. 929 y ss.) afirma que «...nei casi del genere ciascuna delle due presunzioni, astrattamente, per sé ammissibile, rimane in concreto neutralizzata dall'altra, non potendosi presumere che i beni di cui un coniuge tiguri proprietario siano stati acquistati con denaro dell'altro coniuge, i cui beni dovrebbero a loro volta presupimersi acquistati con denaro del primo, col risultato che ciascuno dei due abbia provveduto all'acquisto dei beni per l'altro anziché per sé... ove la tutela medesima dovesse essere diretta contemporaneamente in due direzioni uguali e contrarie, essa nella sua obiettività non troverebbe alcuna giustificazione, onde l'inapplicabilità alla ipotesi dell'istituto particolare che, nella sua pratica applicazione, si rivela non soltanto inadeguato ma del tutto incongruente, e l'esigenza per l'interprete di fare ricorso agli istituti di carattere generale (simulazione, ecc.), se nerorrono gli estemi...». Comparten el criterio acogido por esta sentencia. A. DE MARTINI, *Fallimento di società irregolare fra coniugi e presunzione muciana*, en «Rivista di diritto commerciale», 1957, II, / 399 y ss., y F. FERRARA, *op. cit.*, p. 319.

Aunque incidentalmente, la Corte di Cassazione había acogido la solución contraria en su sentencia de 27 de septiembre de 1954, núms. 3.135 (v. «Foro italiano», 1955, I, c. 1.608): «...nel caso di fallimento di entrambi i coniugi, eventualità da restringersi

En caso de que las declaraciones de quiebra o concurso sean sucesivas, la muciana opera en la primera declaración. En cuanto a la segunda declaración —la del otro cónyuge—, la muciana operará solamente en la medida en que su período de sospecha no coincida con el de la presunción que ha operado en la primera declaración —y ello porque, como se ha expuesto, carece de lógica presumir que durante un período de tiempo los cónyuges se han estado donando bienes mutuamente por sistema— y en tanto las adquisiciones sospechosas hayan sido realizadas por el primer quebrado o concursado tras su rehabilitación —y ello porque, en caso contrario, tales adquisiciones serían nulas de pleno derecho (v. arts. 878 C. de c. y 1.914 C.c.) y así debería declararlo el Juez aunque la nulidad no fuese instada por los acreedores del primer quebrado o concursado— (53).

b) *Beneficiarios*. La muciana moderna sólo puede ser invocada por los acreedores del cónyuge declarado en quiebra o concurso y a este respecto no parece que pueda plantearse duda alguna.

B) *Objeto*. La muciana afecta a la mitad de los bienes adquiridos a título oneroso por el cónyuge *in bonis* durante el año anterior a la declaración de quiebra o concurso o en el período a que alcance la retroacción de la quiebra.

La limitación al cincuenta por ciento de los bienes afectados es otra de las innovaciones con las que nuestro legislador contribuye a la evolución de la versión moderna de la muciana.

Se ha observado que «La solución de presumir «medio fraude» es un tanto salomónica, pero está de acuerdo con el artículo 1.441, y en el fondo responde a una realidad bastante probable. Trata de evitar que el régimen de separación sirva de instrumento al fraude de acreedores, pero mediante un correctivo ecléctico en favor del otro cónyuge, que podría ser dueño efectivo de los bienes (no se ha probado que lo sea, pero tampoco que no lo sea él o que lo sea el deudor): correctivo que, como todas las soluciones intermedias, acaso no satisfaga a muchos» (54). Probablemente esta limitación objetiva responde al intento de conciliar la

in pratica alla sola ipotesi di coniugi soci a responsabilità illimitata di una società fallita, è da tenersi per fermo che ciascuna massa fallimentare può giovarsi della muciana verso l'altra, salvo quegli accorgimenti che la unicità del giudice delegato o del curatore potranno suggerire nei singoli casi concreti». En este sentido se pronuncian A. FORMIGGINI, *op. cit.*, p. 385 y ss., que opta por esta solución «non senza nascondere la scarsa soddisfazione che essa lascia» (p. 386), Y F. BATISTONI FERRARA, *Fallimento di entrambi i coniugi e presunzione muciana*, en «Foro italiano», 1958, I, c. 1684 y ss.

(53) F. FERRARA, *op. cit.*, p. 319, sostiene que la muciana tampoco se aplica en caso de que los cónyuges sean declarados en quiebra sucesivamente: «Se la presunzione avesse già trovato applicazione, resterebbe successivamente travolta del fallimento del coniuge, con la necessità di restituire al curatore del medesimo i beni che fossero stati appresi». A nuestro entender esta solución determina una notable inseguridad jurídica.

(54) J. L. LACRUZ BERDEJO, en J. L. LACRUZ BERDEJO, F de A. SANCHO REBULLIDA, A. LUNA SERRANO, y F. RIVERO HERNÁNDEZ, *Elementos de derecho civil*, IV, *Derecho de familia*, Fasc. 2.º, Barcelona, 3.ª ed., 1989, p. 569.

protección de los acreedores del cónyuge quebrado o concursado con la salvaguardia de los intereses del cónyuge no deudor. En cualquier caso no satisface a muchos: resulta emblemático en este sentido que el Anteproyecto de Ley concursal de 1983 no la prevea (55). Y el artículo 1.441 C.c. no impide su eliminación: la versión moderna de la muciana podría afectar en su totalidad a los bienes sobre los que recae sin que a ello se oponga el hecho de que el artículo 1.441 atribuya a cada cónyuge la mitad de los bienes cuya pertenencia exclusiva a uno de ellos no pueda acreditarse (56).

Los bienes afectados al cincuenta por ciento por la muciana moderna son los adquiridos a título oneroso por el cónyuge del quebrado o concursado. El carácter oneroso de la adquisición y la condición de adquirente del cónyuge *in bonis* son extremos que forman parte del hecho base de la presunción y por tanto deben ser probados por los acreedores del quebrado o concursado que pretendan valerse de ella. Quedan claramente excluidas del ámbito de afección de la muciana las adquisiciones a título gratuito realizadas por el cónyuge no deudor y las adquisiciones en las que no conste claramente cual de los cónyuges ha sido el adquirente. En cuanto a las primeras, los acreedores podrán ejercitar directamente la acción rescisoria por fraude (caso de donación realizada por el quebrado o concursado en favor de su cónyuge) o la acción de simulación (casos de puesta a nombre y de doble simulación). En cuanto a las segundas, operaría la presunción de cotitularidad ex artículo 1.441 C.c. Interesa destacar que las presunciones de los artículos 1.441 y 1.442 C.c. no se interfieren: la presunción de cotitularidad opera cuando no puede presentarse un título formal de adquisición a favor de uno sólo de los cónyuges (57); y

(55) V. *supra*, nota 48. El art. 1.438 del Proyecto de Ley de régimen económico matrimonial en el Código civil de 4 de octubre de 1978 no preveía este correctivo. Y tampoco lo prevé el art. 23 de la Compilación catalana.

(56) Sobre el art. 1.441 C.c., v. V. MAGARIÑOS BLANCO, *Cambio de régimen económico matrimonial de gananciales por el de separación y los derechos de los acreedores*, en «Revista crítica de derecho inmobiliario», 1982, P. 103 y ss.; A. L. REBOLLEDO VARELA, *Separación de bienes en el matrimonio (El régimen convencional de separación de bienes en el Código civil)*, Madrid, 1983, p. 85 y ss.; V. L. MONTÉS en AA.VV., *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, II, Madrid, 1984, p. 1.948 y ss.; V. GUILARTE GUTIÉRREZ, *La regla de indivisión en régimen de separación de bienes (art. 1441 C.c.) y su alteración convencional*, en «Revista crítica de derecho inmobiliario», 1984, p. 309 y ss.; J. L. DE LOS MOZOS, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. albaladejo, XVIII, 3, Madrid 1985, p. 402 y ss.; L. DÍEZ PICAZO y A. GULLÓN, *op. cit.*, p. 233 y s.; y J. L. LA CRUZ BERDEJO, *op. cit.*, p. 567 y s.

una presunción semejante a la del art. 1.441 C.c. la establecen el art. 3,3 de la Compilación de Baleares, la ley 103, c) de la Compilación de Navarra y el art. 49, 3 de la Compilación de Cataluña.

(57) Presentado dicho título, a diferencia de lo que ocurre con la presunción de ganancialidad (v. art. 1.361 en relación al art. 1.347, núm. 3 C.c.), la presunción del

la muciana moderna entra en juego precisamente cuando la presunción del artículo 1.441 no puede operar porque existe un título formal oneroso que acredita la adquisición exclusiva por parte del cónyuge no deudor (58).

Las adquisiciones realizadas por el cónyuge *in bonis* quedan afectadas por la muciana con independencia de que el transmitente haya sido el otro cónyuge o un tercero: no pueden haber dudas a este respecto «desde el momento en que el art. 1.442 contempla todas las adquisiciones onerosas del cónyuge no deudor sin distinguir quién ha sido el transmitente» (59).

art. 1.441 queda destruida sin que el adquirente deba probar además que los medios invertidos en la adquisición, por ejemplo, el dinero, era de su propiedad exclusiva. Así lo entiende la doctrina V. MAGARIÑOS BLANCO, *op. cit.*, p. 105 y ss.; A. L. REBOLLEDO VARELA, *op. cit.*, p. 93 y ss.; V. L. MONTÉS, *op. cit.*, p. 1.956; J. L. DE LOS MOZOS, *op. cit.*, p. 409; y LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, pp. 407 y 568. L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN, *op. cit.*, p. 234, establecen una distinción: «Puede discutirse si en las adquisiciones posteriores a la celebración del matrimonio hay una subrogación real, de manera que el bien adquirido es del cónyuge a quien pertenecía la contraprestación, o de quien realiza la adquisición, con independencia, pues, de la naturaleza de la contraprestación. Este último criterio es el que debe prevalecer frente a terceros, y el primero en las relaciones internas entre los cónyuges»; a nuestro entender la solución debe ser la misma en ambos tipos de relaciones y ello porque en el régimen de separación de bienes cada cónyuge sólo puede ser órgano de adquisición de su propio patrimonio (v. art. 1.437 C.c.).

Interesa destacar la posición contraria mantenida por el Tribunal Supremo en relación a la presunción de cotitularidad establecida por el art. 3,3 de la Compilación de Baleares: en sus sentencias de 2 de noviembre de 1965 y 2 de marzo de 1977, el TS afirma que para enervar dicha presunción no basta con probar la adquisición exclusiva por parte de uno de los cónyuges, sino que también hay que demostrar la privatividad de los medios empleados en la adquisición; de no acreditarse este último extremo, el *bien adquirido* pertenece por mitad y pro indiviso a ambos cónyuges. Observa M. MASOT MIQUEL, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo, XXXXI, 1, Madrid, 1980, p. 79, que esta interpretación del TS convierte la presunción del art. 3,3 Comp. en una «puerta falsa» que permite «la introducción solapada del régimen de gananciales» en Baleares.

La interpretación que acogemos no excluye la operatividad de la presunción de cotitularidad del art. 1.441 C.c. respecto de los medios empleados en la adquisición: si no se puede demostrar el carácter privativo del dinero, éste —*y no el bien adquirido en relación al cual la presunción ya ha quedado enervada*— corresponderá a ambos cónyuges por mitad. Por lo tanto los acreedores del cónyuge del adquirente podrían dirigirse contra este último por la mitad del dinero invertido en la adquisición del bien. V. V. MAGARIÑOS BLANCO, *op. cit.* p. 108, nota 120, y p. 113, nota 132.

La presunción de cotitularidad del art. 49,3 de la Compilación catalana no opera respecto del dinero empleado en la adquisición del bien; al contrario, acreditaba la adquisición exclusiva mediante un título formal, se presume *iuris tantum* que el dinero de la inversión era privativo del adquirente. Dice en efecto este artículo que «Els béns adquirits per un del consorts durant el matrimoni l'adquisició dels quals no es pugui justificar es considerarà que pertanyen als dos consorts per meitat; però si en consta l'adquisició, es presumiran adquirits amb diner privatiu de l'adquirent». Sobre esta norma v. A. MIRAMBELL i ABANCÓ, en AA. VV., *Comentaris les reformes del Dret civil de Catalunya*, 1, Barcelona, 1987, p. 445 y ss., y LL. PUIG i FERRIOL y E. ROCA i TRIAS, *Institucions del dret civil de Catalunya*, *cit.*, p. 328 y s.

(58) V., por todos, V. MAGARIÑOS BLANCO, *op. cit.*, p. 112.

(59) A. L. REBOLLEDO VARELA, *op. cit.*, p. 209, nota 302.

Finalmente hay que destacar que la muciana no afecta a todas las adquisiciones onerosas efectuadas por el cónyuge *in bonis* constante matrimonio, sino sólo a las que aquél haya realizado durante el año anterior a la declaración de quiebra o concurso o en el período a que alcance la retroacción de la quiebra. Originariamente el período de sospecha se extendía desde la celebración del matrimonio hasta la declaración de quiebra (v. art. 547 C. de c. francés de 1807); posteriormente este alcance temporal de la muciana se consideró excesivo y se redujo a los cinco años anteriores a la declaración de quiebra (v. art. 70 *Legge fallimentare* y art. 163 Ley mejicana de quiebras y suspensión de pagos); nuestro legislador lo ha reducido todavía más, fijándolo en el año anterior a la declaración o en el período de retroacción de la quiebra. Hay quien entiende esta disyuntiva en el sentido de que la muciana opera durante el año anterior a la declaración en los supuestos de concurso y durante el período de retroacción fijado por el Juez en los supuestos de quiebra (60). Sin embargo, cuando el artículo 1.442 habla del «año anterior a la declaración» no alude expresamente al supuesto de concurso y por lo tanto parece que dicha expresión debe entenderse referida tanto a la quiebra como al concurso. Lo que ocurre es que «el año anterior a la declaración» es el alcance temporal fijo de la muciana en los supuestos de concurso y el alcance temporal mínimo en los supuestos de quiebra. Entendemos en definitiva que la virtualidad de la referencia alternativa que el artículo 1.442 hace al «período a que alcance la retroacción de la quiebra» se circumscribe a los casos en que dicho período sea superior al año (61). La vigencia de la muciana es pues de un año, salvo en los supuestos de declaración de quiebra en los que el Juez determine que el estado de cesación de pagos del cónyuge deudor empezó antes. La localización en el tiempo de las adquisiciones, esto es, su realización durante el período de sospecha, completa el hecho base de la muciana y por tanto debe ser acreditada por los acreedores del cónyuge quebrado o concursado.

Con respecto a los supuestos de declaración de quiebra, ha surgido la cuestión acerca de si uno de los requisitos necesarios para que proceda la aplicación de la muciana es el de que las adquisiciones sospechosas hayan sido realizadas por el cónyuge *in bonis* cuando el otro cónyuge ya ejercía el comercio (62). En nuestro país este pro-

(60) L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN, *op. cit.*, p. 234, que reproducen el art. 1.442 C.c., en los siguientes términos «se presume que los bienes adquiridos a título oneroso por el cónyuge del quebrado o concursado durante el año anterior a la declaración (de concurso) o en el período a que alcance la retroacción (de la quiebra) fueron en su mitad donados por el concursado o quebrado».

(61) En este sentido se pronuncia V. L. MONTÉS, *op. cit.*, p. 1.958.

(62) La cuestión se ha suscitado en Italia. La resuelven en sentido afirmativo L. BOLAFFIO, *Dei diritti della moglie del fallito*, en «Rivista di diritto commerciale», 1909, II, p. 518 y s., y E. CUZZERI y A. CICU, *De la quiebra*, en *Derecho comercial*, obra completa coordinada por L. Bolaffio, A. Rocco y C. Vivante, trad. de J. Rodríguez.

blema ni siquiera puede plantearse: en este sentido hay que tener en cuenta el reducido periodo de sospecha de la muciana, el hecho de que dicha presunción se aplica también en los supuestos de concurso y por tanto no circunscribe su finalidad a la evitación del fraude en perjuicio del comercio y la consideración de que, aún limitándonos a los supuestos de quiebra, el excluir del ámbito de afección de la muciana las adquisiciones anteriores al ejercicio del comercio supondría desconocer «la existencia de posibles acreedores anteriores que son tan dignos de tutela como los posteriores a la adquisición de la cualidad de comerciante. Máxime cuando la quiebra se declara en favor de todos los acreedores del quebrado, es decir, de los anteriores y de los posteriores al ejercicio del comercio, y cuando, además, en la masa de la quiebra concurren los acreedores por obligaciones mercantiles al lado de los que derivan sus créditos de relaciones obligatorias civiles. Si no existe un patrimonio civil al lado de otro mercantil en la masa activa de la quiebra, la distinción carece de objeto» (63).

C) *Ejercicio y enervación.* La muciana sólo produce efectos dentro del proceso: no basta con su mera alegación en el tráfico, sino que debe ser invocada en el curso de un proceso para que sea la autoridad judicial quien valore la prueba del hecho base y la desvirtuación de dicha prueba o la prueba en contrario.

La carga de la prueba del hecho base recae sobre quienes hacen valer la muciana, es decir, sobre los acreedores del cónyuge quebrado o concursado. Si el hecho base no queda completamente acreditado, la presunción no será admitida (art. 1.249 C.c.).

Frente a la alegación de la muciana se puede tratar de suministrar la contraprueba o al prueba en contrario. La contraprueba consiste en demostrar lo contrario del hecho base (ej. acreditar que la adquisición onerosa del cónyuge *in bonis* encubría una donación de su padre o no se efectuó durante el periodo de sospecha) y su logro determina la inadmisión de la muciana. La prueba en contrario consiste en demostrar lo contrario del hecho presunto y su logro determina la enervación o la destrucción de la muciana (64). Ambas vías conducen en definitiva a un mismo resultado, esto es, a la no aplicación de la muciana. La legitimación para aportar la contraprueba o la prueba en contrario no está limitada por el artículo 1.442 al cónyuge

guez Aime y S. Sentis Melendo, XVIII, 1, Buenos Aires, 1954, p. 652. Afirman estos últimos autores que «En realidad la finalidad del legislador es excluir la posibilidad de fraude en perjuicio del comercio y de aquellos con quienes el comerciante realizase negocios o contrajese obligaciones en previsión de la quiebra; y no puede hablarse de esta finalidad cuando la adquisición por la mujer se realizó en una época en que el marido no era comerciante». Contra, G. BONELLI, *op. cit.*, p. 406, texto y nota 6; F. SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, p. 161; y R. PROVINCIALI, *Manuale di diritto familiamentare*, II, Milano, 1948, p. 132.

(63) Textualmente, M. BROSETA PONT, *op. cit.*, Primera parte, p. 311.

(64) M. SERRA DOMÍNGUEZ, *Normas de presunción en el Código civil y Ley de arrendamientos urbanos*, Barcelona, 1963, p. 155.

no deudor y por tanto parece posible extenderla a cualquier tercero interesado (ej. un acreedor del cónyuge *in bonis*, como el que le prestó el dinero invertido en la adquisición en cuestión).

Particular interés reviste la prueba en contrario. El hecho presunto de la muciana es una donación del quebrado o concursado a su cónyuge y por lo tanto la prueba en contrario consiste en demostrar la inexistencia de dicha donación. El artículo 1.442 no especifica como puede acreditarse este hecho, pero ya se ha puesto de relieve que «existe un único medio de probarlo: demostrando la procedencia privativa de los fondos con que se ha realizado la adquisición» (65). Hay que tener en cuenta que la prueba en contrario se valora cuando el hecho base ha quedado completamente acreditado sin que la contraprueba, en su caso, haya prosperado. Esto quiere decir que ya consta quién adquirió y cómo y cuándo lo hizo —el cónyuge no deudor, con carácter exclusivo y oneroso, durante el período de sospecha— y que por lo tanto sólo queda por demostrar la procedencia de los medios invertidos en la adquisición (66). Si el cónyuge *in bonis* logra probar el origen privativo de tales medios, la muciana habrá quedado enervada; si no lo logra, la muciana se aplicará. Y su objeto lo constituirán los bienes adquiridos (en su mitad), no los medios empleados en la adquisición. Como quiera que la muciana es una institución propia del régimen de separación de bienes y que en este régimen cada cónyuge sólo puede actuar de órgano de adquisición de su propio patrimonio (67), 'lo normal sería que, acreditada la procedencia del bien adquirido pero no la de los medios con los que se realizó la adquisición, se presumiese la donación de estos últimos. Sin embargo, el artículo 1.442 presume la donación del bien adquirido (en su mitad) y por lo tanto confunde dicho bien con los medios invertidos en su adquisición. En este punto nuestro legislador no innova: la versión moderna de la muciana ha venido operando esta confusión desde su incorporación al C. de c. de Napoleón. En cualquier caso, dado el carácter excepcional que reviste, quizás hubiese sido mejor establecerla más claramente, bien aludiendo expresamente al modo de enervar la presunción —como hace el artículo 23 de la Compilación catalana—, bien diciendo literalmente que «justificada la procedencia

(65) A. L. REBOLLEDO VARELA, *op. cit.*, p. 211.

(66) Dice J. L. L'ACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, p. 569, que «La fórmula legal no es afortunada, porque presumir la donación por el esposo, de un bien que el otro ha adquirido a título oneroso de tercero, es ir contra la realidad más palmaria, que puede hacerse patente con la simple prueba de la adquisición onerosa del bien. La presunción del art. 1.442, para tener eficacia, habrá de entenderse referida a la procedencia del dinero empleado en la compra». V. también J. L. DE LOS MOZOS, *op. cit.*, p. 413.

(67) Sin perjuicio de que pueda probarse la existencia de un mandato no representativo o de una simulación por interposición de persona. V. A. L. REBOLLEDO VARELA, *op. cit.*, p. 115 y ss.

del bien adquirido pero no la del precio con que se hubiese verificado la adquisición, se presumirá que el bien procede de donación del cónyuge deudor» —como hace el artículo 264 del Anteproyecto de Ley concursal de 1983—.

La enervación de la muciana moderna es difícil y por lo tanto un excesivo rigor en su apreciación podría producir indefensión (v. art. 24,1 de la Constitución). La procedencia privativa de los medios invertidos debería considerarse acreditada si consta que el cónyuge *in bonis* disponía de dinero o de otros bienes suficientes para adquirir en el momento de realizar la adquisición. Los medios invertidos pueden consistir en bienes distintos del dinero porque la sospecha recae sobre todas las adquisiciones realizadas a título oneroso. El cónyuge no deudor podría acreditar la disponibilidad de tales medios a través del ejercicio de profesión o comercio o de la percepción de salario, rentas, rendimientos de bienes privativos (ej. dividendos), herencias o donaciones de terceros. Los medios deberían ser suficientes para cubrir el coste de la adquisición y disponibles en el momento de realizarla.

Si la muciana no es enervada, la donación presunta queda sometida a los artículos 878 y ss. C. de c. y 1.291 y ss. C.c. En la actualidad las donaciones entre cónyuges está permitidas (artículo 1.323 C.c.) y por lo tanto, salvo en el supuesto del artículo 878,2 C. de c., su ineficacia sólo adviene mediante el ejercicio de una acción de impugnación: la acción rescisoria por fraude (68).

Las adquisiciones sospechosas pueden ser plurales. En tal caso se discute si la presunción de donación puede alcanzar «alternativamente a la mitad de cada bien o a la mitad del conjunto» (69) o sólo puede referirse «a la mitad de cada uno de los bienes considerados individualmente» (70): nos acogemos a la segunda solución porque entendemos que la muciana afecta a la mitad de los bienes, no a la mitad de su valor.

V. CONCLUSION

El artículo 1.442 del Código civil recoge la versión moderna de la muciana y, siguiendo lo que es una constante en la historia de esta presunción, confunde el bien adquirido con los medios invertidos en su adquisición. Siendo la muciana una institución propia del régimen

(68) Sobre la relación entre el art. 1.442 C.c. y los arts. 879 y ss. C. de c., v. J. BISBAL, *Anotaciones mercantiles al nuevo régimen económico del matrimonio*, en «Revista Jurídica de Cataluña», 1982, p. 115 y ss.

(69) L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN, *op. cit.*, p. 234, seguidos por V. L. MONTÉS, *op. cit.*, p. 1.959.

(70) A. L. REBOLLEDO VARELA, *op. cit.*, p. 209.

men de separación de bienes, su alcance resulta de difícil justificación desde un punto de vista teórico. En cambio la explicación práctica parece evidente: evita a los acreedores el tener que demostrar la existencia de las complejas maniobras a través de las cuales los cónyuges realizan las transferencias fraudulentas del patrimonio del deudor al patrimonio del no deudor.

La presunción consagrada por el legislador español difiere considerablemente de la que todavía recogen algunos ordenamientos extranjeros: había que establecer una muciana que no incurriera en los excesos que han determinado su desaparición o su crisis. De ahí la excepción a su aplicación en caso de separación judicial o de hecho, la reducción del período de sospecha, la limitación a la mitad de los bienes afectados y el establecimiento de una presunción de donación que impide la automática incorporación de los bienes en cuestión a la masa de la quiebra o concurso. De todos estos recortes, y puesto que hay que reconocer que la excepción, siendo peligrosa, es lógica, sería conveniente obviar la limitación a la mitad de los bienes afectados que debilita demasiado la protección a los acreedores: así lo han entendido el legislador catalán y la Ponencia Especial que ha redactado el Anteproyecto de Ley concursal. El artículo 1.441 del Código civil no se opone a la supresión de esta limitación: la presunción de cotitularidad y la versión moderna de la muciana tienen alcances distintos y por lo tanto su coordinación no es necesaria.

ESTUDIOS DE DERECHO EXTRANJERO

La protección del medio ambiente o el derecho a contaminar

(Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo Federal Alemán
de 10 de diciembre de 1987)

Por KLAUS JOCHEN ALBIEZ DOHRMANN

Profesor titular de Derecho civil. Departamento de Derecho civil. Facultad
de Derecho de Granada

SUMARIO: I. Introducción.—II. El supuesto de hecho.—III. La cuestión central.—IV. La base legal.—V. La sentencia de 10 de diciembre de 1987.—VI. Comentario.

I. INTRODUCCION

Una importante sentencia del Tribunal Supremo Federal Alemán sobre la responsabilidad civil en el medio ambiente, que según Hans-Leo Weyers y Thomas Kadner, mayor expectación ha despertado en la opinión pública entre las muchas resoluciones judiciales dictadas últimamente («Apuntes sobre la evolución del Derecho civil en la RFA en 1987», ADC, 1988, p. 1233), va a ser por nuestra parte objeto de comentario, con una traducción previa de sus pasajes más importantes. Nos estamos refiriendo a la sentencia de 10 de diciembre de 1987, que analiza la responsabilidad del Estado por haber autorizado inmisiones contaminantes en el marco de la Ley Federal de Protección de Inmisiones.

El análisis jurídico extenso de la responsabilidad civil en el medio ambiente desde distintos ángulos del ordenamiento jurídico alemán —constitucional, civil y administrativo—, la crítica de la Sala a las instituciones jurídicas por su insuficiencia para resolver los problemas que se derivan de la contaminación atmosférica, la falta de una co-

bertura legal que prevea la reparación de los daños ocasionados al demandante y, sobre todo, la imposibilidad jurídica de conceder una indemnización ni siquiera por razones de justicia material convierten a esta resolución judicial en material idóneo para reflexionar sobre algunos aspectos jurídicos del medio ambiente una vez ya producido el daño.

II. EL SUPUESTO DE HECHO

Hay que señalar previamente que el actor es propietario de una explotación forestal y agraria, situada en la Selva Negra, que tiene una extensión de 54,27 hectáreas. El bosque rico en madera está compuesto sustancialmente (el 94 por 100 de la superficie) de abetos, pinos y hayas. Los ingresos procedentes de la explotación forestal constituyen la «base de la existencia» del actor.

Desde mediados de los años 50 ha ido disminuyendo el incremento de la madera del bosque y desde 1973 están apareciendo daños visibles en las partes externas de determinados árboles y ahora se puede apreciar en la totalidad de ellos. El actor alega que los daños están en estrecha conexión con la «agonía» del bosque que tiene lugar en grandes extensiones en la República Federal de Alemania. Tiene su origen principalmente en las contaminaciones atmosféricas de grandes áreas, que se presentan sobre todo en forma de ácido de azufre y sus productos transformadores, así como en forma de ácidos hiponítricos.

Las sustancias contaminantes que están causando daños a los bosques proceden de tres ámbitos: emisiones de instalaciones fabriles e industriales, emisiones de instalaciones privadas de combustión (instalaciones de gas-oil) y emisiones de automóviles, aparatos aéreos y de viales. La «agonía» del bosque incide negativamente en su explotación forestal. El continuo daño a la explotación se valora en 370 marcos alemanes por cada hectárea y año.

El actor basa su pretensión indemnizatoria en la responsabilidad de la Administración, así como en la intromisión o intervención expropiatoria, argumentando que las emisiones causantes de la contaminación atmosférica fueron autorizadas, concedidas o permitidas en virtud de la intervención pública del Estado y de los Länder. Por ello, interpuso la demanda contra el Estado Federal y contra el Land de Baden-Württemberg.

En las tres instancias se desestimaron las pretensiones del actor.

III. LA CUESTION CENTRAL

Precisamente la imposibilidad de poder identificar los agentes de la contaminación atmosférica, y que están provocando las lluvias ácidas y con ello daños prácticamente irreversibles a los bosques, impulsó al actor a demandar al Estado Federal y al Land de Baden-Württemberg por considerar que ellos también son responsables de la contaminación atmosférica al autorizar o permitir ambos las emisiones de los ácidos hiponítricos y de azufre.

IV. LA BASE LEGAL

Hay que tener en cuenta fundamentalmente tres preceptos. El artículo 14 de la Ley Federal de Protección de Inmisiones que establece: «En virtud de títulos jurídicos privados, pero no en virtud de títulos especiales, se pueden hacer valer los derechos para impedir las inmisiones perjudiciales provenientes de una finca sobre otra finca vecina, pero sin dar lugar por ello al cese de la actividad industrial cuando su autorización es inimpugnable; sólo se puede exigir medidas preventivas que impidan aquellas inmisiones perjudiciales. En la medida en que tales medidas preventivas no sean factibles por razones técnicas o económicas se puede exigir, en todo caso, una indemnización por daños».

El artículo 14 de la Ley Fundamental de Bonn, en cuanto a su apartado primero según el cual «se garantizan la propiedad y el derecho de herencia, con el contenido y las limitaciones que la ley determine». También el apartado segundo conforme al cual «la propiedad obliga. Su uso deberá servir, al mismo tiempo, al bien común».

El artículo 839 apartado primero del BGB determina que «si un funcionario infringe dolosa o culposamente el deber profesional que le incumbe frente a un tercero, ha de indemnizar a dicho tercero el daño causado. Si al funcionario sólo le es imputable culpa —y no dolo—, sólo cabe dirigirse contra él si el lesionado no puede obtener indemnización de otra forma.

Otros preceptos como los artículos 34 de la Ley Fundamental, 906 del Código civil, 5 de la Ley Federal de Protección de Inmisiones, 74 y 75 de la Ley de Derecho Común para los Estados prusianos y 287 de la Ley de Ordenación Procesal Civil han sido tenidos en cuenta en esta resolución judicial.

V. LA SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1987

Primera parte

El Tribunal Supremo Federal rechaza rotundamente la aplicación directa del artículo 14 frase segunda BImSchG, así como su applica-

ción por la vía de la analogía. Tampoco considera que conforme a una interpretación constitucional pueda ser aplicado al caso concreto.

1.a) Niega que pueda ser aplicado directamente el artículo 14 frase segunda BImSchG, cuando el demandado es el Estado, porque este precepto no es una norma pública de responsabilidad del Estado. De su lectura se desprende claramente que tiene por objeto regular las relaciones de vecindad, en concreto cuando los daños provienen del fundo vecino. De acuerdo con esta norma la indemnización prevista sólo se concede cuando, en defecto de la suspensión o supresión de una actividad industrial, las medidas protectoras para evitar los efectos dañinos son desde el punto de vista económico técnicamente inviables o indefendibles. En apoyo de esta interpretación se cita la sentencia BGHZ 92, 143-146 que desestimó una reclamación de indemnización por los daños causados en unos coches —que estaban aparcados en una zona colindante— por una fábrica que emitía sustancias con efectos corrosivos que dañaron la pintura, los cristales y las piezas cromadas. Se argumentó entonces que no era de aplicación la frase segunda del artículo 14 BImSchG, precisamente porque los demandantes no eran propietarios ni poseedores de la zona de aparcamiento. Por tanto, sólo en el marco de las relaciones de vecindad el eventual perjudicado por los daños producidos por la contaminación puede, con base en esta norma, solicitar la adopción de medidas protectoras y, subsidiariamente, una indemnización cuando por razones técnicas o económicas estas medidas no son defendibles. Este derecho a la indemnización se puede hacer valer contra el causante del daño o perturbador («*Störer*»), esto es, el explotador de la instalación emisora.

b) Sin embargo, los demandados no son los explotadores de las instalaciones sujetas a autorización expulsando sustancias contaminantes hacia la atmósfera (se deben excluir de antemano las inmisiones provenientes del tráfico rodado y de las calefacciones privadas, puesto que el citado artículo 14 sólo se refiere a instalaciones autorizadas). A los efectos del artículo 14 también puede ser considerado perturbador aquél que crea voluntariamente las bases —incluso sin su culpa—, causando con ello un perjuicio a la propiedad de un tercero. En este sentido, igualmente puede ser perturbadora la entidad comunal que autoriza en sus terrenos la instalación de un incinerador de animales produciendo con ello malos olores, pero sólo cuando la entidad autorizante tiene una participación directa en esa explotación, bien porque ha intervenido en su financiación, o bien porque se ha reservado algún derecho de intervención o de control (así RGHZ 155, 316-320). Aunque las instalaciones industriales emisoras fueron autorizadas por el segundo demandado —el estado de Baden-Württemberg— con base en las leyes dadas por el primer demandado —el Estado Federal—, las inmisiones contaminantes no tienen su origen en la voluntad determinante («*massgebender Wille*») de ninguno de los demandados.

Ellos no han creado estas instalaciones, sólo las han autorizado. Por esta razón, no se les puede imputar una responsabilidad de acuerdo con el artículo 14 frase segunda BImSchG.

2. Tampoco se puede imputar a los demandados una responsabilidad, acudiendo a la aplicación analógica del artículo 14 frase segunda BImSchG.

a) No se puede ignorar que por las normas jurídicas emanadas de la República Federal de Alemania y por las autorizaciones del Land de Baden-Württemberg se faculta a los instaladores emitir determinadas sustancias contaminantes que no pueden ser repelidos por los propietarios forestales afectados por las inmisiones. Pero en contra de la aplicación analógica del artículo 14 frase segunda BImSchG no sólo está su carácter de norma de vecindad, sino también la circunstancia de que los daños no pueden ser atribuidos a emisores identificables. Es común que los daños se produzcan en lugares lejanos de las fuentes de emisiones. Además, contribuyen en la aparición de sustancias contaminantes multitud de emisores pequeños y grandes, cuyas inmisiones, sin poder ser distinguidas están mezcladas entre sí (inmisiones acumuladas «*summierte Immissionen*»), lo que impone a la titular forestal imputar la responsabilidad individualmente a los emisores de las sustancias contaminantes. Dado que el artículo 14 frase segunda BImSchG parte del supuesto de una relación de vecindad y de una relación de causalidad individualizada respecto a uno o varios emisores, no ofrece una base adecuada para establecer una responsabilidad cuando los daños a los bosques están causados por inmisiones lejanas y acumuladas. Extender esta norma de responsabilidad al supuesto de hecho contemplado rebasaría los límites de una analogía metodológicamente válida.

b) También va en contra de la aplicación analógica del artículo 14 frase segunda BImSchG que el Estado ocupe el lugar de los explotadores de instalaciones y emisores de sustancias contaminantes porque con ello se transformaría una norma privada en una disposición de responsabilidad del Estado. Además, estaría en contradicción con la voluntad del legislador, iría en definitiva, contra la finalidad del precepto. Finalmente, una aplicación analógica sería en este caso incompatible con el principio del sometimiento del Juez al Derecho y a la Ley.

3. El citado precepto no puede ser interpretado constitucionalmente en el sentido de que el Estado asume una especie de garantía de responsabilidad («*Garantiehaftung*») para que sea realizable la reclamación de daños y perjuicios por parte de los propietarios forestales perjudicados contra los explotadores de las instalaciones emisoras.

a) No cabe duda de que tales reclamaciones si no son imposibles sí plantean muchas dificultades para que tengan éxito, ya que el titular forestal perjudicado no va a estar en situación de poder identificar al explotador de la instalación y probar que la causa de los daños tenga

su origen en determinadas instalaciones causantes de las inmisiones.

b) Sin embargo, esto no justifica que el referido precepto deba interpretarse acorde con la Constitución para que con ello el Estado ocupe el lugar de los emisores que no pueden ser demandados. Tal «responsabilidad subsidiaria» («Ersatzhaftung») del Estado en lugar de los responsables privados de acuerdo con el Derecho vigente sería totalmente inusual. Esta responsabilidad no puede deducirse por la creación judicial de la garantía de la propiedad del artículo 14, apartado primero frase primera de la Ley Fundamental, sino que sólo puede ser creada por el legislador en el marco de la determinación del contenido de la propiedad (art. 14 ap. 1, frase 2.^a LF).

4.a) Una responsabilidad del Estado por este tipo de nuevos daños forestales tampoco puede deducirse acudiendo a los principios jurisprudenciales que el Tribunal formuló en el llamado caso «Daños de mina» (BGHZ 53, 226). Allí se proclamó que el Estado tiene el deber de indemnizar cuando el propietario perjudicado en la superficie de su propiedad no pueda reclamar del titular de las minas la correspondiente indemnización de acuerdo con el antiguo artículo 148 de la Ley Prusiana de Minas. La Sala entendió que este precepto infringe el artículo 14 de la Ley Fundamental al imponer el antiguo Derecho de minas al titular de la superficie tener que tolerar una mina aún cuando cause daños y no le permita poder exigir la supresión o la toma de medidas protectoras contra los daños provenientes de la mina; pero sin asegurar, por otra parte, que sean realizables reclamaciones de indemnización también para el caso de que el titular de la mina obligado a indemnizar sea insolvente o hubiese cesado en su actividad.

b) Estos principios, sin embargo, no son aplicables al presente caso. Resulta incluso dudoso que podamos invocar esta resolución a tenor de la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal (compárese especialmente la sentencia del Tribunal Constitucional Federal 58,300). En todo caso, las consideraciones allí expuestas no son trasladables al presente supuesto fáctico. En aquel caso (BGHZ 53, 226) los daños causados por la mina se pudieron imputar claramente a un titular de una mina perfectamente identificado y principal obligado. Por los principios entonces formulados el Estado respondió excepcionalmente («Ausfallhaftung») en lugar del titular de la mina que es el responsable individual y con preferencia. Extender aquellos principios al presente caso tendría como consecuencia la asunción por parte del Estado de un deber subsidiario, general y primario, en lugar de los explotadores de las instalaciones obligados por la Ley a la reparación cuando se producen daños a los bosques. A la facultad que tienen los tribunales para la formación del Derecho se imponen barreras por el principio jurídico estatal de la vinculación de los Tribunales al Derecho y a la Ley (sentencia del Tribunal Constitucional Federal 65, 182, 190 f.; 194, 315, 371 con otras referencias). La res-

ponsabilidad del Estado por este tipo de nuevos daños forestales sólo pueden establecerse por Ley, porque, de lo contrario, se traspasarían esas barreras.

Segunda parte

Desde el punto de vista jurídico de la intromisión expropiatoria o intervención expropiatoria («des enteignungsgleichen oder des enteignenden Eingriffs») los poderes públicos («öffentliche Hand») tampoco responden (sobre la permanencia de estas instituciones BGHZ 90, 17 y BGHZ 91, 20). Ambas instituciones de responsabilidad, que derivan de la idea general del sacrificio según los artículos 74 y 75 de la Ley de Derecho común para los Estados prusianos de 1794 (Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten), parten del supuesto de una intervención inmediata de los poderes públicos («hoheitlicher Eingriff») en la propiedad protegida jurídicamente.

1.a) En la literatura se defiende la opinión de que una intervención de los poderes públicos en la propiedad de los titulares forestales por una actividad positiva, se caracteriza por la imposición a éstos de un deber estatal de tener que tolerar las inmisiones de terceros que causan daños a los bosques. Cuando el Estado fija el alcance de las inmisiones autorizadas no sólo limita la libertad de los explotadores de las instalaciones y de los emisores, sino que también obliga a los titulares forestales afectados a tolerar la inmisión autorizada. Por tanto, al Estado se debe imputar las consecuencias de las inmisiones autorizadas en beneficio de los explotadores de las instalaciones. Desde este punto de vista, la Ley Federal de Protección de Inmisiones se convierte en una «Ley posibilitadora de inmisiones» o «Ley de intervención a cargo de los titulares forestales» (Immisions-Ermöglichungsgesetz» oder «Eingriffsgesetz zu Lasten der Waldbesitzer»).

b) Estas consideraciones no justifican un derecho de indemnización, aun cuando se siga el criterio del deber de tolerancia que tienen que asumir los titulares en cuanto a las inmisiones. Ya de por sí existen serias dudas de si se cumple el presupuesto de la intervención inmediata, que constituye un presupuesto, tanto para la intromisión como para la intervención expropiatoria. Dificultades igualmente existen en cuanto la immediatez presupone la presencia de consecuencias perjudiciales a causa de la intervención, que son típicas para confirmar la presencia del poder de los poderes públicos («Hoheitsgewalt») y que se derivan de las propias características de la adopción de medidas por parte de los poderes públicos («hoheitliche Massnahme»). Es discutible que se pueda corroborar lo dicho, puesto que la concesión estatal de instalaciones en el territorio de la República Federal de Alemania sólo es un elemento más entre otros muchos factores, que incide en la cadena de causas, la cual, a través de inmisiones acumu-

ladas y no individualizables (de las que son responsables exclusivamente terceros) y por medio de procesos espaciosos y prolongados, está causando paulatinamente la destrucción de los bosques alejados de los lugares de emisión. Con todo ello no debe olvidarse que una parte no menos considerable de sustancias contaminantes proceden de instalaciones extranjeras.

c) El deber de indemnizar por la «agonía» de los bosques desde el punto de vista de la intromisión expropiatoria con base en la actuación estatal positiva no es admisible por otras razones. Según la opinión expuesta más arriba, el deber de los titulares forestales afectados de tener que tolerar las inmisiones producidas por los explotadores descansa en la creación de un Derecho legislativo estatal («staatlicher Rechtssetzung») y su ejecución. La intromisión expropiatoria exige previamente una actuación estatal contraria a Derecho. Dado que el deber de tolerancia, según estos autores, tiene su origen en la Ley Federal de Protección de Inmisiones, las reclamaciones derivadas de la intromisión expropiatoria sólo podrán tener lugar en caso de inconstitucionalidad (parcial) de esta Ley (Derecho legislativo o normativo injusto = «legislatives oder normatives Unrecht»). De las consecuencias negativas que se derivan de una ley formalmente inconstitucional y de su ejecución no responde la Administración cuando se trata de una intromisión expropiatoria como reconoció la Sala en su sentencia de 12 de marzo de 1987. Una pretensión indemnizatoria global por los perjuicios que se causan a la propiedad desde la efectiva observación de las normas constitucionales tampoco se puede establecer de una valoración conjunta de la garantía constitucional de la propiedad.

d) Tampoco cabe reconocer al actor una indemnización desde el punto de vista jurídico del llamado deber de compensación, teniendo en cuenta la determinación del contenido de la propiedad.

En la medida en que las normas de la Ley Federal de Protección de Inmisiones y las disposiciones dictadas para su desarrollo autorizan a los explotadores de inmisiones emitir sustancias contaminantes para el medio ambiente, se trata de regulaciones que determinan y limitan el contenido de la propiedad forestal afectada en el sentido del artículo 14, apartado primero, frase segunda de la Ley Fundamental. A favor del actor se puede decir que estas regulaciones y la ejecución conforme a la Ley pueden llevar a una situación excesivamente gravosa para el titular forestal, incidiendo negativamente en el aspecto jurídico-patrimonial, máxime cuando estas inmisiones no pueden ser evitadas. Además, están las dificultades probatorias, por lo que tampoco puede exigir a los explotadores de instalaciones una indemnización. Una regulación que determina y limita, pero que traspasa los límites que puede soportar un titular forestal, puede considerarse inconstitucional. No obstante, el legislador podría suavizar esta situación gravosa mediante la concesión de prestaciones compensato-

rias a favor de los propietarios y evitar así la posible inconstitucionalidad (sentencia del Tribunal Constitucional Federal 57, 137, 147 y ss., 150 y ss.). Tales derechos de compensación en el marco de la determinación y limitación del contenido del derecho de propiedad no están previstos en la Ley Federal de Protección de Inmisiones. Por tanto, si no están previstos no pueden ser concedidos por el Derecho judicial («Richterrecht»).

e) Tampoco corresponde al actor un derecho de indemnización porque se trate de una ejecución contraria a Derecho ya que ha sido llevada a cabo de acuerdo con las disposiciones válidas que regulan la protección de inmisiones. Por ello, de antemano puede decirse que no cabe hablar de posibles infracciones contra el mandato de prevención general que establece el artículo 5 número 2 BImSchG. El mandato de prevención general sólo sirve al interés común y no despliega una eficacia protectora a favor de terceros (BVerwGE 65, 313, 320), por lo que su lesión no provoca una indemnización. Además, queda excluida cualquier indemnización al no probar el demandante que hubiera infracción cuando se autorizaron las inmisiones (incluso fuera del ámbito general del deber de prevención). Más bien, el actor deduce los daños forestales de la propia ejecución de la Ley Federal de Protección de Inmisiones. En todo caso, podrían existir fallos en las actuaciones a lo largo de expediente de autorización. Pero no por ello, por los daños causados a los bosques del actor, se puede imputar a los funcionarios responsables (p.e. las autoridades para la protección de las inmisiones) una participación individual por haber adoptado una determinada medida pública antijurídica para la calidad de la atmósfera.

2.a) La obligación de indemnizar se debe negar también cuando la intervención expropiatoria tenga su origen en una actividad estatal positiva («aus enteignenden Eingriff aufgrund positiven staatlichen Handelns»). Cuando hay una intervención expropiatoria puede suceder que una medida de los poderes públicos conforme a Derecho incida en la posición jurídica del propietario y produzca consecuencias colaterales y perjuicios —muchas veces atípicas y no previstas— en casos concretos y a personas determinadas que rebasen los límites de lo que jurídicamente es la expropiación. El Tribunal Supremo Federal sólo ha admitido con base en este instituto jurídico indemnizaciones cuando se trata de casos concretos que restringen la propiedad por actos administrativos de intervención pública («hoheitlicher Reallakt»), acuerdos de planificación de carreteras (en relación con inmisiones de tráfico) o actos administrativos («Verwaltungsakte»). Sin embargo, no se ha pronunciado aún a favor de un deber de indemnización para aquellos casos en los que la Ley incida perjudicialmente en las posiciones de los propietarios protegidos por el artículo 14 apartado primero de la Ley Fundamental. En una materia como la presente, los Tribunales sólo pueden conceder indemnizaciones y presta-

ciones de compensación en el ámbito de la aplicación del artículo 14, apartado primero, frase segunda de la Ley Fundamental siempre y cuando se tenga una regulación en este sentido, pero de la que carecemos.

b) Puede plantearse si la intervención expropiatoria encuentra aplicación cuando se causan en casos concretos perjuicios a la propiedad, con carácter excepcional y sólo en circunstancias especiales. De todas maneras, esta institución jurídica no puede servir de base para compensar los daños en masa, que es el caso de la agonía de los bosques. Para resolver este fenómeno global no se puede acudir a la responsabilidad que se fija para la expropiación, la cual no ha sido regulada para este fin. La respuesta a los problemas que se plantean en cuanto a las indemnizaciones y las compensaciones por causa de los daños forestales no puede dejarse en manos de los jueces para que éstos fijen la responsabilidad («richterrechtlichen Haftungsinstut»). Más bien, es misión de los legisladores crear disposiciones normativas para compensar los perjuicios que se causan a la propiedad, que por razones superiores son inevitables y que tienen que soportar los titulares forestales si hay que ejecutar las normas que determinan y limitan la propiedad, como sucede en el caso de la Ley Federal de Protección de Inmisiones.

c) La concesión de indemnizaciones y compensaciones por parte del Estado puede tener amplias consecuencias para las finanzas estatales. Por ello, es aconsejable, conforme al principio básico de la división de poderes y del principio democrático, reservar la concesión de estos derechos a la decisión del legislador parlamentario. Ello está aún más justificado al corresponder al legislador parlamentario, democráticamente legitimado, un amplio poder de configuración política, dadas las muchas soluciones que se pueden adoptar y no sustancialmente diferentes (responsabilidad del Estado, con participación o no de los titulares forestales en el daño; creación de un fondo común en el que participen los emisores, incluso los poderes públicos). Un instituto de creación judicial («richterrechtliches Rechtsinstitut») no es adecuado para resolver los problemas de la responsabilidad que se derivan de la contaminación atmosférica procedente de otros países; al fin y al cabo, el 50 por 100 de las sustancias contaminantes atmosféricas se deben a inmisiones «importadas» que no pueden ser imputadas a la República Federal de Alemania, mezclándose estas inmisiones de forma indiferente con las inmisiones interiores, causando todas ellas la agonía del bosque.

d) Conforme a esta situación, la estimación de la pretensión de ser reparado por los perjuicios patrimoniales que se producen por la aparición en masa de este tipo nuevo de daños forestales, tendría como efecto que por impulso del Derecho judicial se completaría la Ley Federal de Protección de Inmisiones, al insertar una cláusula de indemnización por expropiación o en virtud de prestaciones compen-

satorias de acuerdo con el artículo 14, apartado primero, frase segunda de la Ley Fundamental (como BVerfGE 58, 137, 149 y ss.). Sin embargo, esta posibilidad no está concedida al Juez, el cual está sometido al Derecho y a la Ley (así también BVerfGE 58, 300, 318, 319), aún cuando —como reconoce esta Sala— se considera que los daños forestales son, en el fondo, dignos de ser indemnizados y necesitados de ser indemnizados. En esta valoración no cambia nada la alegación del actor de que con la agonía del bosque está peligrando la existencia de la empresa forestal. Estas consecuencias sólo sirven para subrayar la necesidad de una regulación legal de la indemnización; pero no puede servir de justificación para ampliar las facultades de los jueces a conceder indemnizaciones, ya que sus facultades están limitadas por la Ley.

3. También la alegación de que la República Federal de Alemania es titular («Wegeherr») de una amplia red de carreteras, cuyo uso previsto está causando considerables inmisiones contaminantes, no puede servir de base, desde el punto de vista de la intervención expropiatoria, para exigir una responsabilidad por los daños forestales. Aunque la Sala ha concedido indemnizaciones por inmisiones procedentes del tráfico rodado con efectos expropiatorios en la propiedad adyacente (BGHZ 64, 220; 97, 114 y 361 con otras referencias), constituyen, no obstante, casos en los que se trata de propietarios individuales que han sido perjudicados por la apertura de una calle determinada. Estas consecuencias están ya previstas en las normas reguladoras de los planes de carreteras, pero no se puede equiparar con el fenómeno global de amplias zonas contaminadas, alejadas de los lugares de emisiones.

4. El actor no puede derivar el derecho de indemnización de la (posible) omisión del legislador, del ejecutivo o de los funcionarios comprometidos con las disposiciones protectoras de las inmisiones, por entender que la intromisión expropiatoria es contraria a Derecho.

a) Una intromisión en el sentido expropiatorio parte del presupuesto de una actividad positiva de los poderes públicos. La omisión y la pasividad del sector público no cumplen por norma general las características de una intervención. Puede argumentarse que hay intervención cuando la omisión puede calificarse excepcionalmente como una actividad intervencionista en el ámbito jurídico de los afectados. La Sala hasta ahora sólo ha considerado que existe una omisión cualificada cuando formalmente se falló o tuvo lugar una usurpación a la hora de la concesión de un permiso de obra o de una autorización fabril para realizar inversiones sustitutorias o complementarias; en aquellos casos se había producido una intromisión en la posición jurídica del propietario protegido por el artículo 14 apartado 1 de la Ley Fundamental, en concreto, en la libertad de construcción, derivado del derecho de la propiedad, o en la empresa fabril ya instalada y en funcionamiento.

b) De una omisión cualificada no puede hablarse cuando no está claro qué actividad concreta, según el Derecho público, deben seguir los poderes públicos. En los casos señalados era patente la omisión cualificada, se sabía a qué actividad estaban obligados los poderes públicos: a conceder las autorizaciones. En el caso litigioso existen por contra varias soluciones, en concreto, es posible una actividad por parte de los poderes públicos, con el fin de evitar perjuicios posteriores, o la creación de derechos sustitutorios o compensatorios para los titulares forestales dañados, y entre estos dos supuestos caben a su vez otras posibilidades.

c) El actor no puede lograr tampoco su pretensión indemnizatoria por considerar que conforme al artículo 14 de la Ley Fundamental ha existido una omisión en cuanto a los deberes de proteger la propiedad forestal en peligro.

Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal «los órganos estatales tienen en razón del contenido objetivo-jurídico de los derechos fundamentales el deber de proteger y promover los bienes jurídicos contemplados en éstos y salvaguardarlos ante cualquier intervención contraria a Derecho» (BVerfGE 53, 30, 57; 56, 54, 73). Tal deber constitucional puede ser tenido en cuenta sobre todo cuando el Estado asume en virtud de la creación de los presupuestos para la autorización y la concesión de autorizaciones una corresponsabilidad en aquéllos en los que se limitan los derechos fundamentales (BVerfGE 56, 54, 79). En qué forma debe cumplirse el deber de protección, lo deben decir, en primer lugar, los órganos estatales bajo su propia responsabilidad. Es decisivo que se compruebe si a los órganos estatales se puede imputar una lesión evidente («evidente Verletzung») de la decisión contenida en los derechos fundamentales. Una lesión evidente de los deberes estatales de protección por parte del legislador y del ejecutivo fue desestimado por el Tribunal Constitucional Federal en su acuerdo de 14 de septiembre de 1983 en relación con las medidas estatales tomadas a comienzos de los años setenta para la protección de los bosques ante los daños que ya estaba provocando la contaminación.

Se puede cuestionar si después de esta decisión cabe hablar aún de una lesión evidente del deber de protección. Aunque existiera una lesión del deber de protección falta una norma legal que prevea expresamente el derecho de indemnización o unas prestaciones compensatorias en el ámbito del artículo 14, apartado primero, frase segunda de la Ley Fundamental. Sin embargo, no es posible que semejantes reclamaciones sean garantizadas por el Derecho judicial. Con mayor razón cuando los propietarios afectados no pueden basarse en un mandato que no está previsto en la Ley Fundamental; además, por tratarse de una materia compleja tanto por el supuesto de hecho pendiente de regulación (mantenimiento de la pureza del aire) como por su conexión internacional.

d) Después de todo, no existe una omisión por parte del legislador y del ejecutivo, por no haber dictado disposiciones complementarias para la protección de los bosques, ni por haber reforzado las disposiciones legales y administrativas (p.e. en cuanto a las limitaciones de inmisiones), y tampoco por haber creado a favor de los propietarios forestales perjudicados acciones para obtener la reparación, indemnización o compensación.

e) En la medida en que hay una omisión del legislador, del ejecutivo o de los funcionarios que ejecutan las disposiciones normativas de protección de inmisiones tampoco cabe hablar de un Derecho legislativo o normativo injusto («legislatives oder normatives Unrecht»).

Tercera parte

El actor tampoco puede exigir una reparación sobre la base de la responsabilidad del funcionario (parágrafo 839 BGB, art. 34 de la Ley Fundamental).

1.a) Una responsabilidad del funcionario por un comportamiento defectuoso del legislador o del ejecutivo queda excluida, ya que la Administración no ha lesionado frente al actor deberes administrativos referidos a terceros. Las leyes y las reglamentaciones contienen reglas generales y abstractas. Por ello, el legislador y el ejecutivo, tanto cuando actúan como cuando omiten, sólo asumen deberes frente a la comunidad, pero no frente a personas determinadas o grupo de personas cuando son terceros de acuerdo con el parágrafo 839 frase primera del BGB. Sólo excepcionalmente cuando se trata de leyes que regulan supuestos concretos o establecen medidas, determinadas personas, consideradas terceros, pueden verse afectadas (BGZ 56, 40, 46; 84, 292, 300; 321, 335). No estamos ante un caso en el que las disposiciones normativas prevén una afectación individual.

b) Estos principios rigen también para disposiciones administrativas (p.e. Ta Luft). Un caso excepcional como el resuelto en la sentencia BGHZ 63, 319, 324 no se da aquí.

c) En todo caso, un actitud contraria al deber del funcionario, del legislador o del ejecutivo por omisión sólo podría darse hasta el acuerdo del Tribunal Constitucional de 14 de septiembre de 1983, pero con posterioridad a esta fecha habrá que negar una responsabilidad de las autoridades estatales.

2. Exigir por infracción una responsabilidad administrativa a las autoridades competentes, que autorizan inmisiones con base en disposiciones que protegen el mantenimiento de la limpieza de la atmósfera, no está justificada. Si la Administración ha aplicado disposiciones normativas y administrativas ineficaces, que, por otra parte, no han sido invocadas, ya no cabe atribuir la culpa al funcionario. Además, no se ha alegado una aplicación contraria a la Ley de las disposicio-

nes normativas y administrativas válidas por parte de las autoridades competentes para la protección de las inmisiones. En la medida en que hay supuestos en los que se ha producido una infracción legal no cabe imputar individualmente los daños causados al actor a una determinada actuación administrativa.

VI. COMENTARIO

La sentencia contiene un discurso a la vez técnico jurídico y político que va dirigido no sólo al actor, sino también a las instancias políticas del Estado, quizá por la trascendencia que tienen actualmente los daños medioambientales en las sociedades altamente industrializadas, que sólo pueden ser resueltos por una política legislativa adecuada que tenga en cuenta, por una parte, la adopción de medidas preventivas y, por otra, un sistema de cobertura para reparar los daños. De las consideraciones del Tribunal se desprende claramente la insuficiencia de la actual Ley Federal de Protección de Inmisiones (BImSchG) cuando no tiene en cuenta la responsabilidad del Estado, el cual, sin embargo, autoriza inmisiones también con efectos contaminantes. El Estado queda fuera del principio «quien contamina paga» a pesar de su intervención en la contaminación al autorizar inmisiones dañinas. El Tribunal no se atrevió a asumir un papel que en otras ocasiones tiene muy asumido: el de complementar el ordenamiento jurídico. La falta de una cobertura legal no tiene por qué ser óbice para estimar la pretensión del actor cuando existe un daño tan manifiesto, cual es la destrucción paulatina pero segura de los bosques, provocada por las lluvias ácidas, las cuales tienen su origen en inmisiones contaminantes que han sido autorizadas por el Estado. Más cuando el propio Tribunal reconoce que los daños causados a la explotación forestal son dignos de ser indemnizados y necesitan de ser indemnizados. Sólo razones más profundas pueden justificar una solución judicial desestimatoria, aunque el Tribunal recurra al escudo de la Ley para denegar las pretensiones del actor.

I

Sabido es que muchos de los problemas que hoy nos afectan no tiene en el terreno jurídico un color monolítico, más bien se está produciendo una cada vez mayor interferencia entre lo público y lo privado, así también en todo lo referente al medio ambiente, por lo que puede resultar un tanto engañoso un enfoque exclusivamente iusprivativista, pero también es cierto que algunas cuestiones medioambientales pueden ser resueltas acudiendo a instituciones tradicionalmente pertenecientes al ámbito del derecho privado, como son las

relaciones de vecindad, la propiedad y la responsabilidad, sin ignorar que actualmente su contenido está muy matizado por el Derecho público. La sentencia que comentamos pone de manifiesto la necesaria interconexión entre las relaciones de vecindad, la propiedad y la responsabilidad para dar al menos una respuesta mínima desde una óptica civilista a los problemas derivados de la degradación de nuestro entorno ecológico que inevitablemente también afectan a los particulares. Esta necesaria y a la vez lógica interconexión ha sido subrayada por Moreno Trujillo en su reciente tesis doctoral «*La protección jurídica del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*», leída en la Universidad de Granada en el año 1990, aunque después se centra fundamentalmente en la responsabilidad civil, quizá por considerar que constituye el instrumento iusprivativista más idóneo para dar una respuesta al deterioro medioambiental.

El artículo 14 de la Ley Federal de Protección de Inmisiones (BImSchG), que paralelamente al artículo 906 del Código civil alemán, regula las relaciones de vecindad, pero cuando las inmisiones proceden de empresas expresamente autorizadas para ello por el Estado, responde a una filosofía propia de una sociedad industrial, que consciente que las emisiones industriales son dañinas para el medio ambiente, no obstante, las tolera estableciendo algunos mecanismos de prevención o de reparación. Frente al «derecho a contaminar», consentido y protegido jurídicamente por las sociedades industriales, se están elaborando modelos institucionales desde hace algún tiempo para paliar los efectos negativos, pero con evidentes contradicciones, quizás inevitables cuando el hombre necesita de la producción industrial para sobrevivir, lo que no deja de ser un contrasentido si tenemos en cuenta la paulatina y creciente destrucción de nuestro planeta. De estas contradicciones no puede tampoco escapar la Ley Federal de Protección de Inmisiones. Por una parte, esta Ley —con alcance sectorial como se desprende de su artículo 2— tiene por finalidad proteger al hombre, los animales, las plantas y otros objetos de las inmisiones dañinas y, por otra, regula las inmisiones que se pueden autorizar, pero que en la mayoría de las ocasiones causan, finalmente, unos efectos muchas veces irreparables. Es patente la doble filosofía que subyace en la presente ley y en cualquiera de nuestro entorno: legitimar la producción industrial, a la que están obligados los empresarios en razón de la función social de la propiedad, concediendo al mismo tiempo a los ciudadanos acciones para pedir que se adopten medidas preventivas o, en su caso, exigir al menos una compensación económica. Por esta razón el Estado debe ser considerado como el primer responsable. «No es culpable —como afirma Gallego Credilla— el que contamina o degrada, sino el Estado, que le impone, a través del orden jurídico y económico, una actuación específica («Introducción a la Economía del medio ambiente», Instituto de Estudios Fiscales, 1974, p. 24). Habría que añadir que también es responsable la

Comunidad Internacional dado que la contaminación no tiene fronteras.

II

El actor parte de estos argumentos para fundamentar sus pretensiones cuando presentó la demanda contra el Estado Federal y contra el Land de Baden-Württemberg, únicos sujetos identificables a los efectos de la legitimación pasiva, ya que para él era imposible identificar a las empresas contaminantes al tener los daños forestales su origen en las lluvias ácidas. La demanda, sin embargo, no tuvo éxito no tanto porque faltase una ley reguladora de imputación de la responsabilidad al Estado, sino porque existió probablemente un temor en el Tribunal —justificado por otra parte— del impacto que podría tener una resolución judicial estimatoria, convencido además de que corresponde a otros órganos del Estado —el Parlamento o el Gobierno— dar soluciones por ser ellos los que tienen la misión de configurar el orden jurídico y económico de la sociedad.

III

En un principio, el artículo 14 BImSchG, invocado por el demandante, puede dar la impresión de que va más allá de la teoría del uso normal de las inmisiones —mientras son tolerables no pueden ser impedidas por el fundo vecino—, ya que lo decisivo para este precepto es que se trate de inmisiones autorizadas. Una vez concedida la autorización a las empresas para emitir sustancias contaminantes resulta intrascendente si son tolerables o no. El ciudadano sólo se puede proteger solicitando que se adopten medidas preventivas y, subsidiariamente, ser resarcido cuando las medidas preventivas no son viables técnica o económicamente. No obstante, de una valoración global de la Ley Federal de Protección de Inmisiones se deriva claramente que también las inmisiones industriales autorizadas se rigen por la teoría del uso normal de inmisiones. Además, desde una doble perspectiva. Previo a la autorización, el Estado ejerce un control sobre la pureza de la atmósfera y elabora planes para mantener o mejorar la misma (arts. 44-47). Para ello está facultado para incidir en la composición de las sustancias con el fin de reducir al máximo sus efectos contaminantes (arts. 34-35). Cuando las inmisiones están ya autorizadas, no pueden exceder de lo que es tolerable para la comunidad. El artículo 5 impone con carácter general a los explotadores de las instalaciones autorizadas el deber de que las inmisiones perjudiciales no causen considerables consecuencias negativas y molestias a la comunidad y a la vecindad.

En el caso presente no podía ser de aplicación el artículo 14, al

menos directamente, porque este precepto tiene como presupuesto las relaciones de vecindad, lo que implica la existencia de fundos colindantes. El precepto se refiere expresamente a las inmisiones autorizadas de un fundo sobre otro fundo. Cuando se trata de inmisiones autorizadas el titular del fundo perjudicado sólo tiene dos posibilidades de defenderse: la adopción de medidas preventivas para evitar los efectos perjudiciales, y si técnica o económicamente no son viables cabe subsidiariamente exigir una reparación. Se parte aún de un concepto estricto de la relación de vecindad, es decir, sólo cuando existen relaciones de vecindad entre titulares reales o posesorios de fundos colindantes. Por consiguiente, quedan excluidas de la protección del artículo 14 BImSchG aquéllos que no tienen título alguno sobre un fundo colindante (así BGHZ 92, 143-146). También cuando no se da propiamente una relación de colindancia, la cual presupone que exista una proximidad entre los fundos, en principio contiguos, pero también es suficiente que exista al menos una relación directa entre el fundo emisor y el fundo afectado por las inmisiones (pensemos p.e. en una fábrica contaminante situada en un polígono industrial y en el lado opuesto unos terreno agrícolas dañados por la contaminación proveniente de esta fábrica ¿acaso no cabe invocar la relación de vecindad para exigir las responsabilidades correspondientes?). Sólo cuando se pierde esta relación directa, como cuando los daños se produzcan en lugares lejanos de las fuentes emisores, no cabe invocar las relaciones de vecindad para encontrar en ellas una respuesta a los problemas que plantea la degradación del medio ambiente, más todavía cuando no se puede identificar a los emisores. En el presente caso no se da ninguno de los presupuestos para que sea viable la institución de la relación de vecindad: a) el Estado no es titular de las empresas contaminantes; b) no existe, por tanto, ninguna relación de colindancia con el fundo afectado por las lluvias ácidas; y c) no se puede identificar al emisor contaminante. Si el Estado fuese titular de las empresas que expulsan ácidos hiponítricos o de azufre o tuviese una participación directa en la explotación, bien por intervenir en su financiación y obtener un lucro, bien por ejercer un control sobre las mismas, se cumple con el primero y fundamental presupuesto para hacer viable la responsabilidad derivada de la relación de vecindad. Obviamente en un sistema donde el Estado es propietario de todas las empresas siempre se podría establecer una relación directa con los fundos afectados que estuviesen en manos privadas, bien como propietarios o bien como simples poseedores, incluso cuando las distancias entre el fundo emisor y el fundo afectado son grandes. En este caso, el Estado es el responsable directo, sin que sea necesario ni siquiera acudir a las relaciones de vecindad para hacerle responsable. Cuando el Estado es un sujeto económico más del sistema habrá que identificar las empresas contaminantes que pertenezcan al Estado para poder imputarle alguna responsabilidad, bien sobre la base de que hay que una rela-

ción de vecindad con el fundo afectado, o bien acudiendo directamente a la institución de la responsabilidad civil. En el fondo la responsabilidad del Estado es consecuencia del principio «quien crea riesgos, enriqueciéndose además, debe resarcir a los perjudicados de los daños causados por él». Sólo que la relación de vecindad sirve de soporte jurídico para exigir con base en ella la adopción de medidas preventivas o la reparación pecuniaria. Es una opción que ofrece el Derecho privado a los particulares, pero no es la única porque la propiedad o la responsabilidad misma pueden servir de basamento jurídico en el caso de que se causen daños a sus bienes materiales e inmateriales cuando son provocados por una deficiente o antijurídica gestión del medio ambiente. El daño causado a la propiedad implica responsabilidad, como también implica responsabilidad el mero hecho de provocar daños, aunque sea por actos que se ejecutan conforme a la ley, que es exigible tanto a las empresas autorizadas como al Estado por su condición de autorizante.

Tratándose de una norma privada de vecindad el artículo 14 BImSchG en ningún caso puede ser aplicado analógicamente, como argumenta correctamente el Tribunal, precisamente porque la norma parte del presupuesto de la existencia de relaciones de vecindad industriales. El Estado no es titular y, por tanto, no se puede establecer una relación de vecindad con el fundo afectado por las lluvias ácidas. Como dijimos antes, la falta de una relación directa entre fundos —la explotación forestal del actor es un fundo perfectamente delimitado, mientras que el Estado es un ente abstracto y en cierta medida ficticio— impide que podamos estar en presencia de una relación propiamente de vecindad, que como tal cumple una función específica en el Derecho privado (y también en el Derecho público). De ahí que esta situación —fundo forestal dañado por autoridades estatales que permiten la contaminación— no es siquiera un supuesto similar a una relación de vecindad. Las respuestas a una posible responsabilidad del Estado tienen que venir del análisis del contenido de la propiedad y también de la responsabilidad misma.

Considera también el Tribunal que esta interpretación no se aleja de la protección que tienen que otorgar los poderes públicos a la propiedad según mandato constitucional (artículo 14 frase primera, apartado primero). Se sirve del argumento constitucional tradicional de que este mandato va dirigido al poder legislativo, ya que el mismo artículo determina que se garantiza la propiedad, con el contenido y las limitaciones que la ley determine. Corresponde, pues, al legislador establecer el contenido y los límites de la propiedad, entre los que figuran las relaciones de vecindad industriales que determinan y limitan en proporciones cada vez más alarmantes el contenido de la propiedad (y también el de los derechos inherentes a la persona como el derecho a la salud). Por lo tanto, la garantía tendrá que venir de las manos del legislador. La misma Ley Federal de Protec-

ción de Inmisiones, pero desde una óptica de una sociedad altamente industrializada, pretende garantizar el contenido y los límites de la propiedad. De acuerdo con la óptica de una sociedad industrial habrá que considerla como una Ley que está dentro de la Constitución. Ni siquiera es una Ley injusta cuando resulta necesaria para la sociedad industrial, la cual es consciente —o debe ser consciente— de que el Mundo está seriamente amenazado si no se ponen remedios contra la contaminación. Puede ser, en todo caso, una ley defectuosa o insuficiente para combatir los daños medioambientales. Incluso se puede dudar que sea legalmente correcto exigir responsabilidades al Estado cuando éste actúa conforme a la Ley Federal de Protección de Inmisiones, aunque con ello facilite la contaminación. Probablemente sea más correcto crear un fondo común para reparar los daños causados al medio ambiente, al que contribuirán tanto las empresas como el Estado. Se habla últimamente de un «impuesto verde» o «impuesto ecológico» comunitario para establecer un mecanismo de financiación para reparar los daños medioambientales.

La invocación del artículo 14 BlmSchG para pedir la condena del Estado por considerarle responsable de los daños causados por las lluvias ácidas, cuyo origen hay que buscarlo en la emisión de ciertas sustancias contaminantes que son autorizadas por el Estado, no podía tener éxito. Toda imputación de responsabilidad necesita de una base legal —general o específica—, pero el artículo 14 no es el adecuado cuando no se dan, como en el presente caso, los presupuestos de una relación de vecindad. Ello no obsta a exigir la responsabilidad del Estado, bien porque se ha producido un daño a la propiedad, con independencia de que exista o no una relación de vecindad, o bien porque se considera que el Estado por sí mismo es responsable de los daños que provoca con las autorizaciones que emanen de él. Los civilistas, no obstante, tenemos que ser conscientes de que las instituciones del Derecho privado juegan un papel más bien secundario en la lucha contra la degradación del medio ambiente, aun cuando estas instituciones están evolucionando, cual es el caso de las relaciones de vecindad que empiezan a ser analizadas con una óptica nueva de acuerdo con el llamado Derecho de vecindad industrial. Muestra de esta evolución son el artículo 906 del BGB reformado por la Ley de 22 de diciembre de 1951 y el artículo 14 de la Ley Federal de Protección de Inmisiones de 15 de Marzo de 1974.

IV

La falta de presupuestos para la aplicación del artículo 14 —el Estado no es titular real ni poseedor de las empresas contaminantes, falta de toda relación de colindancia, imposibilidad de identificar a las empresas contaminantes— no impide, según el actor, exigir una responsabilidad al Estado cuando «las autoridades para contaminar»

suponen un daño para su propiedad forestal, afectando, por tanto, al contenido del derecho del que es titular. Para el actor la lesión del contenido de la propiedad debe ser reparada como se repara la lesión causada a cualquier derecho subjetivo. Para ello acude a la intrusión y a la intervención expropiatoria por considerar que el Estado con su actuación ha realizado un acto prácticamente equivalente a la expropiación que debe dar lugar a la correspondiente indemnización.

Afloran aquí intereses individuales y colectivos, de distinta índole, además opuestos, pero que se cruzan entre sí. El interés individual del propietario (y de las grandes empresas) de usar y disfrutar al máximo del potencial de sus bienes y de sus derechos inclusivo la salud, el interés colectivo de que los bienes de cada uno sirvan al sistema económico implantado y el interés colectivo por un medio ambiente lo menos contaminado. Estos intereses inciden directamente en la configuración de la propiedad y, por tanto, en lo que se debe entender por contenido esencial y función social de la propiedad. Cuando se trata de la propiedad industrial su contenido vendrá determinado, por una parte, por el interés de cada propietario de explotar al máximo su potencial industrial —interés por cierto diluido a la vez complejo si se tiene en cuenta que las grandes empresas, incluso las pequeñas, forman parte de monopolios, a veces gigantes, que son los que verdaderamente inciden en la determinación de la política medioambiental que se debe seguir— y, por otra, por la función social que exige que la que la propiedad industrial cumpla con los programas de producción condicionados por cada sistema económico. Tales características difícilmente permiten conciliar un interés tan opuesto como el interés a un medio ambiente descontaminado. Lógicamente no se trata de sustituir un interés por otro, porque para ello sería necesario sustituir la sociedad industrial por una sociedad ecológica. Partiendo de la realidad, el camino lógico que se debe seguir es la incorporación lenta pero paulatina del interés a un medio ambiente lo menos contaminado en el contenido de la propiedad industrial. Con el tiempo se podrá lograr al menos un equilibrio de ambos intereses —producir y contaminar lo menos posible—. Sólo después se podrían crear las bases para una sociedad más ecológica y menos industrializada. La necesidad de equilibrar al menos los intereses constituye una de las bases del cuarto programa de la CEE en materia de medio ambiente (1987/1992), en concreto, se «reconoce la necesidad de combinar a través de acciones que efectivamente protegan al medio ambiente, dos de los principales objetivos del Tratado de Roma, a saber, la realización del mercado interno y el desarrollo de normas de medio ambiente de alto nivel de protección dentro de la Comunidad. «Además se tiene el convencimiento de que el desarrollo de normas de medio ambiente de alto nivel no solamente es coherente con la protección y mejora de la posición competitiva futura de la industria, sino que, a veces, también es necesario para su existencia» (2.1.3.). En esta

dialéctica intereses industrial y medio ambiente algunas conquistas se están logrando a favor de los potencialmente perjudicados: la protección del derecho a la salud y la imposición de la responsabilidad por riesgo en algunos sectores muy concretos.

Lógicamente el propósito de la CEE no puede ir mucho más allá que buscar el equilibrio de los intereses —obtener la máxima producción industrial contaminando lo menos posible—, porque necesariamente responde a una política dirigida a la sociedad industrial y no a una sociedad ecológica. La protección del medio ambiente se reduce a la tutela inhibitoria y a la tutela resarcitoria. Tanto una como otra tutela están excesivamente sobrevaloradas en cuanto a su posible eficacia para combatir el deterioro del medio ambiente. Especialmente el recurso a la responsabilidad civil, cuando lo cierto es que por muy elevada que sean las indemnizaciones su coste añadido está ya calculado de tal manera que forma parte del precio del producto que sale al mercado. Es decir, al final quien paga es el propio consumidor. Resulta una verdadera paradoja que nosotros, los consumidores, dañados por la contaminación seamos quien paguemos en realidad las compensaciones económicas de las empresas contaminantes a los ciudadanos. Aún así, Ródota —sobre la base de las relaciones de vecindad industrial— y Alpa —en su análisis de la tutela ambiental en el Derecho norteamericano— consideran la responsabilidad civil como un instrumento idóneo para equilibrar al máximo los intereses cuando el propietario industrial contamina (Ródota en *Proprietà e industria, Varizoni intorno alla responsabilità civile*, Pol. del Diritto, 1978, p. 414; Alpa en *Tutela dell'ambiente, ruolo della giurisprudenza direttive di common law*, Riv. dir. e Proc. civ., 1976, p. 234).

Obviamente no hay que recurrir directamente a la institución de la responsabilidad civil cuando por alguna actuación del Estado se daña directamente la propiedad causando una lesión a su contenido. Puede equipararse a un acto expropiatorio, ya que toda disminución en la esfera patrimonial es una forma de expropiación. Si la Ley Federal de Protección de Inmisiones se convierte en una Ley de intervención a cargo de los ciudadanos o en una Ley posibilitadora de contaminaciones ¿por qué no tiene el ciudadano un derecho a ser compensado económicamente cuando el Estado está disminuyendo con sus autorizaciones el contenido de la propiedad?

No niega el Tribunal que una regulación que determina y limita el contenido de la propiedad, pero que traspasa los límites que puede soportar un titular forestal, debería dar lugar a una compensación económica para que así la Ley Federal de Protección de Inmisiones no sea una ley injusta o inconstitucional. Sin embargo, no se puede desconocer que las inmisiones autorizadas responden a un fin social concreto de la propiedad industrial, difícilmente compaginable con otra función social que empieza a tener la misma importancia: no contaminar. Mientras se cumpla con la función social de la propie-

dad, que debe promover también el Estado aún cuando la propiedad esté en mano de los particulares o de las grandes empresas, en principio, no tiene porqué concederse una compensación económica si las autorizaciones para contaminar están dentro de la ley. Pero también dice Lang que aquél que se apoya en intereses públicos igualmente se le puede oponer (billigerweise) intereses públicos, añadiendo que a cambio del sacrificio de intereses se debería ofrecer una reparación y, concretamente por el Estado (*Grudfragen des privatrechtlichen Immissionschutz in rechtsvergleichende Sicht*, ACP 174, p. 402). Desde este punto de vista, las inmisiones autorizadas que supongan algo más que una limitación de la propiedad, en principio, deberían dar lugar a la correspondiente compensación económica. Se puede argumentar a favor que existe una intromisión o intervención expropiatoria. El artículo 14 de la Ley Fundamental impone, además, un deber de protección de la propiedad. Incluso, como se argumenta, puede haber una posible omisión lo que ha provocado el daño medioambiental. Cada uno de estos argumentos se rechazan por el Tribunal. Sus respuestas negativas nos permiten ver algunas contradicciones de los sistemas jurídicos que protegen y fomentan la propiedad industrial y al mismo tiempo incluyen normas defensoras del medio ambiente. ¿Cómo exigir entonces que el Estado compense económicamente al perjudicado? En los países altamente industrializados el ciudadano, de momento, es una víctima de esta contradicción, porque por muchas barreras que se impongan a las inmisiones contaminantes y por mucho que se considere acreedor potencial por los daños causados a sus bienes personales y patrimoniales, va a tener que seguir soportando los efectos devastadores de la contaminación. Tanto es así que no es reparado, al menos de acuerdo con los criterios de esta resolución judicial, cuando las inmisiones tengan su origen en un acto que está dentro de la ley.

Algo tan elemental con es la reparación (o compensación económica) por el sacrificio («Aufopferung») que ha tenido que soportar el ciudadano en bien de la comunidad, precisamente porque está obligado, ya que los intereses individuales deben ceder a los intereses generales, es, no obstante, negada. Los principios previstos expresamente en los artículos 74 y 75 de la Ley del Derecho común de los Estados prusianos de 1794, cuya vigencia como principios generales o básicos viene reconocida, tanto por la jurisprudencia del Tribunal del Reich y del Tribunal Federal (BGHZ 6, 275; 76, 384; 90, 28-31; 91, 27-28) como por la doctrina, no son aplicables dado que la reparación no está prevista en la Ley Federal de Protección de Inmisiones. Ni siquiera el recurso a las instituciones de la intromisión o intervención expropiatoria, elaboradas sobre la base de que todo sacrificio en beneficio de la comunidad debe ser compensado, más cuando supone una limitación de los derechos individuales, puede justificar las pretensiones del actor. De acuerdo con la más reciente jurisprudencia

(así la sentencia de 26 de enero de 1984 y en esta sentencia que es objeto de reflexión) es necesario que se den otros presupuestos para que sea viable el derecho a ser reparado cuando se sacrifica un derecho individual. Es fundamental que el acto de intromisión expropiatorio sea al mismo tiempo un acto antijurídico («rechtswidrigen Akt») o no conforme a Derecho («nicht rechtmäßiger Akt») para que pueda estimarse la pretensión de ser reparado. Y cuando se trata de un acto de intervención expropiatorio es preciso que se trate de actos expropiatorios perfectamente individualizados y no de actos meramente generales. Teniendo su origen las inmisiones contaminantes en un acto administrativo no antijurídico y tampoco disconforme al Derecho, dado que está respaldado por una Ley, falta el presupuesto básico para que triunfe la reparación aún cuando se haya cedido un derecho individual por el bien de la comunidad (se puede poner en duda que exista un bien de la comunidad cuando con ello se está destruyendo nuestro entorno, pero es la sociedad industrial la que impone que nuestro patrimonio debe estar en función de la misma). La misma suerte debe correr la pretensión cuando los daños causados no tengan su origen en unos actos individualizados, sino que son resultado de múltiples actos —actos en masa— que también producen daños múltiples —daños en masa— como sucede efectivamente cuando hay autorizaciones para emitir sustancias químicas, tales como los ácidos hiponítricos y de azufre, que por norma general proceden también de otros países.

No siempre está claro cuando una limitación del contenido de la propiedad supone una expropiación técnica (en este sentido es interesante la sentencia de 10 de junio de 1952 BGHZ 6, 271 y ss.) o un atentado o despojo de los derechos de los particulares que debe ser reparado. De una parte, el mismo ordenamiento jurídico determina cada vez más el contenido de la propiedad en bien de la comunidad, por lo que difícilmente podrá hablarse de una expropiación ni siquiera en un sentido amplio. Para que pueda hablarse de expropiación tiene que producirse una privación del dominio o de las facultades dominiales. Pero en ocasiones la privación de las facultades dominiales puede responder a un criterio impuesto por el legislador con el fin de determinar el contenido de la propiedad. ¿Estaríamos en este caso ante un supuesto de expropiación que debe dar lugar a una compensación económica? Las autorizaciones de las inmisiones contaminantes limitan claramente el uso y disfrute de las explotaciones forestales sin que supongan un acto expropiatorio. Para que haya una expropiación, al menos en un sentido amplio, el acto expropiatorio tiene que estar individualizado, que no es el caso contemplado en esta sentencia, o exista un acto jurídico, que no puede darse cuando se ha actuado dentro de los límites de la ley, en este caso de la Ley Federal de Protección de Inmisiones.

IV

A una tercera institución civil podemos recurrir para combatir con instrumentos técnicos jurídicos los efectos devastadores de la contaminación ambiental. La responsabilidad civil, más concretamente la responsabilidad por riesgos, se puede convertir en un instrumento de control social, no sólo de la actividad privada como apunta Alpa (op. cit., p. 236), sino de la actividad pública y, por supuesto, para controlar al menos y reducir, si es posible, los daños medioambientales. Cuando existen relaciones industriales de vecindad la propiedad puede servir de instrumento de gestión de compatibilidad entre propiedades (Rdota, op. cit., p. 428), incluso cuando las propiedades están alejadas entre sí. Cuanto más lejos estén los fundos emisores más fuerza adquiere la responsabilidad civil —legal o extracontractual— para convertirse en el instrumento más adecuado del Derecho privado, pudiendo responder mejor a algunos problemas del medio ambiente, especialmente aquéllos referentes a los daños causados a los particulares que no tengan una relación siquiera directa con los fundos emisores de sustancias contaminantes.

La falta de una cláusula general de responsabilidad por riesgo (sobre su inserción en el ordenamiento jurídico alemán son interesantes las reflexiones de Kötz, que propone una reforma legislativa en este sentido en *Haftung für besondere Gefahr Generalklausel für die Gefährdungshaftung*, ACP, 170, 1 y ss.) y la ausencia de una norma expresa que determine en el caso contemplado la responsabilidad del Estado, impiden, en principio, un pronunciamiento condenatorio a no ser que el Tribunal se considere legitimado para establecer, no obstante, la responsabilidad del Estado sobre la base de «quien crea un riesgo causando daños aún cuando está legitimado —en este caso por la ley— debe responder de los mismos». Sin embargo, el Tribunal Supremo Federal no se atreve a dar este paso (no tuvo la audacia como apunta Hohloch, defensor de la responsabilidad objetiva en *Gli strumenti di tutela dell'ambiente nel Diritto della Repubblica Federale Tedesca*, Quad. Rev. Giur. dell'ambiente, núm. 2, 1989, p. 120); se niega a crear Derecho, acogiéndose al imperativo de su sometimiento al Derecho y a la ley. A pesar de la tendencia de objetivizar cada vez más la responsabilidad civil, de la que es máximo exponente la responsabilidad por riesgos, que tiene asentamiento en algunos ámbitos de nuestra sociedad porque así lo ha querido la jurisprudencia y el legislador, sin embargo, no ha tenido en este caso un acogimiento positivo por el Tribunal Federal, ni siquiera hay unas reflexiones en este sentido, prefiriendo servirse del escudo de la ley para rechazar las pretensiones del actor.

El hecho de que el Estado haya autorizado inmisiones contaminantes ¿le convierte, no obstante, en responsable directo de los daños que se causan con motivo de la contaminación? Es un problema de no fácil solución, porque de admitirse una responsabilidad directa del

Estado supondría que siempre que intervenga sería responsable cuando con posterioridad se han producido daños. Ciertamente no puede ir por estos derroteros la responsabilidad de la Administración si tenemos en cuenta que la presencia del Estado en nuestra vida es tan manifiesta que se convertiría en responsable de casi todos nuestros actos. De ello es consciente la doctrina iusadministrativista que se mueve entre la discrecionalidad de la Administración y el deber de la misma para justificar la responsabilidad en casos donde no ha habido propiamente una culpa *in vigilando* o un funcionamiento anormal. Con motivo de dos sentencias del Tribunal Supremo Federal de 15 de febrero y 12 de julio de 1979, en virtud de las cuales se condenó al Estado a responder de los perjuicios causados por ausencia o inadecuación de las medidas adoptadas por la autoridad de supervisión, Jiménez Blanco señala que no se puede llegar a la conclusión de que si una cierta actividad económica ha de estar autorizada y a la autorización ha de seguir una vigilancia, que como actividad de policía protege a terceros, cualquier daño producido por el particular sería imputable *ipso iure* al Estado por culpa *in vigilando*. Y al estar sometida a autorización la gran mayoría de las actividades económicas, resultará que la Administración responde de todo (en «Supervisión bancaria y responsabilidad administrativa [en torno a las sentencias del Bundesgerichtshof de 15 de febrero y de 12 de julio de 1979]», *Rev. de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 20, 1985, p. 831). Hay que tener en cuenta las particularidades del Derecho alemán donde la responsabilidad de los funcionarios según el artículo 839 del BGB se ha desplazado al Estado en virtud del mandato constitucional del artículo 34, de los cuales se coligen, como señala Jiménez Blanco, dos requisitos: que se haya infringido un deber y que ese deber existiera con respecto a tercero (p. 830); el deber no ha de incumbir frente a terceros *in genere*, sino frente a «aquel» precisamente al que se causó daño (p. 831). En el caso enjuiciado no hubo propiamente una infracción porque se había actuado estrictamente de acuerdo con la Ley Federal de Protección de Inmisiones. Tampoco existió una relación individual con el tercero perjudicado. Por tanto, por muy flexible que fuese el Tribunal Supremo Federal era difícil establecer de acuerdo con estas premisas una responsabilidad del Estado. La responsabilidad civil objetiva y directa del Estado tiene difícil cabida si no es por mandato expreso del legislador como se deduce claramente de la sectorización cada vez más frecuente de la responsabilidad de la Administración, especialmente allí donde hay riesgo, pero sin llegar a establecer una responsabilidad por riesgos con carácter general. La responsabilidad tiene evidentemente lugar cuando media la ilicitud en la actuación administrativa. Sin embargo, existe también aquí un evidente problema ¿qué se entiende por ilicitud para hacer responsable a la Administración? Para el Tribunal estaba claro que en este caso los actos de la Administración no eran ilícitos; subraya va-

rias veces que las autorizaciones no eran antijurídicas. Ello impide obviamente imputar una responsabilidad al Estado, al menos desde la óptica del Derecho alemán actual.

Otro tema planteado en esta sentencia es la posible omisión por parte de la Administración en las medidas para la protección del medio ambiente, directamente relacionado con la inactividad de la Administración y la eficacia de la actuación administrativa. Es difícil que la eficacia sea plena. Leisner llama en su obra *Effizienz als Rechtsprinzip* la atención sobre la imposibilidad de una eficacia estatal total en el Estado de Derecho, en la medida en que, como apunta Parejo Alonso, siguiendo al jurista alemán, el Estado de Derecho excluye la eficacia a cualquier coste o con independencia del sacrificio que implique, dada que la posibilidad de una eficacia completa, en todos los sentidos, presupone la perfecta y precisa definición, en todos los casos, del interés general que obviamente es difícil que se dé en la realidad; la posibilidad de la eficacia plena requeriría inexcusablemente la independización de todos y cada uno de ellos, como condición para su materialización efectiva sin interferencias recíprocas, pero lo cierto es que los intereses no se producen ni operan de forma independiente unos de otros, sino justamente formando un conjunto constituido por indisolubles relaciones entre los mismos: una verdadera y compleja estructura; en toda programación finalista de la Administración está implícita la interdicción del ejercicio arbitrario, que incluye la regla y el mandato de la proporcionalidad entre medios y fines; proporcionalidad que, a su vez, excluye la consecución de la eficacia a cualquier precio (*La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración pública*, en «DA» núms. 218-219, 1989, p. 64). Evidentemente la eficacia está muy relacionada con el deber público de proteger a los derechos contenidos en la Constitución. Sólo en este contexto probablemente se podrá entender bien el significado de la protección de los derechos constitucionales impuesta a los poderes públicos.

El otro extremo es la inactividad de la Administración, es decir, cuando haya pasividad, la cual puede ser negativa y también positiva. Es negativa cuando falta toda actividad de la Administración, tanto en el plano jurídico como en el plano fáctico. Y es positiva cuando la Administración no quiere cesar sus actuaciones ilegales y perjudiciales, pese a la denuncia de los interesados (Nieto: *La inactividad material de la Administración veinticinco años después*, «DA», número 208, 1986 pp. 22-24). En el caso enjuiciado evidentemente no se está en presencia de una inactividad positiva, porque la Administración actúa dentro de la Ley Federal de Protección de Inmisiones y además sólo como autorizante. También difícilmente puede existir una inactividad negativa material si no se prueba con claridad que ha habido fallos en la protección del medio ambiente atendiendo a esta Ley. Y la posible inactividad jurídica sólo se podría atribuir al Legisla-

dor, pero no a la Administración, ya que un sistema de compensación económica por los perjuicios de los ciudadanos sólo puede establecerse por la Ley como con insistencia señala el Tribunal. En realidad, para que pueda imputarse una responsabilidad al Estado por inactividad tiene que producirse una omisión cualificada que fue rechazada en la resolución judicial.

Para negar la responsabilidad del Estado se han sobrepesado otros problemas de orden estrictamente técnico-jurídico. El Estado alemán no es el único responsable, como tampoco lo es el Estado de Baden-Württemberg, cuando la contaminación tiene su origen en inmisiones acumuladas (*summierte Immissionen*) y además cuando los daños hay que buscarlos en la contaminación transfrontera. Tanto las inmisiones acumuladas como la contaminación transfrontera dificultan lógicamente la prueba para determinar quién es el emisor directamente responsable de las sustancias contaminantes y, por tanto, a quién se imputa la responsabilidad. Se trata de cuestiones que necesariamente tienen que condicionar la institución de la responsabilidad civil en el ámbito de la protección del medio ambiente. Las respuestas a la contaminación transfrontera obviamente tienen que venir de la Comunidad internacional cuando la contaminación tenga su origen en países extranjeros y del Estado de estructura federativa, cuando la contaminación procede de algún Estado federado. En el ámbito del Derecho comunitario el Consejo de Europa ha dictado una resolución el 15 de julio de 1980 sobre la contaminación transfrontera debida a anhídrido sulfuroso y partículas de suspensión. A su vez se han dictado dos decisiones, de 11 de junio de 1981 y 12 de junio de 1986, sobre celebración del Convenio sobre contaminación transfrontera a gran distancia.

El Tribunal Supremo Federal se ha pronunciado con ocasión de las inmisiones acumuladas cuando median relaciones de vecindad, concretamente con motivo de la aplicación del artículo 906 del BGB, siguiendo las aportaciones doctrinales de Kleindienst expuestas en su monografía *Der privatrechtliche Immissionsschutz nach, par. 906 BGB*, 1964, pp. 61 y ss. Sobre este mismo tema ha versado la monografía de Rümmel *Ersatzansprüche bei summierten Immissionen* y nuevamente Lang, el cual considera que en este terreno es donde fracasa el Derecho privado (*op. cit.*, p. 382).

Cuando los daños se deben a la actuación de dos emisores, ambos causantes del daño responden mancomunadamente (causación progresiva del daño —*progressive Schadenssteigerung*), pero si queda por determinar si los daños por emisiones se deben a uno u otro vecino o por la actuación conjunta (causación lineal del daño— *lineare Schadenssteigerung*), los tribunales han de actuar conforme al artículo 287 de la Ley Procesal Civil (ZPO), el cual permite un mayor arbitrio judicial de acuerdo con las circunstancias de cada momento (S. 13 de febrero de 1976; BGHZ 66, 75). Cuando son varios los causantes

del daño («Störer») y cada uno en su proporción ha provocado el daño, no responden mancomunadamente sino parcialmente; en el caso de que cualquiera de ellos haya incidido con su actuación en la formación del daño de tal manera que por sí solo es causante del daño es justificable la responsabilidad solidaria, pero si se ha producido sólo por su actuación conjunta la responsabilidad es mancomunada (S. 26 de octubre de 1987; BGHZ 72, 297-298). En la misma línea la sentencia de 26 de noviembre de 1982 (BGHZ 85, 375, 386, 387, 388).

V

El artículo 839 BGB hay que poner en relación con el artículo 34 de la Ley Fundamental: «Si alguien vulnera en el ejercicio de un cargo público del que sea titular los deberes que su función le imponga frente a terceros, la responsabilidad recaerá, en principio, sobre el Estado o la entidad a cuyo servicio aquél se encuentre...» Responde, pues, el Estado cuando un funcionario actúa en el ejercicio de su cargo en nombre del Estado, pero sólo cuando el funcionario ha actuado con dolo o con culpa. No existió la menor prueba, según señala el Tribunal, de que determinados funcionarios hubiesen cometido alguna negligencia o infracción dolosa con motivo de las autorizaciones de la inmisiones contaminantes, por lo que no podía tener viabilidad la condena del Estado.

VI

Con insistencia el Tribunal se apoya en la falta de una cobertura legal y con la misma insistencia acude al imperativo del sometimiento a la ley para rechazar las pretensiones del actor, aún cuando considera que sus intereses son dignos de ser protegidos. No se atreve, en definitiva, a convertirse en creador de Derecho. La posible indemnización o compensación debería haber sido prevista por la ley, sin que ahora los tribunales puedan concederla, ni siquiera sobre la base de una posible expropiación o responsabilidad civil. En cuanto a la posible expropiación por soportar el titular de la explotación forestal una intervención en su propiedad que rebasa los límites normales, faltan los presupuestos como ha argumentado el Tribunal Federal Supremo. Tampoco cabe establecer la responsabilidad civil directa del Estado por el hecho de que se han causado unos daños porque para ello haría falta en el ordenamiento jurídico alemán una cláusula legal general de responsabilidad por riesgo. Parece como si para el Tribunal toda la problemática suscitada se reduce exclusivamente a una deficiencia del ordenamiento jurídico alemán. Pero también puede ser

el escudo del que se ha servido el Tribunal para ocultar un problema de política jurídica que tiene al mismo tiempo un alcance económico de grandes dimensiones. Ciertamente acudiendo a criterios de técnica jurídica la solución judicial puede ser considerada ajustada a Derecho pero cuando se han producido daños debidos a una actividad que se caracteriza por el riesgo, que evidentemente está presente en toda contaminación industrial, no tenía por qué haber existido este escrupulo por la ley cuando en estos ámbitos debería regir la responsabilidad por riesgos, a no ser que se defienda que esta responsabilidad debe tener siempre una base legal, dada la magnitud de problemas que puede plantear la contaminación de nuestro medio ambiente.

VII

El Tribunal es muy consciente del impacto económico que hubiera supuesto una condena del Estado. Es muy expresivo cuando afirma que «la concesión de indemnizaciones y compensaciones por parte del Estado puede tener amplias consecuencias económicas para las finanzas estatales». Una resolución estimatoria hubiera dado lugar quizá a una avalancha de demandas de muchos ciudadanos que, basándose en un precedente judicial favorable, hubieran reclamado del Estado reparaciones por los daños que causa la actual política medioambiental a sus bienes personales y patrimoniales. La inevitable protección del «derecho a contaminar» en una sociedad altamente industrializada convierte las reparaciones de los daños medioambientales es un problema de política económica. Por una parte, la necesaria adopción de medidas preventivas supone para las industrias un alto coste que lógicamente tiene una traducción económica en el mercado. Pero también las posibles reparaciones formarán parte del coste de producción. De ello se deriva que es necesario previamente una ordenación legal económica con una proyección además internacional. Existen múltiples fórmulas apuntadas por el mismo Tribunal, tales como impuestos, seguros, cánones,... Ultimamente está en boca de los juristas la posible implantación en el área comunitaria de un «impuesto verde» o «impuesto ecológico». Una ordenación en este sentido no corresponde a los tribunales, sino a los legisladores. No es suficiente, en la órbita de las sociedades industriales, el principio de «quien contamina paga» para lograr una mínima defensa del medio ambiente. Hace falta la adopción de instrumentos jurídicos concretos, tanto en el momento preventivo como con posterioridad para reducir al máximo los efectos dañinos de la contaminación industrial. Para ello es inevitable un cálculo previo de los costes económicos cuya dimensión escapa a los tribunales, ni es misión de ellos incidir en él mediante soluciones favorables. Una valoración judicial en todo caso sólo es posible cuando el conflicto se plantea exclusivamente entre emisores perfectamente identificados y los inmiso-

res. Pero cuando el resarcimiento sólo puede tener lugar a través de algún sistema de cobertura global a quien corresponde establecerlo es a las instancias políticas nacionales e internacionales; no puede ser suplido por los tribunales. En definitiva, no corresponde a los tribunales dar una respuesta a un problema medioambiental cuando falta una voluntad política para resolverlo; los tribunales no son instancias políticas, ni tienen que convertirse en configuradores del sistema a adoptar en la defensa del medio ambiente.

Pago por Cesión de Bienes en el nuevo Código Civil de Paraguay

Por LUIS MOISSET DE ESPANES (*)

SUMARIO: I. Introducción: a) Antecedentes históricos.—b) Derecho comparado.—II. El nuevo Código paraguayo.—III. Concepto.—IV. Forma.—V. Facultades de los cesionarios.—VI. Otros acreedores.—VII. Efectos extintivos.—VIII. Desistimiento del deudor.—IX. Conclusión.

I. INTRODUCCION

a) *Antecedentes históricos*

El nuevo Código paraguayo ha incorporado esta figura, de vieja rai-gambre romanista, donde por razones de equidad se permitía que el deudor pudiese abandonar sus bienes, en beneficio de sus acreedores, para evitar las consecuencias de la falta de cumplimiento de las obligaciones, que podía provocar que la propia persona del deudor quedase sujeta, como si fuese un esclavo, al acreedor insatisfecho (1).

La cesión de bienes es introducida en el Derecho Romano a comienzos del Imperio, por una “*Lex Julia*”, dada por César o Augusto, y podía articularse tanto judicial como extra judicialmente (2).

La institución pasa al derecho intermedio común, conservando su finalidad principal de evitar la prisión por deudas (3), pero en Las Parti-

(*) Académico de número de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba (República Argentina); académico honorario de la Real Academia Española de Jurisprudencia y Legislación.

(1) Ver romanistas con citas sobre la prisión por deudas.

(2) Ver RODRÍGUEZ ARIAS, Lino: “Derecho de Obligaciones”, ed. Rev. Der. Privado, Madrid, 1965, núm. 165, p. 317.

(3) Autor y obra citada en nota anterior, núm. 212, p. 463.

(4) GARCÍA GOYENA, Florencio: “Concordancias, motivos y comentarios”, reimpresión, Zaragoza, 1974, nota al art. 1.146, p. 610.

das, como bien apunta GARCIA GOYENA (4), s o se admite la cesión judicial (5).

b) *Derecho comparado*

La figura es recogida en el Código de Napoleón, en los artículos 1265 a 1270, como un recurso del deudor insolvente para escapar a la prisión por deudas, en sus dos vertientes: judicial y convencional, y de all  pasa a la mayoría de los Códigos del siglo pasado que siguieron el modelo francés, pudiendo mencionarse entre ellos al Proyecto de Código Civil español de 1851 (6) y al Código de 1889 (7); en América la encontramos en los Códigos de Chile (8), Colombia (9), Ecuador (10), El

(5) Partida V, Título XV, Ley I: "Desamparar puede sus bienes todo ome, que es libre e estuviere en poder de si mismo, o de otri, non aviendo de que pagar lo que deve. E devolos desamparar ante el Judgador... E si de otra guisa los desamparare, non valdría el desamparamiento... E entonces el Judgador deve tomar todos los bienes del debdor, que desampara lo suo por esta razon, si non los paños de lino que vistiere; e non le deve otra ninguna dexar...".

(6) Se encuentra all  una regulación muy detallada, artículos 1.145 a 1.155.

(7) Este cuerpo legal le dedica una sola norma, el artículo 1.175.

(8) El Código de Chile inspiró a varios de los Códigos americanos de la costa del Pacífico, que siguieron su método y adoptaron su contenido. La cesión de bienes está regulada en los artículos 1.614 a 1.624. La primera de esas normas define el instituto diciendo:

"La cesión de bienes es el abandono voluntario que el deudor hace de todos los suyos a su acreedor o acreedores, cuando a consecuencia de accidentes inevitables, no se halla en estado de pagar sus deudas".

Art. 1.615. "Esta cesión de bienes será admitida por el juez con conocimiento de causa, y el deudor podrá implorarla no obstante cualquier estipulación en contrario".

Art. 1.616. "Para obtener la cesión, incumbe al deudor probar su inculpabilidad en el mal estado de sus negocios, siempre que alguno se los acreedores lo exija".

Art. 1.617. "Los acreedores serán obligados a aceptar la cesión, excepto en los casos siguientes:

1.) Si el deudor ha enajenado, empeñado o hipotecado, como propios, bienes ajenos a sabiendas;

2.) Si ha sido condenado por hurto o robo, falsificación o quiebra fraudulenta;

3.) Si ha obtenido quitas o esperas de sus acreedores;

4.) Si ha dilapidado sus bienes;

5.) Si no ha hecho una exposición circunstanciada y veridica del estado de sus negocios, o se ha valido de cualquier otro medio fraudulento para perjudicar a sus acreedores".

Art. 1.618. "La cesión comprenderá todos los bienes, derechos y acciones del deudor, excepto los no embargables.

No son embargables:

1.) Las dos terceras partes del salario de los empleados en servicio público, siempre que ellas no excedan de noventa centésimos de escudo; si exceden, no serán embargables los dos tercios de esta suma, ni la mitad del exceso.

2.) El lecho del deudor, el de su mujer, los d  de los hijos que viven con el y a sus expensas, y la ropa necesaria para el abrigo de todas estas personas;

3.) Los libros relativos a la profesión del deudor hasta el valor de veinte centésimos de escudo y a elección del mismo deudor;

Salvador (11), Guatemala (12), Uruguay (13), Bolivia (14), Haití (15), Panamá (16) y Puerto Rico (17).

Advertimos, sin embargo, que las formas de constreñimiento corporal habían desaparecido, razón por la cual la figura perdió significación

4.) Las máquinas e instrumentos de que se sirve el deudor para la enseñanza de alguna ciencia o arte hasta dicho valor y sujetos a la misma elección;

5.) Los uniformes y equipos de los militares, según su arma y grado;

6.) los utensilios del deudor artesano o trabajador del campo, necesarios para su trabajo individual;

7.) Los artículos de alimento y combustible que existan en poder del deudor, hasta concurrencia de lo necesario para el consumo de la familia durante un mes;

8.) La propiedad de los objetos que el deudor posee fiduciariamente,

9.) Los derechos cuyo ejercicio es enteramente personal, como los de uso y habitación;

10.) Los bienes raíces donados o legados con la expresión de no embargables, siempre que se haya hecho constar su valor al tiempo de la entrega por tasación aprobada judicialmente; pero podrán embargarse por el valor adicional que después adquiriesen".

Art. 1.619. "La cesión de bienes produce los efectos siguientes:

1.) El deudor queda libre de todo apremio personal;

2.) Las deudas se extinguen hasta la cantidad en que sean satisfechas con los bienes cedidos.

3.) Si los bienes cedidos no hubieren bastado para la completa solución de las deudas, y el deudor adquiere después otros bienes, es obligado a completar el pago con éstos.

La cesión no transfiere la propiedad de los bienes del deudor a los acreedores, sino sólo la facultad de disponer de ellos y de sus frutos hasta pagarse de sus créditos".

Art. 1.620. "Podrá el deudor arrepentirse de la cesión antes de la venta de los bienes o de cualquiera parte de ellos, y recobrar los que existan, pagando a sus acreedores".

Art. 1.621. "Hecha la cesión de bienes podrán los acreedores dejar al deudor la administración de ellos, y hacer con él los arreglos que estimaren convenientes, siempre que en ello consienta la mayoría de los acreedores concurrentes".

Art. 1.622. "El acuerdo de la mayoría, obtenido en la forma prescrita por el Código de Enjuiciamiento será obligatorio para todos los acreedores que hayan sido citados en forma debida.

Pero los acreedores privilegiados, prendarios o hipotecarios no serán perjudicados por el acuerdo de la mayoría, si se hubieren abstenido de votar".

Art. 1.623. "La cesión de bienes no aprovecha a los codeudores solidarios o subsidiarios, ni al que aceptó la herencia del deudor sin beneficio de inventario".

Art. 1.624. "Lo dispuesto acerca de la cesión en los artículos 1.618 y siguientes, se aplica al embargo de los bienes por acción ejecutiva del acreedor o acreedores; pero en cuanto a la exención de apremio personal se estará a lo prevenido en el Código de Enjuiciamiento".

(9) Los artículos 1.672 a 1.683 del Código Civil colombiano reproducen casi literalmente las normas del Código chileno.

(10) El punto está tratado en los artículos 1.657 a 1.667 del Código ecuatoriano (conforme a la 7.^a edición oficial; anteriormente eran los artículos 1.667 a 1.677), que son muy similares a los del Código de Chile.

(11) Los artículos 1.484 a 1.494 del Código salvadoreño son prácticamente iguales a los del Código de Chile.

(12) El Código guatemalteco se ocupa de la cesión de bienes en los artículos 1.416 a 1.422, que nos dicen:

práctica y fue dejada de lado por el Código Civil italiano de 1865 y el viejo Código portugués del marqués de Seabra, que la consideraron innecesaria y no la regularon, estimando que el concurso civil resultaba suficiente.

Art. 1.416. "El deudor puede hacer cesión de bienes a sus acreedores cuando se encuentre en la imposibilidad de continuar sus negocios o de pagar sus deudas".

Art. 1.417. "La cesión de bienes puede ser extrajudicial o judicial. La primera es contractual, y la segunda es un beneficio que se concede al deudor de buena fe que por accidentes inevitables o por causas que no le pueden ser imputadas, suspende el pago de sus deudas o está en inminente riesgo de suspenderlas".

Art. 1.418. "La cesión judicial de bienes, debidamente aprobada, produce los siguientes efectos:

1.) La separación del deudor de la administración de sus bienes, quien no podrá recibir pagos válidamente;

2.) La liquidación de los negocios del deudor, la realización de los bienes cedidos y el pago y cobro de las deudas;

3.) La suspensión definitiva de las ejecuciones entabladas contra el deudor y de los intereses respectivos, por créditos no garantizados con hipoteca, subhipoteca o prenda; y

4.) La extinción de las deudas en virtud de los pagos que se hagan, aunque lo que alcance cada acreedor no baste para el pago total, siempre que el que haga la cesión sea una persona individual.

Si fuere una sociedad y sus bienes no alcanzaren al pago total, subsistirá la responsabilidad de los socios conforme al contrato y naturaleza de la sociedad".

Art. 1.419. "Los acreedores, una vez aceptada la cesión judicial, pueden celebrar convenios con el deudor para la administración y venta de los bienes cedidos. En estos arreglos se procederá conforme a las disposiciones del Código Procesal Civil y Mercantil".

Art. 1.420. "Dentro de un año posterior a la aprobación del convenio o de la cesión judicial, cualquiera de los acreedores puede impugnar la cesión por dolo o culpa del cedente; y si se comprobare que hubo dolo o culpa, quedarán subsistentes las obligaciones del deudor, sin perjuicio de otras responsabilidades".

Art. 1.421. "El deudor puede recobrar los bienes o parte de ellos antes de su venta o adjudicación, pagando a los acreedores las deudas".

Art. 1.422. "La cesión judicial de bienes está sujeta al procedimiento señalado en el Código Procesal Civil y Mercantil; y el pago de los créditos deberá hacerse de conformidad con lo que disponga la ley para la graduación de acreedores".

(13) El legislador uruguayo de 1868 ubicó la cesión de bienes entre los contratos, en Título XVII de la Segunda Parte del Libro Cuarto. Le dedicó los artículos 2.322 a 2.330, cuyo contenido es casi idéntico al Código de Chile.

(14) Las normas del viejo Código boliviano eran traducción literal del Código Civil francés. La cesión de bienes estaba contemplada en el capítulo 29, artículos 856 a 861. El primero reunía en una sola norma lo dispuesto en los artículos 1.265 y 1.266 del Código francés; el 857, correspondía al 1.267; el 858, al 1.268; el 859, al 1.269; el 860, al 1.270, y el 861, sin paralelo en el Código Napoleón, expresaba:

"Si se probase fraude en la cesión de los bienes que hace el deudor podrán los acreedores pedir su prisión, recibir los bienes que haya ocultado, a más de los cedidos, y repetir contra él por lo que restare".

El nuevo Código, en vigencia desde 1975, dedica al tema los artículos 1.437 a 1.443, tratando en ellos tanto de la cesión voluntaria como de la judicial, con respecto al deudor no comerciante.

(15) El Código de Haití, en sus artículos 1.051 a 1.055, reproduce el texto de los artículos 1.265 a 1.270 del Código Civil francés.

Se ha señalado también que la institución presentaba varios inconvenientes, pues si bien es cierto que se eliminan gastos de realización concursal, en cambio surgen gastos de administración y conservación. Además, el derecho de unos acreedores queda subordinado al interés de otros, y se crea una situación extrajudicial que puede prolongarse indefinidamente.

Por eso tampoco contemplaron la cesión FREITAS, en su "Esbozo", y D. Dalmacio Vélez Sársfield, en el Código Civil argentino, cuerpo legal que, como sabemos, fue adoptado por la República del Paraguay por ley del 19 de agosto de 1876, y estuvo en vigencia desde el primero de enero de 1877 hasta el primero de enero de 1987, fecha en que comenzó a regir el nuevo Código, que unifica el derecho privado.

Tampoco encontramos la cesión de bienes en los Códigos de Costa Rica, Brasil, México y Perú.

La doctrina, incluso en los países que regulaban la cesión de bienes, estimaba que la institución había caído en desuso y la estudiaba de manera muy sucinta, por "la exigua importancia que hoy reviste" (18).

Sin embargo, al promediar el siglo y bajo el impulso del nuevo Código Civil italiano de 1942, la vemos reaparecer en la legislación. Es de advertir, sin embargo, que este Código solamente regula la cesión convencional, dentro del Título III del Libro Cuarto, título que se ocupa de los contratos, dedicando todo un capítulo, el XXVI, a la cesión de bienes a los acreedores (19). Se ocupa allí sucesivamente de la noción y forma de la cesión (20), poderes de los acreedores cesionarios (21), efectos de la cesión y gastos que origina (22), reparto de las

Resulta interesante destacar que la ley No. 31 reguló detenidamente la prisión por deudas, incorporada como artículos 1.825 a 1.837 del Código, y aunque en otros países la institución había sido abolida, hasta fines del siglo pasado en Haití subsistía.

(16) El artículo 1.062 del Código panameño es igual al 1.175 español.

(17) El Código de Puerto Rico, en su artículo 1.129, también reproduce al 1.175 español.

(18) Conf. OSPINA, Guillermo: "Régimen general de las obligaciones", Temis, 4.* ed., Bogotá, Colombia, p. 56.

(19) Hay, pues, una neta diferencia con el sistema francés, que regula conjuntamente la cesión convencional y la judicial.

(20) *Código Civil italiano*: Art. 1.977. "Noción. La cesión de los bienes a los acreedores es el contrato por el cual el deudor encarga a sus acreedores o a alguno de ellos que liquiden todos o algunos de sus activos y se repartan entre sí el producto en satisfacción de sus créditos".

Art. 1.978. "Forma. La cesión de los bienes se debe hacer por escrito, bajo pena de nulidad.

Si entre los bienes cedidos existen créditos, se observan las disposiciones de los artículos 1.264 y 1.265".

(21) Art. 1.979. "Poderes de los acreedores cesionarios. La administración de los bienes cedidos corresponde a los acreedores cesionarios. Estos pueden ejercitar todas las acciones de carácter patrimonial relativas a dichos bienes".

sumas obtenidas (23), control del deudor (24), alcance de su liberación (25) y posibilidades de desistir del contrato o pedir su anulación (26).

Siguiendo el ejemplo del Código italiano, otros Códigos modernos que también se ocupan de la cesión de bienes, pero con diferentes metodologias en cuanto a su ubicación en el cuerpo legal. Así, en el Código Civil de Venezuela la encontramos en un Título que trata de las ejecuciones, cesión de bienes y beneficio de competencia (27) y en el de Portugal de 1986 —que se aparta así de la posición adoptada un siglo antes por Seabra— se trata de la cesión en la parte destinada al cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones (28).

(22) Art. 1.980. *Efectos de la cesión.* El deudor no puede disponer de los bienes cedidos.

Los acreedores anteriores a la cesión que no han participado en ella pueden accionar ejecutivamente también sobre tales bienes.

Los acreedores cessionarios, si la cesión ha tenido por objeto sólo algunos activos del deudor, no pueden accionar ejecutivamente sobre los otros activos antes de haber liquidado los cedidos”.

Art. 1.981 *Gastos.* Los acreedores que han concluido el contrato o que se han adherido a él deben anticipar los gastos necesarios para la liquidación y tienen el derecho de tomar su importe del producto de la misma”.

(23) Art. 1.982. *Reparto.* Los acreedores deben repartir entre sí los sumas obtenidas en proporción a los respectivos créditos, salvo las causas de prelación. El resto corresponde de al deudor”.

(24) Art. 1.983. *Control del deudor.* El deudor tiene derecho a controlar la gestión y a obtener la rendición de cuentas al final de la liquidación o al final de cada año si la gestión dura más de un año.

Si se ha nombrado un liquidador éste debe rendir cuentas también al deudor”.

(25) Art. 1.984. *Liberación del deudor.* Si no existe pacto en contrario, el deudor queda liberado frente a los acreedores sólo desde el día en que éstos reciben la parte que les corresponde sobre el producto de la liquidación, y dentro de los límites de lo que han recibido”.

(26) Art. 1.985. *Separación del contrato.* El deudor se puede separar del contrato ofreciendo el pago del capital y de los intereses a aquellos con los cuales ha contratado o que se han adherido a la cesión. La separación tiene efecto desde el día del pago.

El deudor está obligado al reembolso de los gastos de gestión”.

Art. 1.986. *Anulación y resolución del contrato.* La cesión puede ser anulada si el deudor, habiendo declarado ceder todos sus bienes, ha ocultado una parte notable de ellos, o bien si ha ocultado pasivos o ha simulado pasivos inexistentes.

La cesión puede resolverse por incumplimiento según las reglas generales”.

(27) Aunque el Código de Venezuela es de 1940, y por ende anterior al nuevo Código italiano, estimamos que el proyecto que se estaba elaborando en Italia ejerció algún influencia en ese cuerpo legal.

Dedica a la cesión de bienes un extenso capitulo, que comprende los artículos 1.934 a 1.949.

(28) El Código portugués de 1986 trata el tema de la cesión de bienes en los artículos 831 a 836, que se ocupan, respectivamente, de la noción y forma de la cesión, ejecución de los bienes cedidos, poderes de los cessionarios, exoneración del deudor y desistimiento de la cesión.

No reproducimos estas normas por tratarse de un cuerpo legal de fácil consulta.

II. EL NUEVO CODIGO PARAGUAYO

El legislador paraguayo se ha inspirado en el Código italiano de 1942, con sólo una variante metodológica, pues en lugar de regularla entre los contratos, a continuación de la transacción, ha preferido ocuparse de ella con los modos extintivos de la obligación, tomando en esto como modelo al Código portugués. Por lo demás los nuevos artículos 575 a 583 siguen al pie de la letra lo dispuesto en los artículos 1977 a 1985 del Código Civil de Italia.

El antecedente inmediato de la adopción de estos textos y de su ubicación es el proyecto de la Comisión Nacional de Codificación, como lo indica SAPENA PASTOR (29), aunque este autor omite señalar que, a su vez, esas normas tienen como fuente el Anteproyecto DE GASPERI, en sus artículos 2200 a 2209, que proyectaba incorporar la figura en la parte destinada a los contratos, inmediatamente después de la transacción.

En la nota a la primera de las normas que proyectaba recuerda DE GASPERI la raigambre romanista de la figura y dice que fue inexplicablemente omitida por el Código de Vélez, "acaso porque habiéndose abolido la prisión por deudas, a evitar la cual fue admitida la cesión, podía aparecer ociosa como única ventaja para el deudor en trance de caer en insolvencia".

Al pie de cada uno de los artículos de su Anteproyecto DE GASPERI señala con prolíjidad las concordancias con el antecedente italiano, y también con otras legislaciones como la venezolana, francesa y española, explicando además las razones que abonan la solución propuesta, por lo que resultan una valiosa fuente para el estudio de los textos adoptados por el nuevo Código.

III. CONCEPTO

El artículo 575 suministra el concepto de la cesión de bienes a los acreedores, diciendo que:

"... El deudor encarga a estos, o a alguno de ellos, la liquidación de todo o parte de sus bienes y de repartirse entre sí el precio obtenido, en satisfacción de sus créditos".

Se trata, pues, de un convenio que persigue fines solutorios, pero que no alcanza a constituir un pago mientras los bienes no sean liquidados efectivamente y con ese importe se hayan abonado las deu-

(29) SAPENA PASTOR, Raúl: "Fuentes próximas del Código Civil" ed. El Foro, Asunción. 1986.

das (30). No es, por tanto, una verdadera “cesión” en el sentido estricto del término (31).

La doctrina considera que encierra una especie de “mandato” que otorga el deudor, y que presenta características especiales que resultan de la finalidad perseguida (32).

La norma permite expresamente que la entrega se limite a una parte de los bienes de los que integran el patrimonio (33), y que no se haga a favor de todos, sino solamente de algunos de los acreedores, ya que puede resultar difícil obtener la adhesión de la totalidad. Esta es, quizás, una de las ventajas de la cesión de bienes, que satisface a los acreedores que tienen más urgencia en cobrar, sin provocar los gastos que acarrearía una ejecución forzada del patrimonio, por vía del concurso o quiebra.

IV. FORMA

Se establece la exigencia de forma escrita, bajo pena de nulidad; en principio puede admitirse que conste en un instrumento privado, pero si entre los bienes cedidos figuran algunos para cuya transmisión se exige otra forma, ésa será la requerida para la cesión; así, por ejemplo, si se ceden bienes inmuebles o créditos hipotecarios, será necesaria la escritura pública (artículo 700). Al respecto el artículo 576 expresa textualmente:

“La cesión de bienes debe hacerse por escrito, bajo pena de nulidad. si entre los bienes cedidos existen créditos, se observarán las disposiciones relativas a la transferencias de créditos en general”.

(30) Ver al respecto lo que dispone el artículo 582.

(31) DE GASPERI, en la nota al artículo 2.200 de su Anteproyecto expresa que “la cesión tiene lugar *pro solvendo, no pro soluto...*”, agregando que “el deudor no pierde por la cesión la propiedad de los bienes cedidos, tanto que si los acreedores pueden ser totalmente pagados con sola una parte de dichos bienes, el sobrante retorna a la libre disponibilidad del deudor”.

(32) En la doctrina española se ha insinuado por COSSIO la teoría de que en virtud de la cesión se constituye una “propiedad fiduciaria”, lo que ha sido rebatido por BELTRAN de HEREDIA (ver “El cumplimiento de las obligaciones”, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, p. 405 a 417).

Por su parte, citando las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1912, 9 de diciembre de 1943, 1 de marzo de 1969 y 13 de marzo de 1972, ALBALADEJO nos dice que “no hay transmisión a los acreedores del dominio de los bienes, sino de su posesión y administración y otorgamiento de mandato para enajenarlos” (Derecho Civil, II — Obligaciones, volumen primero, Bosch, Barcelona, 1980, 5.^a ed., p. 146). Afirma también este autor que la Compilación navarra, “con más acierto que el Código Civil, denomina a la figura en estudio *dación para pago*, ya que en ella no se paga cuando se dan los bienes, sino que se dan *para* que vendiéndolos se aplique al pago su precio” (p. 147).

(33) En la doctrina española, en cambio, se dice que “... lo típico es que el deudor entregue a sus acreedores ‘todos’ sus bienes”. Ver PUIG PEÑA, Federico: ‘Tratado de Derecho Civil español’, Tomo IV, vol. I, (Teoría general de la obligación), ed. Rev. Der. Privado, Madrid, 1951, p. 314.

Además, cuando comprenda bienes sometidos a registro, para su oponibilidad a terceros será menester dar a la cesión publicidad registral (arg. artículos 1971, inciso c, y 2071) (34).

Esto no significa sostener que la "cesión" sea una enajenación, sino solamente recordar que, de acuerdo a lo prescrito en el inciso f del artículo 700, deben hacerse por escritura pública los poderes que tengan por objeto actos que a su vez deben otorgarse con esa formalidad (35).

V. FACULTADES DE LOS CESIONARIOS

Aunque los cesionarios no adquieren el dominio de los bienes cedidos (36), el deudor queda en cierta forma desapoderado y, a partir de la cesión no podrá disponer de ellos (artículo 578, primer párrafo), ni tampoco administrarlos, pues estas facultades pasan a los acreedores (artículo 577):

"La administración de los bienes cedidos corresponde a los acreedores cesionarios. Estos pueden ejercer todas las acciones de carácter patrimonial relativas a dichos bienes".

Es cierto que el artículo 577 no menciona expresamente el poder de disposición, pero ello surge de la finalidad que se persigue con la cesión, que es la liquidación de esos bienes (artículo 575).

Como consecuencia del traspaso de las facultades de administración y disposición, los acreedores estarán también legitimados para defender, en nombre del cedente, la propiedad o posesión de los bienes cedidos, ejercitando las acciones respectivas.

Ahora bien, como la liquidación de los bienes puede provocar gastos, serán los acreedores quienes tengan que anticipar las sumas necesarias para satisfacerlos (artículo 579), por supuesto que con derecho a

(34) En el derecho español BELTRÁN de HEREDIA, manifiesta que la cesión de bienes no es inscribible en el Registro de la Propiedad (obra citada, p. 436).

(35) En sentido concordante DE GASPERI, en la nota al artículo 2.201, donde expresa que "un contrato que envolviendo un mandato para vender bienes muebles o inmuebles y créditos mal podría ofrecerse desnudo de formas, porque estando tales negocios sometidos a su toma de razón en el Registro de la Propiedad, ocioso es que revistan la forma escrita y que el poder para llevarlos a cabo deba inscribirse en el Registro General de Poderes".

El Código Civil portugués, en el inciso 2 del artículo 832 exige expresamente la registración de la cesión cuando comprenda bienes sujetos a registro.

(36) CASTÁN TOBEÑAS, José: "Derecho Civil español común y foral", Tomo III. Derecho de obligaciones, 11.^a ed. (revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero), Reus, Madrid, 1974, nos dice que: "no transmite propiedad, sino posesión y administración" (p. 351), y PUIG PEÑA (obra y lugar citados en nota 32), expresa que "... el acto no presupone un cambio de dueño".

recuperarlos cuando los bienes se hayan vendido. Aclaremos que a los acreedores que originalmente celebraron el contrato de cesión, pueden adherirse posteriormente otros, como lo admite explícitamente el artículo 579, al mencionar los “que han concluido el contrato o que *se han adhesido a él*”.

Quienes han aceptado la cesión ven limitada su facultad de dirigirse contra otros bienes. Al respecto previene el último párrafo del artículo 578:

“... Los acreedores cesionarios, si la cesión ha tenido por objeto sólo algunos bienes del deudor, no pueden accionar ejecutivamente sobre los otros bienes antes de haber liquidado los cedidos”.

Juzgamos que ésta es la mejor doctrina; si los acreedores han aceptado voluntariamente que el deudor no entregue todos sus bienes, resultaría contrario a sus “propios actos” que antes de liquidar los recibidos, pretendiesen ejecutar otros.

VI. OTROS ACREDITADORES

Debe distinguirse entre aquellos cuyo crédito es posterior a la cesión, y los anteriores. Con respecto a estos últimos, el segundo párrafo del artículo 578 dispone:

“... Los acreedores anteriores a la cesión que no han participado en ella pueden accionar ejecutivamente también sobre tales bienes”.

La cesión de bienes no puede afectar los derechos de quienes no intervinieron en el convenio, y mientras los bienes no hayan sido enajenados podrán embargarlos y perseguirlos por vía ejecutiva, ya que todavía se encuentran en el patrimonio del deudor (37). Si ya hubieren sido enajenados sólo les quedará el camino de ejercitar la acción pauliana (artículo 312). Aquí advertimos uno de los puntos débiles de la cesión de bienes, que puede prestarse a la colusión del deudor con algunos acreedores, para perjudicar a los restantes (38).

(37) Idéntica opinión sustentan PIRES DE LIMA y ANTUNES VARELA, comentando el artículo 833 del Código portugués (“Código Civil anotado”, Coímbra Editora, 1968, vol. II, p. 80).

(38) Por eso el Tribunal Supremo de España, según sentencia del 11 de mayo de 1912, dispone que “en caso de no participar todos los acreedores en el contrato de cesión, ha de prevenirse todo fraude frente a los no intervinientes” (ver SANTOS BRIZ, Jaime: “Derecho Civil - Teoría y práctica”, T. III, “Derecho de obligaciones”, ed. Rev. Der. Privado, Madrid, 1975, p. 170).

En igual sentido José Luis LACRUZ BERDEJO (*Elementos de Derecho Civil, II Obligaciones*, Bosch, Barcelona, 1977, vol. 1): “La cesión extrajudicial puede convenirse con una parte de los acreedores, mas si no se tienen en cuenta los derechos de los demás, los excluidos podrán impugnarla por fraude (cuando lo haya)...” (p. 95).

Los acreedores posteriores a la cesión, en cambio, deberán respetar el negocio realizado con anterioridad, siempre que haya recibido la adecuada publicidad registral en los casos en que corresponda.

VII. EFECTOS EXTINTIVOS

La extinción de las deudas recién se produce cuando los acreedores reciben su parte. El punto está reglado por el artículo 582:

“El deudor queda liberado respecto de los acreedores cesionarios sólo desde el día en que éstos reciben la parte que les corresponde en el producto de la liquidación, y dentro de los límites de lo que han recibido, salvo pacto en contrario”.

Importa destacar no solamente el momento en que se produce la extinción de la deuda, sino también que ella tiene como límite la medida de lo que el acreedor ha recibido, y subsiste por el resto (39). Sin embargo, vemos que algún código, como el de Guatemala, en el inciso 4 de su artículo 1418, prevé la extinción total de las deudas, aunque el monto obtenido con la ejecución de los bienes no las haya cubierto totalmente, cuando el deudor que hizo la cesión es una persona física (ver nota 12).

La distribución de las sumas obtenidas se hará de manera proporcional a los créditos, o respetando las preferencias que legalmente les correspondiesen, salvo que en el convenio se hubiese estipulado otra cosa (artículo 580).

Si una vez pagados todos los créditos queda un remanente, corresponderá al deudor, respetándose así el principio de que la llamada “cesión” no transmitió la propiedad de los bienes a los acreedores.

Siguiendo la misma línea de pensamiento, el Código faculta al deudor a verificar si los acreedores administran adecuadamente los bienes, y pedirles una rendición de cuentas. El artículo 581 se refiere a este punto:

“El deudor tiene derecho a verificar la gestión de los acreedores cesionarios y obtener de ellos la rendición de cuentas al final de la liquidación, o al fin de cada año, si la gestión dura más de un año.

Si se ha nombrado un liquidador, éste debe rendir cuentas también al deudor”.

(39) Conf. RODRÍGUEZ ARIAS (obra citada, p. 473-474), estudiando el derecho de Panamá. En igual sentido Miguel Angel PANGRAZIO: “El Código Civil paraguayo comentado”, ed. Cromos, Asunción, 1986, T. I, comentario al artículo 582, p. 629: “Opinamos que esta norma es consecuente con el texto del artículo 575 y siguientes. Antes de la liquidación y del reparto del producto entre los cesionarios, la deuda no queda extinguida”.

El dispositivo tiene su fundamento en la naturaleza de la “cesión”, y concuerda con la obligación de rendir cuentas que pesa sobre los mandatarios (artículo 891, inciso e).

VIII. DESISTIMIENTO DEL DEUDOR

Concluye el parágrafo V con el artículo 583, en el que se reconoce al deudor la facultad de desistir de la cesión, y recuperar los bienes que había entregado, si abona íntegramente los créditos de los acreedores con quienes celebró el convenio, y también los de aquellos que con posterioridad hubiesen adherido.

El dispositivo es justo; si el deudor ha mejorado su situación patrimonial puede liberar los bienes que había “cedido”, ya que siguen siendo de su propiedad, y el interés de los acreedores queda satisfecho con el pago. Es cierto que el artículo 583, en su primer párrafo, habla de “oferta de pago”, pero el punto queda correctamente aclarado en el segundo párrafo, ya que el desistimiento recién “producirá efecto” desde que medie pago efectivo.

Por supuesto que para obtener esta liberación el deudor deberá hacer frente no solamente al capital e intereses adeudados, sino también reembolsar a los acreedores los gastos que hubiesen efectuado durante su gestión administrativa.

El desistimiento no tendrá efectos retroactivos, de manera que si una parte de los bienes cedidos se hubiese vendido, y con su importe hecho pagos a los acreedores, tanto esas enajenaciones como los pagos efectuados, quedarán firmes (40).

La facultad de “separarse del contrato”, como denomina el artículo 583 a este desistimiento, corresponde exclusivamente al deudor, lo que no afecta en nada el principio general que permite a cualquiera de las partes pedir la “resolución” de un contrato, cuando mediase incumplimiento de la otra parte (artículo 725).

IX. CONCLUSION

El nuevo Código paraguayo, siguiendo la corriente que predomina en los Códigos más modernos, ha legislado sobre la cesión de bienes con carácter convencional, pese a su escasa significación práctica pues, desaparecida la prisión por deudas, el deudor no obtiene de ella ningún beneficio, lo que ha hecho pensar a algunos que estaba destinada a desaparecer (41).

(40) Conf. PIRES DE LIMA y ATUNES VARELA: obra citada, comentario al artículo 836 p.82.

(41) Conf. OSPINA, Guillermo: obra citada, p. 58.

No debemos, sin embargo, desconocer que algunas legislaciones modernas han efectuado esfuerzos por revitalizarla, como sucede con las previsiones del Código guatemalteco, que conceden a las personas individuales el beneficio de la extinción total de sus deudas, aunque el valor de los bienes entregados no alcance para satisfacerlas, o lo dispuesto por la ley chilena de quiebras, que establece un plazo de prescripción más breve (cinco años), contados a partir de la cesión “con el objeto de estimular al deudor para que siga trabajando sin temor de que sus esfuerzos solamente beneficien a sus acreedores” (42).

(42) ALESSANDRI y SOMARRIVA, T. III, núm. 605, p. 366 (citados por Guillermo OSPINA).

BIBLIOGRAFIA

Libros

ALONSO OLEA, Manuel: «La responsabilidad civil del empresario frente a terceros por actos del trabajador a su servicio». «Cuadernos cívitas», 1990, 97 páginas.

El nombre del autor, y el que en su título aparezcan las palabras empresario y trabajador, nos podría inducir a pensar que nos encontramos ante un estudio de derecho laboral. Este pensamiento sería no obstante erróneo, pues como se indica claramente en su título se trata de una obra dedicada al estudio de la responsabilidad civil extracontractual, si bien en el punto en que ésta incide en el mundo del trabajo, es decir, la que nace a consecuencia de un acto del trabajador, pero recae de una u otra forma sobre su empresario.

Es un tema, el de la responsabilidad civil del empresario, que interesa a Alonso Olea desde hace muchos años, y sobre el que, prácticamente con el mismo título, ha publicado tres artículos en la «Revista Española de Derecho del Trabajo» (1980, 1984, 1987), cada uno actualización del anterior, como él mismo nos recuerda en la introducción de este libro; amén de que, ya con anterioridad, había dirigido alguna tesis doctoral con el mismo título y tema.

También en la introducción, nos adelanta que se trata de un estudio básicamente jurisprudencial y sobre todo en lo referente a la aplicación de los artículos 19 y 22 del Código Penal y 1.902, 1.903 y 1.904 del Código civil. Empleando por tanto sentencias de las Salas 1.^a y 2.^a del Tribunal Supremo fundamentalmente.

La estructura de la obra es, no obstante, más ambiciosa, pues dedica un capítulo a cada una de las jurisdicciones: Civil, Penal, Laboral, Contencioso-Administrativa y Militar; aunque no todos ellos con la misma extensión.

El primero de los capítulos, tras la introducción, reseñado con el número II, lo titula: «La aplicación objetiva del artículo 22 del Código Penal». Es este capítulo el más extenso y cuenta con varios apartados dentro de él; de estos, en el A y G nos muestra fragmentos de sentencias en los que se habla de una responsabilidad objetiva en el artículo 22 del Código penal, basada, por tanto, en el riesgo y no en una culpa «in eligendo» o «in vigilando».

Los apartados B y E los dedica a analizar, también mediante el estudio fragmentado de sentencias, cuando cesa y cuando no la responsabilidad del empresario, por desobediencia del empleado, en el primero, y por desconexión con el servicio, en el segundo.

El apartado C lo titula «La Administración responsable por este concepto», y dentro de él encontramos apuntados un buen número de cuestiones interesantes: la responsabilidad subsidiaria del Estado por el artículo 22, declarada en algunas

sentencias, aunque no se encuentre mencionado en él; situaciones en que el funcionario se encuentra fuera del servicio; casos en que es competente la jurisdicción Contencioso-Administrativa y casos en lo que es la Civil; e incluso se apunta, no ya la responsabilidad del Estado frente a terceros por actos de sus funcionarios, sino la de terceros frente al Estado por daños sufridos por aquéllos.

Dedica el apartado D a la responsabilidad de establecimientos sanitarios por la actuación de su personal. Se destacan en él dos problemas: 1.º que en sentencias recientes se aplica la responsabilidad directa del artículo 1.903 del Código civil a la entidad hospitalaria, incluso sin que se haya identificado al agente que causó el daño motivo de la indemnización, basta con que se sepa que fue causado por un dependiente; 2.º ¿qué jurisdicción ha de atender a la resolución de estos conflictos, cuando la entidad hospitalaria es dependiente de la Seguridad Social? Se citan sentencias en las que se reconoce alternativamente como competente, bien la jurisdicción civil, por ser la curación de los enfermos algo que entra dentro del derecho privado; bien la jurisdicción social, por ser prestaciones propias de Seguridad Social; o bien la Contencioso-Administrativa en aplicación del artículo 40-2-3 de la LRJ. Incluso en una que se llega a declarar la existencia de tres tipos de acciones: penal, civil y laboral.

El apartado F trata de la responsabilidad civil subsidiaria en caso de delitos dolosos, de los que puede nacer esta responsabilidad de igual modo que en los culposos, aunque sean menos frecuentes.

Toca el tema de la concurrencia de varios empresarios en el apartado H. Trata de ver en qué casos y por qué la responsabilidad alcanza a varios empresarios que subcontratan una obra: mala elección del subcontratista; desproporción entre uno y otro empresario; o simplemente la búsqueda de responsables solventes.

El Capítulo III. «La responsabilidad por accidente de trabajo y temas conexos» está únicamente citado aquí, ya que remite a sus «Instituciones de Seguridad Social» y a su «Derecho del Trabajo».

El capítulo IV lo dedica a «jurisprudencia civil, básicamente», con los siguientes apartados:

A) «¿Responsabilidad extracontractual o contractual? Se aplican preceptos de la una a la otra, pero lo importante es evitar una doble indemnización.

B) «De nuevo sobre la concurrencia de empresarios responsables». Vuelve sobre la culpa «*in eligendo*» (en este caso con citas de la jurisprudencia civil) de quien subcontrató e introduce la reserva del poder de dirección como causa de la declaración de responsabilidad.

C) «Sobre la responsabilidad empresarial pura y simple». Casos en los que se aplica a la empresa directamente el artículo 1.902 del Código civil en lugar de aplicar el 1.903, con lo cual se considera a la empresa causante del daño, con la consecuencia de no tener que probar la culpa del agente y la desaparición del derecho de repetición del artículo 1.904.

D) «Cuantía de la indemnización, su distribución, posible solidaridad de los responsables y alguna otra cuestión». De la fijación de la cuantía por el tribunal de instancia y la posibilidad o no de su revisión; importancia de la concurrencia de culpas.

El Capítulo V está dedicado a la jurisprudencia Contencioso-Administrativa, en el que toca dos temas: el contrabando y las medidas de seguridad contra atracos. En el primero destacar que se trata de una responsabilidad objetiva y en

el segundo que se hace responsable a la empresa de infracciones y multas administrativas impuestas a sus empleados y dependientes, pese a los reparos teóricos que ello puede ofrecer.

De la jurisprudencia militar, en aplicación del artículo 48 del Código penal de Justicia Militar, que declara responsable al Estado por los actos de los militares cita la sentencia de 2 de marzo de 1988, en el Capítulo VI.

El Capítulo VII es, como el autor lo titula, una miscelánea en la que se apuntan problemas como los plazos de prescripción y la conexión entre la acción civil y la penal.

En el VIII se compara la responsabilidad por hecho propio del artículo 1.902 con la que se contrae por hecho ajeno del 1.903 y toca levemente la comparación de esta última con la del artículo 22 del Código penal. En la primera comparación dice que la del 1.902 es una responsabilidad subjetiva, mientras que la del 1.903 es objetiva; en la segunda afirma que ambas son objetivas, pero aún lo es más la del artículo 1.903, afirmación de la que sería interesante que diera las razones, pero que no da.

El Capítulo IX, dedicado a cuestiones varias, enumera algunos temas referentes al incumplimiento de las medidas de seguridad e higiene, y la responsabilidad que alcanza por ello al empresario. También comenta lo injustificado de que al empresario no se le permita impugnar la condena de su empleado, sino únicamente su condena como responsable civil.

El X o Colofón, hace una breve reseña doctrinal sobre la base de esta responsabilidad por hecho ajeno, que no es la culpa propia, sino la relación existente con quien causó el daño.

En un *addenda* recoge alguna de las sentencias del año 1990, que considera interesantes, en relación con los temas estudiados.

Como se desprende de este resumen, la obra tiene una estructura demasiado ambiciosa para su extensión, lo cual le impide adentrarse en los temas, por descontado interesantes, que plantea. Además el estudio jurisprudencial siempre resulta difícil, pues no todas las decisiones judiciales se unen en una corriente única, ni sus razonamientos son iguales y desde luego el tema de la responsabilidad del empresario por hechos de sus empleados, no es una excepción.

Es de destacar el gran número de sentencias empleadas, que sirven para hacerse una idea de cuál es el panorama actual en España sobre la aplicación de los preceptos que se estudian y de otros temas con él conexos.

ISABEL SIERRA PÉREZ
UAM. *Derecho Civil*

EGUSQUIZA, M.^a Angeles: «*La configuración jurídica de las obligaciones negativas*» José M.^a Bosch, Editor, S. A. Barcelona, 1990.

La monografía elaborada por la Dra. Dña. M.^a Angeles Egusquiza, *La configuración jurídica de las obligaciones negativas*, viene a llenar un gran vacío doctrinal salvado sólo en parte por el estudio del Profesor de Angel Yagüez sobre la servidumbre negativa y por algún análisis aislado de pactos de exclusiva y prohibiciones de disponer.

La obra tiene como base la tesis doctoral defendida por la autora en la Universidad de La Laguna y pretende, sin separarse de su título, una configuración de la obligación negativa partiendo de las escasas nociones que recogen los manuales. Si bien la autora no deja de fijar la atención en los supuestos prácticos en que puede aparecer la obligación negativa, el estudio se ciñe a los pocos preceptos que el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil dedican a la materia; por ello no resulta un estudio disipado de la cuestión sino, por el contrario, muy centrado en su construcción y organización. Merece la pena destacarse su división en tres Capítulos muy bien diseñados que ayudan a llevar al lector hasta las conclusiones de manera progresiva y en ningún caso premiosa, completando la monografía con una addenda dedicada al pacto de exclusiva.

I. El primer Capítulo, *La obligación en general*, nos introduce al complejo mundo de la obligación, abordándolo tanto en un sentido histórico como dogmático.

El análisis histórico de la obligación comienza con las estructuras obligacionales en sus distintas épocas: arcaica, clásica, postclásica y justiniana, concluyendo con que el *non facere* en Derecho Romano no tiene una conceptualización autónoma. El Derecho Moderno viene marcado por dos teorías expuestas en sus planteamientos y en su crítica: la clásica (Savigny) y la patrimonialista. La primera de ellas, al centrar la obligación en el deber del obligado a realizar determinados actos, es decir, en el débito, olvida el aspecto de responsabilidad del deudor. Por el contrario, la patrimonialista fija exclusivamente su atención en la responsabilidad subsiguiente al incumplimiento. Tanto una como otra, concluye la autora, parten de un planteamiento erróneo al olvidar el aspecto personal y dinámico de la obligación y ceñir sus esquemas a la patología obligacional, a los casos de incumplimiento.

Como contrapeso a estas dos tesis modernas, surge la doctrina del «Schuld» y «Haftung» intentando compatibilizar débito y responsabilidad aunque afirmando que, si bien en toda obligación estos dos elementos coexisten, viven autónomamente. La crítica a tal postura, no podría hacerse esperar pues ambos elementos no pueden desligarse.

Así, una doctrina integradora supondrá una corrección de posturas. Cada postura atemperará sus afirmaciones incorporando y aceptando las tesis contrarias.

Después de esta concisa pero suficiente visión histórico-doctrinal, se aborda la obligación desde la perspectiva del Derecho español. Dos podrían ser las conclusiones: de una parte, que la obligación en Derecho español tiene carácter jurídico y de otra, que la responsabilidad aparece con un significado eminentemente subjetivo. La juridicidad de la obligación tiene varias implicaciones: la incoercibilidad de la conducta del deudor, el hecho de que el incumplimiento sea fuente productora de sanción —con el análisis de tal sanción (ejecución en forma específica y resarcimiento)—, y el establecimiento de medidas tendentes a hacer efectiva la obligación.

Así pues, la autora ofrece la concepción más adecuada de obligación conforme a nuestro Derecho: aquélla que hace recaer el vínculo sobre la persona del deudor aunque aquél tenga un carácter jurídico, lo que implica que las consecuencias del incumplimiento, salvo excepción, incidan no sobre su persona sino sobre sus bienes. Y en segundo lugar, que necesariamente es el patrimonio del deudor quien soporta las consecuencias del incumplimiento, no compensable de otro modo, a fin de que se satisfaga el interés del acreedor.

Sin salir del análisis de la obligación en general, y tras esa visión de la obligación, la autora realiza una breve incursión en las obligaciones negativas en el Derecho español, únicamente con una concisa visión histórica de la redacción del Código civil, para concluir que la inclusión en el artículo 1.088 del *no hacer* como uno de los objetivos posibles de la obligación, obedece al reflejo del Código francés y del holandés, pero no a nuestra tradición histórica.

Este primer Capítulo ofrece dos puntos de apoyo que acaban por presentar nítidamente el auténtico concepto de obligación: su diferencia con el deber jurídico y con otras posibles relaciones jurídicas.

Las notas definidoras del deber jurídico en que consiste la obligación, quedan recogidas en la idea de que tal deber consiste en la realización de una prestación por parte de un sujeto deudor, a favor de otro, acreedor, quien, correlativamente, tiene el derecho de exigirla.

Respecto al examen de la relación obligatoria en comparación con otras posibles relaciones jurídicas, se analiza de manera primordial la cuestión de los derechos reales. A tal fin se exponen las dos fundamentales teorías que han explicado la diferencia. Así, para la teoría clásica entre ambos tipos de relaciones no hay punto alguno de conexión —por los sujetos, objeto, contenido, por la actividad que se desarrollan en ambas y por su dinámica—. Frente a ella, la teoría obligacionista acaba por negar cualquier diferencia entre el derecho real y la relación obligatoria.

La crítica a ambas posturas cierra este primer Capítulo matizándolas y concluyendo la no absoluta identidad de ambos tipos de relación fundamentalmente por los sujetos intervenientes, por el comportamiento exigible en ambas y por su ejercicio.

II. Con los claros elementos ofrecidos en el primer Capítulo, el Capítulo segundo aborda el tema de *La obligación negativa en particular*.

Ya la introducción del primer epígrafe nos hace ver la peculiaridad de la obligación negativa: su contenido u objeto consiste en una actividad omisiva del deudor. Y aunque tal especialidad haya llevado a negar a algunos que se trate de una auténtica obligación con base en varios argumentos, no por ello debe excluirse del ámbito de la prestación semejante objeto. Con el manejo de la doctrina italiana, la autora afirma que el beneficio que obtiene el acreedor por medio de la conducta del deudor puede residir en el mantenimiento de una situación en el mismo estado en el que se encontraba anteriormente. Este interés es valorable de forma objetiva cuando frente a la ganancia que podría reportar a una de las partes la modificación de un estado de cosas, la otra alcanza su interés con la conservación de esas circunstancias y así lo pactan, lográndose este fin a través de una conducta abstencionista.

El concepto de obligación negativa se analiza —ante el silencio del CC al respecto—, a partir tanto de los posibles supuestos que integran el concepto de obligación negativa, como de su contenido. Tras los posibles supuestos de obligación negativa —*no hacer, no dar y padecer (pati)*—, merece destacarse tanto por su dificultad como por la altura de la exposición, el análisis del contenido de la obligación negativa.

El paralelismo existente entre las obligaciones negativas con contenido de «non facere» o de «pati» y los derechos reales con idéntico contenido, obliga a realizar una clara distinción. Efectivamente tales servidumbres están configuradas por com-

portamientos de tipo negativo. Pero las obligaciones negativas y los derechos reales con tal contenido difieren tanto en su origen como en su naturaleza. Habrá que examinar cada supuesto concreto para deducir el carácter crediticio o real del derecho, sin atender exclusivamente al criterio de la temporalidad.

Muy clarificado para la determinación del contenido de las obligaciones negativas es el análisis del acto omisivo. A tal efecto se observa el querer del obligado como un elemento requerido únicamente en el momento inicial del nacimiento de la obligación, y que, por tanto, no necesita ser reiterado.

En la configuración jurídica de la obligación, influyen también las distintas teorías sobre la obligación en general y que fueron expuestas en el primer Capítulo. Así, la doctrina clásica, al fijar su atención en la conducta del deudor y considerar a ésta como la «cosa» objeto del señorío del acreedor, no tendría aplicabilidad o explicación ante la obligación negativa, pues los actos sobre los que el acreedor podría tener un hipotético dominio serían omisiones. Por otro lado, la teoría patrimonialista al centrar la obligación en la posibilidad de que el acreedor satisfaga su interés al margen de la conducta del deudor tampoco explica satisfactoriamente la obligación negativa.

Dentro de esta última línea, CARNELUTTI no acertó a aplicar su teoría a la obligación negativa, pues al afirmar que toda obligación consiste en un «tolerar», la obligación negativa es configurada como una obligación de no usar un bien cuyo disfrute estaba inicialmente reservado al deudor. Mientras el objeto de la prestación sería el propio bien cuyo goce se restringe, el objeto de tal obligación, es decir, la prestación, sería la inercia a la que el deudor se ve abocado por mediar la obligación.

Como la autora apunta, CARNELUTTI olvida en su teoría la parte activa de la obligación, olvido que se manifiesta especialmente en la fase de incumplimiento, pues, si seguimos a CARNELUTTI, concluiríamos con que el incumplimiento de una obligación negativa daría lugar a que el acreedor no pueda obtener el bien debido. El incumplimiento se entendería como el efecto derivado del no goce, del bien debido por parte del acreedor.

También la teoría del «Schuld» y «Haftung» incide en la configuración de la obligación negativa. La total independencia entre responsabilidad y débito supone que el acreedor sólo puede obtener el cumplimiento por equivalente dado que el comportamiento omisivo no puede separarse de su actor.

Continuando con la configuración jurídica de la obligación negativa, la monografía aborda el tema de la clasificación de tales vínculos, atendiendo a su origen, función, contenido y duración temporal. Respecto a su origen, las obligaciones negativas se clasificarán en orden a su proveniencia de la ley, del convenio o de la realización de un ilícito civil. Y en cuanto a estas últimas obligaciones, se puntualiza que su origen será la ley que contempla el acto ilícito su origen mediato, y será la sentencia que las imponga su origen inmediato.

Por su trascendencia a la hora de establecer su régimen jurídico, las obligaciones negativas serán —según su duración temporal—, instantáneas o de trato único, duraderas o de trato continuado y periódicas o de trato sucesivo.

El Capítulo se cierra con dos apartados que acaban de definir claramente los trazos jurídicos de la obligación negativa. De un lado, su relación con otras figuras de contenido negativo. De otro, el examen de aspectos concretos de la obligación negativa.

Cuatro figuras de contenido negativo aparecen esbozadas. En primer lugar el principio general «*alterum non laedere*», como deber de carácter genérico que ordena la no invasión de la esfera jurídica del otro sin determinación o establecimiento previo. La disparidad principal con la obligación negativa radica en su naturaleza, pues ésta es un deber jurídico particular en el que se limita el ejercicio de una actividad, que, en virtud de la obligación, se establece en un determinado sentido. La segunda figura analizada es la prohibición legal de disponer consistente en una privación del poder de disposición establecida por ley e impuesta a un sujeto para que actúe en un sentido determinado. Difiere asimismo de la obligación negativa la prohibición convencional de disponer: mientras en la primera lo vedado es una concreta acción, en la segunda se priva de la facultad de disponer. Por último, aparece como figura distinta el pacto de no pedir, de claros rasgos procesales por el que se persigue el no ejercicio de una acción concreta.

Los posibles caracteres que a continuación son objeto de atención resultan, junto con la división de las obligaciones negativas según el criterio temporal, decisivos en orden a fijar posteriormente su régimen de cumplimiento e incumplimiento. Tales notas son: la patrimonialidad de la prestación, su divisibilidad, su carácter de medio o de resultado y la infungibilidad de la prestación.

La patrimonialidad se plantea tomando en consideración las distintas doctrinas expuestas sobre ella como requisito de la obligación. Se expone la revitalización de la idea de patrimonialidad, afirmando por último que, si bien en teoría la determinación pecuniaria de la obligación negativa resulta difícil, en la vida práctica tal valoración pecuniaria se ve solventada con frecuencia por medio de medidas tendentes a agravar el incumplimiento.

¿Es divisible la obligación negativa? Ciñéndose al estudio de las obligaciones con singularidad de sujetos y a la divisibilidad como característica de la prestación, la autora realiza una proyección histórica del problema. Tanto en los textos romanos como en el Derecho intermedio la divisibilidad de la obligación negativa aparece como una cuestión no pacífica. El decisivo papel que desempeñó el pensamiento de POTIER admitiendo que las obligaciones «*in non faciendo*» pueden ser divisibles siempre que la actitud omisiva sea susceptible de ejecución parcial, es evidente en nuestro Código civil.

Si bien nuestro Código adopta un criterio ambivalente —será divisible o indivisible la obligación de no hacer según sea el carácter de la prestación (art. 1.151)—, la mayoría de la doctrina española se ha decantado (aunque con salvedades) por la indivisibilidad de la obligación negativa apoyándose en que no es posible un cumplimiento parcial de este género de obligaciones.

La doctrina italiana admite, por el contrario, la divisibilidad de la prestación negativa cuando concurren varios deudores y la omisión debida sea un acto complejo o de desarrollo sucesivo. Sin embargo, también la doctrina italiana presenta disidencias. CICALA distingue la divisibilidad del objeto y la de la prestación, concluyendo con la posibilidad de una obligación negativa indivisible aun cuando el objeto de la prestación sea apto para su fraccionamiento, supuesto imposible en las obligaciones negativas duraderas.

La civilística francesa, heredera directa de la doctrina de POTIER acepta su postura; por el contrario los juristas alemanes asumen la idea de que los créditos de omisión son indivisibles, argumentando en general que la obligación de no

hacer en ningún caso es concebible como susceptible de realización a medias, ya que obedecer parcialmente es no obedecer.

Las soluciones de la autora en este tema ofrecen una visión pormenorizada del mismo. La divisibilidad o no habrá de ser resuelta atendiendo a los tipos de prestación: instantánea o de trato único —indivisible en todo caso—, de trato sucesivo, periódica o a plazos, indivisible en razón a que es la globalidad de todas las abstenciones debidas la que proporciona la utilidad perseguida—, y obligaciones negativas duraderas o de trato continuado, donde se observan mayores dificultades para su calificación.

En efecto, ¿es el tiempo, divisible por naturaleza, el elemento divisor determinante de la prestación negativa duradera? En las obligaciones con un único sujeto podría darse una respuesta afirmativa pero no ocurre lo mismo en el supuesto de una pluralidad de deudores no solidarios. Debería decirse que es más bien la aptitud del objeto de la prestación para ser escindido, el elemento determinante de la divisibilidad; aunque el tiempo la potenciará. Tras analizar varios supuestos, la Dra. Egusquiza fija su atención en dos: el pacto de no concurrencia convenido por una pluralidad de sujetos mediando un solo vínculo obligacional, y el de pluralidad de herederos obligados a una obligación negativa transmitida por el causante. Por aplicación del principio de que nadie responde de un hecho ajeno (no mediando garantía personal ni de responsabilidad por actos de otro), no es posible extender la nota de responsabilidad propia a la de los otros herederos. Pero evidentemente, a pesar de que en la obligación negativa el comportamiento omisivo es en sí indivisible, si se produce la división efectiva del objeto, tal fraccionamiento originará tantas obligaciones negativas como cuotas fijadas.

En suma, el criterio que soluciona el tema de la divisibilidad o no de las obligaciones negativas de objeto divisible, será el de concretar si media una única prestación o varias. Por tanto, habrá que atender a la voluntad de las partes para averiguar si éstas pretenden someter la utilidad de la prestación a su ejecución conjunta por todos los obligados —en cuyo caso se habrá engendrado una especie de indivisibilidad convencional que afecta al objeto indivisible cualificándolo como indivisible por la voluntad que reporta—, o, si existen tantas obligaciones indivisibles como notas se hayan producido con el fraccionamiento del objeto.

Dos últimas notas finalizan el concepto de obligación negativa. De un lado, su calificación como obligación de medios o de resultado, de otra, su carácter personalísimo.

La obligación negativa presenta un especial cariz. En ella la actividad del deudor y el resultado deseado no están perfectamente deslindados, ya que la actividad personal del deudor por sí misma produce el efecto deseado, sin embargo, el criterio de determinación del tipo obligacional debe descansar en la exigibilidad del resultado. Cuestión trascendental en orden al cumplimiento: deberá atenderse tanto a la posibilidad efectiva de obtener el resultado como a la voluntad contractual.

Y, por último, la obligación negativa ¿tiene carácter personalísimo o es fungible? Si la obligación negativa consiste en una abstención, el único que puede efectuar tal comportamiento será el sujeto obligado. Tal infungibilidad debe predicarse —a juicio de la autora—, tanto si la obligación negativa se califica como de medios como de resultado. La consecuencia inmediata de ello es la intransmisiabilidad de la obligación negativa, a no ser que o bien se haya estipulado en con-

tra, o bien el orden quasi-público imponga que terceros no vinculados subentren en la posición antigua de deudor.

III. El tercer Capítulo, *Régimen jurídico de las obligaciones negativas*, resulta ser la parte más fluída y de interés práctico de la monografía. En él se analizan las posibles fases o situaciones por las que puede discurrir la dinámica de este tipo de obligaciones: cumplimiento, cumplimiento inexacto, el incumplimiento, sus clases y efectos y la resolución.

Como ya hemos avanzado anteriormente, muchas de las características de la obligación negativa van a determinar en este momento un especial y peculiar régimen, por ello una lectura aislada de este tercer Capítulo obligaría a remisiones constantes al Capítulo anterior.

1. La primera fase que puede atravesar la obligación negativa es la de su *cumplimiento*. Hablaremos de cumplimiento de una obligación negativa cuando el acreedor vea satisfecho su interés con el desarrollo de una actividad negativa; así, la obligación negativa se considerará cumplida cuando la prestación ejecutada sea la exacta y su ejecución responda a un «*animus solvendi*».

El análisis de la exactitud de la prestación en una obligación negativa realiza una concreción de los elementos que la integran: identidad, integridad e indivisibilidad.

La intencionalidad de solvens dirigida a extinguir la obligación debida se manifiesta en este tipo de obligaciones en varios momentos, no en uno sólo. La combinación de ellos dará lugar a que podamos o no hablar de cumplimiento. Este tema plantea varias cuestiones, entre ellas la de qué ocurre cuando no se sabe la causa de la abstención.

Además de la exactitud de la prestación y el *animus solvendi* del deudor la autora analiza dos elementos más del cumplimiento: su naturaleza jurídica y el papel del factor tiempo en el cumplimiento. Quizá la ubicación de la naturaleza jurídica del cumplimiento no sea a nuestro juicio la más adecuada —hubiera sido más clarificador tratarla junto con el concepto—. En esta materia se analizan las diferentes doctrinas sobre el pago (como negocio, actuación de un mandato, simple acto jurídico, acto debido...), haciendo ver que el fenómeno del pago en la obligación negativa es uno de los puntos que pone a prueba la solidez de dichas construcciones doctrinales.

En cuanto al tiempo, ¿cuándo debe el deudor verificar la actividad debida?, ¿qué papel juega el tiempo en el cumplimiento? Tras analizar los diferentes papeles que puede representar el tiempo en la obligación, se observa que en una obligación negativa el tiempo desempeña un mayor protagonismo cumpliendo una doble función: no sólo conforma la propia estructura de la obligación (como ya se vio), sino que además puede modalizar el cumplimiento de la prestación negativa.

Es en este último supuesto en donde se hace especial hincapié atendiendo sobre todo a la esencialidad del término en las obligaciones negativas. Se apunta la idea de que tales obligaciones no siempre están sujetas a término esencial; esto sólo podrá afirmarse respecto de las obligaciones de trámite único, pero no absolutamente respecto de las desarrolladas en el tiempo, ya que aunque se realicen algunos actos contrarios, por su propia prolongación temporal, pudiera pensarse que aún es posible el cumplimiento por el período de tiempo restante.

2. *Cumplimiento inexacto*. Dos supuestos concretos de inexactitud de pago se analizan: el cumplimiento anticipado y el realizado por un tercero.

El pago anticipado se producirá siempre que la ejecución de las prestaciones antes del tiempo señalado origine los efectos jurídicos reconocidos al cumplimiento, es decir, cuando resulte inocuo para los intereses de las partes un pago anticipado.

Pero dado que en las obligaciones negativas el tiempo conforma estructuralmente el objeto de la prestación, un cumplimiento anticipado carece de sentido pues el objeto de la prestación antes de tiempo es inexistente. Esta idea fundamental se concreta y matiza, sin embargo, en los distintos tipos de obligaciones negativas: instantáneas, duraderas y periódicas o a plazos. Así pues, la regla general será la imposibilidad de cumplimiento anticipado, y por tanto la inaplicabilidad del artículo 1.162-2 Cc, con la única excepción de error en el solvens.

En otro supuesto de cumplimiento inexacto es el del realizado por tercero. Al hilo del artículo 1.158 Cc, y sin perder de vista la característica fundamental de la infungibilidad de la prestación negativa, se concluye la imposibilidad de que un tercero lleve a cabo la actividad solutoria de una prestación negativa, dado que las actuaciones del deudor son insustituibles.

3. *Incumplimiento*. La autora se ocupa tanto del incumplimiento forzado como del culpable.

a) Caso fortuito y fuerza mayor. A la obligación negativa resultan aplicables la exoneración por incumplimiento previsto en el artículo 1.105, y la imposibilidad de la prestación en las obligaciones de hacer. Así, en la obligación negativa la imposibilidad liberatoria se cifrará en una necesidad de que se haga lo vedado.

Pero la cuestión no es pacífica, así, la doctrina italiana al interpretar el artículo 1.222 del Código de 1942 que establece un régimen especial para el incumplimiento de las obligaciones negativas, afirmaba la responsabilidad del deudor en todo caso. Tal interpretación resultó corregida al afirmar otro sector doctrinal que en el artículo 1.222 sólo se establece una única forma de incumplimiento, la total y definitiva, pero que no excluye un incumplimiento relativo o mora.

El estudio de los requisitos necesarios para que opere la irresponsabilidad del deudor obligado a una prestación negativa por caso fortuito, da una visión general pero precisa del problema: inimputabilidad del suceso al deudor; imprevisibilidad del acontecimiento; imposibilidad de desarrollo obligacional) negativo (aunque con matices en las obligaciones duraderas) y nexo de causalidad entre el hecho y el daño.

b) Incumplimiento culpable. Fuera de todo hecho excluyente de la responsabilidad, el deudor ha de reparar los daños ocasionados por el incumplimiento. Pero, como en toda obligación, el incumplimiento de la obligación negativa comporta distintos efectos según sea la entidad del incumplimiento. Además, determinados aspectos de la obligación negativa obligan a afirmar que en ella no pueden darse o apreciarse todos los tipos de incumplimiento. Así, su carácter personalísimo excluye el pago por tercero, su indivisibilidad implica la imposibilidad de un incumplimiento parcial, y su carácter de *fixleistung* (o término esencial) impide el juego del pago anticipado.

Fijadas estas ideas, tres modalidades de incumplimiento culpable se analizan: el relativo (por mora), el defectuoso o inexacto por no realización total de la prestación, y el total.

El incumplimiento relativo viene definido por el hecho de que la obligación no sólo no se cumplió en la fecha fijada, sino por el dato de la posibilidad

de un cumplimiento íntegro de la prestación, es decir, de una satisfacción del interés del acreedor todavía posible. Tras exponer brevemente los requisitos de la mora, se aborda la inaplicabilidad de ésta a las obligaciones negativas.

Afirmado ya la imposibilidad de realización tardía en la obligación negativa, resulta excluida una de las notas inherentes de la mora. Esta aseveración deriva de lo ya expuesto en el Capítulo segundo: del carácter indivisible de las obligaciones negativas y del papel que juega en ellas el tiempo —como elemento que le confiere identidad y que obliga a afirmar en todo caso el carácter irreversible del incumplimiento—. El artículo 1.100-1 Cc reafirma estas ideas.

Todas estas conclusiones se ponen a continuación bajo el punto de vista del Derecho Comparado. En él, un sector doctrinal admite el juego de la mora en un único supuesto: cuando la prestación negativa ha de desarrollarse durante un período de tiempo concreto cuyo comienzo está fijado a partir de un preciso instante. Si de los términos en que fue establecido la obligación negativa no se desprende la existencia de una fecha determinada de comienzo y fin de la prestación omisiva, sino que, más bien, se faculta un margen temporal para que en este tiempo se desarrolle la omisión, la actuación del comportamiento abstencionista en cualquiera de esos instantes configurará el cumplimiento auténtico de la prestación.

El segundo supuesto de incumplimiento analizado en la obra es el cumplimiento inexacto por la no realización total de la prestación. Su estudio —congruentemente con lo mantenido hasta ahora—, sólo se ciñe a las obligaciones negativas duraderas, en las que el interés o utilidad de la prestación se prolongan temporalmente y, en las que, a pesar de que el incumplimiento de parte de la obligación determine un no comportamiento debido en toda su extensión, el intervalo restante es aún debido y puede reportar interés al acreedor. ¿Puede calificarse tal situación como de incumplimiento total? La solución deberá atender a tres elementos: que se haya actuado conforme a lo establecido (materialmente la obligación no ha sido totalmente incumplida), la subsistencia del interés del acreedor por el resto, y la voluntad del deudor de querer ejecutar la actividad omisiva.

Así, siempre que el interés del acreedor persista en el cumplimiento del resto y el deudor esté dispuesto a realizar lo debido, no podremos hablar de un incumplimiento total pero —apunta la autora—, se producirá una novación o sustitución de la prestación originariamente debida por otra cuyo contenido será por el tiempo que restaba por cumplir pudiendo además el deudor resarcir por lo indebidamente hecho.

El último supuesto de incumplimiento es el total: o bien porque no se lleva a cabo en el tiempo sin posibilidad de cumplimiento o ejecución posterior, o bien porque realizado parte del cumplimiento, el acreedor ve frustrada su utilidad o interés por el resto.

4. Al examinar los *efectos del incumplimiento*, la monografía se ocupa en intensidad del mecanismo del cumplimiento forzoso en forma específica, que entrará en juego siempre que exista imposibilidad definitiva de realizar la prestación.

La solicitud de cumplimiento en forma específica tiene como fin obtener una utilidad equivalente a la que se hubiera alcanzado de no producirse el incumplimiento. Por consistir en una actividad sustitutiva de la conducta, tal mecanismo sólo será posible cuando sea factible el desarrollo de la prestación y por supuesto, la obligación no tenga carácter personalísimo (cr. art. 1.161 Cc).

¿Puede aplicarse esta forma de ejecución a las obligaciones negativas? Evidentemente, y siguiendo las conclusiones del Capítulo II, no, dada la infungibilidad del comportamiento del deudor y de la prestación. Tal solución parece distinta si el cumplimiento de la obligación negativa acarrea la producción de un resultado material: con la eliminación del resultado se logrará una situación idéntica a la que se exigía.

La polémica sobre la aplicabilidad de la ejecución forzosa en forma específica a las obligaciones de no hacer se solventó a raíz del artículo 2.933 del Código italiano y las correspondientes normas procesales. Pero la interpretación de tales preceptos no resultó pacífica. Se entendió por un lado que en ellos no se contemplaba una propia ejecución específica, sino una destrucción de lo indebidamente hecho y que, por ello, debía calificarse como un resarcimiento en forma específica de los daños derivados de haber ejecutado lo prohibido; por otro lado, se descartaba la ejecución forzosa en forma específica dada la insustituibilidad de la prestación, afirmándose únicamente la posibilidad de ejecutar por equivalente.

Resumidamente, éstas son las conclusiones de la autora en este punto:

— En las obligaciones negativas, al desarrollarse el acto prohibido, el único camino que le queda al acreedor —además del pecuniario—, es el de obtener la destrucción de lo hecho, eliminando lo ejecutado.

— De esta manera se repara «*in natura*» reintegrando en forma específica, ya que no se puede efectuar el comportamiento omisivo ni exigirlo coactivamente por medio de ejecución forzosa en forma específica.

— Tal destrucción —que es una reparación «*in natura*»—, se lleva a cabo procesalmente a través del mecanismo de la ejecución forzosa.

— En nuestro Derecho, la doctrina procesal, al analizar las condenas de omisión, afirma y reitera el carácter restitutorio «*in natura*» de tal medida.

— ¿Tiene límites la posibilidad de destrucción? ¿Se aplica el artículo 1.099 Cc a toda relación crediticia? Dado el carácter relativo de toda relación de crédito, ésta no podría afectar a quien no ha sido parte en ella: si demoler lo indebidamente hecho afecta a la esfera patrimonial de terceros, resultará imposible adoptar tal medida de destrucción.

5. Epígrafe aparte se dedica a la ejecución *indirecta*. Cuando la ejecución directa es inviable —por tener la obligación término esencial o carácter personalísimo—, el acreedor se ve inerme. Por ello se articulan mecanismos indirectos para paliar tal situación. En concreto son dos los estudiados: las «astreintes» y la cláusula penal.

Las «astreintes» suponen medidas de coerción indirecta para el cumplimiento de una obligación declarada en sentencia, de carácter pecuniario y que adoptan los Tribunales de Justicia. Son medidas discrecionales y con valor conminatorio con cuyo ejercicio se pretende la obtención del cumplimiento «*in natura*» de una obligación —fundamentalmente de hacer o de no hacer—, establecida por resolución judicial y consistente en la entrega de una cantidad de dinero que aumenta de forma progresiva, fijada por cada día de retardo en el incumplimiento, o por otra unidad temporal distinta. Es clara la utilidad de este medio para conseguir que el deudor efectúe el cumplimiento de su obligación tanto en las obligaciones de hacer personalísimo como en las de no hacer.

Aunque nuestro ordenamiento procesal no incluye las astreintes como posible

medida para corregir la contravención, una puerta ha quedado abierta por la LOTC que admite la fijación por el TC de multas coercitivas.

Frente a las «astreintes», las cláusulas penales son medidas privadas fijadas por las partes para asegurar el cumplimiento de la obligación bajo penas o multas pecuniarias. Se fuerza de esta manera el vínculo obligacional al ofrecer un medio más intensamente eficaz para la consecución de su interés que la acción derivada del crédito simple.

Tres son pues sus funciones: un papel coercitivo, una función liquidadora (cuando se fija por anticipado el valor del daño que se podría irrogar al acreedor con el incumplimiento), y una función facultativa (sólo en los casos en que la realización de la pena permite que el deudor quede liberado de la obligación).

Después de plantear problemas generales —y más en concreto su encaje con la responsabilidad por daños cuando ésta es superior a lo estipulado en la cláusula—, se analiza su papel en las obligaciones negativas. En especial, ¿qué consecuencias se derivan del incumplimiento de una obligación negativa cuyo contenido omisivo debe desarrollarse durante un lapso de tiempo concreto y además dicha obligación está garantizada por una cláusula penal? Dependerá de si el incumplimiento de la prestación comporta la inutilidad de la prestación ya prestada o de si el comportamiento omisivo ya desarrollado proporcionó al acreedor un efectivo provecho. Será en el segundo caso cuando se plantea con mayor intensidad el problema del pago íntegro de la cláusula penal; y así, del análisis de la jurisprudencia se deriva que es necesaria una moderación de la pena.

6. *El cumplimiento por equivalente.* Consumado el incumplimiento y resultando imposible el cumplimiento «in natura», queda descartada la ejecución forzosa específica. Dos consecuencias inmediatas se derivan de esta situación: primera, la transformación de la obligación primitiva en otra pecuniaria por el equivalente; y segunda, interviniendo culpa, una obligación de resarcimiento (*id quod interest*) por la que se intenta reponer en la esfera jurídica del acreedor lo que media entre su situación real causada por el incumplimiento y lo que debiera haber percibido.

En algunas obligaciones negativas tendrá que destruirse lo indebidamente hecho, pero en todas deberá valorarse el interés contractual positivo, cuyo contenido será según el artículo 1.106 Cc el daño emergente y el lucro causante. En este punto, la autora resalta las dificultades para apreciar ambos elementos en el incumplimiento de una obligación negativa. En efecto, el comportamiento omisivo no tiene entidad pecuniaria objetiva sino que ésta surge en relación al fin pretendido; pero, además, en ocasiones el interés pretendido con tal actividad carece de trascendencia económica.

Por ello, es lógico que el daño emergente y el lucro cesante pierdan sus límites cuando nos encontramos ante el incumplimiento de una obligación negativa, y que se presenten mayores problemas cuando la prestación negativa carece de un interés patrimonial explícito. En tales casos, apunta la autora, para apreciar el daño, deberían usarse los parámetros del daño moral.

El Código civil dispensa un «*id quod interest*» diferente según medie dolo o culpa. Así, si existe culpa o negligencia en el incumplimiento de una obligación negativa el «*id quod interest*» comprenderá los daños previstos o los que se hayan podido prever. Por el contrario, si hay dolo comprenderá todos los daños que conocidamente se derivan de la falta de cumplimiento.

Para finalizar este punto, se observa como el deber de indemnizar no sólo se circumscribe a la frustración total del interés, sino también a los incumplimientos no íntegros de la obligación negativa, en cuyo caso comprenderá el valor correlativo a la parte irrealizada. Y por último no se estudia el supuesto de pluralidad de deudores, analizando el artículo 1.150 Cc con aplicación concreta a las obligaciones de omisión.

7. *Resolución de las obligaciones negativas.* Toda obligación bilateral —y la negativa no es una excepción— es susceptible del mecanismo previsto en el artículo 1.124 Cc.: resolución a favor de la parte perjudicada por el incumplimiento del deber asignado a la otra parte. Pero los requisitos para ejercitar tal acción deben concretarse en atención a la especial naturaleza de la obligación negativa, concreción realizada a través de la abundante jurisprudencia elaborada a propósito del artículo 1.124.

1.º Reciprocidad de la obligación, es decir, que cada prestación haya sido requerida como correspondiente de la otra. Por ello no podrán resolverse las obligaciones negativas no insertas en una relación de carácter sinalagmático.

Ahora bien, para que proceda la resolución, la prestación incumplida debe tener carácter principal. El problema reside en determinar qué obligaciones tienen tal carácter o son accesorias, dependiendo del papel que asuman en la estructura del negocio y de la relevancia dada por las partes. A tal fin es objeto de estudio la STS de 11 de julio de 1984, del que se concluye que las obligaciones negativas, ya se deriven del contexto del contrato o bien estén insertas expresamente en aquél, si constituyen la «condición motriz», no caben ser calificadas como obligaciones accesorias, sino que constituyen el motivo causalizado de la celebración del negocio.

2.º Gravedad del incumplimiento, de manera tal que frustre las expectativas de las partes. Este incumplimiento grave ha de tener dos causas determinantes: una voluntad deliberadamente rebelde o un hecho impeditorio del desarrollo de la prestación. La jurisprudencia ha concretado en varias ocasiones el primer supuesto, mientras que la doctrina no sólo española, sino también, extranjera difieren respecto al segundo, pues ¿puede ejercitarse la acción resolutoria cuando el hecho impeditorio sobreviene por caso fortuito o fuerza mayor?

En las obligaciones negativas las dos causas apuntadas y determinantes del incumplimiento, se refunden en una, ya que el incumplimiento acontece a través de un acto positivo contraventor que es trasunto de la voluntad de cumplir que a su vez determina la imposibilidad del cumplimiento posterior.

3.º Previo cumplimiento de su prestación por quien insta la resolución.

Después del estudio de los requisitos se aborda el punto de los efectos de la resolución: el establecimiento de una situación semejante a la que se encontraban las partes antes de la celebración del negocio. Procederá por tanto la devolución de lo dado y la indemnización del interés contractual negativo (por los daños sufridos con relación a la situación extracontractual).

Los efectos de la resolución se retrotraen, pero la retroacción variará según nos encontremos ante una obligación negativa instantánea en cuyo caso los efectos se retrotraen «ex tunc», o ante obligaciones duraderas y de trato sucesivo en las que la retroacción se produce «ex nunc» es decir, a partir del momento del incumplimiento. Ello no implica que en este último caso no nos encontremos ante una resolución —como ha señalado algún sector—, ni tampoco que tal re-

troacción limitada se derive del carácter divisible de tales prestaciones. Para la autora la retroacción «ex nunc» deriva sólo de la propia naturaleza de la facultad resolutoria y de algo que solicita la propia práctica: en este tipo de obligaciones negativas la devolución del comportamiento negativo ya realizado queda fuera de la disponibilidad del beneficiado.

ADDENDA

La monografía incluye un breve estudio de un supuesto típico de obligación negativa de gran trascendencia económica y de frecuente utilización: el pacto de exclusiva.

El resultado que primariamente se persigue es eliminar la competencia y asegurar el mercado de manera tal que responde a una expectativa de incremento del beneficio. Tal cláusula puede incluirse en los más variados contratos, y por ello es una obligación accesoria que procede no sólo de negocios duraderos, sino también de los de ejecución instantánea.

El mayor problema que plantea es su función, pues ésta es de tal naturaleza y entidad que puede llegar a desnaturalizar la relación principal en la que se inserta. La evolución de la jurisprudencia del TS en este tema demuestra como se ha llegado a un punto en el que se afirma que la vulneración de tal pacto debe incluirse en el ámbito de la motivación de la conclusión del negocio. Tal aseveración tiene importantes implicaciones que el TS ha ido resaltando en muy variadas sentencias.

Uno de los aspectos más peculiares de este tipo de pactos es el de su valoración en orden al cumplimiento por equivalente, o mejor de los daños derivados por el incumplimiento ya que lo debido, por ser una actividad negativa resulta de difícil cuantificación.

Por último, deben tenerse en cuenta las normas de ámbito supranacional respecto a los efectos, posibilidad y contenido de los pactos de exclusiva.

TERESA HUALDE

GABRIELLI, Enrico: «Il pegno “anomalo”». Padova, Cedam, 1990, 218 páginas.

Estamos ante una obra muy interesante y amena en la que el autor, valientemente, afronta uno de los temas más espinosos y controvertidos en la doctrina civilística actual, el del estudio de las denominaciones, prendas anómalas, que no son otra cosa que prenda de derechos, caracterizados todas ellas según el autor, por la falta de desposesión en la constitución de la garantía y la sustitución de este requisito por otras técnicas que consiguen su indisponibilidad, como son la anotación o inscripción en registros contables; y, más concretamente, se centra en el análisis de la función, estructura y modo de hacer oponible a los terceros tal garantía, todo ello, desde el punto de vista del derecho positivo italiano con escasas referencias a la doctrina francesa y alemana.

La obra está estructurada en tres capítulos, que a su vez están divididos en secciones, y éstas en apartados, cuyo contenido sustancial es el siguiente:

En el Capítulo I, «*Fattispecie “anomale” di pegno*», se exponen y analizan una serie de supuestos polémicos, configurados como prenda de derechos, como son la prenda con la cláusula «omnibus», denominada, *pegno omnibus* (en el apartado 1) que constituye una prenda de créditos futuros, al extenderse la garantía a todas las relaciones que se den entre el banco y el cliente, por lo que, apoyándose en el artículo 2.787 del Codice civile, niega su eficacia y preferencia frente a los terceros; sigue en un segundo punto, con el estudio de la prenda de bienes en proceso de producción, regulado por la Ley de 24 de julio de 1985 (n.º 401), como forma de financiación de las empresas productoras; continúa, en el punto 3, con la prenda de títulos conferidos al Monte de títulos, considerándola un depósito regular cualificado de valores mobiliarios, donde la prenda se constituye mediante su inscripción en un registro, y cuya gestión es diferente según sea un título al portador o nominativo; la prenda de títulos conferidos en gestión centralizada al Banco de Italia, se recoge en el punto 4, como un sistema de administración moderno y racional, donde la prenda se constituye mediante una simple anotación contable en el Registro del gestor para los títulos emitidos, que le otorga plena eficacia real, y cuya gestión se realiza mediante un depósito regular donde el depositante ostenta un derecho de copropiedad; sigue, en su número 5, con el estudio de la prenda de títulos conferidos en gestión patrimonial, cuya naturaleza jurídica depende de a quién se atribuya la titularidad de los títulos: prenda de créditos y de derechos (si ésta pasa al gestor), o prenda de cosa mueble (si no pasa); finalmente, en el punto 6, analiza la prenda de títulos públicos no emitidos, considerándola una prenda de créditos frente al gestor, excluyendo de ésta la prenda de acciones sociales.

El Capítulo II, «*Unicità di funzione e pluralità di strutture*» se divide en dos secciones. En la primera, bajo la denominación «*Pegno anomalo e teoria generale del pegno*», se analiza la prenda en general, señalando en un primer punto como la ambigüedad de la noción de prenda influye en los intentos de su conceptualización; criticando, asimismo, la regulación de la prenda como instrumento de tutela del derecho, en el Código civil de 1942, descuidando su carácter de contrato (que recogía el código de 1865); en el número 2, estudia la naturaleza jurídico-real de la prenda, que ve expresada en la creación a favor del acreedor pignoraticio de una reserva «ad rem» o reserva de utilidad que se consigue mediante el ejercicio del poder ejecutivo reconocido al acreedor; la accesорiedad como característica del derecho de prenda, estudiada en el punto 3, es para el autor algo más que la consecuencia de la función de la prenda, por su importancia en ciertos supuestos anómalos de prenda; finalmente, estudia la característica de la indivisibilidad (art. 2.799 del Codice) que conserva el mismo significado que en el Código de 1885. En la segunda sección, «*Pegno anomalo e funzione di garanzia*», se analizan los requisitos de la prenda en los supuestos anómalos de ésta, comenzando en el punto 5, por considerar el problema de su cualificación dentro del esquema contractual típico de la prenda, tras comprobar la irregularidad contractual de algunos de estos supuestos. Para ello, entra en la problemática y poco estudiada figura del subtipo, totalmente influenciada por la metodología alemana; pero acaba por considerar que en este tema el problema real es la individualización del tipo, que debe ser realizada mediante el estudio de la causa. Aunque el tipo

legal es elástico, tal elasticidad tiene unos límites, situados en los cambios formales y cambios de función entre el tipo legal y el concreto. El estudio de la entrega como elemento tradicionalmente constitutivo de la prenda de cosas muebles en cuanto contrato real (art. 1.878 del Codice de 1865), se realiza en el apartado 8. Para el autor, tal entrega es en sí un aspecto neutro e incoloro, que en el Codice de 1942 no se recoge como un elemento esencial, sino como un acto accesorio de la efectiva desposesión del deudor, y que sólo es necesaria frente a los terceros, por lo que su fin puede conseguirse por otras técnicas diferentes. Sin embargo, en su apartado 7, señala como la desposesión sí es un elemento esencial del esquema legal típico de la prenda como garantía real; aunque, es un elemento poco aconsejable y anacrónico ante el actual desarrollo de las operaciones comerciales de garantía en los derechos continentales (mediante prendas sobre créditos y demás elementos del patrimonio), por lo que, en Francia, y en Alemania se ha buscado nuevas formas de tutelar a los terceros (venta con pacto de reserva de dominio, negocios fiduciarios y el contrato de leasing). En definitiva, la unicidad de función perseguida por las hipótesis anómalas de garantía pignoraticia puede reconducirlas a una unidad. Continúa, en su apartado 8, concibiendo el concepto de garantía como «reserva de utilidad o reserva ad rem», manifestada en primer lugar por la sustracción de la disponibilidad del bien al deudor, como efecto de la función de garantía; sin negar, que tal efecto, puede conseguirse con instrumentos más idóneos que no alteran el esquema típico ni la función de garantía, como se demuestra atendiendo a los bienes jurídicos objeto de los contratos, y a la existencia de figuras anómalas de prenda.

Finalmente, el Capítulo III, denominado *«Le strutture e la loro relevanza»*, se dedica al estudio, en dos secciones, del origen y la constitución de la garantía real en las denominadas prendas anómalas. Así, en su sección primera, *«Morfología dei modelli di garanzia»*, considera esencial para el estudio de estas prendas (apartado 1) atender tanto a su aspecto contractual como al de la operación económica (en la que se recogen todos los intereses de las partes en la realidad social previamente a su conversión en contrato). Por ello, señala, en su apartado 2, como en los supuestos de la prenda con cláusula «omnibus», las partes escogen esta cláusula como el instrumento más idóneo para la realización de sus intereses, caracterizando la función al variar la estructura del tipo. Esta prenda tiene relación con el tema de la fianza «omnibus» figura nula por violación del artículo 1.346 del Codice (apartado 3); continúa con el tema de la determinación y determinabilidad del objeto del contrato (apartado 4), tema muy influido por los problemas sobre la categoría conceptual y dogmática del objeto del contrato, que a veces se confunde con la causa. El requisito de la determinación (apartado 5), es una cualidad fáctica por la que se indican en el contrato las notas que designan el objeto, y que ha de subsistir en el momento de la eficacia, que puede ser satisfecha con el reenvío a los medios en los que se desenvuelve la operación económica. Por su parte, la exigencia básica de la determinabilidad del objeto (apartado 6), se concreta legalmente con un requisito mínimo e indispensable de suficiencia en el contenido del acto: la indicación (el objeto está ya determinado) o identificabilidad (que es la determinabilidad en sentido estricto, y que dará lugar a una integración sucesiva del contrato) del objeto. En el apartado 7, se estudia la posibilidad de la determinabilidad del objeto *per relationem*, siendo inconveniente para explicar algunos de los supuestos de prendas anómalas, como

el caso de la prenda «omnibus». En los supuestos de la prenda «omnibus» (apartado 8), el objeto es determinable sucesivamente, aunque también es posible tal determinación a través de las disposiciones señaladas en las reglamentaciones negociales y mediante la ayuda de las normas y técnicas de interpretación del contrato, por lo que debe decirse que es una operación unitaria que regula la extensión de un vínculo de garantía preexistente de bienes y/o créditos que aún no están en posesión del acreedor pignoraticio. La fase final o consecuencia lógica de la determinación del objeto (apartado 9), es su individualización, necesaria para la eficacia del contrato entre las partes y frente a terceros, y supone un acto jurídico material y determinativo, no negocial, en el que se puede examinar la reglamentación negocial y la operación económica considerada en su totalidad. El último apartado, número 10, analiza la posibilidad de la prenda rotativa, esto es, la posibilidad de transmitir el objeto gravado sin efectos novatorios del gravamen, lo que es posible mediante la subrogación real, puesto que el interés protegido con la garantía específica se dirige a conseguir la utilidad real o valor económico representado por la cosa y no la cosa en sí misma, y es admitido por la jurisprudencia italiana que se suscriba una nueva escritura que contenga una indicación suficiente de la cosa o valor dados en prenda. Esta subrogación convencional del objeto de la prenda representa en los supuestos anómalos de prenda, una base precisa y sustancial de la manifestación de voluntad configurativa, manteniendo la originaria identidad de la relación en la unidad de la operación económica. Tal efecto no es posible mediante la constitución a favor del acreedor de una prenda irregular sobre títulos, ni tampoco es aplicable a los supuestos de prenda anómala, ya que teóricamente no es posible una conversión automática de la prenda de créditos en prenda de títulos; únicamente, sería posible, en el supuesto de títulos conferidos en gestión insertando un específico pacto de rotatividad. En la sección II y última de este tercer capítulo, el autor estudia la constitución del derecho de garantía y la oponibilidad del título en los supuestos de prenda anómala. El negocio constitutivo de la garantía real (apartado 11), tiene su propia relevancia externa y atribuye al acreedor un título por el que se le confiere una preferencia en orden al bien, que será operante mediante ciertos requisitos formales y sustanciales dirigidos a hacer el título válido en la circulación de los derechos. Tal prevalencia es la razón de la oponibilidad del título frente a otros sujetos portadores de intereses concurrentes. Aunque, tal oponibilidad se sustancia de forma distinta, según sean terceros en general (derecho de reipersecutoriedad), y frente a otros terceros acreedores del constituyente (como preferencia). Posteriormente, en el apartado 12, estudia el requisito de la desposesión, manifestando que no es un requisito de publicidad, sino que junto con la privación de la facultad de disposición representa en la prenda una condición insustituible para producir el efecto de preferencia, pero no el de oponibilidad (para el que se exige además escritura pública si es una prenda de cosas muebles, art. 2.787, 3.º; o acto escrito y notificado al deudor si es prenda de créditos, art. 2.800). Esta formalización del acto por escrito y con fecha cierta (apartado 13), es una forma «ad probationem», bastando cualquier documento, que constate el acto con indicación del crédito, de la cosa y tenga fecha cierta. Este último requisito, fecha cierta, plantea problemas en los supuestos anómalos de prenda constituidos mediante anotaciones en las escrituras contables. Se resuelven atendiendo a que frente a los terceros no es fecha cierta la de la anotación contable,

sino la de la autenticación. En cuanto a la oponibilidad de tales prendas, señala el autor en el apartado 14, cómo en cada supuestos ha de valorarse la operación económica unitariamente, con todos los actos sucesivos de los que puedan derivarse los requisitos legales de los artículos 2.787 y 2.800, imponiéndose por el principio de protección de los terceros que el derecho de preferencia se oponga desde que la investidura del bien sea probada ciertamente. Finalmente, concluye en su apartado 15, que en los supuestos de prenda rotativa, la prelación y oponibilidad es un problema interpretativo que debe resolverse en concreto, valorando la configuración de la operación en su unidad formal.

Como hemos podido descubrir, mediante esta pequeña recensión, el libro de Gabrielli es una obra interesante y muy importante para el conocimiento de la prenda de derechos en el ordenamiento italiano. El autor nos da una amplia bibliografía así como doctrina jurisprudencial al respecto, puesto que es un tema al que en Italia se le ha dado una especial atención. Es igualmente, muy útil para la doctrina española, no sólo en los ámbitos mercantil y bancario, sino también en el civil, porque, como sabemos, se plantea dentro de la figura de la prenda de derechos, como el autor denomina a estos supuestos, los mismos temas en los que actualmente está inmersa la doctrina española estudiosa del tema, bastante escasa a pesar del gran desarrollo que la práctica jurídica española está teniendo la figura, y en especial, la prenda de créditos. La utilidad de la obra, no se debe sólo a esas razones, sino también, a que existen muchos puntos de conexión entre ambos ordenamientos jurídicos, en torno a la consideración y requisitos de la prenda en general, que pueden servir de orientación y punto de partida de un estudio detallado del tema.

Sin embargo, es de lamentar que el autor a pesar de indicar y señalar algunos supuestos como prenda de créditos no estudia en detalle esta figura, lo que hubiera completado la obra y resuelto algunos problemas que se plantean al dar su conclusión. Aunque ello no resta importancia a la obra y mérito por tratar el tema con gran precisión.

En conclusión, estamos ante una gran obra, digna de ser tomada en cuenta por los estudiosos del derecho, por abrir nuevas vías para el estudio de la polémica figura denominada «prenda de derechos», así como por el conocimiento que se adquiere del tema en el Derecho italiano.

REMEDIOS ARANDA RODRÍGUEZ
*Profesora Ayudante de Derecho Civil
de la UAM*

GARCIA-CRUCES GONZALEZ, José Antonio: «El contrato de factoring», Madrid, Tecnos, 1990, 263 páginas.

La era postindustrial ha generado una diversidad de manifestaciones socioeconómicas enriquecedoras del capitalismo moderno, dinamizadas a través de las más variadas figuras contractuales procedentes del tráfico comercial norteamericano. El profesor Galán Corona lo evidencia en su Prólogo, resaltando la rica y com-

pleja problemática de los nuevos tipos de contratos difíciles de integrar en un sistema jurídico como el nuestro, heredero en la tradición romanista. Es el fenómeno de la constante irrupción de nuevos modelos negociales capaces de traducir en términos jurídicos las necesidades económicas de la sociedad. En su momento señalé que la tendencia hacia la atipicidad contractual es una constante histórica: desde las viejas fórmulas romanas de la *sponsio* o la *stipulatio*, pasando por las figuras innombradas y los *pacta* o *conventiones*, hasta llegar a la laxitud contractual del artículo 1.101 Code Napoleón, hay un largo recorrido. Inevitablemente se acaba desembocando en una definición tan amplia como para comprender tanto figuras típicas como atípicas: «una o varias personas consienten en obligarse —dice el art. 1.254 Cc— respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio» (*Contratos atípicos*, GER, VI, Madrid, Rialp 1972, p. 407).

El profesor GARCIA-CRUCES ha tenido la valentía de acometer el estudio de un contrato de nueva aparición, nacido en el área jurídica del *Common Law*, de vital relevancia en el moderno tráfico económico y carente de regulación legal en nuestro Ordenamiento. Demasiados elementos en contra para no inducir al desaliento. También yo opino, como el prologuista, que el autor se ha enfrentado con éxito a la figura del contrato de *factoring*. Ha construido una institución de forma exhaustiva, con atención a todos sus aspectos y modalidades, preocupado por resolver problemas, pero también por elaborar dogmáticamente la figura. Nada falta, pero tampoco hay disgracias inútiles, deseos de engordar innecesariamente un buen libro. La simple lectura del índice nos revela que estamos ante una monografía excelente, de obligada o inexcusable consulta para los prácticos del Derecho, para cuantos sientan la necesidad acuciante de estar al día, para todos los que se mueven en torno a las sociedades de *factoring*. Util por igual al civilista y al mercantilista. Vale la pena destacar los aspectos más relevantes de esta obra, que colma un vacío en la literatura jurídica española. Si ciertamente la monografía sobre el tema del profesor Roca Guillamón supuso un avance notable al final de la década de los setenta, así como otros artículos de interés esporádicamente aparecidos, era menester abordar el instituto con nuevos esquemas, con otra metodología, de modo más omnicomprensivo, desde la perspectiva del mercantilista. Esta es la tarea que se impuso en su momento el profesor García-Cruces y finalizó con éxito desde la Introducción hasta los Anexos.

La obra que me cabe el honor de glosar nació como Tesis doctoral. El director me invitó a formar parte del Tribunal que debía juzgarla junto a cuatro eximios mercantilistas, pero cuando sólo quedaban cuatro días para su defensa y había leído el original mecanografiado, una grave enfermedad me impidió repentinamente la participación. Si la *vis divina* se opuso entonces a mi intervención, ahora me ha permitido —¡sea loada!— emitir el veredicto cuando la obra ha hecho su aparición pública y me encuentro en las mejores condiciones de salud para proceder a enjuiciarla, como expresó Tácito, *sine ira et studio*, es decir, desapasionadamente.

Ilustra mucho leer atentamente la *Introducción*, porque en ella se nos aclara el porqué de la figura, su significación tipológica, el método para su adecuado tratamiento jurídico. Nos hallamos ante un contrato nacido al calor de las nuevas fórmulas ideadas para la financiación de la actividad empresarial, como alternativa al tradicional recurso del crédito bancario. El «Factor» o sociedad de *factoring* trata de resolver para las empresas demandantes o clientes el tema grave de la

insatisfacción de sus créditos frente a terceros compradores de sus bienes o servicios. La empresa cliente de ese modo tiene la seguridad de cobrar su créditos y su importe anticipado, transformando costes fijos en variables, en cuanto los mismos estarán representados por las comisiones e intereses a pagar al *Factor*.

Desconocido al contrato de *factoring* en el ordenamiento jurídico español, parece inevitable entenderlo como un contrato atípico. Pero el profesor GARCIA-CRUCES sale al paso de esa *communis opinio* que sitúa el origen del contrato atípico en la autonomía de los particulares. Rechaza esa posición por entender que a la postre la atipicidad se diluye arteramente con pura fórmula conservadora en algunos de los tipos legales conocidos, y porque exaltar la libertad individual como génesis del contrato atípico es contradictorio, pues su contenido se establece unilateralmente y constituye, en puridad, un contrato de adhesión.

Entiende el autor que el *factoring* debe incardinarse dentro de lo que algún autor italiano (U. Breccia, por ej.) ha denominado «atipicidad estandarizada de importación», por tener origen foráneo y unificar su contenido en forma de condiciones generales a las que el cliente presta su adhesión.

Consciente el Profesor de la Universidad de Salamanca de las dificultades clásicas para la configuración y tratamiento del contrato atípico, recurre con buen sentido a los instrumentos que le brinda el método jurídico. Entiende que éstos son dos: la causa llamada a cumplir y el método tipológico. Ambos tienen sus limitaciones: el causalista, porque la individualización de las necesidades que se satisfacen —o causa— no es razón suficiente para poder distinguir un negocio de otro, y el tipológico, debido a que no es lo mismo una tipicidad de índole «analítica» o formal, que la de índole «sintética» o funcional. Es menester comprender las insuficiencias de uno y otro *iter* a la hora de hacer uso de ellos.

Como se trata de un instituto nacido en el seno del *Common Law*, se hace inevitable trazar una evolución histórica en el seno de este peculiar ordenamiento: superación del principio primigenio de la intransmisibilidad de los créditos —como en los primeros siglos del Derecho romano— por la actuación de los Tribunales de *Equity*; sus pasos sucesivos hasta llegar a la Secc. 136 de la *Property Act* de 1925; el transcurso histórico similar en el Derecho americano del *assignment of debts*; La progresiva admisión de la cedibilidad de los créditos; el paso adelante en pro de su eficacia frente a terceros. Sobre todo, vale la pena leer con pausa las páginas dedicadas a los orígenes del contrato de *factoring* en el comercio colonial inglés y su expansión en el mercado europeo. La *communis opinio* sitúa el origen del moderno *factoring* en las necesidades mercantiles creadas por el descubrimiento de América. El profesor GARCIA-CRUCES delimita tres fases de evolución que suponen otras tantas formas de *factoring*. En primer lugar, el *colonial factoring* (ss. XV-XIX), con funciones de distribución como depositario, intermediario o vendedor directo de las mercancías. En segundo lugar, el *factoring old line*, en donde el Factor aparece como cesionario de los créditos surgidos en la actividad mercantil de su cliente, comportándose como gestor que asume riesgos de insolvencia y financiación. La crisis monetaria de 1931 y la bancaria de 1933 generan la tercera modalidad de *factoring* que acentúa el carácter financiero de la institución y desarrolla un grupo de servicios próximos a la Banca, denominada *Factoring New Style*.

El autor del libro que comentamos dedica algunas páginas sugestivas a tratar los posibles antecedentes históricos del *factoring* en el Derecho español. Su con-

clusión, que yo comparto —aunque sea con pesar— es negativa: la figura del *factoring* es un contrato ajeno e ignorado por nuestro ordenamiento histórico.

Las técnicas del *factoring* desarrolladas en América se propagarán por Europa a partir de la década de los años sesenta. Sin embargo, no lograron implantarse de modo satisfactorio por diversas razones (reacción hostil de la Banca, difícil adaptación de los factores americanos a un mercado tan diverso, sistemas jurídicos diferentes). De modo paulatino los países europeos van configurando el *factoring*. La mayoría —Gran Bretaña, Alemania Federal, Italia, España, etc.— opta por el sistema de la cesión de créditos con notificación obligada al deudor cedido, si bien existen ordenamientos que excepcionalmente se acogen a otras figuras, como la subrogación convencional (caso de Francia), o al más expedito del giro y endoso (como Bélgica).

El Profesor GARCIA-CRUCES realiza un estudio altamente meritorio de la caracterización económica del *factoring* así como de su tipología (pp. 46-59). Destaca su análisis de la institución como forma de transmitir un empresario sus créditos frente a terceros al *Factor*, que se encargará de realizar una serie de servicios conexos a la esencia y finalidades de la figura: gestión de los créditos (cobro, contabilización y eventual reclamación judicial); servicio de garantía (la posible insolvencia de los deudores cedidos *puede* asumirla el Factor), y finalmente, el *factoring* se presenta como instrumento financiero que permite movilizar los créditos sin recurrir a los instrumentos cambiarios.

En el apartado segundo (pp. 60-76), el autor se adentra en aspectos que configuran sustancialmente la institución. Es uno de los momentos en los que se pone a prueba su capacidad para construir esta forma de contrato, para valorar su contenido y delimitar la figura de otros negocios con los que pudiera confundirse. El *factoring*, carente de una regulación positiva con sede sistemática en nuestro Derecho, no por ello está privado de disciplina: a parte de preceptos legales aislados, su primera fuente estará formada por las condiciones generales integrantes del contenido negocial; en segundo lugar, las normas específicas reguladoras de los contratos típicos afines al *factoring* en cuestión; finalmente, las lagunas que pudieran restar, se colmarían con las normas o principios generales que informan las obligaciones y contratos (*ad hoc* especialmente los que rigen la cesión de créditos). A la hora de precisar con rigor el tipo contractual, el autor se ve obligado a reconocer la complejidad del instituto: junto a su esencia íntima consistente en la transmisión de los créditos de la empresa con carácter global y de forma exclusiva, fluyen una serie de servicios llegados a cabo por el Factor (gestión, contabilización, cobro, garantía, financiación) como arroyos que nacen de un mismo venero.

Pero el *factoring* no se entendería sin delimitarlo con nitidez de otras figuras contractuales con las que guarda un parentesco próximo: del mandato, de la agencia, de la apertura de crédito propia, del descuento bancario, del seguro de crédito, del *conforming*. Aquí el profesor de la Universidad de Salamanca pone a prueba su magnífica preparación privatista y su grado notable de especialización para proceder con mesura y buen sentido a configurar cada uno de los tipos contractuales próximos, y deslindarlos luminosamente del *factoring*. Sus análisis, por ejemplo, del descuento y del *conforming* constituyen un verdadero paradigma de cómo se deben manejar los conceptos para ponerlos al servicio de las instituciones jurídicas.

En las pp. 77-87, el Profesor GARCIA-CRUCES examina los elementos personales en el contrato de *factoring*. Es sabido que este contrato lo utilizan especialmente empresas en expansión o de reciente creación con problemas de costes y liquidez, pero con expectativas fundadas de crecimiento. El aplazamiento de sus créditos lesiona su frágil consistencia patrimonial y frena su expansión. El recurso al *factoring* es el gran balón de oxígeno que permite a la empresa respirar sin fatiga en el mercado y ayudarse financieramente. El Factor es siempre un empresario y, en concreto, las sociedades de *factoring* son entidades financieras que, en lugar de competir con la Banca, se complementan en la prestación de sus servicios típicos. El Legislador español, acorde con esta conformación, califica en disposiciones sucesivas a las empresas de *factoring* como entidades de financiación. Pero el autor se cuida muy mucho de matizar este aserto: tal consideración es sumamente unilateral y de índole económica. Desde el ángulo jurídico, el Factor reviste una mayor complejidad.

Especial relevancia ofrece el capítulo 4 (pp. 88-113) para el lector que trate de documentarse acerca de la naturaleza del contrato de *factoring*. Sobre el núcleo inicial de cualquier tipo de *factoring*, consistente en la transmisión de los créditos, se superpone una ropa negocial que presenta diversas opciones contractuales. Así, la tesis del contrato normativo bien unilateral (vinculante sólo para el cliente) o bilateral (obligatorio para cliente y Factor), dirigido a disciplinar las futuras relaciones *inter partes*. El autor la rechaza por apriorística e incompatible con el inevitable nacimiento de obligaciones *ex factoring*. Tampoco se muestra partidario de la doctrina que configura este negocio como una promesa de contrato («precontrato»). Supondría reducir el instituto a un contrato preliminar o preparatorio de las posteriores transmisiones crediticias. Y esto es tanto como desvirtuar la institución, fragmentar innecesariamente el *iter contractual* y romper, por ende, la unidad del *factoring*. No es posible eliminar del contenido contractual la comunicación a los deudores de que su liberación solutoria únicamente se realiza pagando al Factor, o la facultad de aceptación por parte de éste.

Rechazada la tesis del contrato cuadro, que acumula errores de las anteriores doctrinas y reincide en la separación tajante entre *factoring* y los negocios de cesión, el Profesor GARCIA-CRUCES examina la tesis que presenta la figura con una conformación unitaria: se trata de un contrato definitivo con eficacia traslativa. Tesis sugestiva y más aproximada a la realidad, pero que sólo será viable si se admite la cesión global de los créditos y la futuridad de muchos de ellos, inexistentes en el momento de la transmisión.

El autor emprende la difícil tarea de estructurar la naturaleza contractual del *factoring*. Tras un análisis de la posición de Roca Guillamón, sin duda bien elaborada, el Profesor de Salamanca descubre en ella las deficiencias inherentes a la doctrina del contrato preliminar. Su orientación metodológica se encamina por la senda de la experiencia jurídica, que le lleva a examinar la estructura contractual basada en los formularios más usados. Cree viable en el Derecho español la configuración del *factoring* como un contrato unitario que se traduce en una cesión global de créditos futuros. A veces, ese esquema negocial no aparece — contrato definitivo o traslativo — y la figura se mueve más bien por la complejidad heterodoxa del «contrato cuadro». Pero es la enseñanza vivida en la praxis de los

formularios la que evidencia la diversidad estructural, no las elucubraciones conceptuales. Y aquella enseñanza unas veces diseña el *factoring* como una promesa de contrato, mientras otras lo refleja como contrato definitivo con eficacia traslativa.

El apartado 5 (pp. 114-164) se dedica al estudio del *Factoring* como cesión global de créditos futuros, así como al análisis de su función jurídica. No es posible entender esta modalidad contractual sin precisar de antemano la esencia y caracteres de la transmisión de los créditos ex artículos 1.526 y ss. Cc. Siguiendo la doctrina civilista más autorizada, sitúa en sus justos términos la figura de la cesión crediticia, para plantearse a continuación la posibilidad de una cesión global de créditos futuros en el Derecho español. En armonía con las mejores enseñanzas doctrinales, el autor no duda en admitir la transmisibilidad de créditos futuros, si tenemos en cuenta que la futuridad no es un inconveniente por sí misma, siempre que se cumplan los presupuestos objetivos que exige el Código civil en los artículos 1.271 y 1.273: posibilidad, licitud y determinabilidad. *Ad hoc*, especialmente su determinabilidad ex artículo 1.273 (F. Pantaleón). De igual modo, propugna la cesión global de créditos futuros, inspirándose en el paradigma de la *emptio spei (rei speratae)*, como negocio conmutativo, desde el momento en que la enajenación se consolida con la venida a la existencia de los créditos singulares concertados *per aversionen*.

El Profesor GARCIA-CRUCES, al salir airoso del «tunel» del Derecho civil —siempre lo es cuando buscamos solución a problemas planteados por otras ramas jurídicas—, reconoce el carácter esencial de la transmisión crediticia para configurar el *factoring*. No obstante, advierte con razón que la cesión de créditos es sólo medio o instrumento para el logro de otras funciones de especial relevancia y complejidad. El autor se mantiene en su idea, siempre recurrente, del *factoring* como cesión global de créditos futuros, perfectamente determinables como se infiere en los formularios y, sobre todo, de la facultad de aceptación del factor. La cesión ha de ser notificada al deudor o deudores cedidos y, en la práctica, se realiza por la empresa cliente mediante una ulterior comunicación de la factura donde se refleja el crédito afectado por la transmisión. La factura será eficaz no sólo en las relaciones cedente-cesionario-cedido, sino en las que tenga el Factor con los terceros. La cesión operada tiene eficacia traslativa y, en consecuencia, la empresa de *factoring* adquiere de modo inmediato la titularidad de los créditos. Dado el carácter conmutativo del contrato —por analogía con la *emptio rei speratae*— las partes no podrán exigirse contraprestación alguna si el crédito no llega a la existencia.

El autor examina con atención las diversas teorías que tratan de explicar la función del contrato de *factoring* y de la transmisión crediticia. Es decir, se pretende aclarar la causa de la atribución patrimonial inherente a la figura, pero también la finalidad que cumple el propio negocio. Son muchas las doctrinas expuestas y analizadas críticamente por el autor que intentan hallar una solución conjunta tanto a la transmisión operada como al contrato mismo; recurso a la compraventa (imposible subsumir la complejidad del *factoring* en el cambio *merx-premium*); al contrato de crédito (la obligación de restituir, consustancial a tal figura, no existe en el *factoring*); a la *causa mandati*, por el servicio de gestión inherente al *factoring* (la verdad es que en este contrato no está presente la ges-

tion de los intereses de otro, a modo de *contemplatio domini*). Tras rechazar otras opiniones de interés por no hallar encaje en nuestro Ordenamiento (v. gr., el *echtes factoring* o con «cessio pro soluto» y el *unechtes factoring* o «pro solvendo», de la doctrina alemana), el autor saca sus propias conclusiones.

Entiende el Profesor GARCIA-CRUCES que las opiniones analizadas son unilaterales, por centrarse con exclusividad o en el instrumento de la cesión de créditos o en algunos de los servicios que presta el Factor. Este desarrolla una multiplicidad de funciones tejidas de complejidad, pero a la vez sustituye al empresario cliente en una fase de su actividad. Parece que en la configuración del instituto aparecen una pluralidad de cometidos y fines, una diversidad funcional (causa compleja) que, paradógicamente, ofrecen un carácter unitario. Lo que parece sencillo (prestación de unos servicios por el Factor a cambio de una retribución por el cliente, mediante el instrumento de la cesión crediticia), a la hora de la verdad presenta una causa compleja y variable. El *factoring*, como contrato con particular complejidad por el entramado o connixión de varios elementos precedentes de negocios típicos (FOSSATTI-PORRO, CARDARELLI, entre otros). El ilustre mercantilista, ante la diversidad de servicios que desarrolla el Factor y el carácter instrumental de la cesión, entiende que la única salida viable es considerar la causa del negocio como única, compleja, articulada y variable.

Un extenso apartado dedica el autor al régimen jurídico aplicable al contrato de *factoring*, es decir, al tema de su eficacia (pp. 165-227). El Contrato de *factoring* presenta estructura sinalagmática *ab origine*, consensual y de adhesión por el cliente a las condiciones generales que redacta el Factor. Su eficacia traslativa se supedita a que venga a la existencia el crédito cedido. Los efectos del contrato no tendrán lugar si el Factor no aprueba la cesión, si bien la facultad de aceptación puede revocarla con anterioridad a que el cliente realice su contraprestación. Perfeccionada la cesión, el pago sólo será legítimo si se notifica la cesión al deudor. La notificación se verifica normalmente mediante las facturas libradas por el cliente del Factor.

El Profesor GARCIA-CRUCES se demora en el análisis de cuestiones particularmente complejas: garantías pro Factor respecto de las mercancías objeto de los contratos del cliente con terceras personas y cuyos créditos resultantes se ceden a aquél; repercusiones del impago del crédito cedido en las relaciones Factor-cliente; facultad resolutoria como cláusula general formando parte de las condiciones generales para la hipótesis de incumplimiento contractual por el cliente. Sobre todo, examina el difícil tema de la eficacia del *factoring* frente al deudor cedido y el régimen de excepciones oponibles al Factor-cesionario, que presupone la adecuada notificación del hecho de la cesión y un minucioso estudio de las defensas en poder del deudor. Tras un recorrido por el Derecho comparado, el autor formula un cuadro de excepciones oponibles (vid. esp. p. 194), según derivan de la relación Factor-deudor, o bien tengan su fundamento en la propia cesión.

La regla *inter partes* (Relatividad del contrato) formulada en el artículo 1.257 Cc. cada día experimenta nuevas erosiones. En el propio contrato de *factoring* la relación cedente-Factor no se agota en sí misma, sino que muestra su eficacia frente al deudor y más allá todavía la oponibilidad alcanza los *penitus extranei*, es decir, a los terceros ajenos al contrato, pero interesados en la cesión (acreedo-

res del cedente, masa de la quiebra, otros cesionarios). Tras un examen muy particularizado del tema en el Derecho comparado, nuestro autor lo medita en el ordenamiento español: se detiene especialmente en la «certeza» de la fecha de la cesión —sobre todo cuando se refleja en documento público o interviene agente mediador— y en el conflicto entre el Factor y terceros no cesionarios, surgido por el eventual ejercicio de las acciones subrogatoria y revocatoria ex artículo 1.111 Cc.

El Profesor de la Universidad de Salamanca dedica un extenso apartado a los efectos de la declaración de quiebra en el contrato de *factoring*. La quiebra del cliente-cedente se contempla en muchos formularios como causa resolutoria del contrato por el Factor. La verdad es que, salvo pacto, la quiebra no debe actuar en este caso como motivo de resolución, pues la situación del cliente quebrado es beneficiosa para la gestión y cobro de los créditos por el Factor cesionario. La defensa de éste frente a la quiebra del cedente, por no existir específica actividad empresarial, generaría frustración del fin del contrato por desaparición de la *Geschäftsgrundlage* o base del negocio y la consiguiente facultad resolutoria del *factoring*.

El doctor GARCIA-CRUCES analiza con todo tipo de detalle la quiebra del cliente-cedente en el contrato de *factoring* en la hipótesis de retroacción absoluta. Por interpretación sistemática de los artículos 878 C. de c. y 1.366 LEC se llega a la conclusión de limitar el alcance de la nulidad de los actos y contratos realizados durante el período de retroacción a los supuestos en que tales negocios sean fraudulentos o perjudiquen a la masa. No considera el autor que el *factoring* perfeccionado dentro del período de retroacción sea nulo, como entendió ROCA GUILLAMON, por aplicación del artículo 878 C. de c. Entiende, por el contrario, que el contrato de *factoring* no sólo es inocuo para la masa de la quiebra, sino que puede incluso ser beneficioso en cuanto evita costes de gestión y posibilita la liquidación de los créditos. De estimarse nulo, en todo caso, la sindicatura debe reintegrar al Factor su prestación.

El autor examina el tema de la perfección del *factoring* en período de retroacción relativa o «período sospechoso», y entiende que no pueden ejercitarse ordinariamente las acciones revocatorias concursales, porque este contrato logra un resultado económico incluso beneficioso para el deudor común y también para la masa. La liberación de los costes relativos al cobro y reclamación de los créditos, así como las expectativas de liquidez anticipada por la movilización de los créditos parecen incompatibles con el *fraus creditorum*, presupuesto esencial para el ejercicio de las acciones paulianas.

Se termina esta parte estudiando la quiebra del Factor como causa de resolución del contrato de *factoring*; la quiebra del deudor de un crédito cedido; la técnica del *factoring* empleada durante la quiebra, bien en el supuesto de que el contrato haya sido celebrado por el cliente con posterioridad a la declaración de quiebra y termine o se mantenga el ejercicio de la empresa, o se concluya por la sindicatura sea finalizando la actividad del quebrado, sea manteniendo el ejercicio empresarial.

Un último capítulo (pp. 228-241) dedica el autor al examen del *factoring* en el comercio internacional. Son páginas particularmente importantes, porque el

comercio que sale de las fronteras nacionales acentúa los riesgos presentes en toda actividad mercantil. Con razón se ha afirmado que una de las causas fundamentales del incremento del *factoring* es el gran desarrollo de las transacciones internacionales una vez comenzada la segunda mitad del siglo XX, además de la simplificación del comercio y el mejor conocimiento de importadores y exportadores. Sin duda, el *factoring* internacional reviste especial complejidad: se requieren dos Factores y un entramado de relaciones negociales que confluyen en el contrato de *factoring* entre el exportador y el Factor del país que exporta (su objeto son los créditos implicados en las operaciones con varios países), y en el acuerdo entre Factores o *interfactor agreements* (pactan la transmisión recíproca de créditos de su respectivo país, garantías asumidas, comisiones a cobrar, etc.).

El autor intercala entre este capítulo final y la selección bibliográfica unos *Anexos* en los que trascibe unos modelos de contrato: un formulario de contrato de *factoring* nacional, y otro de *factoring* internacional. Están bien elegidos y suponen una guía formidable para cuantos tienen interés por el tema o necesidad de conocerlo.

El Profesor GARCIA-CRUCES no ha escatimado esfuerzos para elaborar en plenitud una institución jurídica a la vez difícil y fundamental para el tráfico comercial de nuestra época. Sus enseñanzas no surgen *ex nihilo*, sino que se apoyan críticamente en una selecta bibliografía, casi abrumadora, sin relucencia para ninguna obra importante. Sus numerosos epígrafes en sede sistemática revelan un afán de exhaustividad, de agotar todos los problemas conexos al *factoring*. Naturalmente, junto a las luces brillantes de su investigación, también aparecen sombras, esas pequeñas nebulosas que persiguen inevitablemente a cualquier obra humana. *Ab imo pectore*, estoy convencido tanto de las *veritas* como de la *bonitas* del Libro que tengo el honor de glossar. Las sombras tienen un carácter menor y aquí me limito a apuntar alguna. Que sea el lector quien las descubra, pues mi misión resulta más grata si transito entre flores y no entre espinas.

A modo de ejemplo, yo diría: creo que es mejor delimitar las materias tratadas por capítulos que no por simple exposición de números. El lector —yo mismo— se encuentra perdido entre tanto guarismo. Pienso que la autonomía privada tiene mucho que hacer en el campo de la atipicidad contractual, no sólo en la fijación del contenido, sino en la propia génesis de la figura, en la misma transmutación a la tipicidad (cfr. pp. 21 y ss.). Entiendo que la causa en los contratos atípicos merece una mayor dedicación, ya que se trata de un aspecto cardinal; asimismo considero que existe un cierto confusionismo a la hora de analizar los criterios de la causa y del método tipológico (pp. 23 y ss.). Quedan dudas y perplejidades, e ignoro hasta qué punto no es bueno el empleo de ambos.

En este camino por las sombras, parece necesario implicar más el *factoring* en las condiciones generales (pp. 60 ss.), profundizar en la delimitación con algunas figuras contractuales, como el mandato, que reviste especial complejidad; quizás tendría interés examinar el tema del *factoring* en relación con la subrogación en el crédito, como en el Derecho francés, y qué aspectos o novedades presentaría respecto de la cesión. Queda un tanto en la penumbra el análisis de los términos, esencia y caracteres de los contratos normados (pp. 90 y ss.). Cuando se lean las páginas 88-113 atinentes a la naturaleza del contrato, a menudo reaparece

la nebulosidad, la indelimitación, el exceso de ideas agrupadas en cada posición acerca del *factoring*, que a veces parecen indigeridas. Se insiste mucho en connotaciones estructurales del *factoring*: futuridad de los créditos, globalidad, aleatoriedad, conmutatividad, etc., y siempre se añora que el autor se introduzca más en el análisis de tan importantes cuestiones. Es frecuente encontrarse con reiteraciones explicativas, que denotan, sin duda, un empeño laudable en aclarar posiciones, pero también insistencia sobre el mismo aspecto como si tradujera una cierta inseguridad en sus afirmaciones (v.gr. al tratar la cesión de créditos futuros y la *emptio spei-rei speratae*; conclusiones, pp. 109-110, y otros etcéteras). A fuer de evocar incesantemente instituciones complejas para llegar a una calificación adecuada de la figura, en algún momento se echa de menos la necesaria claridad (ejemplo, *ad hoc*, p. 160).

Estas y otras observaciones que podrían formularse no empañan la magnitud de una obra luminosa, que prestiga a su autor como un excelente investigador en el campo del Derecho privado y lo señala para cometidos más altos en la carrera académica. *Quid dolet meminit*, advirtió Cicerón: es decir, quien ha trabajado y sufrido para dar a la luz una obra digna de encomio, como la que comentamos, graba en ella el signo de la perennidad.

MARIANO ALONSO
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Salamanca

GONZALEZ GARCIA, J.: «Responsabilidad del heredero y derechos de los acreedores sobre el patrimonio hereditario». Ed. Montecorvo. Madrid, 1989.

En el presente trabajo el autor aborda el estudio, dentro de la sucesión por causa de muerte, de la asunción por parte del heredero del pasivo hereditario, suscitando la cuestión relativa a los derechos de los acreedores sobre el patrimonio hereditario, tema que ha sido objeto de polémica doctrinal y que el autor estudia en profundidad. Asimismo, realiza un detallado examen de cada uno de los interrogantes que se plantean, estudia su evolución histórica, confronta las distintas posiciones doctrinales y jurisprudenciales y emite «a posteriori» sus propias conclusiones dando un nuevo perfil a las cuestiones que debate.

I. La primera parte tiene por objeto el estudio de la responsabilidad de los sucesores (herederos, legatarios y legitimarios) al aceptar la herencia, pero centra su análisis en la responsabilidad del heredero, si bien alude a la distinta posición jurídica que dentro de fenómeno hereditario asume respecto del legatario.

En relación con la responsabilidad del heredero y partiendo de que éste asume todas las deudas y obligaciones del causante, respondiendo de las mismas como si fueran propias, se refiere al distinto ámbito de su responsabilidad en cada una de las situaciones en que puede encontrarse, ya que ésta puede circunscribirse sólo a los bienes recibidos del causante (responsabilidad «*intra vires*»), o bien, a éstos y a los suyos propios (responsabilidad «*ultra vires*»).

Las distintas situaciones en las que pueden encontrarse el heredero son:

1. Responsabilidad del heredero por las deudas del causante. Después de aquilatar históricamente la cuestión (sistema de responsabilidad en el derecho romano, germánico y en los actuales ordenamientos jurídicos extranjeros) se centra en el sistema de responsabilidad adoptado por el C.c. inclinándose, junto con la doctrina mayoritaria, por considerar que el sistema que recoge nuestro C.c. en este punto es el de la responsabilidad limitada del heredero que acepta pura y simplemente con base en el artículo 1.003 C.c. Pero, junto con LACRUZ, considera que el fundamento de la misma es la propia ley, que atribuye las deudas del causante al heredero y le hace responsable con todos sus bienes.

2. Responsabilidad por legados. Después de realizar un estudio acerca de las distintas posiciones doctrinales en la materia y constatar que la opinión doctrinal y jurisprudencialmente mayoritaria se inclina por considerar que de nuestra legislación (arts. 1.003, 1023 y 858 del C.c.) se desprende la responsabilidad ilimitada del heredero por legados, el autor, con particular referencia a esta situación, no considera que la solución sea la acertada, apoyando su tesis dentro de una lógica bastante congruente en el fenómeno sucesorio de las deudas: si el heredero se subroga en la posición del causante y responde de las obligaciones por él contraídas, al no ser el legado una obligación del causante sino del heredero debe ser distinto el régimen de responsabilidad: «otra cosa sería tanto como disponer el causante de bienes ajenos».

3. Responsabilidad limitada: el beneficio de inventario. Como excepción al principio general de la responsabilidad ilimitada, se centra en el estudio de esta institución dando una visión global de la misma al estudiar su concepto, finalidad, naturaleza jurídica y la posición del aceptante a beneficio de inventario. Respecto de este último punto es interesante el estudio que hace de las diversas posturas doctrinales, concluyendo que la aceptación a beneficio de inventario no priva al heredero de su cualidad de sucesor, como en ocasiones ha negado la doctrina, sino que sólo limita su responsabilidad.

4. Pluralidad de herederos. La problemática en este punto la centra el autor no ya en el tipo de responsabilidad, sino en la forma de responder los coherederos frente a los acreedores del causante y de la herencia. Aborda el estudio de los preceptos del C.c. relativos al tema (arts. 1.082, 1.084 y 1.085), distinguiendo las diversas situaciones: responsabilidad solidaria por deudas y cargas antes y después de la partición, responsabilidad mancomunada por legados.

Respecto a la responsabilidad del legatario, la diferencia en relación con la del heredero viene dada por su diversa posición, esto es, la de ser un simple adquirente de un valor patrimonial y no un deudor. Del mismo modo se distinguen diversas hipótesis: responsabilidad por sublegados impuestos por el causante y distribución de toda la herencia en legados.

II. En la segunda parte se aborda el estudio de los mecanismos de tutela de los intereses de los acreedores del causante y legatarios sobre el patrimonio hereditario, básicamente: el beneficio de separación de patrimonios y el beneficio de inventario frente a las posibles desventajas que puede plantear la confusión de patrimonios (hereditario y del heredero) como efecto de la sucesión. Ambas situaciones quedan netamente diferenciadas en su justificación y efectos: la aceptación a beneficio de inventario nos sitúa en el ámbito de la responsabilidad limi-

tada del heredero; en cambio, el beneficio de separación aparece como una garantía específica de los acreedores del causante.

Delimitados en el Derecho histórico estos mecanismos de defensa, el autor entra en el estudio de las soluciones ofrecidas en nuestro sistema sucesorio. Partiendo de las posiciones doctrinales y jurisprudenciales mayoritarias que configuran la confusión de patrimonios, dentro de nuestro sistema, como efecto normal de la sucesión, se muestra partidario de la tesis de la separación automática de patrimonios en el C.c., a saber, la sucesión universal no produce la confusión de patrimonios en daño de los acreedores del causante, ambos patrimonios permanecen separados a fin de que quienes ostenten derechos sobre el hereditario puedan satisfacerlos con preferencia a los acreedores del heredero.

En este sentido, junto con PEÑA, acoge como uno de los argumentos para justificar esta separación automática, el establecimiento de una serie de preferencias que respecto a los bienes hereditarios tienen los acreedores del causante sobre los legatarios, y éstos y aquéllos sobre los acreedores particulares del heredero, preferencias que si bien no se establecen expresamente en el C.c. se deducen de una interpretación conjunta de normas dispersas que se hallan en el propio C.c. (artículos 1.911, 1.026, 1.032, 1.034, 1.082), LEC (que establece el procedimiento para ejercitarse dicha preferencia), LH (que permite la anotación preventiva de créditos y legados), etc.

Por último, reiterar la importancia del presente estudio no sólo por la detallada y selecta información doctrinal y jurisprudencial que proporciona su lectura, sino también por la nueva e interesante visión que J. GONZALEZ GARCIA ofrece en cuestiones tan espinosas del Derecho de Sucesiones, lo que corrobora el gran valor doctrinal de esta monografía.

ROSA M.^a GARCÍA PÉREZ

MARIN PADILLA, María Luisa: «*El principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos «utile per inutile non vitiatur»*». Librería Bosch. Barcelona, 1990, 204 páginas.

La obra que es objeto de la presente recensión fue galardonada con el Accésit del primer «Premio Jurídico Josep Bosch». Y si después de leerla hubiera que justificar la distinción anterior cabría hacerlo con referencia a dos aspectos que, en mi opinión, representan las aportaciones más notables de la monografía. Un primer aspecto a resaltar es que el trabajo constituye el primer estudio que se hace del principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos *«utile per inutile non vitiatur»*. Un segundo aspecto, y en mi opinión el más relevante, está representado por la contribución que la obra supone en orden a la clarificación de la figura, atractiva por confusa, de la nulidad parcial. Es cierto que no faltan en el Derecho comparado monografías, ya clásicas, que estudian la nulidad parcial. De entre ellas, la de CRISCUOLI, *La nullità parziale del negocio giuridico* —Milán, 1959— y la de SIMLER, *La nulité partielle des actes juridiques* —París, 1969—. En lo que concierne al Derecho español el libro de PALO-

MEQUE LOPEZ, *La nulidad parcial del contrato de trabajo* —Madrid, 1975— supone la única aportación de tipo monográfico al tema a que hacemos referencia. Pero además no se ha de ignorar el tratamiento que los civilistas españoles han hecho de la nulidad parcial en diversos trabajos. De entre ellos cabe citar de forma especial el artículo del profesor GORDILLO CAÑAS que, con el título «*La nulidad parcial del contrato con precio ilegal*», se publicó en el año 1975 en el *Anuario de Derecho Civil*, T. XXVIII, pp. 101 a 204.

Sin embargo, la monografía de la profesora Marín tiene de peculiar el ofrecer unas pautas que le permiten fundamentar una conformación de la nulidad parcial que difiere de la que, acaso por influjo de los planteamientos de que parte CRIS-CUOLI en el libro antes citado, han defendido otros autores. A dichas pautas y a la configuración de la nulidad parcial que propugna la profesora Marín Padilla es a lo que quisiera referirme en esta recensión.

De entrada he de afirmar que ignoro si, como sugiere la estructura formal de la monografía, la autora ha llegado al estudio de la nulidad parcial como consecuencia de un examen previo del principio *utile per inutile non vitiat*. Y por tanto ignoro además si, más bien, fue la consideración específica de los problemas que plantea la nulidad parcial lo que después motivó que la autora generalizase su estudio al examen del principio del que dicha figura trae su causa. Pero sea como fuere, creo que el acierto de las conclusiones defendidas por la profesora Marín Padilla se debe a que su estudio no tiene por objeto exclusivo la nulidad parcial para avocar después en una consideración meramente residual, o que ignore el principio a que aquélla obedece. Antes bien, la monografía parte del estudio genérico de la máxima *utile per inutile non vitiat* para llegar a la determinación de sus consecuencias o manifestaciones entre las que se encuentra, como una más, la nulidad parcial.

Además de por las razones expuestas, el acierto de las conclusiones generales a que llega la profesora Marín obedece también al examen histórico que hace del principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos *utile per inutile non vitiat*. Este estudio no está exento de los riesgos comunes a quienes, como la autora, no son especialistas en la historia del Derecho. Sin embargo, dicho estudio —centrado en la consideración del Derecho romano, común y de los textos legales castellanos anteriores a la codificación— es, cuando menos, exhaustivo, así como convincente en sus resultados. Y es que en realidad, las tesis que propugna la profesora Marín son la consecuencia de trasvasar al Derecho vigente las conclusiones previamente obtenidas al estudiar las manifestaciones históricas de la máxima *utile per inutile non vitiat*. En suma, a modo de objetivo último, la obra pretende ofrecer una interpretación que, salvando lo dispuesto por el artículo 6-3 Cc., concilie el estudio histórico previo del principio *utile per inutile non vitiat* con los preceptos del Código civil que son manifestación de dicho principio. Y todo ello sin perder en ningún caso la referencia del criterio jurisprudencial existente al respecto.

Es el planteamiento metodológico elegido y el estudio histórico a que se ha hecho alusión lo que permite a la profesora Marín Padilla clarificar la máxima que estudia con fundamento en varias consideraciones que informan el trabajo y a las que aludo a continuación. Una primera consideración sería la referente a la distinción entre el principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos y la máxima *utile per inutile non vitiat* que no es, reitera la autora,

sino una de las manifestaciones de aquel principio general. La distinción anterior es lo que posibilita a la profesora Marín expurgar del ámbito la máxima *utile per inutile non vitiatur* ciertas figuras como la conversión, la confirmación, la ratificación, o la «novación modificativa», que, respondiendo al principio general de conservación, no son, sin embargo, consecuencias propias de la máxima según la cual lo útil no debe viciarse por lo inútil. Además, la distinción a que nos referimos también permite a la autora deslindar la figura de la nulidad parcial como manifestación propia del principio *utile per inutile non vitiatur* y desligada de ciertos supuestos de ineficacia parcial —rescisión, resolución o anulabilidad— que, ni traen causa de la «invalides», ni son consecuencia de la máxima que constituye el objeto central de su estudio.

Pero lo que sobre todo se deriva del método elegido es que permite a la profesora Marín Padilla determinar en qué consiste la nulidad parcial. A este respecto, la autora determina el modo de actuación que es propio de la nulidad parcial: la supresión de la parte nula de un acto o negocio jurídicos fundada en la voluntad de los particulares. Lo anterior conlleva entresacar de la nulidad parcial ciertos efectos —como el que supone la adaptación de las disposiciones nulas a lo establecido por la norma legal, o el representado por la sustitución automática de la parte nula por lo dispuesto en la Ley— que, si bien la doctrina tradicional subsume en la nulidad parcial, en opinión de la autora son técnicas diferentes a través de las que también actúa el principio *utile per inutile non vitiatur*.

En concreto, la profesora Marín Padilla defiende como tesis que, al fin de conservar la parte válida del acto o negocio sin que le afecte la parte inválida, el principio *utile per inutile non vitiatur* tiene cuatro manifestaciones específicas y diferenciadas; a saber: la técnica jurídica de la nulidad parcial, la de reducción o ajuste a Derecho, la de la sustitución, y la del desconocimiento. Todas esas técnicas parten de un acto o negocio jurídico que es un parte nulo. Sin embargo, la consecución de la conservación del acto o negocio no se actúa exclusivamente por el mecanismo de la nulidad parcial. Por lo tanto, ni la técnica de la nulidad parcial agota el juego de la máxima *utile per inutile non vitiatur*, ni la explica en su totalidad, ni cabe acomodar en el ámbito de la nulidad parcial supuestos que son en realidad técnicas diferentes a través de las cuales también actúa dicha máxima. Partiendo del presupuesto anterior y a la vista del Derecho positivo, la profesora Marín defiende una configuración de las diversas técnicas del principio *utile per inutile non vitiatur* que a continuación expongo.

La *nulidad parcial*, se fundamenta en la voluntad de los particulares y se caracteriza porque la conservación de la parte válida del acto o negocio jurídicos se lleva a cabo mediante la supresión de la parte afectada de invalides (artículos 641-2, 814-2 y 1.116-1 Cc., entre otros). En opinión de la autora, la nulidad parcial precisa de la concurrencia de ciertos presupuestos que examina con detalle. Dichos presupuestos son— que la invalidez afecte a la parte de un todo divisible; que el negocio residual tenga entidad propia y satisfaga los intereses de las partes; que medie la voluntad de los particulares tendente a la producción de los efectos propios de la nulidad parcial; y que dicha voluntad no vaya contra las exigencias derivadas de la buena fe.

La doctrina subsume también en el ámbito de la nulidad parcial supuestos en los que es la propia Ley la que determina la rectificación de los negocios jurídicos que sobrepasan ciertos límites. Y acaso el modo de proceder expuesto

radica en la consideración implícita de que el mandato legal obedece a la voluntad «presunta» de los sujetos en orden a la subsistencia del negocio de que se trata. Sin embargo, la profesora Marín fundamenta la nulidad parcial en la voluntad —«expresa o tácita»— de las partes y, por tanto, la distingue de estos otros supuestos que acomoda en lo que califica como técnica de *reducción, de ajuste o adaptación a la legalidad*. Para la autora, la técnica jurídica de reducción se caracterizaría por ocasional, según mandato expreso o implícito de la Ley, el ajuste o adaptación a la legalidad de los actos y negocios jurídicos que contravienen lo establecido por el legislador en orden a los límites cuantitativos —entre otros, arts. 654, 656, 815, 817, 1.826 Cc.—, temporales —por ejemplo, arts. 400, 515, 1.508 y 1.608 Cc., entre otros—, así como de grados y llamamientos hereditarios —art. 786 en relación con los arts. 781 y 785 Cc., entre otros—. A juicio de la profesora Marín Padilla, la técnica de reducción requiere lo siguiente: que el acto o negocio sea válido; que contenga una disposición nula por contravenir los límites establecidos por las leyes en los términos expuestos; que la infracción legal pueda ser susceptible de ajuste a la legalidad; y que tal ajuste se lleve a cabo por el Juez, bien de oficio, o bien en virtud de acción previa tendente a la adaptación a la legalidad.

Por lo que se refiere a la técnica de la *sustitución* la profesora Marín Padilla entiende que es otra de las manifestaciones del principio general de conservación *utile per inutile non vitiatur* caracterizada por mantener de forma automática la validez del acto o negocio jurídico en parte nula, mediante la sustitución *ope legis* de esa parte nula por lo dispuesto en la Ley (el derogado art. 10-1 LCT, constituye en opinión de la autora la más clara manifestación de la técnica jurídica sustitutiva). Por ello, la técnica sustitutiva sólo actuará cuando, de forma automática, la Ley declara nula una parte del acto o negocio jurídico y al mismo tiempo la sustituye por lo que la propia norma legal dispone.

Y por último, la profesora Marín reconduce la técnica que denomina del *descubrimiento* a los casos en que la conservación de la parte válida sin que la afecte la parte afectada de invalidez se resuelve mediante la no consideración *ipso iure* de la parte nula del acto o negocio jurídico (arts. 737-2, 767, 792, 793-1, 1.116-2 Cc., entre otros).

Para concluir ya esta reseña y valoración indicar que no se nos oculta que la monografía de la profesora Marín, como cualquier otra y acaso más, dará lugar a opiniones encontradas con referencia a muchos de los presupuestos de que parte, a los problemas de que se ocupa, y a las soluciones que propone. Sin embargo, creo que, en buena parte, son asumibles las conclusiones que extrae de la parte histórica y que, a mi juicio, obligan cuando menos a revisar el tratamiento que la doctrina ha venido haciendo de la nulidad parcial. Esta revisión no supondrá una nueva configuración de la nulidad parcial en lo que al Derecho anterior a la codificación se refiere. Antes bien, se reflejará en un enfoque de la nulidad parcial que, entre otras cosas, desestime una configuración de la misma como categoría que responde exclusivamente a ciertos presupuestos —orden público económico, intervencionismo estatal, dirigismo económico— que surgen a partir del siglo XIX. Ello puede ser cierto en lo que atañe a la técnica que la autora designa como sustitutiva, pero no respecto de las demás técnicas a través de las que actúa el principio *utile per inutile non vitiatur*. O dicho con otras

palabras: la «nueva» configuración de la nulidad parcial deberá atender a lo que fue, como la profesora Marín Padilla desvela, su estricta significación tradicional.

MIGUEL ANGEL PÉREZ ALVAREZ

RODRIGUEZ MORATA, Federico: «Venta de cosa ajena y evicción». (Estudio de las reglas del saneamiento por evicción en la compraventa), Barcelona, 1990, 410 pp.

1. Como nos es aclarado en el título de la obra, ésta es un estudio sobre las reglas del saneamiento por evicción en la compraventa. En ella son analizados, con detenimiento, los artículos 1.475 a 1.482 CC. En cambio, el artículo 1.483 CC (gravámenes ocultos) no es objeto de estudio aunque, cuando es preciso, se menciona y se toma postura ante él.

Dada la amplitud y profundidad de la materia tratada en la presente monografía nos limitamos en esta recensión a resaltar las que creemos que son ideas claves de la misma.

2. Para entender la estructura interna de la obra hay que tener presente la distinción que hace el autor entre evicción como riesgo (saneamiento en sentido estricto) y evicción como daño (responsabilidad). Con esa distinción pretende destacar la existencia de dos sucesivas fases en el problema jurídico que surge por haber dispuesto el vendedor de cosa ajena y por haberse obligado a entregar la legal y pacífica posesión de la cosa. La primera fase, que denomina de saneamiento, abarca desde el momento de la entrega de la cosa al comprador hasta el momento del hecho de la evicción (privación de la cosa por el verdadero dueño). En esta fase existe el riesgo de que el verdadero dueño reclame la cosa al comprador y de ahí esa actividad del vendedor de prevenir o evitar la privación de la cosa. La segunda fase, que denomina de responsabilidad, abarca desde el momento en que se produce el hecho de la evicción hasta el momento en que el comprador es resarcido por el vendedor. En esta fase el comprador ha sufrido ya el daño de la privación de la cosa y de ahí ese derecho legal a ser resarcido (cfr. art. 1.478 CC). Punto de división entre ambas fases es el hecho de la evicción.

Con base en esa distinción (saneamiento, hecho de evicción y responsabilidad), que se reconoce no reflejada en la regulación del Código civil (art. 1.480 CC), por una confusión terminológica en la doctrina española del siglo XIX (Gutiérrez, Falcón y del Viso), pero que existió en nuestro derecho histórico, se analizan, de forma progresiva, los distintos problemas jurídicos que cada concreta fase o momento plantea.

3. *Saneamiento.* Como necesario presupuesto del estudio de la fase de saneamiento, se expone el problema de la validez, en nuestro ordenamiento, de la venta de cosa ajena. Es calificada de venta válida y eficaz a efectos obligacionales. Se apoya en que el Código civil ha diseñado la compraventa como contrato de alcance meramente obligacional y en que la venta de cosa ajena produce determinados efectos jurídicos (así: constituye título válido para usucapir; justifica la existencia de las reglas de evicción). No se considera, sin embargo, argumento suficiente el que el Código civil no imponga al vendedor la obligación de transmi-

tir la propiedad, porque la inexistencia de obligación de trasmisir la propiedad no implica, necesariamente, la validez de la venta de cosa ajena.

Admitida la validez de la venta de cosa ajena en nuestro ordenamiento, el autor plantea, en esta fase de saneamiento, estas dos cuestiones jurídicas: 1. Si el comprador llega a conocer, después de la «*traditio*», que la cosa no era del vendedor ¿puede anticipar el ejercicio de la responsabilidad por evicción (art. 1.478 CC) a pesar de no haber sido privado de la cosa por el verdadero dueño? 2. El deber de saneamiento ¿qué concretas actividades impone desarrollar al vendedor de cosa ajena?; ¿y al comprador?

En cuanto a la primera cuestión (posibilidad de anticipar el ejercicio de la responsabilidad por evicción) se distinguen dos modelos de compraventa: a) La compraventa que no tiene como presuposición básica (nótese presuposición y no obligación) la necesidad de que el vendedor sea propietario de la cosa en el momento de la «*traditio*» (es la diseñada en el Código civil), y, b) la compraventa que sí tiene esa presuposición básica en virtud del artículo 1.258 CC (la «compraventa moderna»). En el primer modelo de compraventa, el comprador sólo puede anticipar el ejercicio de la responsabilidad por evicción si el vendedor actuó con dolo. En los demás casos, deberá esperar a que el verdadero dueño le reclame la cosa. En el segundo modelo de compraventa, el comprador de buena fe puede anticipar, igual que en el anterior modelo, el ejercicio de la responsabilidad por evicción si el vendedor actuó con dolo. Pero, además, por constituir presuposición básica el que la cosa pertenecía al vendedor en el momento de la «*traditio*», puede acudir (siendo el vendedor de buena fe) a la acción del artículo 1.266 CC (error «in dominio»). En este último caso se plantea un conflicto de acciones entre la acción del artículo 1.266 CC y la del artículo 1.478 CC, en el que se considera preferible aplicar la última acción, con base en el principio de especialidad.

En cuanto a la segunda cuestión (que actividades deben desarrollar vendedor y comprador en la fase de saneamiento) se señala que la actividad del vendedor consiste en prevenir o evitar que el comprador sufra el hecho de la evicción. Su fundamento está en su obligación de entregar la legal y pacífica posesión de la cosa vendida. Según la actividad que desarrolle, se puede hablar de dos tipos de saneamiento: normal o extrajudicial (que a su vez puede ser preliminar o incidental), y judicial. Situados en el saneamiento judicial, se especifica, entre otras cosas, que: 1) La carga de defensa de la causa del comprador recae siempre en el último vendedor. Pero, si se conoce que el vicio jurídico (alienidad de la cosa) procede de alguno de los anteriores vendedores, puede citarse, también, a ese vendedor remoto (principio de otorización). 2) El requisito formal de la notificación (art. 1.481 CC) se cumple si el vendedor conoce el proceso de evicción e interviene en el mismo por cualquier causa. 3) El artículo 1.482 CC regula una forma de intervención del vendedor en el proceso de evicción que es provocada o forzada a instancias del comprador. Es la «llamada de garantía». 4) El comprador puede acumular en el proceso de evicción la acción de evicción y, en forma eventual y subsidiaria, la acción de responsabilidad por evicción.

4. *Hecho de evicción*. Es la privación de la cosa por el verdadero dueño y marca el punto de división entre la fase de saneamiento de responsabilidad y la fase de responsabilidad. La doctrina suele exigir que la privación cumpla unos determinados requisitos deducidos del artículo 1.475 CC. Son los siguientes: 1) Desposesión material de la cosa al comprador; 2) Que la desposesión sea la consecuencia de un

proceso contradictorio acabado en sentencia firme; 3) Que el vicio jurídico (alienidad de la cosa) proceda del vendedor y sea anterior a la celebración de la compraventa. El autor disiente en la exigibilidad de esos tres requisitos para poder hablar de privación. Entiende que el art. 1.475 CC describe, tan sólo, la forma usual en que se produce la privación, pero no implica la exclusión de otras posibles formas de privación. Sobre los requisitos exigidos por la doctrina precisa: 1) La desposesión debe entenderse en el sentido de frustración de la finalidad de la compraventa. La acción reivindicatoria no es el único supuesto de privación (considera, por ejemplo, que también hay privación si se ejercita con éxito la acción declarativa de dominio, la acción resolutoria, la acción pauliana, etc.); 2) La privación no tiene que ser consecuencia necesaria de la celebración de un juicio contradictorio (v. gr. evicción invertida, supuestos de ejercicio anticipado de evicción expuestos en el primer capítulo); 3) El vicio jurídico (alienidad de la cosa) puede ser, excepcionalmente, posterior a la celebración del contrato (v. gr. doble venta).

5. *Responsabilidad.* Producida la privación de la cosa por el verdadero dueño se entra en la fase de responsabilidad. El comprador tiene derecho a ser reparado en la cuantía determinada por el art. 1.478 CC. Dos efectos deben diferenciarse: 1. La resolución del contrato; 2. El resarcimiento del daño.

En cuanto al efecto resolutorio del contrato (art. 1.478.1 CC), éste es la consecuencia de admitir la validez de la venta de cosa ajena. Su fundamento es la frustración del fin del contrato: se ha privado al comprador de la cosa. Esta causa resolutoria del artículo 1.478.1 CC no es igual a la del artículo 1.124 CC. Primero, porque no posee efectos retroactivos. El vendedor no devuelve el precio pagado por el comprador. Devuelve el valor de la cosa al tiempo de la evicción. Se resarce el interés contractual positivo. Segundo, porque el comprador restituye la cosa al verdadero dueño, no al vendedor, y, el vendedor, no el verdadero dueño, es quien restituye al comprador el valor de la cosa al tiempo de la evicción. Por todo ello, es preferible hablar de resolución contractual impropia.

En cuanto al efecto indemnizatorio se estudian minuciosamente los apartados 2.^º a 5.^º del artículo 1.478 CC. Exponemos únicamente algunas de las opiniones del autor:

— El derecho del comprador a exigir aquellos frutos o rendimientos de la cosa que fue obligado a entregar al verdadero dueño (art. 1.478.2 CC) implica una remisión implícita a las reglas que regulan la liquidación de la gestión posesoria (arts. 451 ss. CC). No es requisito imprescindible que la cosa sea fructífera.

— El derecho del comprador a exigir las costas del pleito de evicción y, en su caso, las del pleito seguido contra el vendedor (art. 1.478.3 CC) es una regla de carácter sustantivo e implica una remisión implícita al sistema procesal de la LEC (art. 523 y disposiciones complementarias) en la determinación de la cuantía de las costas procesales.

— El derecho del comprador a exigir los gastos del contrato si fue él el que los pagó (art. 1.478.4 CC) tiene su fundamento justificador en la ley, pues, supone una quiebra del sistema diseñado en el Código civil. Si la resolución del contrato que implica el hecho de la evicción se produce, no en el momento de celebración del contrato, sino en el momento del hecho de la evicción, permitir que

al comprador se resarza de los gastos del contrato que pagó supone mirar más atrás del momento del hecho de la evicción.

— El derecho del comprador de exigir indemnización por daños si el vendedor actuó de mala fe (art. 1.478.5 CC) no es una excepción a las reglas generales de las obligaciones (arts. 1.101.2, 1.106 y 1.107.2 CC). Es una concreción del artículo 1.107.2 CC.

6. *Evicción parcial.* Es la evicción parcial, se analizan los requisitos y el significado del derecho del comprador a rescindir la compraventa celebrada (art. 1.479 CC). La «rescisión» del artículo 1.479 CC es acción de desistimiento contractual con efectos similares a la resolución por incumplimiento obligacional (art. 1.124 CC), pues, tiende a resarcir el interés contractual negativo, frente al artículo 1.478 CC que, en cambio, tiende a resarcir el interés contractual positivo. El plazo de ejercicio de esa acción de «rescisión» es plazo de prescripción y dura quince años.

7. *Modificaciones contractuales de la responsabilidad por evicción.* Se analizan las reglas de los artículos 1.475.2 y 3, 1.476 y 1.477 CC. Se califica la responsabilidad por evicción de efecto natural del contrato y, por ser efecto natural: 1) Si los contratantes nada pactan, el vendedor está obligado a responder por el hecho de la evicción. 2) Los contratantes pueden modificar convencionalmente esa responsabilidad legal, aunque deben respetar ciertos límites. Así: los pactos exonerativos no caben cuando el vendedor es de mala fe; tampoco cabe exonerar por actos del vendedor posteriores a la venta; los pactos de agravación están sometidos a los mismos límites a que está sometida la autonomía de la voluntad cuando refuerza la «tutela del crédito del comprador»; etc.

En cuanto al artículo 1.477 CC se señala que regula dos supuestos: la renuncia simple, como pacto limitativo, y la renuncia cualificada o a riesgo o ventura, como pacto de exoneración. Ambos pactos son objeto de un análisis detenido.

8. Como puede observarse la obra reseñada destaca por la gran amplitud de cuestiones jurídicas analizadas y por la minuciosidad del examen realizado. Hay una utilización rigurosa de términos y conceptos. También destaca la obra por la novedad en el enfoque del tema de la venta de cosa ajena y el de la evicción. El lector ya se habrá dado cuenta que el autor mantiene, en ocasiones, posiciones que no coinciden con las sostenidas por la doctrina. Ahora bien, esté o no de acuerdo con las mismas, es cierto que la obra contiene motivos importantes de reflexión y datos de utilidad. Por último, hay que indicar que la obra es la tesis doctoral del autor y que fue dirigida por la profesora doña Silvia Díaz Alabart.

NIEVES FENOY PICÓN

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

II. Resoluciones

A cargo de IGNACIO PAZ-ARES

1. EMBARGO: NATURALEZA Y EFECTOS. ALCANCE DE SU ANOTACION

Es inscribible la compraventa judicial de una finca que aparece inscrita a nombre de un tercero cuyo título de adquisición es posterior al embargo y anterior a su anotación. Resolución 12 de junio de 1989. «B.O.E.» de 22 de julio.

I. ANTECEDENTES

a) *Supuesto de hecho*

En juicio ejecutivo se trabó embargo, con fecha 7 de febrero de 1984, sobre una finca del deudor X. El día 15 del mismo mes y año, se libró el correspondiente mandamiento de embargo (presentado cinco días más tarde) que motivó la anotación preventiva, letra A, de fecha 25 de abril de 1984.

El 14 de febrero del propio año, 1984, el señor X vende la finca trabada a la sociedad Y, mediante escritura pública que fue presentada en el Registro el 2 de marzo e inscrita el 10 de mayo de 1984.

Seguido el procedimiento, con fecha de 12 de noviembre de 1984 se practica la nota marginal acreditativa de la expedición de la certificación de cargas que preceptúa la Ley de Enjuiciamiento Civil y el día 2 de marzo de 1988 se otorga, por el órgano judicial pertinente, escritura pública a favor de la adjudicataria Z, que se presenta al Registro en el mes siguiente.

b) *Calificación registral*

Se deniega la inscripción de la referida compraventa judicial, por cuanto la finca consta inscrita a nombre de la sociedad Y, en virtud de una escritura antes de que se hubiese presentado en el Registro el mandamiento que motivó la anotación del embargo objeto de ejecución.

- c) La cuestión que se plantea es la de decidir si un embargo aún no anotado tiene preferencia sobre una enajenación posterior del bien trabado, habida cuenta de que la inscripción de ésta es posterior a la anotación de aquél

II. DOCTRINA DE LA DIRECCION

a) *Naturaleza del crédito asegurado con el embargo*

El embargo no altera la naturaleza del crédito, que sigue siendo un derecho de naturaleza personal, pues la traba de aquél no produce vinculación exclusiva del bien al crédito que lo determina, sino que tal vinculación se produce en beneficio del proceso, con independencia de cuál sea el crédito que, en definitiva, se satisfaga con el importe realizado. La preferencia que le otorga el artículo 1.923 del Código civil a partir de la anotación no trasciende a esa naturaleza personal y sólo juega para decidir en una posible incidencia del proceso de ejecución, cuál sea el crédito que debe ser satisfecho preferentemente con el importe obtenido por la realización de los bienes anotados.

b) *Naturaleza del embargo*

Tiene naturaleza real, pues, consiste en una medida cautelar que confiere al órgano judicial poderes inmediatos sobre las cosas, que pueden ser actuados aun sin la mediación de sus dueños y restringe claramente las facultades dominicales; y así ocurre que los bienes trabados no pueden darse en hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento y que su enajenación sólo será posible respetando el embargo.

c) *Carácter de la anotación (¿obligatoria o constitutiva?)*

El embargo existe jurídicamente desde que la autoridad judicial lo decreta legalmente, con independencia de su anotación en el Registro oportuno, y la anotación no puede condicionar su existencia ni tener respecto de ella un valor constitutivo (así lo establece una reiterada doctrina jurisprudencial).

Existen no obstante algunos argumentos que parecen apoyar el carácter constitutivo que la práctica de la anotación preventiva tiene para la trascendencia real del embargo: la analogía con la hipoteca (arts. 4 Cc y 145 LH), el carácter obligatorio de la anotación preventiva (arts. 43 LH, 1.453 LEC y 68 LPM y PSD), así como los términos en que se expresan los artículos 764 y 1.409 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Empero, ante tales razonamientos, hay que tener en cuenta las siguientes consideraciones:

— Ningún precepto establece expresamente el carácter constitutivo de la anotación preventiva. Habrá de estimarse, pues, que respecto de este acto modificativo de los derechos reales inmobiliarios rigen las reglas generales de nuestro sistema, según las cuales la inscripción como regla no tiene carácter constitutivo ni

siquiera en el supuesto de que se trate de derechos reales que no llevan aneja la facultad de posesión inmediata (Ej. censos consignativos, servidumbres negativas, o el retracto convencional), sin que sirva, por tanto, el argumento de la analogía con lo singularmente dispuesto respecto de la constitución de hipoteca.

— El carácter obligatorio de la anotación de embargo debe conjugarse con el principio de rogación y con la realidad positiva de que nuestra legislación supone que el embargo existe y puede ser actuado aun sin anotación preventiva.

— La expresión legal según la cual «se limitará el embargo a librar mandamiento por duplicado al Registrador para que extienda la correspondiente anotación preventiva» (cfr. arts. 764 y 1.409 LEC) no equivale a decir que no hay embargo hasta que no haya anotación, sino que lo que pretende es afirmar que no procederán otras actuaciones —como el secuestro o la intervención en la administración— que proceden, en cambio, en otras medidas cautelares judiciales.

Por el contrario sí hay, en cambio, datos positivos que abonan la tesis de que el embargo es una medida que se constituye enteramente en la esfera judicial: el asiento de anotación preventiva procede a petición del que «obtuviere mandamiento de embargo que se haya hecho efectivo (hecho pasado) en bienes inmuebles del deudor» (cfr. art. 42.2 LH); antes de la anotación puede proceder la previa notificación del embargo (luego ya existe) (cfr. arts. 1.373 Cc y 144 RH); el embargo no anotado —y por hipótesis no anotable— es el que puede dar lugar a la llamada tercería registral regulada en el artículo 38.3 de la Ley Hipotecaria, etc.

d) Preferencia en caso de colisión de derechos

En nuestro sistema el acreedor que obtenga anotación preventiva de embargo goza de preferencia frente a los créditos o actos dispositivos *posteriores* a la fecha misma en que la anotación se produce (arts. 44 LH, 1.923 Cc y doctrina del TS).

Pero ello no quiere decir que los créditos o actos dispositivos *anteriores* a la anotación misma hayan de ser preferentes al crédito en cuyo favor se practicó el embargo, o el embargo mismo todavía no anotado. Tales colisiones se resolvrán conforme a las restantes normas de nuestro ordenamiento:

— Las colisiones entre créditos anteriores a la anotación se decidirán por las demás normas sobre concurrencia y prelación de créditos.

— La colisión entre el embargo no anotado y el acto dispositivo sobre el bien embargado se decidirá según el principio *prior tempore potior iure*, a salvo el derecho del tercero protegido por la Ley Hipotecaria (es decir, producido el embargo, aunque no esté anotado, el dueño del bien tratado sólo puede transmitirlo en la medida en que es suyo, o sea, con la carga del embargo, salvo que el adquirente reúna los requisitos que le permitan gozar del amparo de la legislación hipotecaria).

e) Sistema de publicidad de los embargos

El resultado de la anterior doctrina es conforme con las finalidades de la Ley Hipotecaria. En efecto, la Ley Hipotecaria de 1861 pretendió que los embar-

gos, al igual que las hipotecas, se ajustasen al principio de publicidad registral, de modo que coordinó el régimen de los embargos con el que la propia Ley preveía para las hipotecas. Y según la Ley de 1861, para que las hipotecas voluntarias pudieran perjudicar a tercero se requería que la escritura se haya inscrito en el Registro (cfr. su art. 146). Con esta exigencia de publicidad se pretendía dar seguridad al tráfico inmobiliario y al crédito territorial, pero al tráfico inmobiliario y al crédito territorial que se acogían a la protección del sistema registral.

Por ello, aunque después nuestro sistema hipotecario haya conferido mayor alcance a la inscripción en el supuesto específico del derecho de hipoteca, no hay razón —como ya se apuntó— para extender esta norma singular a otros supuestos de modificaciones jurídico-reales.

Y todo para conseguir, además, un efecto que no sólo va en contra del sistema general, sino que tendría como resultado práctico obstaculizar la realización de la justicia a pesar de haberse ultimado sin protesta de nadie el procedimiento de ejecución, y todo para dar protección singular a quien el ordenamiento presume que, al adquirir el bien, está en connivencia fraudulenta (cfr. res. de 7-11-1929) con el deudor enajenante (cfr. art. 1.297 Cc).

f) Inscripción de la compraventa judicial

Puesto que la venta posterior al embargo no puede quedar protegida, ni por el principio de prioridad, ni por el de fe pública registral (al estar ya anotado el embargo al tiempo de la inscripción de la venta) no cabe en el presente caso que deje de ser inscrita, por la sola razón invocada por el Registrador, la venta judicial ahora calificada siempre que, en cuanto a la cancelación del asiento relativo a la venta intermedia, se cumpla lo establecido en los artículos 131.17 de la Ley Hipotecaria y 175.2 y 233 de su Reglamento.

2. CANCELACION: FORMA DEL MANDAMIENTO JUDICIAL

El documento expedido por un secretario judicial que recoge la providencia dictada por el Juez, ordenando la cancelación de asientos registrales es vehículo idóneo para la obtención de aquélla. En efecto, al estar los asientos bajo la salvaguardia de los tribunales, es preciso que la resolución que acuerde su cancelación sea adoptada por un Juez o Tribunal; pero, una vez que aquella resolución ha sido debidamente dictada, para su ejecución bastará con el adecuado traslado por documento en el que el secretario asevere su autenticidad y aunque falte la firma del Juez, pues la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye a los secretarios la actividad de documentación, comunicación y ordenación e impulso procesal y a sus normas han de supeditarse las reglas que, sobre mandamientos judiciales, establece el artículo 257 de la Ley Hipotecaria y demás disposiciones concordantes. (Res. 28 de junio de 1989, «B.O.E.» de 7 de agosto).

3. AMBITO DE LA CALIFICACION REGISTRAL: COMPETENCIA DEL ORGANO JURISDICCIONAL

Aunque el artículo 100 del Reglamento Hipotecario incluye dentro de los límites de la función calificadora, respecto de los documentos judiciales, el examen de la competencia del juzgado o tribunal, éste debe limitarse a aquellos aspectos competenciales apreciables de oficio por el órgano judicial, como son la falta de jurisdicción o falta de competencia objetiva o funcional, más no la falta de competencia territorial, defecto éste que, por basarse en motivos de orden privado, solamente puede ser invocado por las partes. (Res. 17 de julio de 1989, «B.O.E.» de 11 de agosto).

4. ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO: TRASLADO DE PRIORIDAD

Procede la cancelación de las cargas posteriores a una anotación preventiva de embargo ahora extinguida por caducidad si, durante la vigencia de aquélla, se inscribió la enajenación judicial cuya efectividad aseguraba. (Res. 28 de julio de 1989, «B.O.E.» de 24 de agosto).

I. ANTECEDENTES

a) *Supuesto de hecho*

En autos de juicio ejecutivo se decreta el embargo de una finca del demandado en mérito del cual se practica, con fecha de 13 de febrero de 1984, la anotación preventiva de embargo letra A. Con posterioridad, sobre la misma finca trabada, se anotan nuevos embargos acordados en diferentes procedimientos.

En 1987, dentro del plazo de vigencia de la anotación letra A, se presenta en el Registro la escritura que documenta la enajenación judicial en que desembocó el procedimiento que dio lugar a aquella anotación, siendo inscrita el 13 de enero de 1988.

El día 1 de marzo, con ocasión de la expedición de una certificación de cargas relativa a la meritada finca, se cancela por caducidad —conforme al art. 353 RH— la anotación letra A.

Finalmente, el 24 de marzo, también del año 1988, se presenta en el Registro un mandamiento, dictado por el juzgado que conoció el referido juicio ejecutivo, en el que se ordena la cancelación de la anotación letra A, así como la de las cargas posteriores.

b) *Calificación del Registrador*

Se deniega la cancelación ordenada por «observarse el defecto insubsanable de haber sido ya cancelada por caducidad la anotación preventiva letra A, que es la base registral del procedimiento del que deriva el presente mandamiento cancelatorio, produciéndose la consecuencia de la pérdida de los efectos que su

prioridad registral otorgaba al titular del crédito anotado, y entre ellos la cancelación de cuantas cargas fueran posteriores no preferentes al crédito del actor, debiendo debatirse esta cuestión en el correspondiente juicio declarativo».

II. DOCTRINA DE LA DIRECCION

Inscrita la enajenación judicial durante la vigencia de la anotación preventiva de embargo trabajado en garantía de su efectividad, se consuma la virtualidad de la anotación, de ahí que el artículo 206.2 del Registro Hipotecario disponga su cancelación; la prioridad ganada por la anotación se traslada a la enajenación, y, por eso, las cargas y gravámenes posteriores que habían sido registradas sin perjuicio de los derechos del anotante (art. 71 LH), no sólo no se liberan de aquella restricción, sino que sufren el pleno desenvolvimiento de la misma, esto es, la subordinación respecto de la enajenación judicial alcanzada lo que determina la extinción de tales cargas y la consiguiente cancelabilidad de los asientos respectivos, si se observaron en el procedimiento de ejecución todos los trámites legalmente previstos en garantía de las mismas. Así pues, con la inscripción de la enajenación judicial subsiste registralmente la preferencia del proceso de ejecución entablado y sus consecuencias últimas sobre estas cargas posteriores, y por ello es indudable la eficacia cancelatoria del mandato dictado por el juez que conoció de aquel, conforme a los artículos 1.518 LEC; 1, 17, 40, 79, 83, 84, 131.17 y 132.2 de la Ley Hipotecaria; y 175.2 y 233 del Reglamento Hipotecario, si en él consta el cumplimiento de los trámites aludidos.

5. CANCELACION DE HIPOTECA

Es procedente la cancelación de una hipoteca de máximo, a solicitud del deudor, una vez transcurrido el plazo de duración que se fijó a aquélla al tiempo de su constitución. (Res. 31 de julio de 1989, «B.O.E.» de 24 de agosto).

I. ANTECEDENTES

La cláusula debatida, contenida en la escritura de constitución de hipoteca, se redactó en los siguientes términos: «Esta garantía subsistirá hasta que se extinga cualquier posición deudora, o en todo caso hasta el plazo de tres años a contar desde hoy. En este momento el acreedor queda facultado para ejecutar la precedente garantía hipotecaria, declarando vencido todo el riesgo que el deudor tenga en curso... En todo caso, como queda indicado la duración máxima de la hipoteca será de tres años.»

II. DOCTRINA DE LA DIRECCION

El carácter excepcional que tiene la cancelación prevista en el párrafo 2.º del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, pues la regla general de nuestro ordenamiento

hipotecario es que toda rectificación tabular (y la cancelación no es sino una modalidad) precisa bien el consentimiento del titular registral, bien resolución judicial firme, determina que para su operatividad se requiera que la extinción del derecho inscrito resulte, según la Ley o el título, de manera clara, precisa e indubitable.

6. AUTOCONTRATACION: SUPUESTOS SIMILARES

El representante de la sociedad deudora, que al propio tiempo actúa en nombre de la entidad hipotecante, necesita de autorización específica de ésta para constituir hipoteca en garantía de una deuda de aquélla. (Res. 20 de septiembre de 1989, «B.O.E.» de 7 de octubre).

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Mediante escritura pública otorgada por el señor BAT, en nombre de UNO, S. A. y el señor RIO, éste último representando a las sociedades DOS y TRES, la entidad DOS reconocía adeudar a UNO, S. A. la cantidad de 18 millones de pesetas, y para su pago le entregó determinadas letras de cambio que fueron avaladas por la compañía TRES, quien, a su vez, y para asegurar el pago de las referidas cambiales, constituyó hipoteca sobre dos fincas de su propiedad a favor de la entidad UNO y de los sucesivos tenedores. Dicha hipoteca fue aceptada en el propio acto por la compañía UNO, como tenedora actual de los efectos garantidos.

II. LA DOCTRINA DE LA DIRECCION

a) *Autocontrato «stricto sensu»*

El autocontrato, como expresión referida a la hipótesis en que una persona por su sola actuación da origen a una relación contractual entre dos patrimonios distintos cuya titularidad o representación ostenta, no resulta, necesariamente, del supuesto debatido, pues el apoderado aunque actúa en nombre de dos patrimonios distintos no procede a vincularlos entre sí de modo directo, si no a cada uno de ellos con un tercero. Y, si bien, las relaciones así establecidas guardan una conexión de principalidad-accesoriedad, no implican necesariamente un vínculo jurídico directo entre deudor e hipotecante (la fianza o hipoteca puede establecerse con pleno desconocimiento del deudor. Arts. 1.205, 1.823.2 del CC).

b) *Hipótesis similares al autocontrato*

Sin embargo, aquella relación de subordinación y accesoria entre los dos negocios celebrados recíprocamente dependientes y económicamente contrapuestos (es innegable que la prestación de garantía repercute en la concesión del préstamo y en sus condiciones y que aquélla supone un sacrificio patrimonial actual, aun

antes de su efectividad, para el propietario gravado) provoca, en el caso debatido una situación similar a la que subyace en la figura del autocontrato, concebida en sentido estricto, que es la que determina las cautelas y prevenciones con que ésta es considerada jurídicamente.

c) *Insuficiencia de poder: sanción legal*

En ambos casos, una persona con su sola actuación compromete simultáneamente los intereses de los dos patrimonios cuya representación ostenta, en forma tal que no queda garantizada la independencia necesaria entre los procesos de formación de cada una de las voluntades negociales admitidas. Se incide así, en el ámbito de las facultades representativas conferidas al apoderado y, en éste sentido, tanto el criterio de interpretación estricta que ha de regir en la materia (1.713 Cc) como la aplicación analógica de las soluciones legalmente previstas para casos similares (221.2 Cc y 267 C de C) imponen la necesidad de específica autorización para la inclusión en el poder conferido de la hipótesis considerada; en otro caso, la insuficiencia de facultades del apoderado viciaria el negocio y determinaría su ineficacia respecto del patrimonio del representado (arts. 1.727 Cc y 247 y 253 C de C) sin perjuicio de la posible sanación posterior si mediase la ratificación.

7. DERECHO DE USO

Según las normas del Derecho privado los contratos de cesión del mero uso no dan lugar a enajenación de derecho real alguno, rigiendo en su caso las normas del comodato. Para entender que el acto era gravamen del inmueble y que lo cedido era un derecho real habría sido preciso que resultara de modo patente la voluntad de las partes de constituir un derecho de esta naturaleza, dada la presunción de libertad del dominio (cfr. art. 348 Cc). No habiendo derecho real el contrato no es de los que pueden ser inscrito (arts. 2 y 98 LH y 9 RH). (Res. de 4 de octubre de 1989, «B.O.E.» de 30 de octubre).

8. RENTA VITALICIA DE BIENES Y CESIÓN BIENES A CAMBIO DE ALIMENTOS: PACTO RESOLUTORIO

Es inscribible la condición resolutoria que garantiza el cumplimiento de la prestación que asume el alimentante en un contrato de cesión de bienes a cambio de alimentos. (Res. 16 de octubre, «B.O.E.» 2 de noviembre de 1989).

I. ANTECEDENTES

a) *Supuesto de hecho*

Mediante escritura pública los cónyuges A y B ceden a C determinadas fincas, asumiendo este último, como contraprestación, el cumplimiento a favor de los

cedentes, y hasta su fallecimiento, de las siguientes obligaciones: «a) cuidar y asistir a los cedentes; b) sufragar los gastos de alimentación, vestidos servicio médico-farmacéutico, vacaciones, etc.

B) En caso de incumplimiento el cesionario deberá ser requerido notarialmente para que lo efectúe, y transcurrido que sea un mes a contar de dicho requerimiento, sin más trámites, se resolverá el presente contrato, volviendo el objeto del mismo a poder de los cedentes, sin que éstos tengan obligación de devolver cantidad alguna ni indemnizar por ningún concepto».

b) *Actuación registral*

Presentado el anterior documento, el Registrador inscribe la transmisión de los bienes pero deniega la constatación tabular de los apartados a), b) y B) (obligaciones de los cesionarios y pacto resolutorio, antes transcritos).

II. DOCTRINA DE LA DIRECCION

a) *Quebrantamiento tabular de la unidad e integridad del negocio: Rotura del equilibrio negocial*

En el Registro de la Propiedad español no se inscriben abstractamente las titulaciones reales inmobiliarias, sino el completo hecho, acto o negocio que las causa cualquiera que sea su clase. No puede desconocerse la unidad negocial tal y como aparece configurada por los otorgantes, de modo que si, como afirma el Registrador, se ha querido constituir condición resolutoria explícita con garantía del cumplimiento de las contraprestaciones, no podría inscribirse la transmisión y denegarse el acceso registral de la cautela resolutoria, por cuanto ello implica la alteración del equilibrio negocial pretendido y atribuir al negocio efectos distintos de los queridos por los interesados.

b) *Aplicación analógica del artículo 1.504 del Código civil a otros contratos*

El hecho de que únicamente para la compraventa se contemple la condición resolutoria explícita en garantía del pago del precio (arts. 1.504 Cc y 11 LH) no significa que dicha garantía haya de constreñirse a este contrato.

Por el contrario, la procedencia de la condición resolutoria en otros contratos, igualmente onerosos, cuyo contenido y características de las obligaciones independientes justifican su aplicación, viene avalada por las siguientes consideraciones: la aplicación analógica de las normas cuando existe identidad sustancial entre los casos considerados (art. 4 Cc); el carácter de la compraventa como prototipo de los contratos onerosos y la previsión expresa de la aplicación de sus normas a contratos afines (cfr. 1.541 Cc); la amplia previsión del artículo 11.2 de la Ley Hipotecaria; la fundamentación jurídica de la resolución en la recíproca condicionalidad de las prestaciones respectivas; la libertad de estipulación permitida por nuestro ordenamiento (art. 1.255 Cc); la admisión del juego real de las condicio-

nes impuestas (arts. 9 y 23 LH); la no vulneración de la prohibición del pacto comisorio, toda vez que los bienes se transmiten condicionándolos al cumplimiento de la contraprestación.

c) *Principio de determinación*

Dada la eficacia *erga omnes* de tal cautela, debe quedar delimitada en su alcance y operatividad por el mismo contrato o, complementariamente como ocurre en este caso, por la Ley.

d) *Contrato de renta vitalicia: carácter dispositivo del artículo 1.805*

Ciertamente los artículos 1.802 y siguientes del Código civil al regular el contrato de renta vitalicia desligan las titularidades transmitidas de las vicisitudes de las obligaciones asumidas por el adquirente hasta el punto de excluir la recuperación del precio enajenado en caso de impago de las pensiones. Sin embargo, el artículo 1.805 del Código civil no implica una prohibición del pacto resolutorio sino una previsión legal de carácter dispositivo para el caso de silencio contractual al respecto. Así resulta del principio general de autonomía privada en conjunción con la supresión en el Código civil vigente de la prohibición expresa que figuraba en el proyecto Isabelino de 1851 y es compatible con la indudable onerosidad de este contrato que no queda menoscabada por el hecho que la prestación de una de las partes se cumpla simultáneamente a la celebración del negocio (entiéndase o no esta circunstancia como requisito de su perfección).

e) *Autonomía del contrato de cesión de bienes a cambio de alimentos frente al de renta vitalicia*

No constituye una modalidad de la renta vitalicia aquel contrato en virtud del cual una de las partes se obliga frente a la otra a prestarle alimentos en la extensión, amplitud y términos que convengan mediante la contraprestación que fijen. Se trata, por el contrario, como reiteradamente ha declarado el Tribunal Supremo de un contrato autónomo, innominado y atípico, con sus variedades propias según los fines perseguidos, que se rige por las cláusulas y condiciones que se incorporen al mismo, dentro de los límites que establece el artículo 1.255 y subsidiariamente, por las normas generales de las obligaciones.

f) *Viabilidad del pacto resolutorio en estos contratos*

Por tanto, el que el contrato no sea puramente oneroso, sino aleatorio y el que las prestaciones no sean de trato único, sino sucesivo, no constituyen características incompatibles con el efecto resolutorio, en particular, cuando las partes al constituir la pensión precisan el alcance de las devoluciones en la hipótesis de resolución sin perjuicio, en su caso, de la facultad moderadora del juez (cfr. arts. 1.255 y 1.152 y ss. Cc). Rechazar la posibilidad de pactar la resolución sólo

beneficiaría a una de las partes, justamente la que infringe sus compromisos, pese a que las prestaciones debidas son vitales para la otra parte.

9. APODERAMIENTO: INTERPRETACION

(Res. 18 de octubre de 1989, «B.O.E.» 2 de diciembre).

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Mediante instrumento público, el señor A reconoce que las tres fincas que allí se describen y de las que figura como propietario, pertenecen al señor B, quien además de por sí intervenía en la escritura en cuestión representando al mencionado señor A en uso de un poder que éste le había conferido con las facultades de «comprar, vender y permutar todo tipo de bienes inmuebles y derechos reales, aunque incida en la figura de la autocontratación». A dicha escritura se incorpora un documento, suscrito por el representado, en el que reconoce que dichas fincas fueron pagada con dinero del representante, señor B, a quien reconoce como único dueño.

II. DOCTRINA DE LA DIRECCION

a) *Virtualidad traslativa del reconocimiento de dominio*

No se trata aquí de reconocer la existencia de un concreto negocio traslativo, hipótesis en la que podría analizarse si el poder para otorgar el negocio reconocido faculta igualmente para su reconocimiento, sino que estamos ante una declaración de dominio unilateral y abstracta que, sin perjuicio de su valor probatorio, carece en sí misma de virtualidad traslativa (arts. 609 Cc) y, por tanto, no es apta para, por sí sola, considerar *erga omnes* como nuevo titular de los bienes a su beneficiario (arts. 9.6 LH).

b) *Esencia de la interpretación: en concreto, los poderes*

La esencia de la interpretación es la de una actividad encaminada a la averiguación de la voluntad verdaderamente reflejada en el contrato y no a su sustitución o integración (arts. 1.281 y ss y 675 Cc). Y en materia de poderes, aquélla ha de desenvolverse en su ámbito estricto para evitar qué averiguaciones más o menos aventuradas puedan dar lugar a extralimitaciones perjudiciales para los intereses del apoderado.

En consecuencia, no cabe entender incluida en el poder debatido —al amparo de las facultades de comprar, vender o permutar, actos de naturaleza contractual que presuponen como requisito de validez y eficacia una causalización suficiente— la facultad de formular una declaración como la cuestionada que vincula jurídicamente al poderdante con absoluta desconexión de toda consideración causal y, además, en perjuicio del apoderado.

10. SOCIEDADES ANONIMAS: PREnda DE ACCIONES

Frente a la sociedad prevalece la configuración estatutaria del derecho real de prenda sobre la discordante establecida en el título constitutivo. (Res. 26 de octubre, «B.O.E.» 20 de noviembre de 1989).

I. ANTECEDENTES

La entidad UNO, S. A., adquiere unos créditos garantizados con prenda sobre la totalidad de las acciones de la compañía DOS, S. A., cuyos estatutos establecían que «en el caso de prenda de acciones, corresponderá al acreedor el ejercicio de los derechos del accionista».

Posteriormente, UNO, S. A. se constituye en Junta universal unipersonal de la entidad DOS, S. A., y acuerda cesar a los hasta entonces miembros del Consejo de administración nombrando nuevos administradores.

Al mismo tiempo que la escritura donde se formalizan los acuerdos anteriores también se prestan al Registro la escritura de venta de los créditos prendarios y la de constitución del meritado derecho real de prenda.

II. DOCTRINA DE LA DIRECCION

a) *Ambito documental de la calificación registral*

No hay obstáculo para que el Registrador tenga en cuenta no sólo los documentos inicialmente presentados, sino también, los auténticos relacionados con éstos y presentados después aunque no sea por la misma persona, máxime cuando se trata de aquellos que el mismo Registrador pudo haber solicitado como un elemento más a considerar, en aras de un mayor acierto en la calificación.

b) *Fuerza configuradora del título constitutivo de los derechos reales: regla general*

En nuestro ordenamiento corresponde al título constitutivo, dentro de los márgenes legales imperativos, la delimitación del alcance y contenido del derecho real establecido (arts. 2 LH, 467, 523, 594, 598, 1.648.2 Cc y 7 y 51.6 RH).

c) *El título constitutivo de los derechos reales sobre acciones o participaciones sociales. Regla especial*

No obstante lo anterior, cuando el derecho real recae sobre acciones o participaciones sociales, su configuración no puede menoscabar o entorpecer la vida y funcionamiento de la sociedad, de modo que se hace necesario deslindar una doble vertiente: la relativa a las relaciones internas entre el socio y el titular del gravamen, cuya regulación corresponde primordialmente al título constitutivo. Por otra parte, la referente a la legitimación de los interesados frente a la sociedad

que, por comprometer el desenvolvimiento de esta última, ha de venir ordenada de forma precisa y completa en la norma rectora de su funcionamiento, sean los estatutos o la Ley, tal y como se desprende de los artículos 41 y 42 de la LSA.

d) *Discordancia entre las fuentes (título constitutivo y estatutos o Ley) que configuran el derecho real*

Esta dualidad de fuentes determina que la configuración del derecho real deba adecuarse a las previsiones estatutarias o legales, de modo que la legitimación formal que éstas entrañan quede debidamente coordinada con la relación sustantiva a cuyo desenvolvimiento atiende. Mas si así no ocurriese y existiesen discrepancias, frente a la sociedad habrá de mantenerse la eficacia de la actuación realizada por quien estatutariamente aparezca legitimado, aun cuando sustantivamente carezca de facultad para ello, pero sin perjuicio de las repercusiones que en el orden interno puedan derivarse.

e) *Singularidad del caso debatido: actuación abusiva que, todavía, no compromete derechos de terceros*

En el presente supuesto concurren en un solo sujeto, que conoce la discrepancia entre las fuentes que definen el alcance de su derecho, la titularidad de la prenda sobre todas las acciones sociales. Como son principios básicos de nuestro ordenamiento que los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe y que no debe protegerse al ejercicio abusivo de los mismos (art. 7 Cc) y como, además, es la necesaria protección de los derechos de terceros que confían en la exactitud de las apariencias legítimamente creadas la que determina el mantenimiento de aquellas actuaciones que, amparadas en los estatutos sociales, contradicen la relación jurídica subyacente, no debe reconocerse validez a aquella actuación (formación de la voluntad social) en la que no se compromete todavía ningún derecho de terceros cuya protección reclamase su mantenimiento, pues no sólo es abusiva, sino que además envuelve un incumplimiento contractual flagrante con grave detimento para los propietarios de las acciones gravadas, que ven inutilizadas unas facultades jurídicas que legítimamente les pertenecen, aun cuando para su concurso necesiten del concurso del acreedor pignoraticio (art. 1258 Cc).

11. HIPOTECA: CANCELACION

Es inscribible la escritura de cancelación de hipoteca ordinaria otorgada por el deudor que acredita la posesión de los cambiales mediante las cuales se instrumentó el pago del préstamo garantido. (Res. 30 de octubre de 1989, «B.O.E.» de 24 de noviembre).

I. ANTECEDENTES

1. Mediante escritura pública se constituye hipoteca en garantía de un préstamo que el deudor se compromete a devolver mediante la atención de diversas cambiales, que sumaban el total importe de aquél y se identificaban en cuanto a su clase, numeración y vencimiento. Posteriormente el deudor-hipotecante otorga escritura de cancelación, acreditando al Notario la posesión de las letras, ya vencidas.

2. Se deniega la cancelación instada, entre otros, por los siguientes defectos: oponerse a ello lo dispuesto en los artículos 82.1 de la Ley Hipotecaria y 179 del Reglamento Hipotecario y por no ser aplicable el artículo 156 de la Ley Hipotecaria, pues no se trata de una hipoteca en garantía de títulos.

3. El auto presidencial aun manteniendo que no se trataba de una hipoteca cambiaria, revoca la nota del Registrador, aduciendo que no tiene sentido mantener un gravamen cuando se ha verificado el derecho que garantiza, por lo que es aplicable el artículo 82.2 de la Ley Hipotecaria.

II. DOCTRINA DE LA DIRECCION

- a) *La tenencia por el aceptante de una cambial vencida basta para entender que está pagada y, consiguientemente, extinguida la obligación causal*

La justificación del extinguimiento de crédito garantido, en el caso debatido, no puede desconocerse si se tiene en cuenta: a) Que el pago de las cambiales implica la satisfacción y consiguiente extinción de la relación subyacente (1.170 Cc) b) La conjunción del efecto legitimador derivado de la posesión de los títulos-valor, con la naturaleza de la letra como título de presentación determinan en la sola tenencia por el aceptante de la letra vencida una apariencia de pago, eficaz, *erga omnes* en tanto no sea judicialmente desvirtuada. c) La identidad documental entre los títulos emitidos y los ahora inutilizados queda suficientemente garantizada por el carácter público del documento que relata las cambiales, en el que el Notario afirma que procede a su inutilización, y la reseña de la serie y número de aquéllas en el título constitutivo de la hipoteca.

- b) *Concordancia tabular con la realidad jurídica extrarregional y principio de legitimación*

Es principio básico de nuestro sistema hipotecario el de la salvaguardia judicial de los asientos del Registro (art. 1 LH), y consiguiente exigencia para su rectificación, del consentimiento del titular o, subsidiariamente, de la resolución judicial oportuna. Mas, dicho principio ha de coherir con el no menos importante de concordancia entre el contenido tabular y la realidad jurídica extrarregional; de modo que acreditada suficientemente la extinción del derecho inscrito, cualquiera que fuese la causa, procederá la cancelación del asiento sin necesidad del consentimiento de su titular (art. 1, 2.1, 79.2 y 82 LH).

c) Cancelación de hipoteca, justificando la extinción del derecho asegurado

De igual forma ha de ocurrir, dada su accesoriedad, con el derecho real de hipoteca cuando la obligación asegurada queda extinguida por el pago (art. 1.156 Cc) y éste sea debidamente justificado al Registrador en todos sus elementos jurídicamente relevantes, sin que frente a estos criterios legales puedan prevalecer reglas de rango inferior.

12. SOCIEDADES ANONIMAS: ORGANO DE GESTION

La gestión social no puede estar encomendada a la Junta General.

La Junta General no puede otorgar directamente una escritura de poder. (Res. 31 de octubre de 1989, «B.O.E.» de 20 de noviembre).

I. ANTECEDENTES

Don A y don B otorgaron, como únicos socios de la sociedad DOS, S. A., una escritura en la que disponen: «...dar a este acto el carácter de Junta Universal, en la que también por unanimidad adoptan los siguientes acuerdos: Primero.—Que la Junta General asuma la representación de la sociedad, ya que en este momento no existe Consejo de Administración por haber dejado de ostentar la condición de accionistas las personas que lo componían hasta tanto no sea nombrado un nuevo Consejo. Segundo.—Revocar el apoderamiento concedido a.... Tercero.—Conceder poder a favor de los accionistas», don A y don B (con facultades generales de administración, disposición, etc.).

II. DOCTRINA DE LA DIRECCION*a) Necesidad de que exista un órgano de gestión diferenciado de la Junta General*

La LSA exige la existencia de un órgano de gestión distinto de la Junta (arts. 11.3, 71 y art. 102.h RRM), de carácter permanente, con determinación individual de sus miembros y exigencia a los mismos de ciertos requisitos de aptitud, que además de añadir estabilidad, profesionalidad y responsabilidad a la dirección de los negocios sociales, asegura el normal desenvolvimiento de la actividad social, tanto en las relaciones externas como en el orden interno.

b) Inhabilidad de la Junta para el desarrollo de la función de gestión social

La función de gestión social encomendada a los administradores es incompatible por su propia naturaleza, con las especiales características de un órgano colegiado como es la Junta General. Este actúa de manera intermitente, sus miembros varían con la misma facilidad con que se transmiten las acciones, su régimen, convocatoria, etc., se caracteriza por una rigidez que mal se aviene con las exi-

gencias puntuales de la administración de los asuntos sociales. Además, desde una perspectiva interna, la atribución a la Junta de la administración social implicaría la necesidad de arbitrar un sistema de convocatoria que difícilmente se co-honestaría con las exigencias legales al respecto.

c) *La Junta no puede otorgar o revocar directamente una escritura de poder*

Toda vez que la gestión y representación de la sociedad corresponde por Ley (art. 76.1 LSA) al Consejo de Administración, siendo éste el órgano competente para —en ejecución del acuerdo de la Junta, que por sí carece de facultades representativas— comparece ante Notario y otorgar las correspondientes escrituras de poder o revocación.

d) *Vigencia de la anterior doctrina aun cuando el Consejo se halle vacante. Sentido del inciso 2.º del artículo 76.1 LSA*

Lo anterior no pierde vigencia por el hecho de que el Consejo se halle vacante y sea necesario proveer de otro modo al adecuado funcionamiento de la sociedad. No cabe invocar el inciso 2.º del artículo 76.1, que se refiere a la previsión estatutaria de otro tipo de órgano de gestión social no colegiado (cfr. art. 102.h. RRM), con las facultades que le atribuyan los estatutos y los acuerdos de la Junta General y que como mínimo se extenderán a todos los asuntos pertenecientes al giro o tráfico de la empresa.

13. SOCIEDAD ANONIMA: APORTACION DE EMPRESA. DETERMINACION DEL OBJETIVO SOCIAL

Es viable la aportación a una sociedad de una empresa, con sus deudas, que seguirán siéndolo del aportante, en tanto no consientan los respectivos acreedores.

Al definir genéricamente el objeto social, se deben excluir aquellas actividades para cuyo ejercicio exige la Ley requisitos especiales que no concurren en el ente constituido. (Res. 17 de noviembre de 1989, «B.O.E.» de 12 de diciembre).

I. ANTECEDENTES

a) *Hechos*

Se constituye una sociedad anónima a la que uno de los socios, la entidad Z, S. A., aporta, en pago del capital que suscribe, una empresa o negocio como un todo o una globalidad, con los bienes y deudas. El artículo 2-f de los estatutos de la entidad constituida dispone que constituye el objeto social, entre otras, las siguientes actividades: «El desempeño de comisiones y representaciones para todo género de actividades de lícito comercio...»

b) *Calificación registral*

El Registrador suspende la inscripción por: «1.—No consta el consentimiento de los acreedores para la transmisión del “pasivo” del negocio aportado (art. 1.205 Cc). 2.—La expresión contenida en el artículo 2-f de los Estatutos «requiere, por su amplitud, salvar expresamente lo dispuesto en la legislación especial, que puede atribuir con carácter exclusivo el desempeño de alguna de aquellas actividades a determinados profesionales».

II. DOCTRINA DE LA DIRECCION**a) *Transmisión pasiva de obligaciones***

Es cierto que en nuestro ordenamiento (salvo los supuestos de sucesión universal por muerte de las personas físicas o extinción de las jurídicas) la sustitución de un nuevo deudor en lugar del primitivo no puede producirse sin el consentimiento del acreedor (arts. 1.205 y 1.257 Cc), pero también lo es que no cabe excluir la eficacia de aquellos pactos que, sin intervención del acreedor, celebre con un tercero el deudor acerca del pago de una deuda suya y que contraen sus efectos a la relación interna tercero-deudor, sin alterar el crédito ni excluir la acción de su titular contra quien frente a él se obligara y que continúa siendo el sujeto pasivo de la obligación (vid. arts. 1.158 y 1.255 Cc; 2-3.^º y 118-2 LH). Es, pues, perfectamente posible en nuestro sistema la transmisión de bienes a cambio del compromiso del adquirente de abonar a su vencimiento determinadas deudas del transmitente (vid. arts. 609, 1.254, 1.255, 1.274, etc. Cc) o, como ocurre en el caso, como un negocio mixto de transmisión de un activo a título de aportación y, a la vez, en contraprestación del compromiso interno que asume la sociedad de pagar a su vencimiento las deudas determinadas, que seguirán siéndolo del aportante, en tanto no consientan los respectivos acreedores.

b) *Determinación del objeto*

Es doctrina reiterada de este centro directivo: a) Que corresponde en exclusiva a los constituyentes la definición del objeto social y sobre el ámbito así delimitado, se predicará la ilicitud, imposibilidad o exigencia del cumplimiento de ciertos requisitos añadidos. b) Que al ser la definición estatutaria y no el efectivo desenvolvimiento posterior de las actividades en él comprendidas, lo que determina la aplicabilidad de disposiciones especiales que exigen el cumplimiento de ciertos requisitos por razón del ámbito de actuación delimitado, es preciso que desde el momento fundacional la sociedad reúna aquellas exigencias que hagan viable el desarrollo completo de todas las actividades que conforman el objeto social. c) Que la delimitación por el género comprende la de todas sus especies y no a la inversa. Por todo ello ha de concluirse que en el presente caso, la amplitud de los términos utilizados en la cláusula estatutaria debatida precisa de la necesaria previsión complementaria que excluya aquellas concretas actividades de intermediación cuyo desempeño exige el cumplimiento de ciertos requisitos que no concurren en el ente constituido.

14. SOCIEDAD ANONIMA: QUORUM DE ASISTENCIA A LA JUNTA

Si coexisten acciones nominativas y al portador, se ha de computar el *quorum* de asistencia como si todas las acciones fuesen de esta última clase. (Res. de 20 de noviembre de 1989, «B.O.E.» de 12 de diciembre).

I. ANTECEDENTES

La Junta General de UNA, S. A., con acciones al portador, decidió aumentar su capital, mediante la emisión de nuevas acciones al portador, que queda enteramente suscrito y desembolsado en un 50 por 100 e incluir en sus estatutos un artículo transitorio donde se disponía que las nuevas acciones tendrían interinamente, hasta su total desembolso, carácter de nominativas y que «el derecho de voto se ejercerá en proporción al capital desembolsado y regirán los *quorum* de concurrencia, inscripción en el libro registro y demás particularidades de las acciones nominativas, previstas en la Ley de Sociedades Anónimas».

II. DOCTRINA DE LA DIRECCION

Concurriendo acciones nominativas y al portador, no cabe exigir para la constitución de juntas, la presencia del porcentaje de los socios exigido por la Ley de Sociedades Anónimas —sin hacer más determinaciones—, porque sobre cumplir la claridad exigible, se rompe, exigiendo un *quorum* de socios, con los criterios a que hace referencia la resolución de 2 de febrero de 1957.

15. SOCIEDADES ANONIMAS: DISOLUCION SIN LIQUIDACION

No es posible la extinción de una sociedad disuelta, que cede globalmente su activo y pasivo a otra sociedad, sin previa liquidación salvo que se respeten las cautelas que establece la ley para asegurar la debida tutela de acreedores y accionistas (publicidad, derecho de separación y de oposición. Arts. 134, 144, y 145 LSA). (Res. 21 de noviembre de 1989, «B.O.E.» de 12 de diciembre).

I. ANTECEDENTES

La Junta General de accionistas de UNA, S. A. ratifica el acuerdo de cesión global de su activo y pasivo (con inclusión del «remanente del capital social») a la compañía PEMÁ, S. A., cuya Junta General aceptó la asunción de tal cesión. La sociedad cedente, en la misma sesión, también acuerda disolverse, cesando al Consejo de Administración y sin nombrar liquidadores, toda vez que la indicada cesión excluye la necesidad de apertura del proceso liquidatorio.

Los anteriores acuerdos fueron formalizados mediante la pertinente escritura pública cuya inscripción en el Registro Mercantil fue suspendida por no cumplirse «los requisitos de publicidad exigidos por el artículo 134 de la LSA ni los de tutela de acreedores del artículo 145 de la LSA».

II. DOCTRINA DE LA DIRECCION

a) *Intereses a proteger en la disolución y extinción de sociedades anónimas*

La extinción de la sociedad anónima está supeditada a la conclusión de todas sus relaciones jurídicas aún en vigor, esto es, la satisfacción de las deudas pendientes y el reparto del remanente entre los socios; de ahí que el artículo 154 de la LSA disponga la conservación de la personalidad jurídica, pese al acuerdo disolutorio, en tanto se efectúe el proceso de liquidación de los derechos de los acreedores sociales y de los socios.

b) *Supuestos de disolución sin liquidación. Interpretación del artículo 155 de la LSA*

Ciertamente el artículo 155 de la LSA avala la no necesidad de abrir el período liquidatorio en los casos de cesión global del activo y pasivo; pero, dicho precepto debe ser interpretado en armonía con el sistema jurídico global (art. 3 Cc) so pena de lesionar intereses plenamente reconocidos y garantizados por normas generales.

c) *Cesión global de activo y pasivo: tutela de acreedores*

1. Transmisión pasiva de obligaciones. Regla general

Es regla general de nuestro ordenamiento que no puede producirse la sustitución de un nuevo deudor en lugar del primitivo sin el consentimiento del acreedor.

2. La cesión global no es liberatoria para la entidad cedente

En consecuencia, aquella cesión global sólo tendrá efecto liberatorio para la cedente si concurre el consentimiento de cada uno de los acreedores, pues, en caso contrario, la eficacia de tal cesión queda relegada a la esfera interna de las relaciones entre los otorgantes y subsiste para el cedente la condición de deudor, siendo, entonces, necesario la apertura del proceso de liquidación y la adopción de las previsiones que permitan su realización.

3. Necesidad del consentimiento del acreedor y confusión patrimonial en su perjuicio

En contra de lo anterior no cabe invocar que, puesto que la cesión operada comprende todo el activo y pasivo de la sociedad en beneficio de un mismo sujeto que la acepta y va seguido de la extinción de la sociedad cedente, puede entenderse como determinante de una transmisión patrimonial en bloque sin necesidad del consentimiento individual de los acreedores afectados, pues, la confusión pa-

rimonial consiguiente diluiría, en perjuicio de los acreedores, la afección, antes existente, del activo social en garantía del cumplimiento de las obligaciones integrantes del pasivo (art. 1.911 Cc).

4. Aplicación analógica de las normas que regulan la fusión: sustitución del consentimiento individual de los acreedores por las cautelas que aquéllas establecen

Por otra parte, no cabe desconocer que nuestro ordenamiento para un supuesto en que se produce esa cesión global en favor de un único sujeto con extinción del cedente, cual es la fusión, si bien prescinde del consentimiento individual de los acreedores, arbitra para protegerles de aquel riesgo inherente a la confusión patrimonial, una serie de requisitos y cautelas en su favor (arts. 143, 134 y 145).

Por tanto, no es que sea imperativa la observancia de los requisitos establecidos para la fusión, sino que su cumplimiento es lo que permitirá, por vía analógica, reconocer a la cesión global operada (que no consta haya sido consentida por los acreedores) plena eficacia liberatoria, siendo entonces innecesario, por lo que a los acreedores se refiere, la apertura del proceso de liquidación.

d) *Posición jurídica del socio*

La posición jurídica del socio evidencia la necesidad de que no tenga éste menos garantías en el supuesto de cesión global del activo y pasivo que en el de la fusión, pues, a diferencia de lo que ocurre en éste, en el caso de la cesión no pasa a ser socio de la cesionaria y es, por tanto, preciso atender al reparto entre ellos del remanente social.

e) *La conversión del derecho del socio en un crédito contra la entidad cedente precisa su consentimiento*

El derecho del socio a participar en el remanente social no puede convertirse sin su consentimiento individual en un simple crédito contra la entidad cesionaria con plena liberación de la entidad cedente. Esto significaría no ya omitir las garantías que la ley asigna a cada socio en el proceso de liquidación (arts. 165, 166 y 167 LSA), sino la vulneración del derecho mismo a participar en el reparto del patrimonio social (art. 39 LSA).

f) *Derecho de separación*

Por ello, en la fusión —a pesar que la conversión que se produce no es en un derecho de crédito, sino en una participación social— se reconoce el derecho de separación al socio que no hubiese votado a favor del acuerdo, se garantiza la efectividad de este derecho con la adecuada publicidad y, si se ejerce, debe serle satisfecha su parte en el patrimonio social con carácter previo a la ejecución de aquélla (art. 146 LSA).

16. TESTAMENTO: INTERPRETACION

1. En la interpretación del testamento ha de prevalecer su tenor literal cuando no aparezca que fue otra la voluntad del testador (art. 675 Cc).
2. El artículo 783 del Código civil sanciona la exigencia de llamamiento expreso para la validez de la restitución fideicomisaria. (Res. 5 de diciembre de 1989, «B.O.E.» del día 27).

17. NACIONALIDAD. SU PRUEBA MEDIANTE EL DNI

La consignación en escritura pública del D.N.I. del compareciente, es suficiente para acreditar su nacionalidad española. (Res. 7 de diciembre de 1989, «B.O.E.» de 27 del mismo mes).

I. ANTECEDENTES

a) *Hechos*

El señor L comparece ante Notario para elevar a públicos ciertos acuerdos sociales, de los que resulta, merced a la ampliación de capital adoptada y suscripción operada, que el compareciente deviene titular del 95 por 100 del capital social. En la escritura se refleja, entre las menciones de identidad del otorgante, el número de su D.N.I., pero no se hacen otras referencias a su nacionalidad.

b) *Calificación registral*

Se suspende la inscripción «por no manifestar ni acreditarse por el socio suscriptor, don L, su nacionalidad con arreglo a lo dispuesto» en la legislación sobre inversiones extranjeras y control de cambios.

II. DOCTRINA DE LA DIRECCION

a) *Significado de la expresión D.N.I. en el documento notarial*

La expresión del número del D.N.I. entre las circunstancias del compareciente en los documentos notariales españoles se refiere, sin duda, si no se dice otra cosa, al documento nacional de identidad expedido por las autoridades españolas cuya consignación, según las reglas que rigen este documento, es obligatoria para el Notario.

b) *Alcance del D.N.I. como medio de prueba de la nacionalidad española. La legislación sobre inversiones extranjeras*

Conforme a sus normas reguladoras, el D.N.I. sirve para acreditar, salvo prueba en contrario, la nacionalidad española del titular, y cualquiera que sea el valor que haya de darse en otras esferas a este signo de nacionalidad, es evidente, según las mismas normas, que «ninguna oficina pública incluida en el ámbito de aplicación de la Ley de Procedimiento Administrativo podrá requerir la presentación de documentos distintos del D.N.I. para acreditar los datos que consten en los mismos (cfr. R. D. 1.245/1985, de 17 de julio). El RG. de Inversiones Extranjeras, por su parte dispone, que «el procedimiento de tramitación administrativa de las inversiones extranjeras será el establecido con carácter general en el título IV de la Ley de Procedimiento Administrativo»; en consecuencia, ni el Notario ni el Registrador deberán exigir en sus funciones de auxilio, respecto de este procedimiento, pruebas que no se exigirán en el procedimiento mismo.

18. ALBACEA: FACULTAD DE ENAJENAR

Las facultades de enajenar del albacea han de enjuiciarse, no habiendo legitimarios, a tenor de lo dispuesto en el testamento. (Res. 25 de enero de 1990, «B.O.E.» de 14 de febrero).

I. ANTECEDENTES

Un albacea nombrado, junto con otras dos personas y con carácter solidario, «con las más amplias facultades incluso la de vender inmuebles y cualesquiera otros bienes», vendió una finca mediante escritura, que otorgaba en ejercicio del poder que ostenta. En dicha escritura admite, sin embargo, que la finca que vendió ya estaba adjudicada en un documento particional privado, si bien, hace constar que la veracidad y autenticidad de dicho cuaderno particional era objeto de acciones judiciales.

II. DOCTRINA DE LA DIRECCION

a) *Facultad de enajenar del albacea*

De acuerdo con el artículo 901 del Código civil, y no habiendo legitimarios, los poderes de enajenar han de enjuiciarse por lo dispuesto en el testamento y no por lo previsto en el artículo 903 del Código civil. No se excluye que en el caso pudiera haber abuso o desviación, pero ni es el Registrador a quien tiene que rendir cuentas el albacea, ni se puede afirmar, por los documentos presentados, que exista tal abuso, en términos oponibles al comprador.

b) *Principios hipotecarios de legalidad y legitimación*

El principio de legalidad exige, con rigor, que sean inscritos sólo los negocios que, por lo que resulta de los documentos presentados y del propio registro sean ciertos y válidos. Si en el título básico el mismo otorgante pone en duda su propio poder y, por tanto, la validez de la venta, no puede procederse a la inscripción mientras estas dudas no estén dilucidadas.

JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

I. SENTENCIAS COMENTADAS

SALVADOR DURANY PICH

Profesor Ayudante Derecho civil U. Pompeu Fabra. Barcelona

OFERTA, CONSENSUALIDAD Y VOLUNTAD UNILATERAL EN EL CONTRATO DE SEGURO

(Comentario a la sentencia TS DE 2.2.1990 (1)

HECHOS.—El señor propietario de un videoclub en Barcelona, concertó el 22 de mayo de 1984 una póliza de seguros con la *Sociedad Compañía de Seguros y Reaseguros Generales DAPA, S. A.*, por medio de su agente, la señora Asunción. El capital asegurado eran 4.000.000 de pesetas, y su objeto, garantizar los daños que pudieran sufrir los videos (robo, incendio, etc.).

Unos meses más tarde, en octubre de 1984, el actor solicitó de dicha agente una ampliación del capital asegurado hasta 7.500.000 de pesetas, debido a un aumento de existencias. El 19 de octubre, la agente redactó una carta a la entidad aseguradora en este sentido, que fue entregada por su marido, el señor Antonio, el 23 del mismo mes, como era práctica habitual entre la agente y aquélла. En la misma, entre otras cosas, se decía: «por lo que ruego me envíen el oportuno suplemento de aumento así como recibo del mismo a la mayor brevedad posible (...). Esperando dicho suplemento...».

El 22 de noviembre del mismo año se cometió un robo en el local asegurado por un valor de 8.315.000 de pesetas. En esa fecha la solicitud todavía no había sido contestada. El asegurado consideraba que se había perfeccionado el contrato de ampliación, pues, entre otras cosas, el marido de la agente había visitado varias veces durante ese mes la oficina de la aseguradora y nadie le manifestó la intención de rechazar dicho aumento. Sin embargo, la compañía le ofreció una indemnización de 3.249.930 de pesetas sobre el capital inicial asegurado de 4.000.000 de pesetas. El señor C. S. no aceptó y exigió 7.170.000 de pesetas,

(1) STS 2 de febrero de 1990 (Ponente: señor Pedro GONZÁLEZ POVEDA), *La Ley*, 2 de mayo de 1990, en «Aranzadi», 652.

ante la negativa de la compañía, el asegurado la demandó y solicitó el pago de los restantes 3.920.070 de pesetas hasta llegar al total indemnizatorio.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 12 de Barcelona de 18 de febrero de 1987, no dio lugar a la demanda.

El demandante recurrió en apelación. La Sala Tercera de la Audiencia Territorial de Barcelona acogió parcialmente el recurso, y condenó a la compañía aseguradora al pago de 3.920.070 de pesetas más los intereses legales.

Esta recurrió en casación y alegó los siguientes motivos: 1.º aplicación indebida de los artículos 1.249 y 1.253 del Código civil, al no ser correcta la conclusión a que llegó el Tribunal de Instancia, por vía de presunción, de que existió una voluntad tácita de la entidad aseguradora de ampliar el ámbito obligacional de la póliza concertada, ya que el silencio, en términos genereales, no tiene validez como declaración de voluntad; 2.º falta de aplicación del artículo 5 Ley Contrato de Seguro, 3.º falta de aplicación del artículo 6, Ley Contrato de Seguro.

El Tribunal Supremo, entrando a considerar tan sólo el primer motivo —pues al estimarlo no tuvo necesidad de examinar los dos restantes—, dio lugar al recurso interpuesto por la entidad aseguradora, casó la sentencia de la Audiencia y confirmó la de Primera Instancia. La sentencia contiene un voto particular, efectuado por el Magistrado José Luis ALBACAR LOPEZ:

a) La sentencia niega que la solicitud del señor C. S. de ampliar el capital asegurado sea una oferta de contrato, pues no cumple uno de los requisitos de la oferta, a saber, la vinculación del oferente (pues el art. 6.1 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro —en adelante LCS— manifiesta que «la solicitud de seguro no vinculará al solicitante»). En el contrato de seguro, *la oferta siempre la realiza el asegurador*, y es el asegurado quien la acepta. Por ello, al no existir una oferta por parte de aquél, no se puede producir la aceptación. En consecuencia, no existe el pretendido contrato modificativo de ampliación del capital asegurado. Lo que ocurrió en realidad fue que el asegurado solicitó a la compañía que le ofreciera una ampliación. Pero como ésta no había dicho nada hasta el momento de producirse el robo, no había habido oferta y, por tanto, tampoco contrato.

b) El *Voto particular*, por su parte, defiende la confirmación de la sentencia de la Audiencia: una cosa es la promesa unilateral y otra la oferta. El artículo 6.1 LCS únicamente establece que la solicitud no vincula (es decir, el oferente no está obligado a mantener su oferta: promesa unilateral), pero no indica que no sea una oferta. Oferta que con la aceptación de la misma (de manera expresa o tácita) perfecciona el contrato, ya que éste es *consensual*. Por ello, la solicitud del asegurado tenía el carácter de oferta, la cual fue aceptada tácitamente por la compañía (pues pasó un mes entre la solicitud y el evento, tiempo que excede del normal y natural para dar una respuesta negativa).

COMENTARIO

Varios temas serán objeto de este comentario: 1) si la oferta es vinculante o puede ser revocada, 2) quién puede ser oferente en el contrato de seguro: sólo la aseguradora o también el asegurado, 3) consensualidad o formalismo en el contrato de seguro, 4) diferencias entre la declaración de voluntad unilateral y la oferta de contrato.

1. El problema de la vinculación de la oferta

a) En el *Derecho comparado* se ofrecen básicamente tres soluciones a esta cuestión (2):

a.1 Según la *primera*, la adoptada por el *Common Law*, la oferta puede ser revocada en cualquier momento anterior a la aceptación, incluso aunque se le haya dado un tiempo al destinatario para que considere la misma, es decir, que se haya prometido no revocarla. La única excepción a esa regla se da cuando la oferta vaya acompañada de *consideration* (3).

a.2 La *segunda*, dentro ya del *Civil Law*, es la de los ordenamientos germánicos, en el que la oferta, una vez conocida por su destinatario, es *vinculante*, a menos que expresamente el oferente haya advertido que no lo es (§ 145 BGB).

a.3 La *tercera solución*, también en el *Civil Law*, es la adoptada en los países del área latina, por ejemplo, en Francia o España: se parte del principio de que toda oferta es revocable, pero se admite que una oferta devenga irrevocable (a la que se puede llegar de manera expresa o tácita).

b) En nuestra doctrina predomina la tesis de que la oferta puede *revocarse* antes de perfeccionarse la aceptación (4). Véase también la sentencia de 7 de junio de 1986 (5) (oferta de compra de maquinaria revocada telefónicamente el mismo día de su aceptación) y las allí citadas.

c) El *contrato de seguro* no es una excepción a ese principio general de revocabilidad de la oferta. La LCS dispone en su artículo 6.1 que el solicitante no quedará vinculado por su solicitud, y que el proponente (la aseguradora) lo estará durante un plazo de 15 días. Plazo que la doctrina considera «de mínimos», en el sentido que no puede quedar vinculado menos de 15 días pero si lo puede estar más, si así se expresa en la proposición (6).

(2) Friedrich KESSLER y Edith FINE, *Culpa in contrahendo, Bargaining in Good Faith and Freedom of Contract: a Comparative Study*, 77 «Harvard Law Review» (1964), pp. 401-449, y Rudolf B. SCHLESINGER (editor), *Formation of Contracts (A Study of the Common Core of Legal Systems)*, Volumen I, New York, London, Oceana Publications, Stevens and Sons, 1986, pp. 109 a 111, y 745 a 791 (en especial, pp. 747 y ss. para el derecho norteamericano, pp. 769 y ss. para el francés y pp. 780 y ss. para el alemán, suizo y austriaco).

(3) Cfr. E. Allan FARNSWORTH, *Contracts*, Boston, Toronto, Little, Brown and Company, 1982, pp. 148 y ss. —para la revocación de la oferta—, y pp. 171 y ss. —para la posible revocabilidad de la oferta hecha con promesa de mantenerla durante un tiempo—.

(4) Agustín LUNA SERRANO, en: José Luis LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho civil*, Tomo II, Volumen 2.^º (2.^a ed.), Barcelona, librería Bosch, 1987. p. 90; Manuel ALBALADEJO, *Derecho civil*. Tomo II, Volumen 1.^º (8.^a ed.), Barcelona, librería Bosch, 1989. pp. 409 y s.; Luis DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil Patrimonial*, Tomo I (2.^a ed.), Madrid, Tecnos, 1986, pp. 206 y s.; Enrique LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *Sobre la perfección de los contratos en el Código civil*, «La Ley» (1989-2), pp. 1135-1154. En concreto, p. 1145; Francisco VICENT CHULIA, *Compendio Crítico de Derecho Mercantil* (3.^a ed.), Barcelona; José M.^a Bosch. Editor. 1990, p. 31. En contra José PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, Tomo I, Volumen 1.^º (3.^a ed.), Barcelona, Bosch, 1988, p. 189.

(5) STS 7 de junio de 1986 (PONENTE: señor Jaime SANTOS BRIZ), *Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 1986 (2.^º trimestre), «CGPI y BOE», número 357, pp. 1140 a 1146.

(6) Fernando SÁNCHEZ CLERO, «Conclusión, documentación, contenido de contrato», en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro* (dirigida por Evelio VERDERA y TUELLS), Madrid, Colegio Universitario de Estudios Financieros, 1982, p. 284.

2. El oferente y el contrato de seguro

¿Es cierto, como dice la sentencia, que únicamente se puede considerar oferta de contrato la proposición del asegurador, siendo la solicitud del futuro asegurado una simple invitación a ofrecer? ¿O esa solicitud también puede considerarse una oferta?:

a) En la *doctrina española*: a.1 Unos niegan la calidad de oferta a tal solicitud, en base a los siguientes argumentos: 1) el artículo 6.1 LCS refleja con claridad que la *solicitud del tomador no es una oferta*, porque no le vincula (7). 2) Considerar la solicitud como una invitación al asegurador para que ofrezca (*invitatio ad offerendum*) (8). 3) Tales solicitudes son incompletas, pues no contienen todos los elementos necesarios para que el contrato pueda perfeccionarse al recaer la aceptación de la aseguradora (9). a.2. Otros, en una posición minoritaria, defienden que la oferta pueda surgir del solicitante: «está claro que la “entrega” de la póliza, firmada por la entidad aseguradora, al tomador del seguro, perfecciona el contrato (art. 8); aunque no la haya firmado el tomador, pues el precepto parte de su oferta de contrato manifestada en la documentación que precede a la póliza» (10).

b) En la *doctrina del Common Law* se acepta que la oferta de contrato de seguro pueda ser realizada, tanto por la compañía aseguradora (normalmente mediante un agente) como por el futuro asegurado (11).

c) Creo que el solicitante puede ser oferente: 1.º el artículo 6 LCS habla tanto de solicitud como de proposición de seguro y entiende en ambos casos que se trata de una oferta de contrato. La única diferencia radica en que la última vincula al oferente (ponente) pero la primera no. Mas de ahí no se puede derivar que ésta no sea una oferta. Al contrario, viene a confirmar el principio general de que la oferta no es vinculante. Pero nada más; 2.º negar que la solicitud del seguro sea una oferta y que ésta pueda ser aceptada tácitamente (incluso como consecuencia de un silencio excesivo del destinatario) es abrir la puerta al posible abuso de las compañías aseguradoras: si durante ese período se produce el siniestro, pueden alegar que no hay contrato. Pero por otra parte, formalizan la póliza con efectos retrotraídos al momento de la solicitud; 3.º parece más beneficioso para el asegurado que se le pueda considerar oferente, pues así el contrato se perfeccionará antes, y se terminará esa cierta inseguridad jurídica en la que se encuentra. Además, siempre podrá revocar la oferta.

(7) Fernando SÁNCHEZ CALERO, *ibidem*, pp. 2183 y ss. Nótese el gran paralelismo entre esta argumentación y la de la sentencia; de hecho, ésta ha tomado el razonamiento de aquél.

(8) Joaquín GARRIGUES, *Contrato de Seguro Terrestre* (2.ª ed.), Madrid, imprenta Aguirre, 1982, pp. 91 y ss.

(9) Jesús ALFARO AGUILA REAL, Comentario a la sentencia 2 de febrero 1990, 22 *CCJC* (1990), pp. 209 a 318, p. 310.

(10) Francisco VICENT CHULIA, *Compendio Crítico de Derecho Mercantil* (número 4), p. 518.

(11) Una buena y completa exposición del Derecho de Seguros puede verse en E. R. HARDY IVAMY, *General Principles of Insurance Law* (5.ª ed.), London, Butterworths. 1986, en concreto para esta cuestión, pp. 94 y ss.

3. Consensualidad

Desde antes de la LCS se discute si el contrato de seguro se perfecciona al producirse el consentimiento de las partes, cualquiera que sea su forma (luego sería un *contrato consensual*), o si, por el contrario, es necesario para su perfección que el consentimiento se otorgue en forma determinada (*contrato formal*).

a) *Antes de la LCS*, la discusión se basaba en los artículos 1.793 del Código civil y 382 del Código de comercio, que exigían documento escrito público o privado suscrito por los contratantes. La doctrina se encontraba dividida:

a.1 Unos defendían la tesis de la consensualidad (12). Esta postura la basaban en el artículo 382 del Código de comercio en relación a los artículos 51 y 52 del mismo cuerpo legal, que establecen el principio de libertad de forma.

a.2 Otros eran partidarios de la formalidad (13). Sus argumentos eran: 1) el artículo 382 del Código de comercio, en relación al artículo 52 del mismo cuerpo legal; 2) la Exposición de Motivos del Código de comercio, que sancionaba con nulidad los contratos de seguro que no se redactasen por escrito; 3) el artículo 7 del Reglamento de Seguros, de 2 de febrero de 1912, que identificaba expedición de la póliza con perfección y vinculatoriedad.

b) En la *actualidad* la controversia continúa. Parece que la LCS no ha aclarado del todo la cuestión, aunque su artículo 5 diga que «el contrato de seguro y sus modificaciones o adiciones deberán ser formalizadas por escrito»:

b.1 Para unos, el mandato de dicho artículo ha de entenderse como un deber de documentar el contrato a los puros efectos probatorios, pero no como exigencia formal para la validez del mismo (14). Los argumentos de estas tesis son los siguientes:

1) El artículo 6.2 LCS, que consiente a las partes retrotraer los efectos del contrato «al momento en que se presentó la solicitud o se formuló la proposición», lo que no es compatible, dicen, con la solemnidad del contrato, ya que si pacta esa retroacción, el contrato se perfecciona antes de emitir la póliza.

2) La rúbrica de la sección segunda que habla de «conclusión» y «documentación del contrato».

3) El principio general en Derecho privado a favor de la consensualidad (arts. 1.254 y 1.258 Cc, y 51 y 52 Cco.).

4) El hecho de que si la ley vigente hubiese querido atribuir el carácter formal al contrato de seguro, así lo hubiera establecido expresamente.

(12) Rodrigo URÍA, *Derecho mercantil* (11.^a ed.), Madrid, 1976, pp. 562 y ss., Fernando SÁNCHEZ CLERO, *Instituciones de Derecho mercantil* (2.^a ed.), Valladolid, Ed. Clares, 1970, pp. 439 y ss.; Emilio LANGLE y RUBIO, *Manual de Derecho mercantil Español*, Tomo III, Barcelona, Bosch, 1959, pp. 537 y ss.

(13) Manuel BROSETA PONT, *Manual de Derecho mercantil* (3.^a ed.), Madrid, Tecnos, 1978, pp. 482 y ss. y Joaquín GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, Tomo II (7.^a ed., revisada con la colaboración de Fernando SÁNCHEZ CALERO), Madrid, 1979, pp. 278 y ss.

(14) Rodrigo URÍA, *Derecho mercantil* (16.^a ed.), Madrid, Marcial-Pons, 1989, pp. 628 y ss., Fernando SÁNCHEZ CALERO, *Conclusión, documentación del contrato y deber de declaración del riesgo* (art. 5 LCS), en «Comentarios al Código de comercio y legislación mercantil especial» (dirigidos por Miguel MOTOS y Manuel ALBALADEJO), Tomo XXIV, *Ley de Contrato de Seguro*, Volumen 1., Madrid, Ederesa, 1984, pp. 104 y ss., Joaquín GARRIGUES, *Contrato de Seguro Terrestre* (núm. 8), pp. 96 y ss., Jesús ALFARO AGUILA REAL, *Comentario* (núm. 9), p. 311 y ss.

5) Los trabajos preliminares (art. 4 del Anteproyecto de 1969 y art. 5 del de 1970).

b.2 Para otros, la ley ha venido a confirmar el criterio de la *formalidad* (15) [¿así?]. Esta posición se basa en los siguientes argumentos:

1) La claridad con que el artículo 5 LCS impone la necesidad de que el contrato se formalice por escrito.

2) El artículo 6.2 de la misma ley viene a decir que la eficacia del contrato comienza desde el momento en que se expide la póliza y la firman las partes, aunque se retrotraigan los efectos a un momento anterior.

3) El último párrafo del artículo 8 LCS, al establecer que se estará a lo dispuesto en la póliza a menos que las partes subsanen las posibles divergencias existentes por el procedimiento establecido, nos subraya la preeminencia de la póliza (lo escrito) sobre la propuesta y tratos negociales.

4) La clara conciencia existente en el debate parlamentario de que el contrato era formal.

5) Otros argumentos, de menor importancia, son el artículo 2 LCS, o el hecho de que la legislación especial de los seguros marítimos y obligatorios de automóviles y caza exija la forma escrita como constitutiva del contrato.

c) En el *Derecho comparado*, la solución *consensualista* es la más generalizada: la póliza tiene un valor meramente probatorio (16). También es la adoptada en la *Propuesta de Directriz de la CEE* en materia de Contrato de Seguro, en su artículo 2.6: «los documentos reseñados en los párrafos precedentes sólo tienen un valor probatorio» (17).

d) La *jurisprudencia* española ha experimentado una cierta evolución aunque no existe una línea doctrinal clara:

d.1 En la *jurisprudencia anterior a la LCS* se tendía a considerar *consensual* el contrato de seguro. Véanse como ejemplo:

— Sentencia de 3 de enero de 1948 (18). Como consecuencia de un contrato de compraventa de curtidos, el vendedor se comprometió a entregar la mercancía en Barcelona. El mismo día del transporte concertó por teléfono un contrato de seguro —con el objeto de asegurar dicho envío— con el agente de una compañía aseguradora, y lo formalizaron unos días después. Durante el viaje, a la altura de Alfáden (Zaragoza), el camión y la carga que contenía se incendiaron. La compañía se negó a indemnizar aduciendo que el contrato se había formado después de producirse el siniestro. El Tribunal consideró que el contrato se perfeccionó por teléfono.

— Sentencia de 6 de octubre de 1964 (19). El contrato de seguro tenía por

(15) Francisco VICENT CHULIA, *Compendio Crítico de Derecho mercantil* (número 4), pp. 516 y ss., y Manuel BROSETA PONT, *Manual de Derecho mercantil* (8.^a ed.), Madrid, Tecnos, 1990, pp. 504 y ss.

(16) Véase, por todos, E. R. HARDY IVAMY, *General Principles of Insurance Law* (núm. 11), pp. 114 y s. y 229 y ss.

(17) J. O de la CEE, 31 de diciembre de 1980, número C 355/30.

(18) STS 3 de enero de 1948 (Ponente: señor Felipe GIL CASARES), *Colección Legislativa. Jurisprudencia Civil* (enero-febrero 1948), núm. 1, pp. 5 a 29.

(19) STS 6 octubre de 1964 (Ponente: señor Manuel TABOADA ROCA, Conde de Borracheiros), *Colección Legislativa. Jurisprudencia Civil* (septiembre-octubre 1964), número 706, pp. 492-515.

objeto los bienes de un buque. La naviera propietaria no pagó las primas, y ante la reclamación por impago de la aseguradora, alegó que no estaba obligada a ello pues precisamente el no haber pagado las primas era una manifestación de no haber aceptado el contrato. El Tribunal le condenó al pago, en base a que el contrato se había perfeccionado por ser consensual.

d.2 *Después de la LCS*, se observa en nuestra jurisprudencia una tendencia a reconocer un cierto principio *formalista* en esta materia, aunque no llegue a exigir la firma por las dos partes del contrato definitivo y recepción por parte del asegurador de la prima del mismo y entrega de la póliza, pero que tampoco permite que con el simple acuerdo verbal, o solicitud por parte del futuro asegurado, el contrato se entienda vinculante. Son ejemplo de ello las siguientes sentencias:

— Sentencia de 7 de enero de 1982 (20). Se concertó un seguro de automóvil, y se pagó la primera prima. En el momento del juicio no se aportó la póliza ni documento similar, pero si pudo acreditarse el abono de la prima. El contrato se entendió perfeccionado.

— Sentencia de 24 de junio de 1982 (21). El recurrente presentó una solicitud de seguro voluntario de automóvil. Al producirse el accidente, el solicitante pretendió que la aseguradora cubriese los gastos al entender que el seguro voluntario se había perfeccionado. El Tribunal entendió que tal perfección no se había producido, pues no figuraba ni la firma ni el sello de la compañía, lo que significaba que todavía no la había aceptado.

— Sentencia de 23 de junio de 1986 (22). El propietario de una discoteca y el agente de la compañía aseguradora suscribieron una proposición de seguro de incendios que cubría el edificio y su mobiliario. Unos días más tarde dicho propietario pagó la prima del primer año. Dos semanas después se produjo un incendio en la discoteca que destruyó totalmente el edificio y cuantos enseres se hallaban en el mismo. La aseguradora se negó a cubrir el siniestro alegando que el contrato no se había perfeccionado. El Tribunal entendió que la suscripción conjunta de la proposición de seguro y el pago de la prima del primer año, eran hechos suficientes para considerar formado el contrato.

Sentencia de 24 de mayo de 1988 (23). El marido de la actora, poco antes de fallecer, dirigió una propuesta de contrato de seguro a la compañía. Al tiempo de morir aquél, aún no se había aceptado de manera expresa la propuesta, ni se había entregado ningún documento de cobertura provisional, ni se había pagado prima alguna. El Tribunal Supremo negó que se hubiese perfeccionado dicho contrato. Esta sentencia es importante porque éste se pronunció de manera expresa en torno a la cuestión. Se dice en el FD 2.^º que «el alegado principio consensualista propio de nuestro ordenamiento positivo y la concurrencia inicial de los

(20) STS 7 de enero de 1982 (Ponente: señor Cecilio SERENA VELLOSO), *Colección Legislativa. Jurisprudencia Civil* (enero-febrero 1982), número 7, pp. 61 a 71.

(21) STS 24 de junio de 1982 (Ponente: señor Jaime DE CASTRO GARCÍA), *La Ley* (1982-4), pp. 305 y ss.

(22) STS 23 de junio de 1986 (Ponente: señor Ramón LÓPEZ VILAS), *Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 1986 (2.^º trimestre) «CGPJ y BOE», número 407, pp. 1509 a 1516.

(23) STS 24 de mayo de 1988 (Ponente: señor Ramón LÓPEZ VILAS), *Aranzadi* 4330.

requisitos esenciales de los contratos (no permiten) obviar en materia de los de seguro la exigencia de suscripción de la póliza correspondiente o al menos de la proposición del seguro debidamente firmado por el asegurado, con abono por parte de éste de la prima inicial».

— Sentencia de 18 de julio de 1988 (24). El marido de la actora suscribió un documento de cobertura provisional de contrato de seguro de vida poco antes de fallecer. Dicho documento fue firmado también por el agente de la compañía, quien recibió a la vez el importe de la primera prima. El asegurado falleció sin haber recibido todavía la póliza. El Tribunal entendió que se había perfeccionado el contrato.

— Sentencia de 19 de septiembre de 1988 (25). La aseguradora dio asiento en su libro de Registro de Emisión de Pólizas y Suplementos a una solicitud de proposición de seguro contra robo. A la vez, el asegurado entregó al agente de la compañía la suma total de la prima anual. Unos días más tarde se produjo un robo en el local asegurado, y ante la negativa de la aseguradora de conceder la indemnización, el Tribunal estimó que dicho asiento en el libro suponía una aceptación de la solicitud.

— Sentencia de 28 de febrero de 1990 (26). El actor formalizó el documento provisional de cobertura del seguro y pagó la cuota anual. El Tribunal consideró que la aceptación del pago por la aseguradora debía entenderse como expresión del consentimiento de aceptar el contrato.

En realidad, lo único que demuestra esta jurisprudencia es que «el Tribunal Supremo sólo admite la existencia de un contrato de seguro cuando consta de alguna forma la voluntad definitiva de vincularse (...), pero ello no excluye que un contrato de seguro pueda quedar válidamente celebrado aún cuando su contenido no haya quedado reflejado en un documento escrito siempre y cuando conste de alguna otra forma el acuerdo de las partes» (27). En definitiva, según su naturaleza es consensual, pero los tribunales exigen en la práctica ciertas formalidades por necesidades de prueba. Para ello es suficiente la firma por ambas partes de la proposición de seguro y el pago de la prima anual.

e) La *sentencia* aquí comentada, por su parte *no estudia el tema*, a pesar de que el voto particular considera que se pronuncia en un sentido formalista (cfr. FD 3.^º del voto particular). Incluso se podría sostener que es partidaria de la consensualidad, pues en su FD 3.^º establece que «en el contrato de seguro el consentimiento surge por la concurrencia de la oferta y de la aceptación (art. 1.262 Cc), oferta que (...) consiste en la proposición por el asegurador, mientras que la aceptación se integra por la declaración de voluntad del asegurado aceptando las condiciones propuestas». En ningún momento señala la sentencia que tales declaraciones deban ser expresadas por escrito. De hecho, un poco más arriba, hablando de la oferta general, afirma que «la oferta en sentido técnico consiste

(24) STS 18 de julio de 1988 (PONENTE: señor Mariano FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO), *La Ley* (1988-4), pp. 124 y s.

(25) STS 19 de septiembre de 1988 (PONENTE: señor Gumersindo BURGOS PÉREZ DE ANDRADE), *La Ley* (1988-4), pp. 349 y s.

(26) STS 28 de febrero de 1990 (PONENTE: señor Ramón LÓPEZ VILAS), *La Ley*, 28 de mayo de 1990, p. 15.

(27) Jesús ALFARO AGUILA REAL, *Comentario* (núm. 9), p. 312.

en una declaración de voluntad dirigida por una de las partes a otra con el fin de concluir un contrato una vez se reciba la aceptación», definición que se enmarcaba de manera clara en el principio consensual del contrato.

f) Por último, el *voto particular* de la sentencia objeto de este comentario se muestra expresamente partidario del carácter *consensual*. Fundamenta su conclusión en lo siguiente: 1.º en base a una *interpretación sistemática* de la ley, derivada de sus artículos 6.2 y 8, último párrafo; 2.º según una *interpretación sociológica* de la misma, pues es práctica frecuente en la conclusión de esta clase de contratos su perfección (incluso verbal o telefónica) sin esperar la extensión de la póliza; 3.º al equiparar el artículo 5 LCS al artículo 1.280 del Código civil, en el sentido que ambos artículos exigen la forma escrita *ad probationem*, pero no quiere decir que el incumplimiento de tales formalidades implique la inexistencia de esos contratos.

4. La declaración de voluntad unilateral y la oferta contractual

La mayoría de la doctrina opina que la voluntad unilateral no es fuente de las obligaciones, aunque en algunos casos, por exigencias del tráfico jurídico, puede generarla (28). Pero es a la hora de determinar esos supuestos cuando surge el desacuerdo. Señala SANCHO REBULLIDA que entre los posibles casos de voluntad unilateral que pueden generar obligación (oferta de contrato, estipulación a favor de terceros, títulos de crédito a la orden y al portador, reconocimiento de deuda, donaciones por razón de matrimonio, promesa de fundación, promesa de recompensa, concurso con premio...), tan sólo estos dos últimos «gozan de plebiscito mayoritario» (29).

Ciertamente en la doctrina y en la jurisprudencia se ha utilizado este concepto de modo impreciso. La consecuencia ha sido que los términos de voluntad unilateral, declaración unilateral de voluntad y promesa unilateral han tenido diferentes acepciones. Fruto de ello, un mismo concepto se ha calificado de manera distinta, contribuyendo a la confusión.

Para resolver la misma, se ha sostenido: a) tan sólo son fuente de obligaciones las declaraciones unilaterales de voluntad expresamente establecidas en la ley (entendiendo ésta en sentido estricto: art. 1.090 Cc). Estas obligan (son irrevocables) desde el momento de su emisión. b) El resto de declaraciones unilaterales de voluntad no tienen por sí fuerza obligatoria, sino que acompañadas del consentimiento de que las recibe, aunque sea anterior (por ejemplo, exigiendo la declaración). Es decir, requiere aceptación, y como consecuencia de ello se trata de un contrato unilateral, en el que la unilateralidad reside en que sólo queda obligado el declarante (no hay contraprestación) (30).

(28) Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA en: José Luis LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho civil*, Tomo II. Volumen 1.º (2.ª ed.). Barcelona, Librería Bosch, 1985, pp. 173 a 181; Luis DÍEZ PICAZO, *Fundamentos* (núm. 4), pp. 401 y s.; Manuel ALBALADEJO *Derecho civil* (núm. 4), pp. 295 a 310.

(29) Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA, *Ibidem*, p. 176.

(30) Federico de CASTRO Y BRAVO, *Declaración unilateral de voluntad* (comentario a la STS 17 de octubre de 1975), 30 «ADC» (1977), pp. 194-207 y *De nuevo sobre la declaración unilateral de voluntad* (comentario a la STS 6 de marzo de 1976), 30 «ADC» (1977), pp. 938-951.

Desde este punto de vista, la oferta y la declaración unilateral de voluntad tipificada por la ley no pueden identificarse. La oferta es una declaración de voluntad dirigida a la conclusión de un contrato, pero que en sí no genera ningún tipo de obligación (salvo lo que podríamos llamar «obligaciones de comportamiento», como la buena fe, etc., que no consideramos aquí). En contra, la declaración de voluntad unilateral conlleva una obligación al declarante en los mismos términos de su declaración, por el simple hecho de haber manifestado el querer obligarse. Sin embargo, la oferta puede equipararse con la segunda acepción de declaración unilateral de voluntad, pues aunque los supuestos de hecho pueden ser diferentes, los efectos son los mismos: un contrato fruto de haber aceptado la declaración.

II. SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SANCHEZ

Colaboran: Joaquin ATAZ LOPEZ
Pilar BENAVENTE MORERA
Emilio BLANCO MARTINEZ
Gema DIEZ-PIECAZO GIMENEZ
Nieves FENOY PICON
Gabriel GARCIA CANTERO
Martín GARCIA RIPOLL
Regina GAYA SICILIA
Francisco LLEDO YAGÜE
Luis Miguel LOPEZ FERNANDEZ
Encarna SERNA MEROÑO

I. DERECHO CIVIL

1. PARTE GENERAL

1. Aplicación directa y eficacia derogatoria de la Constitución.—«El motivo debe ser estimado en parte, porque los Reales Decretos de 2 de junio de 1977 y 17 de febrero de 1978, si bien respetan la libertad de sindicación y asociación no pueden contravenir la libertad de asociación establecida en el precepto invocado como infringido y, por tanto, aunque antes de la vigencia de la Constitución nada obsta a la obligatoriedad de pago de las cuotas reclamadas, no es así después del comienzo de dicha vigencia por ser contrario a la libertad expresada de asociación. Por consiguiente, la demanda debe ser estimada sólo en parte, imponiendo el pago de las referidas cuotas devengadas hasta el 27 de diciembre de 1978 en que comenzó su vigencia la Ley fundamental, y desestimada en cuanto a las cuotas devengadas posteriormente, es decir, las correspondientes a los días 28, 29, 30 y 31 de diciembre de 1978 y todas las cuotas devengadas durante el año 1979. Por las mismas razones de oposición a la libertad de asociación debe ser estimado igualmente en parte el motivo segundo por infringir en la misma medida el artículo 28.1 de la Constitución vigente, que reconoce el derecho a la libre sindicación a partir del día en que comenzó a regir dicha norma fundamental, y en cuanto a la vigencia de los decretos de 1977 y 1978 ha de estimarse derogada por contrarios a los principios constitucionales que se dejan referidos.» (**STS 13 de diciembre de 1989; no ha lugar en parte**) (R. G. S.).

HECHOS.—Los recurrentes eran propietarios de fincas agrícolas. En su calidad de tales eran asimismo socios de la Cámara Local Agraria de Benicasim. Los recurrentes debían las cuotas de socios correspondientes a los años 1977, 1978 y 1979. Reclama la Cámara y el Juzgado de Primera Instancia los condena al pago de lo adeudado. La Audiencia confirma la sentencia del Juzgado y el Tribunal Supremo la de la Audiencia. Acuden los propietarios al Tribunal Constitucional en demanda de amparo. El alto Tribunal estima la demanda por entender que la normativa reguladora de las Cámaras Agrarias —cobertura legal de la exigibilidad de las cuotas reclamadas que no se derogó formalmente hasta 1986— ha quedado derogada por la Constitución al oponerse a sus artículos 22 y 28. De ahí que, reconociendo los derechos de libre asociación y sindicación de los propietarios, declare nula la sentencia del Supremo y ordene que se retrótraigan las actuaciones al momento anterior al de dictar sentencia. Sobre la base de estos postulados el Supremo dicta nueva sentencia estimando en parte el recurso de casación.

2. Doctrina de los actos propios.—«...el principio general de derecho de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos, ha sido sancionado de antiguo por la jurisprudencia de esta Sala que tiene declarado en cuanto a su alcance que los actos propios contra los cuales no es lícito accionar son aquellos que, por su carácter trascendental o por constituir convención, causan efecto, definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor, o aquellos que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho, por lo que el citado principio sólo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que hubieren creado una relación o situación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla (sentencias, entre otras, de 16 de junio y 5 de octubre de 1984; 23 de junio, 25 de septiembre y 5 de octubre de 1987; 25 de enero y 4 y 10 de mayo de 1989)...» (STS 20 de febrero de 1990; no ha lugar) (R.G.S.).

HECHOS.—Se dirige don Pedro G. al Juzgado de Primera Instancia para pedir la declaración de su condominio por mitad de la trainera «Mari Silvia II», que se decrete la correspondiente inscripción de su propiedad y se condene al demandado don José M. a rendir cuentas y abonarle el saldo en su favor que se produzca. Se estima parcialmente la demanda —en lo relativo a la rendición de cuentas y abono del saldo— si bien se declara improbadada la propiedad del actor. La Audiencia Territorial de Barcelona revoca la sentencia de primer grado acogiendo en su integridad los pedimentos de la demanda interpuesta por don Pedro. Don José M. interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo declara no haber lugar.

2. DERECHO DE LA PERSONA

3. Declaración de prodigalidad solicitada según el derecho derogado: enajenaciones en favor de la segunda esposa: improcedencia.—Como tiene declarada esta Sala en clásicas sentencias de 19 de junio de 1915, 30 de septiembre de 1930 y 25 de marzo de 1942, el concepto de prodigalidad emana de actuación mera-

mente arbitraria y caprichosa, reveladora de una propensión a gastos inútiles, con un espíritu desordenado, desconocimiento útil del capital en irracional complacencia, significativo de disipación y derroche en supeditación a satisfacción de necesidades artificiales, con el consiguiente ánimo meramente *dilacerando et dissipando*, en *dissipare bona*, consistente en gastos, y despilfarrar y realizar injustificadas enajenaciones, de modo que se ponga injustificadamente en peligro la conservación del patrimonio, con un continuado descuido en la administración garante de una conducta creadora de un peligro para el patrimonio, socialmente condenable por su injustificación; aspectos que no se revelan en el presente caso en el que únicamente se aprecia una actividad transmisiva por parte del demandado en favor de su segunda esposa, que si tienen causa irreal por falta de causa compraventa, no determinan situación de prodigalidad, sino de posibilidad de declaración de ineeficacia de tales actos transmisivos, cosa que hizo la sentencia recurrida.

La prodigalidad no es ánimo de liberalidad.—El conjunto del comportamiento del demandado revela una tendencia encaminadora a favorecer a su segunda esposa, con finalidad de cumplimiento generoso hacia ella, significativo de liberalidad, lo que no puede confundirse con la prodigalidad, en cuanto ésta supone una censura objeto de reprobación social, que no cabe apreciar en quien meramente trata de beneficiar a su cónyuge.

Sentencia penal por alzamiento de bienes.—La sentencia penal condenatoria por alzamiento de bienes se produjo por un comportamiento transmisivo consignado en escritura pública y documentos privados, estado de cuentas corrientes y libretas de ahorro, con finalidad de distraer bienes de un normal destino si no se produjeran tales circunstancias, pero no revelan un comportamiento significativo de gastos inútiles que pongan de manifiesto un espíritu desordenado, de disipación y derroche, que es la esencia de la prodigalidad. (**STS 2 de enero de 1990;** no ha lugar).

NOTA.—El tema de la prodigalidad sigue llamando la atención de nuestra doctrina, antes y después de las últimas reformas del Código civil, quizá por las vacilaciones e incertidumbres de que ha hecho gala el legislador sobre la razón de ser de la figura y sobre el régimen jurídico más adecuado (es obvio que si no se está seguro del papel que ha de jugar su regulación se resentirá). Después del tratamiento básico de DE CASTRO, hay que enumerar cronológicamente los estudios de O'Callagan (1978), Fernández Martín-Granizo (1984), M.^a del Carmen Gete-Alonso (1984), Montserrat Valero (1985), Salvador Coderch (1986) y Ossorio Serrano (1987); entre las obras generales, el excelente capítulo que Delgado Echeverría dedica al tema en LACRUZ, *Elementos I-2.^º*, 1990, p. 142-149.

Parece claro que el concepto de prodigalidad no ha variado en sí mismo, por lo que la presente sentencia resume la doctrina que puede considerarse clásica, tan acertadamente resumida en la sentencia de 25 de marzo de 1942 de la que fue Ponente Castán Tobeñas (ahora oportunamente editadas en el volumen *Las sentencias civiles de don José Castán Tobeñas*, Madrid 1990, p. 241 ss.). También resulta incuestionable que los hechos

en que se basaba la demanda no encajan en el concepto clásico de prodigalidad. Unicamente cabe oponer que no puede elevarse a nota característica general la de que el ánimo de liberalidad sea incompatible con la situación de prodigalidad (aunque en el presente caso si lo sea dado que el beneficiario es el cónyuge en segundas nupcias). Como dice DELGADO ECHEVERRIA, *loc. cit.* p. 144, no es preciso para que haya prodigalidad, que la ocasión o destino del gasto sean moralmente reprobables en sí, sino su aptitud para menguar el propio matrimonio, resultado que también puede conseguirse a costa de donaciones excesivas, desproporcionadas, aún con fines de piedad o beneficencia. No parece, en efecto, impensable que el segundo cónyuge pueda ser beneficiario de liberalidades tan desproporcionadas y excesivas que repreube la conciencia social por el perjuicio que ocasionen a los hijos del primer matrimonio. (G.G.C.)

4. Alcance del artículo 8.1 de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982: conexión específica con los derechos a la intimidad y a la propia imagen. Sentido de la autorización excluyente de la tacha de ilegitimidad. Autoridad competente para otorgarla.—«El artículo 8.1 de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, establece que no se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la Ley.

La exégesis de este precepto ha sido objeto de viva polémica en la doctrina; pero es justo convenir que la más acorde con su finalidad y esencia es aquella que viene entendiendo que tales actuaciones o acuerdos más parecen pensados para los derechos a la intimidad y a la propia imagen que para el derecho al honor específicamente entendido, ya que no es factible imaginar una autorización que permita atacar el honor de alguna persona.

Las denominadas notas de prensa, tan en uso hoy en día emanadas de autoridad o de agente de la autoridad, podrán dar a conocer un hecho o suceso para satisfacer el derecho de la información de la sociedad; pero estas notas nunca podrán ser el baluarte o salvoconducto de impunidad para agredir el honor ajeno, hasta el punto de que si alguien, amparándose en esas notas, emitiera o divulgará hechos contrarios al honor, incurriría en la sanción establecida en el artículo 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982.

Conforme a estos postulados, no puede aceptarse la gratuita tesis de la sentencia impugnada, en la que se afirma que el gabinete de la Guardia Civil actuó por delegación del Gobierno Civil y que los miembros de la Benemérita, pueden ser agentes de la autoridad dentro de la organización gubernamental del Estado con la lógica capacidad para hacer oficialmente las manifestaciones oportunas, resultado de las exigencias de la vida social, aunque sus reglamentaciones orgánicas no prevean tal posibilidad.

Al no existir ninguna autorización legislativa, toda nota de prensa que invadiera el derecho al honor de otra persona incidiría en el tipo del artículo 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982 y quien al socaire de tales notas las difundiera públicamente sería responsable de una agresión ilegítima al honor ajeno.» (STS 27 de febrero de 1990; ha lugar) (R. G. S.).

HECHOS.—En el periódico *Las Provincias* de Tarragona se publicó un artículo que llevaba por título: «Detenidos dos alemanes que asesinaron

al hombre que intentó violarles». El contenido se basaba en la nota de prensa que la Comandancia de la Guardia Civil había hecho pública al detener a los presuntos asesinos. La mujer e hijos de la víctima entendieron que la citada publicación representaba una injustificada agresión al honor del fallecido y al suyo propio y reclamaron indemnización por los graves daños morales sufridos. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Territorial desestimaron la demanda. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación estimando la demanda de los recurrentes.

5. Derecho al honor. Carácter personal. Proyección en el ámbito social y profesional. Coexistencia con la libertad de expresión. Valoración de las circunstancias concurrentes en el caso e interpretación contextual y teleológica de las manifestaciones supuestamente lesivas del derecho al honor o al prestigio comercial.—«Es indudable que tan necesario es el crédito y prestigio para la vida y desarrollo del comercio, como para la de los humanos es el honor, el cual, es un derecho derivado de la dignidad humana a no ser escarnecido o humillado ante uno mismo o ante los demás, reconocido como derecho fundamental, entre otros, en nuestra Constitución, y cuya negación o desconocimiento se produce, fundamentalmente, a través de cualquier expresión proferida o cualidad atribuida a determinada persona que, inexcusadamente, la haga desmerecer en su propia estimación o en el público aprecio, por ello, conforme ha ido perfilándose a lo largo de constante y reiterada jurisprudencia de esta Sala, el ataque 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 tanto, profesional o mercantil, negocial, en definitiva, en el que cada persona desarrolla su actividad; sin que la libertad de expresión, por otro lado, pueda justificar la difusión y atribución a una persona, identificada con su nombre y apellidos o susceptible de serlo por los datos o detalles difundidos, de hechos que la hagan desmerecer del público aprecio y respeto y reprochables a todas luces, sean cualesquiera los usos sociales del momento. Asimismo, es indudable que la protección jurisdiccional debe dispensarse haciendo aceptación de las características y circunstancias concurrentes en cada caso concreto, sin que sea legítimo respecto a las expresiones difundidas, radicalizarlas, extrayéndolas o desligándolas del contexto del escrito que las contiene ya que, por el contrario, debe acudirse siempre a la totalidad del mismo, para inducir así su verdadero sentido, siendo obligado, también, tomar en consideración la finalidad perseguida.» (STS 5 de diciembre de 1989: no ha lugar) (R.G.S.).

HECHOS.—Don Félix L. había comprado un coche. A los ocho meses de su adquisición el vehículo había pasado más de dos en el taller para «pequeños» arreglos, claxon, luz, guantera, asientos, embellecedor, sistema de inyección, aire acondicionado y cambio de cuatro pares de bujías. En su lógico descontento, don Félix envió escritos de diverso género —«Cartas al director» y «Breves»— a los periódicos locales en los que refería su odisea automovilística con mención expresa de la casa vendedora y variadas alusiones —por ejemplo, «Volkswagen ya es Seat»— a su profesionalidad. La empresa presenta demanda de protección jurisdiccional civil de los derechos fundamentales de la persona por intromisión ilegítima en su

derecho al honor y a la propia imagen. No entra en el Juzgado de Primera Instancia en la cuestión de fondo. La sentencia de la Audiencia revoca la de instancia y desestima la demanda. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—Sobre la problemática relativa al honor de las personas jurídicas, solamente incoada en esta sentencia, resulta de gran interés la jurisprudencia seleccionada por Manuel Ignacio FELIU REY en el número 4 de la Colección *Jurisprudencia Práctica*, recientemente editada por «Tecnos», de título más que elocuente: *¿Tienen honor las personas jurídicas?*

6. Legitimación activa: criterio para la apreciación de su existencia. Aplicación al ámbito de los derechos de la personalidad.—«Si la legitimación, sea *ad causam* o *ad procesum*, por constituir a manera de nexo o enlace entre la mera aptitud representada por la capacidad jurídica y la plenitud para la realización de cada acto jurídico implícita en la disposición, supone que el sujeto de las relaciones jurídicas se encuentre en ellas en la especial situación que le permita actuar en cada una de las mismas, es evidente que no podrá surgir, ni cuando el hecho o acto respecto del que es preciso ocupar u ostentar dicha situación no existiere o no se haya producido; ni si aún existiendo o habiéndose originado, el sujeto no ocupa respecto de ellos la adecuada posición; y así, la doctrina de esta Sala viene exigiendo de modo reiterado para que surja la legitimación el *summa gravaminis* (sentencia de 10 de noviembre de 1981 y las en ella señaladas entre otras), doctrina que como la generalmente dispensada por este Tribunal no es rígida ni inflexible y menos aún en estos casos, ya que no cierra el paso a ciertas otras posibilidades que pueden representarse y más aún con la mirada puesta en el artículo 24.1 de la Constitución Española; tal acontece con aquellas situaciones que afectan a derechos personalísimos del ser humano —intimidad, honor, libertad de expresión, libertad de cátedra, etc.— en las que el gravamen o perjuicio aún cuando pueda tener y de hecho tiene frecuentemente proyecciones patrimoniales, afecta principalmente y de modo directo e inmediato a la esencia de las creencias y convicciones de cada individuo, bien que en tales casos deban separarse estas de las que pueden entrar en el marco del apasionamiento o sectarismo.

Esto hace, que tratándose de los llamados derechos de la personalidad según la terminología clásica o de los fundamentales conforme a la constitucionalista, no siempre sea fácil perfilar el marco de la legitimación, especialmente en la esfera de ciertos derechos, cual puede ser el de la libertad de expresión, o de la información; los que afectan al honor o intimidad de la persona, etc., ya que en ellos la delimitación de la gravedad del daño o simplemente de su existencia resulta en ocasiones de difícil precisión, en cuanto por afectar a derechos que por ser personales cada individuo al interpretarlos subjetiviza, no siempre resulta fácil a quienes tienen a su cargo la tarea de juzgar resolver cuestiones en las que lo fundamental es realizar la adecuada ponderación de referido factor, esto es, si ese *summum gravaminis* que la doctrina de esta Sala exige para la admisión de la legitimación activa o pasiva existe o no, lo que se traduce en que al proceso y sus remedios solamente puedan acudir quienes tengan directo e inmediato interés en ello.»

Legitimación. No vulneración del derecho al honor. Derecho a libre expresión de ideas y opiniones.—«Tales manifestaciones aunque acaso desafortunadas dado el tema sobre que se exponían, podrán ser objeto de crítica y reproche moral por parte de quienes se sientan afectados mas no implican ofensa al honor de persona física concreta o de su familia, aún cuando puedan originar aflicción e incluso sufrimiento a personas naturales e incluso colectivos o grupos sociales. Por ello, este Tribunal aún comprendiendo el impacto moral, la indignación e incluso irritación que hayan podido producir a quienes como la actora padeció personalmente los desatinos de una época como a la que se refiere la demanda, no puede por menos que resaltar que las manifestaciones de una voluntad, la del demandado, sobre unos hechos que hoy son historia y que por virtud del derecho fundamental a la libre expresión de pensamientos, ideas y opiniones que consagra el artículo 20.1,a) de la Constitución, desafortunadas como se ha dicho mas no ofensivas para el honor de ninguna persona natural, ni siquiera colectiva, razón por la cual falta en este caso por ausencia del hecho o acto respecto del que se precisa ocupar la posición en que la legitimación consiste, esto es, el ataque al honor, dado que en este caso no se ha producido.»

Necesidad de integrar las lagunas de los tratados internacionales conforme al derecho de los estados firmantes.—«...Ya que aún tomando como punto de partida las específicas referencias normativas que en la motivación se contienen ha de señalarse que al efectuarlas no se ha tenido en cuenta que el citado Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, celebrado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y suscrito y ratificado por España el 24 de noviembre de 1977 (lo que le inserta en el art. 1.5 del Código civil), en su artículo. 10.2, citado en el motivo como infringido no se contiene expresa referencia al honor o a la intimidad personal o familiar y sí sólo a la libertad de expresión y al ejercicio de la misma, al no estar referido derecho específicamente aludido en dicho Tratado, es evidente que su regulación vendrá sometida a la que cada Estado firmante del mismo le haya dado.»

Carácter personal del derecho al honor.—«...Dado que las manifestaciones hechas por el demandado recurrido no se refieren a la actora y el derecho al honor, según la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, considera este derecho como algo personal e intransferible, patrimonio del sujeto y en todo caso su familia si a ella afectase el descrédito o menoscabo que el ataque al mismo conlleve, es evidente que en este caso la recurrente no se encuentra en esa adecuada posición que la *legitimatio ad causam y ad proccesum exige...*» (STS 5 de diciembre de 1989; no ha lugar) (R.G.S.)

HECHOS.—El recurso de casación que el Supremo resuelve trae causa de la acción de protección civil del derecho al honor que doña Violeta Friedman, superviviente de un campo de concentración, interpuso contra don León Degrelle, ex oficial nazi, al entender que las manifestaciones realizadas por éste en la revista *Tiempo* y en Televisión Española sobre los campos de exterminio alemanes constituyan una agresión ilegítima contra su honor causándole graves daños cuya indemnización reclamaba con el propósito de entregarla a las asociaciones de ciudadanos españoles que

sufrieron en dichos campos. Coincidieron la sentencia de instancia y la de apelación en negar a la demandante legitimación activa para la interposición de la acción al faltar en las manifestaciones denunciadas la referencia personal inherente a la difamación o desmerecimiento en la consideración ajena. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

7. Precontrato o promesa de préstamo. Inexistencia. Doctrina sobre el precontrato. Tratos previos.—La doctrina sobre el precontrato aparece plenamente consolidada, aunque se prefiera llamarle contrato preparatorio o preliminar, al ser en sí mismo ya contrato, su contenido el obligarse a celebrar otro posterior, consistiendo su especialidad, cual señala la sentencia de 16 de octubre de 1965 «en que a lo que las partes se comprometen es a celebrar un futuro contrato sobre las líneas del primero que por ello mismo fue calificado de auténtica ley de bases del siguiente, pero cuya fuerza vinculante debe quedar atemperada a la que se deriva de su propia esencia, consistente en obligarse a obligarse», de tal forma que desde la sentencia de 11 de noviembre de 1943 ya se señala la diferencia entre contrato preliminar y el que se celebre en cumplimiento del mismo, permitiéndose desde la de 1 de julio de 1950 el cumplimiento forzoso con la sustitución de la voluntad del obligado por la del Juez, circunscribiendo el derecho a indemnización para el supuesto de que el contrato no se pueda cumplir (SS. de 2 de febrero de 1959 y 26 de marzo de 1965); lo que ocurre es que en el caso que nos ocupa no hubo acuerdo sobre las bases esenciales para un futuro contrato, pues el objeto de éste es una obligación, el contenido de la obligación una prestación, y el objeto de ésta el dar, hacer o no hacer alguna cosa, elementos que tienen que estar claramente determinados o ser susceptibles de determinación, al menos en lo fundamental, con pleno acuerdo de voluntades sobre ello, para que exista contrato preliminar, dado que no concurriendo los requisitos esenciales que señala el artículo 1261 del Código civil, sólo se está en presencia de tratos previos.

Indemnización de daños y perjuicios.—Las conversaciones y proyectos no llegaron a concretarse ni en definitiva recayó sobre los mismos la total aquiescencia de las partes, no existiendo al respecto verdadera prestación de consentimiento con la finalidad expresa de obligarse mutuamente en virtud de vínculo jurídico efectivo y real, no llegando a nacer siquiera el contrato preliminar, razón que impide derivar de ello daños y perjuicios, pues lo manifestado por una parte no vincula a la otra mientras no lo reciba y pacte de consumo, o, como dice la sentencia de 20 de enero de 1983, la existencia y validez de un contrato es un presupuesto indeclinable para sobre esa base sostener incumplimiento, siendo preciso además que de los hechos reconocidos se acredite la voluntad contractual en torno a los mismos, es decir, la relación o ligamen de los presuntos contratantes, pues la perfección de un contrato tiene lugar no por la simple oferta de una de las partes, sino por la concurrencia con ella de la aceptación de la otra parte a quien va aquéllo dirigida. (**STS 13 de diciembre de 1989; no ha lugar.**)

HECHOS.—El Ayuntamiento de Granada demandó indemnización de daños y perjuicios a la Caja Rural de la propia ciudad, al entender incumplido por ésta un precontrato o promesa de préstamo. Tanto el Juzgado como la Audiencia desestimaron la pretensión, considerando que sólo habían existido conversaciones previas, meros propósitos o proyectos, sin llegar a constituir convenio vinculante que pudiera justificar la indemnización postulada. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (E.B.M.).

8. Reconocimiento de deuda.—El reconocimiento de deuda no es una figura típica en nuestro ordenamiento. Sin embargo, es un contrato admitido por nuestra jurisprudencia (SS. TS. 13 de junio de 1945, 8 de marzo de 1956, 26 de octubre de 1962) en virtud del cual se considera como existente una deuda contra el que reconoce y que da nacimiento a una obligación con sustantividad propia. Encuentra amparo en el artículo 1277 del Código civil que presume que el contrato tiene causa y que ésta es lícita mientras el deudor no demuestre lo contrario.

Carga de la prueba.—El artículo 1214 del Código civil señala que «incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone». El acreedor prueba su derecho si presenta el reconocimiento de deuda. No debe demostrar su causa al estar amparado por el artículo 1277 del Código civil. Es, el deudor, el que debe demostrar que el reconocimiento de deuda no tiene causa o, que ésta, es ilícita.

Prueba mediante presunciones.—No hace falta acudir a la prueba de presunciones (arts. 1249 y 1253 Cc) cuando el documento de reconocimiento de deuda es, de por sí y de forma directa, medio de prueba bastante para demostrar la existencia de dicha deuda.

Costas procesales.—De acuerdo al artículo 523 párrafo segundo de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cada parte abonará sus costas procesales y las comunes por mitad de la primera instancia si la estimación o desestimación de las pretensiones fueron parciales, a no ser que existan méritos para imponerlas a una de las partes por haber litigado con temeridad. El demandante reclamó intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda y la sentencia de la Audiencia Territorial condenó desde la fecha de la sentencia. Hubo estimación parcial de la pretensión y no se apreció existencia de temeridad. (**STS 15 de febrero de 1989**; ha lugar parcialmente)

HECHOS.—Don B. L. G. firmó un pagaré en el que reconocía una deuda a don V. H. M. Parece que el demandante le había prestado, progresivamente, determinadas cantidades de dinero que alcanzaron la suma de 20 millones de pesetas. El demandante reclama los 20 millones de pesetas, intereses legales desde la interposición de la demanda y condena a costas. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Territorial revocó la sentencia de instancia y condenó al pago de los 20 millones de pesetas, intereses legales desde la fecha de la sentencia y condena de costas de la Primera Instancia. Los demandados (herederos del que

reconoció la deuda) interpusieron recurso de casación. El Tribunal Supremo casó, únicamente, en materia de costas procesales de la Primera Instancia y, no las impuso expresamente. Tampoco impuso expresamente las de la apelación. No casó el resto de la sentencia. (N.F.P.)

9. Interpretación de los contratos.—Compete a la Sala de Instancia y su resultado no puede ser atacado en casación, salvo se acredite que este aparece como ilógico o contrario a la Ley, sentencias entre otras muchas, de 4 de mayo de 1984, 18 de enero y 26 de diciembre de 1985, 19 y 24 de febrero de 1986 y 17 de mayo de 1988. Principio básico de la hermenéutica contractual es la averiguación de la efectiva voluntad común de las partes, prevaleciendo la intención de los contratantes frente a las palabras utilizadas en caso de discordancia entre unas y otras.

La agrupación de dos fincas para formar una nueva en la cual se explotaba un negocio en común, unida a la simultánea venta hecha por uno de los copropietarios en favor del otro de su participación en el negocio con todas sus instalaciones y elementos industriales, constituyen hechos relevantes para deducir la verdadera voluntad de los contratantes. (STS 24 de mayo de 1989; no ha lugar).

HECHOS.—Mediante documento privado un hermano vende a otro la mitad indivisa del negocio que ambos venían explotando en común, lo cual suponía entre otros bienes y derechos, la mitad indivisa de una finca, en cuya descripción se omitió un trozo de terreno sobre el cual se había construido una nave industrial. La viuda del adquirente demanda al vendedor al objeto de que se declare que la finca vendida era la resultante de una agrupación practicada con fecha anterior a la celebración de la compra-venta, comprendiendo en consecuencia la porción omitida en la relación de fincas así como también la obligación a cargo del demandado de elevar a escritura pública el documento privado suscrito. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Territorial estimó la apelación de la demandante en primera instancia. No prospera el recurso de casación (L.M.L.F.).

10. Existencia de obligación solidaria.—Según viene proclamando con reiteración la jurisprudencia de esta Sala, para estimar la existencia de la obligación solidaria no es necesario que se emplee precisamente este término, sino que aparezca evidente la voluntad de los contratantes de prestar o pedir integralmente la cosa que es su objeto, bastando que dicha voluntad se manifieste.

Identidad de fin de las prestaciones y solidaridad.—Aunque los créditos de los particulares deudores puedan desarrollarse hasta cierto grado con independencia, permanecen, no obstante unidos entre sí a través de la identidad de fin de las prestaciones, que es el estar destinadas en común a la satisfacción del interés del acreedor, cual sucede cuando existe una comunidad jurídica de objetivos entre las prestaciones de los diversos deudores, al manifestarse una íntima conexión entre ellas, pudiendo ser demostrada su concurrencia por el conjunto de antecedentes denotadores de que ha sido realmente querido por los interesados aquel resultado económico.

Liquidez de la obligación y mora.—La jurisprudencia de esta Sala se inspira en el principio de *in iliquidis non fit mora*, por lo que no procede hacer condena al pago de intereses legales tratándose de obligaciones dinerarias en el caso de que no hubiesen sido expresamente pactados, cuando la cantidad a cuya entrega se condena, no sea exigible por estar perfectamente determinada y tener el carácter de líquida, no incurriendo tampoco en mora el deudor cuando la cantidad concedida es inferior a la reclamada.

Imposición de las costas procesales.—El criterio objetivo del vencimiento en materia de las costas procesales causadas en el litigio sólo es de aplicación, dando lugar a la imposición de aquellas, cuando los pedimentos de la parte hayan sido totalmente rechazados, mientras que cuando la estimación o desestimación fuesen parciales, cada parte abonará las costas causadas a su instancia, y las comunes de por mitad, a no ser que hubiera méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad. (STS 19 de julio de 1989; no ha lugar) (J.A.L.)

HECHOS.—J. H. P. en su propio nombre y en nombre de varias empresas contrata los servicios profesionales de L. R. G., abogado y economista. Este reclama sus honorarios profesionales solicitando que sean condenados solidariamente tanto J. H. P. como las empresas a las que prestó sus servicios, reclamando además intereses legales por la cantidad adeudada desde la fecha de presentación de la demanda. En Primera Instancia se estima parcialmente la demanda, condenando a los demandados con carácter solidario, al pago de una suma inferior a la reclamada, así como a los intereses producidos desde la presentación de la demanda y a las costas causadas. Dicha sentencia es confirmada íntegramente en apelación y recurrida en casación por una de las empresas demandadas que discute el carácter solidario de la obligación de pagar honorarios, la condena a los intereses desde la presentación de la demanda y la condena en costas. El Tribunal Supremo estima el recurso en lo referente a los intereses y a las costas procesales, desestimándolo en lo restante.

11. Cláusula penal. Existencia. Lo es la cláusula contractual de aseguramiento de la obligación principal y ejecución para el supuesto de incumplimiento.— «...El juzgador de apelación ha distinguido perfectamente entre “cláusula penal” y “garantía bancaria de buena ejecución del contrato” ...Esta garantía (la cláusula penal) es de funcionamiento independiente al de la penalización... para el supuesto de retraso en la recepción provisional...

...A su vez... en... la sentencia impugnada se dice: “el propio contenido de la cláusula octava (aseguramiento de la obligación principal y ejecución para el supuesto de incumplimiento), su compatibilidad con la penalización establecida en la cláusula décima, la concorde previsión de una y otra cláusula para supuestos de incumplimiento contractual, y la restricción de la cláusula décima a un concreto supuesto (retraso en la recepción provisional) frente a los variados supuestos previstos en la cláusula octava... sirven de fundamento para que la Sala, aplicando los artículos 1284 y 1285 y concordantes del Código civil, estime que la mencionada cláusula octava constituye en realidad una cláusula penal...» (F. D.º 6.º).

Cláusula penal. Requisitos para la facultad modificativa judicial: Incumplimiento o cumplimiento parcial del deudor y existencia de causas objetivas que impongan la moderación de la pena. Lo es la influencia de una situación de crisis económica imprevisible.—«...El Tribunal *a quo* no alude a esa “crisis” proyectándola sobre la exoneración del cumplimiento de sus obligaciones por parte del contratista, sino que hace uso de dicho concepto precisamente para moderar la cuantía de la cláusula penal...» (F. D.º 5). (STS 2 noviembre de 1989. [Ponente señor Martín Granizo]. No ha lugar ninguno de los dos recursos interpuestos).

HECHOS.—Las sociedades Coyprosa y Acor, entablaron relación contractual el 10 de enero de 1974, interviniendo en la misma, la sociedad italiana Coming S. S. P. A. (como garante de las obligaciones contraídas por Coyprosa), y la polaca Polimex-Cekop. En virtud del citado contrato, Coyprosa se comprometía a suministrar a la demandada una planta azucarrera, debiendo concluirse los trabajos de ingeniería civil del montaje e instalaciones en el período de 21 meses. Pactándose el precio de la obra en cierta cantidad de dinero, así como la constitución de un aval bancario en favor de Acor, por el 10 por 100 del citado precio, como garantía de cumplimiento, así como de que no se plantearan revisiones de precios, ni se produjese paradas o ralentizase la marcha de la ejecución de las obras.

Declarada la quiebra de Coyprosa, la sindicatura de la misma, interpuso demanda en juicio declarativo de mayor cuantía contra la Sociedad Cooperativa Azucarera Onésimo Redondo (Acor), sobre indemnización por incumplimiento del contrato anteriormente referido, al quedar impagadas unas certificaciones de obra, solicitando igualmente que se declarase que la demandada carecía de facultades para exigir a Coyprosa el cumplimiento de sus obligaciones y la efectividad de las penalizaciones fijadas en el contrato. Se solicitaba igualmente que el demandado fuese condenado al pago de los trabajos no previstos en el contrato, a la devolución de las cantidades indebidamente obtenidas con la efectividad de los avales y afeñanzamientos prestados por el Banco Popular Español, al pago o devolución de los repuestos, maquinarias y demás enseres de los que la demandada se había apropiado, así como el resarcimiento de los daños ocasionados al actor consecuencia de la paralización empresarial y el expediente de suspensión de pagos. El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Valladolid, dictó sentencia en 22 de septiembre de 1986 desestimando los pedimentos de la demanda interpuesta. Apelada dicha decisión, la Audiencia Territorial de Valladolid en sentencia de 28 de enero de 1988, revocando parcialmente la decisión de instancia, condenó a la demandada recurrida, al pago de cierta cantidad de dinero, correspondiente a uno de los pedimentos de la actora. En representación de Coyprosa se interpuso recurso de casación, articulado en cinco motivos, por infracción de los artículos 1203.1, 1282, 1593 y 1152.2 del Código civil. El Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto.

Igualmente la representación de la Compañía Azucarera interpuso recurso de casación, articulado en siete motivos, por infracción de los artículos 1154, en relación con los artículos 1152 y 1153, 1105, 1593 y 1253, todos ellos del Código civil.

NOTA.—Dentro de los requisitos para la aplicación del artículo 1154 y la posible moderación del *quantum* de la pena, el Tribunal Supremo, junto con la existencia de un cumplimiento irregular, o incumplimiento parcial del deudor, admite como igualmente moderador de la misma la existencia de circunstancias objetivas que impongan tal modificación. En tal sentido, el Tribunal Supremo estima que la crisis del petróleo, y la inflación de la misma derivada, encajan perfectamente dentro de tales circunstancias objetivas. (P.B.M.)

12. Incumplimiento culposo: moderación de la responsabilidad: equidad.—Como la sentencia de 20 de junio de 1989 declara, el artículo 1103 del Código civil es uno de los casos en que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 3.2 del Código civil resulta posible que las resoluciones de los Tribunales descansen en la equidad, pues esa posibilidad de moderar que recoge y sanciona dicho precepto se basa y fundamenta en la aplicación de la equidad, cuyo espíritu preside y justifica el precepto aunque en él no se mencione ni incluya dicho término.

Cláusula penal: moderación equitativa de la pena.—El artículo 1154 constituye más bien un mandato para el Juez al preceptuar y disponer el deber de moderar equitativamente la pena, pero en cuanto el propio precepto remite a la equidad es también una facultad de arbitrio en cuanto a la entidad de la «moderación», razón por la cual existe numerosa jurisprudencia de esta Sala que indica que esta facultad no es susceptible de recurso de casación por ser un juicio de equidad; en el presente caso el demandado cumplió una parte muy importante de su entera obligación, de modo que la no aplicación de la facultad moderadora daría lugar a un censurable enriquecimiento injusto, aparte de que existieron deficiencias ajenas a la empresa constructora y circunstancias concurrentes excepcionales cuales las lluvias muy persistentes en diciembre de 1976 y enero de 1979 (STS 19 de febrero de 1990; no ha lugar).

13. Contrato (atípico) de asunción de deuda.—Las partes celebraron un contrato de asunción de deuda, atípico en nuestro Derecho positivo y que, como tal, ha de regirse por los pactos establecidos por las partes y consentidos por el acreedor.

Novación extintiva y novación modificativa. Asunción (cumulativa) de deuda.—Como enseña la mejor doctrina, aunque dentro del sistema de nuestro Código civil, en cambio de deudor quiera construirse como novación, ésta no tiene que ser una novación extintiva, ya que la palabra novación no tiene en nuestro Código un significado riguroso, ni alude necesariamente a una extinción de la obligación, pudiendo significar simple modificación de ésta, sin olvidar que el efecto extintivo es, además, excepcional y no puede presumirse, exigiéndose al respecto una declaración expresa de las partes o una objetiva incompatibilidad de la situación nueva con la antigua. En definitiva, resulta que como consecuencia del contrato de asunción de deuda puede resultar una liberación del deudor antiguo (asunción liberatoria) o bien vinculación de ambos deudores frente al acreedor (asunción cumulativa). En el caso de autos, al estar subordinada la liberación del deudor primitivo al cumplimiento de las obligaciones que un tercero

asume, es evidente que no se trata de una asunción liberatoria, sino cumulativa. (**STS 1 de diciembre de 1989**, no ha lugar).

HECHOS.—Los pactos más relevantes del contrato son los siguientes: 1) A. de Montaña S. A. reconoce adeudar a H. Industrial S. A., por suministros efectuados la suma de 6.508.440 pesetas. 2) Venitel S. A. asume el pago de las cantidades adeudadas por A. de Montaña S. A. a H. Industrial S. A. mediante el siguiente mecanismo: Venitel S. A. se obliga a comprar a H. Industrial S. A. unas 120 toneladas anuales de granza de PVC, a precio de mercado incrementado en un uno por 100, efectuándose el pago en efectivo y por anticipado. En virtud de cada pedido, mediante el incremento de un uno por 100, más la bonificación por pago anticipado, se rebajará la deuda de A. de Montaña S. A., asumida por Venitel S. A. en un porcentaje igual al cinco por 100. 3) Las letras libradas por H. Industrial S. A. por importe de los citados 6.508.440 pesetas, aceptadas por A. de Montaña S. A. y avaladas solidariamente por F. F. C., en virtud de ese convenio quedan sin efecto en tanto que Venitel S. A. cumpla los compromisos adquiridos en virtud del mismo.

La sentencia declara probado que no hay constancia de que Venitel S. A. haya cursado ningún pedido de granza, ni tampoco de las causas por las que no lo haya hecho, constando asimismo que Venitel S. A. viene explotando en la actualidad el manantial de agua potable que había explotado con anterioridad A. de Montaña S. A., pero sin que haya prueba de que la demandada se haya subrogado en los derechos y obligaciones de esta última entidad.

Importa tener en cuenta que H. Industrial S. A. pide en la demanda contra Venitel S. A. la condena al pago de los 6.508.440 pesetas. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda interpuesta. La Audiencia Territorial revocó la sentencia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso, señalando, entre otras cosas, que si Venitel S. A. es culpable del incumplimiento de las obligaciones contraídas, ello concede a H. Industrial S. A. una doble opción: ejercitar las acciones correspondientes a las cambiales que obran en su poder o reclamar a Venitel S. A. el cumplimiento en sus propios términos, pero en modo alguno a pedir, como hace en la demanda, el pago de la citada cantidad. (E.B.M.).

14. Preferencia de los créditos salariales. Interpretación extensiva del inciso «inmuebles a los que se incorpore el trabajo» del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores de 10 de marzo de 1980.—«...Alega que el título esgrimido por los demandantes, por ser posterior a la anotación de embargo de la demanda recurrente, debe ceder en favor del de esta última, motivo que debe ser rechazado en atención a las siguientes razones: Primera: Que esta Sala tiene declarado que los privilegios concedidos por el legislador a los créditos salariales, aplicados por la doctrina jurisprudencial con la amplitud de criterios que es propia de las acusosas situaciones a que responde (SS 27 de marzo de 1971, que, a su vez, hace cita de las de 16 de enero de 1968 y 29 de mayo de 1970), no sólo vienen proclamados en el Código civil (art. 1924, núm. 2 D, según modificación introducida por la Ley de 17 de julio de 1958), y en el Código de Comercio (art. 913.1 C),

sino muy especialmente en las disposiciones laborales, tal como resulta de los artículos 16 del Código de Trabajo de 21 de noviembre de 1931, 59 de su texto refundido de 26 de enero de 1944 y 32 de la Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976. Segundo: Que por su parte, el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores de 10 de marzo de 1980, o sólo prevé en el número 1 una preferencia de los créditos por salarios de los últimos 30 días de trabajo, en cuantía que no supere el del salario mínimo interprofesional con separación a cualquier otro crédito aunque se encuentre garantizado por prenda o hipoteca, sino también y especialmente, en su número segundo, establece una preferencia absoluta, sin limitación de tiempo en cuanto a su devengo de los créditos salariales, sobre cualquiera otros, respecto de los objetos elaborados por los trabajadores, mientras sean propiedad o estén en posesión del empresario, habiendo sentado esta Sala, en sentencia de 27 de octubre de 1983, que la *ratio legis* de las garantías del salario y el consiguiente privilegio del trabajador no autorizan una interpretación puramente literal del artículo 32 de la Ley de Relaciones Laborales citada, sino que el espíritu y finalidad de la protección al obrero, manifestada en la realidad social a que atiende el Estatuto de los Trabajadores, imponen una interpretación correctora y extensiva de la expresión (en el original de la sentencia, corrección), «inmuebles a los que precisamente se incorpore su trabajo», que utiliza aquella disposición legal, y que permite comprender en su ámbito las naves industriales donde el asalariado desarrolla su actividad.» (STS 18 de diciembre de 1989, no ha lugar) (R.G.S.)

HECHOS.—Lorenzo Apellániz S. A. adeudaba a 23 trabajadores la paga extraordinaria de Navidad y los salarios correspondientes a dos mensualidades. Acudieron éstos para su cobro a la vía de apremio a resultas de la cual se embarga el edificio industrial de la empresa. La Hacienda Foral Guipuzcoa, a su vez, reclamaba a la empresa una importante deuda tributaria para cuyo cobro recurre igualmente a la vía de apremio. Se embarga el mismo edificio. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda de tercería de dominio interpuesta por los trabajadores, declarando la propiedad de éstos y la procedencia de la cancelación de la anotación extendida a favor de la Hacienda Foral. La Audiencia Territorial de Pamplona confirma la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la Diputación Foral de Guipuzcoa.

15. Cláusula de opción de compra.—La consumación de la opción depende de la decisión del optante que, realizada dentro del plazo, constricta al concedente al cumplimiento, pero habiendo de referirse el cumplimiento de las obligaciones del contrato exigido por el optante al momento posterior a dicha exigencia y no al tiempo fijado para la opción. Según el condicionado a que se obligó al optante, debía, aparte de ejercitarse su derecho dentro del plazo de tres meses, previo pago de la prima estipulada, satisfacer en el momento de ejercicio de la opción el precio de venta de la finca descrita, taxatividad, pues, tan elocuente que demuestra la inconsistencia de la actitud de la recurrente al demorar ese pago en razón a que por la concedente no se habían levantado las cargas.

Responsabilidad por incumplimiento.—No cabe accionar en pos de la misma frente al otro contratante cuando el accionante, a su vez, no acredita haber cumplido su prestación lo que, desde luego, no aconteció en caso alguno, pues siempre el actor demoró su obligación de pago para luego que el cedente hubiera cumplido con lo prometido. (**STS 9 de octubre de 1989**, no ha lugar).

HECHOS.—El 11 de diciembre de 1985, se suscribió entre quienes después serían parte demandante y demandada un contrato de opción de compra de unos terrenos propiedad de la demandada los cuales a su vez le habían sido cedidos a esta última por el Ayuntamiento bajo condición de que en ellos se instalaría una industria de prefabricados de hormigón, habiendo de revertir en otro caso a la corporación municipal; esta carga, junto con dos hipotecas, se hallaba debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad, siendo intención de la optante instalar en la meritada finca una fábrica de muebles. El plazo establecido para el ejercicio del derecho concedido fue de tres meses, fijándose como precio de la opción el de 1.500.000 pesetas, las cuales serían deducidas del establecido para los terrenos en el supuesto de hacer el optante debido uso de su derecho. Como precio de la compra-venta se estipuló el de 50.000.000 de pesetas (aún existiendo cierta contradicción en este punto en el texto de la sentencia, irrelevante en orden al sentido del fallo), cantidad que la sociedad optante había de satisfacer de una sola vez en el momento del ejercicio de la opción y necesariamente dentro del plazo señalado, estipulándose asimismo que simultáneamente a tal ejercicio se otorgaría la correspondiente escritura pública de compra-venta, levantando la cedente en el mismo acto cuantas cargas afectaren o gravaren el inmueble.

En el último día del plazo, la actora manifiesta en acta notarial que ejerce la opción sin pagar el precio debido a que no se han levantado las cargas existentes sobre la finca y a partir de entonces ambas partes efectúan actuaciones ante el Ayuntamiento con la finalidad de que éste elimine la limitación de destino de la finca en la cual la optante venía realizando actividades industriales de fabricación de mobiliario ya desde antes de vencer el plazo establecido para ejercitarse su derecho.

El Ayuntamiento acuerda levantar la limitación pero con la simultánea reversión de parte de los terrenos, en los cuales se encontraban instalados unos depósitos de agua, así como de tales depósitos. La optante requiere a la concedente para que se otorgue la correspondiente escritura pública y posteriormente plantea demanda ante el Juzgado de Primera Instancia en solicitud de que se declare eficazmente ejercitado el derecho de opción así como obligación existente a cargo de la demandada de cancelar cuantos gravámenes figuren inscritos en el Registro sobre la finca, otorgando la correspondiente escritura de compra-venta, en cuyo momento la actora deberá satisfacer la cantidad pendiente del precio pactado. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Territorial confirmó este fallo y el Tribunal Supremo desestima el Recurso de Casación. (L.M.L.F.)

16. Compraventa de inmuebles: resolución por incumplimiento: cuestión de hecho.—Es doctrina reiterada que la determinación del incumplimiento contrac-

tual fundamento de la resolución del contrato, es una cuestión fáctica, cuya apreciación es privativa del Tribunal de Instancia, que ha de ser mantenida en casación en tanto no se impugne eficazmente por la vía del número 4 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que sea lícito proponer un nuevo examen de las pruebas a través de un recurso por infracción de las normas del ordenamiento jurídico.

Requisitos.—La facultad resolutoria que otorga el artículo 1504 del Código civil requiere la existencia de un incumplimiento por el comprador de la principal obligación que para él surge del contrato de compraventa, requisito que ha sido matizado en el sentido de que no se requiere una actitud dolosa del comprador, que es a lo que apunta la frase «actitud deliberadamente» al cumplimiento, sino que es suficiente que se frustre el fin del contrato para la otra parte, que haya un incumplimiento inequívoco y objetivo, sin que sea preciso una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando frustrar las legítimas aspiraciones de la contraparte siempre que tal conducta del incumplidor no represente dejar de cumplir prestaciones meramente accesorias o complementarias; además es necesaria la concurrencia de una voluntad resolutiva del vendedor manifestada judicial o notarialmente, a través del oportuno requerimiento.

Naturaleza del requerimiento.—Discutida por la doctrina científica la naturaleza jurídica y efectos del acto de requerimiento, que para un sector se configura como una intimación al pago con resolución *ex lege* si éste no se produce, mientras que para otros autores se trata de una notificación resolutoria obstativa al pago, sin intimación para que éste se produzca, esta Sala tiene declarado que no hay ninguna objeción jurídicamente atendible en nuestro Derecho que impida calificar el requerimiento del artículo 1504 del Código civil como un acto jurídico complejo integrado en su fin principal, por una declaración unilateral de voluntad —a la que la ley anuda un efecto resolutorio contractual— condicionada; es decir, en la que la finalidad última se condicione o se subordine al pago por el deudor comprador (SS. 1 de junio de 1987 y 8 de febrero de 1988).

Hay incumplimiento.—Pueden calificarse de argumentos dilatorios que patentizan el incumplimiento prolongado en el tiempo la alegación por el comprador de falta de concreción en el requerimiento de la cantidad adeudada, la cual no podía desconocer por las reiteradas reclamaciones que en forma privada se le habían formulado y que, en todo caso, pudo conocer con el uso de una mediana diligencia, así como la relativa al lugar en que se hizo el requerimiento, pues está acreditada la recepción de esa voluntad resolutoria por la recurrente ya la contestación dada por su hijo como mandatario verbal suyo, calidad con la que había intervenido reiteradamente frente a la actora. (**STS 24 de febrero de 1990**, no ha lugar) (G.G.C.).

17. Los requisitos del artículo 1504 del Código civil.—El impago y el tiempo transcurrido son de tal entidad que se puede afirmar que concurren los requisitos del artículo 1504, que la clásica jurisprudencia aplica a los casos de «voluntad deliberadamente rebelde» y las últimas sentencias (12 de mayo de 1988 y 2 de junio de 1989), mitigando el rigor del lenguaje, que parecía identificable con el

impago doloso, aplica también a los casos en que se da el hecho objetivo del impago, la quiebra de la finalidad económica del contrato, el impago duradero, prolongado, injustificado. (STS 26 de abril de 1988, 29 de febrero de 1988 y 8 de febrero de 1989).

El incumplimiento resolutorio y la cesión de derechos por el comprador.—Si las partes han aceptado la sustitución del comprador con las mismas obligaciones que la persona por quien entró en la relación contractual, ha de admitirse que el pago pudo efectuarlo cualquiera de las mismas, que la obligación de pagar continúa incumplida y que el retraso tiene indudable carácter prolongado.

La falta de otorgamiento de escritura pública no obsta la resolución cuando con anterioridad se ha producido el incumplimiento.—No excusa el deber de pagar la falta de escritura (STS 28 de abril de 1989), porque dicha falta sólo entraña incumplimiento cuando su otorgamiento es exigencia contractual a la que se subordina el pago.

El acto de conciliación y el requerimiento resolutorio.—El acto de conciliación es medio hábil para cumplir el requisito del requerimiento a que se refiere el artículo 1504 del Código civil y en cualquier caso, conviene tenerlo en cuenta en el presente, en el que hubo dos requerimientos acreditados de modo fehaciente coadyuva a valorar la conducta del comprador y a analizar si concurrió o no el incumplimiento generador de la resolución contractual. (STS 20 de diciembre de 1989, ha lugar).

HECHOS.—En 1979, la recurrente vendió a una sociedad anónima un terreno de su propiedad. En una de las cláusulas del contrato se estableció que el mismo podría elevarse a escritura pública a partir del mismo día de la firma del contrato. Posteriormente, la vendedora ante el evidente impago del precio pactado y para dar por resuelto el contrato de compraventa, requirió notarial y judicialmente (mediante acto de conciliación) a la sociedad compradora. Dos años más tarde, la sociedad cedió en escritura notarial a un tercero todos los derechos que le correspondían sobre el terreno. Un año después, el cesionario envió a la recurrente por conducto notarial una carta en la que le informaba de la cesión y la requería para que otorgase la correspondiente escritura. La vendedora rehusó otorgar dicha escritura.

NOTA.—En relación con los requisitos del artículo 1504 del Código civil puede verse GARCIA CANTERO, *Com. Edersa*, XIX (Madrid, 1980), pp. 429-435. Sobre los problemas que plantea la cesión de derechos se puede ver el comentario de CLAVERIA GOSALBEZ a la STS 23 de octubre de 1984, *Cuadernos civitas de jurisprudencia civil*, número 6 (septiembre/diciembre 1984), pp. 2032-2034. (G.D.-P.G.).

18. La resolución prevista en el artículo 1504 del Código civil se produce en el momento en que la ejercita el vendedor. La sentencia únicamente da eficacia a la resolución.—La resolución contractual prevista en el artículo 1504 del Código

civil se produce en el momento en que el vendedor opta por ella y lo pone en conocimiento del comprador mediante una de las formas previstas en ese artículo (requerimiento notarial). El fallo judicial sólo es necesario cuando el afectado por la resolución se niega a sus consecuencias y, únicamente, da efectividad a la resolución ya ejercitada. Prueba de ello es que el Juez no puede conceder al comprador nuevo término para el pago.

Intervención de terceros en el proceso. Legitimación pasiva.—Los contratos producen efectos entre los contratantes de acuerdo al artículo 1257 del Código civil. En caso de que el contrato produzca efectos indirectos, reflejados o «prejudiciales» (sic) a terceros su intervención en el litigio no es necesaria. No hay *litis consorcio pasivo necesario*. Sin embargo, pueden entrar en el proceso con carácter adhesivo. Así, SS TS 16 de diciembre de 1986 y 22 de abril de 1987.

Legitimación activa.—No se infringe el artículo 533, número segundo, de la ley de Enjuiciamiento Civil y por tanto no hay falta de acción y derecho si el recurrente reconoció la «personalidad» de la demandante en el documento de 29 de abril de 1985.

Error en la apreciación de la prueba.—La casación no es una tercera instancia en la que se puedan aportar nuevas pruebas. Sólo cabe, a efectos de la valoración de la prueba, examinar los documentos que se aportaron para determinar si de forma clara y limpia (literosuficiencia) se desprende el dato que el recurrente pretende introducir. La interpretación de los contratos pertenece a la Sala de Instancia. (**STS 9 de marzo de 1989**; no ha lugar)

HECHOS.—Se celebró el 19 de diciembre de 1983 compraventa de un establecimiento industrial (restaurante «Luna Park») con precio a plazos. El comprador tomó inmediata posesión. El comprador no pagó el segundo plazo. Ante ello, el 29 de abril de 1985 se convino prórroga de 45 días para el pago y una cláusula resolutoria. Al volver a impagar el comprador, el vendedor resolvió el contrato. La resolución fue comunicada al comprador por medio de requerimiento notarial el 26 de julio de 1985. El vendedor demandó pidiendo que se condenase al comprador a la resolución de la compraventa por incumplimiento, entrega de la posesión del establecimiento industrial vendido, indemnización y costas procesales. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Territorial confirmó la sentencia, modificándola, únicamente, en la determinación de la indemnización. El comprador interpuso recurso de casación. El Tribunal Supremo no casó. (N.F.P.).

19. Cancelación de la traba de embargo. Conocimiento del comprador.—El comprador de unos bienes que, posteriormente, son objeto de traba de embargo por continuar a nombre del vendedor en el Registro de la Propiedad sólo puede tener constancia de la liberación de dicha traba de embargo a través del Registro de la Propiedad. El comprador no es parte en el procedimiento ejecutivo.

Relación entre los artículos 1124 y 1504 del Código civil.—Es reiterada la doctrina jurisprudencial que señala que el artículo 1504 del Código civil es tributario

del artículo 1124 del Código civil de forma que, para la válida resolución del contrato es necesario no sólo la existencia de requerimiento judicial o notarial, sino además, y en todo caso, que el demandado tenga voluntad rebelde, reacia, obstativa y pertinaz al cumplimiento de lo convenido que, por su trascendencia, haga imposible o gravoso el cumplimiento de la finalidad contractual. Esa conducta no puede compensarse por el incumplimiento anterior o simultáneo de quien ejerce la acción. Así sentencias del Tribunal Supremo de 2 diciembre de 1985, 8 de mayo de 1987, 27 de noviembre de 1987, 28 de febrero de 1988, 25 de octubre de 1988, etc.

El artículo 1502 del Código civil y embargo de bienes.—Dentro del espíritu del artículo 1502 del Código civil cabe incluir la traba de embargo dada la semejanza de la misma con la figura de la hipoteca, figura expresamente mencionada en dicho artículo. La traba de embargo, al igual que la hipoteca, supone, en potencia, un peligro perturbatorio en relación a la posesión pacífica de la cosa adquirida.

No existencia de voluntad rebelde que frustre el fin de contrato.—El peligro de la traba de embargo, aunque exista promesa del vendedor de cancelarla, junto con la excepción de contrato incumplido, como puso de manifiesto el comprador al requerir notarialmente el levantamiento de la traba, hace que pueda asegurarse que el retraso del comprador en el pago del resto de precio no constituye esa voluntad rebelde, obstativa y pertinaz al cumplimiento de lo convenido, ni tampoco que se haya frustrado la finalidad contractual. Requisitos para la aplicación del artículo 1124 del Código civil. (**STS 21 de marzo de 1989; ha lugar**)

HECHOS.—Se celebró en documento privado contrato de compraventa de tres locales comerciales. El comprador pagó una parte del precio, garantizó el pago del resto con cuatro letras de cambio y entró en posesión. La venta se elevó a escritura pública consignándose una cláusula resolutoria para el caso de impago de cualquier plazo. El comprador no pagó la cuarta letra de cambio con vencimiento de 15 de mayo de 1981 sobre la que parece que hubo algún convenio transaccional. Tampoco pagó la letra de cambio correspondiente a los intereses. En el Registro de la Propiedad las fincas seguían inscritas a nombre del vendedor. El 30 de junio de 1981 se anotó en el Registro de la Propiedad traba de embargo que fue cancelada el 8 de enero de 1985. El 20 de octubre de 1983, antes de la cancelación de la traba de embargo, el vendedor resuelve el contrato mediante requerimiento. El 7 de febrero de 1983 el comprador requiere al vendedor que levante el embargo como requisito previo al pago del resto del precio. El vendedor demanda la resolución del contrato. El comprador reconviene pidiendo que se cancelara la traba de embargo e indemnización. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda y la reconvenCIÓN. La Audiencia Territorial revocó la sentencia y estimando la demanda declaró resuelto el contrato. En cambio, desestimó la demanda reconvenencial y confirmó en ese aspecto la sentencia de instancia. El comprador interpuso recurso de casación. El Tribunal Supremo casó la sentencia de la Audiencia y confirmó la de instancia. (**N.F.P.**).

20. Contrato de obra: defectos de la construcción: pluralidad de acciones que pueden ejercitarse el dueño de la obra y el comprador de la vivienda.—Siendo ciertos los defectos constructivos y que su causante fue la promotora recurrente, ya sea con base en la doctrina general de los contratos o en el artículo 1591 del Código civil ha de prosperar la acción, pues el propietario de una vivienda, mientras las acciones perviven, tiene cauce adecuado y puede exigir el exacto cumplimiento de lo pactado por la vía de la *actio ex stipulato* o por la vía del 1101 pidiendo la reparación del objeto mal hecho para que se ponga en estado de servir al fin para el que se adquirió, que es la causa económico-jurídica del contrato, o puede denunciar sus deficiencias, ruina real o funcional, por el cauce del artículo 1591, que amplía generosamente la jurisprudencia para superar los estrictos límites de los vicios ocultos contemplados por el artículo 1484.

«Iura novit curia»: incongruencia.—No se da la incongruencia cuando el Juzgado o la Sala acuden al principio *iura novit curia*, pues versando el proceso sobre supuestos de hecho a los que se aplican normas de derecho sustantivo, éstas se aplicarán aunque las partes las ignoren siempre que faciliten al Juez los hechos y supliquen concretas peticiones, salvo que la aplicación de una norma no invocada provoque la indefensión en quien no puede pensar en los argumentos que signifiquen su inaplicación. (STS 9 de febrero de 1990; no ha lugar) (G.G.C.).

21. Valoración de la prueba pericial.—Los artículos 1281 a 1289 del Código civil contienen normas acerca de la interpretación de los contratos, para facilitar o posibilitar el conocimiento de la verdadera intención de los contratantes, pero no articulan regla alguna acerca de la valoración de la prueba pericial, que se halla contenida en el artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo precepto encomienda tal valoración a la sana crítica de los juzgadores de la instancia y, por ello, como norma general, queda sustraída a su revisión en esta vía casacional.

Contenido del contrato de arrendamiento rústico.—El arrendamiento, en el que tiene su base u origen el reconocido derecho del arrendatario a acceder a la propiedad de las fincas, de naturaleza exclusivamente agrícola pecuaria (pastos para ganado), en el mismo no se comprenden, al no haberse probado la existencia de pacto expreso en tal sentido, los aprovechamientos forestales de las fincas. (STS 20 de julio de 1989; no ha lugar) (E.S.M.).

HECHOS.—El recurso tiene su antecedente en un juicio especial de arrendamientos rústicos donde se declara el derecho del arrendatario a acceder a la propiedad de las fincas que tenía arrendadas, fijándose el precio de las mismas conforme a las normas de la legislación de expropiación forzosa en vía civil. Una vez fijado el precio, por su parte, la arrendadora obtuvo autorización administrativa para proceder a la tala o corta de la masa forestal existente en dichas fincas a lo que se opuso el arrendatario alegando que el precio fijado comprendía también la referida masa forestal. El Juzgado de Primera Instancia en un recurso de reposición confirma lo ya dictado en providencia y requiere a la arrendadora a otorgar escritura de venta de las fincas objeto de arrendamiento y abstenerse del derribo

de árboles en las fincas que van a ser objeto de venta. Acordándose, asimismo, que debe completarse el precio de transmisión de las fincas, con el valor de su masa forestal. La Audiencia Territorial estimó en parte el recurso de apelación interpuesto por ambas partes y revocó parcialmente el auto impugnado y declaró que el precio fijado afecta al pleno dominio de las fincas objeto del litigio incluyendo en él, el futuro aprovechamiento forestal de las mismas, pero se le reconoce a la arrendadora el derecho de realizar las cortas y aprovechamientos de la clase dicha que se le autorice por la Administración de una sola vez y en relación con el actual estado de la masa forestal existente.

22. Honorarios profesionales: prescripción de la acción para reclamarlos.— La calificación de la Sala de que una multitud de trabajos profesionales (...) implica la realización «de continuados trabajos» por parte del actor al servicio de los codemandados, hace imposible aplicar el módulo restrictivo del lapso prescriptorio a una etapa o porción de los mismos, cuando por su misma índole supone que en momento alguno relevante, se dejó de aportar el quehacer intelectual del demandante en el logro del objetivo económico de la prestación concertada (...), por lo que sólo al término de la relación contractual se inicia el *dies a quo* de esa prescripción trienal.

Moderación judicial de las minutas: necesidad de aportar una minuta detallada por conceptos y cantidades.—Dada la peculiar naturaleza de este contrato de arrendamiento de servicios profesionales, la existencia de esa minuta detallada no es una exigencia ineludible, cuando existen pruebas y circunstancias explicativas de la índole de los trabajos y, por tanto, de la ajustada sujeción de los mismos a los módulos de valoración económicos por parte de los tribunales y cuya cuantificación tampoco puede reajustarse en esta vía extraordinaria casacional.

Alcance de las Normas Colegiales.—La consideración de las Normas Colegiales sobre el abono de los honorarios profesionales, las tuvo en cuenta la sentencia de primer grado como indicativas de porqué alcanzaba el importe exacto de la pretensión demandada, sin que ello impidiese que fuera la valoración del conjunto profesional del quehacer del actor, lo que fundó esa decisión, luego confirmada por la Audiencia, que sólo afirma que aquella cuantificación era ajustada, en lo esencial, a las citadas Normas Informativas del Colegio y, por ello, no vinculantes. (**STS 12 de febrero de 1990; no ha lugar**).

HECHOS.—Los recurrentes fundaban su oposición a la sentencia que les había condenado al pago solidario de la minuta, alegando: 1) que por el transcurso de los tres años previstos en el artículo 1967 del Código civil habían prescrito las acciones del Letrado para reclamar sus honorarios, 2) además, que el órgano judicial *a quo* debió hacer uso de su facultad moderadora de las minutas no detalladas y excesivas, 3) que no se aplicaron correctamente las Normas Colegiales vinculantes sobre el abono de honorarios profesionales. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. (G.D.-P.G.)

23. Representación sin poder. Eficacia retroactiva de la ratificación. Anotación preventiva de embargo. Tercería de dominio.—El problema jurídico que se plantea en el recurso es el de si la ratificación por escritura pública de 20 de septiembre de 1982 del contrato de cesión de bienes celebrado entre la entidad tercista, Ensidesa y la codemandada H.M.F.P. S. A., instrumentado en escritura pública de 19 de octubre de 1981, produce efectos retroactivos no sólo entre las partes contratantes, sino también, respecto de terceras personas no intervenientes en aquél y, en consecuencia, si las anotaciones preventivas de embargo a favor de la Hacienda Pública realizadas antes de la ratificación del contrato dispositivo afectan al derecho de propiedad así transmitido. Es doctrina reiterada de esta Sala, recogida en numerosas sentencias, la de que, tanto en el caso del artículo 1259.2 del Código civil como en el caso del artículo 1727.2 del mismo cuerpo legal, la posterior ratificación del contrato tiene eficacia retroactiva entre las partes contratantes, con lo que sus efectos se entenderán válidos y plenamente existentes al momento de la celebración por el representante del negocio en cuestión; ahora bien, tal eficacia retroactiva no puede afectar a los terceros que durante el tiempo de pendencia del contrato dispositivo adquirieron del primitivo dueño algún derecho incompatible con la nueva propiedad, y así se reconoce por la doctrina científica y se desprende de la jurisprudencia de esta Sala, que, en sentencia de 31 de enero de 1978, funda el reconocimiento de efectos retroactivos a la ratificación en la prioridad de ésta sobre el embargo practicado, al decir «en cuanto que la ratificación tuvo lugar, sin que hubiera mediado revocación alguna antes de que se dictase el mandamiento de embargo, con la inevitable eficacia retroactiva al momento de la celebración del contrato», de donde se sigue que la ratificación posterior al madamamiento de embargo y su anotación preventiva en el Registro de la Propiedad no producirá efectos con carácter retroactivo frente al acreedor que obtuvo el embargo. En este sentido se pronuncia la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de marzo de 1953, estableciendo «que la escritura de cesión otorgada sin que a la sazón constara en documento público el poder de representación de uno de los cessionarios, según lo dispuesto en los artículos 1280.5 del Código civil y 3 de la Ley Hipotecaria, no puede perjudicar, a efectos registrales, al anotante por embargo que obtuvo la protección señalada por el artículo 44 de dicha ley, porque aquel documento careció en su origen de plena eficacia jurídica, como aparece de la primera calificación y, por cuanto la escritura de ratificación fue presentada en el Registro y se solicitó la conversión de la anotación preventiva con efectos referidos al primitivo asiento de presentación, quedó de manifiesto la falta de poder con que se otorgó la primera escritura y, en su consecuencia, había conseguido prioridad la anotación del embargo decretado en juicio ejecutivo contra el cedente», y si bien tal resolución no tiene el carácter de doctrina legal, es plenamente asumible. Por todo ello, al no haber reconocido la Sala de instancia efectos retroactivos a la ratificación del contrato de cesión de bienes frente al tercero que, previamente, había obtenido anotación preventiva de embargo en el Registro de la Propiedad sobre el bien inmueble cedido objeto de la tercería, no ha infringido los artículos 348 del Código civil en relación con el artículo 42 de la Ley Hipotecaria y disposiciones complementarias y doctrina y jurisprudencia aplicables, ni resultan conculcados los artículos 1259 del Código civil en relación con los 1313, 1727 y 1892 del mismo Código.

Ratificación. Inexistencia de ratificación tácita.—Se pone de manifiesto que el Consejo de Administración adoptó en 4 de marzo de 1982 el acuerdo de autorizar la realización de determinados actos en relación con el inmueble objeto de la tercería y de facultar a determinadas personas para otorgar los documentos públicos o privados necesarios para ello. Ahora bien, tales acuerdos constituyen la formación de la voluntad de la citada sociedad anónima por su órgano de representación colectivo, el Consejo de Administración, voluntad que no puede considerarse como ratificación del contrato de cesión de bienes contenido en la escritura pública de 19 de octubre de 1981, ya que no fue exteriorizada mediante la oportuna declaración hasta el 20 de septiembre de 1982 en que se otorgó la escritura de ratificación, ni tampoco puede calificarse la adopción de los referidos acuerdos como actos concluyentes constitutivos de una ratificación tácita, ya que es de esencia de los mismos su proyección exterior produciendo un cambio que tiene importancia para el derecho, lo que no puede predicarse de la voluntad no exteriorizada ya sea de una persona física o jurídica y aunque en este caso tal voluntad sea conocida por todos aquellos que contribuyeron a formarla; por otra parte, la conclusión que de dicho documento extrae la recurrente, resulta contradicha por la escritura pública de 20 de septiembre de 1982 en que, de forma expresa, la recurrente ratifica el repetido contrato de cesión de bienes concertado en su nombre, demostrativa, por tanto, de que ella misma no consideraba suficiente a tales efectos los acuerdos adoptados por el Consejo de Administración.

Tercería de dominio.—La viabilidad de la pretensión ejercitada mediante la tercería de dominio requiere que la justificación documental del tercerista sea referida a la fecha en que se realizó el embargo causante de la privación posesoria de la propiedad del bien embargado, por ser en tal momento cuando se produce la perturbación; por ello, practicada la diligencia de embargo y la expedición del mandamiento y su anotación en el Registro de la Propiedad con posterioridad a la escritura de compraventa, el derecho de dominio no puede resultar debilitado por el embargo que tiene acceso al Registro con posterioridad al otorgamiento de la escritura de compraventa, habida cuenta de que la anotación preventiva de embargo no tiene rango preferente sobre los actos dispositivos anteriores a la fecha de la anotación ni el favorecido por ésta goza de la protección de la fe pública registral porque aquellos actos anteriores no estén inscritos, ya que el embargo de bienes del deudor sólo puede recaer sobre los que realmente posea y que estén incorporados a su patrimonio en tal momento. (**STS 12 de diciembre de 1989; no ha lugar.**)

HECHOS.—El 19 de octubre de 1981 se otorga escritura pública por la cual H.M.F.P. S. A. adjudica y transmite varias fincas (entre ellas la que da lugar al litigio) a Ensidesa, en cuyo nombre y representación aseguró actuar don E.P.H., circunstancia que no acreditó documentalmente, por lo que el Notario hizo la oportuna advertencia a las partes. El 20 de septiembre de 1982 se otorga escritura pública por parte de Ensidesa en la que se ratifica, formal y expresamente, la comparecencia, actuación y firma en su nombre por parte de don E.P.H. en el otorgamiento de la escritura pública antes referida. La escritura de ratificación, en unión de la escritura

ratificada, fue inscrita en el Registro de la Propiedad el día 13 de octubre de 1982.

Por la recaudación de Tributos del Estado se siguió procedimiento ejecutivo de apremio contra la entidad H.M.F.P. S. A., librándose los oportunos mandamientos de anotación preventiva de embargo sobre la finca litigiosa, que fueron presentados en el Registro de la Propiedad los días 8, 25 y 31 de mayo de 1982, y respectivamente anotados, en el mismo Registro, los días 6, 7 y 8 de septiembre de 1982. En sídesa instó una tercera de dominio. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Territorial desestimaron la demanda. (E.B.M.).

24. Validez de la actuación del apoderado para afianzar.—«...Que el firmante de la carta de afianzamiento, en nombre del recurrente, era empleado de la sociedad recurrente, en cuyo nombre prestó la garantía... y Consejero Director apoderado de la misma... en el instante de suscribir el afianzamiento... y que el poder utilizado por el firmante... incluía en origen, entre las facultades de administración y gestión de los asuntos de la poderdante al lado de la suscripción de documentos de giro y solicitud de garantías, la de constituir fianzas y depósitos, lo que patentiza la improcedencia de resistir la prestada en este caso...» (F.D. 1.º).

Dualidad deudor principal-fiador. Eficacia de la carta de afianzamiento.—«...Se pretende un acotamiento del sentido propio y literal de lo convenido, que sólo habla del cobro, sin más, del buque exportado, parte de cuyo precio había sido abonado... mucho antes de que la sociedad acreedora entablase su acción para el cobro de la suma afianzada...» (F.D. 3.º). (**STS 16 de octubre de 1989.** [Ponente: señor Casares]: el TS declara no haber lugar al recurso interpuesto).

HECHOS.—Las presentes actuaciones tienen su origen en el procedimiento sobre reclamación de cantidad, iniciado mediante el correspondiente declarativo de mayor cuantía, a instancia de «A. Pérez y Compañía S. A.» contra «Lasa Hermanos y CIA S. A.» como fiador. Alegando el demandado la ineeficacia de la carta de afianzamiento suscrita en su nombre, por quien estimaban carecía de poder para otorgarla. En ambas instancia (S.J.PI de Bilbao de 22 de enero de 1985, y A. T. Bilbao de 31 de diciembre de 1987) fueron estimados los pedimentos de la parte actora, condenando a la entidad demandada al pago de la cantidad reclamada. En representación de los demandados se interpuso recurso de casación, articulado en cuatro motivos y alegando básicamente la infracción de los artículos 76 de la Ley de S. A., así como los 1223, 1114 y 1830 del Código civil. (P.B.M.).

25. Fianza solidaria.—Existe fianza solidaria cuando así se deduce de las circunstancias en que se pactó y de sus propios términos. Además, al ser dos entidades dedicadas al comercio las que pactaron la fianza debe considerarse la misma como mercantil y, por tanto, como solidaria, según lo entiende la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia (SS TS 4 de diciembre de 1950, 7 de diciembre de 1968, 26 de abril de 1969 y 16 de abril de 1970). Ese carácter solidario encuen-

tra apoyo en el artículo 3.1 del Código civil, en el auge que tiene la obligación solidaria en otros ámbitos jurídicos (seguros, obligaciones extracontractuales) y, permite una mayor seguridad jurídica, dada la necesidad de garantías firmes que necesitan las transacciones mercantiles. Todo ello, sin olvidar que, otra corriente jurisprudencial niega que la fianza mercantil tenga carácter solidario en nuestro ordenamiento jurídico.

Pretensión del comitente.—El ejercicio del correspondiente derecho impide su caducidad o prescripción y el comitente ejercitó su pretensión (reclamación mediante acto de conciliación) dentro de los cinco años pactados. Si el comitente hace la denuncia dentro del plazo de garantía, cuenta con el plazo que para las acciones personales señala el artículo 1964 del Código civil. Además, en el caso de que, y ello es dudoso, el comitente no hubiera ejercitado su derecho en el plazo de garantía, cuenta, también, con el plazo de ejercicio del artículo 1591 del Código civil.

Transacción entre acreedor y deudor principal.—No cabe aplicar el artículo 1835.2 del Código civil cuando no se demuestra su supuesto de hecho: la existencia de transacción.

Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio e indefensión (art. 1692.3 LEC).—No se infringe el artículo 1692.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por haberse aplicado los artículos 704 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y no los artículos 887 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil para el trámite de instrucción en segunda instancia del juicio declarativo de menor cuantía, pues, en la fecha de interposición del recurso de apelación ya regían los artículos 704 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil en virtud de la Disposición Transitoria Primera de la Ley de Reforma Procesal de 6 de agosto de 1984. Además, desde que se abrió el trámite de instrucción hasta que se celebró la vista, hubo plazo suficiente para que las partes se instruyeran debidamente. Y, por último, el recurrente, pese a estar citado, no compareció al acto de la vista de la apelación. No existe, pues, indefensión alguna.

Error en la apreciación de la prueba.—Para que se admita error en la apreciación de la prueba es preciso que se cite el documento de donde resulta el error y señalar a qué posición se refiere. No son documentos a este efecto aquellos en los que se documentan o recogen otras pruebas (confesión judicial). (STS 20 de octubre de 1989; no ha lugar).

HECHOS.—Se celebró un contrato de obra por el que el contratista se comprometía a ejecutar las obras de construcción de un determinado tramo de carretera. En garantía de la obligación del contratista había una fianza solidaria que tenía vigencia hasta el momento de recepción y liquidación definitiva de las obras por el comitente. Acreditada la recepción provisional, empezó a correr un plazo de garantía de cinco años para la recepción definitiva. En ese período de tiempo se produjeron los desperfectos. El comitente demandó al contratista y al fiador solidario sobre recla-

mación de cantidad por los desperfectos causados por el incumplimiento contractual del contratista. El Juez de Primera Instancia estimó en parte la demanda y, condenó al contratista y absolvio al fiador. La Audiencia Territorial revocó parcialmente la sentencia y condenó solidariamente a contratista y fiador. Interpusieron recurso de casación tanto el contratista como el fiador solidario. El Tribunal Supremo no casó. (N.F.P.).

26. Prohibición de la «reformatio in peius».—«...La expresada tesis de la recurrente no puede tener favorable acogida, por las consideraciones siguientes: 1.^a Porque el principio prohibitivo de la *reformatio in peius* lo que impide al órgano jurisdiccional de segunda instancia es modificar el fallo recurrido en perjuicio del apelante, infracción que aquí no se ha dado, pues la Sala *a quo* se ha limitado a estimar el recurso de apelación interpuesto por la entidad «Servicios de Aviación, S. L.», por entender que ésta no intervino, con conducta culposa o negligente, en la producción del resultado dañoso, y a mantener subsistente el fallo condenatorio de primer grado contra la entidad «Real Aero Club Gerona» (aquí recurrente) y ello no sólo porque ésta había consentido y no apelado el referido pronunciamiento condenatorio (lo que incluso hace muy cuestionable su legitimación activa para articular el presente recurso de casación), sino por entender que ésta última entidad ha sido la única que, con su conducta culposa o negligente, fue la determinante de la producción del evento dañoso. 2.^a Porque la solidaridad, en materia de culpa extracontractual, sólo es predictable, obviamente, respecto de aquellas personas (físicas o jurídicas) que con su concurrente conducta culposa o imprudente hayan contribuido a la producción del evento dañoso, por lo que si, como en el caso presente ocurre, la Sala de apelación resuelve que no ha existido coparticipación activa alguna en la causación del resultado, sino que el mismo es atribuible única y exclusivamente a un solo agente (en este caso la entidad recurrente), ésta será la que habrá de pechar exclusivamente con las consecuencias indemnizatorias de su actuar culposo, sin que, al resolverlo así la Sala *a quo* haya incidido en infracción alguna del principio prohibitivo de la *reformatio in peius*, que carece en absoluto de aplicación al presente caso....».

Facultad moderadora de la responsabilidad: artículo 1103 del Código civil.—«...Pues una cosa es la facultad moderadora de la responsabilidad que dicho precepto concede a los juzgadores de la instancia y de la que estos, con criterio coincidente, ya han hecho uso, al no estimar en su totalidad el *petitum* indemnizatorio de los esposos actores de tres millones doscientas setenta mil seiscientas once pesetas, por entender que en la producción del resultado dañoso también intervino un cierto descuido o imprevisión por parte de la víctima, y otra cosa muy distinta es que la recurrente pretenda que el *quantum* indemnizatorio, ya poderada y moderadamente evaluado, se le reduzca por el mero hecho de que, en vez de ser dos los deudores solidarios de la indemnización, como en principio declaró el órgano de primer grado, la Sala *a quo* haya resuelto que sólo hubo un responsable activo de la producción del resultado (la entidad «Real Aero Club de Gerona», aquí recurrente), que será, conforme ya se ha dicho, la que habrá de soportar exclusivamente las consecuencias de su acción culposa.» (STS 20 de diciembre de 1989; no ha lugar). (R.G.S.)

HECHOS.—En concepto de perjudicados por la muerte de su hijo, fallecido cuando realizaba unas prácticas de paracaidismo, interponen don Emilio L. y doña Ana Y., acción de responsabilidad por culpa extracontractual contra el «Real Aero Club de Gerona» y «Servicios de Aviación S. L.». El Juzgado estimó parcialmente la reclamación condenando solidariamente a los demandados al pago de una indemnización inferior a la inicialmente solicitada. Apela «Servicios de Aviación S. L.» y la Audiencia Territorial de Barcelona absuelve a dicha entidad confirmando en lo demás la sentencia de primer grado. Interpone recurso de casación el «Real Aero Club». El Tribunal Supremo lo desestima.

27. Responsabilidad civil extracontractual. La culpa o negligencia como cuestión de derecho.—El concepto de culpa o negligencia como elemento esencial de la responsabilidad civil extracontractual constituye, a efectos del recurso de casación, una cuestión de derecho en cuanto implica la calificación de la acción u omisión como culpable o negligente partiendo de los hechos que han quedado definitivamente acreditados.

Culpa o negligencia. Requisito de la previsibilidad.—Se caracteriza la culpa o negligencia por la omisión de la diligencia exigible cuyo empleo podría haber evitado el resultado dañoso, diligencia que habrá de corresponder a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar según previene el artículo 1104 del Código civil. En este sentido tiene declarado esta Sala en sentencias, entre otras, de 10 de julio de 1981, 11 de mayo de 1983 y 16 de febrero de 1988, que el requisito de la previsibilidad es esencial para generar culpa extracontractual, porque la exigencia de prever hay que considerarla en la actividad normal del hombre medio con relación a las circunstancias del momento en que no puede estimarse previsible lo que no se manifiesta con constancia de poderlo ser. (**STS 2 de diciembre de 1989;** no ha lugar).

HECHOS.—Se declara probado que el recurrente conocía que la demandante recurrida (Cooperativa I.O.M.G.) había adquirido la máquina litigiosa a la entidad mercantil Autasa, que primeramente la había vendido a la sociedad a la que fue embargada. Igualmente, que en el acto de la diligencia de entrega, la poseedora de la máquina, la citada Cooperativa puso en su conocimiento, mediante copias de la demanda y de la resolución de admisión a trámite del Juzgado, la iniciación del juicio de tercera de dominio. Entiende el Tribunal Supremo que el demandado no podía ignorar que la enajenación de la máquina a un tercero impediría la recuperación de esta por la Cooperativa caso de prosperar la tercera de dominio entablada, como así ocurrió. También que el demandado podía haber evitado el resultado dañoso conservando la máquina en su poder hasta la terminación del procedimiento con la subsiguiente entrega de aquélla a su propietario y la recuperación por él del precio pagado. Sostiene, por último, el Tribunal Supremo que se da una relación de causalidad directa entre la enajenación de la máquina a un tercero no identificado y el daño producido a la Cooperativa, que se vio privada de forma definitiva de la propiedad de aquélla, no obstante el reconocimiento a su favor de tal

propiedad por sentencia firme, en la que también se declara la nulidad de las actuaciones procesales que dieron lugar a su desposesión. (E.B.M.).

28. Responsabilidad civil del médico. Secuelas a consecuencia de intervención quirúrgica. Culpa leve. Prueba por presunciones.—Según la sentencia de 13 de julio de 1987 la culpa del médico y la relación causal entre la culpa y el daño incumbe probarla al paciente, de forma que si se pretende deducir consecuencias perjudiciales para el enfermo de un tratamiento facultativo, para que dichas consecuencias deban estimarse derivadas del tratamiento, a falta de pruebas directas, la utilización de la de presunciones exigirá una relación concorde entre el efecto dañoso y el tratamiento anterior, de manera que dicho efecto no pueda aplicarse a varias circunstancias; en el presente caso se razona por la Sala que aunque la intervención que tenía por objeto la práctica de un orificio auditivo externo, en la paciente menor de edad con defecto congénito, se desarrollaba en las proximidades del nervio facial, no incidía ni tenía porqué incidir sobre él directamente, no acreditándose el concurso de alguna otra causa externa o una anómala e imprevisible reacción orgánica del paciente, susceptibles de producir la parálisis facial, puede sentarse la conclusión presuntiva de que hubo en el acto operatorio algún descuido, por leve que pudiera haber sido, originador del edema que daño el nervio, no pudiendo calificarse tal razonamiento conclusivo de ilógico ni contrario a ley alguna, debiendo añadirse que la apreciación de la prueba de presunciones es función atribuida a la Sala de instancia, cuyas conclusiones deben ser respetadas en casación salvo que notoriamente aparezca que falta un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

Principio culpabilístico de la responsabilidad médica.—La sentencia de 26 de marzo de 1986 declaró que dada la naturaleza jurídica de la relación contractual del médico, que no es la de obtener en todo caso la recuperación de la salud del enfermo, sino una obligación de medios, es decir, no se obliga a curar al enfermo, sino a suministrárle los cuidados que requiere, según el estado actual de la ciencia médica, por lo que su responsabilidad ha de basarse en una culpa incontestable, es decir, patente, por lo que no puede menos de concluirse que tal carácter debe atribuirse a la conducta quirúrgica del recurrente quien, al practicar una intervención que no tenía por qué haber afectado al nervio facial, actuó de tal modo que el mismo quedó lesionado, produciéndose un edema que no cabe imputar a circunstancia alguna distinta, lo que implica la negligencia que la resolución recurrida le imputa.

Prescripción extintiva: «Dies a quo». Finalización del tratamiento.—Tratándose de un supuesto de reclamación por lesiones, no comenzará el cómputo hasta el momento en que dado el enfermo o lesionado el alta médica, y por haber finalizado el tratamiento médico o quirúrgico, pueden ya conocerse de manera cierta y segura las secuelas que persisten.

Error de hecho. Prueba pericial.—Es constante la doctrina jurisprudencial que niega el carácter de documentos a efectos casacionales, a los dictámenes periciales practicados judicialmente cuyas actas son medios de documentación de un medio

de prueba diferente, el pericial que puede ser valorado libremente por la Sala de instancia, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

Relación de dependencia del médico. Artículo 1903, párrafo 4.º. Responsabilidad solidaria de la empresa.—La condena solidaria se basa en la existencia de un contrato de servicios suscrito entre la co-aseguradora y el médico recurrente, del que se infiere una relación de dependencia de este último respecto de aquella. (**STS 12 de febrero de 1990; no ha lugar**).

NOTA.—Sin exageración cabe decir que el tema de la responsabilidad civil del médico está de rabiosa actualidad nacional (véanse, a título de ejemplo los recientes trabajos de FERNANDEZ HIERRO, *Responsabilidad civil médico-sanitaria*, Pamplona 1984; ATAZ LOPEZ, *Los médicos y la responsabilidad civil*, Madrid 1985, y LLAMAS POMBO, *La responsabilidad civil del médico*, Madrid 1988) e internacional (aparte otros Congresos, este tema ha figurado entre los tratados en el XIII.º Congreso Internacional de Derecho Comparado de Montreal de 1990). En el presente caso los hechos nos dejan de ofrecer el habitual dramatismo con que se presentan las intervenciones médico-quirúrgicas afectantes a la vida y salud de las personas; para remediar la falta congénita de conducto auditivo externo con que había nacido una menor se la somete a diversas intervenciones, las cuales, si bien obtienen resultado positivo y logran la obtención de la facultad auditiva, originan graves secuelas descritas así en la sentencia: parálisis parcial periférica del lado derecho, con sintomatología de parésia, con pérdida facial del movimiento del músculo de la frente, imposibilidad de cerrar el ojo, que ocasiona la molestia más importante de la lesionada, imposibilidad de poder mover el ángulo de la boca, flacidez generalizada de la cara (imposibilidad de silbar, sonreir, hinchar los carrillos), lacrimación en exceso, que supone una secuela definitiva con trascendencia estética como «fealdad visible» y limitación de funciones en las partes afectadas, con muy escasas posibilidades de recuperación mediante otra actuación quirúrgica, o a medio de fisioterapia rehabilitadora.

Hasta ahora la Sala primera del Tribunal Supremo ha seguido una prudente orientación culpabilística en el tratamiento de la responsabilidad civil de los médicos, sin dejar de estar abierta a las aspiraciones de la sociedad, pero sin trasladar mecánicamente la doctrina jurisprudencial que aplica a otros sectores de la actividad socio-económica (responsabilidad por riesgo, inversión de la carga de la prueba, responsabilidad objetiva o quasi objetiva). Orientación que parece prevalecer en el mundo occidental (cfr. BAUDOUIN, *La réforme de la responsabilité médicale: responsabilité ou assurance?*, Rapport Général al XIII.º Congreso Internacional de Derecho Comparado, p. 18 y ss. que incluye en ella a Francia, Suiza, Italia, Quebec, Holanda, Alemania y Turquía).

En el presente caso, la culpa leve del médico se había estimado en ambas instancias y el Tribunal Supremo la confirma al rechazar el recurso, con un acertado análisis de la prueba por presunciones que había servido de apoyo a aquella declaración. Razonamientos ponderados que son de

aprobar, de los que ha sido ponente el Magistrado señor Albácar López, (G.G.C.).

29. Culpa extracontractual. Daños en finca colindante. Responsabilidad solidaria del arquitecto y promotor-constructor.—Acreditada la situación dañosa producida en el edificio del demandante por consecuencia de la construcción de otro medianero, cuya cimentación no resultó ser la adecuada, provocando por arrastre el ceder más de lo normal, un asentamiento diferencial entre la medianera y la crujía central del edificio del actor, causando en éste agrietamientos sensibles y desperfectos en continuo avance, por lo que ha de admitirse la corrección legal del mandato que se impone en la sentencia combatida al arquitecto y a los constructores-promotores solidariamente de reparación de los daños causados en el inmueble del actor, por lo defectuosamente hecho en el edificio cuyo cedimiento viene provocando los desperfectos del colindante.

Solidaridad.—El carácter de solidaria que a la responsabilidad atribuye la sentencia impugnada se anuda, no sólo al carácter legal y equiparación de responsabilidad que nace del artículo 1591 del Código civil, sino también al insuficiente acreditamiento respecto de su origen (construcción, dirección y proyecto) en el caso presente.

Prescripción de la acción: «Dies a quo».—El proceso dañoso está todavía en curso de agravación, lo que abona contra la aplicación al caso del breve plazo de prescripción del artículo 1968 párrafo 2.^º (SS 16 de diciembre de 1986 y 8 de octubre de 1988), debiéndose tener en cuenta, además, que la primera evaluación económica de los daños e importe de su reparación y gastos necesarios para hacer cesar la causa originadora de los mismos, no aparece hecha hasta el dictamen emitido por un arquitecto y que fue remitido a los interesados por el Colegio Oficial de Arquitectos, según práctica usual, el 29 de noviembre de 1985, siendo presentada la demanda con fecha de 11 de junio de 1986, con todo lo cual la situación, al menos equívoca, así planteada, ha de resolverse al hilo de la constante doctrina jurisprudencial de que son muestras, además de las citadas, las sentencias de 24 de octubre de 1988, 10 de marzo, 17 de junio y 3 de julio de 1989, del lado negativo a considerar transcurrido el plazo de prescripción.

Incongruencia. Relación de los artículos 1591, 1907 y 1909 con el 1902.—No hay incongruencia por haber aplicado el Tribunal el artículo 1902 del Código civil en vez de los invocados en la demanda, artículos 1907, 1909 y 1591 del Código civil, toda vez que los deberes legales que esta normativa impone se ofrecen como supuestos concretos de la responsabilidad por culpa que genéricamente establece el artículo 1902, siendo de observar que, en su letra, el artículo 1591, al que se remite el artículo 1909, tanto puede referirse a la responsabilidad contractual como a la extracontractual; la cita y aplicación en la instancia del artículo 1902 no puede considerarse incorrecta, ni es incompatible con la del artículo 1909; una desafortunada expresión de dudoso sentido, desconectada del correcto razonamiento que la precede, y que constituye un *obiter dicta*, no puede servir de soporte a una acusación de incongruencia. (STS 24 de enero de 1990; no ha lugar).

NOTA.—Hay ya un nutrido cuerpo de doctrina jurisprudencial relativo a los daños ocasionados por obras en edificios colindantes. Para quien hace más de un cuarto de siglo sostuvo el carácter extracontractual de la responsabilidad proclamada en el artículo 1591, párrafo 1.^º del Código civil, no deja de ser satisfactorio comprobar la íntima relación que esta sentencia (Pte. Casares Córdoba) establece entre los artículos 1902, 1907, 1909 y 1591 del Código civil, así como la expresa declaración (ciertamente marginal y, por tanto, *obiter dicta*) de que la letra de este último precepto lo mismo se refiere a la responsabilidad contractual como la extracontractual, por más que la doctrina y la jurisprudencia dominante han optado por la primera concepción cuando se trata de depurar las responsabilidades de arquitectos, constructores y promotores por ruina de los edificios. Evidentemente seguir una u otra dirección está pleno de consecuencias jurídicas, de las que quizás la más destacada sea el plazo de prescripción de la acción. En este caso, tanto si se invoca el 1902 como los 1907 o 1909, resulta insoslayable aplicar el plazo anual. Es de aprobar la denegación de la prescripción solicitada por la razón fundamental de tratarse de daños en curso de realización al tiempo de presentarse la demanda. (G.G.C.).

4. DERECHOS REALES

30. Declaración de propiedad. El principio de legitimación registral.—Al no poderse reconocer el privativo dominio sobre los bienes en cuestión pretendido en exclusiva por mero trato familiar, por los demandantes, y al no acreditar la titularidad en exclusiva sobre los tan citados bienes con base en el trato sucesorio hereditario que con relación a ellos invocan al no evidenciar la vinculación con esa alegada exclusividad con causa en trato testamentario o abintestato de sus causantes proviniente de sus referidos bisabuelos, cuya inacreditación determina en los relacionados demandantes falta de *legitimatio ad causam*, esto es de ausencia de causa o razón de pedir generalmente de atribución del dominio exclusivo que interesan de tan repetidas fincas objeto del debate jurídico planteado y en su consecuencia para destruir aquella presunción (vide art. 38 L.H.) con fundamento en ese dominio exclusivo que pretenden sobre las mencionadas fincas, por todo lo cual procede desestimar el recurso presentado. (**STS 20 de octubre de 1989; no ha lugar**).

HECHOS.—Al no acreditar el titular sucesorio en que pretenden ampararse los precitados recurrentes para dar vida a su pretendida adquisición del dominio de los bienes cuestionados, al faltar la acreditación del pretendido título sucesorio hereditario, el mero parentesco no es suficiente para dar base a adquisición por módulo sucesorio testamentario o abintestato, que inexorablemente requiere la existencia de testamento o declaración de herederos respectivamente y a *fortiori* si se considera que la atribución de dominio derivada de sentencia a favor de los bisabuelos de los demandantes, no lleva necesariamente a que éstos sean los titulares sucesorios de los causantes de aquéllos, o cuando menos que lo sean exclusivamente, por poderlo ser otros, bien exclusivamente o en conjunción con dichos demandantes (F. LL. Y.).

31. Tesoro: concepto, características y requisitos.—Para que dicha concepción (de tesoro) pueda ser atribuida a un depósito oculto e ignorado de dinero, alhajas y otros objetos preciosos es requisito ineludible que no tenga propietario conocido («inhallabilidad» del dueño), como ya exigía la Ley 45, título 28 de la Partida tercera («*si el tesoro es tal que ningund ome non pueda saber quien lo y metio, nin cuyo es*»), y como reitera expresamente el artículo 351 del Código civil, cuando condiciona la consideración legal de tesoro a que no conste la legítima pertenencia del expresado depósito oculto e ignorado. Requisito el mencionado que habrá de estimarse concurrente, no sólo cuando sea desconocida en absoluto la identidad del dueño originario que efectuó o por cuya orden se realizó la ocultación, sino también cuando, aún siendo conocida la identidad del mismo, la excesiva lejanía en el tiempo haga prácticamente imposible, a través de las intermedias transmisiones hereditarias que hayan podido producirse, venir en conocimiento de quienes sean los sucesores del referido dueño originario y, por ende, legítimos propietarios actuales del hallazgo.

Pacto de distribución del tesoro encontrado.—La existencia (F.J.3) de tal acuerdo, implica que fue un acuerdo libremente pactado sobre el destino de tal tesoro, tras conocer la decisión del Estado, a la vista del último párrafo del artículo 351 del Código civil, al devolver las monedas a los interesados por no tener interés histórico, sin que el actor pueda ahora cambiar de parecer, ya que es un auténtico contrato de transacción (...), por lo que con independencia de la propiedad de la finca al momento del hallazgo, ha de prevalecer lo pactado libremente por las partes al respecto.

Contrato de cambio de solar por obra. Transmisión de la propiedad.—La operatividad de la transmisión que se deriva de tales acuerdos explica que el constructor adquiera la propiedad de lo transferido, terreno, solar con construcción antigua, —en la hipótesis de autos—, y sólo se obliga a edificar en los términos pactados, por lo que en tanto actúe al respecto con esa observancia está asistido de toda la tutela dominical a su situación. (**STS 30 de enero de 1990**; no ha lugar).

HECHOS.—El demandante celebró con los demandados un contrato privado de cambio de solar por obra (permuto de terreno para que por parte de los adquirentes se construya un inmueble en el que participa el actor), aunque en la escritura aparece con la rúbrica de «contrato de com-praventa». Posteriormente los demandados descubren un tesoro en dicho solar y realizan un pacto con el demandante de reparto del mismo. El actor insta, tres años más tarde, que se declare que le pertenece además la otra mitad del tesoro y no a los demandados halladores del mismo. En ambas instancias se desestima íntegramente la demanda interpuesta, y el Tribunal Supremo declara que no ha lugar el recurso.

NOTA.—Aunque en esta sentencia no se cuestiona la configuración legal del depósito encontrado como tesoro, sobre los problemas que plantea este tema puede verse con más profundidad y precisión PANTALEON PRIETO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, tomo VIII (Madrid, 1987), páginas 361-453.

No deja de resultar curioso, por otro lado, que si las partes realizaron un contrato de cambio de solar por obra, en el que se supone que se transmite la propiedad, los propietarios al encontrar el tesoro decidieran pactar con el vendedor el reparto del mismo, pues según lo dispuesto en el artículo 351 del Código civil «el tesoro pertenece al dueño del terreno en que se hallare». ¿Acaso en estos contratos atípicos no se transmite la propiedad del terreno permutado?

Es importante la decisión tomada por el Tribunal Supremo de interpretar en sentido amplio el término «solar» como sinónimo de «finca». Dado el objeto y naturaleza de este tipo de contratos (art. 1286 C.c.) se hace difícil pensar que se pactara la transmisión del solar y no la de la edificación, cuando precisamente la finalidad que perseguían las partes al contratar era la de demoler el antiguo edificio para construir uno nuevo.

Por último, también llama la atención que el pacto de reparto del tesoro sea calificado como un auténtico contrato de transacción por la simple nota de que «así las partes zanjaban sus diferencias». Del tenor del artículo 1809 del Código civil se desprende que para que se pueda hablar de verdadero contrato de transacción es necesario, como reitera la doctrina, que exista una *res litigiosa* o una *res dubia*. Si los demandados son efectivamente propietarios de la finca o solar y de acuerdo con el artículo 351 del Código civil, ¿cómo es posible que se califique al simple pacto de distribución de auténtico contrato de transacción? (G.D.-P.G.).

32. Acción reivindicativa. Requisitos.—Se consideran debidamente acreditados los requisitos para que tal acción prospere: demostración por los demandantes del dominio que les corresponde sobre la parcela de terreno objeto de su pretensión reivindicatoria, identificación de la misma en perfecta concordancia con lo que la descripción contenida en sus títulos expresa y detención de la parcela por los demandados sin título válido que ampare la posesión y dominio que de ella se atribuyen.

Tercero hipotecario.—No reune tal condición el causahabiente por título hereditario del inmatriculante.

Error en la apreciación de la prueba.—Exige el señalamiento del documento que fije indubitablemente y sin necesidad de deducciones o hipótesis el hecho y que, sin resultar contradicho por otros elementos probatorios, demuestre la equivocación en que haya incurrido el juzgador al apreciar las pruebas. (**STS 10 de marzo de 1989; no ha lugar.**)

HECHOS.—Se interpone acción reivindicatoria en relación con una parcela inscrita a nombre de los actores pero que a su vez había sido objeto de inmatriculación por el fallecido esposo de la demandada. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Territorial confirmó este fallo. No prospera el recurso de casación. (L.M.L.F.).

33. Parcelación urbanística. Acción reivindicadora en relación con zona destinada a vial.—Los terrenos destinados a viales en una parcelación urbanística,

en ausencia de plan que legitime tal operación estableciendo a la vez el régimen jurídico de sus instalaciones y servicios, han de pertenecer proindiviso y proporcionalmente a los dueños de las parcelas que forzosa e invariablemente han de servirse de los indicados viales, sin los cuales ni lógica ni jurídicamente podrían cumplirse el destino y la naturaleza implícitos en las escrituras públicas de adquisición de las reiterada parcelas.

Legitimación activa.—No se precisa previa constitución en Comunidad de Propietarios al tratarse de un «acto de conjunto», lo cual no impide el normal y legítimo ejercicio de las facultades dominicales por cualquier comunero. (STS 13 de marzo de 1989; no ha lugar).

HECHOS.—Varios propietarios de parcelas segregadas ejercitan la acción reivindicatoria en relación con un carril de separación existente entre las mismas y la finca matriz, solicitando además se condene a la sociedad vendedora a la demolición de cuanto hubiera construido sobre terrenos propiedad de la comunidad y sobre el meritado carril de separación. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Territorial revocó esta sentencia. No prospera el recurso de casación. (L.M.L.F.).

34. Propiedad intelectual.—Como de hecho se ha venido utilizando por la sociedad demandada y recurrente el acervo patrimonial que administra la demandante como entidad con carácter oficial y exclusivo hasta el presente (art. 1 del Estatuto), después de los convenios que ambas partes en su larga relación negocial han sostenido como se reconoce en el propio motivo, es obvio, que esa utilización unilateral, sin un previo compromiso por estar ya vencidos los anteriores en que se fijaba una contraprestación pecuniaria, ha de ser tenida en cuenta para que no resultara un enriquecimiento torciero derivado de esa comercialización subrepticia, pues tanto la autorización de explotación como la fijación de la remuneración consiguiente es de la libre voluntad del autor o de su Entidad Gestora como se deduce del artículo 2 del Estatuto, apartados b y c, y cuando, como en este caso, no haya convenio expreso regulador por lógica contractual han de remitirse los interesados a las tarifas generales debido a la —ausencia de precios convenido, puesto que viene a ser una regla supletoria— de tal falta de acuerdo y ante la eventual explotación silenciada del producto intelectivo que se ha de proteger y ello lo demuestra que ya el Reglamento de la Propiedad Intelectual de 3 de septiembre de 1880 en su artículo 96 se fijaba una tarifa, también subsidiaria, en que el porcentaje operaba sobre el producto bruto de la representación, o de la exhibición como confirma incluso para conciertos en su artículo 100 y en términos generales el artículo 102 salvo que se consensuase un precio alzado (art. 103) y lo ratifica posteriormente la Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987, en sus artículos 2, 7 y 14. Y no se diga que pudiera en el futuro establecerse una pluralidad de entidades gestoras que concurrirían posiblemente a la exacción de esos derechos, porque ello no puede constituir alegato serio en el marco temporal en que se encuadra la controversia de autos, en la que sólo existe la sociedad demandante con «carácter oficial y exclusivo» a los menesteres que quedan perfilados rigurosamente en el Estatuto por el que se rige. Pero además se advierte esta protección sobre las obras literarias y artísticas en

la ordenación internacional del sector a partir del convenio de Berna de 9 de septiembre de 1886, revisado en Berlín el 13 de noviembre de 1908 y en Roma el 2 de junio de 1928, aprobado por Ley de 21 de julio de 1932 (Gaceta de 5 de agosto de 1932) en cuyos artículos 11, 11 bis y 13 se refleja el derecho exclusivo de autorizar la representación, publicación, comunicación al público, reproducción y difusión radiada, lo que comporta la necesidad de fijación de una contraprestación o precio que de no ser bilateralmente determinado lo estará subsidiariamente por las tarifas generales que la legislación o reglamentación de derecho interno de los países adheridos a la Unión, lo tengan así establecido como ocurre en el caso presente. No es pertinente afirmar que la tarifa aplicada es gravosa cuando precisamente son muy superiores los porcentajes señalados en el Reglamento de 3 de septiembre de 1980 ya citado (art. 96) y que operan sobre el total producto (producto bruto de taquillaje) según el artículo 102.

Doctrina de los actos propios.—Además, no es de recibo apoyarse en la existencia de convenios precedentes durante veinte años reguladores de la utilización y explotación de esos productos literarios, artísticos o intelectivos en general para querer extraer de ello una obligación de persistencia *sine die* del mantenimiento de esa relación; precisamente porque en ellos se preveía la concertación de un nuevo convenio supone la inhabilitación para la utilización por el medio audiovisual de los productos intelectivos gestionados por la Sociedad General de Autores de España en forma unilateral y subrepticia, lo que podría en todo caso suponer un freno tan trascendente y exigible para Televisión Española S. A. como para la imposición unilateral del precio por aquélla entidad gestora de los derechos de autor, pero por pura esencia definitoria, esos convenios ya fenecidos no pueden constituir actos propios vinculantes ya que proyectan tan solo una eventual concertación futura que ha de instituirse obviamente sobre la base de una concordancia bilateral de voluntades lo que es diametralmente opuesto a la vinculación unilateral de una de las partes cuando ésta ha ejecutado un acto que cause efecto definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor, o que vaya encaminado a crear, modificar o extinguir algún derecho opuesto a sí mismo (SS 25 de octubre de 1965, 5 de octubre de 1984, 12 de diciembre de 1984, 5 y 6 de octubre de 1987 y 10 de octubre de 1988), que es lo que viene a expresar la doctrina jurisprudencial sobre los llamados actos propios, y que por lo tanto sólo tiene aplicación tal tesis doctrinal cuando lo realizado se oponga a los actos que previamente hubieran creado una relación o situación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se haya obligado a respetarla, cuya circunstancia no concurre en el caso aquí enjuiciado. (**STS 18 de enero de 1990**; no ha lugar).

HECHOS.—1.º La litis se promovió a instancias de la Sociedad General de Autores de España, con objeto de obtener la declaración de ciertos derechos relativos a la facultad exclusiva de autorizar la difusión televisiva de las obras de los autores que integran la Sociedad pudiendo establecer libremente las tarifas correspondientes a la utilización del conjunto patrimonial intelectivo objeto de su gestión así como a la condena al pago de cantidades insatisfactorias como consecuencia de la utilización y comercialización en sus emisiones de ese patrimonio que le está encargado gestio-

nar y proteger conforme a la legislación vigente en que se ampara a tenor de la Ley de 24 de junio de 1941 que la instuyó y de los Estatus por los que se rige de 10 de noviembre de 1978 (D. n.º 3082/78), que la Ley de Propiedad Intelectual 22/1987 de 11 de noviembre explícitamente reconoce según se advierte de su Disposición Transitoria Séptima y Disposición Derogatoria in fine, la demanda que fue sustancialmente estimada en primera instancia, fue confirmada por la de segundo grado y es el ente de «Televisión Española» quien formalizó el recurso de casación. (F.LL.Y.).

35. Propiedad Horizontal. Nulidad de acuerdos..—El acuerdo que suponga la atribución privativa de elementos comunes, adoptado en una Junta convocada con infracción de las normas establecidas en el artículo 15 de la Ley de Propiedad Horizontal, dado el indudable carácter imperativo de las mismas, no es convalidable por el transcurso del plazo de 30 días a que se refiere el artículo 16, regla cuarta, del propio texto legal.

Litis consorcio pasivo necesario.—Si solamente existe una apariencia de Junta, debido a los vicios de la convocatoria, personas que actuaron y materia a tratar, no es preciso demandar a quienes no tomaron parte en la misma.

Actos propios.—Actos concluyentes para crear, modificar o extinguir una relación jurídica, lo cual no concurre en el supuesto planteado. (STS 25 de octubre de 1989; ha lugar).

HECHOS.—Un comunero promueve demanda solicitando se declare la nulidad de los acuerdos adoptados en Junta de Propietarios, entre los cuales destacaba señaladamente el relativo a la atribución privativa de determinados elementos comunes, por estimar incumplidos los requisitos formales de convocatoria legalmente establecidos. La demanda fue interpuesta frente a quienes convocaron o concurrieron a la mencionada Junta de Propietarios. El Juez de Primera Instancia, declaró la nulidad de tan reiterada Junta. La Audiencia Territorial revoca la sentencia del Juzgado, estimando la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario. Prospera el recurso de casación. (L.M.L.F.).

36. Retracto de comuneros.—No existe tal derecho cuando se ha practicado la división de la cosa común con anterioridad a la transmisión. La Sala mantiene su conformidad con la decisión del Tribunal *a quo*, al admitir que de la prueba practicada había quedado acreditado que la división de la finca por sus copropietarios se había practicado con anterioridad a la transmisión: «...no existiendo una situación de condominio o pro indivisión resulta impracticable el juego del retracto de comuneros...» (F.D. 2.º).

Principio de exactitud registral. Valor iuris tantum de la presunción.—Se reitera la posición de la Sala manifiesta en otras decisiones (7 de abril de 1981, 26 de abril de 1981, 4 de enero de 1982, 20 de marzo de 1982, 21 de junio de 1982, 10 de julio de 1984, 16 de septiembre de 1985):

«...Que el principio de exactitud registral contiene una presunción *no iuris et de iure* sino *iuris tantum*, razón por la cual puede ser destruida mediante prueba en contrario. Consecuencia de ello es que los asientos practicados en el Registro de la Propiedad conllevan una presunción de exactitud hasta que se demuestre o acredite en debida forma su discordancia con la realidad extraregistral (vid. s. de 10 de julio de 1985), dado que dichos Registros carecen en realidad de una base física fehaciente en cuanto lo cierto es que reposan sobre las manifestaciones de los otorgantes, razón por la cual el Instituto Registral no puede responder de la exactitud de las circunstancias y datos fácticos ni por consiguiente de los relativos a las fincas...».

...Cuando surja la antinomia entre las dos realidades: registral y extraregistral y aun cuando haya de partirse de que la primera tiene a su favor el indicado principio de exactitud, ello no puede conducir siempre a su triunfo jurídico, dado que... si la realidad extraregistral se acredita en debida forma, es ésta la que ha predominar sobre aquélla al reposar sobre algo real y positivo que la norma ha de proteger...» (STS 31 de octubre de 1989, [Ponente: señor Martín Granizo]. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso interpuesto).

HECHOS.—Tras la enajenación de unas fincas, pertenecientes a una comunidad de propietarios, la representación de la parte actora (varias de las condueñas) interpuso demanda incidental sobre retrato de comuneros, alegando que las demandantes tenían derecho a retraer una porción de las citadas fincas, por lo que el comprador de las mismas venía obligando a otorgar a su favor la correspondiente escritura de venta. El Juzgado de Primera Instancia de Segovia, por sentencia de 4 de enero de 1986 desestimó la demanda interpuesta, siendo confirmada tal decisión por la Audiencia Territorial de Madrid por sentencia de 7 de noviembre de 1987. La parte actora interpuso el correspondiente recurso de casación con apoyo en tres motivos, alegando infracción de los artículos 1218, 1225 y 1232 del Código civil, así como la del artículo 402, en relación con el 1280 del Código civil, y la del artículo 38 de la Ley Hipotecaria. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso interpuesto.

NOTA.—En el supuesto debatido, los demandantes pretendían ejercitar el derecho de retracto atribuido legalmente como comuneros, respecto de una porción de terreno enajenada por otro de los condueños. La cuestión se centraba entonces en saber si los demandantes tenían efectivamente tal condición de comuneros al enajenarse el terreno en cuestión o si, por el contrario, como alegaban los demandados, no existía tal derecho de retracto, porque con anterioridad a la enajenación se había practicado la división de la cosa común, por lo que al no existir una situación real de condominio, devendría impracticable el juego del retracto de comuneros.

Debatido era también, consecuencia de lo anterior, si el hecho de constar en el Registro tal situación de condominio, no implicaba ya que de conformidad con el principio de exactitud registral, lo inscrito debía tenerse como cierto y verdadero. El Tribunal Supremo, en la sentencia que comentamos pone de manifiesto el carácter de presunción *iuris tantum* (DIEZ PICAZO-GULLON. *Sistema de Derecho civil III-1990*, p. 332) de tal prin-

cipio de exactitud registral recogido en el párrafo 1.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, por lo que la misma puede quedar destruida (como en el presente caso), por la verificación de una realidad extraregistral diferente. (P.B.M.)

37. Medianería. Inexistencia. **Medianería: necesidad de copropiedad de la pared medianera por los propietarios de las fincas limítrofes. Inexistencia. Valor de la declaración de los propietarios de fincas limítrofes frente a terceros no declarantes. Constitución voluntaria.**—«...Es bien conocido que en un sentido usual se entiende por medianera a la pared común a dos casas, así como medianeros las paredes, muros, cercas, etc., que estando en el límite de los heredades pertenecientes a distintos propietarios, las separa o delimita, correspondiendo a una condición o situación de hecho, pero que con cuya base puede convertirse en una relación de derecho, en la que son términos o elementos reales dichas paredes, muros, cercas... que median entre las fincas, y términos o elementos personales los propietarios de dichas fincas limítrofes o colindantes... generándose ya la situación jurídica de “medianería” que crea el derecho de los propietarios de aquellas fincas, sobre las susodichas paredes, muros... constituyéndose en copropietarios de las mismas... En consecuencia, no hay medianería, si no se da dicha copropiedad por parte de uno y otro propietario de las correspondientes fincas limítrofes...

...Al no reconocérsele, en nuestra legislación carácter forzoso, su constitución sólo puede obedecer a la voluntad concorde de los propietarios colindantes; por lo que, independientemente del requisito de su legal reconocimiento, ...es claro que al entender el Juzgado de Instancia, que aquellas declaraciones contenidas en el documento afectaban también respecto a las paredes, muros y celosías de la casa del demandado, colindante con el solar el entonces propiedad de don E.G., no compareciente en dicho documento ni aceptado con posterioridad por la misma, infringió los invocados preceptos, al reconocerle una validez y eficacia jurídica de la que carecía en relación con la condición jurídica de las referidas paredes, muros y celosías ...» (F.D. 1.º).

Condición jurídica del muro separador. Presunción de atribución exclusiva cuando la edificación es colindante con terreno no edificado. Interpretación a contrario del número 1 del artículo 572 del Código civil.—«Centrado por el Juzgador de primera instancia el problema debatido en cual sea la condición jurídica de la pared o muro de separación de la casa del actor y demandado... (señala) ...con cita del artículo 573 del Código civil y muy particularmente interpretando a sensu contrario el número 1 del artículo 572 del propio Código «cuando se hace un edificio colindante a terreno no edificado cabe presumirse pertenencia exclusiva del edificio, es decir, no medianero, el muro de separación», y nada más lógico y natural, pues si conforme a dicho número, cuando una pared sirve de división y apoyo a dos edificios lo razonable es presumir que los dueños de uno y otro edificio se han puesto de acuerdo para constituirla a costa de ambos en terreno de uno y otro o si uno edificó primero el otro haya procurado hacerse copropietario del muro o pared antes construida para servirse del mismo, cuando se colinda con terreno no edificado es igualmente razonable y lógico presumir que la pared o muro se construyó en terreno propio y a costa del que edificó

como único propietario, de no existir prueba o signo alguno de lo contrario...» (F.D. 3.º) (STS 5 de octubre de 1989. [Ponente: don Manuel González Alegre y Bernardo]. El TS declara haber lugar al recurso interpuesto, casando y anulando la sentencia apelada).

HECHOS.—Don Lorenzo D. T. formuló demanda en juicio declarativo de menor cuantía contra don Juan A. C. O., ante el Juzgado de Primera Instancia de Jaén sobre declaración de derechos. En primera instancia (S 4 de febrero de 1986), fue desestimada la demanda, condenando al actor a demoler la pared edificada por él, en el lugar donde existía una separación mediante celosía. La Audiencia Territorial de Granada (S 15 de diciembre de 1987), estimando el recurso de apelación interpuesto por el demandante, revocó la sentencia de instancia, entendiendo que el muro existente entre las fincas del demandado y el actor tenía la consideración de pared medianera. En la representación del demandado se interpuso recurso de casación con apoyo en cinco motivos, alegando en los mismos la infracción del artículo 1255 del Código civil, en relación con el 1218 del mismo cuerpo legal (la condición medianera que se atribuye al muro y celosía construida deriva exclusivamente de afirmaciones realizadas en documento privado); infracción del artículo 1232 del Código civil; del artículo 536 en relación con el 1255, 348.1 y 350 del Código civil y del artículo 373.3, 4 y 7.

NOTA.—El Tribunal Supremo, tras señalar cual es el significado de la servidumbre de medianería, en un sentido usual, estima la inexistencia de la misma en el caso debatido. Aceptándose la validez de la declaración de la existencia de la servidumbre entre varias fincas colindantes, la misma no afecta al muro existente entre la finca del demandante y del demandado, en la medida en que tal declaración no se había producido, ni afectaba, por tanto, a la propietaria del solar colindante.

Se pone de manifiesto nuevamente el carácter voluntario de la constitución de la servidumbre de medianería, no pudiendo, por tanto, afectar a quien no participó en su constitución. Tras rechazar, por tanto, la existencia de la medianería, el Tribunal Supremo, aceptando la tesis del Juzgador de instancia interpreta a *sensu contrario* el párrafo 1.º del artículo 572 del Código civil, para presumir (*presunción iuris tantum*) la atribución exclusiva del muro edificado cuando se edifica colindante a terreno no edificado. (De la misma forma que es *iuris tantum* la presunción de comunidad que el citado precepto establece). En definitiva, la presunción de privatividad del muro en cuestión a que alude el Tribunal Supremo, no hace sino destruir la presunción de comunidad derivada del párrafo 1.º del citado precepto.

Tal interpretación a *sensu contrario* del párrafo 1.º del artículo 572, era justificada por MANRESA, al entender que, casos como el que ahora analizamos (existencia de un muro que separa un edificio de un terreno no edificado) no encajan dentro de los supuestos referidos por el artículo 572. De tal forma que la presunción legal no puede tener sino una interpretación restrictiva: no hay más casos de presunción que los que la ley taxati-

vamente determina. (Vid. MANRESA, *Código civil español*. T. IV [7.^a ed.], p.938; igualmente AUBRY y RAU, MERCADÉ, PACIFICI, DE-MOLOMBE...) (P.B.M.).

38. Acción negatoria de servidumbre. Servidumbre por destinación del padre de familia. Servidumbre negativa.—«...En vista de que se trataba de un caso previsto en el artículo 541 del Código civil (destinación del padre de familia), ya que las fincas formaban parte de una finca madre y lo fundamental, en el supuesto, era saber si, al tiempo de la enajenación por partes segregadas, existían o no existían los huecos, puesto que a ellos no hacían alusión los títulos. (F.D. 3.^º).»

...La evidente existencia de signo aparente al que se refiere el artículo 541 del Código civil destruye la presunción de libertad de los predios, aunque el signo sea revelador de una servidumbre negativa si no se indica otra cosa en los títulos trasmisivos después de la segregación... (F.D. 4.^º).»

Prejudicialidad penal. Base de la resolución judicial en testifical falsa.—«...El error (de la sentencia impugnada)... ha de venir proclamado por la sentencia penal, al enjuiciar la falsoedad del testigo, lo que constituye indirectamente un especial caso de prejudicialidad penal sobre la sentencia civil... que puede encajar dentro del artículo 10, párrafo 1.^º de la L. O. P. J. siempre que aparezcan declaraciones testificales falsas y decisivas... (F.D. 5.^º)...» (STS 21 de febrero de 1989. [Ponente: Antonio Carretero Pérez], El TS estima el recurso de revisión interpuesto).

HECHOS.—Don J. G. R. y dos más, demandaron a los cónyuges J. Y. L. y F. A. R., sobre acción negatoria de servidumbre, solicitando se declarase la obligación de éstos de cerrar dos ventanas que mantenían abiertas en la casa de su propiedad, y recayentes a la finca de los actores. En ambas instancias (J. Distrito de Priego y A. P. de Córdoba) fueron estimados los pedimentos de la parte demandante, entendiendo que sobre el inmueble de los demandados no aparecía constituida servidumbre alguna, lo que suponía la obligación de proceder al precitado cierre de ventanas. El matrimonio demandado, interpuso correspondiente recurso de revisión ante el Tribunal Supremo, apoyándose en el hecho de que la sentencia impugnada había tenido como fundamento decisivo la declaración de tres testigos que habían manifestado que al tiempo de la segregación de las fincas, no existían las ventanas. Testigos que posteriormente habían sido condenados por sentencia penal firme, por delito de falso testimonio en la causa civil de la que deriva el presente recurso.

NOTA.—Varios son los requisitos necesarios para apreciar, de conformidad con el artículo 541 del Código civil, la existencia de una servidumbre aparente, o del buen padre de familia: a) Una separación actual de los predios que venían perteneciendo a un solo dueño; b) Existencia de un signo aparente de servidumbre entre amos predios; c) Que el establecimiento de tal signo aparente de servidumbre lo hubiese sido por el propietario de ambos predios, de forma que existiese al tiempo de la separación de los fondos.

En el supuesto planteado por el Tribunal Supremo, se discutía precisa-

mente la existencia del tercer requisito mencionado: una finca, inicialmente perteneciente a un solo titular, se divide en dos, existiendo en el inmueble, sito en una de ellas dos ventanas, cuyo cierre solicitaba el titular de la otra finca. La base para admitir o no la continuidad de las citadas ventanas se encontraba básicamente en la averiguación de si las mismas existían o no al tiempo de producirse la división de la finca matriz (los otros requisitos exigidos para admitir la existencia de la servidumbre no eran discutidos por las partes). El demandante (titular del predio sirviente) alegaba su inexistencia, apoyándose entre otros medios de prueba, en la testifical (teniendo en cuenta en el correspondiente proceso penal los citados testigos habían sido condenados por falso testimonio, vertido precisamente en el procedimiento civil que nos ocupa).

El Tribunal Supremo, siguiendo su propia doctrina (SS entre otras de 18 de junio de 1986 o 6 de junio de 1987...) aplica el artículo 541 del Código civil, al admitir la existencia de una servidumbre por destino del buen padre de familia. En el caso debatido se trataba de una servidumbre negativa, derivada de la existencia de las citadas ventanas en el predio dominante con anterioridad al tiempo de separarse las dos fincas. El signo aparente de servidumbre destruye la presunción de libertad de los predios, igualmente si la servidumbre es positiva, como si es, como en este caso, negativa.

Autores como MANRESA (*Código civil español*, T. IV) habían mantenido, sin embargo, que como las servidumbres negativas no son aparentes, podía afirmarse que el artículo 541 sólo era aplicable a las servidumbres positivas. No obstante esta postura, el criterio del Tribunal Supremo, mantenido igualmente en la sentencia que comentamos, ha sido el de su aplicación a tales servidumbres negativas (Vid. STS 10 de abril de 1954, 17 de diciembre de 1954, 30 de octubre de 1959, 31 de enero de 1960, 23 de enero de 1962, 16 de abril de 1963, 23 de noviembre de 1963, 20 de diciembre de 1965 y 21 de junio de 1971) (Vid. DIEZ PICAZO y GULLÓN. *Sistema de Derecho civil*. III (1990), pp. 445-446). (P.B.M.).

5. FAMILIA

39. Donación de inmuebles. Doctrina general sobre los requisitos de validez.
Inaplicabilidad de los artículos 1278 y 1279.—Al tratarse de una donación de inmuebles, debía haberse no sólo aceptado por el donatario, sino, sobre todo, hecho constar en escritura pública para que la misma sea válida, o sea, nazca a la vida del derecho, para que, en su caso pueda surtir efectos, por lo que no es acertada la línea de razonamiento de la sentencia recurrida de que, por el juego de los artículos 1278 y 1279 del Código civil, cabe compeler a la observancia de la forma prevenida para «hacer efectivas las obligaciones de un contrato», ya que, en puridad técnica, esta posibilidad remite a la eficacia del negocio, o sea, a su operatividad *ex post* tras su nacimiento, mientras que aquella «validez» se contrae o identifica con este momento constitutivo o precedente al despliegue de efectos del contrato en cuestión.

Régimen matrimonial de separación absoluta de bienes. Convenio privado de separación de personas y bienes. Reciprocidad de cesiones de bienes, onerosas y gratuitas. Contrato mixto o coaligado con prestaciones combinadas. Régimen jurídico. Indisociabilidad. Inaplicabilidad del régimen de perfección de las donaciones.—La doctrina particular sobre la perfección del contrato de donación de inmuebles es inaplicable al convenio atípico y privado por el que un matrimonio casado bajo el régimen de separación absoluta, pone fin a la vida en común, y además de pactar alimentos para la esposa, acuerda varias cesiones reciprocas, unas a título gratuito y otras oneroso, y se asumen otro tipo de obligaciones, como la de otorgar en su caso las escrituras públicas consiguientes; no cabe disociar la eficacia del conjunto de pactos, dejando sin efecto las cesiones gratuitas consentidas por uno de los contratantes omitiendo lo relativo a aquéllas de las que se ha beneficiado, con lo que no sólo se rompe el equilibrio de las prestaciones sino hasta el presupuesto determinante o base del contrato; hay que atender a la globalidad de lo pactado, que reune todos los requisitos de viabilidad general y no traspasa límite alguno prohibido, por lo que cada parte debe cumplir sus compromisos sin ampararse en las particulares exigencias de forma de una de ellas aisladamente considerada; en el contrato contemplado se trasluce una manifestación de las denominadas uniones de contratos, en donde con una dependencia de bilateralidad en lo acordado, no desaparece la esencial unidad del contrato, abocando a una especie de contrato mixto o contrato combinado con prestaciones coligadas, en el que cada parte asume una serie de obligaciones en contrapartida a las que, a su vez, asume la otra, sin que sea lícito desvincular alguna parte de ese total aplicándole un tratamiento jurídico independiente a las del resto a que va incorporado. (STS 5 de febrero de 1990; no ha lugar).

NOTA.—Parece haber sido tenida en cuenta a la hora de rechazar el recurso interpuesto por la actora, la circunstancia de que en el convenio de separación amistosa se le había adjudicado una pensión alimenticia mensual de 400.000 pesetas, mientras que impugna por defecto de forma determinadas cesiones gratuitas realizadas por ella y que integraban una de las partes del complejo convenio amistoso de separación. En este caso, más bien que acuerdo de separación amistosa habría que calificarlo de liquidación de un régimen económico que inicialmente fue pactado como de separación absoluta.

El Tribunal Supremo (Pte. Martínez Calcerrada) comienza recordando la doctrina general sobre perfección de la donación de inmuebles, equivocadamente interpretada por la Audiencia Territorial al relacionarla con los artículos 1278 y 1279 del Código civil. Pero esta discrepancia argumental no va a trascender al fallo del recurso, por cuanto que la sentencia de instancia va a quedar confirmada por otros argumentos. Con acierto se apunta a la complejidad de la causa y a la imposibilidad de aislar cada una de las prestaciones, lo que se traduce en la imposibilidad de aplicar el régimen particular de una de ellas con independencia del *totum contractual*. La consecuencia es la validez del documento privado en que los cónyuges pactaron la separación amistosa y se obligaron a otorgar diversas escrituras, entre ellas la de donación de determinados inmuebles.

Quizá no acierta tanto la sentencia a la hora de calificar el convenio, pues hay unanimidad en la doctrina a la hora de mantener diferenciados los contratos mixtos y los coaligados o conexos (MESSINEO, *Il contratto in genere*, Milano 1968, I, p. 720; LACRUZ, *Elementos* II-2.^º p. 252). (G.G.C.).

40. Capitulaciones matrimoniales.—Habida cuenta que son antecedentes muy significativos para la decisión que se emite, que la cambial suscrita por el esposo en 10 de febrero de 1977, junto con otra persona, como aceptantes y aval del recurrente, sólo es exigible en 10 de diciembre de 1977, y así el protesto por impago es de 12 siguiente, que ha de calificarse como hizo sin impugnación alguna el Tribunal *a quo*, que es una *deuda ajena* tanto a la sociedad cuando se concertó aquel débito como a la esposa tercerista, la cual, por capítulos modificativos, deviene en propietaria por adjudicación de la finca, en escritura de 1 de julio de 1977, y además, que la sustantación del juicio ejecutivo lo fue con fecha posterior a ésta; de consiguiente, la valoración de los demás motivos en base todos al artículo 1692.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es la siguiente:

1) En el segundo motivo se denuncia la doctrina jurisprudencial que cita en torno al sentido de los artículos 1396 y 1398 en relación con los artículos 1401 y siguientes del Código civil, en cuanto al deber de incluir en el pasivo del inventario la deuda contraída por el esposo con la ejecutante y que ha de tomarse en consideración la fecha de la deuda —la emisión cambial— y no la de iniciación del juicio ejecutivo: tesis desecharle, pues conforme a lo expuesto *la deuda del esposo, no era ganancial*, y, además a su vencimiento ya estaba liquidada la sociedad y adjudicada la finca a la tercerista.

2) En el motivo tercero se insiste en la infracción del artículo 1401 del Código civil, que tampoco puede prosperar pues la sanción de que «mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad los acreedores conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor» cede por la antes expuesta sobre la naturaleza privativa de la deuda origen del juicio ejecutivo.

3) Se denuncia en el cuarto motivo la infracción del artículo 1402 del Código civil, en cuanto a la insuficiencia del cuerpo capitular para integrar el título de dominio a la tercerista, a lo que se responde que despreciándose, por lo razonado en la doctrina que precede sobre la interrelación de esta pretensión con la de acción reivindicatoria, ha de reiterarse que el recurrente no goza en caso alguno del «status» de acreedor de la sociedad, sino del esposo deudor.

4) En el quinto motivo se denuncia la infracción del artículo 6.4 del Código civil con la cita de los preceptos transcritos sobre formalidades de otorgamiento de capítulos, que tampoco ha de acogerse porque, cuando el órgano *a quo* ha expulsado de su valoración la calificación de fraude en la conducta de los interesados al otorgar los capítulos, no es posible en vía casacional incorporar esta figura (entre otras en sentencia de 7 de noviembre de 1984 se expuso que la conducta fraudulenta —sic— es un elemento de hecho sometido a la exclusiva soberanía de los tribunales y no revisable en casación más que por la vía del error de hecho...) que, en principio, afecta, incluso, a connotaciones éticas de la persona, que siempre habrán de apreciarse con evidente sentido restrictivo y máxime cuando se persigue demostrar ese fraude con los repetitivos alegatos rechazados de la índole de la deuda y la precedencia de su fecha constitutiva.

5) En el sexto motivo se denuncia la violación del artículo 1399 del Código civil sobre la prioridad del pago de las deudas sociales, que por los mismos argumentos ha de rehusarse.

6) En el último motivo del recurso se denuncia la infracción de la disciplina del artículo 1333 del Código civil, en cuanto que tras el otorgamiento del pacto modificativo no se tomó razón del mismo en el Registro de la Propiedad, particular éste, sobre el que ya se adelantó que carece de relieve constitutivo o habilitante de ese pacto sin perjuicio de que sea una previsión ajustada para publicidad de los derechos de terceros, como auténtica regla de terceros y no *inter partes*; por todo lo cual, procede declarar no haber lugar al recurso con las consecuencias derivadas. (STS 6 de diciembre de 1989, no ha lugar).

HECHOS.—Se otorgó escritura de capitulaciones matrimoniales entre los esposos el 1 de julio de 1977 por el que se disolvían la anterior sociedad de gananciales y concertaran un régimen económico de separación de bienes en que se adjudicaba la finca embargada a la esposa, que dicha fecha es anterior a la promoción del juicio ejecutivo contra el esposo y cuya escritura se inscribió en el Registro de la Propiedad el 17 de noviembre de 1983; que esa finca la adquirió el matrimonio como bien ganancial, adjudicada luego como privativa a la esposa. Se dice, asimismo, que ese contrato capitular no es simulado pues es fehaciente y de contenido auténtico. Que si bien cuando se anotó el embargo de la finca a favor del ejecutante y codemandado no estaba inscrito en el Registro de la Propiedad la escritura de 1 de julio de 1977, no obstante ello no cercena la libertad de otorgar capítulos según el artículo 1325 del Código civil. (F.LL.Y.).

41. Bienes gananciales. Litisconsorcio pasivo necesario. Doctrina general.—Tratándose de acciones reales, contradictorias o limitativas del dominio de los bienes gananciales, es inexcusable la necesidad de que el tercero que se crea asistido de alguna de dichas acciones la dirija contra los dos esposos integrantes de la sociedad conyugal, de tal manera que su ejercicio frente a uno solo de ellos, con exclusión del otro, determina el surgimiento de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario; respecto del ejercicio de acciones personales o derivadas de contrato, la doctrina de esta Sala es clara y uniforme en el sentido de que cuando se postula la eficacia o ineficacia de una relación negocial o contractual basta dirigir la pretensión contra aquel de los cónyuges que haya sido parte en el contrato, sin necesidad de demandar también al otro cónyuge que no intervino en el mismo, y que, si los dos esposos tuvieron intervención de manera directa o indirecta (representado uno por el otro) en el contrato cuestionado, la demanda debe inexcusadamente ser dirigida frente a los dos, pues lo contrario significa una defectuosa e inadmisible constitución de la relación jurídico-procesal.

Arrendamiento de vivienda con opción de compra para la sociedad conyugal. Resolución por incumplimiento. Litisconsorcio pasivo necesario.—En el contrato de autos, si bien sólo interviene personalmente el comprador, lo hizo también en representación de su esposa, consignándose el nombre y apellidos de ésta y haciéndose constar expresamente que el comprador adquiere y compra «para su sociedad conyugal», por lo cual la resolución por incumplimiento no puede ser

intentada, ni mucho menos obtenida, sin dirigir la acción contra ella, pues en otro caso podría verse afectada y perjudicada por una sentencia recaída en un proceso en el que, debiendo serlo, no ha sido parte, que es lo que trata de evitar el instituto del litis consorcio pasivo necesario.

Carácter de vivienda familiar del piso comprado.—El perjuicio de la esposa del comprador se vería agravado por la circunstancia de que, al llevar la pretendida resolución contractual aparejada la restitución de piso a los vendedores, se vería desalojada, sin haber tenido posibilidad de defenderse, del expresado piso, en el que viene teniendo su vivienda familiar a virtud del contrato de arrendamiento que con anterioridad tenía concertado con los copropietarios del mismo.

Legitimación procesal de un cónyuge para la defensa de bienes comunes: artículo 1385, párrafo 2.º.—La facultad que el artículo 1385, párrafo 2.º del Código civil concede a cualquiera de los cónyuges para defender los bienes y derechos comunes no significa nada más que cualquiera de ellos está legitimado para hacer dicha defensa, pero no que pasivamente haya de soportar con exclusividad el ejercicio de una acción que, por afectar a ambos, debió ser dirigida contra los dos.

Buena fe y abuso del derecho.—No se violan los artículos 7 del Código civil y 11 L.O.P.J., cuando se invoca y aplica la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario, que debe ser apreciada de oficio e imperativamente por los Tribunales. (STS 25 de enero de 1990; no ha lugar).

NOTA.—Acertado resumen de la doctrina procesal del litisconsorcio pasivo necesario con una interesante aplicación a los litigios sobre bienes gananciales. ¿Es correcta la deducción que hace la sentencia de la circunstancia de que en el contrato se hace constar el nombre y apellido de la esposa así como que la adquisición se hace para la sociedad conyugal, que el marido actuó en representación de su mujer? Parece que una cosa es el carácter del bien adquirido (por ej. a efectos registrales: cfr. arts. 93 y 94 R.H.) y otra atribuir la cualidad de parte contractual al cónyuge no contratante. En todo caso la solución adoptada se refuerza con una referencia *obiter dictum* al régimen de la vivienda familiar ex artículo 1320 del Código civil para ponderar el perjuicio que sufriría la esposa de estimarse la acción resolutoria por incumplimiento *inaudita parte*. Interesa también la referencia marginal al artículo 1385 párrafo 2.º, al que se atribuye «no muy afortunada redacción» y ser trasunto legislativo de la doctrina jurisprudencial que legitima a cualquiera de los comuneros para accionar en beneficio de la comunidad. Más amplio fundamento le atribuye DE LOS MOZOS, *Comentarios Albadalejo XVIII-2.º*, Madrid 1984, p. 399, sin que, por otra parte, se haga cuestión la doctrina de la posible aplicación de la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario (crr. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Doctrina y jurisprudencia del Código civil*, Madrid, 1984, pp. 1928-1930). Puede, por tanto, calificarse de novedosa la doctrina de esta sentencia. (G.G.C.).

42. Investigación de la paternidad.—Es doctrina legal verdadera que en los supuestos de investigación de la paternidad mediante la práctica de pruebas biológicas

gicas se precisa la concurrencia de dos presupuestos inexcusables: la posibilidad de la fecundación de la mujer y de otra la negativa obstrucionista de quien la negase de someterse a la práctica de las referidas pruebas.

Así en cuanto al primero de los extremos indicados la sentencia que ahora se impugna establece que la paternidad ha de presumirse conforme al artículo 135 del Código civil, se infiere lógicamente de hechos demostrados, cuales son la existencia de relaciones y trato estrecho y frecuente, entre la *actora* y demandado en la época de la concepción, que ponen de manifiesto la pruebas de confesión y testifical practicadas, así como la actitud y manifestaciones del demandado, admitiendo expresa y tácitamente su paternidad después del nacimiento que adveran las declaraciones contenidas en el acta notarial acompañada a la demanda. Asimismo, en dicha sentencia se destaca la actitud del demandado al negarse a ser sometido a las particulares pruebas para la investigación biológica, sin justificación alguna para ello. En consecuencia, procede la inadmisión del único de los motivos del recurso en que se denuncia la infracción del artículo 135 del Código civil en relación con el artículo 1249. (STS 10 de noviembre de 1989; no ha lugar).

HECHOS.—La demandante conoció al demandado a mediados del año 1977, formalizando sus relaciones de noviazgo aproximadamente en el mes de octubre de dicho año. Consecuencia de tales relaciones nació el día 6 de noviembre de 1978 un niño. El demandado en un principio se negó a reconocer a su hijo en el Registro Civil, prometiendo llevar a cabo el reconocimiento más adelante, sin que hasta el día de la fecha lo haya hecho. A pesar de ello, el demandado reconoció ante familiares y amigos de la demandante ser el padre del niño, a quien iba a visitar frecuentemente al domicilio de la actora, en especial durante los dos primeros años de la vida del menor.

NOTA.—Queda acreditada verosímilmente la paternidad del encausado en virtud de las presunciones *hominis* del artículo 135 del Código civil que en el supuesto de autos se cumplen en la persona del demandado, ya que hay una constatación probada de actos directos que emanen un claro *animus recognoscendi*, ya que *ad casum* existe una relación continua de la que se infiere la voluntariedad del presunto padre de tener al hijo como suyo, de modo que estos hechos (*facta concludentia*) revelan en aquél una actitud inequívoca demonstrativa de la paternidad atribuida al presunto progenitor. (F.LL.Y.).

43. Reclamación de la filiación extramatrimonial.—1. El concepto de parte en el proceso ha ido sufriendo una evolución paulatina por la influencia del principio de legitimación procesal, toda vez que si en un principio se entendió el concepto como unívoco, la evolución posterior elaboró el concepto de legitimación procesal indirecta para dar cabida a todos aquellos supuestos en que aún afectando el objeto del proceso a un sujeto determinado, no precisaba constituirse en parte procesal, ya que sus intereses eran tutelados mediante la legitimación procesal indirecta.

Tal ha sido la doctrina que ha tenido acogida en el artículo 129 del Código civil, comprendido en el Capítulo correspondiente a las acciones de filiación y en la Sección Primera del mismo dedicada a las Disposiciones Generales, al disponer que las acciones que correspondan al hijo menor de edad o incapaz podrán ser ejercitadas indistintamente por su representante legal o por el Ministerio Fis-

cal, y aún cuando la intervención de éste haya sido criticada por algún sector de la doctrina, razones de índole práctica avalan su intervención cuando no exista la representación legal o ésta no actuara en el proceso.

Este sistema de actuación procesal en interés del hijo menor, nunca podrán producir la indefensión, toda vez que las previsiones de los artículos 137 y 140 del párrafo último del Código civil, le reservan unas acciones de impugnación de la paternidad que eventualmente hubiere sido declarada.

2. Tal ocurre en el supuesto de autos, en que aún cuando la menor no haya sido demandada y cuya filiación se postula, ha de entenderse que sus intereses han estado defendidos por su madre, conforme a las previsiones del artículo 162 del Código civil y, en consecuencia, nunca puede haberse infringido este precepto conforme se denuncia en el primero de los motivos del recurso, y menos aún la defectuosa constitución de la relación jurídico procesal por no haber sido traída al proceso como parte demandada la menor. (**STS 5 de febrero de 1990; no ha lugar**).

HECHOS.—El demandante y la recurrente en casación iniciaron en el mes de febrero de 1981 relaciones formales de noviazgo, con miras a contraer matrimonio, manteniendo relaciones íntimas, de cuyo resultado concibió la demandada la hija nacida el 19 de diciembre de 1981. Concedora aquella de su embarazo prometió al demandante contraer matrimonio civil, a cuyo fin solicitaron las certificaciones de nacimiento estado y residencia necesarias para dicho trámite, viéndose frustrada dicha tentativa de matrimonio como consecuencia de la intervención de la familia de la demandada, postura que desde ese momento adoptaría también la demandada. Esta representación terminaba suplicando que previos los trámites pertinentes se dictase en su día sentencia por la que se declare que la niña es hija no matrimonial del demandante, comunicándose dicha sentencia al Registro Civil donde constaba inscrito el nacimiento para que se practique la oportuna anotación de la misma en la inscripción condenando a la demandada a estar y pasar por la anterior declaración con abono de costas.

NOTA.—Como es doctrina reiterada y ha explicado PEÑA BERNAL-DO DE QUIROS, en el artículo 129 la Ley resuelve la cuestión del ejercicio de las acciones por representante legal en los casos más llamativos. En el precepto se hace aplicación concreta de un criterio general favorable al ejercicio de cualquier acción de filiación por representante legal. Por muy personalísimos que sean los intereses defendidos, estos no pueden quedar desprotegidos y expuestos a burla y lesión porque los sujetos sean menores o incapaces. En fin podría invocarse el derecho fundamental a la defensa procesal establecido en el artículo 24 de la Constitución. (F.LL.Y.).

6. SUCESIONES

44. Cesión de derechos hereditarios. Precio irrisorio. Convivencia del cedente con la familia colateral. Donación remuneratoria. Simulación relativa. Inoficiosidad. Causa del contrato como presupuesto de razonabilidad.—Para entender el

verdadero alcance o significación de la causa como razón de ser del contrato —con una incesante polémica doctrinal respecto a su exacta configuración— no puede omitirse el peso que debe ostentar la real intención o explicación del componente de voluntad que cada parte proyecta al consentir el negocio, y si ésta puede explicitarse en el conjunto de las circunstancias que emergen de la situación subyacente que origina el negocio que se lleva a cabo, ha de tenerse en cuenta la misma para integrar aquel concepto, pues de esa forma se consigue localizar un presupuesto de razonabilidad que funda el intercambio de prestaciones efectuado, y que se identifica con la causa de la atribución; en el presente caso el cedente, padre de las actoras, desde el nacimiento de éstas se desentendió de sus hijas yendo a convivir con un hermano y un sobrino hasta su fallecimiento, y tal convivencia acarrea atenciones, auxilios de toda índole que el causante de las actoras recibió de su familia colateral, lo que explica un sentimiento de gratitud o reconocimiento por tal prestación asistencial y que el precio de la cesión, aparte de ser real, no se acomode al del mercado, constituyendo en su conjunto una transferencia dominical *animus donandi*, no carente de causa al existir un propósito implícito de gratuitad en el cedente, que permite subsumir el negocio en la categoría de los contratos remuneratorios del artículo 1274 del Código civil, como donación remuneratoria que es la hecha a una persona por los servicios prestados al donante; por ello no debe calificarse tal cesión como negocio absolutamente simulado, sino negocio aparente encubridor de una auténtica donación remuneratoria, la cual ha de calificarse de inoficiosa al haberse demostrado que a la muerte del cedente sus hijas no percibieron nada por carecer de patrimonio, por lo cual ha de verse en dicho negocio un mecanismo destructor de sus expectativas de herederas forzosas, siendo imprescindible la acción para atacar los negocios relativamente simulados.

Escritura en reconocimiento de préstamo y constitución de hipoteca. Inexistencia de simulación. No se exige la prueba de la recepción del préstamo para su viabilidad. **Convivencia entre prestamista y prestatario. Adjudicación de las fincas hipotecadas al acreedor por falta de pago. No hay simulación absoluta.**—Declarado por la Sala de Instancia que era nulo por simulación absoluta el reconocimiento de préstamo con garantía hipotecaria a favor del sobrino con quien convivía el deudor, por el artificio de constituir hipoteca por un supuesto préstamo, sin prueba alguna de la entrega del dinero que se confesó recibido, procede revocar el fallo y entender que el negocio es válido por no precisarse en nuestro ordenamiento la prueba de la recepción del préstamo dinerario para su viabilidad, debiendo entenderse que la continuada convivencia del prestatario con el sobrino prestamista constituye causa del negocio.

«Plus petitio».—El ejercicio de la acción encaminada a que los codemandados dejen libres las fincas reivindicadas conlleva implícitamente la nulidad de los títulos alegados para justificar la tenencia, por lo que la sentencia que declara esta última no incide en *plus petitio*.

Usucapión extraordinaria. No procede al declararse la nulidad del título por simulación relativa.—La destrucción de la causa originadora del título por simulación relativa impide cualquier efecto positivo posterior y, por tanto, estimar

la usucapión extraordinaria a favor de los demandados. (**STS 29 de noviembre de 1989; ha lugar.**)

NOTA.—Sentencia «salomónica», inspirada acaso en un elemental sentido de equidad, que no puede menos que dejar insatisfecho al comentarista por lo rebuscado de sus argumentos y una evidente contradicción en sus propios fundamentos. A simple vista parece más justa la sentencia dictada por la Audiencia Territorial por la que se declaran nulas, con todas sus consecuencias legales, tanto la cesión de derechos hereditarios que el causante hizo en favor de su hermano como la escritura de reconocimiento de préstamo y constitución de hipoteca en beneficio de un sobrino de ambos, convíviente con aquéllos, en ambos casos por simulación absoluta pues la cesión se hizo por precio irrisorio (mil pts. por lo que valía 250.000 al tiempo del contrato y hoy siete millones), y no se justifica la realidad del préstamo para cuya garantía se ofrecen fincas cuyo valor excede del doble del supuesto préstamo y hoy valen cien veces más, adjudicándose al prestamista por falta de pago; debe añadirse que si bien el causante otorgó testamento en favor de sus hijas, éstas nada pudieron heredar por haberse desprendido de todo su patrimonio en virtud de los referidos negocios *inter vivos*. La sentencia del Tribunal Supremo (Pte. Martínez Calcerada) no deja de resaltar que la acción de las hijas se interpone 35 años después de la cesión, y aunque mantiene la imprescriptibilidad de las acciones de simulación, tanto absoluta como relativa, pondera lo que tan dilatado plazo supone de continuado ejercicio de actos de posesión y disfrute a favor de los codemandados sobre las fincas en cuestión.

Para salvar la validez inicial de la cesión acude el Tribunal Supremo al concepto de causa como presupuesto de razonabilidad que funda el intercambio de prestaciones efectuado, no aclarando si se trata de algo unilateral de cada contratante, o, por el contrario, de algo bilateralmente compartido; tal razonabilidad la encuentra en la convivencia continuada pues el padre abandonó a sus hijas al poco de nacer y se fue a vivir con un hermano y un sobrino de ambos, hasta el momento de su muerte, con un leve intervalo en que convivió con una de sus hijas, de forma que tal convivencia integra una causa remuneratoria que permite validar el negocio encubierto; pero, a renglón seguido se dice que tal donación sería inoficiosa por defraudar los derechos legitimarios de las actoras; con todo, la inoficiosidad se declara *obiter dicta* por lo que parece será necesario otro juicio para hacerla valer. No se comprende la razón por la cual las acciones relativas al segundo lote de fincas, objeto de una hipoteca que la Audiencia Territorial estimó declarar simulación absoluta, no reciben el mismo tratamiento, aunque sea *obiter dicta*, que el primer lote objeto de la cesión. De aquí el calificativo de «salomónica» que he atribuido inicialmente a la sentencia.

A parte de la artificiosidad del concepto adoptado de causa, creo que ambos negocios adolecen de ilicitud por el patente propósito de defraudar a los legitimarios que sólo en un caso reconoce el Tribunal Supremo. Por otro lado, si se estima que existe un reconocimiento de deuda en el segundo de los negocios examinados, conocida es la doctrina jurisprudencial que

niega en nuestro ordenamiento la existencia de negocios abstractos, por lo cual la carga de la prueba de la existencia del préstamo recaía sobre el supuesto prestamista, quien en ningún momento la realizó, sin que esa causa remuneratoria que reconoce la sentencia pueda valorarse dada su inconcreción (habría que haber probado que la cuantía de los servicios prestados al prestatario eran equivalentes al importe del préstamo).

Una última nota, sin trascendencia en el pleito: hay indicios de la fácil sugeribilidad del causante pues durante la breve convivencia de dos años con una de las hijas, otorgó testamento en su favor (que luego revocó) adjudicándole, además de la legítima, el tercio de mejora y el de libre disposición.

Últimas secuelas jurídicas, no satisfactoriamente resueltas, de un problema humano que algunas veces se plantea: muerta la madre al poco de nacer las hijas, éstas conviven con unos tíos, hermanos de la madre, mientras que el padre convive con un hermano y un sobrino; fallecido el padre en 1968 cabe conjeturar que el litigio se plantea al revalorizarse desmesuradamente en los últimos años la propiedad inmueble (G.G.C.)

II. DERECHO MERCANTIL

45. Seguro multirriesgo. Ampliación solicitada por el asegurado y no aceptada por la compañía. Perfección del contrato. Naturaleza de contrato de adhesión.—En el contrato de seguro el consentimiento surge por la concurrencia de la oferta y de la aceptación, oferta que no consiste en la solicitud por el asegurado, sino en la proposición por el asegurador, mientras que la aceptación se integra por la declaración de voluntad del asegurado aceptando las condiciones propuestas; lo que está de acuerdo con la naturaleza de contrato de adhesión que normalmente tiene el de seguro; de lo que se evidencia que la declaración de la Sala *a quo* dando por existente un acuerdo de voluntades entre las partes sobre el aumento de la suma asegurada, no responde al orden lógico en que se produce el *iter negocial* en esta clase de contratos según el artículo 6 de la Ley de 1980 y la sentencia de 24 de junio de 1982, por lo que ha de estimarse infringido el artículo 1253 del Código civil, ya que no existiendo una oferta en sentido técnico no puede afirmarse la existencia de una aceptación perfeccionadora del contrato, procediendo la estimación del recurso. (**STS 2 de febrero de 1990, ha lugar**).

NOTA.—Existiendo una póliza de multirriesgo respecto de las existencias de un videoclub, se solicita por el asegurado ampliación del capital asegurado, produciéndose un cuantioso robo durante la tramitación de esta solicitud y antes de que la compañía se pronunciara al respecto. La Audiencia Territorial admitió una voluntad tácita de la aseguradora aplicando la doctrina jurisprudencial sobre los *facta concludentia*. La clara determinación del artículo 6, párrafo 1.^º de la Ley de 1980 obligaba a estimar el recurso. No está tan clara, sin embargo, la solución a la vista de la Ley de Consumidores de 1984, que en ningún modo se cita en el proceso. (G.G.C.).

46. Plazo de prescripción de la acción de nulidad de inscripción de marca en caso de doble inscripción.—«...El problema se reconduce a dirimir la prioridad entre ambas inscripciones y, por tanto, partiendo de que las dos partes ya han consolidado su respectivo dominio, la solución de la preferencia discutida comportará el ejercicio de una acción personal de nulidad de la inscripción posterior que es la que se insta en la demanda, y, entonces, según de manera expresa se reconoce, entre otras, en sentencias de esta Sala de 12-9, 21-10-85, 1-6 y 2-12-1988 cuando, como en el litigio acontezca un caso de doble inmatriculación/inscripción —sic— de una marca, la acción que asiste al titular registral prioritario no está afectada por el plazo trienal al que se contrae el artículo 14 del Estatuto de la Propiedad Industrial, sino que en el caso más favorable para el recurrente se hallaría sujeta al plazo de prescripción general de las acciones personales que es el quince años que señala el artículo 1964 del Código civil, por lo que se reitera la desestimación del motivo al ser también irrelevantes los demás alegatos.»

Alcance del artículo 124.1 del Estatuto de la Propiedad Industrial. Semejanza fonética o gráfica de los distintivos admitidos en el Registro con otros ya registrados.—«Al respecto existe una copiosa jurisprudencia que dilucida el problema litigioso derivado de la “semejanza fonética o gráfica de los distintivos admitidos en el Registro con otros ya registrados”: y así puede hacerse la siguiente selección: de la sala 3.^a de este Tribunal Supremo: sentencia de 30 de julio de 1988: Es clara la diferencia desde el punto de vista fonético y gráfico de las marcas enfrentadas a lo que sólo se hace preciso añadir a los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida la doctrina constante de esta Sala al respecto, consistente en que «el criterio esencial para determinar la compatibilidad o incompatibilidad entre las dos denominaciones es la semejanza fonética o gráfica, ya se manifieste por la prosodia o por la imagen de los vocablos en pugna, bastando la concurrencia de la correspondiente para que haya de denegarse el registro de la marca solicitada, y la ausencia de ambas para que sea procedente su concesión; ahora bien, la “semejanza fonética o gráfica” a que alude el artículo 124.1 del Estatuto de la Propiedad Industrial entraña un “concepto jurídico indeterminado”, cuya realidad subyacente ha sido apreciada en función al comportamiento colectivo medio con arreglo al sentido común de los consumidores en un momento histórico determinado que depende de su estado medio cultural, ya que dicho precepto estatutario proporciona una regla gramatical orientadora que ha sido completada, junto a otras, por la jurisprudencia con el valor que a ésta concede el artículo 6.1 del vigente Código civil; así es de constante aplicación el criterio de la “unidad gramatical y conceptual indivisible” de las marcas en pugna, porque su comparación ha de hacerse partiendo de la totalidad de los términos laterales o gráficos de las denominaciones a considerar, sin desintegrar artificiosamente las sílabas o palabras que las componen, sino más bien atendiendo principalmente a la “ impresión fonética o gráfica” que normalmente ha de producir en el público consumidor y que sus componentes asumen a través de la visión o la audición, más que en buscar en sus profundos y prolijos significados etimológicos, producto de disquisiciones léxico-gramaticales, descomponiendo o aquilatando técnica y científicamente los elementos que forman los vocablos o expresiones enfrentadas, pues esta labor propia de las personas de alto estado cultural no es realizada con dicho rigor por el ciudadano medio al que la marca ha de impresionar». Sentencia

16 de julio de 1988, en la que se proscribe la agregación al elemento distintivo de la marca de todo o parte de una razón social, y que dice así: «(...) a la semejanza fonética y gráfica capaz de confundir a los consumidores, que es lo prohibido en el artículo 124.1 del Estatuto de la Propiedad Industrial no se rompe por la circunstancia de anteponer al verdadero distintivo "Domain" el apellido de la razón social del recurrente, "Domecq", pues tal alegación no introduce en el comercio ninguna individualidad específica frente a la marca "Domay" ni impide aquel posible error y confusión, dado, además, que ambas marcas amparan la misma clase de productos; b) de aceptarse los argumentos de la parte apelante se harían inútiles las inscripciones registrales, pues por ese procedimiento de agregar al elemento verdaderamente distintivo de la marca el todo o parte de un razón social, cualquier entidad podría aprovechar toda marca registrada»; y de esta Sala la del Tribunal Supremo, entre otras muchas: sentencia de 9 de mayo de 1983: "cuando alguno o algunos de los elementos que, utilizados, tiene especial eficacia individualizadora, es este particular elemento el que por su singularidad caracterizante de producto común, ha de ser preferentemente contemplado para decidir si la marca discutida puede provocar confusión en el tráfico, a costa de la prioritaria que lo había ampliamente difundido", y la de 2 de marzo de 1983: "las pretendidas distinciones entre identidad y semejanza carecen de todo sentido, ya que siendo la finalidad de la marca según el artículo 18 del Estatuto la de servir para señalar y distinguir de los similares los productos de la industria, el comercio y el trabajo, siempre que se disminuya la fuerza o eficacia distintiva de manera apreciable, deberá concluirse que existe la prohibición con igual régimen que si de absoluta identidad se tratara".» (STS 16 de diciembre de 1989; no ha lugar). (R.G.S.).

HECHOS.—Intramar S. L. interpone demanda de nulidad de registro de marca por la denominación Intramar S. A. contra su titular, empresa mercantil del mismo nombre. Se opuso la demanda por entender que la acción ejercitada había prescrito y no ser confundible la marca impugnada con el nombre comercial de la actora. La Audiencia Territorial de Madrid declara la nulidad e ineficacia legal de la cuestionada marca. Interpone S. A. recurso de casación que el Tribunal Supremo desestima.

47. Propiedad Industrial. Modelo de utilidad. Característica básica.—El artículo 171 del Estatuto de Propiedad Industrial hace consistir el elemento básico del modelo de utilidad, no en su forma, que es el elemento común con los modelos industriales, sino en el hecho de producir una utilidad, es decir, en este caso, que aporte un beneficio o efecto nuevo o un resultado industrial.

Se ha declarado reiteradamente que las ligeras diferencias estructurales de unos modelos con otros no impiden que los anteriormente inscritos hayan anticipado al que posteriormente se solicita; y se considera anticipado el modelo incluso cuando fue denegado ya un modelo de utilidad por falta de novedad, como ocurrió en el supuesto contemplado, y cuando se considera anticipado por haberse publicado su objeto en una revista técnica. (SS TS 14 de diciembre de 1974 y 23 de febrero de 1979).

Operatividad conjunta de los distintos elementos.—De los diversos elementos del modelo contemplado en el caso litigioso unos operan o funcionan con total

independencia respecto de los otros, lo que impide que concurra el supuesto de hecho a que se refiere el artículo 157.1 del Estatuto de la Propiedad Industrial (*sic*, en realidad art. 57.1), aunque en conjunto dichos elementos formen un objeto que no difiere sustancialmente de los ya conocidos, que son homólogos, como corresponde al objeto «botella» y a su función esencial.

Además del examen individual de los distintos elementos fue examinado el conjunto funcional de ellos, lo que no es opuesto a la indivisibilidad del objeto de la propiedad industrial que recoge el artículo 11 del Estatuto de la Propiedad Industrial, ya que esa indivisibilidad no se refiere indudablemente a elementos objetivos de las diversas modalidades de la misma propiedad, sino a la indivisibilidad del «título» de concesión, que no puede otorgarse en su caso de manera parcial, y que será uno en cuanto al objeto, procedimiento, producto o resultado, lo que es distinto de la función que los distintos elementos reporten al conjunto y que éste haya de examinarse desde luego.

La prueba.—La prueba pericial adquiere en estos litigios una singular relevancia, dado el matiz técnico que revisten las cuestiones de esta naturaleza, cuya valoración exige de unos conocimientos específicos a fin de poder determinar si el nuevo modelo que se presenta aporta alguna ventaja, utilidad o beneficio.

Frente al criterio del Tribunal de apelación no puede prevalecer el dictamen de la Sección Técnica del Registro, recaído en el expediente administrativo en el que se concedió a la entidad recurrente el modelo que ahora se anula; dictamen que no prejuzga la valoración hecha por el Tribunal civil, ni menoscaba su libertad de apreciación de la prueba pericial, según las reglas de la sana crítica y sin estar obligado a someterse al dictamen pericial. (**STS 24 de junio de 1987**; no ha lugar).

HECHOS.—La empresa recurrente Bioplast S. A. demandó a la recurrente Poliestres Españoles S. A., solicitando la declaración de nulidad de un modelo de utilidad (referido a la fabricación de botellas) del que era titular la demandada, por su identidad sustancial con otro modelo de utilidad inscrito anteriormente a favor de la demandante. La Audiencia Territorial de Barcelona estimó la demanda declarando la nulidad de la inscripción del modelo de utilidad; el Tribunal Supremo señala no haber lugar al recurso.

NOTA.—El Estatuto de la Propiedad Industrial de 1929 ha sido derogado, en lo que se refiere a patentes y modelos de utilidad, por la Ley de Patentes de 20 de marzo de 1986. Con relación a la cuestión planteada en este litigio, pueden verse los artículos 24 y 143 de la nueva Ley. (M.G.R.).

48. Alcance de la retroacción de la quiebra.—«...(La sentencia de instancia)...funda su decisión en la escrupulosa observancia de la sanción establecida en el artículo 878.2 del Código de comercio, que invalida sin más todos los actos de dominio o administración efectuados por el quebrado con posterioridad a la fecha en que se temporalizan los efectos de esa retroacción, por lo cual... deviene evidente que su nulidad es automática, y en consecuencia todos los demás actos jurídicos y resultados producidos que traen causa de dicha nulidad radical.» (F.D. 2.º).

Existencia del perjuicio a terceros como requisito condicionante para mantener la sanción de nulidad. Inadmisión. Presunción de perjuicio en todo caso.—«...Que la sanción no recoge ese presupuesto condicionante (y al punto están por ello las previsiones anulatorias de los artículos 880/881 del Código de Comercio), y que... tampoco pasa desapercibido que todo acto jurídico subsumible en aquella órbita y a los que se refiere el citado artículo 878, se presume perjudicial en general... para la masa (y en cualquier caso cabría afirmar, siguiendo la tesis del motivo, que debía declararse, previa demostración en juicio, que la excepción acontece, es decir, que el mismo no es perjudicial, lo que... en absoluto ocurre en el litigio...)» (F.D. 2.^º *in fine*).

Consecuencias de la nulidad de la hipoteca. Alcance del artículo 1303 del Código civil.—«...El efecto restitutorio del citado artículo 1303 del Código civil se refiere a lo percibido o entregado por cada parte a resultas del contrato que se invalida, y no ...cuando se trata de una hipoteca por reconocimiento de una deuda preexistente...

...La amplitud de peticiones (reconocimiento judicial de la existencia de una deuda entre las partes, calificación del crédito como ordinario en la masa del quebrado, y restitución de lo percibido por el quebrado en la subasta) ...exceden de aquellos efectos al precisar una adecuada valoración y calificación judicial...»

Presunción del artículo 1253 del Código civil. Su valoración es de exclusiva apreciación del Tribunal sentenciador.—«...La deducción acotada es de exclusiva apreciación del Tribunal sentenciador si no es contraria a las reglas... del criterio humano o se demuestra que por ilógica y absurda es improcedente... El juicio lógico del Tribunal *a quo* sólo es censurable en casación cuando notoriamente falte ese enlace preciso y directo entre el hecho demostrado y el que se trata de deducir, según las reglas del criterio humano que no son otras que las del raciocinio lógico...».

Tercero hipotecario. Inadmisión.—«...En modo alguno puede predicarse del recurrente un «status» jurídico tabular propio con el del tercero hipotecario delineado en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria (entre otras sentencias, la de 19 de julio de 1989 fijó sus requisitos así: 1. Que actúe de buena fe: que en el momento de adquirir desconozca o ignore, la existencia de una inexactitud en el Registro por discrepar su contenido con la realidad material... no habrá buena fe si los bienes a adquirir aparecen en el Registro como libres y no perturbados y el adquirente sabe y le consta que están gravados o perturbados. 2. Que adquiera a título oneroso... 3. Que el transferente tenga inscrito su derecho: que se subdivide en: a) que su adquisición sea derivativa de su anterior titular. b) Que precedente titular tenga inscrito su derecho y aparezca con facultad para tramitarlo. 4. Que el adquirente inscriba su derecho... 5. Que si se declara ineficaz el derecho del trasmitente, sus causas no consten en el Registro: es un requisito de posterior dacción, es decir una vez verificados los anteriores. En realidad va inmerso en el principio de buena fe, pues éste exige que el adquirente desconozca la existencia de cualquier inexactitud registral, o discrepancia con la realidad extraregistral, que serán las únicas fuentes de donde provendrían en su caso, esa nulidad o resolución del derecho del otorgante. 6. Identidad en el contenido obje-

tivo de la inscripción: nos referimos... al natural presupuesto de que los términos de la inscripción del adquirente concuerden con los transferentes en el sentido de que según sean éstos, se puede inscribir el derecho del segundo en su capacidad, cantidad y calidad»). (**STS 24 de octubre de 1989.** [Pte.: señor Martínez Calcerrada]. El TS declara no haber lugar a ninguno de los dos recursos de casación interpuestos).

HECHOS.—La empresa Cromyblanc S. A. había reconocido mediante escritura de 19 de agosto de 1980, adeudar a la empresa Comercial e Industrial García Sánchez S. A. (C.I.G.S., S. A.), la cantidad de 6.504.792 pesetas, hipotecando, para asegurar su pago, una casa y una porción de terreno. Comercial e Industrial García Sánchez S. A., como acreedor hipotecario, ejercitó en 1981 la acción especial del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, procedimiento que termina por auto de 13 de abril de 1983, y con la adjudicación en subasta de la porción del terreno hipotecado a un tercero (el otro codemandado —Exportpiel S. A.—), terreno que se inscribió a su nombre. No obstante, el 31 de enero de 1981 la entidad deudora fue declarada en suspensión de pagos, declarándose su insolvencia el 3 de septiembre del mismo año, para posteriormente ser declarada en quiebra necesaria el 9 de junio de 1982, retrotrayéndose sus efectos al 9 de junio de 1980, en virtud de auto de 4 de noviembre de 1982. Ante tales acontecimientos, la sindicatura de la quiebra de Cromyblanc S. A., interpone demanda en juicio declarativo de mayor cuantía, ante el Juzgado de Primera Instancia de Valls, contra Comercial Industrial García Sánchez S. A. (C.I.G.S. S. A.) y Exportpiel S. A., sobre nulidad de la escritura de hipoteca suscrita entre la entidad quebrada y la codemandada, y la restitución de los bienes adjudicados, o su valor a la masa de la quiebra, por entender que a tales actuaciones alcanzaba la retroacción de la quiebra.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia el 28 de septiembre de 1985, estimando íntegramente la demanda, declarando la nulidad de las hipotecas constituidas por los demandados, así como de las correspondientes adjudicaciones de bienes efectuadas en su virtud, condenando a los codemandados a la restitución a la masa de la quiebra de la sociedad actora de los citados bienes hipotecados y adjudicados, así como de los frutos, rentas e intereses que los mismos hubiesen producido. Interpuso el correspondiente recurso de apelación, la Sala segunda de la Audiencia Territorial de Barcelona dictó sentencia el 10 de febrero de 1988, confirmando íntegramente la sentencia de instancia. En su virtud se interpusieron dos recursos de casación, por cada uno de los codemandados; el primero, por infracción de los artículos 878.2 del Código de comercio, y 1866 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (argumentándose que la retroacción de la quiebra sólo debía comprender a los actos realizados en perjuicio de los demás acreedores), así como por violación del artículo 1303 del Código civil. El segundo de los recursos se interpuso por infracción de los artículos 1253 del Código civil y 34 de la Ley Hipotecaria. (P.B.M.).

III. DERECHO PROCESAL

49. Prevalencia frente a la testifical de la prueba documental.— «...Prueba documental que difícilmente se puede desvirtuar por las manifestaciones de un solo testigo, que sin poner en evidencia la realidad de su testimonio, no puede en ningún caso hacer que se ignoren los documentos aportados, como hace el Juez *a quo*, cuando el Tribunal Supremo tiene declarado con reiteración que la prueba documental es una prueba privilegiada frente a la testifical y debe tener una fuerza probatoria superior a la simple declaración de un solo testigo...»

Concepto de error judicial. Presupuestos para su apreciación.— «Como consecuencia del mandato contenido en el artículo 121 de la Constitución, la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en sus artículos 292 y siguientes, ha regulado la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia, tanto por el anormal del mismo, como por error judicial, y respecto a lo que debe entenderse por tal, una sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, infiere de la definición de error en el diccionario de la Real Academia, como concepto equivocado o juicio falso, que “el error en sentido jurídico supone en conocimiento equivocado de una cosa o de un hecho basado sobre la ignorancia o incompleto conocimiento de la realidad de esa cosa o hecho o de las reglas jurídicas que lo disciplinan” (sentencia de 29 de septiembre de 1987). Dado que el juicio jurisdiccional es normalmente dual, en cuanto que recae sobre los hechos cuestionados y, también, sobre las consecuencias jurídicas correspondientes a los mismos, el error judicial puede producirse en uno y otro ámbito, distinguiéndose entre error *de facto* y *de iure*, y como su construcción es netamente jurisprudencial, la doctrina emanada de las sentencias del Tribunal Supremo, permite configurar el error judicial de la siguiente forma: “no dimana de la simple revocación o anulación de resoluciones judiciales, produciéndose por haber sido aplicados a los hechos indebidamente un precepto legal que no les cuadre o dejado de aplicárseles el que les corresponde o cuando el que lo haya sido se les hubiera aplicado con errónea interpretación de su texto” (sentencia de 5 de octubre de 1987, Sala 2.^a), “incluye equivocaciones manifiestas y palmarias en la fijación de los hechos o en la interpretación y aplicación de la Ley” (sentencia de 4 de febrero de 1988, Sala 1.^a), “no puede dar lugar a una tercera instancia, por lo que sólo cabe su apreciación cuando el Tribunal haya actuado abiertamente fuera de los cauces legales, partiendo de unos hechos distintos de aquellos que hubieren sido objeto del debate y sobre los cuales el Juzgador haya tenido un conocimiento equivocado por causas extraprocesales, sin que pueda traerse a colación el ataque a conclusiones que no resulten ilógicas o irrationales dentro del esquema traído al proceso bajo los principios de contradicción y bilateralidad” (sentencia de 13 de abril de 1988), y “es debido a una equivocada información sobre los hechos enjuiciados, por contradecir lo que es evidente o a una aplicación del derecho que se basa en normas inexistente o entidades, de modo palmario, fuera de su sentido o alcance; no comprende, por tanto, el supuesto de un análisis de los hechos y de sus pruebas, ni interpretaciones

de la norma que, acertada o equivocadamente, obedezcan a un proceso lógico y que, por ello, sirvan de base a la formación de la convicción psicológica en la que consiste la resolución, cuyo total acierto, no entra en el terreno de lo exigible, puesto que en los procesos, aunque se busca, no se opera con una verdad material que pueda originar certeza; y no es el desacuerdo lo que trata de corregir la declaración de error judicial, sino la desatención del Juzgador a datos de carácter indiscutible, con o sin culpa, generadora de una resolución esperpéntica, absurda, que rompe la armonía del orden jurídico, introduciendo un factor de desorden que es el que origina el deber, a cargo del Estado, de indemnizar los daños causados, sin necesidad de que sea declarada la culpabilidad del Juzgador” (sentencia de 16 de junio de 1988, Sala 1.^a).»

Caducidad del plazo para la interposición de la demanda de error judicial y cómputo del mismo.—«Cuestión previa a tratar respecto a la de fondo propiamente dicha es la concerniente al plazo de ejercicio de la acción de que se trata, el cual es de caducidad pues la misma, según la regla a) del apartado 1 del artículo 293 de la Ley Orgánica 6 de 1985 “deberá instarse inexcusablemente en el plazo de tres meses a partir del día en que pudo ejercitarse”, cuyo cómputo se impone verificarlo con arreglo a la preceptiva contenida en el artículo 5.1 del Código civil, “si los plazos estuviesen fijados por meses o años, se computarán de fecha a fecha”.» (STS 5 de diciembre de 1989, no ha lugar). (R.G.S.).

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia don R. P. interpuso demanda de reclamación de cantidad contra don J. F. y doña R. V. por el impago de las mensualidades que en concepto de precio aplazado correspondían a una compraventa de local comercial. Subsidiariamente pedía la rescisión del contrato, pactada para el caso de impago de dos mensualidades consecutivas. La demanda fue estimada. La Audiencia revocó la sentencia de instancia sobre la base de la prueba documental aportada por los demandados. El Tribunal Supremo desestima la demanda de error judicial que interpone don R. P.

50. Tercería de dominio.—Acreditado e indiscutido que el inmueble embargado como de la propiedad de la demandada en el procedimiento ejecutivo, pertenecía, desde mucho antes del embargo y anotación subsiguiente, a la tercerista. La estimación de la demanda de tercería, primero por el Juzgado de Primera Instancia y luego por la Sala de lo Civil, ha de reputarse irreprochable, ya que la acción de tercería de dominio, aunque no se identifique con la reivindicatorial, presenta sensibles analogías con ella y tiene por finalidad principal no ya la recuperación del bien, que de ordinario está poseido por el propio tercerista, sino el levantamiento del embargo trabado sobre el mismo (SS 29 de octubre de 1984, 15 de febrero de 1985, 21 de febrero y 9 de julio de 1987 y 11 de abril de 1988), sustrayendo de un procedimiento de apremio bienes no pertenecientes al patrimonio del apremiado por no ser aquellos los llamados a responder de las deudas contraídas por el ejecutante, sino los que realmente estén incorporados a su patrimonio a la hora de poner en marcha la acción garantizadora del cobro (SS citadas y las más recientes de 20 de marzo y 20 y 21 de junio de 1989). (STS 16 de febrero de 1990; no ha lugar). (E.B.M.).

