

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XLIV  
FASCICULO I



ENERO-MARZO  
MCMXCI

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Fundador  
FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO (†)

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

## Consejo de Redacción

AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPIN  
Catedrático de Derecho civil

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

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

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

RAFAEL NUÑEZ LAGOS (†)  
Notario de Madrid

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

## Secretario

ANTONIO MANUEL MORALES MORENO

## SUMARIO

	<u>Págs.</u>
Estudios monográficos	
JORDANO FRAGA, Francisco: <i>Obligaciones de medios y de resultados. (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)</i> .....	5
DURAN RIVACOBRA, Ramón: <i>La capacidad en las capitulaciones matrimoniales</i> .....	97
REGLERO CAMPOS, L. Fernando: <i>El condominio naval</i> .....	183
Estudios legislativos	
BORRAS, Alegría: <i>No discriminación por razón de sexo: Derecho Internacional Privado español</i> .....	233
GAYA SICILIA, Regina: <i>Crónica breve e incompleta a propósito de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo</i> .....	251
GOMEZ CALLE, Esther: <i>Responsabilidad civil extracontractual. Reforma de los Códigos Civil y Penal en materia de responsabilidad civil de profesorado (Ley 1/1991), de 7 de enero. "BOE" de 8 de enero</i> .....	269
ARANA DE LA FUENTE, Isabel: <i>La Ley 18/1990; sobre reforma del Código Civil en materia de nacionalidad</i> .....	289

## Estudios de Derecho extranjero

- RUIZ MUÑOZ, Miguel: *La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores en el Derecho francés (Una visión desde España)* ..... 317
- GARCIA RUBIO, María Paz: *La Ley suiza de 15 de diciembre de 1989 de modificación del Código de las Obligaciones en materia de arrendamientos. Especial referencia a los arrendamientos de viviendas y locales comerciales* 339

## Información legislativa

- A cargo de Pedro de Elizalde y Aymerich y Luis Miguel López Fernández 365

## Bibliografía

## LIBROS

- ACADEMIE POLONAISE DES SCIENCES COMITE DES SCIENCES JURIDIQUES: *Rapports polonais présentés au treizième Congrès International de Droit Comparé*, por G. García Cantero, CANIZARES LASO, Ana: *El reconocimiento testamentario de la filiación*, por Juan Pozo Vilches. LAUROBA LACASA, María Elena: *El pago al acreedor incapaz (análisis del artículo. 1163.1 del Código Civil*, por Gema Díez-Picazo Giménez. MORENO QUESADA, Rafael: *La mejora de los bienes. Supuestos legales y teoría general*, por M.ª del Rosario Díaz Romero. SERICK, Rolf: *Garantías mobiliarias en derecho alemán. Perfiles y principios*, por Remedios Aranda Rodríguez ..... 391

## REVISTAS

- Revistas españolas*, a cargo de Emilio V. BLANCO MARTINEZ y Fernando OLEO BANET ..... 403

## Jurisprudencia

## JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

## II. SENTENCIAS

- A cargo de A. CABANILLAS SANCHEZ ..... 441

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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



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

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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

Periodicidad: Trimestral

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

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

## CORRESPONDENCIA

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

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XLIV  
FASCICULO I



ENERO-MARZO  
MCMXCI

---

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.: 051-91-010-8.

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

Depósito Legal: M-125-1958.

---

Artes Gráficas Suárez Barcala, S.L.  
Dr. Barraquer, 3. Getafe (Madrid).

# ESTUDIOS MONOGRAFICOS

## Obligaciones de medios y de resultado (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)

Por FRANCISCO JORDANO FRAGA

Catedrático de Derecho civil. Universidad de Extremadura

*A la memoria del profesor Lacruz, de  
quien tantos aprendimos (y seguimos  
aprendiendo) tanto.*

**SUMARIO:** I. Preliminar.—II. El establecimiento de la distinción por el diverso modo de concebir el objeto de las obligaciones de hacer.—III. Crítica terminológica de la distinción: fácil superabilidad de la misma.—IV. La relevancia jurídica de la distinción: A) el cumplimiento de la obligación; y B) *A contrario sensu*, la determinación de la infracción o contravención de la obligación.—V. El juicio de responsabilidad en ambos tipos de obligaciones, una vez no (exactamente) cumplidas.—VI. En particular, la aplicación de las normas generales de la responsabilidad contractual a las obligaciones de hacer de medios: A) La exclusión de la ausencia de culpa como prueba liberatoria general de cualquier deudor no cumplidor. B) La exclusión de la ausencia de culpa como prueba liberatoria específica del deudor no cumplidor en las obligaciones de medios.—VII. Repercusiones de todo lo anterior en el terreno de la carga de la prueba: A) Carga de la prueba del acreedor que pretende la responsabilidad contractual; y B) Carga probatoria del deudor no cumplidor que pretende eludir la responsabilidad contractual.—VIII. Conclusiones (a modo de recapitulación sumarisíma).

### I. PRELIMINAR

Este trabajo responde a la generosa invitación realizada por la Comisión académica zaragozana, organizadora del Libro Homenaje al profesor Lacruz, si bien que, al no haber sabido ajustarse a las lógicas limitaciones de espacio impuestas por aquella, aparece, con su consenti-



miento, como pieza separada de dicho Libro, manteniendo, sin embargo, su carácter y dedicatoria (en unidad de espíritu con él, ya que no de cuerpo, pues).

El tema escogido para ello, aun siendo bastante concreto en sí, se constituye en obligada encrucijada de algunos de los grandes temas del Derecho de obligaciones. En particular, de, al menos, estos tres, por otra parte lógicamente concatenados: 1) la definición del objeto de la obligación: del contenido de la prestación; 2) a partir de lo anterior, la determinación, por ende, de cuándo la obligación se cumple, y cuándo no; y 3) sobre esta base, por último, establecer cuándo en defecto de exacto cumplimiento de la obligación infringida, el deudor de la misma responde, y cuándo, por el contrario, pese a esa ausencia de exacto cumplimiento, puede eludir la responsabilidad contractual.

Naturalmente, la consideración de estos grandes temas, se hará desde la perspectiva limitada del objeto inmediato de nuestro estudio (y, obvio es decirlo, procurando ajustarse, a la postre, como se ve, sin excesivo éxito, a las márgenes que impone la ocasión de estas reflexiones).

A este mismo asunto, ya he consagrado, con anterioridad, alguna atención (1), pero la aparición, de un lado, de recientes fallos jurisprudenciales al respecto (2), y la consideración, de otro, de alguna doctrina reciente —en parte propensa a hipervalorar, según creo, las consecuencias de la distinción de que se habla—, me han estimulado a retomar el mismo argumento, para reafirmar y aclarar mis puntos de vista sobre él.

## II. EL ESTABLECIMIENTO DE LA DISTINCION POR EL DIVERSO MODO DE CONCEBIR EL OBJETO DE LAS OBLIGACIONES DE HACER

Como ya ha quedado anteriormente señalado, la contraposición de las dos categorías de obligaciones de hacer, de las que aquí hablamos, se establece por su objeto: por la diversa manera de definir el contenido de la prestación del deudor —lo debido por éste y lo que, por tanto,

---

(1) En concreto, en: *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987, y allí, espec., pp. 100 y ss., 169 y ss., 172 y ss., 229-230, 232-233, 266 y ss., y 456 y ss.; “Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico” en *RGLJ*, 1985, p. 29 y ss., y allí espec., p. 36 y ss., y 59 y ss.; “La responsabilidad contractual (primer y último repaso)”, en *ADC*, 1988, p. 817 y ss., y allí, espec., *sub IV*, p. 825 y ss.

(2) El modesto, pero creo que significativo, *corpus* jurisprudencial al que se limitará mi análisis, viene constituido por las siguientes sentencias TS: 26 mayo 1986 (*R.A.* 2.824); 13 julio 1987 (*R.A.* 5.488); 12 febrero 1988 (*R.A.* 943); 12 julio 1988 (*R.A.* 5.991); 17 junio 1989 (*R.A.* 4.696); 7 febrero 1990 (*R.A.* 668); 12 febrero 1990 (*R.A.* 677).

el acreedor puede legítimamente exigirle como contenido de su derecho de crédito—, en uno y otro caso (3).

En particular, como ha señalado MENGONI (4), la distinción se instaura, a partir de la inclusión o no en la prestación del deudor, del logro o realización de aquel *interés primario* del acreedor que subyace en la constitución del vínculo obligatorio. Cuando se incluye, nos hallamos ante una prestación de resultado, cuando no, ante una de medios o de simple actividad.

En el primer caso —obligación de resultado— el deudor no se obliga solamente a desplegar una simple actividad diligente con vistas a la consecución de un determinado resultado, sino que es precisamente el logro de este concreto resultado (*opus*: una determinada alteración de la realidad física o jurídica preexistente a la constitución del vínculo obligatorio) el que se constituye en contenido de la prestación del deudor, en lo debido por éste.

En cambio, cuando se trata de prestaciones de actividad o de medios, el contenido de la prestación del deudor del *facere*, se agota en el simple despliegue o desarrollo de una actividad o conducta diligente —diligencia que puede ser técnico-profesional o común—, sin que se integre en el contenido de la prestación del deudor —en lo debido por éste— el logro o consecución del fin o resultado al que tal actividad o conducta está, desde luego, teleológicamente enderezada.

Por descender al terreno de los ejemplos al uso, es una típica obligación de resultado, la del *transportista* o la del *contratista de obra*: ni

---

(3) Amplia bibliografía sobre las dos categorías de obligaciones de que se habla, puede verse en los lugares citados en nota 1. Aquí me limitaré a hacer un elenco significativo, incorporado, además, a lo allí citado, las aportaciones doctrinales más recientes: OHLER, "Obligation de moyens" und "obligations de résultat". *Beispiel der Fortentwicklung des französischen Zivilrechts durch die Lehre und Rechtsprechung*, Bielefeld, 1971; DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, en *Commentario SCIALOJA/BRANCA*, Roma-Bologna, 1988, sub art. 1.176 C. civ. it., p. 456 y ss.; DERRIDA, voz "Obligations" (Paris, 1973), en *Enc. Dalloz*, n.º 47 y ss.; LÉGIER, voz "Responsabilité contractuelle" (Paris, 1989) en *Enc. Dalloz*, n.º 58 y ss.; WEILL/TERRÉ, *Droit civil. Les obligations*, Paris, 1980 (3.º ed.), pp. 3-4; MARTY/RAYNAUD, *Droit civil. Les obligations*, 1, *Les sources*, Paris, 1988 (2.º ed.), p. 2, y, 2, *Le régime*, Paris, 1989 (2.º ed.), p. 7; MARTÍN PÉREZ, *Comentarios ALBALADEJO*, XV, vol. 1.º, Madrid, 1989, sub art. 1.088 Cc., p. 85 y ss.; YZQUIERDO, *La responsabilidad civil del profesional liberal. Teoría general*, Madrid, 1989, p. 253 y ss.; Díez-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, Madrid, 1989 (6.º ed.), p. 145; SANCHO REBULLIDA, en LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 1, Barcelona 1985 (2.º ed.), p. 80.

(4) "Obbligazioni <di risultato> e obbligazioni <di mezzi>", en *Riv. dir. comm.*, 1954, I, pp. 185 y ss., 280 y ss., y 366 y ss., y allí, pp. 188-189: "...separare i rapporti obbligatori in due categorie, caratterizzate da una maggiore o minore corrispondenza del termine finale dell'obbligazione (risultato dovuto) al termine iniziale, cioè all'interesse da cui l'obbligazione trae origine. L'interesse-presupposto dell'obbligazione è sempre orientato al mutamento o alla conservazione di una situazione di fatto iniziale. Ma non sempre l'oggetto della qualificazione giuridica, ossia il contenuto del rapporto obbligatorio, coincide con la realizzazione di quello interesse che potremmo chiamare primario".

uno ni otro pueden pretender haber cumplido su prestación, sino cuando realizan el concreto *opus* o resultado debido: la traslación, en el espacio y sin daño, de las cosas o personas transportadas al punto de destino; la realización de la construcción o reparación comprometidas. No basta aquí, a los efectos del cumplimiento, el desarrollo de una actividad diligente, si ésta no se ha traducido en el logro efectivo del concreto resultado debido.

En cambio, son normalmente obligaciones de actividad o de medios, las del *médico*, del *abogado* o del *mandatario* y *gestor de negocios* (5).

---

(5) El caso del médico es, sin duda y desde siempre, el ejemplo arquetípico, en la doctrina, de prestación de simple actividad o de medios. Cfr., p. ej. ATAZ, *Los médicos y la responsabilidad civil*, Madrid, 1985, p. 167 y ss.; MENGONI, op. cit., pp. 189-190 (que añade los casos del abogado y del gestor de negocios); ENNECCERUS/LEHMANN, en *Tratado de Derecho civil* ENNECCERUS/KIPP/WOLFF, tomo II, 2, 1.º parte, Barcelona 1966 (trad. Pérez González/Alguer/Valentí Fiol), p. 436; WEILL/TERRÉ, op. cit., p. 4; MARTY/RAYNAUD, op. cit., tomo 1, p. 2 y tomo 2, p. 7; Díez-PICAZO/GULLÓN, op. cit., p. 145; LACRUZ/SANCHO, op. cit., p. 80; DERRIDA, voz cit., n.º 48; LÉGIER, voz cit., n.º 64.

También los más claros hitos jurisprudenciales a propósito de la dicotomía obligaciones de medios/de resultado, suelen contemplar el caso de la prestación médica.

Así, en Francia, la clásica sentencia *Cass.* 20 mayo 1936 (*Rec. Dalloz*, 1936, 1, 88), que es punto de arranque de toda la jurisprudencia posterior: “mais attendu qu’il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant, pour le praticien, l’engagement, sinon bien évidemment de guérir le malade, ce qui n’a d’ailleurs jamais été allégué, du moins de lui donner des soins, non pas quelconques, aussi que parait énoncer le moyen du pourvoi, mais consciencieux, attentifs, et réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science”.

En Italia, por ejemplo, la sent. *Cass. civ.* 28 abril 1961 (en *Giur. it.*, I, 1, 1962, cols. 1.247 y ss., con nota de LEGA): “le obbligazioni inerenti all’esercizio di un’attività professionale, sono, di regola, obbligazioni <di mezzi> e non <di risultato>, in quanto il professionista assumendo l’incarico, si impegna a prestare la propria opera intellettuale per raggiungere il risultato sperato, ma non a conseguirlo. Quindi, l’inadempimento è costituito dalla violazione dei doveri inerenti allo svolgimento dell’attività professionale e non dal mancato raggiungimento del risultato”.

En España, los pronunciamientos más claros están entre los recientes anteriormente aludidos, todos ellos a propósito de la prestación médica: sent. 26 mayo 1986 (R.A. 2.824): “todo ello de acuerdo con la naturaleza jurídica de la obligación contractual del médico, que no es la de obtener en todo caso la recuperación de la salud del enfermo (obligación de resultado), sino una “obligación de medios”, es decir, se obliga no a curar al enfermo, sino a suministrarle los cuidados que requiera, según el estado actual de la ciencia médica”; sent. 13 julio 1987 (R.A. 5.488): “en los tratamientos u operaciones quirúrgicas, aunque se persigue el resultado de la curación del paciente, el médico no se obliga a obtener en todo caso esa curación, sino a poner en su actuación toda la atención y diligencia que deriva de su específica preparación científica y práctica”; sent. 12 julio 1988 (R.A. 5.991): “la obligación contractual o extracontractual del médico, y más en general, del profesional sanitario, no es la de obtener, en todo caso, la recuperación del enfermo, o, lo que es igual, no es la suya una obligación de resultado, sino una obligación de medios; es decir, está obligado, no a curar al enfermo, sino a proporcionarle todos los cuidados que requiera, según el estado de la ciencia”; sent. 17 junio 1989 (R.A. 4.696): “en los tratamientos u operaciones quirúrgicas, aunque se persigue el resultado de la curación del paciente, el

El médico cumple su obligación, cuando desarrolla o despliega el conjunto de curas y atenciones, en las fases diagnósticas, terapéutica y recuperatoria, que son exigibles de un profesional o especialista normal, en las circunstancias del caso, además de atender en todas ellas las exigencias de la deontología profesional.

Habiendo desplegado esas curas y atenciones, el médico cumple, pues es éste el contenido de su prestación, aquello a lo que se obliga, aunque el paciente no haya sanado, no se recupere en su salud, no obtenga la curación apetecida. Es el conjunto de curas litigentes —técnicamente correctas— lo que el médico debe, y no la curación o sanación, a la que, ciertamente, tales curas se encaminan. (Las curas, como *medio*, son el contenido de la prestación del médico; la curación, como *fin o resultado* al que, ciertamente, se dirige la prestación médica, queda normalmente fuera de ella).

Lo mismo puede decirse del abogado o del mandatario o gestor de negocios: el abogado cumple su obligación si, ante una determinada causa judicial, despliega una actividad ética y profesionalmente correcta (diligente), aunque el fallo judicial final sea adverso a los intereses de su patrocinado; e, igualmente, el mandatario o gestor que administran intereses ajenos, cumplen su respectiva obligación si han desarrollado una actividad gestora diligente (con diligencia común o profesional, según los casos), aunque el resultado final de su gestión haya sido perjudicial a los intereses del mandante o del *dominus negotii*.

No hay que ocultar, sino, antes bien, evidenciar a las claras, que fuera de los casos arquetípicos, puede resultar dificultoso adscribir un determinado supuesto de prestación de *facere* a una de las dos categorías aludidas.

Y, en particular, conviene subrayar adecuadamente, que la realización de esta calificación, no es nunca un *prius*, sino siempre un *posterius*, que exige, por tanto, verificar en cada caso, cómo se ha definido

---

médico no se obliga a obtener en todo caso esa curación, sino a poner en su actuar toda la atención y diligencia que deriva de su específica preparación científica y práctica (responsabilidad de medios)”; *sent. 7 febrero 1990* (R.A. 668): “en los tratamientos y operaciones quirúrgicas, aunque se persigue el resultado y curación del paciente, el médico no se obliga a obtener en todo caso su curación, sino a poner en su actuación toda la actividad y diligencia que deriva de su preparación científica y práctica... relación jurídica médico-enfermo, cuyo objeto en modo alguno ha de ser el compromiso del médico de curar en todo caso al enfermo, porque no hay posibilidad de asegurar normalmente en ningún caso el definitivo resultado de la actividad médica, siempre influyente por el coeficiente de innumerables e inesperados factores ajenos a la propia normal actividad profesional del médico, y en realidad significativo de un contrato de obligación de medios adecuados y no de resultado”; *sent. 12 febrero 1990* (R.A. 677): “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 (obligación de resultado), sino una obligación de medios, es decir, no se obliga a curar al enfermo, sino a suministrarle los cuidados que requiere, según el estado actual de la ciencia médica”.

en una concreta obligación, por sus partes o por la ley, el contenido de la prestación debitoria de hacer y, en su defecto, cómo procede definirlo, con arreglo a los criterios integrativos supletorios de los usos o la buena fe objetiva (art. 1.258 Cc.).

Especialmente, habrá que estar (6).

a) Ante todo, a la voluntad de las partes de la obligación (art. 1.255 Cc.), a cómo ha definido ésta la prestación, lo debido por el deudor: no sólo la voluntad expresa, sino también tácita: todo aquello que pueda ofrecer indicios —p. ej., cláusulas exoneratorias— sobre los límites de la prestación debitoria.

b) A la propia naturaleza intrínseca del *facere* debido, y a lo que la buena fe exige, a la vista de la primera, del deudor para cumplir (y, correlativamente, la consideración del límite, según buena fe, de lo que el acreedor puede exigir de su deudor).

Sobre esta base, y también sobre la propia consideración de los usos, puede aceptarse como criterio aproximativo, el de la *aleatoriedad* (7): no deben considerarse, como principio (y salvo voluntad contraria de las partes) incluidos en el contenido de la prestación del deudor de un *facere*, aquellos resultados o fines cuya realización o logro efectivo no están en la mano del deudor, sino que dependen, en gran medida, de otros factores ajenos a su control (*aleatorios*: la disposición anímica o los hábitos del paciente, en el caso del médico; la formación y talante de los jueces, en el caso del abogado).

c) A la equidad, como aplicación específica de la buena fe y los usos, y como criterio de más justa reciprocidad entre las partes contractuales (art. 1.289-I Cc.) (8).

Por ello, en aplicación de estos criterios, la obligación, p. ej., del médico —el caso arquetípico de obligación de medios— puede hacerse, en

(6) Los tres mencionados a continuación son, precisamente, los criterios manejados por los Tribunales franceses (aquéllos que en mayor medida, sin duda, aplican la distinción obligaciones de medios/de resultado), vid., por todos, VINEY, *Traité GHESTIN de Droit civil*, IV, *Les obligations. La responsabilité: conditions*, Paris, 1982, p. 646 y ss. Cfr., también, LÉGIER, voz cit., n.º 62 y ss.

(7) Hacen invocación y/o aplicación de él, por ejemplo, MENGONI, op. cit., p. 189; Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, Madrid, 1983 (2.º ed.), p. 455; Díez-PICAZO/GULLÓN, *Sistema* cit., p. 145; ENNECCERUS/LEHMANN, op. cit., p. 436; DI MAJO, op. cit., p. 458; MARTÍN PÉREZ, op. cit., p. 89 y ss.; DERRIDA, voz cit., n.º 50; LÉGIER, voz cit., n.º 64.

Cfr., ahora, sent. 7 febrero 1990 (R.A. 668), transcrita *retro*, en nota 5.

(8) Hay que señalar, como ya he puesto de relieve en otro lugar, que las consideraciones de equidad, han producido, de hecho, en la aplicación práctica de la distinción obligaciones de medios/obligaciones de resultado, una *sustancial inversión*: no se establece el régimen de prueba a seguir en el caso concreto, sobre la base de una previa calificación de la obligación del deudor (una cierta definición de la prestación: de lo debido por el deudor), sino que se establece el contenido (y correlativa calificación, sobre su base) de la obligación del deudor, en función del régimen de prueba que se desea —para el acreedor-actor— (vid. “Aspectos problemáticos” cit., p. 75 y ss.).

determinadas circunstancias, de resultado (9), y los mismo, claro, vale para otros casos, en principio reconducibles a la prestación de mera actividad.

Tampoco está de más recordar aquí, que la contraposición de estas dos categorías de obligaciones, traducida, como se ve, en dos distintas formas de definir el contenido de la prestación de *facere*: 1) una actividad considerada en sí misma, que tiende, ciertamente, a un fin-resultado, pero cuyo efectivo logro no se incorpora a la obligación-prestación del deudor; 2) la acabada consecución de un determinado resultado; es la base, pacíficamente asentada en la doctrina (10), para calificar-distinguir dos esquemas contractuales típicos, según que su contenido obligacional incorpore como objeto una u otra forma de concebir el *facere* debitorio [1) la simple actividad: *operae*, servicios; 2) el resultado u obra: *opus*], *contrato de servicios (locatio conductio operarum)* o de obra (*locatio conductio operis*) (11).

---

(9) Sobre ello, yo mismo me he ocupado con anterioridad, vid. "Aspectos problemáticos" cit., p. 41 y ss.

Cfr., ahora, sent. 7 febrero 1990 (R.A. 668): (la obligación del médico es de medios y no de resultado) "salvo en el caso de que la relación jurídica concertada sea reveladora de un contrato de ejecución de obra, como sucede en el caso, entre otros, de prótesis dentarias o de otra índole".

(10) Cfr., p. ej., ENNECERUS/LEHMANN, p. 433 y ss., LACRUZ, en LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 3.º, Barcelona 1986 (2.º ed.), pp. 271-272, 306-307 y 308-310; Díez-PICAZO/GULLÓN, *Sistema* cit., pp. 433 y 449-450; CASTÁN/FERRANDIS VILELLA, *Derecho civil español, común y foral*, IV, Madrid, 1985 (12.º ed.), p. 471.

(11) A la vista de esta bipartición contractual, se comprende que, con razón, se identifique el área de las prestaciones profesionales intelectuales, como aquella de mayor incidencia *civilística* de las obligaciones de medios o de pura actividad: "alla categoria delle obbligazioni di diligenza dovrebbero ascrivarsi in larga misura, gli obblighi dei professionisti intellettuali come il medico o l'avvocato o l'insegnante, che rispondono se non hanno usato dei mezzi più sicuri di diagnosi o di cura, o di una difesa completa ed accorta delle ragioni del cliente, o degli strumenti più efficaci della didattica, ma certamente non possono considerarsi inadempienti per il solo fatto della non conseguita guarigione o della fallita operazione chirurgica, o della condanna al cliente, o della promozione mancata dell'allievo" [RESCIGNO, voz "Obbligazioni (nozioni)" en *Enc. Dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 133 y ss., y allí, p. 191].

La verdad anterior, sin embargo, no debe llevar a la confusión: en el sentido que la independencia o no-subordinación del deudor-prestador sea elemento cualificante de la obligación de medios o de actividad: por el contrario, en el ámbito *laboral*, del trabajo subordinado o dependiente, la prestación laboral es también de simple actividad o de medios.

En otras palabras: 1) por un lado, la autonomía o independencia del prestador del *facere* es elemento cualificante del contrato civil de servicios frente al laboral, pero no es elemento cualificante de la prestación de simple actividad o de medios; 2) y, por otro, el carácter de medios o actividad de la prestación del deudor del *facere*, es elemento cualificante, tanto del contrato civil de servicios (que no puede tener, sin dejar de ser tal contrato, por objeto la realización de un *opus*, por parte del deudor del *facere*), como del contrato de trabajo (cfr. CASTÁN/FERRANDIS VILELLA, op. cit., pp. 472-473; ENNECERUS/LEHMANN, op. cit., p. 436).

En la jurisprudencia más reciente, en el sentido de calificar jurídicamente el contrato

### III. CRITICA TERMINOLOGICA DE LA DISTINCION: FACIL SUPERABILIDAD DE LA MISMA

La distinción obligaciones de medios, de resultado, tal y como sucintamente se acaba de exponer, ha sido objeto de diversas críticas. Pero éstas afectan, en realidad, sólo a la forma de la distinción —a la mayor o menor corrección de la terminología empleada para expresarla— y no al dato sustancial que permite establecerla —esto es, que nos hallamos ante dos posibles modos diversos de definir el contenido de la prestación debitoria de hacer—; por ello, en la medida en que este dato esencial siempre queda en pie, cualesquiera que sean las expresiones preferidas para manifestarlo, dicha crítica terminológica no supone inconveniente serio alguno para el establecimiento de la distinción. La cuestión estribará en apuntar o señalar en todo caso a ese dato esencial, siendo indiferente la manera de expresarlo, evitando, claro está, los equívocos (terminológicos o de fondo) a que pudiera conducir una terminología inapropiada.

1) Es también adscribible a este apartado de la crítica terminológica de la distinción, pese a su apariencia de argumento de fondo, la que por muchos se ha considerado como objeción definitiva para el rechazo *a limine* de la misma: si el objeto de toda obligación (la prestación) es la consecución, por el obligado, de un concreto resultado útil que satisface el interés de su acreedor; fácilmente se llega a la conclusión de que, entonces, todas las obligaciones son de resultado, y que sobre la base de la obtención de éste, no es posible discriminar entre las diversas obligaciones/prestaciones (12).

---

como de obra, en vez de servicios, sobre la base del contenido de la prestación debida (de resultado) por el deudor: sent. 27 octubre 1986 (R.A. 5.960): “la doctrina jurisprudencial, al calificar la naturaleza de la relación jurídica surgida entre el Arquitecto y su cliente, la conceptúa como de obra o empresa, en cuanto que el profesional, mediante remuneración, se obliga a prestar al comitente más que una actividad, el resultado de la misma, prestación ligada a la finalidad perseguida por los contratantes, consistente en el *opus* constituido por el proyecto, que siempre ha de estar revestido de las condiciones o cualidades de viabilidad para que la obra pueda ser ejecutada”; sent. 29 mayo 1987 (R.A. 3.848): “el negocio jurídico por el que se encarga a un arquitecto la realización de un proyecto de edificación, debe calificarse como de arrendamiento de obra o empresa, y no de servicios, como pretende el recurrente, en cuanto su objeto lo constituye el resultado concreto prometido por el profesional, pasando a segundo término la actividad o trabajo dirigido a dicho fin”; sent. 30 mayo 1987 (R.A. 3.852): “el contrato de obra o empresa es aquél en el que el profesional se obliga a prestar al comitente no propiamente su actividad profesional, sino el resultado producido por la misma, o lo que es igual, una prestación de resultado íntimamente ligada con la finalidad deseada y prevista por los contratantes —sents. 4 junio 1968 (R.A. 3.759), 10 junio 1975 (R.A. 3.265), 24 septiembre 1984 (R.A. 4.333) y 27 octubre 1986 (R.A. 5.960), entre otras muchas—”.

(12) Vid. MENGONI, op. cit., p. 188 y ss.; DI MAJO, op. cit., p. 457; GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1975 (3.ª ed.), p. 227, y voz “Obbligazione (diritto privato)”, en *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1965 (reimp. 1982), p. 581 y ss., y allí, p. 598; BIANCA, en *Com-*

Ciertamente puede admitirse que objeto de toda obligación, es la consecución, por el deudor, de un determinado resultado útil para el acreedor (13). Pero este dato exacto, como antes adelanté, deja impregado aquel otro esencial sobre el que se asienta la distinción prestaciones de medios/de resultado.

Porque, siendo cierto que el deudor, en cualquier obligación, debe siempre a su acreedor un determinado resultado, también lo es, que el *contenido de ese resultado debido* (la propia prestación debida), puede definirse o configurarse de distintas maneras (14). Y, en particular, por lo que se refiere a las prestaciones de hacer, siempre serán distinguibles —se insiste, como quiera que después se exprese esta distinción—, los casos en que el fin-resultado, a que se encamina la conducta debida por el deudor, se incorpora a la prestación, a lo debido —está *in obligatione*—; de aquellos otros, en que dicho fin-resultado no se incorpora a la prestación (al *debitum*): no está *in obligatione*. En el primer caso, entonces, el *resultado debido* por el deudor, es la realización del *opus* (fin-resultado) debido: una concreta alteración de la realidad física o jurídica preexistente a la constitución del vínculo obligatorio; en el segundo caso, el *resultado debido* es el solo despliegue de una conducta diligente, técnica o no (común), con vistas a la consecución de un fin o resultado ul-

---

*mentario SCIALOJA/BRANCA*, sub art. 1.218 C. civ. it., Bologna-Roma, 1979 (2.º ed.), pp. 32-33; SCHLESINGER, “Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio” en *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1959, p. 1.273 y ss., y allí, pp. 1.280-1.281; RESCIGNO, voz cit., p. 191; YZQUIERDO, op. cit., p. 260 y ss. (En los lugares indicados, más referencias bibliográficas).

(13) Vid. MENGONI, op. cit., p. 188: “si potrà discutere ancora sull’oggetto dell’obbligazione, ma almeno un punto deve ritenersi fuori discussione: <in generale non esistono obbligazioni che non abbiano per oggetto la produzione di un risultato> (SIBER). Il rapporto obbligatorio implica essenzialmente un <dover dare> e un <dover ricevere> funzionalmente complementari, giacchè non ha senso una obbligazione in cui non sia dedotto un comportamento produttivo di una utilità destinata al creditore. Questa utilità è precisamente il risultato dovuto, il bene assicurato dal diritto di credito... è vero che non è concepibile un rapporto obbligatorio da cui sia escluso il momento del risultato dovuto”.

De este mismo autor, referido específicamente al problema del objeto de la obligación, debe verse, “L’oggetto della obbligazione” en *Jus*, 1952, p. 156 y ss., y allí, p. ej., p. 180: “l’obbligo si consuma soltanto se il comportamento del debitore <si scarica> nel risultato previsto dalla norma, e assegnato come oggetto del diritto del creditore”.

(14) MENGONI, “Obbligazioni” cit., pp. 188 (“tuttavia, se è vero che non è concepibile un rapporto obbligatorio da cui sia escluso il momento del risultato dovuto...”), y 191 (“la differenza riguarda unicamente la natura del risultato dovuto”); MARTON, “Obligations de résultat et obligations de moyens”, en *RTDC*, 1935, p. 499 y ss., y allí, pp. 517-518: “il s’ensuit que la distinction de certains auteurs entre les différents obligations, qu’ils enlèvent tantôt dans l’un et tantôt dans l’autre des groupes signalés (obligations de résultat et obligations de moyens), est totalement erronée. Il n’existe pas deux sortes d’obligations. Il n’y a que des obligations de résultat. Ce qu’on appelle des obligations de moyens ne sont que des obligations dont le but est précisé étroitement, par un résultat fragmentaire, par une tâche partielle par rapport a un but plus étendue qui, cependant, est resté en dehors de l’obligation”.



terior, que queda, sin embargo, fuera de la obligación, de lo debido por el deudor (15). También, en suma, esa actividad diligente que es el objeto de la obligación de medios, es el resultado útil idóneo para satisfacer el interés del acreedor (16): sólo una cura médica diligente, técnicamente correcta, por ejemplo, puede conducir, como condición necesaria, aunque no siempre suficiente, a la curación o restablecimiento del paciente: que es obviamente —aunque no sea lo debido por el médico— lo que pretende aquél, al contratarla, y el médico al prestarla, y por ello, lógicamente, está también interesado el acreedor-paciente en la bondad-corrección de la prestación médica (de lo debido por el médico).

2) Por lo que se acaba de decir, se comprende fácilmente, lo erróneo que sería extraer, como corolario de la distinción prestación de me-

---

(15) Así, dicen MARTY/RAYNAUD, op. cit., 1, p. 2: (la obligación de medios) “impose au débiteur une certaine diligence, certains soins en vue d'un résultat [último, añadiría yo] *qu'il n'est pas tenu d'atteindre, s'il est tenu de le poursuivre*”; y, con estos autores, también dicen, análogamente, WEILL/TERRE, op. cit., p. 4: “l'obligation de moyens... est celle par laquelle le débiteur n'est tenu à rien de plus que de mettre au service du créancier les moyens dont il dispose, de se montrer prudent et diligent, de faire de son mieux; *mais s'il est tenu de poursuivre un résultat* [final o último, volvería a añadir yo], *il n'est pas tenu de l'atteindre*”.

En la jurisprudencia: sent. 13 julio 1987 (R.A. 5.488): “en los tratamientos u operaciones quirúrgicos, *aunque se persigue el resultado* [final] *de la curación del paciente, el médico no se obliga a obtener en todo caso esa curación*, sino a poner en su actuación toda la atención y diligencia que deriva de su específica preparación científica y práctica”. Vid. también, sents. 17 junio 1989 y 7 febrero 1990, transcritas *retro* en nota 5.

(16) SCHLESINGER, op. cit., p. 1.280: “talvolta, il risultato utile per il creditore, alla cui realizzazione è preordinato il rapporto obbligatorio, consiste, proprio nello svolgimento di una certa condotta del debitore...l'interesse del creditore non è soddisfatto da un evento distinto rispetto all'attività del *solvens*, ma è soddisfatto dalla medesima condotta la quale, a sua volta, non *ha* un risultato utile per il creditore, ma è questo stesso risultato”; BIANCA, op. cit., p. 33: “in realtà, un risultato inteso come momento finale o conclusivo della prestazione, è *dovuto in tutte le obbligazioni* (così, nel comune esempio dottrinario della prestazione chirurgica, il risultato dovuto è costituito dall'operazione esattamente eseguita)”; MENGONI, “Obbligazioni” cit., p. 189: “ma il risultato dovuto [por el médico], ossia il termine finale dell'obbligazione, non è la guarigione, bensì un complesso di cure adatte a guarire: *in breve una buona cura*”, y “L'oggetto” cit., pp. 169-170: “così, nelle obbligazioni di opera, si distingue esattamente il risultato (scopo) immediato della attività del prestatore di opera, dal risultato ulteriore che può o meno derivare mediatamente dal primo, per chiarire che questo secondo risultato non è in obbligazione. In altre parole, la distinzione fra le due specie di scopo non può riflettere (analiticamente) due momenti dell'oggetto del diritto di credito, ma é utilizzabile soltanto come espressione di un limite dell'oggetto, nelle ipotesi in cui il risultato direttamente inerente all'attività dovuta, è il solo garantito dall'obbligazione, non è ancora quello [ulterior] cui aspira, in definitiva, il creditore. In queste ipotesi il fine [jurídicamente] tutelato non è che un mezzo nella serie teleologica che costituisce il contenuto del interesse del creditore, ravvisato spoglio della tutela giurídica”.

dios/de resultado, que en la primera no subyace un interés del acreedor (17).

El interés del acreedor en el cumplimiento de la obligación, es un dato común, predicable de cualquier vínculo obligatorio; y se refiere, en todo caso, a la prestación que tiene por objeto, tal y como haya sido definida en cada caso: en el de la obligación de medios o actividad, el acreedor está efectivamente interesado en la prestación de la conducta diligente debida, porque este resultado debido, y en sí mismo útil (que, como tal, tiene un valor económico), es además el presupuesto necesario (aunque no siempre suficiente) del fin o resultado último perseguido por las partes y ajeno al contenido de la obligación. Existe, pues, un resultado próximo (la actividad diligente debida) y útil, que es necesario para el logro del resultado último (no debido).

En el caso de las obligaciones de resultado, igualmente, por supuesto, el acreedor está interesado en su cumplimiento, pero aquí la prestación a la que el interés creditorio se refiere, se define por la obtención del concreto *opus* (resultado-fin) debido: sin cuyo logro, ni el deudor cumple, ni el interés del acreedor —jurídicamente protegido: por el contenido con que en la obligación se define su derecho de crédito— se satisface.

3) Para acabar de comprender lo que se dice, aún hay que poner de manifiesto un dato, que señala certeramente MENGONI (18). Y éste es el de la relatividad del binomio medio/resultado. Tal contraposición se asienta en una relación *teleológica*: algo (*medio*) es instrumento para el

---

(17) Vid. MENGONI, "Obbligazioni" cit. p. 190, nota 21: "la dottrina riferisce il giudizio di utilità [en las obligaciones de medios] esclusivamente al risultato finale non dedotto in obbligazione (il <risultato del risultato> o risultato in senso pregnante come dice il LOTMAR), mentre il risultato immediatamente inerente all'attività di prestazione, nel quale consiste propriamente l'oggetto del credito avrebbe un <valore neutro>. Certamente, se il malato muore, si dirà che le cure del medico sono state inutili; al cliente che perde la causa appariranno vani gli sforzi del suo avvocato. Ma è chiaro che questa valutazione retrospettiva di utilità o disutilità della prestazione non è adeguata alla considerazione normativa del rapporto obbligatorio, essenzialmente imperniata sul criterio <initium obligationis spectandum est>. In questo momento le cure del medico appaiono utili in quanto sono atte a soddisfare l'interesse immediato (*strumentale*), suscitato dal *interesse primario* alla guarigione, cioè l'interesse (bisogno) di essere curato [ojo, en sentido italiano: *atendido-tratado*], che è propriamente il punto di riferimento della tutela giuridica espressa nel rapporto obbligatorio. Insomma le cure mediche, in quanto oggetto di obbligazione (*bene dovuto*), sono utili non perchè risanano, ma piuttosto perchè convengono al creditore che vuol essere risanato, e quindi ha bisogno di essere curato".

(18) "Obbligazioni" cit., pp. 187-188: "sta qui l'obiezione più grave contro le terminologie in esame. Esse non tengono conto della relatività dei concetti di mezzo e di risultato. Un fatto valutato come mezzo in ordine a un fine successivo, rappresenta già un risultato quando sia considerato in se stesso, come termine finale di una serie teleologica più limitata. Le cure del medico sono un mezzo per la guarigione del malato, ma sono un risultato se lo scopo preso in considerazione è quello di essere curato [de nuevo, en sentido italiano: *atendido, tratado*]".

logro de otra cosa (*fin-resultado*). Y cualquiera comprende, a la vista de que los encadenamientos teleológicos pueden llegar a ser muy complejos, que una misma realidad puede aparecer como medio o como fin-resultado, según la perspectiva que se adopte (según en qué lugar del encadenamiento teleológico complejo o plurimembre se sitúe el término de referencia). Basta con observar que, como también señala MENGONI (19), toda relación teleológica es una relación causal invertida: aquello que teleológicamente aparece como *fin* de un determinado medio, se califica etiológicamente como *efecto* o *resultado* de ese mismo medio, considerado ahora, etiológicamente, como su *causa* (o *concausa*). Y es evidente que los concatenamientos causales también son frecuentemente complejos, y se prestan a esa misma consideración relativista (una misma realidad aparece como causa o efecto, según la perspectiva que se adopte, según en qué lugar de la cadena causal compleja se sitúe el punto de referencia).

Por tanto, asumida esa (doble) relatividad, ninguna extrañeza debe causar, que lo que, como actividad diligente, es contenido de la prestación de medios, se nos presente, al mismo tiempo, como *resultado* (si la consideración teleológica se refiere al interés inmediato o próximo del acreedor: aquél jurídicamente protegido por el contenido de la relación obligatoria); como como *medio* de un fin o resultado ulterior (si nos atenemos al interés último del acreedor, que está ya fuera del contenido de la obligación y de la prestación debida) (20).

Pero es que hay más. La propia relatividad de la relación medio/fin-resultado es, desde luego, referible a las obligaciones de resultado.

En éstas, como se dijo con anterioridad, el *interés primario* del acreedor se incorpora al contenido de la obligación, en forma que el deudor, para cumplir, ha de obtener el concreto *opus-resultado* que lo satisface. Para mayor claridad, yo he llamado (21) a este resultado incorporado a la prestación del deudor, como el correspondiente al *interés primario típico* del acreedor. Esto es, el fin-resultado que persigue cualquier acreedor de una obligación de resultado del mismo tipo (tratándose de obligaciones contractuales, esa tipicidad del resultado se asocia, lógicamente, con la causa del contrato que les da origen). En el caso del transporte, por ejemplo, ese resultado típico es la traslación, sin daño, en el

---

(19) "L'oggetto" cit., p. 165: "la relazione mezzo-scopo e la relazione causa-effetto sono, dunque, la medesima relazione, valutata da un diverso punto di vista. La valutazione in senso causale procede dal primo termine della serie, il quale è causa (efficiente) del successivo (effetto), e così di seguito abbracciando due termini alla volta. Al contrario, la valutazione in senso teleologico parte dall'ultimo termine, che diventa così il primo, ossia il principio che governa i termini intermedi, ordinati come mezzi. Considerato sotto il profilo teleologico, l'effetto (o risultato) diventa causa, precisamente causa finale".

(20) Vid. MENGONI, transcrito *retro*, en nota 18.

(21) *La responsabilidad contractual*, cit., p. 174.

espacio y hasta el punto de destino, de las personas o cosas transportadas.

Pero, junto a ese resultado típico —y como tal, presente en el contenido de todas las obligaciones de resultado que tienen el mismo objeto—, pueden existir otros fines o resultados ulteriores, que el singular acreedor contemple. Así, en el caso del transporte de personas, el acreedor puede contemplar el *resultado (típico) debido* por su deudor —la traslación incólume y puntual de su persona a un determinado lugar—, como un *medio* para un fin ulterior no debido por éste (la conclusión, por ejemplo, de cierto negocio con un tercero en el lugar de destino).

Pues bien, esos otros fines o resultados ulteriores que no están en el contenido de la obligación de resultado, como lo es el fin o resultado último que no está *in obligatione* en las prestaciones de medios o de simple actividad: en el caso de nuestro ejemplo, una vez que el acreedor-pasajero es transportado, puntual e incólumemente, al lugar de destino, su deudor-transportista ha cumplido, y ello con independencia de que el negocio con el tercero, en vista del cual el pasajero concertó el viaje, se concluya o no en el lugar de destino (éste de la conclusión del negocio, es resultado tan ajeno a la prestación —de resultado— del transportista, como lo es la curación o el restablecimiento del paciente en la prestación —de medios— médica).

Lo dicho: la irrelevancia, *a efectos del cumplimiento* de una obligación de resultado, de los fines creditorios no incorporados al contenido de la prestación del deudor, no significa, sin embargo, *irrelevancia jurídica absoluta*: si en el ejemplo de nuestro caso, el transporte no se realiza o se realiza impuntualmente (no obedeciendo la falta de transporte, ni su retraso, a caso fortuito, cuya prueba incumbe al deudor no cumplidor), y, por causa del incumplimiento del transportista, la conclusión del negocio pretendido por el viajero se perjudica, éste podrá exigir, de su deudor incumplidor, en los términos de los arts. 1.106-1.017 Cc., los daños y perjuicios que oportunamente demuestre (22).

Por tanto, recapitulando: a) el hecho de que tanto la prestación de actividad o de medios, como la de resultado, signifiquen para el deudor la obligación de obtener un determinado resultado útil para su acreedor, en cuya obtención —cumplimiento de la obligación— el acreedor está efectivamente interesado; b) el hecho de que, como quiera que se defina el contenido de la prestación debitoria de *facere* (como de medios o de resultado), siempre existirán intereses ulteriores del acreedor no cubiertos por el contenido de la obligación (la prestación del deudor); ni uno, ni otro hecho [a) y b)] desdicen la razón de ser de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado: en el primer caso, el resultado debido por el deudor es una simple actividad diligente (el deudor que la realiza, cumple su obligación, aunque no logre el fin-resultado —no debido—, a que tal actividad iba dirigida); en el segundo,

la distinta configuración del resultado debido, hace que al deudor, para cumplir, no le baste el solo despliegue de una actividad diligente, sino que ha de lograr efectivamente el *concreto opus*-resultado que, correspondiendo al interés primario típico del acreedor, aquí se incorpora a la prestación, a aquel resultado debido, que trasciende, por ello — y éste es, a la postre, el dato decisivo— el simple despliegue por el deudor de una conducta diligente (con diligencia técnica o común).

4) Tampoco rebasa el grado de la disquisición terminológica, el reproche doctrinal dirigido contra la distinción de obligaciones de medios/de resultado, que pudéramos considerar como inverso o simétrico al reflejado *sub 1*). Ahora se dirá, que la obtención de cualquier resultado debido postula, en mayor o menor medida, una cierta actividad o conducta diligente por parte de su deudor y, por tanto, que, desde esta perspectiva de la conducta debida por el deudor, no hay base para la distinción: todas las prestaciones de *facere* serían de medios o de actividad (23).

Y digo que no rebasa el nivel de la crítica terminológica, porque tampoco este reparo doctrinal pone en cuestión el dato sustancial sobre el que se asienta la distinción de obligaciones de medios/de resultado.

Evidentemente existe un aspecto de verdad en la objeción que así se avanza, y es que en el fondo de cualquier prestación de *facere*, como quiera que se configure (de medios/de resultado), existe, por definición, una conducta, una actividad debida por el deudor (24).

Pero es que, de un lado, este fondo de verdad es predicable de cualquier otra obligación: el objeto de ésta, la prestación, como quiera que se configure, aun fuera del caso del *facere*, es siempre una determinada conducta del deudor (un *facere* cualificado relativo a una cosa: *dare*, obligación de dar; una conducta omisiva o negativa: *non facere*, obligación de no hacer).

Y, de otro, y sobre todo, es que la aludida objeción, como ya anticipé, tampoco desdice el dato esencial sobre el que se asienta la distinción prestación de medios/de resultado: la posibilidad de configurar, en las obligaciones de hacer, lo debido por el deudor de dos formas diversas: o como simple despliegue de una actividad diligente, con diligencia técnica o común (de forma que el deudor que la realiza, cumple, aunque no logre el fin-resultado a que tal actividad se endereza, fin-resul-

---

(23) Vid. DI MAJO, op. cit., p. 457, notas 1 y 2; GIORGIANNI, *L'inadempimento* cit., p. 227, y voz "Obbligazione (diritto privato)" cit., p. 598; BIANCA, op. cit., p. 33; RESCIGNO, voz cit., p. 191; YZQUIERDO, op. cit., pp. 259-260.

(24) Esto es lo que expresa, acertadamente, GIORGIANNI (opp. y locc. citt. en nota precedente), al decir: "a nostro avviso un <comportamento> del debitore è sempre [para cualquier relación obligatoria] *in obligatione*, e la sua presenza costituisce anzi l'elemento individuatore del rapporto obbligatorio rispetto ad altre situazioni giuridiche" [se refiere, claro, al derecho de crédito como un derecho personal o sobre la conducta del deudor, y su contraposición, por este dato objetivo, a otras situaciones jurídicas].

tado que no es debido, no se integra en el contenido de la obligación: la prestación del deudor y el correlativo derecho del acreedor); o como una conducta diligente que se asocia o completa con un determinado resultado típico, de forma que éste es lo debido (se integra en la prestación del deudor y el derecho del acreedor), y sin su logro efectivo, por ende, el deudor no puede pretender haber cumplido, aun habiendo desplegado una cierta actividad diligente para alcanzarlo.

5) Después de haber insistido sobre el dato esencial que permite establecer la distinción entre las obligaciones de hacer, por la forma de configurar su objeto-prestación, me parece cuestión de mucha menor importancia, como ya adelanté, la de la terminología empleada para expresarla. Creo que la que, sin duda, es más corriente, que ha sido generalmente acogida por nuestra doctrina y por la última jurisprudencia, y también por doctrina y jurisprudencia italianas o francesas, "*obligaciones de medios o de actividad/obligaciones de resultado*", es perfectamente idónea para expresar aquella idea esencial, ya que sus posibles inconvenientes, básicamente derivados de la aludida relatividad de la contraposición medio/fin-resultado, no le restan, con las debidas matizaciones, virtualidad expresiva, y sin que, por otra parte, las alternativas ofrecidas dejen de ofrecer otros (y mayores) inconvenientes.

Así, por ejemplo, a las obligaciones de medios, algunos las llaman "*de diligencia*" (25), lo cual, desde luego, sirve para expresar, con relativa fortuna, el contenido de la prestación (del cumplimiento) en tales obligaciones —que no es, sin embargo, tanto la diligencia, como una actividad o conducta diligente del deudor (26)—. Pero con esa terminología se corre el riesgo de hacer olvidar: a) que en las obligaciones de resultado, también forma parte del contenido de la prestación debida por el deudor, una actividad diligente (la necesaria para la obtención del resultado debido), aunque, ciertamente, y a diferencia de las obligaciones de medios, tal actividad no agote el contenido de la prestación, que incorpora, además, el logro del resultado debido; y b), que en las obligaciones de resultado —como también en las de medios— es exigible del deudor, no como contenido de la prestación, pero sí como deber accesorio e integrativo o complementario de la misma —*ex arts. 1.105 y 1.182 y ss. CC.*—, una conducta diligente —que sin ser parte del cumplimiento de la prestación, es igualmente debida por el deudor—, tendente a preservar la posibilidad del cumplimiento —de su exactitud, de su integridad, de su puntualidad—, de la prestación debida, frente a los eventuales sobrevenidos que puedan impedir su realización o su exacta, puntual o íntegra realización.

Otros hablan, para referirse a las obligaciones de medios, de "obli-

---

(25) Así, TUNC, "Distinzione delle obbligazioni di risultato e delle obbligazioni di diligenza" en *Nuova Riv. dir. comm.*, 1947-1948, I, p. 126 y ss. [también, en francés, en *Sem. Jur. (JCP)*, 1945, I, p. 449 y ss.].

(26) MENGONI, "Obbligazioni" cit., p. 187.

gaciones de comportamiento” (27), terminología ésta, inespecífica, pues toda obligación (y no sólo de *facere*) se resuelve, en cuanto a su objeto, en una determinada conducta activa u omisiva del deudor.

En todo caso, parece poco feliz la sustitución del par “obligaciones de medios/de resultado”, por aquel otro de “obligación general de prudencia y diligencia/obligaciones determinadas” (28); pues la primera expresión del nuevo par, se presta a la confusión del *deber general (alterum non laedere)* que incumbe a todo sujeto, no específicamente obligado, de respetar la esfera patrimonial y personal ajena *ex art. 1.902 Cc.*, con un *deber específico*, que presupone un cambio, un concreto vínculo obligatorio, del que es parte el sujeto obligado; mientras que la segunda expresión parece no tener en cuenta, que la exigencia de determinación (o, al menos, determinabilidad) del objeto de la obligación, se da tanto en las obligaciones de resultado, como en las de medios, como en cualquier otra prestación que sea objeto de obligación (*ex art. 1.273 Cc.*) (29).

#### IV. LA RELEVANCIA JURIDICA DE LA DISTINCION: A) EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION; B) “A CONTRARIO SENSU”, LA DETERMINACION DE LA INFRACCION O CONTRAVENCION DE LA OBLIGACION

A) Si, como queda dicho, obligaciones de medios y obligaciones de resultado son dos formas de configurar el contenido de la prestación debida de un *facere*, se comprenderá fácilmente que, como también queda previamente apuntado, la relevancia de tal distinción se sitúe, fundamentalmente, en el terreno del cumplimiento de la obligación.

Si la prestación, tal y como se define en el momento de la constitución del vínculo que la tiene por objeto, es un futuro o potencial programa de conducta del deudor (*Leistungsprogramm*), a efectos de poder, en el momento del cumplimiento, liberarse y, simultáneamente, satisfacer a su acreedor; el cumplimiento del deudor, que no es otra cosa que la realización de ese programa de conducta, la actuación de esa su definición potencial, deberá corresponderse, en cada caso, con los términos en que el programa prestacional fue inicialmente concebido-definido (30).

(27) Vid. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, p. 127 (“obbligazioni di conegno”), y MENGONI, “Obbligazioni” cit., p. 192: “obbligazioni di (semplice) comportamento”.

(28) En tal sentido, H. MAZEUD, “Essai de classification des obligations: obligations contractuelles et extra-contractuelles; <obligations déterminées> et <obligation générale de prudence et diligence>”, en *RTDC*, 1936, p. 1 y ss.

(29) Así, MENGONI, “Obbligazioni” cit., p. 186.

(30) Lo dice, muy precisamente, MENGONI, “L’oggetto” cit., p. 174, nota 3: “gli ele-

Por tanto, y como lógico corolario de lo anterior, si obligaciones de medios y de resultado son dos modos de definir-configurar el contenido de la prestación de hacer, son, también, al propio tiempo, y como consecuencia necesaria de ello, dos modos distintos de configurar-definir el cumplimiento de las obligaciones de *facere*. En otras palabras, lo que el deudor ha de hacer, en uno y otro caso, para cumplir —liberarse él y, simultáneamente, satisfacer a su acreedor— no es lo mismo (31).

a) Así, como ya se anticipó, en las obligaciones de medios, como consecuencia directa de la forma en que en ellas se define la prestación de hacer del deudor, éste cumple (se libera, y simultáneamente, satisface a su acreedor), desplegando la actividad diligente —técnica o común— debida, actividad (que constituye, en sí misma, un fin o resultado útil para el acreedor: *fin próximo*), ciertamente encaminada a un fin (*ulterior o último*), pero la realización de éste no se incluye en la prestación del deudor (ni, correlativamente, en el derecho del acreedor), no está *in obligatione*: por ello el deudor cumple, cuando, sin conseguirlo (consecución no debida por el deudor, ni exigible por el acreedor), realiza, en cambio, la actividad diligente, que sí es lo debido por el deudor (y lo exigible por su acreedor).

Tomando, una vez más, los ejemplos clásicos: el médico cumple, cuando a pesar de desarrollar una actividad profesional correcta, no obtiene la curación del paciente; el abogado, igualmente, cuando, pese a su intervención ajustada a las reglas del oficio, ve desestimadas por el Juez las pretensiones de su defendido; o el gestor, igualmente, cuando pese a su actuación diligente, la gestión emprendida no resulta finalmente provechosa para el *dominus* (32).

---

menti costitutivi dell'attuazione dell'obbligo [el pago o cumplimiento] sono, per definizione, corrispondenti agli elementi del contenuto dell'obbligo [la prestación debida]”.

(31) Sitúan también, adecuadamente, la relevancia de la distinción de las obligaciones en de medios/de resultado, en el terreno de su respectivo cumplimiento, p. ej., DI MAJO, op. cit., p. 460 y ss.; MARTY/RAYNAUD, op. cit., 1, p. 2; LACRUZ/SANCHO, op. cit., p. 80; DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, op. cit., p. 145; ATAZ, op. cit., pp. 170-171.

(32) Así, en la jurisprudencia española reciente sobre responsabilidad médica, que motiva este estudio, se encuentra reiteradamente la afirmación, de que cuando el médico prestó una cura o tratamiento técnicamente correcto (diligente) y, pese a ello, no se ha obtenido una plena curación del paciente, no hay responsabilidad, pues, por el carácter de medios de la prestación sanitaria, lo que el médico debe es una buena cura o tratamiento profesional, y no la curación-sanación, siendo atribuidos, por otra parte, entonces, los daños o lesiones producidos, a otros factores ajenos a la cura médica.

Así, sent. 26 mayo 1986 (R.A. 2.824): “(la muerte) no puede atribuirse a negligencia del cirujano, sino a la grave lesión que determinó su intervención... del examen y estudio de los dictámenes periciales obrantes en autos, no se deduce negligencia o imprudencia de la actuación médica del Sr. M. A., criterio que esta Sala acepta, teniendo en cuenta no sólo la diligencia ordinaria, sino, como resulta de las indicadas pericias, la específica y profesional propia del supuesto contemplado... acción que fue desestimada en ambas instancias, por estimar que aquél (el médico demandado) procedió como un buen técnico de la medicina imperante y que la causa de la muerte hay que buscarla fuera del hacer



b) En cambio, como también se adelantó, *en las obligaciones de resultado*, y asimismo como directa consecuencia de la forma en que en ellas se define la prestación de *facere* del deudor, éste sólo cumple (se libera y, simultáneamente, satisface a su acreedor), cuando efectivamen-

---

médico, en este caso, en la conjunción de lo aleatorio existente en la experiencia médica, del estado del órgano dañado del paciente, y del siempre presente factor reaccional del enfermo... el motivo (del recurso) debe merecer la misma suerte desestimatoria que el anterior, en cuanto de los hechos acreditados no deriva negligencia grave ocasionante de la muerte, puesto que dado el estado del enfermo eran posibles < toda clase de complicaciones >, y el demandado recurrido desplegó su actividad profesional poniendo todos los medios de que disponía, para alcanzar la curación... todo ello de acuerdo con la naturaleza jurídica de la obligación contractual del médico, que no es la de obtener en todo caso la recuperación del enfermo (obligación de resultado), sino una "obligación de medios", es decir se obliga no a curar al enfermo, sino a suministrarle los cuidados que requiere según el estado actual de la ciencia médica"; sent. 13 julio 1987 (R.A. 5.488): "sin que, a la luz de los informes médicos obrantes en las actuaciones, pueda deducirse una actuación descuidada, ni negligente del cirujano, ni del anestesista, en cuanto que se considera probado la suficiencia de las pruebas previas a la intervención y la adecuada preparación del niño para ella, que la anestesia suministrada fue correcta, tanto por las sustancias empleadas como en el método aplicado, que la intervención transcurrió sin incidencias, y como posibles causas de la parada cardiaca se señalan... es decir, varias hipotéticas causas no imputables a los facultativos demandados... por todo ello, no puede acusárseles de la falta de diligencia exigible según las circunstancias de personas, tiempo y lugar (art. 1.104 Cc.), ni de falta de previsibilidad en situación de normalidad, medida aquélla en función de la capacidad intelectual y preparación profesional de los demandados, cuya actuación, según resultó probado, fue correcta en todo momento... sin que se les pueda atribuir (a los facultativos) cualquier consecuencia, por nociva que sea, que caiga fuera de su campo de imputación, máxime cuando en los tratamientos u operaciones quirúrgicas, aunque se persigue el resultado de la curación del paciente, el médico no se obliga a obtener en todo caso esa curación, sino a poner en su actuación toda la atención y diligencia que deriva de su específica preparación científica y práctica"; sent. 12 febrero 1988 (R.A. 943): "los demandados siguieron el tratamiento adecuado al diagnóstico inicial... es visto que, al no haberse apreciado la menor culpa en los demandados y la total desconexión con el resultado final (lesivo para el paciente), la absolución de los mismos devenía indeclinable e insoslayable"; sent. 7 febrero 1990 (R.A. 668): "en modo alguno se establece por la Sala sentenciadora de instancia que el demandado, ahora recurrente, don Jorge P.P., no hubiera guardado acomodo a tal técnica operatoria adecuada a la intervención quirúrgica de que se viene haciendo mención... no pueda precisarse, por el resultado de la prueba practicada, si ello fue debido a una incorrecta aplicación del instrumento que manejaba el especialista interviniente en la operación quirúrgica aludida... o por complicaciones ajenas a dicho especialista... (comportamiento culposo o negligente) que no puede entenderse producido en el médico que realizó una intervención quirúrgica con adecuado acomodo a las técnicas a aplicar al respecto... complicación ajena al buen actuar profesional del médico interviniente demandado y ahora recurrente... *la culpa no radicará en no haberse alcanzado la curación deseada, o en no haberlo sido con las consecuencias normales de dicha intervención quirúrgica, sino en la inobservancia de la conducta* [actividad profesional técnicamente correcta] *ofrecida...* el resultado anómalo de la referida intervención quirúrgica objeto de controversia puede ser debido a varias circunstancias, entre ellas las de una complicación en la intervención quirúrgica por causas ajenas al buen actuar del médico interviniente... la sentencia recurrida no reconoce haber sido incumplida (la *lex artis*) en la intervención quirúrgica practicada... al no negar (que el médico)... hubiese actuado emplean-

te obtiene o realiza el concreto resultado (*opus*) que se integra en el contenido de la obligación (en la prestación del deudor y, correlativamente, en el derecho de su acreedor); no bastando, por tanto, a los fines del cumplimiento de la obligación (de la liberación del deudor con simultánea satisfacción de su acreedor), el que el deudor despliegue una mera actividad diligente, encaminada al logro del *opus* debido, si éste no se realiza: su consecución se integra en la prestación del deudor (y en el derecho de su acreedor) y sin él no hay, por tanto, cumplimiento (33).

Retomando, de nuevo, los ejemplos clásicos: el transportista de personas cumplirá llevando efectivamente al viajero (incólume y puntualmente) al lugar de destino; o el contratista, realizando efectivamente la obra o la reparación comprometidas; y no, en uno y otro caso, pretendiendo haber hecho lo diligentemente necesario para conseguirlo, aunque no se haya conseguido.

Existe, por tanto, un perfecto paralelismo, entre obligaciones de hacer de medios y de resultado, en el terreno del cumplimiento: en las dos (como en cualquier otra obligación) el deudor, para cumplir (satisfacer a su acreedor), ha de realizar *lo debido*, y lo debido es aquello que aparece definido como prestación del deudor — contenido de la obligación de éste y, simultáneamente, del derecho del acreedor — en la relación obligatoria de cuyo cumplimiento se trate. Es el distinto modo de defi-

---

do la técnica adecuada y en consecuencia no hubiere guardado acomodo a la requerida *lex artis*... se produce un comportamiento (del médico) adecuado que no puede resultar alterado por complicaciones ajenas al buen normal actuar profesional del médico interviniente”.

(33) Es especialmente clara, en el sentido del texto, la sentencia de la Casación italiana (*Cass. civ.* 10 diciembre 1979, *Mass. For. it.*, 1979, n.º 6.416), cuya doctrina reproduce DIMAJO, op. cit., p. 485, nota 1: “a differenza dell’obbligazione *di mezzi*, la quale richiede al debitore soltanto la diligente osservanza del comportamento pattuito, indipendentemente dalla sua fruttuosità rispetto allo scopo perseguito dal creditore, nell’obbligazione *di risultato*, nella quale il soddisfacimento di una parte è assunto come contenuto essenziale ed irriducibile della prestazione, l’adempimento coincide con la piena realizzazione dello scopo perseguito dal creditore, indipendentemente dall’attività e dalla diligenza spiegate dall’altra parte per conseguirlo. Per tanto, l’obbligazione di risultato può considerarsi adempiuta solo quando si sia realizzato l’evento previsto come conseguenza dell’attività esplicata dal debitore, nell’identità di previsione negoziale e nella completezza quantitativa e qualitativa degli effetti previsti e, per converso, non può ritenersi adempiuta se l’attività dell’obbligato, quantunque diligente, non sia valsa a far raggiungere il risultato previsto”.

En la jurisprudencia española, aplicando la conceptualización de una obligación como de resultado, al establecimiento de su infracción-incumplimiento material o como hecho, puede citarse sent. 28 septiembre 1987 (R.A. 6.451): “las obras de impermeabilización encomendadas a Herplasa S.L., fueron ejecutadas por ésta con total incumplimiento de su obligación de obtener el resultado (*opus*) convenido —impermeabilización de las terrazas—, afirmación fáctica de la que resulta, en el supuesto concreto aquí enjuiciado, el incumplimiento por el contratista de la obligación por él asumida, al no obtenerse con las obras que ejecutó el resultado que hubiera significado sostener lo contrario”.

nir la prestación, el que lógica y necesariamente conduce a una distinta forma de configurar el correlativo cumplimiento.

B) De la relevancia de la distinción obligaciones de medios/de resultado en el terreno del cumplimiento, deriva, necesariamente y *a sensu contrario*, la relevancia de esa misma distinción en el ámbito de la infracción de la obligación: de la ausencia o falta de (exacto) cumplimiento.

Si el contenido de cada prestación nos define, *positivamente*, lo que el deudor, de la respectiva obligación que la tiene por objeto, ha de hacer para cumplir; es ese mismo contenido de la prestación, el que, por tanto, *negativamente*, nos servirá para establecer los supuestos de infracción de la obligación de su deudor: todos aquellos en que éste no realice (exactamente) lo debido (lo que el acreedor tiene derecho a exigirle).

La misma prestación (definida con un determinado contenido) que es parámetro del (exacto) cumplimiento, es, precisamente por ello, parámetro del no (exacto) cumplimiento: todo lo que no sea (exacto) cumplimiento —realización (exacta) de la prestación debida, tal y como se define por la relación obligatoria de que se trate—, es no (exacto) cumplimiento —no realización (exacta) de dicha prestación debida—, y como tal, punto de partida de un juicio de responsabilidad contractual (art. 1.101 Cc.), que concernirá al deudor no (exactamente) cumplidor.

En efecto, es no-cumplimiento para cada obligación, según el artículo 1.101 Cc., cualquier “*modo de contravención de su tenor*”: es decir, todo lo que no sea exacta realización de la prestación debida, tal y como ésta se haya definido para esa determinada obligación.

a) En las *obligaciones de medios*, como en cualesquiera otras, el deudor puede infringir su obligación, no realizando la prestación debida en absoluto (*falta total de cumplimiento*); no realizándola en parte —p. ej., del total de horas o jornadas de trabajo comprometidas, sólo se realizan por el prestador de *facere* una porción: cfr. art. 1.151-2.º Cc.— (*falta parcial de cumplimiento*); o no realizándola puntualmente en el tiempo señalado en la obligación (*retraso en el cumplimiento: la “morosidad”* a que alude el art. 1.101 Cc.). El establecimiento de cualquiera de estas formas de contravención en una obligación de hacer de medios, no presenta ningún problema especial: se hace en los mismos términos que para cualquier otra obligación, aunque, claro, siempre con referencia a la manera en que específicamente se define un objeto.

No obstante, allí donde se nos revela más directamente este influjo de la específica manera de definir el contenido de la prestación de medios, sobre su régimen de cumplimiento/no cumplimiento, es en la restante forma o modo de contravenir cualquier obligación, y también la de medios: el *inexacto cumplimiento*. Visto que el contenido de la prestación de medios, es una determinada actividad diligente (con diligencia común o técnica ex art. 1.104 Cc.), existirá inexacto cumplimiento,

ex art. 1.101 Cc., de una obligación de hacer que la tenga por objeto, en todos aquellos casos en que la actividad efectivamente desplegada por el deudor, no se ajuste a la diligencia (el conjunto de cuidados, atenciones, precauciones, instrumentos, medidas) legal o convencionalmente exigible. Allí, en suma, donde, por no alcanzar la conducta desplegada por el deudor, el grado de diligencia exigible-debido (34), debemos calificar aquella como *negligente, culpable*. (La culpa del deudor, aparece, en efecto, en el art. 1.101 Cc., como una de las formas de contravenir-infringir la obligación).

Que la culpa-negligencia del deudor se nos presente, en suma, como una forma (en concreto, como inexacto cumplimiento) de contravenir o infringir las obligaciones de hacer de medios y *sólo* de éstas, es un resultado directo de que, precisamente en ellas, y también sólo en ellas, su cumplimiento (el contenido de la prestación que tienen por objeto) se define en términos de simple despliegue de una conducta diligente por el deudor.

Aquí se abre, por tanto, una primera *función y ámbito de relevancia* de la culpa/diligencia ex art. 1.104 Cc., en el terreno de la responsabilidad contractual: en el ámbito circunscrito de las obligaciones de medios, como consecuencia del propio contenido de éstas, la diligencia es, por un lado, positivamente criterio de (exacto) cumplimiento de tales obligaciones y, por otro, como consecuencia necesaria y lógica de lo anterior, negativamente, ahora como culpa-negligencia, es una concreta forma (una entre otras posibles: inexacto cumplimiento) de infracción-contravención de tales obligaciones (art. 1.101 Cc.) (35).

---

(34) La diligencia, norma de conducta diligente, como criterio de cumplimiento de las obligaciones de medios y, precisamente por serlo, se nos aparece, así, como un límite de la discrecionalidad de su deudor a la hora de cumplir: no bastará cualquier gestión, cautela o medida a la hora de cumplir: ha de realizarse todo aquello que la diligencia debida imponga.

En este sentido, como criterio de cumplimiento y como límite de la discrecionalidad del deudor, es establecible un claro paralelismo entre la diligencia en las obligaciones de medios, y el criterio supletorio de la calidad media en las obligaciones de dar cosas genéricas (art. 1.167 Cc.). (Cfr., así, *La responsabilidad contractual* cit., p. 178, donde recojo la opinión, en este sentido, de OSTI).

(35) En la jurisprudencia se extrae, correctamente, de la calificación de una determinada prestación de hacer como de medios, la consecuencia de que su deudor no puede considerarse como infractor-no (exactamente) cumplidor, por el simple hecho de la no obtención del resultado último o final (*no debido*) que la prestación de medios persigue; sino que es necesario, para tal consideración que falte el resultado (próximo) debido: una prestación diligente: o sea, la culpa-negligencia del deudor. En particular, en el caso del médico no bastará la falta de curación o la presencia de lesiones en el paciente, para establecer el no-cumplimiento del médico: será necesaria la culpa-negligencia (profesional) de éste.

Así, sent. 26 mayo 1986 (R.A. 2.824): “todo ello de acuerdo con la naturaleza jurídica de la obligación contractual del médico, que no es la de obtener en todo caso la recuperación de la salud del enfermo (obligación de resultado), sino una “obligación de me-

b) En las *obligaciones de hacer de resultado*, será, en forma correlativa a lo visto para las de medios, su propio específico contenido, el que determine cuándo hay infracción-contravención de la obligación *ex art. 1.101 Cc.*, por parte de su deudor: o sea, siempre que no se realice por éste el exacto y concreto *opus* debido: falta absoluta, falta parcial, retraso o inexactitud del cumplimiento debido.

También, por tanto, entre obligaciones de medios y de resultado, al igual que en el terreno del cumplimiento, existe, lógicamente, paralelismo en el ámbito de su infracción-no cumplimiento: hay infracción, como en cualquier obligación, donde no hay exacto cumplimiento, y es la distinta forma de configurar éste, de definir la prestación, en cada caso, lo que, a su vez, se traduce, por fuerza, en distintas configuraciones de los supuestos de infracción de las respectivas obligaciones.

## V. EL JUICIO DE RESPONSABILIDAD EN AMBOS TIPOS DE OBLIGACIONES, UNA VEZ NO (EXACTAMENTE) CUMPLIDAS

La infracción o contravención en cualquier forma de la obligación

---

dios”, es decir, se obliga no a curar al enfermo, sino a suministrarle los cuidados que requiera según el estado actual de la ciencia médica; por ello, su responsabilidad ha de basarse en una culpa incontestable, es decir, patente, que revele un desconocimiento cierto de sus deberes”; sent. 12 julio 1988 (R.A. 5.991): “la obligación contractual o extracontractual del médico y, más en general, del profesional sanitario, no es la de obtener en todo caso la recuperación del enfermo, o lo que es igual, no es la suya una obligación de resultado, sino una obligación de medios, es decir, está obligado, no a curar al enfermo, sino a proporcionarle todos los cuidados que requiera, según el estado de la Ciencia... [por tanto, y como consecuencia de lo anterior] cuando... no fue posible establecer la relación de causalidad o el resultado dañoso no depende de una conducta culposa, no hay responsabilidad sanitaria”; sent. 7 febrero 1990 (R.A. 668): “la culpa no radicará en no haberse alcanzado la curación deseada, o en no haberlo sido con las consecuencias normales de dicha intervención quirúrgica, sino en la inobservancia de la conducta ofrecida [debidamente: actividad profesional diligente]”.

Esta misma idea se maneja con especial claridad en la jurisprudencia italiana: *Cass. civ.* 28 abril 1961 (*Giur. it.*, I, 1, 1962, col. 1.247 y ss., con nota de LEGA): “le obbligazioni inerenti all’esercizio di un’attività professionale sono, di regola, obbligazioni <di mezzi> e non <di risultato>, in quanto il professionista assumendo l’incarico, si impegna a prestare la propria opera intellettuale per raggiungere il risultato sperato, ma non a conseguirlo. Quindi, l’inadempimento è costituito dalla violazione dei doveri inerenti allo svolgimento dell’attività professionale e non dal mancato raggiungimento del risultato”; *Cass. civ.* 10 diciembre 1977 (*Mass. for. it.*, 1977, n.° 5.363) cit., por DI MAJO, op. cit., p. 485, nota 1: “le obbligazioni del professionista forense, nel contratto di prestazione d’opera professionale, sono, di regola, obbligazioni di mezzo, non di risultato: pertanto l’inadempimento non può essere desunto dal mancato raggiungimento del risultato utile cui mira il cliente, ma soltanto dalla violazione da parte del professionista del dovere di diligenza inerente e adeguato alla natura dell’attività esercitata, il cui accertamento in concreto involge un apprezzamento di fatto”.

ex art. 1.101 Cc.: la no (exacta) realización de la prestación debida, es el *presupuesto necesario* y normativo (según el propio art. 1.101 Cc.) de todo juicio de responsabilidad contractual, pues resulta evidente, que allí donde el deudor ha cumplido: ha realizado exactamente la prestación debida, ninguna cuestión de responsabilidad contractual es suscitable: la obligación cumplida se extinguió con el cumplimiento, y sobre su base, por ende, ninguna pretensión puede ahora articularse contra el deudor cumplidor.

Esa infracción o contravención constituye lo que he llamado en otros lugares, con terminología ya usada por otros, el *incumplimiento material* o *como hecho*.

A la fijación *fáctica* del incumplimiento [de la falta de (exacto) cumplimiento], ha de seguir el *juicio de responsabilidad* propiamente dicho: la determinación de los casos en que el deudor no cumplidor (o no exactamente cumplidor) responde, y de aquellos otros en que, pese a no haber cumplido o no haberlo hecho exactamente, el deudor no-cumplidor resulta exonerado o liberado de toda responsabilidad.

Este segundo plano, es lo que siempre se ha llamado (con terminología que a mí no me parece muy apropiada, pero, en todo caso, en sí misma inocua) la *imputabilidad del incumplimiento*: el deslindamiento entre los casos de responsabilidad (*incumplimiento imputable*) e irresponsabilidad (*incumplimiento inimputable*) del deudor no cumplidor o no exactamente cumplidor.

En este segundo plano del juicio de responsabilidad (o de la imputabilidad del incumplimiento), es donde juegan los criterios legales de responsabilidad contractual, que implican, sustancialmente, la consideración del límite legal de la responsabilidad contractual: es esta consideración, la que señalará las infracciones del deudor que, por estar dentro del ámbito de responsabilidad definido por tal límite, son jurídicamente relevantes, y las que, por contra, por situarse más allá de él, no acarrearán responsabilidad. (Prescindo aquí, naturalmente, de las posibles alteraciones convencionales que hayan podido introducirse en el funcionamiento de los criterios legales de responsabilidad contractual).

Pues bien, como resulta de los artículos 1.105 y 1.182 y ss. Cc., en su conexión con el artículo 1.101 Cc., el deudor que no cumple o no lo hace exactamente, porque ha sobrevenido, después del momento del nacimiento de la obligación, un evento, originado en una concreta causa a él no imputable, que le ha imposibilitado de cumplir o de hacerlo exactamente, no responde de los daños que hayan podido derivarse de su falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento; en cambio, en todos los demás casos (cuando el cumplimiento o exacto cumplimiento es posible, cuando han sobrevenido imposibles por causa imputable al deudor) el deudor no cumplidor, o no exactamente cumplidor, responde.

El caso fortuito, la imposibilidad liberatoria (imposibilidad sobrevenida de cumplir, o de hacerlo exactamente, por una concreta causa no imputable al deudor) es el único límite legal de la responsabilidad con-

tractual, que se establece, con carácter general, en los arts. 1.105 y 1.182 y ss., para todas las obligaciones y para todas las formas de infringirlas. Por tanto, es el único dato (legal) al que hay que atender, para determinar cuándo una falta de cumplimiento, o de exacto cumplimiento del deudor, está justificada —y, por ello, no desencadena la responsabilidad contractual—, y cuándo, por no estarlo, desemboca en responsabilidad contractual. Con la terminología tradicional, el incumplimiento determinado por caso fortuito es un incumplimiento “inimputable”, y el que no lo está es “imputable”. [La realidad que se esconde detrás de esta terminología, como he explicado en otras ocasiones, es: 1) que cuando la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento está determinada por imposibilidad liberatoria-caso fortuito, la obligación no cumplida (*ex* arts. 1.182 y ss.) se ha extinguido —imposibilidad definitiva—, o se halla suspendida —imposibilidad temporal, justificativa del retraso— y, precisamente, por ello —al no haber obligación o estar suspendida en su eficacia— no hay incumplimiento: infracción de una obligación *subsistente*: ha desaparecido, con la obligación —fundamento último de la responsabilidad contractual— el (único) fundamento de la responsabilidad contractual: el incumplimiento mismo; y 2) que en los demás casos, por no concurrir el hecho complejo exoneratorio-extintivo, nos hallamos ante una obligación infringida por el deudor —no (exactamente) cumplida— y subsistente, es decir, nos hallamos ante el incumplimiento de la obligación como único fundamento de la responsabilidad contractual].

En el plano del juicio de responsabilidad (de la “imputabilidad del incumplimiento”), o sea, de la consideración del límite de la responsabilidad contractual: la imposibilidad liberatoria, el caso fortuito, nos encontramos con la segunda función y ámbito de relevancia de la diligencia, como criterio (objetivo) de conducta del deudor. La diligencia es, además de criterio de cumplimiento *sólo* para las obligaciones que tienen por objeto una prestación de conducta diligente, criterio general, para *todas las obligaciones* (*ex* arts. 1.105 y 1.182 y ss. Cc.), de imputación al deudor, de las concretas causas que determinen sobrevenidamente la imposibilidad de cumplir o de hacerlo exactamente. Junto a este criterio general, que se traduce siempre en un análisis de la conducta del deudor —en términos de si el evento impeditivo del cumplimiento o exacto cumplimiento era o no diligentemente evitable por su parte: art. 1.105 Cc.—, nuestro ordenamiento también conoce, para ciertos casos, criterios objetivos de imputación, que prescinden, en cambio, de toda valoración de la conducta del deudor.

Por tanto, unicidad del *modelo de conducta* debitoria, la *misma* diligencia del artículo 1.104 Cc., pero dualidad de *funciones* —criterio de cumplimiento/criterio de imputación—, y de ámbitos de aplicación, que se corresponden a cada una de esas funciones: sólo las obligaciones de medios (criterio de cumplimiento), todas las obligaciones (criterio de imputación).

Con lo dicho hasta aquí, estamos en condiciones de comprender cómo opera el juicio de responsabilidad en las obligaciones de medios y de resultado, y cómo el diferente contenido de sus respectivas prestaciones no afecta al sustancial paralelismo de su proceder, en uno y otro caso; en particular, a la no confusión, en ninguno de los dos casos, del plano de la materialidad del incumplimiento, de la infracción de la obligación como hecho (la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento): el *presupuesto* de todo juicio de responsabilidad —sea cual sea el contenido de la obligación infringida—, con el plano del *juicio de responsabilidad* propiamente dicho (la consideración del límite de la responsabilidad contractual), del establecimiento definitivo del incumplimiento (para otros, el establecimiento del incumplimiento “imputable”).

A) Así, en particular, para las obligaciones de medios: una vez establecido el incumplimiento material, la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento del deudor, queda todavía por ver, si esa falta está o no justificada, si está o no determinada por caso fortuito, por imposibilidad liberatoria (justificación que, como se verá después, es en todo caso una carga probatoria del deudor no-cumplidor).

En concreto, 1) si la prestación de actividad diligente no se realizó en absoluto (falta absoluta de cumplimiento), 2) si sólo se realizó en parte (cumplimiento parcial), o 3) si se realizó retardadamente respecto del plazo señalado en la obligación (cumplimiento atrasado), el deudor no cumplidor o no exactamente cumplidor, no responderá: 1) de la falta total de cumplimiento, si demuestra que éste, en su totalidad y de manera definitiva, ha sobrevenido de imposible realización por una concreta causa a él no imputable; 2) de la falta parcial de cumplimiento, si demuestra que la parte de prestación no satisfecha, ha sobrevenido de imposible cumplimiento por una concreta causa a él no imputable; 3) del retraso en el cumplimiento, si demuestra que el cumplimiento puntual sobrevino imposible, por una imposibilidad temporal (justificativa del retraso y que desapareció después, en el momento de cumplir, cuando el cumplimiento atrasado satisfacía todavía el interés del acreedor) causada por una concreta causa a él no imputable.

4) Los mismos principios se aplican —porque no existe base legal ni lógica para no hacerlo— a la restante forma de contravenir una obligación de medios: el *cumplimiento inexacto*.

Con arreglo al propio contenido de la prestación de hacer de medios (una conducta diligente del deudor), la *culpa*, la *negligencia del deudor*, se revela como no-exacto cumplimiento de la obligación que tiene tal prestación por objeto: el deudor ha desplegado, para cumplir, una actividad que no se ajusta, sin embargo, al parámetro de conducta diligente debida. Por ello, el artículo 1.101 Cc. sitúa la *culpa* como una forma más de infringir o contravenir la obligación, junto al retraso (o, digo yo, y podría decir cualquiera, la falta absoluta o parcial de la prestación): en el terreno del incumplimiento material o como hecho, del pre-



supuesto del juicio de responsabilidad, como paso necesario y previo a éste (36).

Pero ello sólo vale para las obligaciones de medios, pues sólo ellas tienen por contenido el mero despliegue de una conducta diligente: sólo en ellas, por tanto, la diligencia es criterio de exacto cumplimiento, y, por ende, la culpa-negligencia aparece como inexacto cumplimiento. Tal limitación de la culpa como incumplimiento material y, *a contrario*, de la diligencia como criterio de cumplimiento, resulta, por tanto, del contenido de la obligación de hacer de medios, de la prestación entonces debida, y no del capricho de quien esto escribe. En las restantes obligaciones, el inexacto cumplimiento o las restantes formas de infringirlas-contravenirlas, se establecen con relación al propio contenido de su prestación (que no es nunca una mera conducta diligente del deudor).

Pero esta culpa-inexacto cumplimiento en las obligaciones de me-

(36) Como he tratado de explicar en otro lugar (*La responsabilidad contractual* cit., pp. 106-107), la mención del *dolo*, en el art. 1.101 Cc., junto a todas las formas de contravenir o infringir fácticamente la obligación, como si fuera una más de ellas, es equivocada.

El dolo es un criterio de responsabilidad y de responsabilidad agravada del deudor incumplidor, y, como tal, no pertenece al plano de la materialidad del incumplimiento, del presupuesto fáctico del juicio de responsabilidad, sino al plano diverso de este mismo juicio de responsabilidad.

Por ello mismo, al no ser una forma más de materializar el incumplimiento, el dolo puede referirse a *cualquier forma* de incumplimiento material, de contravención de la obligación: tanto a la falta total de cumplimiento —y ésta, a su vez, tanto siendo posible la prestación, como habiendo sobrevenido imposible su realización *in natura* por causa imputable al deudor—; como al cumplimiento atrasado —y éste, a su vez, tanto no existiendo obstáculos al cumplimiento puntual, como existiendo alguno que lo ha imposibilitado por causa imputable al deudor—; como al cumplimiento parcial (y tanto siendo posible cumplir la parte de prestación que falta, como habiendo sobrevenido imposible realizarla *in natura* por causa imputable al deudor); como al cumplimiento inexacto (tanto siendo posible el cumplimiento exacto *in natura*, como habiendo sobrevenido imposible su realización por causa imputable al deudor); todos ellos —cualquier forma de incumplimiento— pueden ser dolosos.

El dolo, pues, es criterio de responsabilidad contractual y de responsabilidad agravada: sirve *ex art.* 1.107 Cc., para agravar las consecuencias de una responsabilidad contractual, que ya se afirmaría (aunque con consecuencias más leves) sobre la base de los principios generales: siempre que faltando el cumplimiento o el exacto cumplimiento, ello no obedezca a imposibilidad, no imputable al deudor no cumplidor, del cumplimiento o del exacto cumplimiento. Opera, por tanto, sobre los incumplimientos que, siéndolo —por no obedecer la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento a imposibilidad liberatoria— caso fortuito: por subsistir una obligación en defecto de exacto cumplimiento—, entrañan, además, ese elemento añadido-agravatorio de la conciencia-voluntad del incumplimiento por parte del deudor incumplidor. O sea, su aplicación presupone —aquí se ve su papel de criterio de responsabilidad y de responsabilidad agravada— no sólo la fijación del incumplimiento material o como hecho, sino un incumplimiento definitivamente determinado (*imputable*), con arreglo a los criterios legales-generales de responsabilidad contractual (en particular, el límite general de la responsabilidad contractual), en cuya aplicación, que presupone, se sobreañade, con las consabidas consecuencias agravatorias.

dios, como las restantes formas de infringir una obligación de medios, como cualquier forma de contravenir toda clase de obligaciones (inexacto cumplimiento incluido), sigue siendo el presupuesto necesario de todo juicio de responsabilidad: la responsabilidad contractual del deudor no-cumplidor, no queda definitivamente establecida por su prueba (que, como se verá después, incumbe al acreedor que pretende la responsabilidad contractual): al deudor no exactamente cumplidor (cuya conducta desplegada para cumplir, no alcanzó el nivel de diligencia debido-exigible), aún le resta la posibilidad de excluir la responsabilidad contractual, demostrando que el exacto cumplimiento (el ajuste de su conducta al nivel de diligencia debida) sobrevino imposible por una concreta causa a él no imputable (lo cual significa: imposibilidad liberatoria-extintiva, que el nivel de diligencia inicialmente debido, ya no lo es: la obligación —con aquel contenido de diligencia inicialmente debido— se ha extinguido sobrevenidamente).

Por tanto, en las obligaciones de medios, siempre que nos hallemos ante un supuesto de inexacto cumplimiento, nos encontramos ante el juego sucesivo de la diligencia en sus dos conocidas funciones: 1) como criterio de cumplimiento, para establecer que la conducta del deudor no se ajustó al patrón de diligencia debida, según la concreta obligación de que se trate (incumplimiento material, falta de exacto cumplimiento *ex art. 1.101 Cc.*); y 2) como criterio general de imputación, en el seno de la prueba liberatoria (*ex arts. 1.105, 1.182 y ss.*), para establecer, si, existiendo imposibilidad de prestar la diligencia debida, por una concreta causa, ésta, en su origen, es o no referible a la negligencia-culpa del deudor.

Dos planos distintos, a no confundir, en que juega la culpa/diligencia: uno *exclusivo* de las obligaciones de medios, como consecuencia del propio contenido de su prestación (diligencia como criterio de exacto cumplimiento/culpa-negligencia como infracción de la obligación: cumplimiento inexacto); otro *común* a todas las obligaciones, culpa/diligencia como criterio de imputación de la concreta causa que imposibilita cumplir o hacerlo exactamente, en el seno de la prueba liberatoria.

Un *mismo patrón* de conducta diligente del deudor (art. 1.104 Cc.), pero que opera en *dos planos* distintos y con relación a la valoración de *dos conductas* del deudor de finalidad diversa: 1) primero, ver si la conducta desplegada por el deudor de una prestación de hacer de medios, se ajusta a lo debido, según la concreta obligación de que se trate: aquí lo que se valora es la idoneidad satisfactiva para el acreedor *de la conducta desplegada por el deudor para cumplir*; y 2) segundo, *sentado que el deudor no ha cumplido exactamente* (que su conducta desplegada para cumplir *no* ha alcanzado el nivel de diligencia que la obligación, de cuya infracción se trate, le imponía), examinar si, existiendo un evento que ha imposibilitado al deudor el exacto cumplimiento (el alcanzar la diligencia que la obligación infringe impone), el deudor no exactamente

cumplidor (de la prestación), ha hecho o no cuanto diligentemente era exigible para evitar-superar ese evento impeditivo: aquí se valora la diligencia en *preservar la posibilidad del cumplimiento o de su exactitud* frente a los eventos que pueden obstaculizarla: el deudor no cumplidor o no exactamente cumplidor *de la prestación*, puede, en cambio, pese a ello, haber hecho cuanto diligentemente era exigible *para vencer el obstáculo que le impide cumplir o hacerlo exactamente*.

Son, en suma, dos esfuerzos diligentes del deudor diversos: uno para cumplir, que resulta del contenido de la obligación (su objeto: la prestación debida); otro para impedir la imposibilidad del cumplimiento o del exacto cumplimiento, que, conforme a la buena fe (art. 1.258 Cc.), impone la ley al deudor (arts. 1.105, 1.182 y ss. Cc.), como deber accesorio o integrativo de la relación obligatoria, anexo al deber principal prestacional: *quien no ha cumplido exactamente el deber de prestación* (en las obligaciones de medios, no ha alcanzado en su conducta de cumplimiento la diligencia impuesta por la obligación infringida), puede haber hecho lo diligentemente exigible *para vencer el obstáculo que se lo impide* (en cuyo caso, no responde: la obligación, con el contenido de diligencia en ella previsto, se ha extinguido, *ex arts. 1.184-1.182, 1.105 Cc.*); o, si no hay obstáculo que le impida prestar el nivel de diligencia exigible, o, habiéndolo, tampoco ha hecho lo diligentemente exigible para vencerlo (entonces la imposibilidad de cumplir o hacerlo exactamente le es imputable), hay responsabilidad, porque hay incumplimiento de una obligación: que subsiste y no exactamente cumplida, infringida (arts. 1.101, y 1.184-1.105 Cc., *a contrario*) (37).

---

(37) Por lo dicho, se comprenderá fácilmente, que me sea difícil creer en la buena fe de quien (CLAVERIA, *ADC*, 1988, p. 1.035 y ss., y allí, p. 1.307), ante mi opinión, expuesta ya en otros trabajos, escribe: “dado que la culpa en la concepción objetivista que Jordano defiende, consiste en la no ejecución de una conducta reclamada por el deber de diligencia, para liberarme de responsabilidad contractual en las obligaciones de medios, deberé probar que la no ejecución de la conducta obligada (incumplimiento material) acaeció a pesar de que yo realicé la conducta obligada (necesaria para poder ejecutar la primera conducta obligada) (!). Kafka quedaría estupefacto”...no menos de lo que yo quedé, al verme atribuir tal cosa. Por lo que deseo dejar constancia (no quiero adornarme con ajenas galas) que tan ininteligible engendro no ha salido de mi cabeza, sino que es fruto de la fecunda inventiva de mi contumaz intérprete.

Repito una vez más, que la prueba liberatoria del deudor no exactamente cumplidor de una obligación de medios —como, en general, la prueba liberatoria del deudor no cumplidor en cualquier forma en toda suerte de obligaciones—, *presupone la falta de exacto cumplimiento* (que *no se* alcanzó la diligencia debida, según la obligación, en la actividad desplegada para cumplir): el incumplimiento material; el deudor no cumplidor aspira a sustraerse de la responsabilidad, mediante la prueba liberatoria, pese a la prueba por el acreedor de la falta de exacto cumplimiento (dato que él no discute), demostrando a) que ha devenido sobrevenidamente imposible prestar la diligencia debida y b) que ello ha sucedido pese a desplegarse la diligencia exigible al deudor *no cumplidor de la prestación principal*, para preservar la posibilidad del cumplimiento o exacto cumplimiento de la prestación, para vencer el obstáculo que impide el cumplimiento o exacto cumplimiento.

B) En las obligaciones de hacer de resultado, del mismo modo que para las de medios, el juicio de responsabilidad, presupone, también, necesariamente, el incumplimiento material, la infracción de la obligación *ex art. 1.101 Cc.*: falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento por parte del deudor.

Esta infracción puede asumir las mismas cuatro formas fundamentales que para las obligaciones de medios o cualquier otra obligación: falta total del resultado debido (falta absoluta de cumplimiento); falta parcial de dicho resultado (cumplimiento parcial); retraso en la realización del resultado debido (cumplimiento atrasado), y realización inexacta o defectuosa del resultado debido (cumplimiento inexacto).

Pero tampoco aquí el incumplimiento material —la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento: del resultado debido—, cuya prueba incumbe, también aquí, al acreedor que pretende la responsabilidad contractual, es la base sobre la que definitivamente se afirma la responsabilidad del deudor no cumplidor: al deudor no cumplidor o no exactamente cumplidor —carga de la prueba liberatoria, también aquí, a él adosada— le queda la posibilidad de demostrar, que la falta del resultado debido o de su exactitud obedece a una imposibilidad de cumplir o de hacerlo exactamente, derivante de una concreta causa que no le es

---

La confusión de planos (materialidad del incumplimiento/juicio de responsabilidad) y de conductas diligentes exigibles del deudor (para cumplir —sólo en las obligaciones de medios— /para evitar la imposibilidad sobrevenida del cumplimiento o exacto cumplimiento —común a todas las obligaciones—), no está en mi pensamiento, sino en la imaginación de CLAVERIA.

La descalificación de este intérprete de mis opiniones, por limitarme ahora a sólo otro aspecto de mi planteamiento, por él profusamente distorsionado, quedó patente con mi demostración (*ADC*, 1988, p. 823 y ss.) —como él patéticamente reconoce, *loc. cit.*, pp. 1.306-1.307—, de que me atribuyó, en punto a la naturaleza de la culpa/diligencia, la opinión contraria de la que efectivamente sostengo. Por eso me siento legitimado para haber calificado, entonces, de “escandalosa” la diferencia entre mi opinión (*blanco*: naturaleza objetiva de la diligencia como norma o modelo de conducta), y la que se me atribuye (*negro*: naturaleza subjetiva-volitiva de la diligencia), y de “desastroso” el entendimiento de quien me hace decir lo contrario de lo que digo. Esos calificativos fueron, pues, el producto de llamar, según creo, a las cosas por su nombre.

A ello respondió CLAVERIA (*loc. cit.*, pp. 1.306-1.307), sorprendentemente, que si me atribuyó la opinión contraria de la por mí sostenida, fue, bienintencionadamente, para salvar la coherencia de mi planteamiento. Doy las gracias por ese enternecedor altruismo, pero no creo necesitarlo: no veo la incoherencia que se me imputa, por parte alguna. Pero, de otro lado, en la patética confesión de CLAVERIA, hallo un componente extraordinariamente peligroso, que desvirtúa la crítica bibliográfica, tal y como hasta ahora se había entendido: el crítico puede, dejándola inalterada, no compartir y combatir la opinión del criticado, pero no debe, en modo alguno, modificarla a su gusto, so pretexto de hacerla más “coherente” (en realidad, para acercarla a su personal modo de entender la coherencia: a un punto de vista igualmente discutible). Por la vía apuntada por CLAVERIA, la crítica bibliográfica *degenera necesariamente en censura*, y aquí no puedo dejar de evocar, otra vez, pero ahora dolorosamente, a los Burning. Sirva la sorprendente confesión de mi re-censor, de advertencia a sus posibles futuras víctimas.

imputable. En otras palabras, también aquí, a la fijación fáctica del incumplimiento —de la ausencia de cumplimiento o de exacto cumplimiento—, sigue el juicio de responsabilidad que, a través de la carga probatoria impuesta al deudor no cumplidor, supone la consideración del único límite legal de la responsabilidad contractual, permitiendo fijar, bien definitivamente el incumplimiento —la infracción de una obligación subsistente—, y, con él, la responsabilidad contractual, bien la extinción (imposibilidad liberatoria definitiva) o suspensión (imposibilidad liberatoria temporal) de la obligación cuya infracción el acreedor denuncia, con la consiguiente exoneración del deudor no cumplidor o no exactamente cumplidor.

En conclusión, entre obligaciones de hacer de medios y de resultado, también existe, como antes se dijo, un paralelismo en el terreno del juicio de responsabilidad propiamente dicho: en ninguna de las dos basta la falta del cumplimiento o del exacto cumplimiento, determinados con arreglo al respectivo contenido de la prestación debida, para afirmar definitivamente la responsabilidad contractual del deudor —en particular, la negligencia en las obligaciones de medios; la falta de resultado debido en las de resultado—; sino que la responsabilidad contractual sólo se afirma definitivamente tras la consideración, en uno y otro caso, del único límite legal de la responsabilidad contractual, que constituye, por otra parte, una carga probatoria del deudor no cumplidor.

El deudor de una obligación de resultado, que no realiza o no realiza exactamente el *opus* debido, pese a no cumplir (no satisfacer a su acreedor), no responde contractualmente cuando la falta de resultado o de su exactitud obedece a imposibilidad liberatoria-caso fortuito; del mismo modo, el deudor de una obligación de medios que no la cumple en absoluto o no exactamente, pese a no cumplir (no satisfacer a su acreedor), tampoco responde contractualmente, cuando la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento obedece a imposibilidad liberatoria-caso fortuito.

En uno y otro caso, nos hallamos —imposibilidad liberatoria-extintiva; arts. 1.105 y 1.182 y ss. Cc.— ante una causa de extinción de la obligación, sin simultánea satisfacción del interés del acreedor en ella.

En suma, ni el deudor de una obligación de medios que no alcanza en su conducta de cumplimiento la diligencia debida según la obligación, ni el deudor de una obligación de resultado que no obtiene el resultado debido, responden incondicionalmente por ese hecho: el distinto contenido de la prestación debida, en uno y otro caso, no afecta al juego de las mismas reglas generales de la responsabilidad contractual, que valen para cualquier obligación y cualquier forma de su contravención.

## VI. EN PARTICULAR, LA APLICACION DE LAS NORMAS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL A LAS OBLIGACIONES DE HACER DE MEDIOS

La aplicación de las normas legales generales de la responsabilidad contractual, en los términos expuestos, nunca ha ofrecido mayores dudas por lo que se refiere a las obligaciones de resultado; en cambio, sí ha suscitado discusión o duda su aplicación a las obligaciones de medios, y, en particular, a su inexacto cumplimiento: la no prestación por su deudor, en la conducta de cumplimiento, del nivel de diligencia debido (culpa-negligencia del deudor).

Esto es lo que justifica, que centremos ahora nuestra atención en demostrar más particularizadamente, cómo el contenido específico de la obligación de hacer de medios, no afecta a la aplicación, para todas las formas de infracción, contravención, de las mismas reglas legales de responsabilidad/exoneración que aplicamos a las obligaciones de resultado.

Pero antes de entrar en esa justificación más detallada, relativa a las obligaciones de medios, me interesa recalcar un solo aspecto del régimen de las obligaciones de resultado. En éstas, y precisamente como consecuencia del modo en que se define la prestación de hacer que tienen por objeto, *desde la perspectiva de su cumplimiento*, no basta con el despliegue por su deudor de una actividad diligente encaminada al logro del resultado debido, si éste no se obtiene: entonces, faltando el resultado debido, existirá, pese al esfuerzo del deudor, ausencia de cumplimiento, y ante esta infracción de la obligación, se abrirá el juicio de responsabilidad (el deudor responderá, siempre y cuando la falta del resultado debido no obedezca a caso fortuito, que a él toca probar). Lo cual, como he dicho antes, no es sino una lógica consecuencia, en el terreno de la infracción de la obligación (del incumplimiento material), del modo en que se configura la prestación debida (el cumplimiento) de estas obligaciones.

Ahora bien, esa irrelevancia, en las obligaciones de resultado, de la diligencia, *en cuanto a su cumplimiento*, no significa, en cambio, *absoluta irrelevancia* de la diligencia para estas obligaciones: en ellas, como en cualesquiera otras, al deudor se impone, como deber integrativo o complementario del deber prestacional principal, el deber accesorio de preservar diligentemente la posibilidad del cumplimiento o del exacto cumplimiento (de la prestación); y es por eso, que cuando el deudor de una obligación de resultado, o el de cualquier otra obligación, no la cumple, o no lo hace exactamente, porque existe un evento obstativo que se lo impide, sólo queda exonerado de responsabilidad contractual, cuando tal evento sea diligentemente inevitable o invencible: cuando su causa no le es imputable. Así resulta tanto del artículo 1.105 Cc., norma general dictada para todas las obligaciones, como del art. 1.184 Cc., nor-

ma específica para las prestaciones de hacer [que debe, a su vez, ponerse en conexión, por un lado, con el art. 1.182, norma específica para las prestaciones de dar y la propia norma general del art. 1.105, de cuya aplicación conjunta —en el primer caso, por evidente analogía (38)—, resulta la necesidad, también en las obligaciones de hacer, de la inimputabilidad de la causa de la imposibilidad liberatoria-extintiva, al deudor no cumplidor; y, por otro, con la norma general del art. 1.104 Cc., ésta, por cuanto concierne al parámetro o canon de la diligencia exigible al deudor, en la preservación de la posibilidad de la prestación (el cumplimiento) o de su exactitud, y que funciona como criterio general de imputación, para todas las obligaciones, en el seno de la prueba liberatoria-extintiva: el caso fortuito, *ex arts.* 1.105, 1.182 y ss. Cc.].

En otras palabras, así como la diligencia, en su función de criterio de cumplimiento (y, por ende, de determinación del no exacto cumplimiento), es *propio o exclusivo* de las obligaciones de hacer de medios: no se aplica a ninguna otra obligación que no tenga por objeto una mera conducta diligente (por eso se excluyen, también, entre todas las demás, las obligaciones de resultado); en cambio, la diligencia que *ex arts.* 1.105 y 1.182 y ss. (en conexión con el art. 1.104 Cc.), opera, positivamente, como deber integrativo o complementario del prestacional, y, negativamente, como criterio general de imputación en el seno de la prueba liberatoria, se refiere a todas las obligaciones, y entre ellas, también las de hacer de resultado (39).

---

(38) Comp. DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 1, Barcelona, 1985 (2.º ed.), p. 257: “en cuanto a las prestaciones de hacer (o, indudablemente, las de no hacer), dispone el art. 1.184 que también quedará liberado el deudor cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible... con el adverbio “también” realiza una remisión a los artículos anteriores, de modo que la imposibilidad ha de ser sin culpa y anterior a la mora (s.2 octubre 1984)”.

(39) En contra de lo que yo sostengo, afirma YZQUIERDO, 1) que en las obligaciones de resultado la diligencia es absolutamente irrelevante (op. cit., pp. 275, 291, 300-301); y 2) en concordancia con ello, que la diligencia, tanto en su función de criterio de cumplimiento, como en la de criterio de imputación, limita su ámbito de aplicación a las obligaciones de medios (op. cit., p. 275).

Por mi parte, observo: *a*) que sólo existe base para afirmar la irrelevancia de la diligencia como criterio de cumplimiento en las obligaciones que no sean de medios: tal base es el propio contenido de la prestación de estas otras obligaciones; *b*) que sobre la base de la norma general del art. 1.105, y de la específica del art. 1.184, está claro que *la ley* impone al deudor de una prestación de hacer, tanto de medios como de resultado, un deber, medido en el patrón de conducta diligente, de preservar la posibilidad del cumplimiento y de su exactitud; deber que, por tanto, *a contrario*, juega como criterio de imputación de la imposibilidad sobrevenida de cumplir o de hacerlo exactamente, en el seno de la prueba liberatoria-extintiva (deber que, por el propio carácter general del art. 1.105, y de la causa extintiva de la obligación contemplada en los arts. 1.182 y ss., es extensible a todos los deudores de cualquier género de obligación); y *c*) el propio YZQUIERDO se desmiente a sí mismo, cuando admite, para las obligaciones de resultado, la prueba liberatoria del caso fortuito (op. cit., pp. 293-294, nota 79; 300; 302, nota 10; 304): pues bien,

Pero, como ya se dijo, es en la aplicación de los mismos principios válidos, en el terreno del juicio de responsabilidad propiamente dicho (el terreno de la “imputabilidad” del incumplimiento), para las obligaciones de resultado, a las de medios, donde tradicionalmente se han suscitado controversias y se han producido vacilaciones doctrinales.

En concreto, la cuestión podría plantearse en estos términos: son o no son de aplicación, a las obligaciones de medios y a todas sus formas de incumplimiento material (infracción-contravención), las mismas reglas de exoneración/responsabilidad contenidas en los artículos 1.105-1.182 y ss., en su conexión con el art. 1.101 Cc.

Y, concretando todavía más el planteamiento anterior, éste podría reducirse a la cuestión, de si se aplicará o no se aplicará a las obligaciones de medios y a todas sus formas de ausencia de exacto cumplimiento, el mismo límite de la responsabilidad contractual que imponen los arts. 1.105 y 1.182 y ss. —y que se aplica a las obligaciones de resultado—: la imposibilidad liberatoria-extintiva, el caso fortuito con sus tradicionales requisitos.

Como se comprenderá, es esta una cuestión que afecta tanto al régimen específico de responsabilidad contractual de las obligaciones de hacer, cuanto al régimen general de las reglas de exoneración/responsabilidad contractual: pues introducir un régimen especial de responsabilidad/exoneración para las obligaciones de hacer de medios, significa, necesariamente, limitar o restringir el ámbito de aplicación del régimen general: señalar, negativamente, ese ámbito.

Por eso mismo, de tal cuestión me he ocupado en trabajos anteriores (los citados en la primera nota de éste), tanto al estudiar las reglas generales de responsabilidad/exoneración contractual del Código civil, como su aplicación a las obligaciones de hacer.

Ahora, en aras de la brevedad, y de ahorrar, en la mayor medida posible, repeticiones, por otra parte inevitables, emplearé, lo más escuetamente que sepa, los mismos razonamientos ya anteriormente utilizados, y procuraré desarrollarlos o completarlos en aquellos puntos que puedan contribuir a hacerlos más convincentes o claros.

Según se desprende fácilmente de cuanto se lleva dicho, lo que subyace en el fondo de la discusión ahora planteada, es la alternativa entre un *mismo* y *único* régimen general de responsabilidad/exoneración contractual para todas las obligaciones y todas sus formas de infracción, o, por el contrario, un sistema *dual* o *plural* de responsabilidad contractual.

Si de algún modo toda la discusión doctrinal subyacente en el pro-

---

si el caso fortuito es la imposibilidad sobrevenida, por causa no imputable al deudor, del cumplimiento o del exacto cumplimiento, y si la inimputabilidad de la causa de la imposibilidad liberatoria-extintiva se mide, como regla, en la diligencia (ex arts. 1.105, 1.182 y ss., 1.104), entonces resulta que la diligencia-criterio de imputación que YZQUIERDO había echado del ámbito de las obligaciones de resultado por la puerta, la vuelve a introducir, él mismo, por la ventana.



blema de la responsabilidad contractual, puede sintetizarse en cómo compaginar las normas de los Códigos civiles que contemplan, por un lado, la diligencia (la norma general del art. 1.104 C.c. y las normas especiales de las específicas obligaciones de diligencia), y, por otro, el caso fortuito, la imposibilidad liberatoria-extintiva (las normas generales de los arts. 1.105, 1.182 y ss. C.c., y las normas específicas que, para determinadas obligaciones, regulan ese caso fortuito) (40), no puede sorprender, que una de las respuestas que se ofrecen, desde la doctrina, a tal “conflicto” o “contradicción de normas”, es señalar a cada grupo de normas “en conflicto” (las de la diligencia y las del caso fortuito/imposibilidad liberatoria-extintiva), un ámbito objetivo de aplicación diverso: cada uno de ellos se aplica, respectivamente, a un diverso conjunto de obligaciones: es el tipo de obligación (el contenido de su prestación), el que determina, de los dos regímenes de responsabilidad/exoneración contractual “en conflicto”, cuál es el aplicable.

En particular, el régimen de responsabilidad contractual moldeado sobre las normas de la diligencia, se aplicaría a las obligaciones de medios, mientras que el régimen de responsabilidad contractual resultante de las normas del caso fortuito/imposibilidad liberatoria-extintiva, se aplicaría (y sólo se aplicaría) a las obligaciones de resultado.

De este modo, como fácilmente se comprende, nos encontramos ante un sistema de responsabilidad contractual no unitario, sino dual o plural: no existe un único fundamento de la responsabilidad contractual, ni tampoco una única prueba liberatoria del deudor no cumplidor (un único límite de la responsabilidad contractual), sino que uno y otra variarían según cuál sea el sistema de responsabilidad contractual aplicado. Mientras en las obligaciones de medios —en el sistema de responsabilidad contractual asentado en la diligencia— fundamento de la responsabilidad contractual es la culpa o negligencia del deudor (*culpa probada* por su acreedor), y basta para la exoneración de la responsabilidad contractual la ausencia de culpa (la diligencia); en cambio, en las obligaciones de resultado —en el sistema de la responsabilidad contractual de las normas del caso fortuito— fundamento de la responsabilidad contractual es la infracción en cualquier modo de la obligación: la

---

(40) De hecho, como he expuesto en otro lugar (*La responsabilidad contractual*, p. 113 y nota 35), el problema de la responsabilidad contractual se identifica en Italia, con el de la armonización sistemática de las normas de la imposibilidad liberatoria-extintiva (con carácter general, art. 1.218 C. civ. it.) y de la diligencia (con carácter general, art. 1.176 C. civ. it.); y en Francia, en modo perfectamente paralelo, con el de la armonización de las normas del caso fortuito (arts. 1.147, 1.148 Cc. fr.), con las de la diligencia (en el C.c. fr. falta una norma general de la diligencia, del tipo de nuestro art. 1.104 Cc. o 1.176 Cciv. it., pero esta norma general se induce por la doctrina, en especial del art. 1.137 Cc. fr. —que se refiere a la diligencia en la custodia— y de las demás normas específicas que imponen al deudor una actividad diligente).

Vid., así, aparte de la doctrina citada en aquel trabajo anterior, LÉGIER, voz cit., n.º 59 y ss.; DERRIDA, voz cit., n.º 47.

falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento, del resultado debido (*culpa presunta* del deudor, que su acreedor no tiene que demostrar), y la prueba liberatoria del deudor no cumplidor viene constituida por el caso fortuito (imposibilidad de cumplir o de hacerlo exactamente, por una concreta causa no imputable al deudor; siendo legalmente el criterio general —pero no único— de imputación, la diligencia, el caso fortuito puede definirse aproximativamente como “imposibilidad sobrevenida e inculpable de cumplir o de hacerlo exactamente por parte del deudor”).

Este modo de razonar, ha caracterizado, en buena medida, los planteamientos de la doctrina francesa, que, en efecto, como su jurisprudencia, aunque no sin importantes matizaciones, tiende a hacer de la distinción de las obligaciones en de medios y de resultado, una especie de *summa divisio*, que se convierte, así, en piedra de toque de la explicación y aplicación del régimen de la responsabilidad contractual (y, especialmente, de sus reflejos en el terreno de la carga probatoria de acreedor y deudor) (41).

---

(41) El éxito de la distinción obligaciones de medios/de resultado, en la doctrina y jurisprudencia francesas, justifica que DERRIDA (voz cit., n.º 47) diga de ella: “aussi est-elle aujourd’hui un élément incontestable de notre droit positif”; y que para un jurista extranjero, junto a la constatación de ese éxito, y como su consecuencia, la dualidad aparezca como connotación esencial del sistema de la responsabilidad contractual francés: OHLER, op. cit., p. 6: “Das Begriffspaar <obligation de moyens> und <obligation de résultat> bezeichnet nicht nur zwei Grundtypen von Obligationen verschiedenen Inhalts und verschiedener Organisation, sondern es betrifft in Form von Schlagworten auch den *nervus rerum* des französischen Haftungsrechts, nämlich die Frage...ob sich durch eine Wechselwirkung von Lehre und Rechtsprechung eine Dualität von Systemen herausgebildet hat, die diesen beiden Arten von Obligationen entspricht”.

El éxito francés de la distinción, contrasta con su prácticamente nulo eco en la doctrina alemana de la responsabilidad contractual, OHLER, op. cit., p. 70: “...mag es unverständlich erscheinen, dass das Begriffspaar bei uns praktisch keine Resonanz gefunden hat. Erwähnt wird es ersichtlich nur in Handwörterbuch für Rechtsvergleichung unter “Nichterfüllung”, Bd. 5 und bei FERID, op. cit., p. 17 y ss. [“Das Verhältnis des Anspruchs aus unerlaubter Handlung zum Anspruch aus Vertragsverletzung im französischen und englischen Recht”, Diss. München, 1932], und STOLL, Festschr. für v. Hippel”.

Sobre el planteamiento dual del sistema de la responsabilidad contractual en la doctrina francesa, ya me he ocupado en los dos primeros trabajos indicados en la nota 1 de éste. Aparte de los autores franceses allí citados, añádanse los que cito ahora en la nota 3 del presente trabajo. Así, en concreto, vid., p. ej., LÉGIER, n.º 59; WEILL/TERRÉ, op. cit., p. 442 y ss. Vid., también, pero críticamente, RESCIGNO, voz cit., p. 191, y espec., MENGONI, “Obbligazioni” cit., p. 305 y ss.

Como digo en el texto, sin embargo, la doctrina francesa más reciente, tiende a introducir matizaciones que flexibilizan el funcionamiento excesivamente esquemático de la contraposición obligaciones de medios/de resultado. Estas matizaciones son el resultado de la crítica de ESMEIN a tal clasificación (vid. “Aspectos problemáticos” cit., pp. 74-75, y los autores allí citados; además, cfr., p. ej., DERRIDA, voz cit., n.º 53; LÉGIER, voz cit., n.º 67). Así, por ejemplo, según estos autores franceses, existiría una especie de *tertius generis* —*obligation de résultat atténuée*—, híbrido de las dos categorías típicas, en el cual la

Tal planteamiento dual o plural del sistema de la responsabilidad contractual, como se deduce de lo ya anteriormente dicho (*sub V*), a mí me parece desacertado y, sobre todo, incompatible con las normas vigentes del Código civil sobre responsabilidad/exoneración contractual.

De estas normas (arts. 1.101, 1.105, 1.182 y ss.) se desprende que, con carácter general, nuestro Código reconoce *un único límite de la responsabilidad contractual* (la imposibilidad liberatoria-extintiva), límite que vale para *todas las obligaciones* (así se deriva del carácter general del art. 1.105, y del propio carácter general de la causa extintiva regulada en el art. 1.182 y ss.; la doble virtualidad del caso fortuito: extintiva y liberatoria, impone esta doble consideración normativa de su eficacia), y para *todas las formas de contravención de la obligación*, a que se refiere el art. 1.101 Cc. (como resulta del propio carácter general e indiferenciado del art. 1.105, que es correlato, desde el punto de vista de la exoneración, de todos los supuestos de infracción del art. 1.101 Cc.).

En coherencia con el único límite legal de la responsabilidad contractual, establecido con carácter general, nuestro Derecho asienta la responsabilidad contractual, también con carácter general, sobre *un único fundamento*: el incumplimiento: una obligación que subsiste (en defecto de prueba liberatoria-extintiva) y que subsiste infringida (en defecto de cumplimiento o de exacto cumplimiento).

El papel de la culpa/diligencia, que, ciertamente, es relevante en nuestro Derecho (arts. 1.101, 1.103, 1.104, 1.105, 1.182 y ss., sólo por citar las normas generales de la responsabilidad contractual), no es el de servir de fundamento a un sistema de responsabilidad contractual “alternativo” y “en conflicto” con el que resulta de las normas (generales o específicas) del caso fortuito.

Para conocer la relevancia de la culpa/diligencia en nuestro sistema de la responsabilidad contractual, basta con recordar sus dos ya conocidas funciones, y situarlas en sus respectivos ámbitos (42), observando cómo, simultáneamente, esa relevancia no empece, sino que presupone, la aplicación de las normas generales, en los términos que resultan de los arts. 1.105 y 1.182 y ss. Cc.

---

culpa del deudor no cumplidor se presumiría, pero, para vencer dicha presunción, a aquél le bastaría la prueba de la diligencia (ausencia de culpa), no siendo necesaria la del caso fortuito.

(42) En la literatura posterior a mi libro, *La responsabilidad contractual*, coincidentemente en cuanto a las dos funciones de la culpa/diligencia, y sus respectivos ámbitos (y también con la mayor parte de mi planteamiento general de la responsabilidad contractual y específico para las obligaciones de medios y de resultado), vid. DI MAJO, op. cit., pp. 446, 456 y ss., 463 y ss.; MENGONI, voz “Responsabilità contrattuale (dir. vig.)” en *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1.072 y ss., y allí, p. 1.090 y 1.097 y ss. (en el mismo sentido que su trabajo precedente, sobre las obligaciones de medios y de resultado, aunque en éste había sostenido una distinta naturaleza de la diligencia, en cada uno de sus dos ámbitos-funciones: vid. mi crítica a tal postura, en *La responsabilidad contractual* cit., p. 232 y ss.).

1) Así, como sabemos, por el propio contenido de la prestación de hacer de medios, la diligencia es criterio de cumplimiento en las obligaciones que tienen tal prestación por objeto, y, *a contrario*, la culpa-negligencia del deudor una forma de infringir-contravenir tales obligaciones (en concreto, un inexacto cumplimiento de las mismas). Se trata de una función de la culpa/diligencia, que, precisamente, por depender del contenido de la prestación, sólo es referible a las obligaciones de hacer de medios (las únicas que tienen por objeto una simple actividad diligente).

Ahora bien, la culpa-negligencia del deudor en su actividad de cumplimiento de una obligación de medios, como su falta absoluta o parcial de cumplimiento, como el retraso en éste, o como la falta de total, parcial, exacto o puntual cumplimiento en las obligaciones de resultado o en cualquier otra obligación, significan sólo que la obligación de que se trata no se ha cumplido exactamente (incumplimiento material o como hecho): son el mero presupuesto necesario del juicio de responsabilidad, en orden a determinar si el deudor no cumplidor responde o no.

2) En este terreno del juicio de responsabilidad *stricto sensu*, de la "imputabilidad" del incumplimiento, encontramos la segunda función y esfera de relevancia, en el ámbito de la responsabilidad contractual, de la culpa/diligencia.

El único límite de la responsabilidad contractual establecido, con carácter general, por el Código civil, es la imposibilidad liberatoria: la imposibilidad sobrevenida de cumplir o de hacerlo exactamente por una concreta causa no imputable al deudor no-cumplidor o no exactamente cumplidor. Es esta imposibilidad liberatoria (caso fortuito) la que el deudor no cumplidor ha de demostrar (carga de la prueba liberatoria a él adosada) si quiere eludir la responsabilidad contractual.

Pues bien, en ese límite de la responsabilidad contractual-prueba liberatoria, podemos distinguir dos elementos diversos:

a) *La imposibilidad sobrevenida de la prestación*: del cumplimiento o del exacto cumplimiento del deudor. Imposibilidad física-material o jurídica, y sobrevenida, que es el reverso de aquel requisito de la prestación (su *posibilidad*: art. 1.272 Cc.), que ha de darse originariamente, en el momento de la constitución de la relación obligatoria, para que ésta válidamente surja. Imposibilidad de la prestación que, como la posibilidad misma, no se mide en la diligencia (como una cierta cantidad de esfuerzo diligente del deudor), sino en la naturaleza de las cosas y en la ley. Aunque, desde luego, para fijar lo que prestacionalmente es posible/imposible (lo que el deudor debe prestar y el acreedor puede exigir; lo que el acreedor no puede exigir ni el deudor debe prestar), hay que tener en cuenta la buena fe objetiva, como parámetro de corrección social y recíproca lealtad entre las partes: en esa veste, en efecto, la buena fe se revela, por un lado, como criterio integrativo respecto del conte-

nido de la relación obligatoria (art. 1.258 Cc.): auxilio para definir lo que se debe por el deudor y se puede exigir por el acreedor, de lo que es inexigible por éste e imprestable por aquél; y, por otro, como límite del derecho del acreedor, frente a eventuales pretensiones abusivas de éste (art. 7-1 y 7-2 Cc.).

La diligencia —como parámetro de conducta diligente— es, por tanto, como regla, completamente ajena al terreno de la determinación de la posibilidad/imposibilidad de la prestación: no está aquí la relevancia de la diligencia en el ámbito del juicio de responsabilidad (43).

b) *La inimputabilidad al deudor no cumplidor* de la concreta causa que le impide cumplir o hacerlo exactamente, es el segundo de los elementos del límite de la responsabilidad contractual-prueba liberatoria. Y es aquí, como sabemos, donde aparece la segunda función de la culpa/diligencia: la (misma) diligencia del art. 1.104 Cc., es conforme al art. 1.105 y 1.182-1.183-1.184 Cc., el criterio general para establecer, si la imposibilidad sobrevenida de cumplir o de hacerlo exactamente, es o no imputable al deudor no cumplidor: para establecer si no tiene, o, por el contrario, tiene virtualidad exoneratoria de la responsabilidad contractual (y, con ella, extintiva —imposibilidad definitiva— o suspensiva —imposibilidad temporal— de la obligación no cumplida o no exactamente cumplida).

No hay que confundir, por tanto, en el seno del límite de la responsabilidad contractual-prueba liberatoria, la *determinación* de la imposibilidad de cumplir o de hacerlo exactamente [*sub a*)], ámbito al que la culpa/diligencia es, como regla, ajena, con la *causación-imputación* de la imposibilidad sobrevenida de cumplir o de hacerlo exactamente [*sub b*)] (¿pudo o no diligentemente evitar el deudor no-cumplidor, el evento que le impide cumplir o hacerlo exactamente?), ámbito en el que, por *contra*, la culpa/diligencia se nos revela, según la ley, como criterio general de imputación, válido en defecto de otro específicamente establecido (la ley o las aplicaciones prácticas conocen, junto al criterio general, otros que prescinden de la valoración de la conducta del sujeto deudor no cumplidor: objetivos, reconducibles a la idea del riesgo).

Y, a su vez, no hay que confundir ninguno de los dos referidos elementos del límite de la responsabilidad contractual que se maneja en el juicio de responsabilidad, con la infracción de la obligación, que es el presupuesto de ese juicio. Es en este otro plano del incumplimiento material, de la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento, del pre-

---

(43) En el mismo, sentido, últimamente, DI MAJO, op. cit., p. 469 y ss., y allí, p. 470: “impedimento e/o di ostacolo, la cui entità e consistenza...non fosse definibile...alla stregua della regola sulla diligenza...tanto val dire che la nozione di “impossibilità liberatoria” andrà determinata tendenzialmente al di fuori della regola che impone al debitore una certa misura di sforzo”; MENGONI, voz cit., p. 1.073 y ss. espec., p. 1.083 y ss. (con lujosísima y erudita ilustración de los antecedentes doctrinales). Por ejemplo, *ib* p. 1.087: “la *diligentia diligentis* non segna da sola il confine della responsabilità contrattuale”.

supuesto del juicio de responsabilidad contractual, donde se refleja el diverso contenido de la obligación no cumplida (si es de medios, o si es de resultado), pero dejando, como se ve, inalterado el funcionamiento del juicio de responsabilidad mismo, con arreglo a idénticos principios generales.

En cambio, el planteamiento dual aquí criticado, conduce, como ya se ha indicado, a la conversión de la ausencia de culpa, en sustitución de la imposibilidad liberatoria-caso fortuito, en sedicente prueba liberatoria para las obligaciones de medios.

#### A) La exclusión de la ausencia de culpa como prueba liberatoria general de cualquier deudor no cumplidor

Por ello, antes de entrar en las razones por las cuales tal planteamiento es *específicamente* rechazable para las obligaciones de medios, convendrá recordar, aunque sea someramente, las razones por las cuales la ausencia de culpa no es, *en general*, en nuestro Derecho, prueba liberatoria del deudor no cumplidor de cualquier obligación.

Porque, en efecto, hay que recordar, que ha existido un sector doctrinal culpabilista muy minoritario, que en estricta coherencia con el único fundamento asumido de la responsabilidad contractual (la culpa-negligencia del deudor), ha hecho de la prueba liberatoria general del deudor no cumplidor para cualquier obligación, la negación de ese asumido fundamento (esto es, estrictamente la ausencia de culpa, la diligencia del deudor, *prescindiendo* por completo de la *imposibilidad* de cumplir o de hacerlo exactamente). [En cambio, tendré que repetir otra vez, para la mayor parte de la doctrina culpabilista, la que, por feliz incoherencia, a pesar de postular la culpa del deudor no cumplidor como único y general fundamento de la responsabilidad contractual, admite como única prueba liberatoria general la de la imposibilidad liberatoria-caso fortuito, el asentamiento de la responsabilidad contractual en la culpa del deudor, es sólo *verbal* o *terminológico*: detrás del incumplimiento “imputable”-“culpable”, entendiendo éste como el no justificado por caso fortuito, se esconde una realidad que desborda manifiestamente a la culpa del deudor: responde-incumple el deudor que no cumple o no lo hace exactamente por imposibilidad a él imputable del total o exacto cumplimiento, pero también responde el deudor no cumplidor o no exactamente cumplidor mientras la prestación (el cumplimiento o exacto cumplimiento) es posible, y sin consideración alguna de su diligencia: el consabido ejemplo de las obligaciones genéricas. Si la prueba liberatoria, el hecho exonerador del deudor no cumplidor, ha de ser negación del fundamento asumido de la responsabilidad contractual, el que, para exonerar al deudor no cumplidor, no baste la diligencia (la estricta ausencia de culpa), el que se exija, además, la imposibilidad de cumplir o de hacerlo exactamente, revela por fuerza, aunque sea invo-

luntariamente, que el fundamento de la responsabilidad contractual no es el que se pregona (la culpa del deudor no cumplidor); es, digo yo, el incumplimiento: una obligación que subsiste —porque (a falta de prueba liberatoria) no se ha extinguido, ni se halla suspendida—, y lo hace infringida: en defecto de exacto cumplimiento].

Esas razones por las cuales la ausencia de culpa no puede constituirse en prueba liberatoria general, para cualquier obligación, del deudor no cumplidor, son:

1) Ante todo, porque las normas generales que establecen el límite de la responsabilidad contractual-prueba liberatoria del deudor no cumplidor (arts. 1.105, 1.182 y ss. Cc.), lo hacen en la imposibilidad sobrevenida de cumplir o de hacerlo exactamente por causa inimputable al deudor no cumplidor o no exactamente cumplidor, en el caso fortuito. En otras palabras, *normativamente* la imposibilidad sobrevenida de la prestación (del cumplimiento o del exacto cumplimiento) es también elemento del límite de la responsabilidad contractual-prueba liberatoria, junto a la no imputabilidad de la misma al deudor no cumplidor (inimputabilidad que se establece, sí, con carácter general, en términos de ausencia de culpa del deudor no cumplidor en la causación de la imposibilidad sobrevenida, *ex* arts. 1.182 y 1.105, en conexión, ambos, con el art. 1.104 Cc.; pero que puede establecerse sobre la base de otros criterios legales específicos de imputación).

Este carácter normativo de la imposibilidad del cumplimiento o exacto cumplimiento —la insuficiencia, en suma, de la sola ausencia de culpa como prueba liberatoria del deudor no (exactamente) cumplidor—, está particularmente claro en los arts. 1.182 y ss. Cc., donde el caso fortuito se contempla por su eficacia extintiva (o suspensiva) de la obligación no cumplida (o no exactamente cumplida), pero es igualmente patente en el art. 1.105 Cc., que igualmente presupone, lógica y normativamente, la existencia de un evento que *impide* cumplir o hacerlo exactamente, y es respecto de la causa de ese evento impeditivo (la imposibilidad de prestar o de hacerlo exactamente), en la que sitúa la valoración de la conducta del deudor no cumplidor para vencerlo o evitarlo (44). Al mismo resultado conduce la interpretación sistemática: es un mismo evento (el caso fortuito), con sus mismos elementos y caracteres, pues, el que es contemplado, por su doble eficacia, extintiva o suspensiva de la obligación, y exoneratoria del deudor no cumplidor o no exactamente cumplidor, en dos sedes sistemáticas (la extinción de la obligación y la responsabilidad contractual). Reveladora de esta doble eficacia del fortuito, la letra del art. 1.184 Cc.

---

(44) Análogamente, DI MAJO, *op. cit.*, p. 470: “il rispetto di un dato normativo (quello della regola sull'*impossibilità*) con il quale si é inteso ancorare il giudizio di (esonero da) responsabilità alla presenza di impedimento e/o di ostacolo...qualsiasi criterio di imputabilità richiama, quale referente necessario, *eventi* o *accadimenti* che abbiano ostacolato l'osservanza del precepto”.

2) En consonancia con lo anterior, la estricta ausencia de culpa como prueba liberatoria general del deudor no cumplidor, *no se corresponde* con las definiciones doctrinal y jurisprudencial del caso fortuito, de la prueba liberatoria (45). Una y otra establecen como requisito o elemento del límite de la responsabilidad contractual-prueba liberatoria, añadido a la ausencia de culpa del deudor no cumplidor, respecto de la causación del evento que le impide cumplir (exactamente), este otro elemento (la imposibilidad de cumplir o de hacerlo exactamente), al que, precisamente, se refiere el juicio de imputabilidad/evitabilidad, en términos de diligencia del deudor no cumplidor.

Por ello, tanto en doctrina (46) como jurisprudencia (47), el caso fortuito, la prueba liberatoria general aparece definida, conforme a una

---

(45) Comp. MARTY/RAYNAUD, *op. cit.*, 1, p. 657: "d'autres auteurs ont cherché à supprimer la contradiction [entre las normas de la diligencia —art. 1.137 Cc. fr.— y las del caso fortuito —arts. 1.147-1.148—] en s'efforçant de démontrer que les deux textes aboutissent au même résultat, parce que la notion de force majeure s'identifierait à celle d'absence de faute; mais cela ne correspond pas aux solutions jurisprudentielles et à la notion classique de la force majeure".

(46) Cfr., p. ej., ESPÍN, *Manual de Derecho civil español*, III, Madrid, 1978 (5.º ed.), p. 187 y ss.; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, I, vol. 2, Barcelona, 1976, p. 507 y ss.; CASTÁN/GARCÍA CANTERO, *Derecho civil español, común y foral*, III, Madrid, 1983 (13.º ed.), p. 226: "acontecimiento no imputable al deudor, imprevisto o previsto pero inevitable, que imposibilita el exacto cumplimiento de la obligación"; ALBALADEJO, *Derecho civil*, II, 1, Barcelona, 1983 (7.º ed.), p. 172, que remite a la doctrina jurisprudencial, en especial a la sent. 7 abril 1965 (vid. nota siguiente).

(47) Así la sent. 7 abril 1965 (R.A. 2.118), que, al resumir los requisitos del caso fortuito, con arreglo a una doctrina jurisprudencial largamente consolidada, de la que se hace eco, establece: "que para que un suceso pueda originar la irresponsabilidad a que se refiere el art. 1.105 Cc., es menester que en su acacimiento concurren, entre otros, los siguientes requisitos: que sea imprevisible, por exceder del curso normal de la vida (sent. 2 enero 1945 —R.A. 117—), o que previsto, sea inevitable (sent. 23 marzo 1926), insuperable (sent. 10 noviembre 1924)...*que por aplicación de los arts. 1.182 y 1.184 de dicho cuerpo legal haga imposible el cumplimiento de una obligación previamente contraída* [o sea, sobrevenidamente]". Ultimamente, sent. 20 octubre 1984 (R.A. 4.752): "en relación a la fuerza mayor...*impeditiva del cumplimiento de las obligaciones contractuales hay que completar con lo dispuesto en los arts. 1.182 y 1.184 del propio cuerpo legal, en cuanto matizan que la fuerza mayor ha de hacer imposible el cumplimiento de la obligación previamente contraída*"; sents. 8 (R.A. 2.669) y 10 mayo 1986 (R.A. 2.677): "siendo la esencia vitalizadora del caso fortuito que dicho precepto sustantivo [el art. 1.105 Cc.] regula, y por tanto de la consecuencia de irresponsabilidad que el mismo establece, que el suceso considerado sea imprevisible, insuperable o irresistible, que no se deba a la voluntad del autor del acto enjuiciado, *haciendo imposible el cumplimiento de la prestación* y que haya relación entre el evento y el resultado".

Obsérvese, por tanto, cómo 1) la jurisprudencia pone debidamente en conexión la prueba liberatoria del art. 1.105, con la causa extintiva de los arts. 1.182 y ss. Cc.; 2) como consecuencia de ello, la imposibilidad del cumplimiento o del exacto cumplimiento es requisito tradicional de la prueba liberatoria (caso fortuito o fuerza mayor). (En este mismo sentido, vid. la doctrina citada en la nota anterior. Más doctrina puede verse en *La responsabilidad contractual* cit., pp. 213-214).



ininterrumpida tradición histórica, como “imposibilidad sobrevenida e inculpable de cumplir o de hacerlo exactamente por parte del deudor”. Al mismo resultado conduce la correcta identificación —por la recordada conexión sistemática—, común en la doctrina (48), de la formulación “positiva” (art. 1.105 Cc.) y la “negativa” (art. 1.182 y ss. Cc.) del caso fortuito.

[Dicho sea incidentalmente y como recordatorio: la definición habitual del caso fortuito, como imposibilidad sobrevenida e *inculpable* del cumplimiento o del exacto cumplimiento, en la medida en que, junto al criterio *general* de imputación de la culpa/diligencia, coexisten otros *específicos* diversos (objetivos: en términos de riesgo), es sólo *tendencialmente exacta*].

3) De lo que se lleva dicho, resulta que la conexión sistemática entre la prueba liberatoria general del art. 1.105 Cc. y la causa extintiva del art. 1.182 y ss., además de responder a una secular tradición doctrinal, viene impuesta por la ley.

Romper esa conexión, por ello, no puede sino producir contradicciones en el sistema del Derecho vigente: si decimos que la prueba liberatoria, el hecho exoneratorio del art. 1.105 Cc., es la sola ausencia de culpa del deudor no cumplidor, que *no coincide, por tanto*, con la causa extintiva de los arts. 1.182 y ss. Cc. (que presupone, además, la imposibilidad del cumplimiento, de la prestación), se producen estos dos efectos aberrantes: *a*) la aparición de una sedicente causa extintiva de la obligación, que el Código *no contempla* en la sede sistemática en que regula tales causas de extinción: la ausencia de culpa (diligencia) del deudor no cumplidor (porque, *¿cómo explicar*, de otro modo, la irresponsabilidad de un deudor no cumplidor de una obligación subsistente —en defecto de una *verdadera* causa extintiva de la misma—?); y *b*), en íntima conexión con lo anterior, la absorción de las normas de la imposibilidad extintiva (arts. 1.182 y ss. Cc.), por las de la diligencia (art. 1.104 Cc. y concordantes): las primeras devienen inútiles y carentes de ámbito de aplicación: la imposibilidad ha desaparecido como requisito no sólo de la prueba liberatoria-límite de la responsabilidad contractual, sino de la extinción de la obligación no cumplida (49).

Ambos efectos aberrantes confirman la corrección del enlace sistemático entre el art. 1.105 Cc. y los arts. 1.182 y ss. Cc.: al deudor no (exactamente) cumplidor *no le basta*, para exonerarse de responsabilidad contractual, la sola prueba de su diligencia, de su ausencia de culpa, y ha de probar, no en vano, la imposibilidad liberatoria, el caso fortuito (donde a la ausencia de culpa en su causación, se añade la impo-

(48) Vid. CASTÁN, op. cit., pp. 226-227; ESPIN, op. cit., pp. 187-188; ALBALADEJO, op. cit., pp. 172-173.

(49) Comp. DI MAJO, op. cit., p. 470: “se così non fosse [si la imposibilidad de la prestación no se determinase al margen de la diligencia], si darebbe occasione alla critica non nuova, di eliminare del tutto il concetto di impossibilità”.

sibilidad del cumplimiento o exacto cumplimiento, de la prestación), porque *sólo así* pierde relevancia jurídica la prueba de la falta de cumplimiento o exacto cumplimiento que el acreedor ha dado: con la extinción (o suspensión) de la obligación no cumplida se excluye el (único) fundamento de la responsabilidad contractual: el incumplimiento (una obligación *subsistente* e infringida: no exactamente cumplida).

4) Un aspecto poco advertido usualmente, pero igualmente muy importante, es que la conversión de la ausencia de culpa en prueba liberatoria general del deudor no cumplidor, repercute negativamente en el propio concepto de obligación [lo que constituye una prueba más de la corrección del planteamiento sistemático que asocia la responsabilidad contractual a la infracción de una obligación subsistente, y la exoneración de responsabilidad por el no cumplimiento o no exacto cumplimiento de una obligación, a la extinción o suspensión de la obligación no (exactamente) cumplida]: de este modo aparece definida negativamente, desde el postulado límite de la responsabilidad contractual de la ausencia de culpa, una noción de obligación, indiferenciada y frágil, que *siempre* tendría por contenido un mero determinado grado de esfuerzo diligente para lograr la prestación de que se trate (ésta no es, entonces, el verdadero objeto de la obligación así concebida), noción de obligación que no se corresponde, en absoluto, con la comúnmente manejada en la teoría del cumplimiento o de la estructura de la obligación: el deudor debe la prestación (la que sea: con sus diversos contenidos), objeto de su obligación, mientras ello resulte posible, mientras la obligación subsista, conserve su eficacia vinculante (50).

5) Finalmente, hay que poner en guardia contra la *ficción de culpa* del deudor no cumplidor, a que puede conducir la absorción de las normas de la imposibilidad/posibilidad de la prestación en las de la diligen-

---

(50) Lo dicho, tiene el respaldo de la autoridad de un auténtico maestro, vid. MEN-  
GONI, voz cit., pp. 1.077-1.078: “la soluzione è cercata dalla dottrina tradizionale in due  
direzioni, che portano [1]) o a eliminare la categoria dell'impossibilità dalla teoria della  
responsabilità, riducendone la funzione nell'ambito delle cause di estinzione dell'obbligazione...il primo indirizzo fa capo a Donnello e ha avuto seguito soprattutto nelle dottrine  
francese e italiana. Ma la teoria detta della prestazione di diligenza, abitualmente formula-  
ta nel solco dell'antica teoria della *prestation des fautes*, è contraddittoria col concetto  
di obbligazione, il quale implica una inmancabile correlazione biunivoca tra debito e res-  
ponsabilità, così che la liberazione del debitore dall'obbligo di prestazione (ossia la estin-  
zione del vincolo) e l'esonero da responsabilità per inadempimento sono espressione di  
un medesimo principio...non si può continuare a concepire l'obbligazione sullo schema della  
romana *stipulatio*, come rapporto che obbliga il debitore ad una prestazione qualificata  
da un risultato utile per il creditore, e poi ridurre la responsabilità per l'inadempimento  
nei limiti della semplice diligenza. Se qui si ferma la responsabilità del debitore, allora bi-  
sogna coerentemente affermare, argomentando a ritroso, che contenuto dell'obbligo del  
debitore non è la prestazione, ma soltanto un certo grado di diligenza, una certa misura  
di sforzo in direzione della prestazione”.

cia, consecuencia de la asunción de la estricta ausencia de culpa como prueba liberatoria general del deudor no cumplidor.

De este modo ficticio, se podrá decir que el deudor no cumplidor (o no exactamente cumplidor) responde, mientras sea posible el cumplimiento o exacto cumplimiento, porque se halla en culpa. Esto es desnaturalizar la culpa/diligencia, llevarla a un campo —el de la determinación de la posibilidad/imposibilidad de la prestación— al que resulta por completo extraña.

Ciertamente, la doctrina que así razona, llega a las mismas conclusiones, en el plano de la afirmación de la responsabilidad contractual del deudor no (exactamente) cumplidor mientras el cumplimiento o exacto cumplimiento sean posibles, que las aquí defendidas, pero a costa de borrar del sistema las normas de la imposibilidad sobrevenida de la prestación, y sobre una base ficticia [diciendo que hay “culpa” del deudor, donde hay una obligación que subsistiendo —por defecto del hecho exoneratorio-extintivo con todos sus requisitos, entre ellos la imposibilidad sobrevenida del cumplimiento o exacto cumplimiento—, lo hace, además, infringida: en defecto de (exacto) cumplimiento; donde hay, en suma, incumplimiento: único fundamento de la responsabilidad contractual] (51).

## **B) La exclusión de la ausencia de culpa como prueba liberatoria específica del deudor no cumplidor en las obligaciones de medios**

A lo dicho anteriormente (*sub A*) para cualquier obligación, podría, sin embargo, siempre objetarse, que no vale para las obligaciones de medios, por razones específicas propias de éstas y no comunes a las demás obligaciones. Estas razones no podrían derivar, por definición, más que de aquello que confiere especificidad a las obligaciones de medios frente a las restantes obligaciones: *su contenido*, la particular manera de definir en ellas la prestación que tienen por objeto.

Sin embargo, y como ya he adelantado, en mi opinión —coincidente con la de autores mucho más autorizados, por encima de todos ellos, MENGONI, tampoco en el ámbito limitado de las obligaciones de medios, es admisible la mera ausencia de culpa (diligencia) como específica prueba liberatoria del deudor no cumplidor de las mismas; también en ellas aplicamos los mismos principios generales de la responsabilidad contractual que valen para las obligaciones de resultado y todas las demás obligaciones, porque el contenido propio o específico de la prestación de hacer de medios, que tiene relevancia en el terreno del cumplimiento de la obligación y, *a sensu contrario*, en el de la fijación de su infracción: incumplimiento material, ausencia de exacto cumplimiento,

---

(51) Vid. *La responsabilidad contractual*, cit., p. 171 y nota 160, y p. 297.

deja, en cambio, inalterado el mecanismo del juicio de responsabilidad *stricto sensu* (la “imputabilidad” del incumplimiento), que funciona con arreglo a aquellos mismos principios generales y, en particular, en la consideración del único límite general de la responsabilidad contractual-prueba liberatoria del deudor no cumplidor o no exactamente cumplidor: la imposibilidad liberatoria-extintiva, el caso fortuito (52).

---

(52) Como digo, en el sentido del texto: la responsabilidad contractual se asienta siempre, para todas las obligaciones y todas sus formas de contravención, también en el caso de las obligaciones de medios y de su inexacto cumplimiento, en el incumplimiento (la infracción de una obligación subsistente); también siempre el deudor no cumplidor o no exactamente cumplidor puede excluir su responsabilidad contractual, a través de la prueba del caso fortuito, la imposibilidad sobrevenida, a él no imputable, del cumplimiento o exacto cumplimiento: única prueba liberatoria-límite general de la responsabilidad contractual; también en las obligaciones de medios, por tanto, es distinguible el plano de la infracción de la obligación: el incumplimiento material (en el que se sitúa, por lo que se refiere al inexacto cumplimiento, la falta de la debida diligencia en la conducta desplegada por el deudor para cumplir), del plano del juicio de responsabilidad (también el deudor no exactamente cumplidor de una obligación de medios puede eludir la responsabilidad contractual, si demuestra que le fue imposible alcanzar el nivel de diligencia debida, por una concreta causa sobrevenida a él no imputable); en ese sentido, digo, fundamentalmente, MENGONI, voz cit., p. 1.097: “in questa seconda ipotesi, in cui oggetto dell’obbligazione è una *facere* misurato dalla diligenza prescritta dall’art. 1.176, che funge perciò da criterio di determinazione dell’esattezza dell’adempimento, si è detto che la prova dell’inadempimento coincide con la prova della colpa. È una caratterizzazione equivoca, che scambia, almeno sul piano terminologico, la diligenza come parametro di valutazione dell’esattezza dell’adempimento con la diligenza come criterio di responsabilità del debitore, quasi che nelle obbligazioni in discorso (considette obbligazioni di diligenza o di mezzi) il limite di responsabilità del debitore non fosse quello indicato dal art. 1.218 [la norma italiana, equivalente de nuestro art. 1.105 Cc., que establece la responsabilidad del deudor no cumplidor, a menos que éste demuestre que la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento obedece a una imposibilidad del mismo, originada en causa a él no imputable], bensì la semplice assenza di colpa...la dimostrazione che il debitore non si è adeguato alle regole di comportamento compendiate nel modello dell’art. 1.176, ...fissa soltanto la materialità dell’inadempimento...rimane tutto da svolgere il tema della prova liberatoria formulato dall’art. 1.218. Per esonerarsi da responsabilità il debitore deve provare di essersi trovato, per una causa a lui non imputabile, nell’impossibilità oggettiva di conformare la prestazione alle determinazioni impartite dal modello della diligenza del buon padre di famiglia o più specificamente, trattandosi di attività professionale, del buon professionista”. En el mismo sentido, y con anterioridad, en su clásico y fundamental trabajo, “Obligaciones” cit., pp. 312-313: “El principio per cui la responsabilità per inadempimento è esclusa solo dall’impossibilità oggettiva di adempiere, sopravvenuta per causa non imputabile all’obligato, vale per entrambe le categorie di rapporti [de medios y de resultado]...sono parole assai equivoche [aquéllas, de que, en las obligaciones de medios, culpa e incumplimiento coinciden] perchè potrebbero portare a credere che il criterio della diligenza sia sufficiente per fissare definitivamente il fatto dell’inadempimento ai fini dell’obbligo di risarcire i danni. Al contrario occorre avere riguardo altresì alla concreta possibilità di eseguire la prestazione obbligatoria, determinata in base a quel criterio. Potrebbe darsi che il comportamento concreto del debitore non corrisponda a tutti i requisiti del comportamento dovuto, perchè senza colpa del debitore, l’esatto adempimento è

No existe, en efecto, ninguna razón verdadera en la que apoyar un régimen específico o distinto de responsabilidad contractual para las obligaciones de medios:

1) Para empezar, convendrá recordar, que no existe *base legal* para ello.

---

divenuto impossibile. In tale ipotesi non c'è negligenza (inadempimento), bensì caso fortuito”.

En este mismo sentido, también y recientemente, DI MAJO, op. cit., p. 463 y ss., espec., pp. 471-472 (sistema *unitario* de la responsabilidad contractual, válido para todas las obligaciones y, en particular, tanto para las de medios, como las de resultado, y para todas las formas de contravenirlas: un único fundamento de la responsabilidad contractual —el incumplimiento— y una única prueba liberatoria-límite de la responsabilidad contractual —la imposibilidad sobrevenida del cumplimiento o exacto cumplimiento, por causa no imputable al deudor no cumplidor—); y pp. 478-479: “...là dove materia di obbligazione sia lo stesso *agire diligente* in vista dell'ottenimento di un risultato (che tuttavia non è *in obbligazione*) [o sea, en las obligaciones de medios] è evidente che lo stesso inadempimento, nella sua materialità, sarà rappresentato dell'agire contrario a cioè negligente...del giudizio di responsabilità ricorrono gli elementi anche con riferimento a quella che si definisce, con formula impropria, la obbligazione *di mezzi*. Basta riconoscere che anche al debitore di una prestazione “di mezzi” è assicurata la possibilità di dimostrare che, nel caso concreto, è stato “impossibile” il rispetto dello sforzo diligente dovuto”.

Vid., igualmente, siempre en el mismo sentido, BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, p. 128: “qui [en las obligaciones de medios] non è dovuto il risultato [final o último que persigue la actividad diligente debida], bensì lo spiegamento di un'attività produttiva nell'interesse del creditore; attività che deve essere controllata ad una stregua di diligenza e di abilità tecnica, si intende, però, che anche qui il criterio in parola, quantunque necessario per riscontrare se vi sia stato esatto e puntuale adempimento oppure inadempimento [material], non è sufficiente ad escludere l'imputabilità dell'inadempimento: perchè, ad.es., bisognerà inoltre vedere se, mancata la prestazione, per lo meno la prestazione esatta e integrale del servizio pattuito, questa mancanza sia imputabile allo stesso debitore che la doveva e non dipenda per avventura da causa a lui estranea, eventualmente dallo stesso creditore che avrebbe dovuto ricevere il servizio e non lo ha accolto”; VISINTINI, *La responsabilità contrattuale*, Napoli, 1979, pp. 180-181: “infine è molto netta in giurisprudenza la presa di posizione, nonostante l'inquadramento, comunemente seguito, dell'obbligazione professionale nella categoria delle obbligazioni di diligenza [o, lo que es lo mismo, de medios], in ordine all'applicabilità dell'art. 1.218 [C.civ. it.]. Si afferma, cioè, sul problema dei limiti della responsabilità e del regime probatorio, che incombe al cliente, il quale assume di aver subito un danno, l'onere di provare l'inadempimento [material] del professionista, e cioè, trattandosi di obbligo di diligenza, la difettosa o inadeguata prestazione profesional e il nesso causale tra questa e il danno. E che il professionista, ai fini dell'esoneración da responsabilidad ha l'onere di provare l'impossibilità a lui non imputabile, della perfecta ejecución de la prestación”; MARTY/RAYNAUD, op. cit., I, p. 659: “l'action d'une cause étrangère ou de force majeure peut intervenir pour expliquer pourquoi la diligence préconisée n'a pas été fournie et excuser le débiteur: ainsi lorsque le médecin a été lui-même paralysé par un accident ou une maladie, lorsque le débiteur de l'obligation de conservation a été enlevé par l'ennemi, etc. L'article 1.147 [norma del Cc. fr. equivalente del 1.105 Cc.: el deudor no cumplidor o no exactamente cumplidor, puede eludir su responsabilidad, si demuestra el caso fortuito, la imposibilidad liberatoria] peut donc intervenir même en ce qui concerne les engagements de diligence”.

Rechazan, igualmente, que la distinción de las obligaciones en de medios y de resul-

El art. 1.105 Cc., que es *norma general*, dictada para todas las obligaciones y todas las formas de contravenirlas a que alude el art. 1.101 Cc., se aplica también a las obligaciones de medios y todas sus formas de no cumplimiento o no exacto cumplimiento (53): ¿dónde está la norma, que *contemplando la situación del deudor no cumplidor o no exactamente cumplidor de una obligación de medios*, establezca, para exonerarlo de responsabilidad contractual, un hecho exoneratorio diverso —un límite de la responsabilidad contractual, una prueba liberatoria diversos— del establecido con carácter general en el art. 1.105 Cc.?

Por su parte, en la otra sede sistemática del caso fortuito —la extinción de las obligaciones—, donde, por su eficacia extintiva o suspensiva de la obligación no cumplida, el hecho exoneratorio del art. 1.105 Cc. es también regulado, se hace explícita aplicación del mismo, y sin distinguir dentro de éstas, a las obligaciones de hacer: *art. 1.184 Cc.* [El carácter *general* de esta causa de extinción de las obligaciones (su referibilidad a cualquier prestación posible), impondría ese mismo resultado en todo caso, pese a que su regulación del Código civil, por razones históricas, esté fundamentalmente contemplando las obligaciones de dar —la imposibilidad sobrevenida de la prestación (art. 1.182 y ss.) se regula, por ello, en nuestro Código, como en general en todos los decimonónicos, bajo la rúbrica “De la pérdida de la cosa debida”, Sección Segunda, Capítulo IV, Libro IV—. Por lo mismo, no ofrece dudas, pese a su no contemplación literal en los arts. 1.182 y ss. Cc., la aplicación analógica de los arts. 1.182-1.184, por identidad de *ratio*, a las obligaciones de no hacer o negativas (54). El carácter general del art. 1.105 —la

---

tado, signifique una duplicidad de fundamentos y de límites-pruebas liberatorias de la responsabilidad contractual del deudor no cumplidor, RESCIGNO, (que afirma, por tanto, la aplicabilidad del art. 1.218 Cciv. it. a todas las obligaciones, también a las de medios), voz cit., p. 191; y, recientemente entre nosotros, MARTÍN PÉREZ, (que acoge, para el Derecho español, la opinión de RESCIGNO y la mía propia, tal y como ya la expresé en *La responsabilidad contractual* cit.), op. cit., pp. 92-93.

Vid., también, BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Boleña-Zaragoza, 1987, p. 496 y ss., espec., p. 508 y ss., desde un planteamiento no exactamente coincidente con el aquí sostenido, pero también distinguiendo entre la función de la diligencia como criterio de cumplimiento en las obligaciones de medios, y como criterio de responsabilidad-imputación para todas las obligaciones, funciones que no se confunden o solapan, ni siquiera en las obligaciones de medios: la no prestación de la (exacta) diligencia debida, no acarrea necesariamente la responsabilidad del deudor no (exactamente) cumplidor: la falta de (exacto) cumplimiento de una obligación, también de medios, puede obedecer a una causa no imputable al deudor no cumplidor: puede estar justificada y, así, eximir a aquél de responsabilidad contractual.

(53) De forma análoga, para el Derecho francés, y la norma en él equivalente a nuestro 1.105 Cc., MARTY/RAYNAUD, citados y transcritos en la nota precedente: “l'article 1.147 peut donc intervenir même en ce qui concerne les engagements de diligence“. Y véase, también, la doctrina italiana citada en esa misma nota precedente, respecto del art. 1.218 Cciv. it. (equivalente italiano de nuestro 1.105 Cc.).

(54) Cfr., p. ej., DELGADO, en LACRUZ y otros, op. cit., p. 257: “en cuanto a las pres-

contemplación positiva de aquello mismo que negativamente regulan los arts. 1.182 y ss.— conduce a ese mismo resultado].

2) Pero no es sólo que *normativamente* el hecho exoneratorio-extintivo general sea de aplicación a las obligaciones de hacer de actividad (arts. 1.105, 1.182-1.184 Cc.), es que, además, en contra de lo que tan categórica, como, a mi juicio, infundadamente se sostiene (55), una obli-

---

taciones de hacer (o, indiscutiblemente, las de no hacer), dispone el art. 1.184". Más ampliamente, sobre la aplicación del límite general de la responsabilidad contractual a las obligaciones negativas, vid. *La responsabilidad contractual* cit., p. 472 y ss. Últimamente, vid. EGUSQUIZA, *La configuración jurídica de las obligaciones negativas*, Barcelona, 1990, p. 137 y ss.

(55) YZQUIERDO, op. cit., p. 289: "la imposibilidad sobrevenida *resulta*, en un sentido técnico, *exclusivamente aplicable a las obligaciones de resultado*. Es en ellas donde la irresponsabilidad por incumplimiento coincide con la imposibilidad objetiva y absoluta: hay incumplimiento, pero incumplimiento no imputable al deudor, por resultar imposible la prestación (el resultado final) debido a la *sopravvenienza* del caso fortuito. Pero si se desea referir el concepto de imposibilidad a las obligaciones de actividad, *nunca se podrá aludir a una imposibilidad de cumplimiento* —pues se cumple con el actuar diligente—, sino a la imposibilidad de satisfacción del interés final del acreedor: por más esfuerzos y desvelos que haya desplegado el deudor para alcanzar la finalidad pretendida, ello no ha sido posible. No ha existido imposibilidad en la prestación —ésta no sólo ha resultado posible, sino, de hecho, cumplida—, sino imposibilidad en una satisfacción final que nunca había sido exigible". Vid., también, op. cit., p. 294, en nota 79: "no concibo el instituto de la imposibilidad liberatoria como límite *general* de la responsabilidad contractual".

A mi modo de ver, este autor, extrae de un dato cierto —en las obligaciones de hacer de medios, el contenido de la prestación es una actividad diligente encaminada a un determinado resultado final, cuyo logro no se incluye, sin embargo, en la prestación debida por el deudor: por ello, éste cumple, cuando habiendo desplegado la conducta diligente debida, no ha obtenido el resultado final no-debido que con ella perseguía—, una conclusión manifiestamente falsa, y que no se deduce, en modo alguno, de aquel dato cierto: pues la prestación de hacer de medios —con el contenido que resulta de la obligación: sin incluir en él el resultado final perseguido con ella y no debido—: *la mera conducta diligente*, puede sobrevenir imposible, por cualquier causa material o jurídica, en su realización total, parcial, exacta o puntual.

YZQUIERDO confunde, en suma, según creo, los planos del cumplimiento y el del juicio de responsabilidad:

a) Cuando el deudor de una obligación de medios ha prestado la conducta diligente debida, aunque no haya conseguido el fin último perseguido con ella, obviamente ha cumplido (ha prestado el resultado —próximo— debido), y ello *presupone*, desde luego, *la posibilidad del cumplimiento realizado* (esto es, que no ha existido obstáculo para la realización, exacta y puntual, *de la conducta diligente debida*, y que, además, *el resultado final no debido* era de posible realización: este último dato, que YZQUIERDO no tiene en cuenta, también afecta, como se verá después, a la posibilidad de la prestación de medios). La no obtención (*a pesar de no ser imposible*) del resultado final no debido, no afecta, para nada, al dato del cumplimiento: pues el deudor no lo debía, y sí realizó la conducta diligente debida: la propia manera de definir el contenido de la prestación de hacer de medios, presupone que el resultado final no debido (*aun no siendo de imposible consecución*), puede no obtenerse (por depender de otros factores ajenos al control del deudor), a pesar de la conducta diligente (el cumplimiento) del deudor.

b) En cambio, la cuestión de la imposibilidad sobrevenida, *presupone* que el deudor

gación de hacer de medios puede, *fenomenológica, empíricamente*, devenir de imposible cumplimiento (imposibilidad del total o exacto cumplimiento): para lo cual basta que sobrevenga un evento físico u jurídico, que impida al deudor la (total, parcial, exacta o puntual) realización de la conducta diligente debida.

---

de la obligación de medios *no* ha cumplido o no lo ha hecho exactamente, y que no lo ha hecho porque no ha podido desplegar la actividad diligente debida (el contenido de la prestación, tal y como se define en la obligación: sin incluir el resultado final no debido), o no lo ha podido hacer en parte, o no ha podido alcanzar el nivel de diligencia debida en su conducta de cumplimiento, o no la ha cumplido en el plazo señalado, *porque* un evento sobrevenido (material o jurídico) se lo ha impedido.

El impedimento sobrevenido se refiere, pues, como imponen los principios y las normas (arts. 1.105, 1.182 y ss.), a la prestación debida, con el contenido que tenga: en este caso la propia conducta diligente debida; si bien que en las obligaciones de medios, por la propia naturaleza de la prestación debida —*medio* de un *fin*—, también determina sobrevenidamente la imposibilidad de la prestación, la sobrevinida imposibilidad del fin no debido al que la conducta diligente debida tienda.

En resumen: 1) las obligaciones de medios *se cumplen* cuando se realiza la conducta diligente debida (porque es *posible* realizarla: no hay obstáculo para su despliegue, exacto y puntual, y el fin último a que tiende es *también* posible); 2) cuando *no se cumplen*, ello puede ser debido a que el deudor, por un evento sobrevenido, o se ha encontrado con un obstáculo para desplegar (total, exacta, puntualmente) tal conducta, o el fin no debido, a que tal conducta tendía, ha devenido imposible (en cuyo caso, resulta lógico que el deudor deje de desplegar una conducta para conseguir algo que es ahora imposible). Y, entonces, para exonerar de responsabilidad contractual a este deudor no-cumplidor, habrá que analizar la imputabilidad o no a él de la causa de esa imposibilidad sobrevinida.

En otras palabras, y en contra de lo que piensa YZQUIERDO:

1) El cumplimiento de la obligación de medios, presupone no sólo la posibilidad de la conducta diligente debida, sino también del fin último-no debido a que tiende (este dato afecta también a la posibilidad de la prestación debida), y ello sin perjuicio, desde luego, de que este fin último es en todo caso no debido: por ello, el deudor de una obligación de medios cumple, si despliega la conducta diligente debida, aun sin obtener ese *posible* resultado final (insisto, el cumplimiento de la obligación presupone esta posibilidad, tanto como la de la exacta conducta diligente debida).

2) La imposibilidad de la prestación de medios puede derivar, no sólo de la sobrevinida imposibilidad del fin último no debido, sino, y sobre todo, de la imposibilidad del resultado (próximo) debido: de la total, exacta o puntual realización de la conducta diligente debida (de lo que es, en suma, contenido de la prestación).

y 3) Por tanto, la no-consecución del resultado final no-debido por el deudor de una obligación de medios, *no siempre* depende de la imposibilidad de tal resultado, sino que puede obedecer:

3') A que, aun siendo posible, es en todo caso de consecución *aleatoria*, por ello puede no obtenerlo el deudor que ha desplegado la exacta conducta diligente debida (y, por consecuencia, ha cumplido: cumplimiento que presupone la *posibilidad* y *realización* de la prestación debida, y la *posibilidad* —*pero no realización*— del resultado final no debido).

3'') A que, aun siendo posible el resultado final no debido, que no deja, por ello, de ser aleatorio (la curación de cierto paciente, p. ej.), lo que resulta imposible, por una causa sobrevinida, es la prestación misma que lo persigue: la conducta diligente (p. ej., el médico no pudo tratar aquel enfermo *curable*, por un accidente que se lo impide, totalmente, o hacerlo puntualmente). En este último caso (*sub* 3''), como cuando sobreviene imposible el fin último no debido —*el enfermo inicialmente curable sobreviene incurable*—,



Algunos ejemplos (56): los servicios contratados —por ejemplo, de custodia personal (guardaespaldas) a prestar por personas o empresas particulares; de detective privado— sobrevienen, por ley (*factum principis*), ilícitos o prohibidos; los servicios personalísimos debidos no pueden prestarse (o no puntualmente) porque el deudor sufre algún accidente que se lo impide; la prestación de hacer de medios sobreviene imposible porque deviene imposible el fin último (no debido) a que tiende (57); la prestación de servicios del deudor, sobreviene imposible, en aquellos casos en que, siendo necesaria para realizarla la colaboración del acreedor, éste, por causa a él no imputable —no estando, pues, en *mora credendi*—, se halla en la imposibilidad de recibirla: la imposibilidad de recibir el acreedor, redundando en imposibilidad de prestar para el deudor no cumplidor.

Por la misma vía apriorística rechazada —y con la misma falta de

---

nos hallamos ante una imposibilidad sobrevinida del (exacto) cumplimiento, y habrá que analizar, para exonerar o no al deudor *no cumplidor o no exactamente cumplidor* —*el juicio de responsabilidad presupone necesariamente la falta de (exacto) cumplimiento, la infracción de la obligación!!*: ninguna consecuencia, por tanto, puede extraerse del cumplimiento de una obligación de medios, en el terreno del juicio de responsabilidad, de la prueba liberatoria-límite de la responsabilidad contractual—, el carácter imputable o no de la concreta causa que la ha determinado.

(56) Cfr. *La responsabilidad contractual* cit., pp. 464-465.

(57) Como he adelantado antes (*sub* nota 55), y como he explicado en *La responsabilidad contractual* cit., pp. 177 y 464, del hecho que la imposibilidad sobrevinida, como elemento del límite general de la responsabilidad contractual-prueba liberatoria, haya de incidir precisamente en la prestación de la obligación no (exactamente) cumplida, se deriva que las modalidades y contenidos de la concreta prestación debida, se repercutan en la determinación o establecimiento de su imposibilidad sobrevinida. Este principio general y normativo (arts. 1.105 y 1.182 y ss.) —que deriva de esa necesaria incidencia de la imposibilidad sobrevinida sobre la prestación debida: lo que OSTI llamó el carácter de la *objetividad* de tal imposibilidad—, significa, en concreto, para la prestación de actividad diligente que es objeto de una obligación de medios, entre otras cosas, un ensanchamiento del área de la imposibilidad liberatoria: la obligación sobreviene de imposible cumplimiento, no sólo cuando no puede prestarse (o no exacta, total o puntualmente) la conducta diligente debida, sino también cuando sobreviene imposible el fin o resultado último no debido a que tiende la conducta diligente debida (es decir, la prestación). Pues la imposibilidad de ese fin último no debido, hace imposible, también, una prestación que se concibe como *medio* de ese *fin*, no resultando concebible un esfuerzo diligente dirigido a la realización de un resultado o fin imposible: la imposibilidad del resultado final no debido excluye *en concreto* el carácter de “medio” de todo aquello que abstractamente podría considerarse como tal. El propio *interés del acreedor* en la prestación de medios desaparece cuando sobreviene imposible el fin último o resultado no debido: era éste, recuérdese, el que se buscaba a través (por “medio”) del resultado (próximo) debido: la conducta del deudor.

Otras repercusiones derivantes de ese mismo carácter de la “objetividad” de la imposibilidad sobrevinida, en el régimen de las obligaciones de medios, pueden verse en los lugares citados. (Téngase también presente, lo que a propósito de la valoración de la imputabilidad o no, de la concreta causa de la imposibilidad sobrevinida, al deudor no cumplidor, en las obligaciones de medios, se dice, en ese mismo lugar, pp. 465-466).

fundamento— podría decirse, que tampoco las obligaciones de hacer de medios pueden ser, además de sobrevenida, *originariamente* imposibles: cualquier causa que determine la imposibilidad originaria de la prestación (del cumplimiento) cuando la obligación se quiere contraer, es causa de imposibilidad sobrevenida, si acaece una vez constituida la obligación; y, a la inversa, cualquier causa de imposibilidad sobrevenida, es causa de imposibilidad originaria, si acaece (o ha acaecido) cuando la obligación en cuestión quiere (en vano) contraerse: la distinción imposibilidad sobrevenida/originaria no es una distinción por la *naturaleza* de las causas de la imposibilidad, sino por el *tiempo* en que la misma imposibilidad de la prestación (obedeciente, por qué no, a causas de idéntica naturaleza) se produce en uno y otro caso: después de la (válida) constitución de la obligación, o previa o simultáneamente a la (inválida) constitución de la misma.

En otras palabras, quien piense *de verdad* que las obligaciones de medios no pueden sobrevenir de imposible cumplimiento, tendrá que pensar también que no pueden ser originariamente imposibles (esto es, que no hay causas que hagan imposible el cumplimiento de una prestación de medios); mientras que, como es de sentido común, quien admita la existencia de causas de imposibilidad de la prestación de medios, tendrá que admitir tanto la imposibilidad sobrevenida como la originaria, en función del momento en que se produzca el evento impeditivo.

3) Por lo demás, conviene observar que el planteamiento aquí rechazado (la ausencia de culpa como prueba liberatoria y límite de la responsabilidad contractual específicos del deudor no cumplidor de una obligación de medios), no sólo produce una fragmentación del sistema general de la responsabilidad contractual, en forma de segregación de él, del régimen de las obligaciones de hacer de medios, sino que conduce frecuentemente a la propia fragmentariedad del régimen de responsabilidad contractual aplicable dentro del mismo ámbito de las obligaciones de medios. En particular, en éstas, el límite de la responsabilidad contractual-prueba liberatoria variaría en función del tipo de infracción de la obligación de que se trate: sólo para el deudor que ha desplegado una actividad de cumplimiento, cuya exactitud el acreedor discute, es de aplicación el límite de la ausencia de culpa, la sola presencia de una conducta diligente; en cambio, en todos los demás casos de infracción de la obligación: cuando la prestación no se ha realizado en absoluto, cuando sólo se ha realizado una parte de la prestación debida, cuando no se ha realizado puntualmente, el deudor no cumplidor, no íntegramente cumplidor o no puntualmente cumplidor, sólo quedaría exonerado de responsabilidad contractual, en los términos de los arts. 1.105, 1.182-1.184 Cc., cuando demostrase la imposibilidad de cumplir, de cumplir íntegramente o de cumplir puntualmente, por una concreta causa a él no imputable: cuando demostrase, en suma, el caso fortuito, la imposibilidad liberatoria-extintiva.

En este planteamiento fragmentario existe un importante equívoco

en su punto de partida, del que hablaremos después con más detenimiento, pero que, en todo caso, conviene dejar desde ahora señalado: el juicio de responsabilidad-la prueba liberatoria presuponen necesariamente, como sabemos, la infracción de la obligación, la falta de (exacto) cumplimiento: y, cuando el deudor de una obligación de medios demuestra que, *para cumplir*, ha observado la conducta diligente debida, su ausencia de culpa *en el cumplimiento*, no está, dando una prueba liberatoria (que presupone la falta de cumplimiento o exacto cumplimiento, la infracción de la obligación, cuya prueba —del incumplimiento material— incumbe al acreedor que pretende la responsabilidad contractual; de ahí el carácter de *contraprueba* que tiene la prueba liberatoria del deudor *no cumplidor* respecto de la prueba del incumplimiento material dada por el acreedor que pretende la responsabilidad), sino que está demostrando o probando, con arreglo al propio contenido de la prestación debida, que *ha cumplido* su obligación, sin que, por ello, al faltar su presupuesto básico, el juicio de responsabilidad y la prueba liberatoria lleguen siquiera a plantearse.

El *verdadero cumplimiento inexacto*, como otra de las formas posibles de infracción de una obligación de hacer de medios, significa —como todas ellas— falta de exacto cumplimiento: aquí, en particular, que la conducta de cumplimiento efectivamente desplegada por el deudor, *no* ha alcanzado el nivel de diligencia debido: hay, pues, una culpa o negligencia en la actividad de cumplimiento del deudor, *demonstrada* o *probada* por su acreedor, que el primero, por tanto, una vez demostrada, ya no está en condiciones de discutir. Es frente a esa demostrada falta de exacto cumplimiento —como cuando falta la totalidad o una parte de la prestación, como cuando falta la puntualidad en la misma—, frente a la cual el juicio de responsabilidad contractual es susceptible, respecto de la cual hemos de valorar si está más allá o más acá del límite de la responsabilidad contractual, en relación a la cual, como prueba del acreedor insatisfecho, el *deudor no exactamente cumplidor* ha de aportar, si puede, su específica contraprueba liberatoria.

Deshecho ese equívoco, que se deriva de confundir, en las obligaciones de medios, el plano del cumplimiento y el del juicio de responsabilidad para su cumplimiento inexacto, se nos revela como falso, que en las obligaciones de hacer de medios, como presunta consecuencia del contenido de su prestación (una conducta diligente del deudor) y de la resultante función en ellas de la diligencia (art. 1.104 Cc.) como criterio de exacto cumplimiento del deudor, existan dos reglas de responsabilidad contractual (el art. 1.104 por un lado, y los arts. 1.105 y 1.182-1.184 por otro, con sus respectivas normas específicas concordantes) [con dos consiguientes límites de la responsabilidad contractual-pruebas liberatorias (ausencia de culpa/caso fortuito-imposibilidad liberatoria-extintiva), y dos fundamentos de la responsabilidad contractual (culpa —probada—/incumplimiento de la obligación (culpa presunta)], de forma que la una (art. 1.104 Cc.) se aplique a los supuestos de cumplimiento inexacto

to, mientras la otra (arts. 1.105, 1.182-1.184) a las restantes formas de no cumplimiento, en particular, a la falta total de cumplimiento.

La culpa-negligencia del deudor en la conducta de cumplimiento de una obligación de medios, como inexacto cumplimiento de la misma, se sitúa —como la falta total o parcial de prestación, como la realización atrasada de la misma— en el terreno del incumplimiento material: del presupuesto del juicio de responsabilidad, de la falta de cumplimiento o exacto cumplimiento del deudor (art. 1.101 Cc.); pero a la hora de determinar, si esa falta de exacto cumplimiento está o no justificada, si tiene o no relevancia jurídica para desencadenar la responsabilidad contractual del deudor no cumplidor, en el terreno del juicio de responsabilidad, nos encontramos, *ex arts.* 1.105 y 1.182 y ss. Cc., con unas mismas reglas de responsabilidad contractual: un mismo límite de responsabilidad contractual-prueba liberatoria para todas las obligaciones y todas sus formas de contravención.

Por eso, del mismo modo que el deudor de una prestación de medios puede no cumplir puntualmente, y si demuestra que ello obedece a una imposibilidad temporal sobrevenida de hacerlo, a él no imputable, no responderá por el retraso; del mismo modo que el deudor de una prestación de medios puede no cumplir en absoluto o en una parte, y si demuestra que ello obedece a una imposibilidad sobrevenida definitiva de toda o una parte de la prestación, a él no imputable, tampoco responderá por la falta total o parcial de cumplimiento; *también* el deudor de una prestación de medios que no alcanza, en su conducta de cumplimiento, el nivel de diligencia debido según la obligación, por la imposibilidad sobrevenida y definitiva de hacerlo, dependiente de un determinado evento a él no imputable, tampoco responderá.

La exactitud en el cumplimiento de una prestación de medios —como la totalidad o una parte de él, como su puntualidad— puede sobrevenir imposible y hacerlo por causa de un evento no imputable al deudor: entonces el deudor no exactamente cumplidor no responde, se exonera de responsabilidad contractual (porque la obligación no exactamente cumplida, con el contenido de diligencia en ella previsto, se ha extinguido) (58).

---

(58) Vid., en el mismo sentido, todos los autores citados y transcritos, *retro* en la nota 52.

En particular, DI MAJO (op. cit., pp. 477-478, en nota), parte de una correcta aplicación de los principios generales a las prestaciones de hacer: “nelle prestazioni di *facere*, al contrario, fatto impeditivo [imposibilidad sobrevenida] potrà essere anche un evento o circostanza che si riflette sulla persona od economia del debitore, e si dovrà allora [inimputabilidad de la imposibilidad sobrevenida] valutare se il comportamento del debitore non abbia dato luogo e/o comunque avrebbe potuto evitare l’impedimento”. Y sobre esa correcta base, hace ajustadas aplicaciones a las diversas formas posibles de contravención de la obligación: “...le ipotesi menzionate riguardano principalmente l’evenienza in cui il c.d.<fatto impeditivo> abbia ostacolato l’adempimento [total] dell’obbligo. Ma un risulta-

¿Dónde está la razón para excluir a la prestación de hacer de medios respecto del régimen general de responsabilidad contractual aplicable a las demás prestaciones —y a la propia prestación de medios, por lo que respecta a la falta de total, parcial o puntual cumplimiento—? Obviamente, *no* en la ley —arts. 1.105, 1.182-1.184—, que, *sentado*, para toda obligación (de medios y de resultado), *el defecto de cumplimiento o de exacto cumplimiento* (cualquier forma de contravención de la obligación: art. 1.101 Cc.), impone la aplicación de los mismos principios generales de responsabilidad/exoneración. (En cambio, cuando la obligación *se ha cumplido* en conformidad con el contenido de la prestación que tiene por objeto —en las obligaciones de hacer de medios desplegando el deudor la conducta diligente debida— [esto es, cuando la obligación *no se ha infringido*: no falta el (exacto) cumplimiento], ninguna cuestión de responsabilidad contractual puede plantearse, ninguna prueba (contraprueba) liberatoria puede ni necesita darse por el deudor cumplidor).

El contenido específico de la prestación se traduce, para las obligaciones de medios, en la función que, sólo en ellas, desenvuelve la diligencia como criterio de exacto cumplimiento, y, *a contrario*, la culpa-negligencia del deudor como inexacto cumplimiento de las mismas.

Pero esta función específica y exclusiva de la culpa/diligencia en el terreno del cumplimiento/incumplimiento material de las obligaciones de medios, es perfectamente compatible con aquella otra función, común a todas las obligaciones, de la culpa/diligencia como criterio general de imputación en el seno del límite general de la responsabilidad contractual-prueba liberatoria (en el ámbito, pues, del juicio de responsabilidad, del que el incumplimiento material es presupuesto necesario).

En particular, una vez que el acreedor de una obligación de medios ha probado que la conducta de su deudor, *en el cumplimiento*, ha sido

---

to non diverso dovrà accogliersi anche là dove l'adempimento non sia stato *tempestivo* o se sia rivelato per taluni aspetti *inesatto* (e/o *parziale*). Anche in tale ipotesi l'osservanza dello sforzo diligente dovuto non sarà sufficiente ad esonerare il debitore ove esso non provi l'esistenza di un fatto impeditivo (che abbia ad es. provocato il ritardo). Per l'adempimento inesatto, la distinzione potrà apparire più sottile, potendo sembrare irrilevante la ragione o la causa dell'*inesattezza* (si pensi al caso di consegna di cose viziate o di mandato inesattamente eseguito o di attività professionale non conforme alle regole tecniche). Sono queste le ipotesi che hanno indotto la dottrina a porre l'accento sullo *sforzo diligente dovuto*. Ma ostacoli, almeno di ordine logico, non sembrano sussistere *circa la applicabilità, anche in tali ipotesi del giudizio di responsabilità quale definito dall'art. 1.218* [equivalente italiano de nuestro 1.105 Cc.].”

O sea, el deudor no exactamente cumplidor, deberá probar, para quedar exonerado de responsabilidad contractual, que ha devenido imposible, por una causa a él no imputable, la exactitud del cumplimiento (en el caso de los ejemplos de obligaciones de medios puestos por este autor: el mandatario o el profesional no exactamente cumplidores deberían demostrar la imposibilidad sobrevenida de alcanzar el nivel de diligencia debido, según su obligación).

negligente (no se ha ajustado al nivel de diligencia que la obligación le imponía): prueba del incumplimiento material, del no exacto cumplimiento de la obligación de medios; el deudor que, *demostrada* por el acreedor su culpa, ya no puede pretender haber cumplido exactamente (es evidente que entre diligencia —ausencia de culpa— y culpa *en la actividad de cumplimiento* del deudor, *sí* hay contradicción: éste no puede haber sido, al cumplir la obligación, diligente y negligente al mismo tiempo: haber cumplido exacta e inexactamente a la vez), *sí* puede, en cambio, con arreglo a los principios generales, oponer a la *prueba* del acreedor (del incumplimiento material, del no exacto cumplimiento), su específica *contraprueba* liberatoria, la prueba de que, *a pesar de no haber exactamente cumplido* (dato que, una vez demostrada su existencia, ya no se puede discutir), no lo ha hecho por la imposibilidad de hacerlo (de cumplir exactamente, de alcanzar el nivel de diligencia debido según la obligación), derivante de una concreta causa a él no imputable. Y esta inimputabilidad se establece, con carácter general (*ex arts. 1.104, 1.105, 1.182-1.184 Cc.*) en términos de diligencia: de no haber podido evitar diligentemente la imposibilidad sobrevenida. Pero, por tratarse de *dos planos distintos* en los que juega el mismo criterio de conducta, *no* hay contradicción entre no haber exactamente cumplido (no haber alcanzado la diligencia debida en la *actividad de cumplimiento*), y no haberlo podido hacer, por una imposibilidad sobrevenida ocasionada en una causa que el *deudor no exactamente cumplidor* (del deber principal, prestacional), no ha podido diligentemente evitar (el deudor no exactamente cumplidor *del deber de prestación*, lo ha sido, entonces, pese a haber sido diligente en la *actividad* —debida como accesoria de la prestacional principal— *de preservación del exacto cumplimiento, de evitación de la imposibilidad del exacto cumplimiento*).

Por operar en ámbitos distintos (en relación a conductas de finalidad diversa), en suma, es por lo que, la prueba de la negligencia del deudor, dada por el acreedor que pretende la responsabilidad, no excluye la (contra) prueba liberatoria del *deudor no exactamente cumplidor*, con arreglo a los principios generales: aquella primera prueba se sitúa, como cualquier otra contravención de la obligación, en el terreno del incumplimiento material, del presupuesto del juicio de responsabilidad, con lo cual se *abre* una cuestión de responsabilidad contractual, que sólo puede resolverse sobre la base de unos mismos principios generales.

Entre los planteamientos fragmentarios de la responsabilidad contractual que se han hecho, merece una mención especial el de GIORGIANNI (59). Para este autor italiano la norma del *Codice civile* equi-

(59) Vid. *L'inadempimento* cit., pp. 228 y ss., y 262 y ss.; voz "Inadempimento (dir. priv.)" en *Enc. Dir.*, XX, Milano, 1970, p. 860 y ss., y allí, pp. 874-875, y 878 ss.

De este planteamiento, y de su crítica, me he ocupado más detenidamente, en *La responsabilidad contractual* cit., p. 110 y ss., y 456 y ss. Vid., ahora, asimismo, DI MAJO, op.

valente de nuestro art. 1.105 Cc. [el art. 1.218 C. civ. it.] no sería una norma general de la responsabilidad contractual, sino norma disciplinante de una forma o modo de incumplimiento: la imposibilidad sobrevenida de la prestación (del cumplimiento, del exacto cumplimiento) por causa imputable al deudor no cumplidor. Esta norma serviría para agotar, sustancialmente, el régimen de la responsabilidad contractual de sólo un grupo de obligaciones, aquéllas en que el interés del acreedor en la posibilidad del cumplimiento es el determinante: básicamente en las prestaciones de custodia relativas a cosas determinadas o específicas, objeto de un *dare*. En cambio, en las obligaciones que tienen por objeto un determinado grado de esfuerzo diligente, el interés creditorio determinante o prevalente es que se alcance el nivel de diligencia previsto en la obligación; en ellas la imposibilidad sobrevenida de la prestación es un supuesto absolutamente marginal, y, por tanto, la regla de responsabilidad contractual a tener en cuenta, no es la inducible del art. 1.218 C. civ. it./1.105 Cc., sino la que resulta del art. 1.176 C. civ. it./1.104 Cc.: para exonerar al deudor, basta el concreto esfuerzo diligente impuesto en la obligación, sin tener que llegar al límite de la imposibilidad de la prestación.

En este planteamiento nos encontramos, de nuevo, la ya criticada confusión, para las obligaciones de medios, entre el plano del cumplimiento y el del juicio de responsabilidad: prueba liberatoria/límite de la responsabilidad contractual; pues el deudor de una obligación de medios que ha desplegado la conducta diligente debida, ha cumplido, y la cuestión de la responsabilidad contractual es, respecto de él, implantable. Confusión sobre la que, repito, volveremos después, y, de momento, valga lo ya previamente consignado.

De todas formas, en el planteamiento de GIORGIANNI hay un aspecto diferenciador, respecto de la posición de otros “fragmentaristas” del régimen de la responsabilidad contractual, aspecto que, en mi opinión, lo hace más inteligente: este autor italiano no niega la evidencia de que la prestación de medios pueda sobrevenir legal (art. 1.256 C. civ. it./1.184 Cc.) y fenomenológica, empíricamente de imposible cumplimiento, simplemente señala la marginalidad del supuesto, y, sobre esa base, coloca a las obligaciones de medios, sustancialmente —para prácticamente todos los casos de su contravención que se dan en la práctica (los que presuponen la *posibilidad* del cumplimiento o exacto cumplimiento)— en el ámbito de una regla de responsabilidad/exoneración, asumida como tal (el art. 1.176 C. civ. it./1.104 Cc. y las restantes normas específicas sobre la prestación de una conducta diligente), que se contrapone a la que (art. 1.218 C. civ. it./1.105 Cc. y normas específicas

---

cit., pp. 470-471, que también lo rechaza, y por la misma razón: por su fragmentariedad y por obstaculizar, innecesariamente, una reconstrucción unitaria del sistema de la responsabilidad contractual.

concordantes del caso fortuito), por la razón contraria, absorbe sustancialmente el régimen de responsabilidad/exoneración de un grupo distinto de obligaciones (por referirse al caso de infracción de las mismas que en ellas es más frecuente: la sobrevenida imposibilidad *in natura* del cumplimiento o exacto cumplimiento).

En la injustificada fragmentación del régimen de la responsabilidad contractual —que su más inteligente planteamiento no remedia, sino que conduce a trazar la frontera entre los dos regímenes de responsabilidad/exoneración contrapuestos, por otro lugar—, está el vicio de la tesis de GIORGIANNI, y esto, a parte de llevarle, por la recordada confusión de planos, a convertir la ausencia de culpa/diligencia en sedicente prueba liberatoria para las obligaciones de medios, le lleva también, a aplicar a las obligaciones que no tienen por contenido una actividad diligente, un régimen de responsabilidad distinto, según que la prestación sea posible (aunque se realice tardíamente: básicamente, pues, el caso del retraso): entonces aplica el art. 1.176 C. civ. it./1.104 Cc., la norma de la diligencia; o haya sobrevenido de imposible cumplimiento (entonces aplica el art. 1.218 C. civ. it./1.105 C.c.).

En cambio, como he venido repitiendo, *ex arts.* 1.218 C. civ. it. y 1.101-1.105 Cc., no hay más que una regla general de responsabilidad contractual: un límite de la responsabilidad contractual-prueba liberatoria, y la prueba de la diligencia en la actividad de cumplimiento de una obligación de medios, no es *nunca* una prueba liberatoria (sino de su cumplimiento). Mientras que resulta evidente, en aplicación de las normas generales de la responsabilidad contractual, que la realización atrasada del cumplimiento de cualquier obligación, sea de medios o de resultado, acarreará la responsabilidad contractual, por el retraso, del deudor no puntualmente cumplidor, salvo que éste demuestre la imposibilidad temporal de la realización del cumplimiento, hasta el momento en que lo efectuó, por una concreta causa a él no imputable.

Las reglas de responsabilidad/exoneración no varían según el tipo de obligación o la forma de su contravención: son unas mismas reglas (*arts.* 1.218 C. civ. it./1.105-1.182 y ss. Cc.) las que explican, cualquiera que sea el contenido de la prestación: 1) la responsabilidad contractual del deudor no cumplidor mientras el cumplimiento total *in natura* o exacto cumplimiento (íntegro *in natura*, exacto *in natura*, puntual) es *posible*; 2) la responsabilidad contractual del deudor no cumplidor cuando el cumplimiento (total *in natura*) o exacto cumplimiento (íntegro *in natura*, exacto *in natura*, puntual) han sobrevenido *imposibles por causa imputable* a aquél; 3) la irresponsabilidad del deudor no cumplidor cuando el cumplimiento total o exacto cumplimiento (íntegro, exacto, puntual) han sobrevenido *imposibles por causa no imputable* a aquél.

El contenido de la prestación de medios, que tiene sus consecuencias en el terreno del cumplimiento, y, *a sensu contrario*, en el del no exacto cumplimiento (incumplimiento material, presupuesto necesario



del juicio de responsabilidad), sigue dejando imprejuzgada la aplicación de los mismos principios generales al juicio de responsabilidad *stricto sensu*.

De todas formas y sin menoscabo de lo anterior, puede concederse a GIORGIANNI, que unas prestaciones sobrevengan de imposible cumplimiento con más facilidad que otras. Este dato *cierto*, deriva de una constatación obvia: la imposibilidad sobrevenida —por su carácter *objetivo*, como diría OSTI-incide, precisamente, sobre la prestación, tal y como se configure en la obligación de que se trate, y, por tanto, el área de incidencia de la imposibilidad sobrevenida, su mayor o menor facilidad de verificación, dependerá de cómo la prestación misma se define en la obligación de que se trate. Pero, obsérvese que tal dato cierto, no sólo no es incompatible con los principios generales de la responsabilidad contractual, sino que *presupone* su aplicación: imposibilidad sobrevenida como elemento componente del límite general de la responsabilidad contractual (válido *ex art.* 1.105 para cualquier obligación, sea cual sea su contenido: su prestación), que es simultáneamente, y no en vano, causa extintiva/suspensiva de toda obligación (sea cual fuere la prestación que tiene por objeto: arts. 1.182 y ss. Cc.).

Puede entonces aceptarse, aunque sólo sea como hipótesis, que en las obligaciones de dar cosa determinada es más fácil que sobrevenga una imposibilidad de cumplir o de hacerlo exactamente, que en una obligación de hacer de medios [en las primeras hay que tener en cuenta los impedimentos sobrevenidos que afectan tanto a la *conducta* prestacional del deudor y (eventualmente) sus auxiliares, como a la integridad, persistencia física, comerciabilidad de la cosa debida; en las segundas, sólo el primer tipo de impedimentos].

Ahora bien, esa constatación (fenomenológica) deja imprejuzgado:

a) Que la responsabilidad contractual del deudor *no cumplidor o no exactamente cumplidor* [cuando hay cumplimiento —en las obligaciones de medios porque el deudor ha desplegado en su conducta de cumplimiento la diligencia debida— *no hay* cuestión de responsabilidad contractual que pueda plantearse y, por tanto, ninguna consecuencia en el juicio de responsabilidad contractual, que presupone la infracción de la obligación, puede sacarse en las obligaciones de medios, de esa diligencia en la actividad de su cumplimiento], sea cual sea el contenido de la obligación, se afirmará siempre, mientras la prestación (el cumplimiento o exacto cumplimiento) sea posible. Lo cual, obsérvese de nuevo, es una consecuencia de la aplicación de los principios generales, que, frente a la falta de cumplimiento o exacto cumplimiento, empiezan por exigir, para exonerar al deudor no cumplidor o no exactamente cumplidor, la imposibilidad sobrevenida del (exacto) cumplimiento. El distinto contenido de la prestación *no cumplida o no exactamente cumplida*, hará más o menos fácil que la posibilidad del cumplimiento o del exacto cumplimiento permanezcan, y, por tanto, que, *como consecuencia de la apli-*

*cación de los mismos principios generales*, la afirmación de la responsabilidad contractual del deudor no cumplidor, sea más o menos fácil.

Obsérvese de modo análogo, que es, precisamente, la manera cómo se configura la prestación, el objeto de la obligación de entregar cosas genéricas, el que, al traducirse en una mayor dificultad en que aquella sobrevenga imposible (*sólo* por lo que se refiere al *perecimiento físico* del entero género debido, y si éste no es extraordinariamente limitado), se refleja, *también en la aplicación de las mismas reglas generales de responsabilidad contractual*, en una mayor dificultad de exoneración para su deudor no cumplidor o no íntegra o exactamente cumplidor. [La doctrina tradicional, cegada por el dogma de la culpa, en cambio, construye, también aquí equivocadamente, una inexistente regla particular o especial de responsabilidad contractual] (60).

y b) Que la responsabilidad contractual del deudor *no cumplidor* o *no exactamente cumplidor* también se afirmará, cuando, habiendo sobrevenido imposible la realización *in natura* del cumplimiento o del exacto cumplimiento, ello haya sucedido por causa imputable al mismo. Afirmación de responsabilidad contractual que también es consecuencia de los principios generales, que exigen, para la exoneración de la responsabilidad contractual del deudor no cumplidor, no sólo la imposibilidad sobrevenida del cumplimiento o exacto cumplimiento, sino, además, la no imputabilidad a aquél de la concreta causa de la imposibilidad.

El distinto contenido de la prestación debida por el deudor no cumplidor, afectará, *es cierto*, a la mayor o menor facilidad de que el cumplimiento o exacto cumplimiento sobrevengan imposibles, *pero* la determinación de cuándo esa imposibilidad sobrevenida (marginal cuanto se quiera, o, por el contrario, de fácil acaecimiento) es incumplimiento (definitivo —total, parcial o inexacto—, o retraso —imposibilidad temporal del cumplimiento—), por ser imputable al deudor no cumplidor, y cuándo, por contra, significa la extinción o suspensión (imposibilidad temporal) de la obligación no cumplida, por no ser imputable al deudor no cumplidor, es algo que se hace siempre en la aplicación de las mismas normas generales: en particular el juego de la diligencia como criterio general, para todas las obligaciones, de imputación de la imposibilidad sobrevenida, cual elemento, junto con ésta, de la prueba liberatoria-límite general de la responsabilidad contractual.

En conclusión (*a*) y *b*)), el distinto contenido de la prestación, afecta, desde luego, a la mayor o menor facilidad con que sobreviene imposible, *pero* ese dato cierto, deja imprejuizada la aplicación de las mismas reglas, para establecer la responsabilidad contractual en el caso de posibilidad (más o menos difícil de desaparecer) del cumplimiento o

---

(60) La explicación de la responsabilidad contractual del deudor de cosas genéricas, desde la aplicación de los principios generales (sin recurrir a pretendidas —falsas— reglas especiales), puede verse en *La responsabilidad contractual* cit., p. 426 y ss.

exacto cumplimiento no realizado, y la responsabilidad contractual o la exoneración, en los casos (más o menos difíciles de producirse) de imposibilidad sobrevenida del cumplimiento o exacto cumplimiento no realizado.

4) La razón principal del rechazo de la ausencia de culpa-diligencia del deudor, como específico límite de la responsabilidad contractual-prueba liberatoria de las obligaciones de hacer de medios, ya se ha anticipado: tal concepción se apoya en un equívoco: la confusión entre el plano del cumplimiento y el del juicio de responsabilidad contractual de esta clase de obligaciones.

Debe recordarse, a este propósito (61), que la doctrina tradicional de la culpa, se ha apoyado, sustancialmente, en un doble dato:

a) La relevancia de la ausencia de culpa, como elemento integrante, junto a la imposibilidad sobrevenida del cumplimiento o exacto cumplimiento, del límite de la responsabilidad contractual-prueba liberatoria. Relevancia que resulta, a su vez, de que legalmente (arts. 1.105-1.182, en conexión con el art. 1.104 Cc.) sea la diligencia el criterio general de imputación de la imposibilidad sobrevenida, en el seno del límite general de la responsabilidad contractual-prueba liberatoria, y que se traduce, en que el deudor no cumplidor o no exactamente cumplidor, responde contractualmente de la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento, cuando sobrevenidos éstos imposibles *in natura*, lo han hecho por su culpa. [Ahora bien, esta afirmación de responsabilidad contractual, no convierte a la culpa del deudor en fundamento de la responsabilidad contractual del deudor no cumplidor, *ni siquiera en el caso de imposibilidad sobrevenida imputable*: la responsabilidad contractual se afirma en este caso, porque, en defecto de exacto cumplimiento —infringida la obligación—, *no* concurre el hecho exoneratorio-extintivo con todos sus requisitos (imposibilidad más inimputabilidad al deudor no cumplidor de su causa): la obligación subsiste (con un contenido diverso, devenida imposible la prestación *in natura*: su equivalente pecuniario) y subsiste infringida: el fundamento de la responsabilidad contractual sigue siendo el único y general: el incumplimiento de la obligación. La culpa del deudor (en la evitación de la imposibilidad sobrevenida) no es fundamento *directo o inmediato* de la responsabilidad contractual —repito que es el incumplimiento—, sino, precisamente, por ser elemento negativo de la prueba liberatoria-límite de la responsabilidad contractual (ausencia de la culpa en la evitación de la imposibilidad sobrevenida), fundamento *indirecto o mediato*: su concurrencia determina la exclusión del hecho complejo exoneratorio-extintivo, y con ella la subsistencia de la obligación en defecto de exacto cumplimiento: el incum-

---

(61) Como señaló OSTI, voz "Impossibilità sopravveniente", en *Noviss. Dig. it.*, VIII, Torino, 1982 (ristampa), p. 287 y ss., y allí, pp. 290 y 294; cfr., también, *La responsabilidad contractual* cit., pp. 456-457.

plimiento de la obligación. Por idéntica razón, *la posibilidad de la prestación* (de su cumplimiento o exacto incumplimiento) objeto de la obligación no cumplida o no exactamente cumplida, al excluir el otro elemento del límite general de la responsabilidad contractual-prueba liberatoria —la imposibilidad sobrevenida de la prestación—, es también fundamento indirecto o mediato de la responsabilidad contractual: determina, al excluir su presencia la del hecho complejo exoneratorio-extintivo, la subsistencia de la obligación en defecto de exacto cumplimiento: el incumplimiento como fundamento directo y único de la responsabilidad contractual].

b) La relevancia de la diligencia como criterio de exacto cumplimiento en las obligaciones de medios. Es éste el aspecto que ahora nos interesa, por ser, precisamente de él, del que nace el denunciado equívoco.

Sobre la base de esta indiscutible relevancia, ha sido frecuente afirmar: b') la ausencia de culpa-diligencia del deudor de una obligación de medios, como prueba liberatoria de éste; y b'') la culpa-negligencia del deudor como fundamento de la responsabilidad contractual en las obligaciones de medios. Una y otra afirmación, a su vez, para algunos de quienes las sostienen, serían confirmación, en el terreno de las obligaciones de medios, de principios igualmente válidos para las restantes obligaciones, mientras que más frecuentemente, para otros, señalarían la existencia de un régimen especial de responsabilidad contractual, sólo aplicable a las obligaciones de medios.

Y, sin embargo, ni una ni otra afirmación son correctas, ni siquiera para las obligaciones de hacer de medios [que no lo sean para las demás, ya resulta, creo, sobradamente de lo hasta aquí expuesto].

b') Naturalmente que es verdad, que el deudor de una obligación de hacer de medios, que prueba que ha desarrollado, en su actividad de cumplimiento, la diligencia debida según la obligación, queda exento de toda responsabilidad contractual, pero ello, porque así demuestra *el cumplimiento* de su obligación, *no* porque esté dando una prueba liberatoria específica (distinta de la general).

El juicio de responsabilidad contractual (la consideración del límite de la responsabilidad contractual, que se sustancia en la posibilidad de la prueba liberatoria, con que se onera al deudor no cumplidor), presupone necesariamente, como he venido repitiendo, la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento: cualquier forma de contravención de la obligación (art. 1.101): el incumplimiento material o como hecho.

La prueba liberatoria es, pues, una prueba adosada al *deudor no cumplidor*, a aquél que, *sentada* la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento por el acreedor que pretende la responsabilidad contractual (*no* pudiendo discutir ya, por tanto, este hecho probado por el acreedor), pretende, *a pesar de no haber cumplido o no haber cumplido exactamente*, eludir la responsabilidad contractual. La prueba liberatoria del deudor *no cumplidor* es, pues, como antes se dijo, una *contraprueba* de la prueba del incumplimiento material, que el acreedor que pretende la

responsabilidad contractual aporta: presupone ésta, por definición y naturaleza (también *por ley*: art. 1.105, en su conexión con el 1.101 Cc.).

Cuando el deudor de cualquier obligación, prueba que ha realizado exactamente la prestación debida según el contenido de su obligación, excluye, con la prueba de su exacto cumplimiento, toda posible cuestión de responsabilidad contractual, que presupone justamente lo contrario: la falta probada de cumplimiento o de exacto cumplimiento. Por tanto, y *con carácter general*, ninguna conclusión puede sacarse en el terreno del contenido del juicio de responsabilidad contractual (del límite de la responsabilidad-prueba liberatoria), del contenido de la prueba del cumplimiento de *cualquier obligación*: se trata de dos planos diferentes e incompatibles.

Naturalmente, el contenido del exacto cumplimiento del deudor, variará según el modo en que se defina la prestación para cada obligación a cumplir: existen tantos cumplimientos posibles cuantas prestaciones (objetos de obligación) posibles: pero esta diversidad no afecta a la identidad del principio general: cumple el deudor que realiza exactamente la prestación objeto de su obligación, sea cual fuere esa prestación. Es ese mismo principio general (aplicado, desde luego, al específico contenido de la misma), el que nos permite decir, que el deudor de una obligación de medios cumple, cuando desarrolla exactamente la diligencia (*rectius*: actividad diligente) debida. No nos hallamos, *por tanto*, *tampoco en el terreno del cumplimiento*, ante una regla especial o particular de estas obligaciones: sino ante la aplicación del principio general a su particular contenido (a la prestación que tiene por objeto).

En resumen, el deudor de una obligación de hacer de medios que despliega, al cumplirla, exactamente la conducta diligente debida, queda, sí, exento de responsabilidad contractual, pero no porque no habiendo cumplido, o no exactamente, su obligación, aporte una (contra) prueba liberatoria específica (distinta de la imposibilidad liberatoria-extintiva/caso fortuito), sino porque, habiendo cumplido exactamente su obligación, elimina *de raíz* la planteabilidad misma de toda cuestión de responsabilidad contractual (al eliminarse, entonces, su necesario supuesto: la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento).

En otras palabras, el parangón del deudor de una obligación de medios que realiza, al cumplir, exactamente la conducta diligente debida, debe establecerse con el deudor de una obligación de resultado que realiza exactamente el resultado debido, o con el deudor de una obligación de dar que entrega la cosa debida. Todos ellos cumplen exactamente su obligación, todos ellos conforme al específico objeto (prestación) de la misma, todos ellos eliminan la planteabilidad de cualquier cuestión de responsabilidad contractual, en aplicación de un mismo principio general (aplicado a sus diversas obligaciones, sus diversos objetos).

Obsérvese que, no en vano, llevando la confusión, entre el plano del cumplimiento y el del juicio de responsabilidad contractual (límite de la misma-prueba liberatoria), coherentemente hasta sus últimas conse-

cuencias, no sólo debería decirse que la ausencia de culpa-diligencia en el cumplimiento de las obligaciones de medios es prueba liberatoria para éstas, sino que la exacta realización del resultado debido es prueba liberatoria en las obligaciones de resultado, y así sucesivamente... tantas “pruebas liberatorias”, cuantas prestaciones sea posible definir! Resultado éste, al que, naturalmente, nadie llega, y que resulta, a mi juicio, altamente revelador de la falsedad del planteamiento de que se parte: ¿qué razón hay para convertir la prueba del cumplimiento en (sedicente) prueba liberatoria sólo para una categoría de obligaciones, y no para las demás? *Absolutamente ninguna.*

El paralelismo correcto es el más arriba establecido, el que sitúa a todas las obligaciones, con su diverso contenido, en el mismo plano: el del cumplimiento; la confusión ahora criticada, obedece, en cambio, a situar esas obligaciones de diverso contenido en planos diversos (e incompatibles entre sí), lo que se hace al parangonar 1) el deudor de una obligación de medios que ha realizado exactamente, al cumplir, la conducta diligente debida; 2) con el deudor de una obligación de resultado que no ha realizado o no exactamente el resultado debido, por un caso fortuito que se lo impidió. *Sub 1)* el deudor, con arreglo al contenido propio de su prestación debida, ha cumplido, y la cuestión de la responsabilidad contractual (la prueba liberatoria) queda eliminada por el cumplimiento; *sub 2)*, el deudor, con arreglo al contenido propio de su prestación debida, *no* ha cumplido o no lo ha hecho exactamente, pero, abierto el juicio de responsabilidad contractual por esa infracción de la obligación (incumplimiento material), el *deudor no cumplidor* ha hecho valer el límite de la responsabilidad contractual: ha aportado la *contra-prueba* liberatoria, frente a la prueba del incumplimiento material dada por el acreedor que pretendía la responsabilidad.

Concluyendo, tanto la prueba, *del deudor*, del cumplimiento, en cualquier obligación, como la prueba del caso fortuito, de la imposibilidad liberatoria-extintiva, *del deudor no cumplidor*, excluyen la responsabilidad contractual; pero son pruebas (que tienen por contenido hechos) de distinta naturaleza: la primera se refiere a un hecho extintivo de la obligación y satisfactivo del interés del acreedor, que, precisamente por ello, es *incompatible* con el juicio de responsabilidad contractual [ninguna consecuencia, insisto, puede derivarse en éste, de la prueba del cumplimiento de la obligación]; sólo la segunda es *prueba liberatoria*, prueba que presupone demostrada —por el acreedor— la falta de cumplimiento o exacto cumplimiento de la obligación: el incumplimiento material, y que permite, a pesar de no haber cumplido o no exactamente, al deudor no cumplidor, quedar exento de responsabilidad contractual: prueba, por tanto, de un hecho extintivo (o suspensivo) de la obligación, pero no satisfactivo del interés del acreedor en el (íntegro y exacto) cumplimiento de la obligación infringida.

La prueba de la diligencia en el cumplimiento del deudor de una

obligación de medios, se sitúa en el primero de los planos: el cumplimiento [y ello, aunque habiéndose prestado, para cumplir, la conducta diligente debida, no se haya obtenido el fin último no debido que se perseguía con aquella: ello no afecta al cumplimiento de la obligación, tal y como se definió su contenido: al prestarse la conducta diligente debida, el deudor prestó el resultado (*próximo*) verdaderamente debido, y, así, el acreedor obtuvo satisfacción de su interés efectivo en el mismo (en la medida en que es *medio* necesario, no siempre suficiente, para conseguir el resultado final no debido, al que miran ambas partes): el resultado final no debido —la curación del paciente del médico, p. ej.— ni era debido por el deudor, ni exigible por el acreedor —no era un interés *jurídicamente* protegido por la obligación—]; y no en el segundo de los planos (el juicio de responsabilidad, la prueba liberatoria), con el que es, también aquí, incompatible (62).

Por lo dicho, se comprenderá fácilmente, que cumplimiento de la obligación de medios (la prestación exacta, para cumplir, de la conducta diligente debida) o de cualquier obligación, y caso fortuito, son dos causas de irresponsabilidad del deudor absolutamente contradictorias

---

(62) Las ideas expuestas son el resultado de precisar y desarrollar las previamente ilustradas en *La responsabilidad contractual* cit., p. 111, 169, 176, 460-461.

En el mismo sentido, muy especialmente, MENGONI, "Obbligazioni" cit., pp. 189-190: "L'avvocato non è inadempiente per il solo fatto di avere perduto la causa, nè il mandatario solo perchè l'affare concluso non è andato a buon fine. Il contratto col precettore è stipulato "ut pupillus liberalibus artibus instituatur" (D.27, 2, 4), ma questo scopo finale rimane estraneo al vincolo assunto dall'insegnante. Il gestore di affari ha adempiuto la sua obbligazione se ha gerito bene (cioè utilmente) l'affare quand'anche la gestione abbia avuto un seguito sfavorevole per l'interesse del principale. In siffatte ipotesi l'*eventus adversus*, che impedisce la realizzazione dell'interesse primario del creditore [fin último no debido], sopravviene per un caso fortuito; ma il fortuito incide su un risultato che non è in obbligazione, e perciò non è esso la ragione dell'esonerazione del debitore da responsabilità. Il medico che ha curato bene il malato, non risponde dell'*eventus mortalitatis* perchè ha adempiuto la sua obbligazione, non perchè la guarigione è divenuta impossibile senza sua colpa. Nei rapporti sinallagmatici, la precisazione è di somma importanza sotto il profilo del diritto alla controprestazione [en efecto, el deudor que ha cumplido, tiene derecho a recibir la remuneración convenida; el que no ha cumplido por caso fortuito, no responde de su falta de cumplimiento, pero tampoco tiene derecho a ser remunerado por lo que no prestó]; vid. también, *ib*, pp. 307-308: "orbene, se è vero che il contenuto delle obbligazioni "soggettive" si esaurisce in uno "sforzo personale", in un "agere quantum possum" in direzione di un risultato di per sé non compreso nella materia del vincolo, nell'ipotesi in cui tale risultato non sia ottenuto, ad onta dello sforzo spiegato dal debitore alla stregua del grado di diligenza dovuta, una logica corretta impone di concludere che il debitore non è responsabile non già per mancanza di colpa, cioè perchè l'inadempimento non è a lui imputabile, ma piuttosto perchè ha adempiuto la sua obbligazione...il concetto di diligenza come criterio di determinazione del contenuto di certe obbligazioni [de medios] viene confuso col concetto di diligenza come misura della responsabilità per inadempimento, e così la distinzione fra obbligazione di risultato e obbligazione di diligenza, originariamente prospettata in funzione di una diversa estensione dell'oggetto del rapporto, si risolve, nell'elaborazione successiva, in una contrapposizione di due categorie di obbligazioni caratterizzate da una diversa intensità dell'*obstrictio* del debitore".

—no se puede, simultáneamente, cumplir exactamente, y no cumplir o no hacerlo exactamente por imposibilidad sobrevenida inimputable—, que *no pueden darse simultáneamente o conjuntamente* en un mismo caso, aunque si resulte factible que la defensa del deudor las utilice *alternativa o subsidiariamente* (en este último caso, para el supuesto del fracaso procesal de una de ellas) (63).

b<sup>4</sup>) También es falso que, en las obligaciones de medios, la culpa-negligencia del deudor sea fundamento de la responsabilidad contractual.

Como veíamos antes, presupuesto de todo juicio de responsabilidad contractual, es la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento de la obligación: la infracción en cualquier forma de la obligación (art. 1.101 Cc.), el incumplimiento material.

A este plano del incumplimiento material, pertenece la culpa-negligencia, como inexacto cumplimiento de una obligación de hacer de medios (el deudor no alcanzó, en la actividad de cumplimiento, el nivel de diligencia que le imponía la obligación no exactamente cumplida). Pero a este mismo plano pertenecen las restantes formas de contravenir una obligación de medios: la falta total o parcial de la prestación debida o su realización atrasada.

Si el incumplimiento material es *presupuesto necesario* de todo juicio de responsabilidad contractual, y tanto de la obligación de medios como de cualquier otra obligación, no es nunca, en cambio, *suficiente* para afirmar la responsabilidad contractual del deudor no cumplidor. Tras la constatación del incumplimiento material —a través de la actividad probatoria del acreedor que pretende la responsabilidad contractual—, queda por saber, si la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento está o no justificada: la consideración del límite de la responsabilidad contractual del deudor no cumplidor, a través de su carga probatoria: la contraprueba liberatoria. Límite de la responsabilidad contractual y contraprueba liberatoria que son los mismos, con carácter general, para todas las obligaciones y todas las formas de su contravención (arts. 1.105 y 1.182 y ss.).

Por eso, una vez fijada por el acreedor la culpa-negligencia del deudor en la actividad de cumplimiento de una obligación de medios, no queda afirmada definitivamente la responsabilidad contractual del deudor no exactamente cumplidor: éste puede todavía demostrar, que no ha prestado, en *la actividad de cumplimiento* de la obligación, la diligencia debida, porque ha sobrevenido una imposibilidad de prestarla, a él no imputable —con arreglo al criterio general de imputación: que él no ha podido diligentemente evitar: la diligencia que actúa en este segun-

---

(63) Una crítica de la utilización conjunta de estas dos causas de irresponsabilidad en la sent. 21 marzo 1950 (R.A. 394), puede verse en "Aspectos problemáticos" cit., pp. 40-41, en nota 14.



do plano del juicio de responsabilidad contractual-prueba liberatoria, es *para evitar el evento que impide cumplir o hacerlo exactamente*, y, en esta misma función, es aplicable, *ex arts. 1.105 y 1.182 y ss.*, a todas las obligaciones y todas las formas de contravenirlas; aquella otra función de la diligencia, en el plano del cumplimiento, y, *a sensu contrario*, del incumplimiento material (culpa-negligencia), del presupuesto del juicio de responsabilidad contractual, es exclusiva de las obligaciones de medios: las que tienen por objeto una conducta diligente—.

Esto que vale para el inexacto cumplimiento, como una forma de incumplimiento material de las obligaciones de medios, vale, como hemos visto, para las restantes (el deudor que no realizó en absoluto la prestación, que la realizó sólo en parte, que la realizó atrasadamente, no responderá de la falta de total, íntegro o puntual cumplimiento, cuando demuestre que obedecieron a una imposibilidad sobrevenida, a él no imputable, de cumplir total, íntegra o puntualmente), y también para todas las contravenciones de cualquier obligación (en particular, las de resultado: el deudor que no realiza total, íntegra, puntual o exactamente el resultado debido, no responde, cuando demuestra la imposibilidad sobrevenida de la totalidad, integridad, puntualidad o exactitud del cumplimiento).

El contenido diverso de las distintas obligaciones (de sus prestaciones), se refleja en el establecimiento de su infracción, de su falta de exacto cumplimiento: aplicando un *mismo principio general* (no hay exacto cumplimiento allí donde la prestación debida no se realiza en los términos de la obligación que la tiene por contenido) a los *diversos objetos* de cada obligación; pero esa diversidad de objetos (de prestaciones) deja inalterada la aplicación de los principios generales de responsabilidad y exoneración.

Por tanto, cuando se pretende hacer de la prueba por el acreedor de la culpa-negligencia del deudor en la actividad de cumplimiento de una obligación de medios, un fundamento irrefutable de responsabilidad contractual, se está confundiendo el plano del incumplimiento material (la falta de exacto cumplimiento), con el del juicio de responsabilidad contractual (límite de la responsabilidad contractual-prueba liberatoria). El parangón correcto a establecer, es también aquí, el que sitúa a las obligaciones de diverso contenido, en el mismo plano: la posición del deudor de una obligación de medios no exactamente cumplidor (negligente en el cumplimiento) es equiparable a la de un deudor de una obligación de resultado que no realiza exactamente el resultado debido: antes de afirmar la responsabilidad contractual de uno y otro, es preciso considerar, a través de la actividad probatoria del deudor no cumplidor —contraprueba liberatoria frente a la prueba del incumplimiento material—, el límite general de la responsabilidad contractual.

Desde este punto de vista que, salvando la confusión de planos, respeta, para todas las obligaciones y todas sus formas de contravención, los mismos principios generales de responsabilidad/exoneración, no sólo

se mantiene *siempre* la imposibilidad liberatoria-extintiva, el caso fortuito, como la única prueba liberatoria (*de verdad*) general, sino que, al mismo tiempo, y no en vano, mantenemos el incumplimiento de la obligación (la infracción de una obligación subsistente) como único fundamento general de la responsabilidad contractual: válido también, en particular, para las obligaciones de medios y para su inexacto cumplimiento [el razonamiento que a continuación se desarrolla para el inexacto cumplimiento, puede repetirse, *mutatis mutandis*, para *cualquier forma de contravención de cualquier obligación*]: el deudor no exactamente cumplidor de una obligación de medios —negligente en la actividad de cumplimiento de su obligación— responderá contractualmente [como cualquier otro deudor no exactamente cumplidor de cualquier otra obligación]: 1) cuando el exacto cumplimiento —la prestación del nivel de diligencia debido según la obligación no cumplida— sea posible; 2) cuando el exacto cumplimiento ha sobrevenido imposible por causa imputable al deudor no cumplidor; en uno y otro caso [1) y 2)], por falta de la imposibilidad liberatoria-extintiva (caso fortuito) con todos sus requisitos, nos hallamos ante una obligación que subsiste y subsiste no exactamente cumplida: ante el incumplimiento de la obligación como fundamento de la responsabilidad contractual.

En cambio, cuando existe inexacto cumplimiento en una obligación de medios (negligencia en la actividad de cumplimiento), [o en cualquier otra obligación], pero ello obedece a una imposibilidad sobrevenida, no imputable al deudor no cumplidor, de la exactitud del cumplimiento (de alcanzar la diligencia que impone la obligación al deudor en su conducta de cumplimiento), el deudor no exactamente cumplidor no responde, pese a la falta de exacto cumplimiento, y no responde porque la obligación no exactamente cumplida (con el nivel de diligencia que imponía) se extinguió.

Por eso, como he dicho en otro lugar (64), y siguiendo la opinión de MENGONI (65), en la medida en que la culpa-negligencia del deudor no exactamente cumplidor de una obligación de medios, no siempre desemboca en responsabilidad contractual (no, cuando está justificada por caso fortuito), no siempre entraña un *verdadero incumplimiento* (el que

(64) Vid., p. ej., *La responsabilidad contractual* cit., p. 179 y ss.

(65) Últimamente, *voz cit.*, p. 1.097, y ya anteriormente, “Obbligazioni” cit., pp. 312-313 [cfr. *retro*, fragmentos transcritos en nota 52], y p. 366 y ss., espec., pp. 375-376: “la dimostrazione che il debitore non si è adeguato ai criteri di condotta propri dell’ideale *bonus vir*, assunto come termine di raffronto, non implica affatto la risultanza definitiva della colpa, ma soltanto della materialità dell’inadempimento, del momento oggettivo della violazione dell’obbligo...a norma dell’art. 1.218 Cciv. it. (1.147 Cod. Nap.), allorché il cliente abbia provato che il medico non ha eseguito l’operazione a regola d’arte, non ha osservato le normali regole diagnostiche, ha adoperato apparecchi antiquati, ecc., non basta al convenuto provare la carenza di colpa ma occorre che provi l’impossibilità oggettiva di eseguire una prestazione tecnica regolare, sopravvenuta per causa a lui non imputabile”.

Cfr. los demás autores citados *retro*. en la nota 52.

resulta definitivamente de la consideración del límite de la responsabilidad contractual: no hay incumplimiento, *sino extinción de la obligación no cumplida*, en el supuesto de caso fortuito), la afirmación de que “*incumplimiento es igual a culpa del deudor*”, no es verdad, ni siquiera para las obligaciones de medios, y ni aun siquiera para la sola forma de contravención de su inexacto cumplimiento [para las restantes formas de contravención, es falsa con mayor evidencia]. En cambio, esa misma afirmación (*incumplimiento = culpa-negligencia*), sí es cierta, sólo por lo que se refiere al *inexacto cumplimiento* como *una* de las formas de contravención de las *solas* obligaciones de medios, en el terreno del *incumplimiento material*, que deja imprejuzgada la aplicación de las reglas generales de responsabilidad/exoneración, de la que es presupuesto necesario.

Por contra, es, precisamente, del error de situar la culpa-negligencia en el cumplimiento de un deudor de una obligación de medios, en el terreno del juicio de la responsabilidad contractual (y no en el del incumplimiento material), del que nacen los conocidos (y ya criticados) errores de 1) convertir la culpa en fundamento de la responsabilidad contractual del deudor; 2) convertir la ausencia de culpa en prueba liberatoria del deudor.

En definitiva, y como resulta de todo lo dicho [*sub A*) y *sub B*)], la ausencia de culpa-diligencia, ni es prueba liberatoria-límite de la responsabilidad contractual de la obligación de medios, ni de ninguna otra obligación, y ni para el inexacto cumplimiento, ni para ninguna otra forma de infracción de la obligación.

Las reglas generales de responsabilidad/exoneración: la prueba liberatoria-límite de la responsabilidad contractual y el fundamento de la responsabilidad contractual, son siempre, con carácter general, los mismos para toda obligación y toda forma de su contravención.

El contenido específico de la prestación de las obligaciones de hacer de medios, se revela en el terreno de su cumplimiento y, *a sensu contrario*, de su infracción: inexacto cumplimiento; pero esta primera función específica de la diligencia como criterio de exacto cumplimiento de las *solas* obligaciones de medios, es compatible con, y presupuesto de, la aplicación de las reglas generales de la responsabilidad contractual: por ello, el deudor no exactamente cumplidor de una obligación de medios, responde contractualmente mientras el cumplimiento o exacto cumplimiento es posible [la obligación de hacer de medios, como cualquiera otra, se debe mientras la prestación es posible, mientras subsiste su eficacia vinculante; y la imposibilidad de esa prestación —el evento impeditivo del cumplimiento o exacto cumplimiento—, como de cualquier otra, se determina, como regla, al margen de la norma de conducta diligente del deudor *ex art. 1.104 Cc.*], o si han sobrevenido imposibles (*in natura*) por su culpa, pero no cuando lo hayan hecho sin ella [segunda función de la diligencia, como norma de conducta del deudor,

referida no ya a la actividad de cumplimiento de la obligación, sino a la instrumental-accesoria de ésta, también debida, de preservación por el deudor de la posibilidad del cumplimiento o exacto cumplimiento (de evitación de los eventos que puedan sobrevenidamente afectarla). Esta segunda función de la diligencia es común a todas las obligaciones, sea cual fuere su objeto (66)].

---

(66) Por lo que hace a la posición de la *jurisprudencia*, se orienta claramente en el sentido aquí defendido, la jurisprudencia italiana. Dos ejemplos: *Cass.* 28 abril 1961 cit., [*Giur. it.*, I, 1, 1962, col. 1.247 y ss., con nota de LEGA, y allí, col. 1.255]: “la giurisprudenza è costante nell’affermare che, in materia di responsabilità del prestatore d’opera intellettuale, il cliente è tenuto a provare non solo di aver sofferto un danno, ma anche che questo è stato cagionato dalla insufficiente o inadeguata attività, e cioè dalla difettosa esecuzione della prestazione del professionista, *rimanendo a carico di quest’ultimo la dimostrazione della impossibilità a lui non imputabile della perfetta esecuzione della prestazione*”; *Cass.* 21 diciembre 1978 (*Giur. it.*, 1979, I, 1, cols. 953 y ss., y allí col. 958): “incombe al cliente, il quale assuma di avere subito un danno, l’onere di provare la difettosa o inadeguata prestazione professionale, l’esistenza del danno ed il rapporto di causalità tra la difettosa o inadeguata prestazione professionale e il danno, *mentre incombe al professionista l’onere di provare l’impossibilità, a lui non imputabile, della perfetta esecuzione della prestazione*”.

Estas dos sentencias, y alguna otra, ya las había manejado en “Aspectos problemáticos” cit., pp. 65-66. Otras muestras de esta jurisprudencia italiana “*molto netta*”, pueden encontrarse en VISINTINI, op. cit., pp. 180-181, en nota 158 (y vid., también, el texto inequívoco de esta autora, transcrito *retro*, en nota 52). El planteamiento, pues, es claro: distinción, también para las obligaciones de medios y su inexacto cumplimiento, entre el plano del incumplimiento material (del defecto de exacto cumplimiento) y el del incumplimiento definitivo (“imputable”): prueba del incumplimiento material a cargo del acreedor que pretende la responsabilidad contractual y posibilidad de contraprueba liberatoria a cargo del deudor no-cumplidor.

En España, últimamente, *parece* aludir a la posibilidad de la contraprueba liberatoria general, por parte del deudor no exactamente cumplidor de una obligación de medios, frente a la prueba del incumplimiento material (no exacto cumplimiento: culpa, negligencia), por parte del acreedor, la sent. cit. 26 mayo 1986 (*R.A.* 2.824): “por ello [por ser la obligación del médico normalmente sólo de medios] su responsabilidad ha de basarse en una culpa incontestable, es decir, patente, que revele un desconocimiento cierto de sus deberes, *sin que se pueda exigir al facultativo el vencer dificultades que puedan ser equiparadas a la imposibilidad*, por exigir sacrificios desproporcionados o por otros motivos”.

A propósito de la sentencia italiana citada, *Cass.* 21 diciembre 1978, y refiriéndose a mi precedente trabajo arriba citado, escribe YZQUIERDO, op. cit., p. 311, nota 43: “obsérvese que la sentencia comentada por Jordano, admite lo que éste no hace: la categoría de la ausencia de culpa (*avere eseguito adeguatamente e diligentemente la prestazione*), como diferente del caso fortuito (*evento imprevisto ed imprevedibile*)”.

Por mi parte, observo:

a) Que la ausencia de culpa-diligencia del deudor, a que se refiere la sentencia italiana, no es sino la prueba del cumplimiento de una obligación de medios, con arreglo al propio contenido de su prestación. Prueba que da su deudor para evitar la planteabilidad misma de toda cuestión de responsabilidad contractual: el deudor discute al acreedor el hecho mismo de la contravención de la obligación, del incumplimiento material (de la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento). El deudor demandado de responsabilidad contractual discute, así, en suma, el hecho constitutivo de la pretensión (resarcitoria) de

VII. REPERCUSIONES DE TODO LO ANTERIOR EN EL TERRENO DE LA CARGA DE LA PRUEBA. A) CARGA DE LA PRUEBA DEL ACREEDOR QUE PRETENDE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL; y B) CARGA PROBATORIA DEL DEUDOR NO CUMPLIDOR QUE PRETENDE ELUDIRLA

El principio general de la carga de la prueba, es que al actor incumbe la prueba de los hechos en que fundamenta su pretensión: *hechos constitutivos* de la misma; mientras que al demandado, la de aquellos otros que sirven para desvirtuarla o neutralizarla (hechos *obstativos* o *extintivos* de la pretensión actora, que, desde otro punto de vista, son constitutivos de la pretensión defensiva del demandado). Esta norma se formula así, en esos términos tan generales, en las codificaciones más modernas (p. ej., el art. 2.697 C. civ. it.), mientras que en las menos recientes, tal principio general, ha de *inducirse* de su aplicación legislativa a una singular pretensión: la de cumplimiento de la obligación (art. 1.214 Cc. = 1.315 Cc. fr.).

La norma general de la carga de la prueba, explicitada o inducida, es una norma *procesal*, que señala al Juez el modo de resolver la *litis*, para el caso de falta o insuficiencia de prueba de un determinado hecho (constitutivo o extintivo): precisamente, contra la parte procesal onerada con su prueba. Se trata, por ello, como dice la más autorizada doctrina, de una norma procesal sobre el riesgo de la falta o insuficiencia de prueba, a cuyos efectos, por tanto, lo importante, para eludir sus

---

su acreedor. No se trata, por tanto, de una prueba liberatoria del deudor *no cumplidor* o *no exactamente cumplidor*: pues la prueba liberatoria es contrapueba de la prueba del incumplimiento material: presupone éste *probado, establecido*; mientras que el deudor que ha *cumplido exactamente*, excluye en todo caso el juicio de responsabilidad contractual: la posibilidad y necesidad de la (contra) prueba liberatoria.

En suma, me parece que aquí, como en otros lugares de su obra (op. cit., pp. 289 y 302-303 —vid. *retro*, nota 55—), YZQUIERDO confunde, en los términos ya criticados, la prueba del cumplimiento de las obligaciones de medios (ausencia de culpa del deudor en la actividad de cumplimiento), con la prueba liberatoria que presupone, por contra, necesariamente la falta de exacto cumplimiento.

Y *b)* Que la transcrita sentencia italiana en cuestión, como las demás citadas, admite para las obligaciones de medios, con toda claridad (para realizarla me he permitido subrayar los correspondientes párrafos), como *verdadera prueba liberatoria* —la que presupone la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento del deudor—, la del caso fortuito o imposibilidad liberatoria. Y aquí, sí, lo que admite la sentencia italiana, ni lo parece advertir, ni lo admite YZQUIERDO (vid., op. cit., pp. 202, 288-289, 293 y nota 79, 300, 301, 304, 305); mientras para la sentencia italiana, como para mí, el deudor no cumplidor o no exactamente cumplidor de una obligación de medios, como el de cualquier otra obligación, puede eludir todavía su responsabilidad contractual, a través de la *verdadera* prueba liberatoria general del caso fortuito o imposibilidad liberatoria del cumplimiento o exacto cumplimiento; para YZQUIERDO ese mismo deudor no cumplidor de una obligación de medios, ya no puede de ninguna forma eludir tal responsabilidad.

consecuencias perjudiciales, es que los hechos en que se apoyan las pretensiones de cada parte procesal, aparezcan suficientemente probados, aunque no sea por su propia iniciativa: también por la actividad probatoria de oficio del Juez, o la (incauta) actividad probatoria de la contraparte. Por esto último, no es del todo exacto decir, que cuando un determinado hecho es carga probatoria de una determinada parte procesal, a ella incumbe probarlo: es más exacto decir, que ella soporta el riesgo de la falta o insuficiencia de su prueba. Con todo, la primera forma de expresión es aproximativamente exacta: la parte procesal onerada con la carga de la prueba de un determinado hecho, es la más interesada en darla, y normalmente será por su iniciativa que se dé (pues ni puede confiar por sistema en el descuido probatorio de su contraparte, ni en la limitada indagación *ex officio* de los hechos que se da en el proceso civil). Cuando esta forma de expresión (sólo aproximadamente exacta) se use en lo sucesivo, dése por repetida la antedicha advertencia.

Aquella norma general procesal de la carga de la prueba, es, precisamente por su carácter procesal, una norma *neutra* desde la perspectiva del Derecho sustantivo. Lo cual quiere decir, que la aplicación de tal norma general procesal *presupone*, lógicamente, la previa calificación de los hechos a probar, como constitutivos o extintivos-obstativos, pero tal calificación no se hace por el Derecho procesal, sino que ese Derecho remite al Derecho sustantivo: es éste el que señala, para cada pretensión, su hecho constitutivo y su hecho obstativo, y sobre tal calificación extraprocésal, opera la aplicación de la norma general procesal, que la *presupone*.

Pues bien, para abordar la concreta pretensión de responsabilidad contractual que ahora nos ocupa, habremos de partir, por tanto, de lo que, según el Código civil, es para el acreedor fundamento o hecho constitutivo de su pretensión resarcitoria, y de lo que, por contra, es, también según el Código civil, hecho obstativo-extintivo de tal pretensión, o, lo que es lo mismo, hecho constitutivo de la pretensión liberatoria o exoneratoria del deudor no cumplidor.

#### **a) Carga probatoria del acreedor que pretende la responsabilidad contractual**

Como he explicado más detenidamente en otros lugares (67), el hecho constitutivo de la pretensión resarcitoria del acreedor que reclama la responsabilidad contractual, es la infracción de la obligación, el incumplimiento material o como hecho: la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento. Así se desprende del art. 1.101 Cc., la norma sus-

---

(67) Vid. *La responsabilidad contractual* cit., p. 249 y ss. (y ya en pp. 180-181), y “Aspectos problemáticos” cit., p. 61 y ss. Así, también, muy particularmente, MENGONI, “*Obbligazioni*” cit., p. 366 y ss., y allí, espec., pp. 373-374.

tantiva que contempla tal pretensión. (El acreedor que no pueda probar el incumplimiento material, podrá siempre pedir, probando la obligación del deudor, el cumplimiento, pero no la indemnización de otros daños; a distinto fundamento de la pretensión —obligación infringida/obligación existente—, se corresponde también un contenido distinto de la pretensión creditoria —responsabilidad contractual/cumplimiento—).

Con arreglo al art. 1.101 Cc., por tanto, al acreedor le basta la simple prueba de la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento, mientras que, con arreglo a los arts. 1.105 y 1.182 y ss., es al deudor no cumplidor o no exactamente cumplidor, a quien incumbe, frente a tal prueba, la específica contraprueba liberatoria de la imposibilidad liberatoria-extintiva/caso fortuito. Si la responsabilidad contractual se desencadena, como consecuencia de un incumplimiento determinado después de la consideración del límite de la responsabilidad contractual, de las aludidas normas, en combinación con el principio general de la carga de la prueba inducible del art. 1.214 Cc., resulta, que la determinación *definitiva* del incumplimiento (“imputable”), es un riesgo probatorio del deudor no cumplidor (a cuya actividad probatoria se abandona la consideración de aquel límite); a su acreedor le basta probar el incumplimiento material, la falta de cumplimiento o exacto cumplimiento: la prueba *inicial* del incumplimiento (cuya relevancia jurídica, en orden a desencadenar la responsabilidad contractual, puede todavía, *posteriormente*, ser desvirtuada por el deudor no cumplidor, a base de la contraprueba liberatoria).

Al acreedor que pretende la responsabilidad contractual incumbe probar, por tanto, (o, mejor, como sabemos, la ley le adosa el riesgo de la falta o insuficiencia de la prueba de) estos hechos: 1) la obligación que le une al deudor (el hecho o causa que la origina); 2) la infracción de tal obligación, su no cumplimiento o no exacto cumplimiento, en cualquiera de sus formas, por parte del deudor; y 3) Los daños que hayan derivado de esa infracción: prueba tanto de su *importe*, como de su *derivación causal* de aquélla. [Evidentemente, cuando la prestación no se ha realizado en absoluto, en parte, exactamente o puntualmente, la prueba del daño *no* se refiere a la prestación entera, la parte no realizada, los elementos de exactitud que faltan, *in natura* (si es todavía posible), o su valor (si ha sobrevenido imposible, sin que el deudor no cumplidor haya demostrado la inimputabilidad a él, de la concreta causa de esa imposibilidad sobrevenida), pues tal prestación (total, íntegra, exacta) sigue siendo debida —objeto del subsistente deber de cumplir a cargo del deudor—, *sino* a los demás daños que derivan del incumplimiento].

Sobre la base de unos *mismos* principios generales (art. 1.101, en conexión con el art. 1.214 Cc.), se llega a idénticas consecuencias, por lo que respecta a la carga probatoria del acreedor, tanto en las obligaciones de medios, como en las de resultado.

El acreedor de una obligación de resultado que pretende la respon-

sabilidad contractual de su deudor, habrá de probar, aparte de los otros aspectos indiscutidos arriba expuestos, la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento de su deudor: la no realización en absoluto, la realización sólo parcial, la no exacta realización, o la impuntual realización del resultado debido.

Del mismo modo, el acreedor de una obligación de medios que pretende la responsabilidad contractual de su deudor, junto a los restantes elementos indiscutidos, deberá probar el incumplimiento material de la obligación: la no prestación en absoluto de la conducta diligente debida, la realización sólo parcial de la conducta diligente debida, la realización atrasada de la conducta diligente debida, o la no exacta realización de la conducta diligente debida: o sea, que la conducta *de cumplimiento* del deudor, no alcanzó el nivel de diligencia debido, según la obligación. Esto último, es la culpa o negligencia del deudor (*en la actividad de cumplimiento*), como inexacto cumplimiento de la obligación de medios, como forma de incumplimiento material de tal obligación, y contenido, por tanto, de la carga probatoria del acreedor (68).

---

(68) Es afirmación doctrinal corriente, en efecto, que el acreedor de una obligación de medios que pretende la responsabilidad contractual de su deudor, ha de probar (además de los otros elementos indiscutidos: daños, nexos causal) la culpa o negligencia de éste en el cumplimiento, que denuncia como base de su pretensión. Vid., p. ej., MENGONI, "Obbligazioni" cit., pp. 372-373, 375-376, 380 y ss.; voz cit., p. 1.097; DI MAJO, op. cit., pp. 461-462; VISINTINI, op. cit., pp. 180-181 (*retro*, en nota 52); YZQUIERDO, op. cit., pp. 301-302; ATAZ, op. cit., p. 171; WEILL/TERRÉ, op. cit., pp. 4, 443-444 y 447; MARTY/RAYNAUD, op. cit., 1, p. 673. Mi postura puede verse desarrollada en *La responsabilidad contractual* cit., p. 266 y ss., y "Aspectos problemáticos" cit., p. 61 y ss., espec., p. 64 y ss.

La doctrina sobre la carga probatoria del acreedor de una obligación de medios que pretende la responsabilidad contractual de su deudor, se halla, como ya he indicado (*vid. retro*, nota 66), particularmente asentada en la *jurisprudencia italiana*. A lo ya dicho entonces, me limitaré a agregar ahora la doctrina de otras dos sentencias italianas, en los términos transcritos por DI MAJO (op. cit., p. 487 y nota 7): "si impone così al cliente di dimostrare, oltre che la esistenza del danno, anche il rapporto di causalità tra la difettosa o inadeguata prestazione professionale e il danno, mentre incombe al professionista il dimostrare l'impossibilità, a lui non imputabile, della perfetta esecuzione della prestazione dovuta. Vd. Cass. 18 giugno 1975 (*Mass. For. it.*, 1975, n.º 2.439). [Esta primera sentencia, ya la había manejado yo en "Aspectos problemáticos" cit., *vid.*, pp. 45, nota 22, y 66, nota 54]. Secondo Cass. 5 agosto 1985 (*Mass. For. it.*, 1985, n.º 4.386) grava sul committente l'onere di provare non solo di avere sofferto un danno ma anche che questo sia stato cagionato da insufficienza dell'opera svolta dal professionista, mentre rimane a carico di quest'ultimo l'onere di dimostrare l'impossibilità a lui non imputabile della perfetta esecuzione della prestazione".

También es clara, al respecto, la posición de la más reciente *jurisprudencia española* referida a la responsabilidad del médico: el paciente (o sus herederos) que pretende la responsabilidad de aquél, no sólo ha de probar el daño sufrido (las lesiones, o secuelas producidas por el tratamiento u operación), sino también la infracción de las normas del buen hacer profesional, con arreglo al estado actual de la ciencia, o de las normas deontológicas (la negligencia o culpa profesional), y el nexo causal entre el daño probado y la



La necesidad de probar por el acreedor la culpa del deudor, en las obligaciones de medios, no nace, en suma, ni de una norma sustantiva, ni de una norma procesal específicas, sino de aplicar a su no exacto cumplimiento, los *mismos* principios que a las restantes formas de contra-

---

infracción denunciada del médico-deudor (o auxiliar del deudor-principal: ente clínico, público o privado). De esa *necesidad de prueba* de la negligencia denunciada, resulta, en correcta aplicación de los principios generales de la carga de la prueba, que la falta o insuficiencia de prueba de la misma, conduce a la denegación de la responsabilidad del médico-demandado: el acreedor-paciente no ha colmado la carga probatoria que sobre él pesaba: la del hecho constitutivo de su pretensión de responsabilidad: la insuficiencia o falta de tal prueba es un riesgo procesal suyo.

Así, por ejemplo, la sent. 26 mayo 1986 (R.A. 2.824) —*vid. retro*, nota 32—, al no resultar probada la culpa-negligencia del cirujano-demandado, lo absuelve de responsabilidad. La carga probatoria del acreedor-demandante de responsabilidad se afirma especialmente, al decir: “por ello [al ser la obligación del médico normalmente de medios] su responsabilidad ha de basarse en una culpa *incontestable*, es decir *patente*, que revele un desconocimiento cierto de sus deberes”. Esta misma sentencia pone de relieve, cómo también es necesario —y pertenece a la carga probatoria del acreedor-paciente— el nexo causal entre el daño y la negligencia del médico, estableciéndose, en el caso de la sentencia, una causalidad diversa del daño: “no aparece un nexo evidente entre la conducta del agente y el resultado sobrevenido, prescindiendo de las circunstancias de enfermedad prolongada y del quebrantamiento del organismo debido a ello y de lo avanzado de aquélla, como lo pusieron de relieve las repetidas intervenciones quirúrgicas que sufrió”. Más claramente aún, sent. 13 julio 1987 (R.A. 5.488): “*porque la culpa del médico y la relación causal entre la culpa y el daño sobrevenido incumbe probarla al paciente* o a sus herederos o representantes legales [o voluntarios, claro]”. Por tanto, al no resultar de la prueba del acreedor-paciente, suficientemente, la culpa-negligencia de los médicos-demandados, se absuelve a éstos de la pretendida responsabilidad: “en el caso debatido los fundamentos fácticos no dan base para afirmar una culpa o negligencia del médico cirujano ni del anestesista, y la prueba a cargo del demandante no ha conseguido llegar a la conclusión que el recurso establece, alterando los hechos probados ante el Juez de Primera Instancia”. Tampoco en la sent. 12 febrero 1988 (R.A. 943), resultó de la prueba del actor que pretendía la responsabilidad, la culpa-negligencia de los médicos demandados, que fueron, igualmente, absueltos de la demanda (*vid. retro*, nota 32). Sent. 12 julio 1988 (R.A. 5.991): “*estando, por tanto, a cargo del paciente la prueba de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa, ya que a la relación causal material o física, ha de sumarse el reproche culpabilístico*”, y, por tanto, “cuando, por el contrario, no fue posible establecer la relación de causalidad o el resultado dañoso no depende de una conducta culposa, no hay responsabilidad sanitaria”; sent. 7 febrero 1990 (R.A. 668): “la culpa que ésta (la paciente) atribuye ha de resultar probada mediante la justificación de no haber empleado el médico la diligencia exigible en su actuar profesional...cuando el resultado no deseado no se acredita fuese debido a un comportamiento culposo o negligente en el actuar médico, sino a una imprevisible complicación surgida enteramente ajena al precitado médico actuante en la intervención quirúrgica de que se trata, y por tanto a la correcta intervención quirúrgica realizada y que le fue encomendada...”, entonces, procede, como en el caso de la sentencia, la absolución del médico, de toda responsabilidad por los resultados de la operación o tratamiento; sent. 12 febrero 1990 (R.A. 677): “*la culpa del médico y la relación causal entre la culpa y el daño, incumbe probarla al paciente...por lo que su responsabilidad (del médico) ha de basarse en una culpa incontestable, es decir, patente*”.

A propósito de la carga probatoria del acreedor que pretende la responsabilidad contractual de su deudor en las obligaciones de medios, es detectable un movimiento jurís-

cción, válidos para las obligaciones de medios y cualquier otra obligación: el acreedor que pretende la responsabilidad contractual, ha de probar la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento de la obligación, y es el contenido específico de la prestación en las obligaciones de

---

prudencial y doctrinal, especialmente en el caso de la prestación médica, que tiende a aliviarla por razones de equidad: la especial sensibilidad hacia los bienes (salud, integridad personal, vida) que la prestación sanitaria desatenta pone en peligro, y la dificultad que para el actor, ajeno al mundo profesional de la medicina, puede entrañar el establecer la negligencia técnica del médico.

Los instrumentos de esa flexibilización de la carga probatoria del acreedor, son fundamentalmente dos: 1) la técnica de la presunción simple o *praesumptio hominis* como prueba indiciaria o indirecta de la negligencia (técnica o profesional) del médico; y 2) la generosidad interpretativa en el establecimiento del nexo causal entre actuación sanitaria y daño experimentado por el paciente. De ambos fenómenos —1) y 2)—, me he ocupado ya, en “Aspectos problemáticos” cit., p. 75 y ss. Vid., también, YZQUIERDO, op. cit., p. 305 y ss. Comp. DI MAJO, op. cit., p. 487: “taluni intravedono nella prova che fa carico al creditore-cliente (en las prestaciones profesionales como típicas obligaciones de medios) l'eccessivo aggravio di dovere dimostrare il mancato rispetto di regole o di criteri che sono per lo più sconosciuti a chi non è parte della professione considerata”.

Respecto del primero de esos fenómenos, siempre se podrá decir, que el acreedor no es dispensado de su carga probatoria, *tiene que probar los hechos* en que se apoya la presunción simple, y ésta, a su vez, es un medio de prueba, legalmente reconocido (art. 1.253 Cc.), tan válido como otro cualquiera, para probar (aunque sea *indirecta* o *mediatamente*) la culpa-negligencia del deudor (cfr. MENGONI, voz cit., nota 167, pp. 1.097-1.098; y “Aspectos problemáticos” cit., nota 74, p. 79).

Pero lo cierto es, que *fáctica* o *sustancialmente*, por la vía de la masiva utilización de la presunción simple, el paciente-acreedor puede pretender la responsabilidad del médico, sobre la base del daño resultante de la operación o tratamiento (del que, a su vez, se *infiere*, con generosidad mayor o menor, en determinadas circunstancias, la culpa del facultativo: en especial, cuando se trata de un tratamiento fácil, o que normalmente no trae complicaciones, o no tan graves como las finalmente producidas): es decir, *fáctica* o *sustancialmente*, la responsabilidad del médico se establece sobre la falta de un resultado (la curación), que *no es debido, como si ése* (que *no lo es, sino una conducta diligente, técnicamente correcta*) fuese el resultado debido (cfr. “Aspectos problemáticos” cit., pp. 79-80).

Entre la jurisprudencia reciente, cabe apuntar a esa tendencia de alivio de la carga probatoria del acreedor que pretende la responsabilidad contractual del médico, por la vía de la utilización de la presunción simple, la sent. 12 julio 1988 (R.A. 5.991): “Se advierte que el tratamiento del enfermo demandante y aquí recurrente fue inequívocamente desafortunado ya que, iniciado a partir de una apendicitis, concluyó con el saldo final de las gravísimas e irreversibles secuelas antes referidas. Ese resultado final, llamativamente negativo, *no puede menos que tomarse* [a efectos de prueba, añadido] *en la adecuada consideración valorativa que el recurso requiere...el clamoroso resultado que, en sí mismo, constituye la prueba de la culpa o negligencia de que depende*”. (Ese “clamoroso resultado”, consistió en que, al pobre paciente, lo dejaron literalmente hecho unos zorros: “paralítico de una pierna”, “pérdida casi por completo de la audición”, “pérdida casi completa de la capacidad de emitir sonidos articulados y palabras”, “pérdida casi completa del sentido del equilibrio”, “grave disminución de la capacidad mental”, “extirpación de la vesícula”, “pérdida de la movilidad y fuerza del brazo derecho”...). Más recientemente aún, existe una consagración explícita de la técnica probatoria de la presunción simple, a los efectos de inferir la negligencia médica: sent. 12 febrero 1990 (R.A. 677): “establecida la relación cau-

medios (una determinada conducta diligente), el que, a su vez, por fuerza, ha de reflejarse en el contenido de la prueba del acreedor, si éste denuncia la inexactitud de la conducta de cumplimiento de su deudor: inexactitud que, con arreglo a los *principios generales* (arts. 1.101, 1.214 Cc.), ha de demostrar, y que, con arreglo al *contenido específico* de la prestación debida por su deudor, no puede ser sino la culpa-negligencia de éste (o sea, el no haber alcanzado, en la conducta de cumplimiento, el nivel de diligencia debido).

---

sal entre aquella acción y este resultado, en lo que, por la proximidad temporal entre el acto operatorio y el defecto subsiguiente (parálisis facial), están de acuerdo todos los peritos que han informado en el proceso, y afirmándose en las referidas probanzas que la intervención aunque se desarrollaba en las proximidades del nervio facial no incidía ni tenía por qué incidir sobre él directamente, parece indudable sobre tales bases puede sentarse la presunción de que hubo en el acto operatorio algún descuido, por leve que pudiera haber sido, originador del edema que dañó el nervio... 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 puede aplicarse a varias circunstancias, y si bien es cierto que la resolución que se recurre utiliza en este caso la prueba de presunciones, como último eslabón de la cadena probatoria del nexo causal, al razonar que aunque la intervención se desarrollaba en las proximidades del nervio facial no incidía ni tenía que incidir sobre él directamente, así como que dado que no se ha acreditado en absoluto el concurso de alguna otra causa externa o una anómala e imprevisible reacción orgánica del paciente, susceptibles de producir tal efecto, puede sentarse la conclusión presuntiva de que hubo en el acto operatorio algún descuido, por leve que pudiera haber sido, originador del edema que dañó el nervio, también lo es 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 de enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano, que no son otras que las de la lógica, los hechos demostrados y aquellos otros que se trata de deducir, y no cabe duda que el razonamiento deductivo de la Sala, en el supuesto que nos ocupa, en modo alguno puede ser calificado de ilógico o contrario a ley alguna...quien (el médico) al practicar una intervención en que no tenía por qué resultar afectado el nervio facial, actuó de tal modo que el mismo quedó afectado, produciéndose un edema que no cabe imputar a circunstancia alguna distinta, lo que implica la negligencia que la resolución recurrida le imputa”.

No obstante, el desarrollo jurisprudencial reciente más espectacular, en materia de aligeración de la carga probatoria del paciente-actor que pretende la responsabilidad médica, se ha producido en el terreno extracontractual, al aplicársele a ésta, la misma doctrina de la inversión de la carga probatoria de la culpa que el TS construye sobre el art. 1.902 Cc.: por primera vez, que me conste —cfr., también, nota de GARCÍA CANTERO en ADC, 1990, p. 650—, sent. 17 junio 1989 (R.A. 4.696): “aplica la Sala de Instancia la doctrina sobre la inversión de la carga de la prueba en supuestos de culpa extracontractual...que no se basa en una presunción de culpabilidad, sino en el supuesto de que una persona maneja dispositivos (en el caso que nos ocupa, fármacos [se trataba de un médico anestesista]) objetivamente peligrosos para los demás, produciéndose un resultado dañoso en los perceptores, es a quienes los manejan a los que corresponde probar la diligencia en su uso, pues no resultaría lógico exigir a los perjudicados que acreditaran, salvo la realidad del daño, circunstancias y causas que les son ajenas, al alcance, en cambio, del médico anestesista que, por cuanto antecede, no ha probado el agotamiento en su diligencia, en supuesto en el que la naturaleza de los hechos requiere que las normas sobre la distribución de la carga de la prueba se interpreten con cierta flexibilidad”.

En la doctrina, y particularmente en la doctrina francesa, en cambio —a mi modo de ver, y por lo ya dicho, sin justificación—, se tiende a presentar el panorama de la carga probatoria del acreedor que pretende la responsabilidad contractual, según se trate de obligaciones de medios o de resultado, como si respondiese en cada caso a principios diversos y hasta contrarios.

Dos serían las formas de presentar esa supuesta contraposición de las dos categorías de obligaciones, en el terreno de la carga probatoria del acreedor que pretende la responsabilidad contractual:

1) La más frecuente —que es, también, la más inocua—, parte de que, en las obligaciones de resultado al acreedor que pretende la responsabilidad contractual, le basta con probar la no realización o la parcial o atrasada o no exacta realización de la prestación debida. Sobre la base de tal prueba, el acreedor puede pretender la responsabilidad contractual, porque, con ella, la culpa de su deudor *se presume (faute présumée)*, sin que tenga que probar ésta. En cambio, en las obligaciones de medios, el acreedor que pretende la responsabilidad contractual de su deudor, habría de probar, en todo caso, la culpa de éste (*faute prouvée*) (69).

En esta primera forma de contraposición, como se desprende de lo previamente dicho, nos hallamos ante una contraposición *sólo aparente* del régimen de la carga probatoria del acreedor que pretende la responsabilidad contractual en las obligaciones de medios y de resultado. (Es decir, bajo el ropaje de la pretendida contraposición, se esconde, aunque no se sea consciente de ello por quienes así contraponen, una identidad sustancial de principios).

Quienes de tal modo se expresan, no se han percatado de:

a) Que la prueba de la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento en las obligaciones de resultado, es la prueba del incumplimiento material, que, con arreglo a los principios generales: art. 1.101 Cc. y norma general de la carga de la prueba inducible del art. 1.214 Cc. (1.315 Cc. fr.), incumbe, efectivamente, probar al acreedor que pretende la responsabilidad contractual.

b) Que la prueba de la culpa-negligencia del deudor en la *actividad de cumplimiento* de una obligación de medios, no es otra cosa, que la prueba de una *concreta forma* de infracción (el inexacto cumplimiento) de tal obligación, con arreglo al contenido específico —el objeto— de esa misma obligación, que, del mismo modo que en las obligaciones de resultado, y, conforme a los mismos principios generales (arts. 1.101, 1.214 Cc.), incumbe probar, también, al acreedor que pretende la responsabilidad contractual.

---

(69) Cfr. LÉGIER, voz cit., n.º 59; DERRIDA, voz cit., n.º 49; WEILL/TERRÉ, op. cit., pp. 4, 442-443, 444, 446-447; MAZEAUD/CHABAS, *Leçons de Droit civil*, II, vol. 1, Paris, 1978 (6.º ed.), pp. 346-347, 416-417, y 418-419.

La necesidad de probar la culpa en la *actividad de cumplimiento* de una obligación de medios, no sólo no deriva de la falta de aplicación del art. 1.214 C.c.(1.315 Cc. fr.), sino que es consecuencia de su aplicación (o mejor, de la de la norma general de él inducible), a la calificación que el art. 1.101 Cc. hace del cumplimiento inexacto de cualquier obligación (y, en particular, el de la de medios: la culpa en la actividad de cumplimiento), como hecho constitutivo de la pretensión de responsabilidad contractual del acreedor que lo denuncia.

c) Que en las obligaciones de medios, como en las restantes obligaciones, existen, además del inexacto cumplimiento, otras formas de contravenir las: falta total o parcial de cumplimiento, cumplimiento atrasado; formas de contravención, que, en aplicación de los mismos principios generales: 1.101 Cc. y 1.214 Cc. —que, tampoco aquí dejan de aplicarse—, también incumbe probar al acreedor que pretende la consiguiente responsabilidad contractual (acreedor que tendrá que probar, así, y en el ámbito de las obligaciones de medios, algo distinto de la culpa del deudor: la concreta infracción del deudor por él denunciada).

*En resumen:* lo que el acreedor que pretende la responsabilidad contractual tiene que probar, sea cual fuere la obligación de su deudor, es la infracción, en base a la cual reclama, y ello, en todo caso, en la aplicación de los mismos principios (arts. 1.214 y 1.101 Cc.): lo que hace variar el contenido de la prueba del acreedor, no es la aplicación de las *mismas* normas sustantivas y procesales a *prestaciones con diverso contenido* y a las *distintas formas posibles de infringir la obligación*.

2) La segunda forma de supuesta contraposición, en el terreno de la carga probatoria del acreedor que pretende la responsabilidad contractual, entre obligaciones de medios y de resultado, entraña, en cambio, a mi juicio, un verdadero error en el planteamiento de fondo de quienes la afirman.

Ahora lo que se pretende, es que, en conformidad con el art. 1.315 Cc. fr. (1.214 Cc.), al acreedor de una obligación de resultado, para pretender la responsabilidad contractual, le basta con *probar* la obligación de su deudor, y sólo *alegar* el hecho del incumplimiento (de la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento). Y ello, porque, al concebirse la prueba del cumplimiento de la obligación, *ex art.* 1.315 Cc. fr.-1.214 Cc., como un tema de prueba *fijo* del deudor, de la sola prueba, por el acreedor, de la existencia de la obligación, se derivaría —mientras el deudor no demostrase su cumplimiento— una *presunción de incumplimiento* (fáctico o material), que es base suficiente para pretender, por el acreedor, la responsabilidad contractual. En cambio, en las obligaciones de medios, donde el cumplimiento del deudor sería lo normal, el art. 1.315 Cc. fr.-1.214 Cc. *no* se aplica: el legislador no habría pensado en ellas al redactarlo (la distinción obligación de medios/de resultado era entonces desconocida), y, por tanto, el incumplimiento no se presu-

me, el acreedor debe demostrar la negligencia de su deudor, que alega a efectos de pretender la responsabilidad contractual (70).

Prescindo ahora del dato, de que la carga probatoria del acreedor que pretende la responsabilidad contractual en las obligaciones de medios, no se refiere sólo a la culpa-inexacto cumplimiento, sino a las restantes formas de contravención de la obligación. Y prescindo, porque ya se ha desarrollado *sub* 1).

Me ceñiré aquí, por tanto, a aquel error, inicialmente denunciado, en el planteamiento de fondo de quienes así razonan.

Tal es, a mi entender, la manera de interpretar el art. 1.315 Cc. fr.-1.214 Cc.: en este artículo no se establece el principio general de la carga de la prueba, sino que se hace aplicación de él para una determinada pretensión: la de cumplimiento; entonces sí, hecho constitutivo de tal pretensión, para el acreedor que la ejercita, es la sola existencia de la correspondiente obligación; mientras que hecho obstativo de tal pretensión, que incumbe probar al deudor requerido de cumplimiento, es el pago u otra cualquiera causa extintiva de la obligación de que se trate.

En otras palabras, lo que para cada pretensión es su hecho constitutivo u obstativo, varía según lo establecido para la misma en su régimen sustantivo: por eso resulta erróneo, mirando a la sola *pretensión de cumplimiento*, convertir el pago en un tema de prueba fijo del deudor, y, por esta vía, *obsérvese bien*, descargar al acreedor que *pretende la responsabilidad contractual*, de la prueba que, con arreglo a la ley sustantiva (art. 1.101 Cc.) que contempla *específicamente* esta pretensión y no la de cumplimiento, le incumbe: el hecho material del incumplimiento, la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento.

El acreedor que no pueda afrontar esta prueba y sí la de la sola existencia de la obligación, podrá pretender el mero cumplimiento de la misma, pero no la indemnización de daños, y sin perjuicio, claro, de la contraprueba por el deudor demandado, del pago u otro hecho extintivo (*ex* art. 1.214 Cc.).

Por tanto, a la pretensión de responsabilidad contractual, aplicamos *no* el art. 1.214 Cc., sino la *norma general* procesal de él inducible (al actor incumbe dar la prueba de los hechos constitutivos de su pretensión), y con arreglo a ésta, en combinación con la norma sustantiva del art. 1.101 Cc., a *todo* acreedor que pretende la responsabilidad contrac-

---

(70) En este sentido, particularmente, TUNC, "Distinzione" cit., p. 132 y ss., y en MAZEAUD/TUNC, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, I, vol. 2, Buenos Aires, 1962 (traducción castellana de L. Alcalá-Zamora, de la 5.º ed. francesa), p. 402 y ss., *sub* nn. 694-3 y ss. La crítica de esta opinión, y de la numerosa doctrina española que, sobre la base de nuestro art. 1.214 Cc., pretende dispensar al acreedor, en general, o al acreedor de ciertas obligaciones, que pretende la responsabilidad contractual, de la carga de la prueba del incumplimiento material, puede verse en *La responsabilidad contractual* cit., p. 249 y ss., y "Aspectos problemáticos" cit., p. 62 y nota 48, y p. 67 y ss. En igual sentido, vid., ahora, YZQUIERDO, *op. cit.*, pp. 303-304.

tual de su deudor, incumbe la prueba de la infracción por éste de su obligación, *cualquiera* que ésta sea, y *cualquiera* que sea la forma de contravención denunciada.

Por eso, en aplicación de esos principios generales, el acreedor que pretende la responsabilidad contractual en una obligación de medios, ha de probar la negligencia en la conducta de cumplimiento de su deudor (71), pero también, en su caso, el retraso o la falta absoluta de cumplimiento; del mismo modo que, en aplicación, también, de esos *mis-mos* principios generales, el acreedor de una obligación de resultado que pretende la responsabilidad contractual, ha de probar la falta de realización del resultado debido, o su inexacta o tardía realización; o el acreedor de una obligación negativa que pretende la responsabilidad contractual, ha de correr con la carga de la prueba de la realización por el deudor de la conducta prohibida, o del cese tardío por éste en la conducta prohibida (cuando se señaló un plazo a partir del cual comenzar la omisión debida), o, tratándose de obligaciones negativas divisibles, de su cese sólo parcial.

Concluyendo [*sub 1) y 2)*]: la distinción de las obligaciones de hacer, en de medios y de resultado, por cuanto concierne a la carga probatoria del acreedor que pretende la responsabilidad contractual, deja imprejuzgada la aplicación, en ambos casos, de las mismas normas generales, procesal (art. 1.214 Cc.: la inducida de él) y sustantiva (art. 1.101 Cc.): al acreedor que pretende la responsabilidad contractual, incumbe siempre la prueba del incumplimiento material: de la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento, sin perjuicio de que el distinto contenido de la prestación debida por el deudor, se refleje, en la aplicación de esos mismos principios generales, en el distinto contenido de la prueba del acreedor.

---

(71) Así, como he escrito en otro lugar (“Aspectos problemáticos” cit., p. 71), se comprende perfectamente que la sentencia de la Casación francesa 27 junio 1939, impusiese al acreedor-paciente la carga de la prueba de la negligencia médica “*par application du droit commun*”, cosa que, por el contrario, deja enormemente perplejo a TUNC (en MAZEAUD/TUNC, cit., p. 414, *sub* n.º 695), que parte, como he explicado antes, de la existencia de un régimen probatorio especial para las obligaciones de medios.

Véase, también, lo que digo en *La responsabilidad contractual* cit., p. 253, nota 19, a propósito de la invocación del art. 1.214 Cc. por la sent. TS 4 octubre 1935 (R.A. 1.809), que, correctamente, sobre la base de la norma general de la carga de la prueba inducible de tal precepto, sienta la doctrina de que al acreedor que pretenda la responsabilidad contractual, *incumbe* la carga de la prueba del incumplimiento material. Cosa que, en cambio, resulta “inexplicable” para un autor (ALBALADEJO), que, sobre la base (errónea) de ese mismo precepto, dispensa al acreedor que pretende la responsabilidad contractual, de la prueba del hecho del incumplimiento (aunque luego ese mismo autor se desmiente a sí mismo en la aplicación práctica de su postura. Vid. *ibidem*).

**b) Carga probatoria del deudor no cumplidor que pretende eludir la responsabilidad contractual**

El deudor, frente al cual su acreedor pretende la responsabilidad contractual, sólo tiene dos caminos (72):

a) Bien discutir el propio fundamento (hecho constitutivo) de la pretensión reparatoria del acreedor: y, así, podrá negar la existencia de obligación alguna por su parte, u obligación que sea exigible (el contrato del que el acreedor pretende derivar su derecho no llegó a celebrarse, es nulo, o es sinalagmático de cumplimiento simultáneo y el demandante no ha cumplido su contraprestación), negar la existencia de un cumplimiento inexacto o de falta de cumplimiento suyos, o negar la existencia de los daños cuya indemnización se pretende o su derivación causal de su actividad (o inactividad) de cumplimiento. La virtualidad defensiva de esta primera actitud probatoria (“de resistencia”) del deudor-demandado es clara: el Juez deberá absolverlo de responsabilidad contractual, en la medida en que llegue a producir incertidumbre sobre los hechos constitutivos de la pretensión del actor (o, *a fortiori*, a revelar su inexistencia).

b) Bien, no pudiendo discutir, por haber quedado irrefragablemente establecido (merced, normalmente, a la actividad probatoria del acreedor; eventualmente, por la propia confesión o imprudencia probatoria del deudor-demandado, o por la actividad probatoria de oficio del Juez), el hecho del incumplimiento, hecho constitutivo de la pretensión creditoria y, por tanto, contenido de la carga probatoria del acreedor que pretende la responsabilidad contractual, aportar, para contrarrestar esta prueba, la que constituye, según las normas generales de la responsabilidad contractual (arts. 1.105 y 1.182 y ss. Cc.), su específica *contraprueba*: la prueba de la imposibilidad liberatoria o caso fortuito, que con arreglo a tales normas, es el hecho *obstativo* o *extintivo* de la específica pretensión (reparatoria) del acreedor que demanda la responsabilidad contractual, y, por ende, hecho constitutivo de la pretensión liberatoria del deudor no cumplidor o no exactamente cumplidor.

La determinación de la carga probatoria del deudor no cumplidor o no exactamente cumplidor, demandado de responsabilidad contractual, resulta así, también, de compaginar adecuadamente normas procesales y sustantivas: 1) Con arreglo al art. 1.214 Cc. (al principio general de él inducido), incumbe al demandado la carga probatoria de los hechos obstativos o extintivos de la pretensión del actor (y constitutivos de su pretensión defensiva). 2) Según los arts. 1.105 y 1.182 y ss. Cc., en conexión con el art. 1.101, el deudor no cumplidor o no exactamente cumplidor, responde, salvo cuando se dé el caso fortuito: cuando la falta de total o

---

(72) Vid. *La responsabilidad contractual* cit., p. 257 y ss., y “Aspectos problemáticos” cit., p. 61 y ss.



exacto cumplimiento obedezca a la imposibilidad de realizar (total o exactamente) la prestación (el cumplimiento), por una concreta causa no imputable al deudor no cumplidor o no exactamente cumplidor.

Por tanto, como lógico corolario [ex 1) y 2)], la carga probatoria del deudor demandado de responsabilidad contractual, *una vez establecida la falta de total o exacto cumplimiento por el acreedor*, se circunscribe a la imposibilidad liberatoria/caso fortuito, en cada uno de sus tradicionales elementos: *a) imposibilidad de realización del cumplimiento* (de la totalidad, de parte, de su exactitud, de su puntualidad, según los términos de la denuncia y prueba del acreedor-actor); *b) por una concreta (identificada) causa* [las causas ignotas, con arreglo a las normas generales de la responsabilidad contractual y de la carga de la prueba, son un riesgo probatorio del deudor no-cumplidor, entre otras cosas, porque sólo respecto de una causa conocida puede valorarse el elemento *sub c)*]; *c) concreta causa que no sea imputable al deudor no cumplidor o no exactamente cumplidor*. Esta inimputabilidad se establece, en principio, con arreglo al criterio general de la diligencia (art. 1.104, en conexión con los arts. 1.105 y 1.182 y ss. Cc.): no haber podido evitar el deudor no cumplidor o no exactamente cumplidor, con la diligencia exigible (que puede ser técnica), la virtualidad frustrante del cumplimiento o exacto cumplimiento de dicha causa concreta.

Estos mismos principios (admisibilidad de la prueba liberatoria, con igual contenido de ésta, y como integrante de la carga probatoria del deudor no cumplidor o no exactamente cumplidor), valen tanto para las obligaciones de medios, como para las obligaciones de resultado, siempre que se parta del presupuesto (que yo creo haber previamente demostrado), de que tal clasificación no implica un desdoblamiento o fraccionamiento de las reglas de responsabilidad/exoneración contractual (o sea, del sistema mismo de la responsabilidad contractual) (73).

En el *plano del cumplimiento*, la exacta e íntegra realización por el deudor de la prestación debida, con el contenido que imponga la correspondiente obligación, *excluye* toda cuestión de responsabilidad contractual, porque cumplida (y extinguida) la obligación, ésta ya no puede ser fundamento de pretensión creditoria alguna. Por ello, en las obligaciones de resultado, el deudor que realiza exactamente el *opus* debido cumple, y, consecuentemente, elude la responsabilidad contractual; del mismo modo que en las obligaciones de medios, el deudor que presta la ac-

---

(73) Vid., en este mismo sentido, los autores y jurisprudencia citados *retro*, en notas 52, 53, 58, 65 y 66.

Sobre la posición de la jurisprudencia italiana en relación a las obligaciones de medios, además de lo dicho en aquellos lugares, DI MAJO, op. cit., p. 487: "si impone così al cliente di dimostrare oltre che l'esistenza del danno, anche il rapporto di causalità tra la difettosa o inadeguata prestazione professionale e il danno, *mentre incombe al professionista il dimostrare l'impossibilità, a lui non imputabile, della perfetta esecuzione della prestazione dovuta* (Cass. 18 giugno 1975, *Mass. For. it.*, 1975, n.° 2.439)".

tividad diligente debida —aunque no consiga el fin último *no debido* a que tal actividad se encamina— también cumple, y, precisamente por ello, elude también la responsabilidad contractual. La irresponsabilidad de uno y otro deudor (consecuencia de la extinción de la obligación) es fruto del cumplimiento (causa extintiva, en efecto, de la obligación). Pero, ni la realización del *opus* debido, ni la actividad diligente, pueden considerarse técnicamente como *pruebas liberatorias*: la prueba liberatoria es una *contraprueba*, *presupone* demostrada la existencia de una obligación *no cumplida* o *no exactamente cumplida*, es decir, presupone la *prueba* del hecho del incumplimiento (incumplimiento material: falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento), de la que es específica contraprueba (con arreglo a las normas sustantivas de la responsabilidad contractual); de modo que su virtualidad, una vez lograda, estriba en producir la irresponsabilidad del deudor, *a pesar de no haber cumplido o no haberlo hecho exacta, íntegra o puntualmente*.

Por tanto, para cualquier obligación, resulta inadmisibles extraer consecuencias de la virtualidad liberatoria de la realización exacta de la prestación que, según su tenor, tiene por objeto, en el terreno de la responsabilidad contractual, del juicio encaminado a establecerla o denegarla cuando tal exacto cumplimiento falta. El primero es el plano del cumplimiento (que presupone la exacta realización de la prestación debida, con el contenido definido por la obligación de que es objeto); el segundo es el plano de la responsabilidad contractual, y presupone, necesariamente, que no ha habido cumplimiento o exacto cumplimiento (la prestación debida por el deudor, con el contenido definido por la obligación de que es objeto, no se realizó, o no se realizó exactamente).

En particular, del mismo modo que, para establecer si el deudor de una obligación de resultado, responde o queda exonerado, una vez que se demuestra la no realización del *opus* por él debido, o su realización inexacta, ninguna conclusión en orden a establecer la irresponsabilidad de este *deudor no cumplidor* podemos extraer de la virtualidad liberatoria del cumplimiento de su prestación —la realización exacta del *opus* debido—, *cuya falta es el presupuesto de tal juicio*; tampoco, en las obligaciones de medios, por las mismas razones, ninguna consecuencia en orden a establecer la irresponsabilidad (o responsabilidad) del deudor *no cumplidor*, podemos extraer de algo (la exacta realización de la actividad diligente debida), cuya falta es el presupuesto del juicio de responsabilidad/exoneración de tal deudor.

Por tanto, en el *plano del cumplimiento*, existe, como ya se vio, un evidente paralelismo entre obligaciones de medios y de resultado: la realización exacta de la prestación (con sus respectivos contenidos: actividad diligente debida, *opus* debido), extingue la obligación y libera al deudor, porque satisface el interés (*jurídicamente protegido*: el inmediato o próximo, en el caso de las obligaciones de medios) del acreedor. Ni en uno ni en otro caso nos hallamos ante una prueba liberatoria *stricto sensu*, porque (i)habría tantas pruebas liberatorias cuantas prestaciones po-

sibles!), habiendo cumplimiento, el juicio de responsabilidad contractual, y la consiguiente posibilidad de la prueba liberatoria: la consideración del límite de la responsabilidad contractual, no llega a suscitarse.

Y ese mismo paralelismo entre obligaciones de medios y de resultado, se mantiene en el terreno propio del *juicio de la responsabilidad contractual*: de igual manera que el deudor de una obligación de resultado, que *no* ha realizado el *opus* debido o *no* lo ha realizado exactamente, no responde (pese a su falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento, pese a la insatisfacción del acreedor), cuando demuestra que el cumplimiento o exacto cumplimiento, se ha visto sobrevenidamente impedido por una concreta causa a él no imputable; el deudor de una obligación de medios, que *no* ha prestado la actividad diligente debida, o *no* exactamente, tampoco responde, pese a la insatisfacción de su acreedor, cuando demuestra que el despliegue de tal actividad o su exactitud, se han visto obstaculizados por la imposibilidad sobrevenida, de prestar o prestar exactamente la actividad diligente debida, derivada de una concreta causa a él inimputable.

O sea, así como la presencia del resultado debido (del que lo sea, según la obligación de que se trate): el cumplimiento, libera en todo caso al deudor (y satisface al acreedor), excluyendo el juicio de responsabilidad contractual, la sola ausencia del (exacto) resultado debido (el que lo sea, según la obligación de que se trate), no desencadena inexorablemente la responsabilidad contractual del deudor no cumplidor, sino que es el presupuesto del juicio de responsabilidad contractual, y, en virtud de éste (de la consideración del límite de la responsabilidad contractual), el deudor no cumplidor, pese a la insatisfacción de su acreedor, puede quedar exento de responsabilidad contractual (a través de la prueba de la imposibilidad liberatoria-caso fortuito, causa extintiva —y no satisfactiva—, cuando es definitiva, o suspensiva, cuando es temporal, de la obligación cuya infracción denuncia el acreedor que pretende la responsabilidad contractual).

La aplicación, pues, de los mismos principios de responsabilidad/exoneración (las mismas normas de los arts. 1.101, 1.105, 1.182 y ss. Cc.) a toda clase de obligaciones, y, en particular, tanto a las de medios como a las de resultado, conduce, en el terreno de la carga de la prueba, por la vía de la subsunción de aquellos principios en la norma general (inducible) del art. 1.214 Cc., a idénticos resultados; y, en concreto, por lo que respecta a la carga probatoria del deudor no cumplidor, sea cual fuere la forma de infracción denunciada por el acreedor que pretende la responsabilidad contractual, a que la determinación *definitiva* del incumplimiento (como fundamento único de la responsabilidad contractual) sea un riesgo probatorio del deudor-demandado y no del acreedor-actor: a éste le basta la prueba (*inicial*) del hecho del incumplimiento, del incumplimiento material: la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento, la infracción o contravención en cualquier forma de la obliga-

ción (art. 1.101 Cc.); ahora bien, saber si esa infracción se ha producido o no dentro o fuera del límite de la responsabilidad contractual, si está motivada o no por caso fortuito (y, por tanto, si tiene o no virtualidad jurídica para desencadenar la responsabilidad contractual: porque se asocia o no a un vínculo obligatorio *subsistente*), es algo que pertenece a la carga probatoria del deudor no cumplidor y demandado, quien, probando el caso fortuito, desvirtúa aquella otra prueba inicial del acreedor [*a pesar* de la falta de cumplimiento o exacto cumplimiento, *no* hay incumplimiento —que presupone una obligación *persistente* e infringida—, sino suspensión (imposibilidad liberatoria temporal) o extinción (imposibilidad liberatoria definitiva) del vínculo obligatorio del que el acreedor-actor es parte, y cuya infracción denuncia].

Tradicionalmente ha existido y existe, sin embargo, un sector doctrinal que, para las obligaciones de medios, sostiene que, frente a la prueba del acreedor de la negligencia de su deudor, en la actividad de cumplimiento de la obligación —cumplimiento inexacto de la obligación de medios, como incumplimiento material o hecho del incumplimiento: carga probatoria del acreedor que pretende la responsabilidad contractual sobre su base—, al deudor no exactamente cumplidor (negligente), ya no le cabría contraprueba (prueba liberatoria) alguna: su responsabilidad contractual habría quedado, en base a la prueba del acreedor, *definitivamente* establecida. Al deudor-demandado en la obligación de medios, no le cabría, por tanto, sino discutir la prueba del hecho del incumplimiento, del hecho constitutivo de la pretensión creditoria: en particular, discutir su propia culpa-negligencia (74).

---

(74) En este sentido, por ejemplo, los MAZEAUD en la tercera edición de su célebre *Traité* [cfr. *apud* MENGONI, “Obbligazioni” cit., p. 318 y ss., y allí, también, en p. 366 y ss., la autorizadísima crítica del autor italiano].

Este mismo planteamiento ahora criticado, ha sido defendido entre nosotros, recientemente, por YZQUIERDO (vid. op. cit., pp. 202, 288, 293 y nota 79, 300, 301, 302, 303, 304, 305), quien: *a*) niega la posibilidad de contraprueba liberatoria del deudor en las obligaciones de medios, una vez que su acreedor, que pretende la responsabilidad contractual, ha probado la culpa-negligencia en la actividad de cumplimiento (la actividad probatoria del deudor demandado se circunscribiría a discutir/negar su propia negligencia); y, como consecuencia de lo anterior, *b*) niega que en las obligaciones de medios, puedan distinguirse el plano del incumplimiento material o como hecho (presupuesto del juicio de responsabilidad contractual), y el del juicio de responsabilidad (incumplimiento “imputable”: definitivamente determinado sobre la base de la consideración del límite de la responsabilidad contractual-prueba liberatoria): en las obligaciones de medios, todo incumplimiento efectivamente probado por el acreedor-actor sería ya definitivo, “imputable” —desencadenante de la responsabilidad contractual, sin posibilidad de evitarla por parte del deudor-demandado—.

Curiosamente, existe un sólo párrafo de su obra repetidamente citada, en que YZQUIERDO contradice su propio planteamiento: op. cit., p. 279: “ante una determinada actuación del profesional, el juez habrá de preguntarse si un buen profesional o un buen especialista, colocado en las mismas circunstancias de hecho, habría actuado de igual manera. Si el resultado de la comparación es negativo, si la negligencia técnica aparece de

En contra de tal planteamiento, no insistiré, otra vez, en lo que constituye el argumento fundamental para rebatirlo, ya ampliamente desarrollado con anterioridad: la distinción entre obligaciones de medios y de resultado, no supone una ruptura o fraccionamiento del sistema de la responsabilidad contractual, sino que deja imprejuizada la aplicación de las mismas reglas de responsabilidad/exoneración (arts. 1.101, 1.105, 1.182 y ss. Cc.).

Me limitaré a recordar ahora que, como sabiamente ha escrito MENGONI (75), los sostenedores de tal planteamiento, no siempre se han percatado, que, dado el estrecho entrelazamiento de normas sustantivas y reparto consiguiente de la carga probatoria, el mismo conduce a la ruptura del sistema de la responsabilidad contractual, al convertir, para las obligaciones de medios, a la culpa del deudor en fundamento, y la (estricta) ausencia de culpa (la diligencia, no-culpa) en límite de la respon-

---

manera cierta, cualquiera que sea su gravedad, el profesional habrá de responder del daño causado, *con reserva siempre de la prueba liberatoria que el deudor pueda aportar en su caso*" [el subrayado es mío].

Naturalmente, suscribo enteramente este último párrafo [tanto más, cuanto que, a pesar de presentarlo el referido autor como suyo, coincide, casi a la letra, con otro mío, publicado algún año antes: "ante una determinada actuación del médico, el Juez ha de preguntarse si un buen médico o un buen especialista colocado en las mismas circunstancias habría actuado de igual manera. Si el resultado de la comparación es negativo, si la negligencia aparece en modo cierto, cualquiera que sea su gravedad, entonces el médico (o el deudor principal) habrá de responder del daño causado, con reserva *siempre* de la prueba liberatoria que el deudor pueda, en su caso, aportar" ("Aspectos problemáticos" cit., p. 59)].

En la doctrina francesa más reciente, vid. WEILL/TERRÉ, op. cit., pp. 472-473: también estos autores parten de la base, de que la posibilidad de la contraprueba liberatoria se limita a las obligaciones de resultado, y no se da en las obligaciones de medios, probada que sea por el acreedor la culpa-negligencia del deudor-demandado de responsabilidad contractual.

Sin embargo, estos mismos autores admiten la contraprueba liberatoria en las "obligaciones de resultado atenuadas" [cfr. *retro*, nota 41], e, incluso, parece (con lo cual su planteamiento se hace, para mí, confuso), con carácter general (loc. cit.: "de toute façon, qu'il existe à la charge du débiteur une présomption de faute ou que la victime allègue, à son encontre, l'existence d'une faute, le débiteur peut trouver, s'il y a lien, dans la preuve d'une cause étrangère [vid. las normas generales de la responsabilidad contractual en el Cc. fr.: arts. 1.147, 1.148] un moyen efficace de disculpation").

(75) "Obbligazioni" cit., pp. 319-320: "la dottrina francese non avverte sufficientemente che le regole sull'onere della prova non si possono toccare senza modificare la fattispecie sostanziale della responsabilità e quindi la natura dell'obbligazione. Tali regole, seppure appartenenti al diritto processuale, sono però strettamente legate alle norme del diritto materiale, in quanto repartiscono fra le parti i temi di prova indicati dalle fattispecie delle norme materiali. Se dunque, nelle obbligazioni di comportamento [de medios], la *culpa-diligentia* è un tema di prova assegnato al creditore, vuol dire che essa è un momento specifico della fattispecie della responsabilità, e pertanto non il caso fortuito ma la semplice assenza di colpa è il limite sostanziale della responsabilità contrattuale in questa classe di obbligazioni".

sabilidad contractual y, por ende, prueba liberatoria, para esas mismas obligaciones (76).

También recordaré aquí, que tal planteamiento se apoya en una confusión entre el plano del incumplimiento material o incumplimiento como hecho (la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento), y el del juicio de responsabilidad contractual, que presupone el anterior.

Si se separan adecuadamente estos dos planos, para las obligaciones de medios como para las demás obligaciones, para el cumplimiento inexacto como para las restantes formas de contravenir la obligación, se entenderá que, en contra de lo que a veces se dice, *no existe contradicción* al admitir la posibilidad de *contraprueba liberatoria* por parte del deudor no exactamente cumplidor de una obligación de medios, del que su acreedor, que pretende la responsabilidad contractual, haya demostrado la negligencia (no haber desplegado, en la actividad de cumplimiento, la diligencia debida según la obligación).

Y no existe contradicción, porque la *prueba del acreedor* de la culpa-negligencia de su deudor, como *hecho constitutivo* de la pretensión resarcitoria, se refiere, como queda previamente dicho, a la *actividad de cumplimiento* de la obligación.

Ahora bien, a ese deudor que no alcanzó en la actividad de cumplimiento el nivel de diligencia exigible según la obligación, como al que contraviene de otra forma la obligación de medios (no cumple en absoluto, sólo lo hace en parte, lo hace atrasadamente), como al que contraviene de cualquier forma una obligación de resultado, le cabe todavía, demostrar que no cumplió exactamente (no alcanzó el nivel de di-

---

(76) Resultado al que, coherentemente con su planteamiento (a mi juicio, equivocado), llega YZQUIERDO, quien, como se recordará, niega que la imposibilidad liberatoria-caso fortuito sea límite general de la responsabilidad contractual: para todas las obligaciones. Lo sería sólo para las de resultado, no para las de medios: en estas últimas actuaría, como tal, la ausencia de culpa (vid. op. cit., pp. 289 y 293-294, en nota 79).

Quien, sin conocer la obra de MENGONI, lea en la p. 301 del libro de YZQUIERDO: "pero en las obligaciones de actividad, el acreedor deberá demostrar una negligencia cometida por el deudor, <y esta prueba y la prueba de la imputabilidad van a ser una misma cosa>, como dice MENGONI", podría pensar que el insigne autor italiano comparte el planteamiento de la inadmisibilidad de contraprueba liberatoria, frente a la prueba, del acreedor que pretende la responsabilidad contractual, de la culpa-negligencia, en la actividad de cumplimiento, del deudor de una obligación de medios.

A ese lector inadvertido, vistos los términos equívocos de la cita transcrita, le prevengo que tal planteamiento, aludido ciertamente por MENGONI (el de los MAZEAUD en la tercera edición de su *Tratado*, cfr. *retro*, notas 74 y 75), lo es para criticarlo: vid. "Obligazioni" cit., pp. 318 y ss., y 366 y ss., y que el pensamiento de MENGONI, es inequívocamente claro, en el sentido de que probada, por el acreedor que pretende la responsabilidad contractual, la culpa-negligencia del deudor en su actividad de cumplimiento de una obligación de medios, a éste le cabe todavía la posibilidad de la misma contraprueba liberatoria que a cualquier otro deudor no-cumplidor (vid., para las citas, *retro*, en notas 52 y 65).

ligencia previsto en la obligación), porque le resultó imposible, por una concreta causa sobrevenida a él no imputable.

Y obsérvese, que siendo el criterio general de imputación de la imposibilidad sobrevenida-caso fortuito, la diligencia (arts. 1.104, 1.105, 1.182, 1.183, 1.184 Cc.), esta diligencia-criterio de imputación, aplicable a todas las obligaciones, *no se confunde* con la diligencia-criterio de cumplimiento (únicamente aplicable, claro, a las obligaciones cuyo objeto sea la prestación de una cierta conducta diligente por parte del deudor): es decir, al deudor que fue negligente —que no alcanzó a prestar la diligencia debida— en la actividad de cumplimiento de su obligación (de medios), le resulta perfectamente posible probar, que no alcanzó, en la actividad de cumplimiento, el nivel de diligencia establecido en la obligación, porque una concreta causa o evento sobrevenido, a él no imputable, originado sin su culpa, inevitable con la diligencia exigible, se lo impidió: el deudor negligente en la actividad de cumplimiento ha podido ser, en cambio, diligente en la actividad, igualmente debida, pero instrumental o accesorio de la de cumplimiento-prestacional, de preservación o defensa de la posibilidad del (exacto) cumplimiento: de la lucha contra los eventos que finalmente le impidieron cumplir exactamente. O sea, un mismo criterio, la culpa/diligencia, actúa en dos niveles o direcciones distintas, que no se confunden, ni siquiera en el caso de las obligaciones de medios, en el que coinciden, cada uno en su ámbito, simultáneamente.

Ha sido, en cambio, la confusión de estos dos niveles o funciones de la diligencia, la que ha conducido al equívoco (77): a pensar que, probando la culpa-negligencia de su deudor, el acreedor de una obligación de medios que pretende la responsabilidad contractual, estaba probando la culpa de su deudor como criterio de imputación: o sea, excluyendo la prueba liberatoria, demostrando, pues, la ausencia del específico hecho impeditivo u obstativo de su pretensión de responsabilidad contractual, y haciendo esta responsabilidad, por tanto, definitiva.

Situando cada función o nivel de diligencia en su respectivo ámbito,

---

(77) Ya lo advertía el maestro MENGONI, “Obbligazioni” cit., p. 313: “bisogna guardarsi insomma dalla confusione in cui sono caduti il Bernhöft e il Fischer, tra la funzione della diligenza come criterio di determinazione dell’oggetto di certe obbligazioni [es decir, como criterio de cumplimiento de las obligaciones de medios] e la funzione della diligenza come misura della colpa, cioè come criterio di valutazione soggettiva del debitore in relazione all’impossibilità sopravvenuta della prestazione. Nella più recente dottrina francese tale confusione è venuta assumendo proporzioni assai gravi, fino a ferire il punto più sensibile della teoria della responsabilità contrattuale, vale a dire l’onere della prova”.

Incidentalmente diré —cfr. *retro*, nota 42—, que para MENGONI la naturaleza de la culpa-diligencia es distinta, subjetiva (criterio de imputación) u objetiva (criterio de cumplimiento), según de cuál de sus dos funciones se trate; para mí, en cambio, es siempre la *misma* diligencia del art. 1.104 Cc., como criterio o patrón objetivo de conducta del deudor, la que cumple, en esos dos mismos ámbitos, las dos referidas funciones. Vid., ampliamente, *La responsabilidad contractual*, p. 232 y ss.

resulta, por contra, perfectamente claro, que el acreedor de una obligación de medios que prueba, para pretender la responsabilidad contractual, la culpa-negligencia de su deudor, no hace otra cosa que agotar su carga probatoria: culpa-negligencia, *en la actividad de cumplimiento de la obligación, como hecho constitutivo de la pretensión creditoria de responsabilidad contractual* en el caso concreto de cumplimiento inexacto de una obligación de medios; mientras que es al deudor demandado-no cumplidor, una vez *probada* por el acreedor su negligencia en la actividad de cumplimiento, al que incumbe *contraprobar* su ausencia de culpa *en la producción de la imposibilidad sobrevenida del (exacto) cumplimiento*, junto con los restantes elementos de la prueba liberatoria (imposibilidad sobrevenida del exacto cumplimiento, concreta causa que la produjo), como *hecho extintivo u obstativo de la pretensión creditoria de responsabilidad contractual* (y constitutivo de la pretensión liberatoria del deudor no exactamente cumplidor).

Obsérvese, por tanto, que, no en vano, el planteamiento criticado, conduce a un resultado anómalo, no sólo en el terreno sustantivo (fraccionamiento del sistema de la responsabilidad contractual), sino también en el procesal de la carga de la prueba: de pensar que, en las obligaciones de medios, la prueba de la negligencia del deudor, por el acreedor que pretende la responsabilidad contractual, excluye verdaderamente la posibilidad de contraprueba liberatoria por parte del deudor demandado-no exactamente cumplidor, estaríamos adosando al acreedor-actor, no ya la carga probatoria del hecho constitutivo de su pretensión resarcitoria, sino de la ausencia del hecho impositivo de su pretensión (la falta del hecho constitutivo de la pretensión liberatoria del demandado: la ausencia de prueba liberatoria): o sea, estaríamos produciendo, sin norma excepcional vigente que lo justifique, una inversión de las reglas generales de la carga probatoria (inducibles del art. 1.214 Cc.) (78).

Que la razón última del planteamiento criticado, sea la indicada confusión entre los dos niveles o planos en que opera la culpa/diligencia en

---

(78) Vid. MENGONI, "Obbligazioni" cit., p. 379: "è chiaro che, in sede di responsabilità contrattuale, la colpa [como criterio general de imputación de la imposibilidad sobrevenida, en el seno de la prueba liberatoria-límite general de la responsabilidad contractual] è in ogni caso un tema di prova indicato non già dalla norma di cui l'attore [acreedor] chiede l'applicazione, bensì da una norma diversa, richiamata dal convenuto [deudor] in quanto prevede un fatto estintivo o sospensivo dell'obbligo di prestazione e quindi tale che lo stato di insoddisfazione dell'interesse del creditore perde addirittura la natura di torto oggettivo, ossia la natura di inadempimento. Dunque un tema di prova che dovrà sempre essere svolto dal debitore. Le regole sull'onere della prova possono esonerare l'attore della prova di certi elementi costitutivi della fattispecie materiale dell'effetto giuridico richiesto, trattandoli come meri fatti impositivi della pretesa processuale, da provarsi dal convenuto; ma giammai potranno aggravare la posizione dell'attore a tal segno, da imporgli anche la prova dell'inesistenza di fatti estintivi o modificativi del diritto reclamato in giudizio".



las obligaciones de medios, resulta, a mi juicio, particularmente claro del siguiente dato revelador: los sostenedores de tal planteamiento (la prueba por el acreedor de la culpa-negligencia del deudor de una obligación de medios, excluye la posibilidad de contraprueba liberatoria por el segundo: significa establecimiento definitivo de la responsabilidad contractual de éste), no hablan más que de una de las hipótesis posibles (aun siendo, seguramente, la más relevante y frecuente) de infracción por el deudor de la obligación de medios: el *cumplimiento inexacto* de la prestación (de actividad diligente) debida: o sea, de aquella única hipótesis en que el incumplimiento material de la obligación de medios se sustancia en la culpa-negligencia del deudor, aquélla en la que, por tanto, la aludida confusión de planos es posible.

Pero, ¿qué pasa en las restantes hipótesis de incumplimiento material, de infracción de una obligación de medios (cuando la prestación de actividad diligente no se realiza en absoluto, se realiza sólo en parte, se realiza atrasadamente)? (79). ¿Es que las reglas de responsabilidad contractual son, no sólo diferentes según la obligación sea de medios o de resultado, sino, dentro de las primeras, según sea la forma de contravenir la obligación?

A mi modo de ver, está claro, por tanto, que por la vía del planteamiento criticado, sólo puede llegarse, sobre la base de un error inicial, a sucesivos errores encadenados.

Por mi parte, me limitaré a recordar, que, según creo haber demostrado, deshecho el equívoco denunciado, las reglas de responsabilidad/exoneración contractuales son las mismas para todas las obligaciones y para cada una de sus formas de infracción, y sobre esas mismas reglas, también para todas las obligaciones y todas sus formas de contravención, operan los mismos principios de carga probatoria, en relación al acreedor que pretende la responsabilidad contractual y al deudor demandado-no cumplidor que pretende liberarse (80).

Todavía hay que precisar, que existe un sector doctrinal francés, que

---

(79) De estas otras hipótesis no se ocupa en absoluto, por ejemplo, YZQUIERDO.

(80) De forma análoga, para Italia, MENGONI, "Obbligazioni" cit., p. 374: "il sistema del art. 1.218 [Civ. it. 1.101, 1.105, 1.182 y ss.Cc.] è costruito sul concetto di inadempimento: ciò che importa è la violazione dell'obbligazione in qualunque forma e rispetto a qualunque singolo obbligo si manifesti, ne consegua o meno l'impossibilità della prestazione [sempre que no sea inimputable al deudor, claro]. L'impossibilità è rilevante non già come effetto dell'inadempimento, ma esclusivamente come fatto che impedisce oggettivamente l'adempimento o l'esatto adempimento, precisamente — in quanto sopraggiunta per un evento non imputabile al debitore — come causa di esclusione dell'obbligo [y, como tal, también del incumplimiento]. Corrispondentemente a questa costruzione unitaria, la ripartizione dell'onere della prova, stabilita dall'art. 1.218, vale per qualsiasi ipotesi di inesatto adempimento, consista la violazione in un comportamento omissivo del debitore (ritardo della prestazione principale o violazione di un obbligo positivo di protezione) oppure in un comportamento commissivo (difettosità qualitativa della prestazione eseguita, o violazione di un obbligo negativo di protezione)".

pese a hablar de “inversión de la carga de la prueba de la culpa del deudor” en las obligaciones de medios, lo hace en un sentido, a los efectos de la carga probatoria del deudor no cumplidor, perfectamente inocuo (*demostración*: estos autores admiten la posibilidad, por parte del deudor demandado de responsabilidad contractual, de la contraprueba liberatoria general —caso fortuito—, frente a la prueba, por el acreedor que pretende la responsabilidad contractual, de la negligencia del primero en el cumplimiento de la obligación de medios) (81). La pretendida “inversión” nace de creer, sobre la base errónea del art. 1.315 Cc. fr. (1.214 Cc.), que al acreedor de una obligación de resultado que pretende la responsabilidad contractual, le baste alegar el hecho del incumplimiento-incumplimiento material de su deudor, mientras que en las obligaciones de medios, donde no se aplicaría el art. 1.315 Cc. fr. (1.214 Cc.), el acreedor que pretende la responsabilidad contractual, sobre la base del inexacto cumplimiento de su deudor (culpa-negligencia *en la actividad de cumplimiento*), habría de *probarlo*, en forma que se cree (erróneamente) excepcional respecto de lo que se deduce del art. 1.315 Cc. fr. (1.214 Cc.).

El error de estos autores no está, pues, en la inteligencia de la carga probatoria del deudor no cumplidor, sino en la del acreedor que pretende la responsabilidad contractual, y ya ha sido denunciado y criticado por mi parte, al exponer tal cuestión. Aquí me limitaré a subrayar, cómo, de nuevo, es la presencia de la culpa/diligencia, tratándose de las obligaciones de medios, en el doble plano del incumplimiento material y del juicio de responsabilidad contractual, la que produce los equívocos (sólo terminológicos, en este caso), y, precisamente, en el terreno —cumplimiento inexacto— en que la culpa-negligencia se aparece como incumplimiento material, infracción de la obligación de medios.

Con todo, obsérvese, en este sector doctrinal francés últimamente aludido, cómo, por detrás del señalado equívoco terminológico referido

---

(81) Vid., así, TUNC, “Distinzione” cit., p. 137, donde sostiene la aplicabilidad del art. 1.147 Cc. fr. —relativo al caso fortuito o fuerza mayor— también a las obligaciones de actividad, de medios, o de diligencia, y niega, consecuentemente, que existan dos reglas de responsabilidad/exoneración, dos límites de la responsabilidad contractual, según se trate de obligaciones de medios o de resultado. (Loc. cit.: “ci sembra impossibile di accantonare gli art. 1.137 e 1.147 [Cc. fr.] ciascuno in un campo...è la stessa cosa dell’art. 1.147 benchè si debba solo raramente applicare alle obbligazioni di diligenza. Alorchè il medico non dá al malato le cure che aspettavano da lui, quando non viene a vederlo all’ora detta, o a all’ora che avrebbe voluto l’evoluzione della malattia, non è responsabile se prova che il suo ritardo è imputabile, per esempio, ad un incidente di automobile, o alla necessità nella quale si è trovato di essere presso un malato che aveva un bisogno più imperioso delle sue cure...può essere necessario nelle obbligazioni di diligenza come nelle obbligazioni di risultato, di invocare la forza maggiore”).

La opinión de TUNC, se incorpora al *Tratado* de los MAZEAUD (desde entonces MAZEAUD/TUNC), a partir de la quinta edición de éste (vid. “Aspectos problemáticos” cit., pp. 67, 68 y 69).

a la carga probatoria del deudor no cumplidor (y de la consiguiente confusión sustancial en el terreno de la carga probatoria del acreedor que pretende la responsabilidad contractual), está implícita la neta distinción de planos en que juega la culpa/diligencia en las obligaciones de medios: por ello, la prueba de la culpa dada por el acreedor (referida a la actividad de cumplimiento del deudor), no excluye la posible contraprueba del deudor no exactamente cumplidor, culpable-negligente en la actividad de cumplimiento, pero diligente en la preservación de la posibilidad del exacto cumplimiento, frente al evento que se lo impidió.

### VIII. CONCLUSIONES (A MODO DE RECAPITULACION SUMARISIMA)

El haberme extendido bastante más de mi intención primera, en el desarrollo de mis ideas, me lleva a sentirme obligado a resumirlas, del modo más despiadado, como sigue:

I) La distinción de las obligaciones de hacer (por el contenido de la prestación que tienen por objeto), en de medios y de resultado, despliega su eficacia en el terreno del cumplimiento de la respectiva obligación, y, *a contrario sensu*, en la determinación de la falta de (exacto) cumplimiento, incumplimiento material o como hecho, presupuesto del juicio de responsabilidad contractual.

II) En cambio, tal distinción no significa la existencia de diversas reglas de exoneración/responsabilidad contractuales, según el tipo de obligación, o la forma de contravenirla (incumplimiento material).

y III) Ni tampoco significa la repetida distinción, la existencia, para cada una de las categorías de obligación, o de sus distintas formas de contravenirlas, de principios de carga probatoria diversos, respecto de la carga probatoria del acreedor que pretende la responsabilidad contractual, o de la carga probatoria del deudor no (exactamente) cumplidor que pretende eludirla: no hay inversión de los temas de prueba que a cada uno corresponden según las normas generales —incumplimiento material o prueba liberatoria—, ni para uno, ni para otro. Lo único cierto es que el diverso modo de configurarse la prestación del deudor (y, por ende, el distinto modo de configurarse la contravención de la obligación por el deudor), se repercute, lógicamente, en el contenido de la carga probatoria del acreedor que pretende la responsabilidad contractual.

Cáceres, noviembre, 1990.

# La capacidad en las capitulaciones matrimoniales

Por RAMON DURAN RIVACOBA

Profesor Titular de Derecho civil

Universidad Nacional de Educación a Distancia

**SUMARIO:** A) INTRODUCCION. B) LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES OTORGADAS POR EL MENOR: I. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LA CUESTIÓN.—II. DISCIPLINA DEL NUEVO ARTÍCULO 1.329 C.c. a) “El menor que con arreglo a la ley pueda casarse”. 1. El menor que consiga la dispensa en tal sentido. 2. El menor emancipado. b) “Podrá otorgar capitulaciones antes o después de la boda”. 1. Fundamento de la capacidad de los menores. 2. El problema de los menores emancipados. c) “Pero necesitará el concurso y consentimiento de sus padres o tutor”. 1. Las personas llamadas a prestar su asistencia. a’) Los padres (ambos o uno solo). b’) El tutor o los tutores. c’) Casos excepcionales: el juez y el defensor judicial. d’) El improbable supuesto del curador. 2. Contenido del auxilio. 3. La ineficacia de las capitulaciones otorgadas contra lo dispuesto en el artículo 1.329 C.c. a’) Grado de ineficacia previsto. b’) Los legitimados para la impugnación. c’) El cómputo del plazo para el ejercicio de las acciones. El problema de la posible sanación confirmatoria. d) “Salvo que se limite a pactar el régimen de separación o participación”. 1. Alcance y sentido del artículo 1.329 C.c. 2. El origen de la cuestión en el debate parlamentario. 3. Ambito de aplicación real de la norma. C) LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES OTORGADAS POR EL INCAPAZ. I. EL PROBLEMA DE LOS INCAPACITADOS. a) Presupuestos legales de la cuestión. b) Los estrictos incapaces. c) El pródigo y el quebrado. d) Las personas incursoas en un procedimiento de incapacitación o prodigalidad. e) Las personas no incapacitadas, pero incapaces. II. EL AUXILIO DE LOS INCAPACES. a) Ejercicio. 1. Discusión de las distintas hipótesis. 2. El ordinario supuesto del curador. 3. Casos excepcionales. a’) Los padres (La patria potestad prorrogada o rehabilitada). b’) El tutor o los tutores. c’) Otros. 4. Alcance y sentido de la referencia sobre las autorizaciones del consejo de familia. b) Contenido. c) Excepciones. III. LA INEFICACIA DE LAS CAPITULACIONES OTORGADAS SIN LAS ASISTENCIAS PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 1.330 C.C.

## A) INTRODUCCION

La generalidad de la doctrina resuelve, a la hora de calificar la naturaleza jurídica de las capitulaciones matrimoniales, en atribuirles un carácter de negocio jurídico que viene respaldado por su inclusión normativa en el libro IV del Código civil, encabezando precisamente los concretos tipos contractuales de que trata (1).

Ahora bien, el contenido de las capitulaciones hace una referencia directa con el matrimonio (2), lo que a su vez trae consigo un conjunto de peculiaridades (3) —así por ejemplo: su carácter solemne (art. 1.327

(1) Cfr. LETE DEL RÍO, *Sujetos de las capitulaciones matrimoniales*, en "Anuario de Derecho Civil", 1983, p. 413. Sin embargo, también los autores han puesto de relieve la defectuosa técnica jurídica del hecho, por cuanto en el título III del libro IV del Código se abarca el entero "régimen económico matrimonial", lo que desborda claramente su encuadre sistemático (cfr. LLOPIS GINER *La capacidad del menor para otorgar capitulaciones (comentario al artículo 1.329 del Código Civil)*, en "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", 1988, p. 51).

(2) Conforme a su descripción en el artículo 1.325 C.c., "estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo".

En cuanto al régimen económico legal, esta relación ha sido puesta de manifiesto en múltiples ocasiones por la jurisprudencia, e incluso en la Sentencia de 13 de mayo de 1983 admite los gananciales para una hipótesis de matrimonio putativo, en virtud de la "producción de efectos civiles del matrimonio nulo de que se viene haciendo mención, y concretamente en lo que se contrae a gananciales, ya que siendo la esencia fundamentadora de éstos un régimen de comunidad de adquisiciones, que hace emanar de la aportación de cada uno de los cónyuges se entiende hacen al acervo común con su participación y contribución con su actividad en el vínculo familiar contractual, no sería acomodado a los principios básicos de justicia el excluir de la comunidad económica que de hecho ha existido durante el tiempo que se mantuvo vivo el matrimonio declarado nulo, y hasta que esa nulidad fue apreciada, y que es la base que da vida al matrimonio putativo acogido en el artículo 79 de Código civil español". Ello se refuerza cuando la Sentencia de 20 de mayo de 1965 considera que "a falta de capitulaciones es irrenunciable el régimen patrimonial de la comunidad de gananciales porque *el régimen supletorio se equipara a unas capitulaciones subsidiarias*". Véase, con carácter más general, la importante Sentencia de 3 de junio de 1966 recogida en nt. 6.

Respecto a la convivencia *more uxorio*, *infra*, aunque la jurisprudencia menor ocasionalmente ha estimado existir por analogía un régimen de Comunidad de gananciales (v. gr., S. de la Audiencia Provincial de Córdoba de 21 de abril de 1986), no creo que fuera ésta la pauta del Tribunal Supremo (véase, por ejemplo, la S. de 3 de julio de 1984).

Asimismo, la doctrina resalta el principio de accesoriidad entre las capitulaciones y el matrimonio, aunque limitado (cfr. LACRUZ-SANCHO, *Elementos de Derecho Civil*, IV, *Derecho de familia*, 2, Barcelona, 1989, p. 341; PÉREZ DE CASTRO, *El menor emancipado*, Madrid, 1988 p. 119; y, en especial, LETE DEL RIO, *op. y loc. cit.*, pp. 400 y 401).

(3) Cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *El concurso de las personas designadas en el artículo 1.316 en el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales. Ley aplicable al régimen económico matrimonial de española con extranjero*. (Notas a la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1955), en "Anuario de Derecho Civil", 1956, p. 311, nt. 39; AMORÓS, *Artículo 1.329*, en "Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia", II, Madrid, 1984, p. 1.548; DE LOS MOZOS, *Artículo 1.329*, en "Comentarios al Código civil y

C.c.) (4), su límite intrínseco en “la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge” (art. 1.328 C.c., *in fine*) (5), el término esencial que la ley le asigna (art. 1.334 C.c.), etc.—con una indudable significación jurídica (6).

En estas páginas se pretende analizar uno de los puntos en los que acaso queden de manifiesto con mayor fuerza las consecuencias de la señalada relación entre las capitulaciones y el mismo matrimonio; me refiero a los complementos de capacidad que requieren los menores o incapaces —a los cuales, sin embargo, se les puede reconocer el derecho a casarse— para suscribir capitulaciones matrimoniales. En efecto, esta cuestión plantea una disyuntiva: si bien conforme a la doctrina general de los contratos tales sujetos se hallan sometidos a la disciplina de la representación legal, de otra parte debe tenerse presente que, según el antiguo principio *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia* (7), quienes pueden contraer matrimonio están autorizados a concederse por pacto el régimen económico que más oportuno estimen (8). Así las co-

---

Compilaciones Forales”, XVIII, 1 (dirigidas por ALBALADEJO), Madrid, 1982, p. 213.

(4) Aunque según el criterio de la Sentencia de 10 de junio de 1913 se justifique la necesidad a los meros efectos de “garantía de otros derechos afectos a terceras personas”, lo que no considero exclusivo, máxime cuando la protección a los derechos de terceros en estos casos se salvaguarda reiteradamente por distintas normas (cfr. arts. 1.317, 1.320, 1.324, 1.333, y 1.335 C.c.).

(5) Cfr., en este punto, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de marzo de 1983.

(6) Como expresa la Sentencia de 3 de junio de 1966, “dentro del matrimonio, debe considerarse comprendido no sólo su aspecto personal estricto sino también su consecuencia económica, cual es el régimen de bienes porque éste carece de un valor y carácter patrimonial puro, a causa de su naturaleza familiar y en conjunción del matrimonio del que es inseparable y del que viene a constituir un accesorio que el Código civil destaca en el presente artículo” (1.326 del Código en su redacción originaria, hoy ligeramente variado en el artículo 1.334).

(7) Véase al respecto el artículo 1.398 del *Code Napoleon (le mineur habile à contracter mariage est habile à consentir toutes les conventions dont ce contrat est susceptible)*, y los precedentes que aporta en este punto GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Zaragoza (reimpresión), 1974, p. 669. En este sentido, más que antecedentes de Derecho Histórico, existen ciertos vestigios (v. gr., en Digesto 23, 3, 73 se contempla la relación entre la capacidad para contraer de los mudos, sordos y ciegos, y su posibilidad de obligarse por la dote; Digesto 23, 4, 8, *a sensu contrario*, contempla la necesidad de autorizar el pacto sobre la dote por el *pater familias*. Asimismo, Código 5, 12, 28 establece para los menores el requisito de consentimiento del curador para otorgar donaciones antenuptiales, igual que a la mujer menor para la dote). En cuanto al Derecho patrio, como dice PEÑA (cfr. *op. y loc. cit.*, p. 309), las capitulaciones matrimoniales fueron un fenómeno extraño en las leyes castellanias (existe un leve indicio en Partidas 4, 11, 14, cuando exige, respecto a la dote otorgada por mujer menor, autorización del juez si consistieran en bienes raíces, y del guardador de tratarse de muebles).

(8) Aun admitiendo en términos generales la validez del principio enunciado (cfr., también, la S. de 23 de marzo de 1926), la doctrina encuentra claras limitaciones, pues no es lo mismo casarse que capitular (cfr. AMORÓS, *op. y loc. cit.*, p. 1.550; LETE, *op. y loc. cit.*, p. 401; LLOPIS GINER, *op. y loc. cit.*, p. 50; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 341; CAS-

sas, el Código civil, siguiendo la práctica tradicional en la materia, establece como requisito en tales hipótesis unos complementos de capacidad para los otorgantes.

El problema estriba en el incierto alcance con que cuentan estas previsiones legales en su actual versión — máxime cuando se nota en falta la necesaria tarea legislativa para coordinar las reformas que de un modo u otro han afectado a los distintos extremos de la materia (cfr. leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981, 24 de octubre de 1983, y 11 de noviembre de 1987) (9)— y a este propósito se dirigen los siguientes comentarios.

## B) LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES OTORGADAS POR EL MENOR

### I. LOS ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LA CUESTIÓN

Conforme al vigente artículo 1.329 C.c., “el menor que con arreglo a la ley pueda casarse podrá otorgar capitulaciones matrimoniales antes o después de la boda, pero necesitará el concurso de sus padres o tutor, salvo que se limite a pactar el régimen de separación o participación”.

A primera vista, el precepto es trasunto actualizado del artículo 1.318 del Código civil en su redacción originaria (10), pero, sin embargo, esto

---

TÁN, *Derecho Civil español, común y foral*, V, *Derecho de Familia*, 1, *Relaciones conyugales*, (revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ), Madrid, 1987, p. 318; y PEÑA, *Derecho de Familia*, Madrid, 1989, p. 193), aunque sí parece indudable a contrario su certeza (cfr. PEÑA, *op. y loc. cit.* p. 309, nt. 31). Véanse otras interpretaciones del principio en *infra*, nt. 48.

(9) Cfr. LLOPIS GINER, *op. y loc. cit.*, p. 50.

Un buen ejemplo de una técnica legislativa defectuosa en este punto se ofrece por la ley de 29 de mayo de 1989, que reforma el título XI del libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre “la enajenación de bienes de menores e incapacitados y transacción acerca de sus derechos”. En efecto, el nuevo artículo 2.015 *in fine* L.E.C. establece para “las ventas hechas por el padre o por la madre con patria potestad” como requisito “haber obtenido previamente la autorización judicial, con audiencia del Ministerio Fiscal y de las personas designadas en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria”. Es para cualquier civilista conocido que dicho precepto trata de los medios inmatriculadores de fincas en el Registro de la Propiedad, y su remisión en la norma transcrita constituye un error de bulto. La explicación, sin embargo, trae causa del fenómeno señalado: la Ley de Enjuiciamiento Civil (año 1881) es posterior a la primera Ley Hipotecaria (año 1861), mas precedió al Código civil (año 1889); por consiguiente, sus remisiones originales no pudieron tener en cuenta la nueva Ley Hipotecaria de 1957, que cambiaría del todo el tema del artículo 205, antes referido a la representación legal de los menores a determinados efectos. Un hecho como éste resulta disculpable si se tratara de las versiones originales de las respectivas leyes, pero es lamentable que tal cosa se produzca en recientes modificaciones.

(10) Esta norma declaraba: “el menor que con arreglo a la ley pueda casarse, podrá también otorgar capitulaciones matrimoniales; pero únicamente serán válidas si a su otor-

no pasa de constituir una simple apariencia, y, además, perpetúa una contradicción antaño puesta de relieve por los autores (11). En efecto, el juego combinado de los antiguos artículos 45. 1.ª; 50, regla 1.ª; y 1.318 del Código civil (en las versiones originales y reformadas por la ley de 24 de abril de 1958) implicaba una incoherencia en los siguientes términos (12):

1') A tenor de los derogados artículos 45 y 50 C.c., cuando un matrimonio se celebrase por el menor sin la debida licencia (13) de las personas llamadas en cada caso a prestarla, se adoptaba como sanción civil, sin perjuicio de las responsabilidades penales en que se incurriese, la medida de considerar el matrimonio contraído con absoluta separación de bienes.

2') Por el contrario, y en franca desarmonía, el viejo artículo 1.318 C.c. estimaba dicho matrimonio sometido al régimen legal de gananciales, por ser nulas las capitulaciones del menor en que no interviniesen las mismas personas llamadas a otorgar en estos casos la preceptiva licencia.

Esta contradicción fue debatida por la doctrina en su momento, buscando posibles vías conciliatorias de los preceptos (14). No obstante, me

---

gamiento concurren las personas designadas en la misma ley para dar el consentimiento al menor a fin de contraer matrimonio.

En el caso de que las capitulaciones fuesen nulas por carecer del concurso y firma de las personas referidas y de ser válido el matrimonio con arreglo a la ley, se entenderá que el menor lo ha contraído bajo el régimen de la sociedad de gananciales”.

(11) Cfr., por todos, DE LOS MOZOS, *Artículo 1.318 C.c.*, en “Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales”, (dirigidos por ALBALADEJO), XVIII, 1, Madrid, 1978, p. 49.

(12) Cfr. LLOPIS, *op. y loc. cit.*, pp. 51 y ss.

(13) La redacción originaria del Código también incluía el consejo de los padres recogido en el por entonces vigente artículo 47 C.c., aunque su posible falta no entraba en quiebra con lo dispuesto por el anterior artículo 1.318 C.c., que omitía pronunciarse al respecto. La ley de 24 de marzo de 1958 eliminó este anacrónico requisito, que, sin embargo, daría lugar a la conocida Sentencia de 4 de mayo de 1970 (véase su comentario en DíEZ PICAZO, *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, III, Madrid, 1976, pp. 53 y ss.).

(14) En este sentido, son destacables las aportaciones que hace LLOPIS GINER (cfr. *op. y loc. cit.*, pp. 53 y ss.), a cuyo juicio el artículo 1.318. 2 C.c. era de aplicación sobre lo establecido en los artículos 45 y 50 C.c. sólo si concurría licencia matrimonial, mas no el necesario complemento de capacidad a presentarse por idénticas personas en el acto de otorgamiento de las capitulaciones, estando en los demás supuestos a resultados del régimen legal de separación absoluta.

Con todo, la hipótesis parece de suyo dificultosa en la práctica, según es de imaginar, máxime cuando ambos auxilios de ordinario se prestaban antes del matrimonio (la posibilidad de otorgarse después se sigue de la reforma del Código civil por ley de 2 de mayo de 1975 —y, en concreto, merced al artículo 1.320 C.c., antes de la nueva versión proporcionada por la ley de 13 de mayo de 1981—, así como su posible modificabilidad. Esto, a su vez, planteó no pocas dificultades en el caso de que proviniera el régimen económico



gustaría resaltar que las disparidades señaladas tampoco estuvieron exentas de toda lógica, porque la primera opción se derivaba no tanto de una norma sancionadora como preventiva, si bien del hecho pudiera derivarse una restricción en la capacidad del cónyuge mayor para escoger el régimen considerado más oportuno; pero, por claros motivos de prudencia legislativa, se le impuso uno de separación absoluta, que impedía la existencia de una masa consorcial común y responsable de actos indistintos de ambos cónyuges (en los más amplios términos, tal y como se concibió por el artículo 1.408. 1.º del Código en su redacción originaria) (15), y, en el fondo, para ser sinceros, también intentaba evitar repentinos enriquecimientos mediante adquisiciones de cuantiosas dotes. Por el contrario, la segunda pauta proviene de la diversidad de actos prevista en ambos supuestos, cuya conexión no impide cierta deseable autonomía de régimen derivado de su relativa independencia de contenido (16); de suerte que, cuando no concurriera un expreso requisito de validez, la ineficacia de las capitulaciones traía consigo la necesaria consecuencia del régimen económico legal primario (17).

## II. DISCIPLINA DEL NUEVO ARTÍCULO 1.329 C.C.

Después de su reforma *ex ley* de 13 de mayo de 1981, el régimen de las capitulaciones otorgadas por el menor varía, según creo, de forma ostensible, y con un sentido claramente desafortunado, al menos en su

---

vigente de una sanción civil al incumplimiento de los requisitos de voluntades complementarias exigidos por la ley, y a mi juicio satisfactoriamente resuelto en favor de su plausible alteración por la profesora —DÍAZ ALABART— cfr. *Modificabilidad del régimen de separación de bienes impuesto por la ley a los esposos que se casaron contraviniendo las prohibiciones del artículo 45 del Código civil*, en “Homenaje al Profesor Batlle”, Madrid, 1978, p. 223—, pese a los argumentos contrarios expuestos por TORRES y FRANCOS, cfr. *Las capitulaciones matrimoniales*, en “Boletín de Información de Ministerio de Justicia”, n.º 105, 1975, p. 7).

(15) A cuyo tenor eran “de cargo de la sociedad de gananciales: 1.º Todas las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por el marido, y también las que contraerá la mujer en los casos en que pueda legalmente obligar a la sociedad”. Este panorama puede comprobarse notoriamente más amplio que lo dispuesto a partir de la ley de 13 de mayo de 1981 (cfr. arts. 1.362 y ss. C.c.).

(16) Véase al respecto *supra*, nt. 8.

(17) El artículo 1.315, pfo. 2 del Código en su redacción originaria (confirmada en la ley de 2 de mayo de 1975) establecía que “a falta de contrato sobre los bienes, se entenderá el matrimonio contraído bajo régimen de la sociedad legal de gananciales”. Como es natural, en el capítulo de ausencia de las capitulaciones se incluyó por analogía su defecto jurídico, con las resultas que tal hecho comportaba.

expresión legal, que contrasta con el buen propósito que la vino a inspirar (18).

Para el estudio del alcance que cabe conceder al precepto, creo conveniente partir de la exégesis de sus mismos términos:

a) “El menor que con arreglo a la ley pueda casarse”

El nuevo artículo 1.329 C.c. conserva las expresiones originarias del Código civil (19), pero hay que reconocer su distinto sentido por las diversas reformas legislativas sobre los requisitos de validez del matrimonio del menor vigentes en cada etapa.

En los actuales momentos, tras la ley de 7 de julio de 1981, se produce un doble fenómeno; a saber, de un lado se omiten los consentimientos complementarios vigentes a modo de permisos previos para lo que la doctrina, con evidente reminiscencia canónica, vino a denominar licitud del matrimonio, cuya infracción comportaba el efecto antes descrito en lo relativo al régimen económico impuesto por la ley a tales nupcias; mas, de otra parte, y en cierta forma contradictoria, la edad míni-

---

(18) En efecto, como pone de relieve LLOPIS GINER (cfr. *op. y loc. cit.*, pp. 53 y ss.) siguiendo el *iter* parlamentario del precepto, las dificultades se presentaron por obra de la defectuosa técnica legislativa observada en la reforma del Código civil, que separó inopinadamente materias tan conexas como el matrimonio y su régimen económico en dos proyectos distintos, con el agravante de mezclarse ambos con otros contenidos sin duda cercanos, pero ajenos a su estricto ámbito conyugal, como no sea su conjunta inclusión dentro de la genérica y más bien académica disciplina del Derecho de Familia.

En consecuencia, las variantes previstas para el régimen de las capitulaciones otorgadas por el menor quedaron en el proyecto de ley sobre régimen económico conyugal a expensas del destino previsto en el proyecto sobre matrimonio acerca de la necesaria licencia de los padres en la celebración de los menores. Interesa destacar, no obstante, que, a mi juicio, en el informe de la ponencia sobre la reforma del régimen económico del matrimonio, y pese a la provisionalidad de sus conclusiones a causa de la dependencia existente respecto del proyecto de reforma del matrimonio que corría paralelo, se logra una redacción del artículo 1.327 —que luego sería, no sin profundas modificaciones, el actual 1.329 C.c.— coherente con el espíritu de la reforma, cuando establecía que “a falta de capitulaciones, se aplicará el régimen de separación”, con lo cual se hubieran salvado las antiguas incertidumbres provocadas por el distinto signo y alcance de las normas sobre licencias para contraer y régimen económico pactado por el menor en capitulaciones, siempre que la “falta de capitulaciones” abarcara, como es razonable, también el supuesto de su ineficacia por no concurrir en su otorgamiento las personas cuyo auxilio se hace preciso, pero esto es materia de análisis posterior y a ello me remito (cfr. *infra*, B. II. d. 2.).

(19) En este punto se mejoraba el antecedente inmediato del Proyecto de 1851, que se refería en el artículo 1.241 al “menor que, con arreglo a la ley, puede casarse”, dando a entender con ello literalmente que todo menor era de suyo apto para el matrimonio.

ma para contraer se cifra en la mayoría (20), o, en el mejor de los casos, la emancipación (cfr. art. 46.1.º C.c.) (21).

En síntesis, cabe proponer el siguiente cuadro de supuestos en los que puede celebrarse válidamente matrimonio —“con arreglo a la ley”— el menor (22):

### 1. *El menor que consiga la dispensa en tal sentido*

Conforme al artículo 48 del Código civil, “el Juez de Primera Instancia podrá dispensar, con justa causa y a instancia de parte, los impedimentos de (...) edad a partir de los catorce años. En los expedientes de dispensa de edad deberán ser oídos el menor y sus padres o guardadores”.

Con independencia de ciertas cuestiones de relativo interés que suscita la norma —como lo referente al procedimiento (23) y a las audien-

---

(20) En esta materia puede consultarse mi obra *La inscripción en el Registro civil del matrimonio canónico*, Madrid, 1988, pp. 133 a 135, y la extensa bibliografía citada en ese lugar, entre la que destaco: PÉREZ PASCUAL, *La menor edad en el matrimonio*, en “Anuario de Derecho Civil”, 1984, pp. 748 y ss.; GONZÁLEZ PORRAS, *la menor edad después de la Constitución y de la reforma del Código civil*, en “Revista de Derecho Privado”, 1984, pp. 456 y ss.; y Díez DEL CORRAL, *La nueva regulación del matrimonio en el Código civil*, en “Reformas del Código civil por las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981”, Madrid, 1983, p. 15.

(21) La doctrina discute las expresiones redundantes de los artículos 46.1.º y 316 del Código, pues si “no pueden contraer matrimonio los menores de edad no emancipados” (art. 46.1.º C.c.), ¿qué quiere decir que produzca el matrimonio “de derecho la emancipación” (art. 316 C.c.)? En este aspecto véase GETE ALONSO, *Emancipación y matrimonio*, en “Revista de Derecho Privado”, 1985, pp. 4 y ss.; NÚÑEZ BOLUDA, *Efectos del matrimonio que significan ampliación de capacidad y son comunes a ambos cónyuges*, en “Revista General de Legislación y Jurisprudencia”, 1978, p. 218; y DURÁN RIVACOBA, *op. y loc. cit.*, con cita de otros autores.

(22) Cfr. LACRUZ-SANCHO, *op. cit.* p. 341; PEÑA, *op. cit.* p. 193; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, IV, Barcelona, 1985, p. 115; ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil*, IV, *Derecho de Familia*, Barcelona, 1987, p. 138; Díez PICAZO-GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, IV, *Derecho de Familia y Sucesiones*, Madrid, 1989, p. 163; y LETE, *op. y loc. cit.*, p. 402.

LLOPIS recoge aquí (cfr. *op. y loc. cit.*, p. 64) la opinión de SALVADOR CODERCH, según el cual caben “contrayente o contrayentes menores de 14 años”, pues “el juego del artículo 75 C.c. permite la convalidación” de tales matrimonios en determinadas circunstancias (*Artículo 46 del Código civil*, en “Comentarios a las Reformas del Derecho de familia”, I, Madrid, 1984, p. 158), pero me parece sin duda excesivo pretender que dicho autor mantenga la capacidad para el matrimonio de tales sujetos, como él mismo explica más adelante con gran acierto (cfr. *Ibidem*, pp. 158 y ss.). En efecto, creo que la posible convalidación lograda por la dispensa ulterior o en virtud del mero transcurso del tiempo (cfr. arts. 48, pfo. 3 y 76, pfo. 2 C.c., respectivamente), se produce precisamente a causa de resultar los cónyuges beneficiados incapaces para el matrimonio contraído en su momento.

(23) Así, por ejemplo, propongo las siguientes:

cias (24)—, conviene plantearse si la dispensa para contraer matrimonio por el menor comporta la emancipación por concesión judicial, lo

---

— En virtud del artículo 48, pfo. 2 C.c., redactado por ley de 7 de julio de 1981, queda derogado el criterio del artículo 74 de la Ley del Registro Civil, a cuyo tener correspondían al Ministro de Justicia —previa propuesta de la Dirección General— las dispensas de impedimentos matrimoniales establecidas en el Código. Es decir, al mismo Encargado compete la dispensa de la menor edad (cfr. art. 48, pfo. 2 C.c.) y la tramitación del entero expediente matrimonial previo (cfr. arts. 44, y 260 a 266 del Reglamento del Registro Civil, y la Resolución del Centro directivo de 28 de diciembre de 1987).

— A mi juicio, el expediente de dispensa —excepción hecha del supuesto previsto en el primer párrafo del artículo 48 C.c., en que resuelve, previa propuesta de la Dirección General, el Ministro de Justicia, si bien la instrucción recae de igual modo en el Encargado (cfr. art. 365, pfos. 1.º y 2.º R.R.C.)— debe tramitarse dentro del más amplio expediente civil previo a la celebración y de forma paralela. Se cifra este argumento en “los criterios de economía, celeridad y eficacia que el Estado trata de imponer a todas sus actuaciones” (Exposición de Motivos del Reglamento del Registro Civil, y cfr. la Resolución de 28 de diciembre de 1987), como manifiesta el artículo 347 R.R.C. cuando establece la posible acumulación de oficio por el Encargado de varios expedientes, el artículo 352 R.R.C. que impone terminantes plazos de tramitación, y el artículo 354 R.R.C. al advertir “que la práctica de una diligencia no paralizará las demás que sean compatibles”, evitando “toda dilación o trámite superfluo o desproporcionado con la causa”. Asimismo apoyan esta tesis los artículos 245 y 260 R.R.C., y el artículo 48, pfo. 3 C.c. que permite dispensas ulteriores de carácter retroactivo y convalidante.

— Por último, y en lo que se refiere a otros aspectos del expediente de dispensa de la menor edad no previstos en el artículo 48, pfo. 2 C.c., señalo algunos de cierto interés: la intervención del Ministerio Fiscal es preceptiva (según la R. de 6 de septiembre de 1985, “la dispensa judicial sin la oportunidad de oponerse al ministerio fiscal adolece de defecto esencial” y hace nulas las actuaciones; y conforme a la R. de 16 de octubre de 1989, “el expediente de dispensa de edad para contraer matrimonio es un expediente de la legislación del Registro civil en el que, como en todos ellos —cfr. art. 97 L.R.C.— debe intervenir el Ministerio Fiscal en defensa de la legalidad: cfr. art. 3-6 de su Estatuto Orgánico”); de otra parte, “la Dirección General de los Registros y del Notariado tiene competencia para conocer los recursos entablados contra autos del Juez de Primera Instancia que denieguen a un menor de edad no emancipado y mayor de 14 años la dispensa para contraer matrimonio” (R. de 25 de enero de 1985). Sin embargo, con arreglo a la reciente —y discutible— doctrina del Centro directivo, “a diferencia de lo que ocurre en todos los casos en que el expediente tiende a lograr la debida concordancia entre el registro y la realidad, en la dispensa de edad no hay interés público que defender, pues se trata de una actuación que atañe al interés exclusivo de los particulares, a un derecho tan íntimo y fundamental de la persona como es el *ius nubendi*” (R. de 16 de octubre de 1989).

(24) En este sentido, son de señalar:

— Extraña que se omita en los expedientes de dispensa la deseable audiencia del otro candidato a contraer, cuya personalidad puede constituir un dato de cierta relevancia para el criterio del juez, aunque también es cierto que nada impide a éste reclamar su testimonio, y en la práctica se ha venido siguiendo esta pauta (cfr. R. de 28 de marzo de 1985).

— Creo que no debería esta norma, en buena técnica jurídica, referirse a los padres o guardadores (cfr. art. 48, pfo. 2 *in fine* C.c.), sino a los titulares, según el supuesto, de la patria potestad o de la tutela, pues me resulta evidente que quien es privado de la patria potestad, aun siendo progenitor, no merece intervenir en el expediente; además, la guarda jurídica (cfr. art. 210 C.c.) queda excluida, porque los curadores no concurren a estos efectos, habida cuenta de la capacidad de los emancipados para contraer (cfr. arts.

que debe ser resuelto negativamente (25), porque dicho acto requiere una edad superior a los 16 años (mientras en nuestro caso el límite inferior parte de los 14 años) (26), unos supuestos tasados que no se ajustan al presente (cfr. arts. 320 y 321 C.c.), y, en definitiva, las finalidades de ambas instituciones son en múltiples aspectos diversas, si bien el matrimonio contraído por el menor mediando dispensa consiga el efecto emancipatorio (art. 316 C.c.) (27).

---

286. 1.º y 46. 1.º, *a contrario*, del Código civil); y la simple guarda de hecho temporal (cfr. arts. 303 y ss. del Código redactados conforme a la ley de 24 de octubre de 1983), que no impide distintas titularidades de patria potestad o de tutela en su caso —incluso la posible tutela de carácter administrativo recogida en el artículo 172 C.c. (aunque difícilmente deba ser oído en estos supuestos quien acaso no conozca, ni siquiera su carácter de tutor —por analogía con el n.º 3 del mismo precepto, el director de la respectiva Entidad pública— y, en realidad, poco tenga que decir: cfr. *infra*, B. II. c. 1. b')— tampoco ha de apartar a sus destinatarios de intervención en el expediente, como, *verbi gratia*, también sucedería en los supuestos de acogimiento familiar compatible con aquéllas, conforme indica la propia reforma de la adopción por ley de 11 de noviembre de 1987 (cfr. art. 173. 2 C.c.). Sin embargo, este inciso pudiera tener cierto ámbito de aplicación en las señaladas situaciones de “tutela administrativa” por los motivos apuntados, o cuando con arreglo al artículo 299 bis C.c. recaiga en el Ministerio Fiscal el cargo de defensor judicial, pues aunque represente al menor también debe intervenir de oficio en el expediente, y no puede ser en idéntico asunto juez y parte (así lo establece, para otro asunto, el Centro directivo en sus Resoluciones de 11 de marzo de 1985 y 8 de marzo de 1982). En suma, se hace imperiosa una tarea de necesaria coordinación de las normas del Código civil en este punto —pues, a causa de distintas modificaciones legales independientes (en concreto, leyes de 7 de julio de 1981, de 24 de octubre de 1983 y de 11 de noviembre de 1987), adolece de no pocas lagunas y contradicciones—, labor armonizadora que indudablemente recaerá en los Tribunales de Justicia y en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. En cualquier caso, el artículo 1.329 C.c. se refiere a los padres o tutor, y no al guardador, como pretenden DE LOS MOZOS (cfr. *op. y loc. cit.*, p. 217; y LETE, *op. y loc. cit.*, respectivamente), y rechaza LLOPIS (cfr. *op. y loc.*, p. 71).

(25) Distinto sería el parecer de ALBALADEJO y de PÉREZ DE CASTRO cuando estiman la dispensa como de “la falta de emancipación” (*op. cit.* p. 138; y *op. cit.*, p. 118, respectivamente), que no creo correcto, pues la emancipación supone un caso con ribetes de cierta excepcionalidad, mientras aquí se trata de permitir a los menores contraer matrimonio, pero sin emanciparlos antes. Ahora bien, dudoso resulta si puede concederse la dispensa de menor edad a quien es susceptible de ser emancipado por los distintos cauces previstos en el Código civil, como de forma implícita señala la Resolución de 16 de octubre de 1989 no admitiendo el recurso, aunque por otras causas; según esta doctrina, la dispensa de menor edad logra su ámbito sólo en quienes no hayan cumplido los 16 años, una vez alcanzados los 14 establecidos como mínimo en la ley.

(26) En un curioso asunto determinó al respecto el Centro directivo que “el principio de legalidad —en virtud de los artículos 46 y 48 C.c.— impide la celebración válida de un matrimonio de un menor de 14 años aun cuando concurra la dispensa del juez” (Resolución de 6 de septiembre de 1985), aunque nada obsta para conceder *a posteriori* tal dispensa con un alcance convalidante con arreglo al artículo 48 *in fine* C.c.

(27) Tal vez por eso, el criterio de la Dirección General en orden a tales dispensas sea restrictivo, como indica la Resolución de 28 de marzo de 1985: “a pesar del embarazo de la promotora de 15 años de edad y el propósito firme de ambos de casarse no puede apreciarse (la justa causa para la dispensa solicitada) por la oposición frontal a ello de los

## 2. El menor emancipado

A tenor del artículo 314 C.c., “la emancipación tiene lugar: 1.º Por la mayor edad. 2.º Por el matrimonio del menor. 3.º Por concesión de los que ejerzan la patria potestad. 4.º Por concesión judicial”.

El primer supuesto, aparte de ser erróneo por constituir la emancipación un estado del menor (véase para el mayor en edad el artículo 322 C.c.), no plantea problemas en lo relativo al matrimonio, que puede ser contraído por los mayores sin más obstáculo. Tampoco suscitan dudas las concesiones de quienes ejerzan la patria potestad (28) o la judicial (bien sea por las causas previstas en el artículo 320 C.c., o en virtud del beneficio de la mayor edad otorgado al menor sujeto a tutela) (29).

Sin embargo, las dificultades se ofrecen respecto del menor que hace vida independiente con el consentimiento de sus padres (30) y tiene al menos dieciséis años, por cuanto el artículo 319 C.c. le reputa “para todos los efectos como emancipado”. Ahora bien, pese a las habilitaciones que tenga oportuno hacer el Código civil, y acaso gracias esta misma razón, estos menores no son emancipados, y, por consiguiente, a falta de mejor criterio, tampoco pueden contraer matrimonio sin la debida dispensa de minoridad (31).

Asimismo, se presentan ciertas incertidumbres en orden al menor que haya contraído válidamente matrimonio canónico sin dispensa civil. En principio, a este matrimonio se le reconocen los efectos civiles, que se producen con la celebración (cfr. art. VI de los Acuerdos sobre asun-

---

padres de la menor y sobre todo por los antecedentes y falta de medios económicos del varón que no constituyen una garantía sólida para la vida familiar normal, ni para la crianza y educación del hijo esperado”.

(28) Resulta discutible si de *lege ferenda* el precepto no hubiera mejorado extendiendo la posible concesión también a los tutores, pues aun cuando en el supuesto de tutela rija el llamado beneficio de la mayor edad, éste se concede por el Juez previo informe del Ministerio Fiscal cuando el menor lo solicite (cfr. art. 321 C.c., modificado en su redacción *ex ley* de 13 de mayo de 1981, y nuevamente por la ley de 11 de noviembre de 1987), lo que se asemeja mucho a la hipótesis de concesión judicial, que debe tenerse como subsidiaria —por eso es causal— de la posible concesión por los padres ejercientes de la patria potestad, así como hubiera podido suceder en este caso y parece más razonable, máxime cuando las obligaciones que ambos cargos comportan se aproximan enormemente (cfr. arts. 154 y 269 C.c.).

También es señalable que la norma se refiera con gran acierto al *ejercicio* de la patria potestad (el artículo 156 C.c. distingue su titularidad, atribución y ejercicio: cfr. *infra*, nt. 73), pues constituye, a mi juicio, un criterio aplicable por analogía en múltiples ocasiones, (como ya se hizo en *supra*, nt. 24, y se pretenderá en adelante).

(29) Cfr. DÍEZ PICAZO-GULLÓN, *op. cit.*, p. 163.

(30) Dígase lo mismo por analogía para este caso respecto de la tutela (*Vid. supra*, nt. 28).

(31) Este mismo criterio se mantiene, aunque con opuesto resultado, en cuanto a la exclusión de los emancipados del ámbito del artículo 1.329 C.c.: cfr. *infra*, nt. 54.

tos jurídicos suscritos entre la Santa Sede y el Estado Español el 3 de enero de 1979, y los arts. 60 y 61, pfo. 1 C.c.), pero no logra su pleno reconocimiento sino desde su inscripción en el Registro Civil (cfr. arts. 60 y 61, pfo. 1 C.c.), cosa que de ningún modo logrará, pues de los documentos presentados o de los asientos del Registro consta que no reúne dicho matrimonio los requisitos de validez previstos en el Código civil (cfr. art. 63, pfo. 2 C.c.). Según creo, y con independencia de otros factores que intervienen en el asunto (32), mientras el matrimonio produzca de derecho la emancipación podría tomarse a dichos contrayentes como emancipados, o, en todo caso, el hecho es causa suficiente para la concesión casi automática por el juez de la dispensa civil de minoridad.

Por último, también cabe debatir si un matrimonio putativo emancipa cuando es el menor quien obró de buena fe, o, *a fortiori*, si lo resultan ambos contrayentes. Considero difícil en estos casos que la buena fe provenga de un error sobre cuál es la edad mínima para contraer —pues “la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento” (art. 6. 1 C.c.) y para evitar tales situaciones está el expediente civil previo a la celebración— sino de otra causa; en estos casos, a mi juicio, la emancipación es un auténtico efecto del matrimonio (cfr. art. 316 C.c.), y, por tanto, debe ser mantenido en los estrictos términos del artículo 79 C.c., a lo sumo tratándose ahora de un aspecto de la emancipación relacionado con los efectos económicos del matrimonio, que se conservan para los putativos (cfr. S. de 13 de mayo de 1983).

## b) “Podrá otorgar capitulaciones antes o después de la boda”

### 1. *Fundamento de la capacidad de los menores*

En este punto estriba la *ratio* de la norma: quien pueda contraer, puede pactar lo accesorio (33). Este principio es común a las anteriores versiones del mismo artículo analizadas hasta el momento, pero, con todo, se aprecian diferencias significativas, como que se conceda una mayor autonomía en este orden a los menores (34), por cuanto ahora

---

(32) Así, por ejemplo, la posible validez civil de las dispensas eclesiásticas en ciertos casos, los distintos supuestos planteables, etc. (cfr., en este sentido, DURÁN RIVACOBA, *op. cit.*, pp. 133 y ss.).

(33) Cfr. *supra*, nts. 7 y 8. Para GARCÍA GOYENA era un colorario del principio “quien puede lo más, puede lo menos” (*op. y loc. cit.*).

(34) Plantea LLOPIS un caso de dudosa solución para demostrar que la capacidad de los menores en lo relativo al matrimonio y a las capitulaciones resulta en los actuales momentos diferente: a su juicio, si un menor de 13 años acude al notario para el otorgamiento de capitulaciones no le pueden ser negadas, pues cabe que contraiga válidamente matrimonio en el plazo de un año, haciendo eficaces los pactos así suscritos, siempre que me-

los requisitos de voluntad complementarios no constituyen condiciones expresas de validez de las capitulaciones, y se les permite suscribir con entero arbitrio y sin ningún complemento de capacidad los regímenes económicos de separación o de participación. Asimismo, queda patente un posible cambio de capitulaciones, que antes de la reforma parecía un tanto discutible (35).

Sin perjuicio del elevado ánimo que inspiró la reforma en este punto, y cuyos extremos principales acabo de resaltar, no es menos cierto que las expresiones legales resultantes de tales propósitos causan más bien decepción. En efecto, ateniéndome a la frase que ahora comento, los menores pueden capitular en tanto sean aptos para contraer, pero una vez que han celebrado el matrimonio quedan emancipados de derecho, y, por ende, son de suyo capaces para convenir las capitulaciones que tengan por oportuno, en principio sin necesidad de voluntades complementarias de la suya propia, como procedo a razonar pese al tenor contrario de la norma.

## 2. *El problema de los menores emancipados*

En efecto, esto abre una cuestión de gran relieve: ¿son aplicables a los menores emancipados las expresiones del artículo 1.329 C.c.?

*Prima facie*, y con arreglo al sentido literal del precepto, sin duda quedan incluidos, porque, si no, tampoco tendría mucha lógica que contemplara el artículo 1.329 C.c. la posibilidad de capitulaciones antes o después de la boda y siempre con los requisitos complementarios que de seguido se analizan (36); ello aparte, precisadamente los auxilios de capacidad por lo común establecidos en la norma citada para suscribir el menor capitulaciones matrimoniales eficaces, son los mismos que se solicitan al emancipado en cuanto a las limitaciones impuestas a su capacidad en el artículo 323 C.c. Por último, en las legislaciones comparadas próximas a la nuestra el emancipado se halla sometido a consentimien-

---

dien las asistencias previstas en el artículo 1.329 C.c. (cfr. *op. y loc. cit.*, p. 68). Por mi parte, sin embargo, haría dos apreciaciones: para poderse autorizar el acto, según creo, el notario debería exigir prueba de la dispensa ya concedida, pues sólo entonces los menores con arreglo a la ley pueden casarse (cfr. LETE, *op. y loc. cit.*, p. 402, nt. 21), y de lo contrario se arriesgaría la eficacia de un acto de la trascendencia señalada; y, desde otro punto de vista, sólo se hace necesario el consentimiento complementario si no acuerdan los futuros contrayentes un régimen de participación o separación. En consecuencia, no estoy de ningún modo de acuerdo con que deban de todas formas autorizarse las capitulaciones porque una posible convalidación del matrimonio nulo las pueda reavivar (cfr. *Ibidem*, p. 69).

(35) Cfr. *supra*, nt. 14, y el artículo 1.320 *in fine* del Código civil en su versión conforme a la ley de 2 de mayo de 1975.

(36) Cfr. DÍEZ PICAZO-GULLÓN, *op. cit.*, p. 163, nt. 1; PUIG BRUTAU, *op. cit.*, p. 115; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 342; PEÑA, *op. cit.*, p. 193; AMORÓS, *op. y loc. cit.*, p. 1.549, nt. 17; DE LOS MOZOS, *op. y loc. cit.*, p. 218; y LETE, *op. y loc. cit.*, p. 403.



tos complementarios de capacidad para poder otorgar capitulaciones, pese a su aptitud matrimonial (37).

No obstante, a mi juicio, resulta muy discutible dicho *status quaestionis* (38), porque “la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor” (art. 323 C.c.), y las limitaciones previstas en el mismo precepto han de interpretarse restrictivamente (39).

Así es, el artículo 1.329 C.c. comparte una doble faceta de perfiles dudosamente novedosos, pero sí al menos más nítidos en el actual esquema. La versión originaria del Código civil comprendía la licencia para contraer y el complemento de capacidad de las capitulaciones como

(37) En Francia viene previsto por el artículo 1.398 del *Code*, y fundamentalmente deriva de la necesidad de licencia previa otorgada por los padres al matrimonio de los menores, estén o no emancipados (cfr. arts. 138 y ss. del Código civil francés), lo que para éstos supone, según la doctrina, un caso excepcional de incapacidad (cfr. HAUSER-HUET-WEILLER, D., *La Famille (Fondation et vie de la famille)*, en “*Traité de Droit Civil*” (sous la direction de GHESTIN), Paris, 1989, p. 58). En cuanto a Italia, ello se induce del juego conjunto de los artículos 165, 90, 84, y 392 *in fine* del *Codice civile* (cfr., con abundante doctrina y jurisprudencia, PERLINGIERI, *Codice Civile anotato*, I, Torino, 1981, en el comentario de cada precepto); es de destacar que para el ordenamiento italiano la emancipación puede ser efecto del matrimonio, pero nunca requisito.

(38) Los autores también muestran sus reticencias en aceptar sin más consideraciones el argumento (si bien a la postre lo hacen, salvo, con múltiples motivos, PÉREZ DE CASTRO, cfr. *op. cit.*, pp. 119 a 121; y LLOPIS, cfr. *op. y loc. cit.*, p. 65, aunque no sea éste tan concluyente, e incluso se desdiga en *Ibidem*, p. 71); de tal suerte, LACRUZ-SANCHO intentan distinguir según la emancipación se produzca por obra del matrimonio, hipótesis inevitablemente incluida dentro del artículo 1.329 C.c., o merced a otra causa legal, cosa que plantea mayores dificultades (cfr. *op. cit.*, p. 342). Sin embargo, AMORÓS, expresando también sus dudas al respecto, considera que tras las últimas reformas de la emancipación no cabe diferenciar sus efectos conforme a la *ratio* que las hizo valer (cfr. *op. y loc. cit.*, p. 1.549; y LETE, *op. y loc. cit.*, p. 403).

(39) Aun cuando la jurisprudencia en este punto pueda llegar a ser opuesta: “no es rigurosamente exacto que las normas de derecho singular o excepcional estén necesariamente sustraídas al juego de la interpretación extensiva, ni rechacen siquiera en absoluto — como ya se advirtió en reciente sentencia de esta Sala de 7 de noviembre de 1940— el empleo del procedimiento analógico, toda vez que la moderna doctrina científica admite que una norma relativamente excepcional pueda consentir la aplicación de la analogía dentro del ámbito de su contenido estricto, y en tanto en cuanto, la *ratio* del tratamiento excepcional corresponda también el caso no regulado, y no es, por otra parte, recomendable en caso alguno, encerrar la interpretación dentro de los límites estrechos del elemento literal, sin completar y controlar sus resultados mediante el empleo de los demás elementos, racionales, históricos y sistemáticos, que han de poner en claro el verdadero espíritu y alcance de la norma” (Sentencia de 27 de junio de 1941, y cfr., también, la Sentencia de 13 de octubre de 1952). En sentido paralelo, LACRUZ-SANCHO estiman como no exhaustivas las restricciones establecidas en el artículo 323 C.c. para los emancipados (cfr. *op. cit.*, p. 342). Sin embargo, la reciente Sentencia de 28 de noviembre de 1989 establece una directriz del todo contraria, pues tratándose de los artículos 164 y 166 C.c., sienta la constante “doctrina de esta Sala, sancionadora de una interpretación restrictiva en cuanto a las normas prohibitivas; ni tampoco puede ser admisible la interpretación analógica, que asimismo se postula, extrapolando normas de otras instituciones jurídicas al caso que nos ocupa”.

una especie de dos caras de la misma limitación del menor (40); sin embargo, una vez eliminada la licencia paterna para la celebración —en realidad sustituida, sólo en los casos más llamativos, por una suerte de permiso judicial en la dispensa de minoridad (41)— las posibles asistencias previstas en orden a las capitulaciones rebrotan con un carácter marcadamente más económico que antes (42), aun cuando también en esa época el Tribunal Supremo declaraba el fin de la norma en la garantía “de que no puedan por ellas (las capitulaciones) sufrir daños en sus intereses económicos (los menores)” (Sentencia de 1 de julio de 1955). En síntesis, se trata sobre todo de una garantía de carácter económico.

En esta línea, la cuestión estriba precisamente acerca de los posibles pactos económicos en capitulaciones que puedan afectar a los “bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor” (43), para cuya disposición (gravamen o enajenación, según expresa el artículo 323 C.c.) el emancipado requiere del consentimiento de sus padres o, a falta de ambos, de su tutor (*sic*, curador) (44).

---

(40) Este fue un planteamiento de partida en la Ley de Bases para la redacción del Código civil: “Los contratos sobre bienes con ocasión del matrimonio se podrán otorgar por los menores en aptitud de contraerlo, debiendo concurrir a su otorgamiento y completando su capacidad las personas que, según el Código, deben prestar su consentimiento a las nupcias” (Base 23), siguiendo el precedente francés en este punto (cfr. *supra*, nt. 37).

(41) Cfr. DE LOS MOZOS, *op. y loc. cit.*, p. 217.

El hecho se refuerza considerando que la versión originaria del Código civil, antes de su reforma comentada, no recogía la dispensa de minoridad en el artículo 85, aunque a tenor del artículo 83.º pfo. 2 se diera “por revalidado *ipso facto*, y sin necesidad de declaración expresa, el matrimonio contraído por impúberes, si un día después de haber llegado a la pubertad legal hubiesen vivido juntos sin haber reclamado en juicio contra su validez, o si la mujer hubiera concebido antes de la pubertad legal o de haberse entablado reclamación”.

(42) Cfr. PÉREZ DE CASTRO, *op. cit.* p. 119. Otorga LLOPIS a tal hecho una extraordinaria trascendencia, porque, según estima, en este punto se cifra la definitiva disociación entre capacidad del menor para el matrimonio y las capitulaciones, respectivamente (cfr. *op. y loc. cit.* pp. 65 y ss.), lo que me resulta un tanto desmedido.

(43) Lógicamente omito lo relativo a “tomar dinero a préstamo”, que por su naturaleza resulta extraño a las capitulaciones matrimoniales.

(44) Este inciso del artículo 323 C.c. también precisa ciertos comentarios. Creo que sólo se recabará el consentimiento de los padres si no fueron privados en su día de la patria potestad (cfr. art. 170, pfo. 1 C.c.), o de alguna de sus facultades por las distintas causas señaladas en el artículo 156, pfos. 2, 4 y 5 C.c. (cfr., por extenso, *infra*, B. II c. 1. a), casos en que considero quedan “impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la ley” (art. 286 C.c.), y existe curatela, cobrando actualidad el segundo tipo de consentimiento complementario.

Así es, la referencia sobre un posible tutor del emancipado debe sustituirse por el curador, y constituye una nueva desarmonía del Código civil y sus distintas reformas, pues el artículo 323 C.c. proviene de la ley de 13 de mayo de 1981, mientras que la ley de 24 de octubre de 1983 establece curatela sobre “los emancipados cuyos padres fallecieron o quedaren imposibilitados para el ejercicio de la asistencia prevenida por la ley” (art. 286 C.c.).

Ahora bien, desde otro punto de vista no menos importante, hay que cuestionarse por el auténtico fin de la norma; según creo, y ha sido puesto de relieve por la doctrina, el precepto alberga el claro propósito de ampliar la capacidad del menor en orden a determinados actos que guardan una inmediata relación con el matrimonio autorizado en especiales circunstancias para ellos (45). En otros términos, no se trata de reducir

---

Es de tener en cuenta en este punto también el artículo 324 C.c. (cfr. LETE, *op. y loc. cit.*, p. 403), que para cuando los bienes inmuebles, establecimientos mercantiles u objetos de valor extraordinario sean comunes, una vez el menor haya contraído matrimonio, suplanta el consentimiento complementario de los padres o tutor (*sic*, curador), por el del cónyuge mayor, norma que puede parecer importante —y lo fue para la ley de 2 de mayo de 1975, introduciendo este criterio en los artículos 60 y 61 del Código antes de la reforma por ley de 13 de mayo de 1981 ahora comentada—, pero se limita en el estado actual de cosas a eliminar la vigencia en estos supuestos del artículo 323 C.c. (pues si el bien es común por ganancial eso mismo vige a tenor del artículo 1.375 C.c., lo que se hace obvio si el supuesto es de comunidad ordinaria de bienes: cfr. arts. 396 y ss. C.c.), o, mejor dicho, a primar el consentimiento del llamado “tutor” (en realidad curador) respecto del de los padres (ambos previstos en el artículo 323 C.c.), porque con arreglo al juego combinado de los artículos 291, 234 (con la interpretación correctora que luego haré: cfr. *infra*, B. II. c. 1. d’) y 222. 1.º *a sensu contrario* C.c., el curador del menor casado es el cónyuge mayor. Con todo, la norma del artículo 324 C.c. implica una plausible ampliación de la capacidad de los emancipados, pues el cónyuge representante del otro según el artículo 1.387 C.c., sin embargo “para realizar actos de disposición sobre inmuebles, establecimientos mercantiles, objetos preciosos o valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente, necesitará autorización judicial” (art. 1.389, pfo. 2 C.c.), lo que se salva en nuestra hipótesis gracias al artículo 324 C.c. si el emancipado presta su consentimiento.

(45) Con esta norma, “el legislador no quiso disminuir, sino aumentar la capacidad de los menores hábiles para casarse” (PEÑA, *op. y loc. cit.*, p. 308, que compara el régimen del artículo 1.329 C.c. con el general previsto en el artículo 1.263 C.c., a cuyo tenor “no pueden prestar consentimiento los menores no emancipados”; y cfr., en muy similares términos, LETE, *op. y loc. cit.*, p. 401; PÉREZ DE CASTRO, *op. cit.*, p. 120; LLOPIS, *op. y loc. cit.*, p. 56; AMORÓS, *op. y loc. cit.*, p. 1.552; y MOREU, *Artículo 27 de la Compilación Aragonesa*, en “Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón, (dirigidos por LACRUZ), I, Zaragoza, 1988, p. 695), lo que *a fortiori* sirve para los emancipados (aunque la R. de 1 de diciembre de 1987 muestre sus reservas en cuanto al segundo inciso de la disposición, pues se trata de “un precepto situado en el Código en sede de contratos y que no puede trasplantarse sin más a los negocios propios del Derecho de Familia”). Así pues, no creo posible sostener, como hacen LACRUZ-SANCHO, que la norma extienda la incapacidad de los emancipados (cfr. *op. cit.*, p. 342). En este sentido, AMORÓS opina que los complementos de capacidad introducidos en el precepto examinado “más que el establecimiento de un poder de los padres o tutor, o de una limitación al menor, es principalmente una colaboración o ayuda al menor, para completar su irreflexión o falta de madurez, y en beneficio del propio menor” (*of. y loc. cit.*, p. 1.550), pero eso es tanto como decir que los sujetos a tutela o patria potestad no son incapaces, pues en ambos casos su ejercicio se realiza en interés de los sometidos (cfr. arts. 216 y 154, pfo. 2 C.c., respectivamente).

Desde otro punto de vista, es de tener en cuenta que, según la mejor doctrina, el precedente del artículo 1.329 C.c. (artículo 1.318 de la versión originaria del Código) no regía en el caso de menores emancipados por matrimonio una vez quedaran viudos, conforme a la redacción dada por ley de 24 de abril de 1958 al artículo 45. 1 C.c. (exigía sólo

la capacidad de los emancipados —que siendo aptos de suyo para contraer no podrían sin las asistencias previstas en el artículo 1.329 C.c. capitular válidamente, salvo en muy contados supuestos— sino de favorecer, a quienes logran dispensa para casarse por su menor edad, el otorgamiento de pactos económicos con ocasión de aquella circunstancia; esto, a mi juicio, es claro, porque una vez eliminada la licencia previa en cuanto al matrimonio —por el carácter fundamental del *ius connubii* (46)—, la dispensa judicial, cuando sea menester, no sustituye la posible asistencia de los padres o tutor respecto a las consecuencias económicas de los acuerdos que con motivo de la celebración puedan tener lugar (47), mas con una idea básica: quien de suyo puede contraer (cfr. art. 46. 1 C.c. *a sensu contrario*) y por sí mismo también contratar sin asistencia (salvo en determinados supuestos: cfr. art. 323 C.c.) no debe sufrir inopinadamente restricciones en su capacidad de obrar, a lo sumo por una norma que además pretende incrementar las facultades de los menores autorizados para contraer matrimonio en cuanto al régimen económico de su familia (48).

---

la licencia matrimonial a los menores no emancipados por matrimonio), luego resultaría contradictorio que ahora se requiera si la norma pretende aún ampliar más la capacidad de los menores. Este argumento no se vence alegando, como hace AMORÓS (cfr. *op. y loc. cit.*, p. 1.550) que la regla general de la emancipación era por entonces la de haber alcanzado los 18 años de edad (art. 318 de la redacción originaria del Código, pero a partir del Real Decreto de 16 de noviembre de 1978, 16 años), pues precisamente por el juego combinado de los artículos 315 y 83 del Código en su versión original, las mujeres a partir de los doce años mediando dispensa podían contraer, lo que supone un criterio mucho más liberal de los actuales en este punto (cfr. art. 48, pfo. 2 C.c.), aunque a efectos económicos el hecho no tuviera la más mínima relevancia, por cuanto según el artículo 50. 3.º C.c. entonces vigente, los menores casados no recibían “la administración de sus bienes hasta que llegue a la mayor edad”, y el artículo 59 C.c. les impedía entre tanto “tomar dinero a préstamo, gravar ni enajenar bienes raíces”.

Por último, también abona la misma conclusión el resultado de la exégesis que se realiza en *infra*, nt. 57 acerca del alcance del artículo 1.338 C.c. (norma cuyo supuesto es prácticamente idéntico a lo previsto en el artículo 1.329 C.c.) y el sentido de los consentimientos complementarios necesarios para otorgar donaciones por razón de matrimonio a cargo del menor capaz de contraer, que tampoco abarcan en su ámbito a los emancipados.

(46) Aunque dicho argumento no sea convincente, pues el precedente del *Code français* aún se mantiene hoy día (cfr. arts. 148 y ss.), pese a las modificaciones introducidas en la materia ad matrimonio y afines (cfr., entre otras, las leyes francesas de 4 de junio de 1970, 5 de julio de 1974, 11 de julio de 1975, 23 de diciembre de 1985, y 22 de julio de 1987). Por el contrario, el Código civil italiano marcó la pauta del caso español, eliminando de su antiguo artículo 90 la licencia para contraer conforme a la ley de 17 de mayo de 1975.

(47) DE LOS MOZOS trae la necesidad del auxilio contenido en el artículo 1.329 C.c. de las audiencias recogidas en el artículo 48, pfo. 2 C.c. en orden a la concesión de la dispensa de minoridad (cfr. *op. y loc. cit.*, p. 217), lo que niega LLOPIS considerando que la capacidad para contraer y capitular han quedado escindidas definitivamente tras la comentada reforma por ley de 13 de mayo de 1981, y la desaparición de la licencia para el matrimonio en la ley de 7 de julio de 1981 (cfr. *op. y loc. cit.*, p. 67).

(48) LLOPIS considera que una regla como *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptia-*

A esto mismo también parecen apuntar las legislaciones forales (49), que cobraron una significativa influencia en el carácter liberalizador imprimido a la reforma operada por la ley de 13 de mayo de 1981 (50). Respecto a la Compilación navarra, el tercer párrafo de la ley 78 dispone que “los cónyuges o prometidos con capacidad para contraer matrimonio pueden otorgar capitulaciones. Para las disposiciones que impliquen transmisión actual de bienes de un cónyuge o prometido menor de edad en favor del otro se estará a lo dispuesto en la ley 66”, y esta última en su tercer párrafo establece precisamente las garantías que acompañan, mediante consentimientos complementarios, ciertos actos económicos de los emancipados, en completo paralelismo —si bien existen algunas variantes, como alusiones a los Parientes Mayores, etc.— con el artículo 323 C.c. (51). Esta misma conclusión cabe obtener para la Compilación catalana de su artículo 8, pues “podrán otorgar capitulaciones matrimoniales y, por tanto, heredamientos quienes con arreglo a la ley podrán contraer válidamente matrimonio, pero necesitará el concurso de las personas bajo cuya patria potestad o tutela se hallen”, y el emancipado no está sometido la patria potestad o la tutela, salvo que sea in-

---

lia cuenta con indudables limitaciones, pero no permite llevar a cabo un análisis específico de la capacidad del emancipado, que debe proseguir con un tratamiento uniforme (cfr. *op. y loc. cit.*, p. 65).

Sin embargo, no estoy de acuerdo con la interpretación que hace al respecto PÉREZ DE CASTRO, estimando inaplicable dicho principio a los emancipados, por cuanto, según estimo, éstos son de suyo capaces para contraer matrimonio mientras los menores que han obtenido al efecto dispensa no lo son y, en consecuencia, sólo aquéllos están contenidos en la citada regla (cfr. *op. cit.*, p. 120), porque los menores que logren dispensa son del todo aptos para casarse, y, en fin, su enunciado alcanza literalmente a todos los sujetos hábiles —en cuanto capaces— para el matrimonio, aunque constituya una tautología respecto de los mayores. Asimismo, no me parece correcta su traducción en que se *habilita* a los capaces para el matrimonio a los efectos de capitular (cfr. DE LOS MOZOS, *op. y loc. cit.*, p. 215; y VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Régimen económico del matrimonio*, Madrid, 1982, p. 112), sino que también son capaces para esto último, si bien con algunas prevenciones que recoge la norma del artículo 1.329 C.c.

(49) Excepción hecha de las Compilaciones de Alava y Vizcaya, Baleares, y Galicia, sin contenido específico en este punto (cfr. NAGORE YARNOZ, *Doctrina actual sobre capitulaciones matrimoniales en Derecho Común y Foral*, en “Estudios de Derecho Civil en Honor al Profesor CASTÁN TOBEÑAS”, IV, Pamplona, 1969, pp. 520 y 521).

(50) La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1986 declara el carácter subsidiario de la regulación del Código civil en lo no dispuesto por la Compilación catalana en cuanto a los complementos de capacidad exigibles en las capitulaciones matrimoniales, lo que considero aplicable también a los demás Derechos forales, como parecen indicar para el caso de Navarra y Aragón las Sentencias de 7 de julio de 1978; y 15, y 17 de febrero de 1986.

Desde otro punto de vista, resulta significativa la derogación del antiguo artículo 1.317 C.c., que impedía someterse a los regímenes económico-matrimoniales de carácter foral mediante capitulaciones de quienes estaban sujetos al Derecho común.

(51) En este punto, resulta de gran interés el estudio de NAGORE YARNOZ, *Ley 78 del Fuero Nuevo de Navarra*, en “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales” (dirigidos por ALBALADEJO), XXXVI-1.º, Madrid, 1990, pp. 435 y ss.

capacitado por sentencia judicial (52). Por último, la Compilación aragonesa en esta misma línea establece que los menores hábiles para el matrimonio pueden otorgar capítulos antes de su celebración con determinados consentimientos suplementarios, pero una vez casados, en virtud del artículo 4 de la misma, tienen “la consideración de mayores de edad”, y no requieren asistencia de ningún tipo para las capitulaciones (53).

Así pues, el problema no es tanto que lo dispuesto en el artículo 1.329 del Código amplíe las limitaciones de capacidad de los menores emancipados, como que los pactos capitulares impliquen una cierta disposición o gravamen de todo su patrimonio, en cuyo sentido existen limitaciones legales que no se pueden obviar. Ahora bien, debe tenerse presente que por el solo hecho del matrimonio tal cosa ocurre, pues el ejercicio de la potestad doméstica (54) ya lo compromete de suyo, y, en todo caso, habría que distinguir entre gravámenes y disposiciones directas, siempre sometidas a las limitaciones del artículo 323 C.c., y las indirectas o derivadas del ejercicio de su capacidad de obrar reconocida en la ley (conforme al mismo precepto, en su primer inciso, “regir su persona y bienes como si fuera mayor”) (55), en las cuales, como resulta evidente, no tienen cortapisas, por cuanto de ordinario comportan la responsabilidad de un patrimonio a causa de las obligaciones contraídas por su titular, campo en el que vige la responsabilidad patrimonial universal, prevista en el artículo 1.911 C.c. con rasgos de norma de orden público económico (56). Así pues, sólo afectan las prevenciones del ar-

---

(52) Cfr. PUIG SALELLAS, *Artículo 8 de la Compilación Catalana*, en “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales” (dirigidos por ALBALADEJO), XXVII, 1, Madrid, 1981, pp. 285 a 287.

(53) Cfr. MOREU, *op. y loc. cit.*, p. 690.

(54) Según el artículo 1.319 C.c.: “cualquiera de los cónyuges podrá realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendadas a su cuidado, conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma.

De las deudas contraídas en el ejercicio de esta potestad responderán solidariamente los bienes comunes y los del cónyuge que contraiga la deuda y, subsidiariamente, los del otro cónyuge”.

Además este principio vige para cualquiera que sea el régimen económico del matrimonio, a tenor del juego combinado de los artículos 1.362. 1.º y 1.365. 1.º (gananciales), 1.438 y 1.440, pfo. 2 (separación) y 1.413 (participación), todos ellos del Código civil.

(55) Los autores alegan que precisamente de tales expresiones se induce que no es mayor el emancipado (cfr. LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 342; PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pp. 115 y 116), pero tampoco es menos cierto su carácter análogo, excepto en los casos especialmente prevenidos, lo que, a mi juicio, no sucede aquí (cfr. PÉREZ DE CASTRO, *op. cit.*, p. 119).

(56) En este punto reviste gran interés la Sentencia de 27 de junio de 1941. En ella el Tribunal Supremo entiende “para una interpretación adecuada del artículo 317 del Código civil (en su redacción originaria, trasladada por la ley de 13 de mayo de 1981 al artículo 323 C.c.), resulta indudable que aun cuando el contrato de fianza, y como una de sus modalidades, siquiera lo sea con rasgos muy peculiares, la operación de aval, no estén

título 323 C.c. cuando se trate de disponer o gravar directamente, y por un acto específico en tal sentido, los bienes mencionados en el precepto; en consecuencia, parece que si las capitulaciones no contemplan uno de tales supuestos —*v. gr.*, la donación por razón del matrimonio del menor emancipado a su cónyuge de un bien inmueble (cfr. art. 1.341. 1 C.c.) (57)— huelgan para el menor emancipado las cautelas del artículo 1.329 C.c. (58).

literalmente comprendidos entre los actos que se prohíbe realizar, sin la autorización pertinente, al menor emancipado por concesión del padre o de la madre, están incluidos, al menos implícitamente y por modo lógico, en la fórmula legal, en primer lugar, porque si bien el fiador no impone un gravamen directo sobre sus bienes inmuebles, compromete o puede indirectamente comprometer dichos bienes”. Ahora bien, y con independencia de las distancias que separan un acto de garantía personal y las capitulaciones matrimoniales, y el distinto tratamiento que para el concreto asunto se hace de la emancipación con arreglo a su causa, este criterio resulta muy dudoso, como pone de manifiesto DÍEZ PICAZO, “pues de aceptarlo resultaría que un menor emancipado, que posea bienes inmuebles, no puede celebrar ningún negocio del que resulte una obligación a su cargo, pues por el juego del principio de la responsabilidad patrimonial universal (art. 1.911) dichos bienes resultarían afectados siempre” (*Estudios...*, p. 57).

(57) El artículo 1.338 del Código civil suscita una nueva dificultad cuando establece, con expresiones claramente similares a las recogidas en el artículo 1.329 C.c. (cfr. LA CRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 344), que “el menor que con arreglo a la ley pueda casarse, también puede en capitulaciones matrimoniales o fuera de ellas hacer donaciones por razón de matrimonio, con autorización de sus padres o del tutor...”. Habida cuenta de que tales donaciones deben realizarse, por hipótesis, antes de contraer (cfr. art. 1.336 C.c.), surge la duda de la posible aplicabilidad del precepto a los emancipados, lo que implantaría en su capacidad de obrar una nueva limitación añadida; sin embargo, la solución en este punto parece más concluyente, porque si dichas “donaciones se rigen por las reglas ordinarias en cuanto no se modifiquen por los artículos siguientes” (art. 1.337 C.c.), la norma del artículo 1.338 C.c., lejos de constituir una restricción para los emancipados, resulta una suerte de ampliación de la capacidad de los menores. En efecto, según el artículo 624 C.c. “podrán hacer donación todos los que puedan contratar y disponer de sus bienes”, y al menor emancipado le cabe hacerlo (cfr. arts. 319 y 1.263. 1.º, *a contrario*, C.c.), luego el artículo 1.338 C.c. sólo afecta y de forma positiva, como una especie de beneficio legal relacionado con su capacidad para contraer matrimonio por razón de la dispensa que obra en el supuesto, sobre los menores no emancipados. Ahora bien, claro está que me refiero al acto en sí, no a su posible contenido, pues cuando éste haga relación a los “bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor” el permiso de los padres o del curador resulta imprescindible, pero por obra del artículo 323 C.c., no a causa del instrumento —donaciones por razón de matrimonio— que le sirve de nace a la disposición o gravamen restringidos a los emancipados.

Asimismo, se plantea si “el concurso y consentimiento de sus padres o tutor” (art. 1.329 C.c.), prestado para las capitulaciones matrimoniales otorgadas por el menor antes de contraer, exige de “la autorización” específica prevista con los mismos presupuestos en el artículo 1.338 C.c. para las donaciones por razón de matrimonio, lo que, a mi juicio, debe resolverse positivamente gracias a la perfecta identidad de *ratio* que obra en ambos casos, y, en consecuencia, “la autorización”, sólo vige cuando la liberalidad a causa de matrimonio realizada por el menor que pueda casarse consta fuera de las capitulaciones, o en ellas se acoge un régimen de separación o de participación, exentos de auxilios para establecerse.

(58) Cfr. PÉREZ DE CASTRO, *op. cit.*, p. 119. Por contra, PUIG BRUTAU entiende

En suma, la posibilidad de que pueda el menor otorgar capitulaciones después de la boda en el sentido estricto derivado de la simple letra del artículo 1.329 C.c., y con arreglo a las medidas preventivas que impone, ha de tomarse como afirmación prácticamente gratuita, cuyos efectos testimoniales provienen de unas incertidumbres legislativas —en concreto, del juego combinado de los artículos 1.318, pfo. 2 y 1.320 *in fine* de la versión originaria del Código civil y por ley de 2 de mayo de 1975, respectivamente (59)— superadas con la reforma *ex* ley de 13 de mayo de 1981 (cfr. art. 1.315 C.c.), porque un menor que ha contraído matrimonio queda fuera de las limitaciones establecidas en el art. 1.329 C.c. al lograr de derecho su emancipación (60).

Por consiguiente, la capacidad del menor emancipado a los efectos de otorgar capitulaciones matrimoniales no sufre restricción alguna por causa del instrumento, sino que hay que permanecer a resultas de las provenientes de su contenido con arreglo al artículo 323 C.c., y el hecho emancipatorio permite a sus beneficiarios actuar a su libre arbitrio mientras no topen con las cautelas legales establecidas con carácter general por el Código civil (61).

---

que la prudencia exige someter a los emancipados también al régimen del artículo 1.329 C.c. (cfr. *op. cit.*, p. 115), lo que no termina de convencer por las razones antes expuestas.

(59) Esto mismo parece indicar DE LOS MOZOS, (cfr. *op. y loc. cit.*, pp. 216 y 217, en especial en la nt. 4). Véase para esta circunstancia lo discutido en *supra*, nt. 14.

(60) Con todo, resulta dudoso si el cambio de las capitulaciones otorgadas por el menor antes de su matrimonio requiere, a expensas del artículo 1.331 C.c., asistencia y concurso de las personas que complementaron en su día la capacidad del menor, “si vivieren y la modificación afectarse a derechos otorgados por tales personas”, en cuanto “que en éstas intervinieron como otorgantes”. GARCÍA CANTERO lo estima positivamente (cfr. en CASTÁN, *op. cit.*, p. 321), aunque a mi juicio no convenga, pues quienes asintieron en el acto primitivo no son otorgantes en sentido estricto de las capitulaciones (cfr. *infra*, nt. 126), ni conceden derecho alguno, y tampoco les afecta el nuevo pacto en nada; por último, rozaría el absurdo pretender auxilios para unas capitulaciones que de suyo no las requieren cuando se suscriben por el menor antes de la boda (de ordinario, habiéndose precisado en un principio, rige gananciales, y entonces el cambio se producirá en favor de la separación o la participación, por hipótesis excluidas del artículo 1.329 C.c.).

(61) Cabría preguntarse si puede un emancipado establecer en capitulaciones matrimoniales libremente un sistema de comunidad amplio y sobre todos los bienes presentes y futuros, por ejemplo, al estilo de la comunidad universal de absoluta comunicación de patrimonios prevista en el Fuero de Baylío. A mi juicio, cabe distinguir dos facetas del supuesto que permanecen íntimamente unidas en la práctica como consecuencia del acto en cuya previsión se realiza. La segunda serían las implicaciones del hecho a partir del matrimonio, para lo que no encuentro ningún óbice jurídico pues tal cosa sucede, aunque más limitadamente, con el régimen de gananciales. Mas la primera resulta de la naturaleza del acto desde un punto de vista que considere los efectos inmediatos de tal acuerdo, es decir, el hecho de poner en común ambos patrimonios en su estado actual; según creo, y por mucho que se tenga en cuenta el matrimonio futuro como inmediato ánimo de los otorgantes, dicho acuerdo ha de observarse desde la perspectiva negocial, y si comporta la enajenación o gravamen limitada para los emancipados en el artículo 323 C.c. deben exigirse los consentimientos complementarios aludidos en la norma, pero no por imperativo del artículo 1.329 C.c.



c) **“Pero necesitará el concurso y consentimiento de sus padres o tutor”**

1. *Las personas llamadas a prestar su asistencia*

Múltiples son las cuestiones que se suscitan en este punto. Acaso la primera surja de las personas previstas en la norma para complementar la capacidad de los menores en el otorgamiento de capitulaciones. En lo relativo a esta materia conviene debatir las distintas variantes recogidas en la norma, ya sea de forma explícita o implícita (ésta última por la vía de una interpretación correctora que tantas veces se impone):

a') Los padres (ambos o uno solo)

Este constituirá el supuesto típico y prioritario en orden a prestar el consentimiento complementario, cuando proceda, en las capitulaciones matrimoniales otorgadas por el menor (62).

En principio, los padres obran al amparo a la patria potestad que por ley tienen conferida; en consecuencia, está sujeta su actuación a las pautas esenciales previstas en el Código al respecto, como pueden ser su ejercicio de forma conjunta (63), y en pleno interés de los hijos (cfr. art. 154, pfs. 1 y 2 C.c., respectivamente) (64).

Con todo, las mismas normas del Código contemplan ciertos casos en que la previsible actuación mancomunada de los padres cede a favor de uno, que podrá ejercer el auxilio prevenido en el artículo 1.329 C.c. de manera exclusiva, y con preferencia sobre un tutor no constituido todavía (cfr. art. 156, pfo. 4 C.c.). En síntesis, cabe proponer los siguientes supuestos:

1') Muerte o declaración de fallecimiento de uno de los progenitores (cfr. art. 169. 1.º C.c.).

2') La privación de la patria potestad para uno de los padres en virtud de sentencia de los tribunales “fundada en el incumplimiento de los

---

(62) El artículo 1.329 C.c., a diferencia de otros preceptos que tratan del posible concurso de los padres y del tutor (así el artículo 323 C.c., aunque se refiera en realidad al curador), no declara textualmente la subsidiariedad del último respecto de los primeros (también ocurre lo mismo con el artículo 324 C.c., pese a que todos proceden de la reforma de 13 de mayo de 1981); pero ello se induce con carácter general del artículo 222. 1.º C.c., a cuyo tenor rige la tutela para los menores no emancipados mientras la patria potestad no esté vigente (cfr. S. de 9 de julio de 1916).

(63) Cfr. LETE, *op. y loc. cit.*, p. 405.

(64) Cfr. las Sentencias de 8 de abril de 1975, 15 de febrero de 1983, y 24 de febrero de 1984. entre otras recientes.

deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial” (art. 170, pfo. 1 C.c.).

Ahora bien, deben estudiarse por separado las diversas hipótesis previstas en el citado precepto para su mejor comprensión, pues las variantes englobadas —causa civil ordinaria, criminal o matrimonial— no dejan de ofrecer dificultades:

— En cuanto a la causa civil —ya sea ordinaria, o se trate de acción típica de filiación prevista en los artículos 131 a 135 C.c.— puede hablarse de dos circunstancias distintas, pero íntimamente relacionadas (65): la exclusión *a priori* de la patria potestad si la filiación ha sido judicialmente determinada contra la oposición de uno de los progenitores (cfr. art. 111. 2.º C.c.) (66), y la privación permanente, aunque recuperable, y *a posteriori* de la patria potestad a uno de los progenitores fundada en el ya citado incumplimiento de los deberes inherentes al cargo (cfr. art. 170 C.c.), ambas decididas conforme a sentencia firme.

También cabe hablar en el epígrafe presente de una circunstancia recogida de manera implícita, y con independencia de otras posibilidades más adelante analizadas, en el artículo 156, pfo. 4 C.c., cuando alude al ejercicio unilateral de la patria potestad por “imposibilidad de uno de los padres”, si éste ha sido declarado en sentencia firme incapaz (cfr. art. 199 C.c.) y así se manifiesta expresamente (cfr. art. 210 C.c.) (67).

— En lo relativo al proceso criminal, ello se alude por el artículo 111. 1.º C.c. cuando excluye de la patria potestad al progenitor condenado penalmente a causa de las relaciones a que obedezca la generación (*v. gr.* violación o esturpo, con arreglo a los artículos 429 y 434 del Código Penal), cuya condena, como es lógico, sólo atañe por lo común al padre (68).

---

(65) *Estricto sensu*, considero que la privación (propiamente tratada en el artículo 170 C.c.) supone más bien cesar en la patria potestad antes ejercida, mientras el hecho de su exclusión (recogida en el artículo 111 C.c., analizado por remisión implícita) comporta su falta de nacimiento efectivo.

(66) Véase al respecto la Sentencia de 23 de julio de 1987.

(67) En esta hipótesis, la sentencia firme no tiene como fundamental objetivo la privación de la patria potestad, pero puede ser un efecto sobrevenido, máxime cuando el incumplimiento, si bien no culposo, de los deberes inherentes a la patria potestad constituye prácticamente un dato de partida luego reflejado en la sentencia.

(68) Ahora bien, la solución no resulta de ninguna manera simple. Piénsese, por ejemplo, un delito de estupro —“la persona que tuviere acceso carnal con otra mayor de doce años y menor de dieciocho, prevaleándose de su superioridad, originada por cualquier relación o situación” o la “que interviniendo engaño, tuviere acceso carnal con otra mayor de doce años o menor de dieciséis” (arts. 434 y 435 C. P., respectivamente)— cometido por la mujer sobre un varón y a cuya consecuencia nace una criatura. Según creo, tales casos no estaban en la mente del legislador al redactar la norma del artículo 111. 1.º C.c., pese a traer causa de una ley anterior (7 de octubre de 1978) a la reforma del Derecho de familia.

Pero todavía más llamativo resulta la posible —aunque a los presentes efectos menos

— Por último, la causa matrimonial, estrictamente hablando se hace difícil de partida, porque no se priva de la patria potestad de ordinario en estos tipos de procedimiento, salvo si tal cosa se determina en el convenio regulador (69) que presentan los cónyuges en la demanda de separación (cfr. art. 81. 1.º *in fine* C.c.) o divorcio (cfr. art. 86 *in fine* C.c.) (70), y en el muy excepcional supuesto del artículo 92 pfo. 3 C.c. (71) (aplicable, por ejemplo, al abandono injustificado del hogar y

---

problemática— violación tras la reforma del artículo 429 C.P. por Ley Orgánica de 21 de junio de 1989 (el nuevo tipo habla de “acceso carnal con otra persona, sea por vía vaginal, anal o bucal”), con los mismas consecuencias (por el contrario estima y a su vez critica MUÑOZ CONDE —cfr. *Derecho Penal, Parte Especial, Apéndice*, Valencia, 1989, p. 21— no haberse variado la naturaleza del sujeto activo del delito, siempre varón; tesis discutida por BOIX-ORTS-VIVES, *La reforma penal de 1989, Valencia, 1989, pp. 140 y ss.*, y claramente negada por SERRANO, en RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, Madrid, 1989, p. 179).

En dichos supuestos, la madre condenada por causa de las relaciones a que obedece la generación, puede quedar excluida de la patria potestad, y es lo más aconsejable, pero, ¿la víctima del delito debe asumir la relación paterno filial que se le impuso ilegítimamente?; a mi juicio, tal cosa no resulta en modo alguno apropiada, tanto por las circunstancias personales del ofendido, como del delito, y, en consecuencia, competiría la tutela de tipo administrativo prevista en el Código civil, o la ordinaria “cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para éste” (art. 239, pfo. 2 C.c.).

(69) Con las prevenciones que dicho acuerdo despierta respecto de la necesaria y posible aprobación judicial, por cuanto, a mi juicio, supone una renuncia no permitida de los “deberes” que cita el artículo 154 C.c.; y, además, pudiera ser dañoso para los hijos, o gravemente perjudicial para el cónyuge privado de la patria potestad, o incluso para el otro (cfr. art. 90 C.c.). En suma, no creo que tal pretensión deba tolerarse por el juez, pues “la patria potestad es el conjunto de derechos que la ley confiere a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos no emancipados, *para asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumben* respecto a su sostenimiento y educación”, porque constituye “una institución establecida *en beneficio de los hijos*” y “reflejo del *deber de los padres*” (S. de 8 de abril de 1975); hasta el punto que conforme a la Sentencia de 24 de febrero de 1984 la atribución conjunta de la patria potestad en ambos los padres resulta una norma de *ius cogens*, sólo dispensable mientras concurra una causa establecida legalmente. Asimismo, ello se reafirma en la naturaleza de la tutela, con arreglo al artículo 216 C.c. (véanse las SS. de 30 de enero de 1914 y 23 de noviembre de 1983).

(70) No, por el contrario, en los procesos de nulidad, como pretende indicar el artículo 90 C.c. incluyendo el contenido de los convenios reguladores entre “los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio” (rúbrica del capítulo IX, título IV, libro I C.c.), y a lo sumo tratando expresamente de “los acuerdos de los cónyuges adoptados para regular las consecuencias de la nulidad”. Esto supone, a falta de mejor criterio, una grave incoherencia jurídica, puesto que tales acciones de nulidad del matrimonio son siempre contenciosas (cfr. arts. 73 a 78 C.c.), y el convenio regulador exige presentarse la demanda de mutuo acuerdo. Así pues, no creo posible la presentación de la demanda de nulidad del matrimonio por mutuo acuerdo de las partes y con un convenio regulador sobre los efectos de la declaración, por el carácter estrictamente causal e imputable de la declaración de nulidad, y sobre todo, al reservarse para el divorcio y la separación la disponibilidad por los cónyuges de su vínculo matrimonial.

(71) “En la sentencia (matrimonial) se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se releve causa para ello”.

a las violaciones graves o reiteradas de los deberes respecto de los hijos comunes (72) como causas de separación conforme al artículo 82. 1.º y 2.º C.c.), sino que se suele acordar simplemente la disciplina de su ejercicio (cfr. art. 90, A) C.c.), aunque de tal hecho puedan derivarse consecuencias a nuestros efectos, como de seguido argumentaré (dígase lo mismo, con posibilidad más reducida incluso, de las medidas provisionales acordadas por los cónyuges, o, en su defecto, por el juez —cfr. art. 103. 1.º C.c.— dada la eventualidad de su carácter).

3') La posible atribución de las funciones o del ejercicio de la patria potestad (73), que haga el juez a favor de uno de los padres.

Varias son las alternativas que ofrece la hipótesis ahora examinada. En primer lugar, consta su determinación en sentencia judicial, lo que compete para los casos previstos en el artículo 92, pfo. 4 C.c. (74); tales podrían ser —aparte de los anteriormente señalados para la privación de la patria potestad en la misma coyuntura, mientras no reúnan la gravedad que requiere dicha determinación extrema— también otros comportamientos del cónyuge afectado por la presente medida y que, no siendo estrictamente paterno-filiales, indiquen la conveniencia de los hijos (75). Igualmente pertenecerían a este capítulo los posibles acuerdos

---

(72) Aunque considero mejor exigir un incumplimiento grave y reiterado, que será causa de la privación de la patria potestad, no bastando su carácter alternativo, como debería suceder para la separación (contra el criterio mantenido por la jurisprudencia que parece seguir requiriendo la gravedad y la reiteración conjuntas: cfr. Sentencias de 14 de julio de 1982, 28 de octubre de 1983 y 11 de febrero de 1985).

(73) En realidad son distintas categorías conceptuales (cfr. SEISDEDOS, *La patria potestad dual*, Bilbao, 1988, pp. 25 y ss.) la privación y la exclusión de la patria potestad (cfr. arts. 170 y 111 C.c., respectivamente), su atribución y su ejercicio (cfr. art. 156 C.c.). Las primeras se refieren a la titularidad, la segunda versa sobre las facultades de la patria potestad, y la última recae acerca de su efectiva práctica (cfr. en este punto la S. de 24 de febrero de 1984). Sin embargo, hay que reconocer en atribuciones y ejercicios exclusivos por uno de los progenitores, a causa de la decisión del juez, el auténtico alcance práctico del propio cargo, si bien por vía de suspensión de la patria potestad, dado su carácter temporal y revisable.

(74) "Podrá también acordarse, cuando así convenga a los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges". Aunque sea el contenido idéntico a lo más adelante tratado en orden a posibles atribuciones conferidas por el juez a uno de los progenitores a tenor de lo previsto en el artículo 156 C.c., dos hechos me aconsejan su distinción en el estudio sistemático: el artículo 92, pfo. 4 C.c. trae consigo una sentencia, y se trata, en suma, del particular, si bien ordinario, caso en que los progenitores también sean cónyuges (la Sentencia de 24 de febrero de 1984 aclara que la norma del artículo 156, pfo. *in fine* C.c. es aplicable cualquiera resulte la naturaleza de la filiación).

(75) Por ejemplo, y como causas de la posible sentencia matrimonial en que tal hecho conste: ciertas violaciones graves y reiteradas de los deberes conyugales (cfr. art. 82. 1.º C.c.), que hayan podido afectar indirectamente a los hijos; la condena, según las concretas circunstancias del caso, a pena privativa de libertad por tiempo superior a los seis

de los cónyuges acerca del ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos comunes plasmados en el convenio regulador (cfr. art. 90, A) C.c.), cuando se aprueben por el juez, lo que, como ya expresé, no deja de ser problemático por el carácter irrenunciable de los deberes y facultades (cfr. art. 154, pfo. 2 C.c.) en que consiste la patria potestad, habida cuenta de su naturaleza supraindividual (76).

Asimismo, caben estudiarse aquí los supuestos de privación temporal, y *a posteriori*, consecuentes a las atribuciones de la patria potestad o de su ejercicio en exclusiva o parcialmente (siempre que abarque las facultades de asistencia prevenidas en el artículo 1.329 C.c., y concordantes) (77) realizadas por el juez en favor de uno de los progenitores en caso de desacuerdo puntual o reiterado (78), y también cuando concurra “otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad” (art. 156, pfo. 2 C.c.). Estas decisiones, en cierto modo provisionales (79), se adoptan con arreglo a la disposición transitoria décima de la ley de 13 de mayo de 1981 por las normas de la jurisdicción voluntaria y sin ulterior recurso, con independencia de poderse acudir después “al ejercicio de las acciones correspondientes en la vía judicial ordinaria” (en cuyo caso se presenta el supuesto analizado de privación en virtud de sentencia firme conforme al artículo 170 C.c.).

4') Otros posibles ejercicios individuales de la patria potestad sin atribución judicial expresa.

Las situaciones anteriormente descritas tampoco agotan las perspectivas en este campo, porque cabe incluso el ejercicio exclusivo, y hasta cierto punto unilateral, de la patria potestad por uno de los progenitores sin intervenir el criterio del juez, aunque sean, como es lógico, impugnables tales actos (80). Aludo con ello al cuarto párrafo del artículo

---

años (cfr. art. 82. 3.º C.c.); el alcoholismo, la toxicomanía o las perturbaciones mentales, atendiendo al determinado supuesto (cfr. art. 82 4.º C.c.), etc.

(76) Estos mismos criterios rigen, con mayor fuerza incluso, si se trata de acuerdos previos de los padres que sustituyan a las posibles medidas provisionales a decidir por el juez (cfr. art. 103. 1.º C.c.).

(77) Cfr. LETE, *op. y loc. cit.*, p. 406. En este sentido, son interesantes las distintas matizaciones que hace DÍEZ PICAZO (cfr. *Notas sobre la reforma del Código civil en materia de patria potestad*, en “Anuario de Derecho Civil”, 1982, pp. 13 y ss.).

(78) Cfr. CASTÁN, *op. cit.*, p. 319; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 343; AMORÓS, *op. y loc. cit.*, p. 1.551; DÍEZ PICAZO-GULLÓN, *op. cit.*, p. 163; y LETE, *op. y loc. cit.*, p. 405.

(79) “Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años” (art. 156, pfo. 2 *in fine* C.c.). Distinto sucede con la discrepancia meramente *ad casum*, en que la determinación del juez resulta concreta y no adquiere proyección en el tiempo (cfr. LETE, *op. y loc. cit.*, p. 405; SEISDEDOS, *op. cit.*, pp. 140 y ss.; y DE PRADA, *La patria potestad tras la reforma del Código Civil*, en “Anales de la Academia Matritense del Notariado”, XXV, Madrid, 1982, p. 373).

(80) No me refiero, por supuesto, al consentimiento tácito de un progenitor sobre los actos relativos a la patria potestad llevados a cabo por el otro (cfr. art. 156, pfo. 1 C.c.),

156 del Código, que afirma: “en defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro”.

Este inciso ha de ser interpretado en un sentido técnico que dificulta sus palabras (81), y, por tanto, “ausencia” tiene aquel estricto alcance preciso descrito en el artículo 181 C.c., así como sucede con la “incapacidad” (cfr. arts. 199 y ss. C.c., aunque no conste de forma expresa en la sentencia); mas el problema se plantea con el “defecto” y la “imposibilidad”. En el ámbito de lo primero no puede figurarse, como en principio parecería, la muerte o declaración de fallecimiento, porque son casos previstos en el artículo 169. 1.º C.c., y entonces responde a los supuestos en que su no presencia —sin concurrir declaración de ausente o fallecido— hace inevitable descartar su consentimiento. En cuanto a la segunda, uno de sus plausibles contenidos cabe imaginar en las situaciones interinas hasta que tenga efecto la declaración de incapacidad (82), o, asimismo, en el supuesto previsto en el propio artículo 156, pfo. *in fine* C.c., que determina el ejercicio de la patria potestad, cuando los padres vivan separados (83), por el progenitor que tenga en su compañía los hijos (84), en previsión de un perjudicial *impasse* para el menor.

Por último, tampoco puede olvidarse una nueva posibilidad de actuación individual de uno de los padres a los efectos prevenidos en el artículo 1.329 C.c. sin intervención del juez, si existe disparidad de intereses entre uno de los progenitores y el hijo respecto del otorgamiento de capitulaciones o a sus concretas cláusulas (85), pues en este caso “corresponde al otro por Ley y sin necesidad de especial nombramiento

---

y su ordinario ejercicio frente a terceros de buena fe (cfr. art. 156, pfo. 3 C.c.), porque para el auxilio prevenido en el artículo 1.329 C.c. se requiere una voluntad expresa en tal sentido (cfr. LETE, *op. y loc. cit.*, p. 405).

(81) Cfr. SEISDEDOS, *op. cit.*, p. 176 y ss.

(82) Cfr. LETE, *op. y loc. cit.*, p. 406; y, en contra, DE PRADA, *op. y loc. cit.*, p. 382.

(83) No creo que con estas expresiones se refiera el precepto a la separación matrimonial, pues las consecuencias atribuibles a esta coyuntura se regulan en distinto lugar (cfr. arts. 90, 91, 92 y 103 C.c.), y la Sentencia de 24 de febrero de 1984 así parece declararlo implícitamente: “el ejercicio conjunto de la patria potestad es regla aplicable cualquiera sea la naturaleza de la filiación”. Cfr. por extenso, SEISDEDOS, *op. cit.*, pp. 186 y ss.; y, en contra de mi opinión, LETE, *op. y loc. cit.*, p. 406.

(84) Si bien cabe revisar la situación a solicitud del otro progenitor, según indica el propio artículo, pero me imagino que dicha petición, por su amplio alcance, debe realizarse y decidirse de antemano.

(85) “La figura del defensor judicial está presidida por la idea de transitoriedad y de concreta designación para un específico caso en que surge el conflicto de intereses. Serán las circunstancias de cada supuesto las demostrativas de la contraposición de intereses” (S. de 12 de junio de 1985).

representar al menor o completar su capacidad” (art. 163, pfo. 2 C.c.) (86).

#### b') El tutor o los tutores

La posible intervención del tutor procede de forma siempre subsidiaria respecto de las distintas alternativas que ofrece la patria potestad, según se acaba de poner de relieve; así pues, compete si concurren las siguientes circunstancias (87):

1') “Muerte o declaración de fallecimiento de los padres” (art. 169.1.º Cc). (88).

En esta coyuntura regirá la tutela testamentaria de forma preferente, “salvo que el beneficio del menor (...) exija otra cosa” (art. 224 C.c., y cfr. art. 223 C.c.), para cuyo caso entra en vigor la tutela dativa (cfr. art. 235 C.c.) mediante decisión motivada del juez, que, según creo, tampoco debe respetar en estos supuestos extraordinarios el llamamiento de tutela legítima prevista en los distintos números del artículo 234 C.c., como advierte la misma norma en su segundo párrafo (89).

2') La privación de la patria potestad en virtud de sentencia de los tribunales que afecte a los progenitores (cfr. art. 170, pfo. 1 C.c.) (90).

Esto sucederá —mientras no se recupere por nueva decisión judicial “atendiendo al beneficio o interés del hijo” (art. 170, pfo. 2 C.c.)— cuando ambos padres hayan incumplido los deberes de la patria potestad conforme a sentencia firme, que según el propio artículo 170, pfo. 1 C.c. puede dictarse a expensas de acción civil (por ejemplo, la sentencia de incapacitación de cada uno donde así quede previsto: cfr. art. 210

---

(86) Como más adelante se dirá (cfr. *infra*, B. II. c. 2) compete a los presentes efectos la última posibilidad descrita en la norma.

(87) En este punto me refiero a la misma causa de aparición conjunta en los progenitores, sin perjuicio de que la concurrencia de las expuestas anteriormente, aunque distintas, en los dos padres, tenga idéntica eficacia.

(88) No, en cambio, para los otros supuestos recogidos en la misma norma como causas extintivas de la patria potestad: en las adopciones vige también la patria potestad, pero ejercida por distintos titulares (resulta, en realidad, una sustitución de la patria potestad, no su extinción, salvo en un sentido subjetivista, como el artículo pretende), y la emancipación, por hipótesis, queda excluida del epígrafe que trato (cfr. art. 286. 1.º C.c.).

(89) LACRUZ-SANCHO estiman con acierto, tras la reforma por ley de 24 de octubre de 1983, no existir propiamente una distinción de los tipos de tutela por el nombramiento, ahora siempre a expensas del juez (cfr. art. 234, *in initio*, C.c.), sino a raíz de su vocación (cfr. *op. cit.*, p. 793).

(90) El artículo 170 C.c., parece contemplar en exclusiva un supuesto de la privación del padre o de la madre y no de ambos, que, como es lógico también resulta previsible.

C.c.), criminal (v. gr. cfr. arts. 487, pfo. 5, y 489 bis, pfo. 3 C. p.) (91), o matrimonial (cfr. art. 92, pfo. 3 C.c.).

En tales circunstancias, el llamamiento prioritario del tutor es el que hayan previsto los padres en documento público notarial antes de su privación de patria potestad (cfr. art. 226 C.c.), excepción hecha del acuerdo adoptado por el juez en otro sentido, caso para el cual son preferentes las vocaciones legítimas del artículo 234 C.c., salvo que se aprecien iguales inconveniencias, rigiendo entonces la tutela dativa (cfr. art. 235 C.c., por analogía).

### 3') Otros supuestos.

Aun cuando en principio siempre se requiera sentencia firme para privar de la patria potestad, existen dos casos en que parece que también intervendría el tutor a los efectos de prestar el auxilio previsto en el artículo 1.329 C.c., pese a la subsistencia formal de una patria potestad que, desde un punto de vista meramente fáctico, corre peligro de incumplirse, o ya se hace, según la hipótesis propuesta.

La primera supone una especie de prevención sobre la suerte que correrán los hijos en las causas matrimoniales, porque conforme al artículo 103 1.º, pfo. 2 C.c. las medidas provisionales de aquellos procesos excepcionalmente permiten que los hijos sean “encomendados a otra persona (distinta de los padres) y de no haberla, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez”. El precepto, redactado con arreglo a la ley de 7 de julio de 1981, no es precisamente un dechado de técnica jurídica y plantea numerosos puntos de incertidumbre (92); y acaso destaque como más

---

(91) Estos preceptos del Código penal privan *expressis verbis* de la patria potestad como sanción en cierto modo accesoria de los tipos de abandono de familia y de niños, y de la entrega de los menores de dieciséis años a la mendicidad, respectivamente (cfr. MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, pp. 11 y ss.). Sin embargo, con carácter general el artículo 452 bis g) C.P. establece que “el ascendiente, tutor o maestro o cualquier persona que con abuso de autoridad o encargo perpetrare alguno de los delitos comprendidos en este título (“De los delitos contra la libertad sexual”) será castigado con el grado máximo de la pena señalada al respectivo delito. El Tribunal sentenciador podrá además privar a los padres de la patria potestad y tutela”. Ahora bien, ello tampoco impide que la privación de la patria potestad pueda lograrse sobre la base de otros muchos tipos delictivos, una vez se aleguen los hechos probados en la correspondiente acción civil a tal efecto emprendida.

Desde otro punto de vista, opino que la privación de la patria potestad impuesta como pena no permite su posible recuperación por el mecanismo descrito en el artículo 170, pfo. 2 C.c., por tratarse de jurisdicciones y procesos distintos.

(92) Por ejemplo, no se conoce con certeza si tal medida debe traer causa de la iniciativa de los cónyuges o del juez, aunque según creo el tenor literal del artículo 103 *in initio* C.c. indica mejor lo segundo (“admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de éstos, las medidas siguientes”).

Asimismo, tampoco es posible conocer *a priori* el significado de la expresión “y de no haberla”; estimo por mi parte que se refiere, pero defectuosamente, a las personas idó-



llamativo el alcance de los términos “funciones tutelares” conferidas por la ley (pero con sometimiento al juez) a la persona o institución idóneas que tienen encomendados los hijos en esta coyuntura. En mi opinión, la norma sufre transformaciones profundas, y en su día tal vez impredecibles o incluso no deseadas por su rigor, con motivo de las leyes de 24 de octubre de 1983 y de 11 de noviembre de 1987.

En efecto, la reforma de la tutela en el Código civil parece identificar las funciones tutelares (cfr. arts. 249, 256 y 279 C.c.) con el mismo cargo (cfr. art. 268, pfo. 2 C.c.), su ejercicio (cfr. arts. 236, 253, y 251, pfo. 1 *in fine* C.c.) y desempeño (cfr. arts. 247 y 253 C.c.); y desde otro punto de vista, el peculiar acogimiento descrito en el artículo 103. 1.º, pfo. 2 C.c. debe seguir, a falta de otras, las reglas generales establecidas con arreglo a la nueva disciplina de la adopción en los artículos 172 y 173 C.c., pues, a fin de cuentas, se trata de una “guarda durante el tiempo necesario, cuando quienes tienen potestad sobre el menor lo soliciten justificando no poder atenderlo por enfermedad u otras circunstancias graves, o cuando así lo acuerde el juez en los casos en que legalmente proceda” (art. 172. 2 C.c.), además, en perfecta sintonía con lo previsto en el artículo 103. 1.º, pfo. 2 C.c., “la guarda podrá ejercerse, bajo la vigilancia de la Entidad pública, por el Director de la casa o establecimiento en que el menor es internado o por la persona o personas que lo reciban en acogimiento” (art. 172. 3 C.c.).

Luego el problema estriba en conocer si dicha guarda, se derive o no de acogimiento (93), también implica en cualquier caso la constitución de una tutela peculiar por el ejercicio de sus funciones típicas temporalmente a favor de quienes tienen confiados a los hijos. Aun cuando los indicios expuestos antes parecen señalarlo así, a mi juicio tal no sucede, porque los propios términos del artículo 172. 2 C.c. excluyen la tutela en estos casos, contemplando la potestad de los padres y la sola guarda por la entidad colaboradora (94). Con todo, si la encomienda de los

---

neas para conferirles las “funciones tutelares”, en el sentido de seguido explicado.

(93) Conviene advertirse la gran equivocidad en que incurre respecto de la guarda el Código civil, y el grado de incertidumbre que trae consigo el fenómeno cuando debe analizarse su aplicación a tenor de algunos preceptos, como el artículo 48 C.c. (cfr. *supra*, nt. 24). En este sentido, recibe muy distintos alcances y caracteres, aunque siempre conserva su naturaleza custodiadora de menores o incapaces. Ahora bien, puede constituir una parte integrante de otras instituciones de acogimiento (cfr. art. 172. 3 C.c.) y tutelares (cfr. art. 215 C.c.), o, por el contrario, ser autónoma (cfr. arts. 210, 229 y 172. 2 C.c.). Asimismo, cabe revestir rango jurídico por derivarse de una decisión judicial (cfr. art. 210 C.c.), o resultar una circunstancia meramente fáctica (cfr. arts. 303 y ss. C.c.). Por último, de ordinario recae su titularidad sobre una persona física, pero tampoco es descartable a favor de un ente público (cfr. art. 172. 2 C.c.), aunque su ejercicio se confíe a un sujeto individual (cfr. art. 172. 3 C.c.).

(94) Cfr. PÉREZ ALVAREZ, *La nueva adopción*, Madrid, 1989, pp. 103 y ss. Según creo, la tutela *ministerio legis* de la entidad pública sólo tiene lugar si la situación de desamparo es anterior a la medida (cfr. art. 172. 1 C.c.), y no cuando en su previsión quie-

hijos comporta una situación de acogimiento, y no de simple guarda de la institución idónea, la cosa parece mucho más oscura, porque con literal reproducción del contenido de la patria potestad en el artículo 156. 1.º C.c. (y, de igual modo, las facultades de la tutela contempladas en el artículo 269. 1.º y 2.º C.c.), para tales supuestos el artículo 173. 1 *in fine* C.c. “impone a quien lo recibe (al hijo) las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral”. Sin embargo, la semejanza entre ambas situaciones en realidad sólo abarca sus aspectos más personales, con cierta independencia de las funciones jurídicas de representación y administración de los bienes (cfr. art. 154. 2.º, y 267 y 270 C.c., para la patria potestad y tutela respectivamente), conservadas como reducto de la patria potestad subsistente, pese a las condiciones del caso, en los padres. A esta misma solución apunta el propio artículo 103. 1.º pfo. 1 C.c., que arranca de “la patria potestad de ambos (cónyuges)”, debatiendo sólo el problema de con quién han de quedar los hijos mientras se tramita la separación de los padres (95).

Por último, y como cajón de sastre comprensivo de cualquier otro supuesto imaginable, vige la intervención del tutor para “los menores que se hallen en situación de desamparo” (art. 222. 4.º C.c.). Ahora bien, siendo dicha circunstancia una hipótesis de trabajo meramente fáctica (96), y que no precisa una declaración judicial constitutiva, el artículo 172. 1 C.c. (introducido en la reforma de 11 de noviembre de 1987) establece la tutela por ministerio de la ley en tales supuestos a favor de “la Entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores”. Mas ello se produce con aparente oposición a lo previsto al respecto por la ley de 24 de octubre de 1983, según la cual “cuando se tenga conocimiento de que una persona debe ser sometida a tutela (97) y en tanto no recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento, asumirá su representación y defensa el Ministerio Fiscal. En tal caso, cuando además del cuidado de la persona hubiera de procederse al de los bienes, el Juez podrá designar un admi-

---

nes conservan la patria potestad entregan voluntariamente a los hijos con aprobación del juez, o éste acuerda la guarda o acogimiento en las mismas circunstancias (cfr. art. 172. 2 en relación con el art. 103. 1.º, pfo. 2, ambos del Código).

(95) También cabe alegar a título de mero ejemplo el artículo 111 *in fine* C.c., que para las típicas exclusiones legales de la patria potestad de un progenitor mantiene “a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos”, pese a ser contenido de la patria potestad y de la tutela conforme a los artículos 153. 1.º C.c., y 269. 1.º C.c., respectivamente.

(96) A tenor del artículo 172. 1 C.c., “se considera como situación de desamparo la que se produce *de hecho* a causa del incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes establecidos por las leyes para la guarda de menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”.

(97) A los presentes efectos, “los menores que se hallen en situación de desamparo” (art. 222. 4.º C.c.).

nistrador de los mismos, quien deberá rendirle cuentas de su gestión una vez concluida” (art. 299 bis C.c.), mientras ahora el artículo 174 C.c. se contenta con destinarle “la superior vigilancia” en estas situaciones, que “no eximirá a la Entidad pública de su responsabilidad para con el menor”, por cuanto resulta titular *ex lege* de la tutela (cfr. art. 172. 1 C.c.) (98). A mi juicio, el hecho puede tener una relativa importancia, porque me figuro excesivo pretender que un menor desamparado apto para el matrimonio haya de recabar el auxilio prevenido en el artículo 1.329 C.c. a quien acaso ni siquiera conozca su cargo de tutor.

En efecto, por aplicación analógica del artículo 172. 3 C.c., la peculiar tutela de carácter administrativo prevista en el primer párrafo del mismo precepto a favor de la Entidad pública (99) queda ejercida por el Director del establecimiento (100), que puede incluso ignorar el desamparo del menor —éste se descubre por el juez a la hora de tramitarse la dispensa para casarse— y, asimismo, la función ostentada por el ente público a su cargo sobre dicha persona; ya expuse a su tiempo cómo estimo inoportuno en estos casos su intervención en el expediente de dispensa (101), lo que *a fortiori* vige para el punto aquí estudiado. En suma, con tales presupuestos, y en virtud de lo establecido en el artículo 239 C.c. (102) consideraría preferible una espera prudente al nombramiento del tutor, con arreglo a las normas generales (103); pero, no

---

(98) Ello está en pleno paralelismo con la general función de vigilancia prevista para el Ministerio Fiscal en el artículo 232 C.c.

Sin embargo, también es cierto que según el capítulo IV, título X, libro I del Código, y la propia estructura del supuesto, en estas condiciones el Ministerio Fiscal es hasta cierto extremo un defensor judicial, por cuanto participa de aquel carácter “de figura presidida por la idea de transitoriedad y de concreta designación” (S. de 12 de junio de 1985, y cfr. SS. de 15 de octubre de 1953 y 30 de noviembre de 1961), que viene contemplada en el artículo 299 C.c.

(99) Sería éste un nuevo tipo de tutela desde cualquier punto de vista, porque no requiere como las ordinarias el nombramiento del juez (cfr. art. 172, 1.º en contra del art. 234 *in initio*, ambos del Código), proviene de una vocación legal y automática, y, por último, recae sobre organismos de Derecho público.

(100) Cfr. PÉREZ ALVAREZ, *op. cit.*, pp. 108 y ss.

(101) Cfr. *supra*, nt. 24.

(102) Esta norma, que proviene de la ley de 11 de noviembre de 1987, dice así: “La tutela de los menores desamparados corresponde por la Ley a la Entidad a que se refiere el artículo 172.

Se procederá, sin embargo, al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para éste”.

Es de señalar esta disposición como todo un ejemplo de buen sentido jurídico, que aminora el rigor de las soluciones legales antes apuntadas y da cabida en estas materias al criterio flexible del juez, en atención a las circunstancias que obren en el caso.

(103) Asimismo podría pensarse acudir al cauce ofrecido por el artículo 299 bis C.c., y conceder al Ministerio Fiscal la tarea de asistencia del menor a los efectos del artículo 1.329 C.c., máxime cuando las facultades conferidas por aquella norma en alguna medida exceden las del defensor judicial, donde queda un tanto forzosamente incluido, y permi-

obstante, también hay que reconocer lo exagerado de la medida, pues de ordinario el tutor sólo intervendrá para este único acto (una vez contraído el matrimonio y lograda la emancipación cesa en su cargo: cfr. art. 222. 1.º C.c. *a contrario*), circunstancia que indudablemente debe pesar en el nombramiento (104).

Cuando la intervención del tutor se haga precisa, por concurrir alguno de los supuestos discutidos en ambos progenitores conjuntamente (resulte común o distinto el motivo que afecte a cada cual), serán aplicables las normas del Código al respecto, enriquecidas notablemente tras su reforma por ley de 24 de octubre de 1983 (105), pues ahora contempla la posible concurrencia de varias personas en el cargo (cfr. art. 236 C.c.), y aunque de ordinario se distinguen las facultades de tipo personal y patrimonial (cfr. art. 236. 1.º C.c.), o se faculta, e incluso promueve, su ejercicio solidario (cfr. art. 237, pfo. 1 C.c.), tampoco excluye su carácter mancomunado, cuyas reglas de funcionamiento se contemplan en el segundo párrafo del artículo 237 C.c., y básicamente parten del ordinario juego de la mayoría, como paso a exponer.

#### c') Casos excepcionales: el juez y el defensor judicial

Aparte de las alternativas analizadas hasta el momento con arreglo al tenor literal del artículo 1.329 C.c., existen otras situaciones que, aun cuando supongan una clara excepción, no por eso deben olvidarse. Me refiero a la posible asistencia prestada por personas en virtud de su cargo ante distintos y siempre marginales supuestos previstos en la ley.

En este punto conviene advertir que, contra lo establecido en orden

---

ten sustituir al tutor todavía inoperante, y cuya tardanza puede perjudicar al menor.

Sin embargo, esta solución, en muchos sentidos ventajosa, choca con dificultades insalvables, pues el mismo artículo 299 bis C.c. advierte que para el cuidado de los bienes del menor se prescinde del Ministerio Fiscal, designándose por el juez un administrador, y, entonces, sería contraproducente la intervención de aquél a unos efectos de contenido patrimonial. Con todo, el argumento no resuelve irrefutablemente nuestro caso, al no conocerse con certeza el campo atribuible al auxilio previsto en el artículo 1.329 C.c., que, si bien recae sobre un acto de contenido patrimonial, asimismo trae causa de un tipo de asistencia de naturaleza personal, hasta el punto que ciertas legislaciones comparadas lo confían a los mismos sujetos cuyo permiso requieren como licencia previa para celebrar matrimonio válidamente los menores (cfr. art. 1.398 del *Code*). Ahora bien, pudo comprobarse cómo las reformas operadas por leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981 parecen aclarar este punto en el sentido aquí expresado (cfr. *supra*, B. II. b. 2).

(104) LACRUZ-SANCHO estiman que si el tutor no ha sido designado, debe hacerse *ad hoc* (cfr. *op. cit.* p. 343), olvidando tal vez que tras las sucesivas reformas del Código en este punto la hipótesis planteada es imposible a tenor de los artículos 172 y 239 C.c. ambos en su primer párrafo, según se ha expuesto. Aun así, éste parece ser el resultado más práctico conforme a lo argüido.

(105) Una muestra es lo previsto en el artículo 242 C.c.: “podrán ser también tutores las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados”.

a la discrepancia de los progenitores en el ejercicio de la patria potestad —el recurso al juez trae consigo atribución de “la facultad de decidir al padre o a la madre” (art. 156, pfo. 2 C.c.)—, la diferencia de criterio entre los tutores se arregla “con el acuerdo del mayor número”, pero “a falta de tal acuerdo, el Juez, después de oír a los tutores y al tutelado si tuviere suficiente juicio (106), resolverá sin ulterior recurso lo que estime más conveniente” (art. 237, pfo. 2 C.c.). Luego, para este peculiar caso, el auxilio prevenido en el artículo 1.329 C.c. en lo relativo al otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales por el menor capaz de casarse se presta por el Juez, aunque asumiendo el criterio de una de las corrientes emparejadas de los tutores.

Asimismo, en este orden de cuestiones puede hablarse de la circunstancia señalada en el artículo 163 C.c. que determina el nombramiento de un defensor judicial “siempre que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos (107). En este caso, no es el tutor quien debe prestar el necesario auxilio (108), porque la discrepancia se predica de actos aislados, mientras la tutela es un cargo permanente, y además no por ello queda extinguida la patria potestad de los padres, sino que será el defensor judicial quien preste su auxilio con arreglo al artículo 1.329 C.c. Esta misma circunstancia, en similares condiciones, se prevé por el artículo 299 C.c. (109) con carácter general alu-

---

(106) Lo que, sin duda, ocurre para nuestra hipótesis, porque ha sido el menor autorizado mediante dispensa para contraer matrimonio.

(107) Resulta difícil plantearse algún supuesto en que tal cosa suceda, salvo tal vez cuando el menor pretenda realizar un contrato sucesorio a través de las donaciones de bienes futuros por razón de matrimonio en capitulaciones matrimoniales a favor de su prometido y para el caso de la muerte (cfr. art. 1.341, pfo. 2 C.c.), que pueda dañar las expectativas sucesorias de los padres, fundando su rechazo; mas debería demostrarse constituir ésta la causa, y no el recto criterio protector para con el hijo ante una medida tan excepcional, tomada en temprana edad, y acaso sin las necesarias garantías de madurez.

(108) La norma citada diferencia según sean no emancipados —en que pretende siempre la representación— o emancipados, para el complemento de la capacidad cuando resulte oportuno. Sin embargo, nuestra materia es un ejemplo típico de la inexactitud del planteamiento, pues no existe representación a los efectos del artículo 1.329 C.c. en ninguna circunstancia (cfr. *infra*, B. II. c. 2).

(109) Esta disposición suscita desde otros puntos de vista notables incertidumbres, como las siguientes:

— En su primer número plantea el supuesto de la tutela de ambos padres sobre un hijo, y aunque la solución a la que llega es apuntada por el artículo 163 pfo. 2 C.c. para la representación derivada de la patria potestad, resulta de cualquier modo un caso extraordinario. En efecto, tal cosa sucederá siempre y cuando no quepa la prórroga casi automática de la patria potestad; es decir, los padres serán tutores, en principio, sólo si el hijo incapacitado es soltero y no convive con ellos (cfr. art. 171 C.c., pese al tenor de los arts. 234. 2.º y 236.2.º C.c.), salvo, excepcionalmente, que otra solución aconseje su beneficio apreciado por el juez en decisión motivada (cfr. art. 234 *in fine* C.c.).

— El segundo número, pretende algo imposible, o mejor inútil, tras la reforma de 11 de noviembre de 1987, pues ahora si el tutor no desempeña por cualquier causa sus funciones, salvo en el caso de que haya un guardador de hecho (cfr. art. 303 C.c.) —acaso

diendo a los representantes legales (del menor a estos efectos), que será el tutor, cuando no concurra la patria potestad; e incluso se induce del artículo 237 bis C.c. si se trata de un cargo plural, que, de idéntica suerte, requiere la intervención para la materia de un defensor en la hipótesis extrema de apreciarse incompatibilidades de interés respecto de todos los tutores.

#### d') El improbable supuesto del curador

En este punto, a diferencia de los anteriores, los más importantes problemas a resolver no son de técnica jurídica —en lo relativo a la simple o compleja interpretación de las normas aplicables— sino que tocan el fondo mismo del tema planteado. Así es, quedó ya dicho (110) que, a mi juicio, el artículo 1.329 C.c. supone ante todo una elogiada ampliación de la capacidad del menor apto en cuanto a las nupcias, para suscribir, mediante las capitulaciones oportunas, el régimen económico de su futuro matrimonio con las debidas asistencias marcadas en la ley, pero que sería inopinable obtener de la citada regla un efecto contrario a este propósito, como es restringir la capacidad de obrar de los emancipados en un extremo no incluido en el artículo 323 C.c., pues ello conduce a una exégesis claramente desviada desde una perspectiva teleológica. En consecuencia, estimo no aplicable tal precepto a los emancipados (ya sea por matrimonio u otra causa legítima), sino sólo a los menores capaces de casarse por haber obtenido previamente la dispensa de minoridad.

Con todo, de no admitir el argumento, considerando prioritaria una exégesis puramente literal del artículo 1.329 C.c. (sobre la base de los pactos económico-conyugales acordados por el menor “después de la boda”) (111), también ésta se hace jurídicamente defectuosa, porque, como de seguido discuto, la disposición habla con notoria impropiedad para estos casos del complemento de capacidad prestado por los “padres o tutor”, respectivamente.

En cuanto a los primeros, su auxilio resultaría preferente a cualquier órgano tutelar, según indican distintas normas del Código (cfr., v. gr., art. 323 C.c.), pero, ante todo, el artículo 286, que instituye la curatela sobre “los emancipados cuyos padres fallecieron o quedaron impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la ley”. La circunstancia de la muerte o declaración de fallecimiento de los padres sería eviden-

---

combinada con la representación a cargo del Ministerio Fiscal (cfr. art. 299 bis C.c.)—, se incurre a mi juicio en desamparo (cfr. art. 172. 1 C.c.), y entonces vige la tutela especial prevista en el artículo 239, pfo. 1 C.c. Sin embargo, hay que reconocerle cierto ámbito de aplicación para el también contemplado supuesto del curador.

(110) Cfr. *supra*, B. II. b. 2.

(111) Cfr. los autores citados en *infra*, nt. 36.

te, mas el impedimento en el ejercicio de su asistencia pudiera traer ciertas dificultades; a mi juicio, con tal cosa se alude a los típicos supuestos de ausencia (cfr. art. 181 C.c.), y declaración de incapacidad si la sentencia lo establece así (cfr. art. 199 y ss., y 222. 2.º C.c.), de ambos padres, pues esto mismo se contempla para la patria potestad por el párrafo cuarto del artículo 156 C.c., que consideraría también aplicable, aunque por analogía (112), y en el sentido ya explicado anteriormente.

Ahora bien, tampoco debieran excluirse otros casos en que se dificultaría mucho la conveniente asistencia por el acaecimiento de ciertos hechos anteriores que pongan muy en duda el debido ejercicio de aquélla; me refiero a una eficacia sobrevinida de la privación o suspensión de la patria potestad, aun cuando ésta se haya extinguido por la emancipación del menor a causa del matrimonio válidamente contraído (113).

En efecto, según creo, el Código establece para determinadas situaciones asistencia de los padres sobre los hijos emancipados —de rechazarse la opinión que mantengo al respecto, también quedaría incluida la presente— como una especie de reviviscencia tácita y concreta de la patria potestad que ha decaído por el hecho emancipatorio (cfr. art. 154, pfo. 1, *a contrario*, C.c.); en este sentido, le resultan aplicables por analogía buena parte de sus disposiciones (antes se alegó respecto del artículo 156, pfo. 4 C.c.), y, en especial, de sus principios rectores, así su realización “siempre en beneficio de los hijos” (art. 154, pfo. 2 C.c.). Consiguientemente, también consideraría que inhabilita para el futuro ejercicio de asistencia por los padres su anterior privación —e incluso de su suspensión (entendiendo por ésta, una vez desaparecida como tal en el Código civil, las distintas hipótesis analizadas de atribuciones y ejercicios unilaterales decididos por el juez) (114)— de la patria potestad, en tanto los hechos que las fundaron no queden removidos (cfr. arts. 156, pfo. 2 *in fine*, y 170, pfo. 2 C.c.); en dichas situaciones, el auxilio se recabaría directamente a quien conservó la patria potestad, su atribución o ejercicio, y, en su defecto, al curador.

Por último, tampoco cabría solicitar asistencia de los padres si existiesen, para el negocio en que se requiera, incompatibilidad de intereses entre los padres y el emancipado, pues en esta coyuntura compete

(112) Cfr. DÍEZ PICAZO-GULLÓN, *op. cit.*, p. 163.

(113) Por aplicación analógica del artículo 243. 1.º C.c. —“no pueden ser tutores: 1.º Los que estuvieran privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad”— tampoco los padres que hubiesen incurrido en dicha circunstancia, mientras no cupiese rehabilitación o queden removidas las causas, podrán ser llamados al ejercicio de las asistencias prevenidas en la ley.

En relación a este tema, también comentar que la suspensión de la patria potestad, eliminada *formaliter* en la reforma de 13 de mayo de 1981, reaparece con la modificación de la tutela por ley de 24 de octubre de 1983, como pone de manifiesto la norma transcrita (si bien se refiere al ejercicio y no a la titularidad), y confirma la reforma de la adopción en el artículo 1.828 de la ley de Enjuiciamiento Civil.

(114) Cfr. cuanto se adujo en *supra*, B. II. c. 1. a' y b'.

un defensor judicial (por las mismas razones antes apuntadas, y además el expreso mandato del artículo 163, pfo. 1 *in fine* C.c.) (115), cuya posible intervención, a falta de mejor criterio, por claros motivos de celeridad y economía procesal se impondría sobre la del curador (116), mientras el conflicto se predique de ambos progenitores (cuando fuese sólo uno el afectado, actuaría el otro conforme a lo establecido en el artículo 163, pfo. 2 C.c.) (117).

Respecto a la mención que se hace del “tutor” en el artículo 1.329 C.c., constituiría —en la línea que vengo criticando— una nueva falta de armonía entre las distintas modificaciones sufridas recientemente por el Código civil, porque la ley de 24 de octubre de 1983 no retocó distintos preceptos que, por versar sobre instituciones tutelares, debieron amoldarse a los últimos cambios, y así ocurriría con la norma que comento, proveniente de la ley de 13 de mayo de 1981. En suma, debiera sustituirse la remisión a la tutela por el tipo afín de curatela (118), que rige para los emancipados sin posible auxilio de sus padres (cfr. art. 286 C.c.), como competiría en nuestro caso, y si bien “son aplicables a los curadores las normas sobre nombramiento, inhabilidad, excusa y remoción de los tutores” (art. 291, pfo. 1 C.c.), las diferencias entre ambos cargos resultan importantes, porque aquéllos no tienen otro propósito que intervenir “en los actos que los menores (...) no puedan realizar por sí solos” (art. 288 C.c.), lejos de la representación legal amplia confiada en el Código a los tutores (cfr. art. 267 C.c.) (119).

No obstante, y pese a que según el artículo 222. 1.º C.c. sólo están sujetos a tutela los menores no emancipados, el artículo 234. 1.º C.c., con error inexplicable (120), pretende la tutela del menor por su cónyuge mientras la convivencia persista (121), cuando es obvio que para ta-

(115) “Se procederá también a este nombramiento cuando los padres tengan un interés opuesto al del hijo menor emancipado cuya capacidad deban completar”.

(116) Recuérdese que mientras el defensor es nombrado *ad hoc* por el juez, los curadores siguen las normas generales de los tutores (cfr. art. 291, pfo. 1 C.c.).

(117) Aceptando la tesis que yo excluyo, podría consultarse para lo presente *supra*, B. II. c. 1. c’.

(118) Cfr. LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pp. 341; PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pp. 115 y 116; PEÑA, *op. cit.*, p. 193; y DÍEZ PICAZO-GULLÓN, *op. cit.*, p. 164.

(119) La clase de asistencia prevenida en el artículo 1.329 C.c. no encaja, sin embargo, entre los supuestos de representación legal, como se aducirá de inmediato.

(120) Cfr., en este punto, LETE DEL RIO, en “Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales”, (dirigidos por ALBALADEJO), IV, Madrid, 1985, pp. 297 y ss.

(121) Literalmente indica el precepto que “para el nombramiento de tutor se preferirá: 1.º Al cónyuge que conviva con el menor o incapacitado”. La misma expresión es de suyo defectuosa, porque debería referirse al cónyuge no separado, ya sea de hecho o de derecho, pues, contra lo dispuesto en el artículo 69 C.c. (“se presume, salvo prueba en contrario, que los cónyuges viven juntos), aquí parece invertirse la carga de la prueba, o, mejor dicho eliminarse la presunción al exigir demostrar la convivencia.

Algún autor pretende conciliar esta inconsecuencia partiendo del hecho de que la emancipación no extingue la tutela, y sí, por el contrario, el beneficio de la mayor edad,



los casos —como el presente, con las señaladas reservas— registrá la curatela (122).

## 2. Contenido del auxilio

Otra cuestión de relativa importancia que se plantea en el aserto comentado, es el alcance del auxilio a prestarse por las personas y en las condiciones ya expuestas (123).

Según el tenor literal de la norma, se requiere “concurso y consentimiento” (124), lo primero evoca intervención directa en el acto de otorgarse (125), aunque sin constituir propiamente parte de las capitulacio-

---

pero ello constituye un nuevo motivo de ilógica en la ley de 14 de octubre de 1983. En efecto, conforme al juego combinado de los artículos 321, 276. 4.º y 234. 1.º del Código civil, el menor sometido a tutela continúa en ella mientras no llegue a la mayor edad, con independencia de su emancipación, porque propiamente tal hecho no extingue aquélla en tanto el beneficio de la mayor edad no se conceda. Sin embargo, una exégesis conjunta de los preceptos aplicables repele la conclusión, pues con arreglo al artículo 222. 1.º C.c. la tutela no vige por hipótesis para los menores emancipados, lo que implícitamente corrige —desde un punto de vista teleológico— la inexcusable omisión del artículo 276 C.c.

(122) Además, no existe ninguna hipótesis legal en que la tutela pueda extenderse a menores emancipados en tanto no se les incapacite y tampoco compete la rehabilitación automática de la patria potestad (cfr. art. 171 C.c.), pero es menester recordar que nuestro caso parte de la minoridad no de la incapacitación tratada más adelante (cfr. *infra*, C. II. a. 1).

(123) Estima, con acierto, PEÑA, que los complementos de capacidad previstos en el artículo 1.329 C.c. no constituyen un requisito formal, sino sustantivo, del negocio (cfr. *op. y loc. cit.*, p. 310).

(124) Para LACRUZ-SANCHO supone una “reduplicación inoportuna y poco técnica”, que “literalmente constituiría a los padres o al tutor en parte contratante” (*op. cit.*, p. 343); también DE LOS MOZOS realiza una extensa crítica de tales expresiones (cfr. *op. y loc. cit.*, pp. 217 y 218). En contra, véase LLOPIS, *op. y loc. cit.*, p. 74.

(125) En este punto la doctrina es unánime —salvo LLOPIS, cfr. *op. y loc. cit.*, p. 74—, aunque también admiten los autores la posible presencia mediante *nuntius* (cfr. AMOROS, *op. y loc. cit.*, p. 1.551; Díez PICAZO-GULLÓN, *op. cit.*, p. 163; PEÑA, *op. cit.*, p. 194; y DE LOS MOZOS, *op. cit.*, p. 215), siempre que se compruebe fehacientemente la voluntad anterior de los llamados a prestarla (cfr. LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 354; y LETE, *op. y loc. cit.*, pp. 401 y 404, donde niega un posible asentimiento posterior al matrimonio, aunque sí previo a las mismas las capitulaciones, lo que más bien conviene a la confirmación).

Asimismo, la Sentencia de 1 de julio de 1955 coincide con esta conclusión, pese a que según el tenor literal del antiguo artículo 1.318 C.c. (sustituido por el presente 1.329) se identificaba el mero concurso con el consentimiento y hasta con la firma de las capitulaciones.

nes (126), y lo segundo alude más bien a un asentimiento (127), pues no consienten sobre un negocio propio, ni en su nombre, ni tan siquiera por su propia cuenta, sino manifestando su opinión favorable acerca de la conveniencia del acto para quien realmente constituye parte y otorgante, y respecto del cual tienen un deber de asistencia prevenido en la ley por las circunstancias anteriormente descritas.

Por tanto, aquí las personas llamadas a prestar su auxilio no actúan nunca en representación legal ordinaria del menor, y ello por distintas razones:

— Dicha representación legal no rige ni tan siquiera para los padres en el ejercicio de la patria potestad —y con mayor motivo el criterio debe mantenerse para los demás supuestos— respecto a los actos “que el hijo, de acuerdo con las Leyes y sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo” (art. 162. 1.º C.c.) (128). En efecto, así ocurre con el menor que ha obtenido dispensa para contraer matrimonio —quedan adverbadas las facultades suficientes de madurez— y puede otorgar capitulaciones por sí mismo, aunque con asistencia de sus padres, como expresa el artículo 1.329 C.c.

— Desde otro punto de vista, las capitulaciones constituyen un acto personalísimo, en directa relación con el matrimonio cuyas consecuen-

---

(126) Para ser precisos, hay que distinguir —a pesar del confucionismo del Código civil al respecto, tratando sólo de otorgantes, pero en un sentido del todo equívoco (cfr. PÉREZ DE CASTRO, *op. cit.*, p. 122)— entre las partes del estricto contrato de capitulaciones, los otorgantes y los intervinientes.

Propia y exclusivamente, son partes los cónyuges o prometidos (cfr. LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 340; DE LOS MOZOS, *op. y loc. cit.*, p. 214; y AMORÓS, *op. y loc. cit.*, p. 1.548), en cuanto pueden “estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio” (art. 1.325 C.c.). Más amplia resulta la categoría de los otorgantes (cfr. ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 139), que incluye también, por ejemplo, a terceros donatarios por razón de matrimonio (cfr. arts. 1.336 y 1.338 C.c.), y a ellos parece aludir el artículo 1.331 C.c. cuando exige su participación para la validez de posibles modificaciones de los pactos económico-matrimoniales si “afectare a derechos concedidos por tales personas”. En último término, los intervinientes de igual modo abarcan a las personas que deben concurrir prestando su consentimiento complementario del de las partes (cfr. arts. 1.329 y 1.330 C.c.; y *vid.* ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 139, y PUIG BRUTAU, *op. cit.*, p. 115).

(127) Cfr. AMORÓS, *op. y loc. cit.*, p. 1.551; Díez PICAZO-GULLÓN, *op. cit.*, p. 163; LETE, *op. y loc. cit.*, p. 404; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 343; PÉREZ DE CASTRO, *op. cit.*, p. 122; y DE LOS MOZOS, *op. y loc. cit.*, pp. 217 y 218.

El citado asentimiento ha de ser en todo caso sobre un concreto proyecto —mejor acto— de capitulaciones, sin que se admitan licencias genéricas y *a priori* (cfr. S. de 1 de julio de 1955, y PEÑA, *op. cit.*, p. 194; DE LOS MOZOS, *op. y loc. cit.*, p. 215; y LETE, *op. y loc. cit.*, p. 404). Igualmente, debe señalarse un carácter expreso y específico del complemento de capacidad, que no admite reservas o condiciones, en principio.

Considera LLOPIS, a mi juicio sin razón suficiente como de seguido expondré, que no es un asentimiento, sino un auténtico consentimiento, vigente a causa de representación legal para los menores no emancipados (cfr. *op. y loc. cit.*, p. 74).

(128) Puede consultarse también en este punto, con idénticas expresiones, el artículo 84 del Código civil italiano.

cias económicas pretende regular, y por tanto, no admite representación jurídica, ni tan siquiera legal, en su otorgamiento (129).

Por último ha de advertirse la naturaleza irrecurrente de la decisión de las personas llamadas a prestar su asistencia cuando no se avengan a las intenciones del menor, pues constituye un criterio insustituible y también personalísimo, que no admite instancia superior; aunque no resulte un obstáculo grave, por el más amplio margen de maniobra concedido a los menores en la nueva versión del artículo 1.329 C.c. (130), y a lo sumo porque, según estimo, pueden una vez contraído el matrimonio y lograda la emancipación actuar a su libre criterio, e incluso en el peor de los casos, el plazo de su espera es relativamente breve, hasta conseguir la edad mínima necesaria para emanciparse, o, en último extremo, la mayoría de 18 años.

### 3. *La ineficacia de las capitulaciones otorgadas contra lo dispuesto en el artículo 1.329 C.c.*

La serie final de interrogantes que se abren de inmediato en este punto conciernen al alcance jurídico de la expresión “necesitará”.

#### a) Grado de ineficacia previsto

Los precedentes de la norma contemplaban como requisito de validez los consentimientos complementarios para otorgar capitulaciones matrimoniales (131), hasta el punto de introducir el hecho graves distorsiones jurídicas en el tratamiento del régimen económico aplicable a los matrimonios contraídos por el menor, con o sin licencia (132).

Sin embargo, en el actual estado de cosas se omite cualquier referencia sobre la sanción aparejada en el artículo 1.329 C.c. a posibles faltas del auxilio necesario, lo que a su vez excluye la más radical de nuli-

---

(129) Cfr. PUIG BRUTAU, *op. cit.*, p. 115; PEÑA, *op. cit.*, p. 194; y DE LOS MOZOS, *op. y loc. cit.*, p. 216; AMORÓS, *op. y loc. cit.*, p. 1.550; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 341; LETE, *op. y loc. cit.*, p. 401; y DE CASTRO, *Derecho civil de España*, II, Madrid, 1952, p. 181.

Con todo, LLOPIS mantiene, creo que desacertadamente, sin lugar a dudas la representación legal a los efectos del artículo 1.329 C.c. para los menores no emancipados, y, al mismo tiempo, el carácter personalísimo de las capitulaciones (cfr. *op. y loc. cit.*, p. 76).

(130) Cfr. LETE, *op. y loc. cit.*, p. 407.

(131) La doctrina en general, y la Sentencia de 1 de julio de 1955, interpretó el aserto estrictamente; sin embargo, PEÑA demostraría con muy fundados argumentos lo inopinable de la solución, inclinándose por considerarlas anulables (cfr., con amplia bibliografía, *op. y loc. cit.*, pp. 308 y ss.; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 344; y, en contra, DE LOS MOZOS, *op. y loc. cit.*, p. 215, aunque rectifica en p. 218).

(132) Cfr. *supra*, B. I.

dad (133). Por consiguiente, y aplicando lo dispuesto en el artículo 1.335 C.c. (134), las capitulaciones resultarán anulables, en relación con la doctrina general de los actos en que se requiere un complemento de capacidad —aunque se realicen por un sujeto en nombre y a cuenta propios—, y asimismo, en virtud de lo establecido en el párrafo cuarto del artículo 1.301 C.c. (135).

En igual sentido se inclina el artículo 293 C.c. (136) para los supuestos de curatela, como pudiera ocurrir en algunos casos a mi juicio erróneamente previstos en la disposición analizada (137), y, por el contrario, aplicable prioritariamente a los supuestos recogidos en el ámbito del artículo 1.330 C.c. (138).

#### b') Los legitimados para la impugnación

Las personas llamadas por la ley para prestar el complemento de capacidad a los menores que con arreglo a la ley puedan casarse, asimismo están legitimadas activamente para el ejercicio de las acciones impugnatorias del acto contraído sin su asistencia, siempre que dicha cosa sea necesaria, y cuando los otorgantes permanezcan solteros, porque si han llegado a casarse logran la emancipación, saliendo por derecho propio del estrecho margen definido en el artículo 1.329 C.c., conforme se sostuvo en su lugar.

---

(133) Acaso podría suscitar ciertas dudas el artículo 1.328 *in initio* C.c., que, respecto a las capitulaciones, decreta: “será nula cualquier estipulación contraria a las Leyes”. Mas esto supone una declaración de principio —al estilo de lo dispuesto con carácter general en el artículo 1.255 *in fine* C.c.—, sin traducción práctica específica en cuanto al tipo de nulidad de que se trate y su alcance jurídico.

(134) “La invalidez de las capitulaciones se regirá por las reglas generales de los contratos”.

(135) Todo ello según la necesaria interpretación correctora de la citada norma, cuando se refiere a la nulidad aludiendo claramente a la hipótesis de anulabilidad.

En este punto la doctrina es prácticamente unánime (cfr. LETE, *op. y loc. cit.*, p. 411; PUIG BRUTAU, *op. cit.*, p. 117; AMORÓS, *op. y loc. cit.*, p. 1.552; DE LOS MOZOS, *op. y loc. cit.*, p. 219; CERDÁ, *op. y loc. cit.*, p. 250; Díez PICAZO-GULLÓN, *op. cit.*, p. 193; y LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 344. En contra, cfr. DE LOS MOZOS, *op. y loc. cit.*, p. 215).

(136) “Los actos jurídicos realizados sin la intervención del curador, cuando ésta sea preceptiva, serán anulables a instancias del propio curador o de la persona sometida a curatela, de acuerdo con los artículos 1.301 y siguientes de este Código”. Es una lástima que la ley de 24 de octubre de 1983 cuando introdujo esta norma no retocara el aludido artículo 1.301 C.c., para incluir la curatela junto a la tutela en su párrafo cuarto y así hacer más lógica la remisión.

(137) En mi opinión no cabe mantener, como hace PÉREZ DE CASTRO (cfr. *op. cit.* p. 123, y también LLOPIS, *op. y loc. cit.*, p. 71), que los emancipados estén excluidos del ámbito del artículo 1.329 C.c., y al mismo tiempo aducir el artículo 293 C.c. para sostener sanción de anulabilidad, pues este precepto habla de la curatela, uno de cuyos casos precisamente resulta para los emancipados.

(138) Cfr. *infra*, C. III.

En este ámbito, y a diferencia del título de su auxilio, sus atribuciones se derivan de la representación legal que ostentan sobre los menores, pues a los padres, o, en su defecto, al tutor competen propiamente tales cometidos (cfr. arts. 154. 2.º y 267 C.c., respectivamente), mientras los menores no se hallen en condiciones de realizarlo por su cuenta, como sucedería desde la emancipación. No así ocurre con el defensor judicial o con el juez, en las excepcionales hipótesis de sus intervenciones a los efectos del artículo 1.329 C.c., pero en esas circunstancias también siguen ostentando los representantes legales la facultad de impugnar el acto, máxime cuando pueden discutir los hechos en que presuntivamente dicho complemento de capacidad se basa.

Por lo que se refiere al curador, negando su asistencia legal en el otorgamiento de las capitulaciones por los emancipados, asimismo decae su posible legitimación activa para impugnarlas, habida cuenta que los emancipados pueden rebatir por sí los actos anulables suscritos durante su menor edad (cfr. art. 1.301, pfo. 4 C.c.) (139).

El ejercicio de tal acción trae consigo la necesidad de dirigirse contra el cónyuge o prometido con quien se pactaron las capitulaciones; sin embargo, en este último caso, tal vez ofrezca dificultades el supuesto de tratarse también de otro menor, pues entonces, por aplicación analógica del artículo 324 *in fine* C.c., se precisa el auxilio “de los padres o tutores de uno y otro” (140), lo que se resuelve demandando al menor a través de sus representantes legales, aunque tampoco hubiesen prestado su consentimiento adicional.

c') El cómputo del plazo para el ejercicio de las acciones. El problema de la posible sanación confirmatoria

El tema del cómputo del plazo para ejercer la correspondiente impugnación, ha dado lugar a un cierto debate por los autores (141); por

(139) Cfr. LETE, *op. y loc. cit.*, p. 411; y LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 344.

(140) No se ha planteado esta remota posibilidad —sobre la base del criterio restrictivo sostenido en este punto por la Dirección General de los Registros y del Notariado (cfr. *supra*, nt. 27)— en su momento por las complicaciones del estudio combinado de las variantes que permite la norma en relación con el artículo 1.329 C.c.

(141) AMORÓS estima con lógica que los cuatro años empiezan a contar para el menor otorgante desde que alcanza su mayoría en edad (cfr. *op. y loc. cit.*, p. 1.552), mientras entienden LETE y LACRUZ-SANCHO vigente dicho plazo a partir de la emancipación (cfr. *op. y loc. cit.*, p. 411, y *op. cit.*, p. 344, respectivamente).

Ahora bien, este criterio se me ocurre inconsecuente con exigir a los emancipados el auxilio previsto en el artículo 1.329 C.c., porque si no pueden por sí solos otorgar capitulaciones en determinados supuestos, tampoco se les debe permitir impugnarlas sin el mismo auxilio hasta su mayor edad.

A tales efectos, parecen significativas las pautas vigentes en las legislaciones comparadas que requieren complemento de capacidad para los menores emancipados que deseen suscribir pactos económico-matrimoniales, pues también computan a partir de la ma-

lo que a mí respecta, estimo coherente con cuanto en su momento aduje sobre la inaplicabilidad de las prevenciones establecidas en el artículo 1.329 C.c. a los menores emancipados, entender abierto el ordinario plazo de cuatro años desde la concurrencia del concreto hecho emancipatorio, por lo común en nuestra hipótesis el matrimonio, del legitimado para impugnar el acto (142). Por lo que se refiere a los representantes legales, su plazo se ve muy costreñido en la práctica, porque con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.334 C.c. las capitulaciones caducan, quedando sin efecto, en el caso de no contraer el matrimonio en cuya previsión se realizaron en el término legal de un año; es decir, si los otorgantes se casan consiguen la emancipación, y a su entera y única voluntad se sujeta la posible impugnación o los actos de relevancia sanatoria de las capitulaciones, pero mientras permanezcan solteros cabe que sus representantes legales ataquen el negocio en plazo de un año desde su otorgamiento, y siempre que no concurra el matrimonio proyectado.

Igualmente, se suscitan algunas cuestiones en torno a la posible confirmación del acto. Tratándose de anulabilidad el asunto es admisible, pues mediante confirmación expresa o tácita, las capitulaciones quedan sanadas de su posible vicio (143). El problema se plantea en su concreto estudio, pues los actos confirmatorios expresos pueden provenir de los representantes legales en el estrecho margen atribuido a su intervención en la materia, mediante declaración expresa de conformidad y *a posteriori* de quienes en su día debieron prestar su consentimiento y, por diversas causas, no lo llevaron a cabo, en tanto dicha cosa deba seguir exigiéndose (mientras no se haya celebrado el matrimonio y tampoco haya transcurrido aún el plazo de un año desde que se pactaron), pues, de lo contrario, sólo a los emancipados compete sanar expresamente sus capitulaciones. En lo relativo a la confirmación tácita, deriva de actos

---

yoría en edad el plazo de impugnación por el otorgante afectado. Así sucede para el Derecho francés (cfr. art. 1.398 *in fine* del *Code*, con un plazo especial de un año; véase un estudio completo, y todavía vigente, de la cuestión en PLANIOL-RIPERT, *Traité Pratique de Droit Civil Français*, VIII, *Les Régimes Matrimoniaux*, Paris, 1957, pp. 95 y ss.), y el italiano (según las reglas generales sobre anulabilidad con un plazo de cinco años: cfr., BUSNELLI, *Convenzione matrimoniale*, en "Enciclopedia dei Diritto", X, Milano, 1962, p. 523; TEDESCHI, *Il regime patrimoniale de la famiglia*, en "Trattato di Diritto Civile" (a cura di VASSALLI), III, 1, 2, Torino, 1963, p. 54; y PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 499).

(142) Por eso mismo no es comprensible que PÉREZ DE CASTRO (cfr. *op. cit.*, p. 123) acepte que los emancipados no se hallen sometidos al artículo 1.329 C.c. y exija la mayoría para poder impugnar el acto.

(143) Véase PÉREZ DE CASTRO, *op. cit.*, p. 123; DE LOS MOZOS, *op. y loc. cit.*, p. 219; LETE, *op. y loc. cit.*, p. 411; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 344; y AMORÓS, *op. y loc. cit.*, p. 1.551. Ahora bien, este último pretende disponer "en manos del menor la impugnación o sanación", lo que considero inaceptable, a menos que se refiera de modo implícito a los emancipados, porque sólo precisamente dejando de ser menor es cuando puede lograr tales consecuencias, máxime cuando, de lo contrario, perdería su sentido la norma recogida en el artículo 1.301, pfo. 4 C.c.

concluyentes al respecto, bien sea por aceptarse las consecuencias del hecho, bien por la simple falta de oposición en el plazo previsto.

d) **“Salvo que se limite a pactar el régimen de separación o participación”**

1. *Alcance y sentido del artículo 1.329 C.c.*

El inciso final del artículo 1.329 C.c. trae a debate la parte que considero, desde un punto de vista sustantivo, esencial de la norma, y cuyo análisis llena de preocupación en cuanto a su alcance práctico.

En efecto, se pretende ante todo salvaguardar al menor —principal (si no, como pretendo, único) destinatario de las cautelas señaladas— de asumir compromisos sobre su patrimonio, por obra de las consecuencias jurídicas que traen consigo determinados regímenes económico-matrimoniales.

Por eso, los sistemas de participación y de separación pueden convenirse sin asistencia de ningún tipo, una vez que la dispensa sobre menor edad haya demostrado las condiciones de autogobierno logradas por el candidato a contraer, o éstas se le presuman gracias a la emancipación cualquiera que sea su causa. En tales casos, y teniendo en cuenta la gestión y administración separada de cada patrimonio (cfr. arts. 1.413 y 1.437 *in fine* C.c., respectivamente), junto a la mínima e indispensable responsabilidad por los actos del otro cónyuge —limitada, en síntesis, a las consecuencias del ejercicio indistinto de la potestad doméstica (cfr. art. 1.319 C.c.), y el más amplio capítulo del levantamiento de las cargas del matrimonio (cfr. art. 1.318 C.c.), como se desprende de los artículos 1.438 y 1.440, pfo. 2 C.c. en cuanto al sistema de separación, y en relación con aquéllos el artículo 1.413 C.c. para el de participación—, se considera innecesario completar la capacidad de quien de suyo es apto para contraer, pues no le añade, salvo las inevitables consecuencias descritas, afección económica sustancial.

Ahora bien, distinto es el panorama de mediar su régimen económico de gananciales, en el que la comunidad comporta un riesgo mucho más intenso en el patrimonio de los partícipes (cfr. art. 1.369 C.c.), e incluso, a excepción de prueba determinante contraria, todos los bienes se reputan comunes (cfr. 1.361 C.c.) (144). En consecuencia, siguiendo a grandes rasgos los precedentes marcados en este punto por los artículos 45 y 50 en su antigua versión del Código, se trata de impedir el libre pacto por los menores de capitulaciones que impliquen un régimen más comprometido para sus intereses; de aquí que se requiera la concurrencia y el consentimiento de los padres o del tutor, en el sentido

---

(144) Cfr. LETE, *op. y loc. cit.*, p. 408, y DÍEZ PICAZO-GULLÓN, *op. cit.*, 164, cuando estiman que dicho régimen compromete gravemente los bienes del menor.

antes visto, en tanto se pretenda establecer un sistema de comunidad.

Sin embargo, este propósito queda del todo desbordado —hasta el punto de su completa ineficacia, con las salvedades que luego comentaré— mientras el precepto no sustituya por un régimen específico y, en la medida de lo posible, garante de la independencia de los patrimonios, la contravención de la norma, o, lo que resulta más grave incluso, su absoluta inobservancia. Así es, cuando los futuros contrayentes en el supuesto previsto en el artículo 1.329 C.c. no suscriban capitulaciones matrimoniales, se produce un fenómeno tan contraproducente con el espíritu de la norma como inevitable: me refiero a la vigencia de la comunidad, gracias al carácter primario, salvo excepción convenida, que le conceden los preceptos del Código (145), pues “a falta de capitulaciones o cuando estas sean ineficaces, el régimen será el de la sociedad legal de gananciales” (art. 1.316 C.c.) (146).

El estudio de una incoherencia como la presente produce una cierta perplejidad cuando se analiza el origen del problema. A tal efecto, es auténticamente revelador el *iter* parlamentario de la norma que comento.

## 2. *El origen de la cuestión en el debate parlamentario*

El Proyecto de Ley sobre “Modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio” enviado por el Gobierno al Congreso de los Diputados, contemplaba en el artículo 1.327 la materia en los siguientes términos: “el menor que con arreglo a la ley pueda casarse podrá también otorgar capitulaciones antes o después de la boda, pero si no concurren en ellas las personas llamadas a dar licencia para el matrimonio sólo podrá pactar el régimen

---

(145) En este punto de doctrina es prácticamente unánime (cfr. LETE, *op. y loc. cit.*, p. 408; AMORÓS, *op. y loc. cit.*, p. 1.552; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 343; DÍEZ PICAZO-GULLÓN, *op. cit.*, p. 163; y PEÑA, *op. cit.*, p. 193).

Con todo, GARCÍA CANTERO, se plantea si no cabría suponer la separación como régimen legal secundario frente a una inconsecuencia de tal calibre, aunque termine rechazándolo por razones normativas (cfr., en CASTÁN, *op. cit.*, p. 319).

(146) No se puede sostener una estricta similitud con el estado de cosas anterior a la ley de 13 de mayo de 1981, porque —además de haberse podido evitar el desatino aprovechando la reforma en este punto, máxime cuando la doctrina puso de relieve lo desafortunado de la doble solución legal entonces vigente, que ahora se perpetúa e incluso recrudece por faltar el complemento, aunque contradictorio, de los antiguos artículos 45 y 50 C.c.— la determinación del artículo 1.318 C.c. en su versión antigua no estaba exenta de lógica, como señalé, por constituir *expressis verbis* los complementos de capacidad requisitos de validez con su sanción correspondiente (cfr. *supra*, B. II. c. 3. a'), mientras ahora específicamente se omite su carácter de absoluta necesidad que comporta una condición de validez.



de separación o el de participación y aceptar liberalidades que no sean onerosas” (147).

El texto fue objeto del preceptivo informe de la Ponencia con el estimable resultado (148) de añadir el siguiente aserto final: “a falta de capitulaciones, se aplicará el régimen de separación”. Así es, esta sencilla previsión lograba superar las incertidumbres hasta entonces vigentes acerca del régimen económico de los menores que contrajeran matrimonio al margen de las prevenciones establecidas al efecto, y lo hacía con una medida encomiable, aunando el carácter de régimen leal secundario que tiene la separación con las lógicas implicaciones jurídicas de haberse incumplido una norma cuya *ratio* estriba en la protección de los menores contratantes merced a su aptitud para el matrimonio (149). En suma, resultaba un precepto claramente afortunado en este punto y que no suscitaría debate alguno en la Sesión Plenaria del Congreso de los Diputados (150), pasando a informe por la Ponencia de la Comisión de Justicia e Interior del Senado.

En dicho trámite se produjo un hecho inexplicable, pues, como el mismo dictamen recuerda, “no habiéndose formulado enmiendas a dicho artículo”, sin embargo, “la Ponencia propone se suprima el inciso final del artículo, es decir, desde <<A falta de capitulaciones...>> has-

---

(147) *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, I Legislatura, Serie A, n.º 71-I, 14 de septiembre de 1979, p. 327.

La propuesta, como puede comprobarse, se halla en franca relación con la reforma del matrimonio emprendida de manera paralela, y que conservaba el régimen de la licencia para el matrimonio de menores; por lo demás, no aportó grandes novedades sobre la normativa sustituida (cfr. art. 1.318 C.c. en su redacción originaria).

(148) “La Ponencia sugiere —dice su contenido— la aceptación parcial de la enmienda 395 (Grupo Vasco), y la no aceptación de los números 53-54 (señora Pelayo Duque, Centrista), 254 (Socialistes de Catalunya), 406 (señor Díaz Fuentes, Centrista) y 515 (señor Alzaga Villamil, Centrista)” (*Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, I Legislatura, Serie A, n.º 71-I (3), 22 de mayo de 1980, p. 348/18).

Asimismo advirtió el informe de la Ponencia que no tenía competencias sobre la controvertida cuestión de la licencia matrimonial, por ser materia de un proyecto de ley distinto (el relativo al matrimonio) en trámite; por esta causa, se definía provisional la redacción que se dio al artículo 1.327.

En efecto, el Dictamen de la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, una vez se hubo eliminado la licencia necesaria para contraer los menores en el proyecto sobre matrimonio, redactaba el artículo (ahora con el definitivo número 1.329) contemplando “el concurso y consentimiento de sus padres o tutor” al final aprobado (*Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, I Legislatura, Serie A, n.º 71-II, 1 de diciembre de 1980, p. 348/59).

(149) LLOPIS (cfr. *op. y loc. cit.*, pp. 58 y ss.) no encuentra buena la solución, por cuanto, a su juicio, encubre una medida sancionadora como la establecida con anterioridad a la reforma.

(150) Cfr. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Sesión Plenaria n.º 140, 18 de diciembre de 1980, p. 9.005.

ta el final del precepto” (151). Con ello se desbarataba en su raíz la norma, pero increíblemente no se volvió a plantear el asunto, hasta el extremo de que fue recogido primero por el dictamen de la Comisión (152) y luego resultó aprobado por asentimiento en la Sesión Plenaria del Senado (153). Devuelto a la Cámara de los Diputados, tampoco recibiría la más breve atención, pese al alcance del cambio introducido en este aspecto (154).

Por último, y aunque pudiera considerarse opuesto a mi crítica de la norma en este punto, debo reconocer que la solución impuesta en orden al régimen económico vigente si las capitulaciones no cuentan con el concurso y consentimiento de los padres o del tutor (en su caso curador), en parte favorece la tesis mantenida sobre la inaplicabilidad del precepto a los menores emancipados, pues si tal cosa sucediera y no se hubiese cambiado el aserto final que contemplaba el artículo 1.329 C.c. (antes 1.327 C.c.) durante algunas fases de su elaboración parlamentaria, se hubiera planteado una docotomía difícil de superar.

En efecto, a tenor del artículo 1.329 C.c. en su versión frustrada, hubiese regido por mandato legal el régimen de separación de bienes, lo que sería oportuno si las capitulaciones se otorgaran antes del matrimonio y deviniesen ineficaces al contravenir el mandato de la disposición señalada. Mas, aún habría de tenerse presente una situación compleja, que surgiría cuando se contrajera matrimonio sin capitulaciones previas, por cuanto en dicha hipótesis, y según las reglas generales, “el régimen será el de gananciales” (art. 1.316 C.c.), que además “empezará en el momento de la celebración del matrimonio” (art. 1.345 C.c.), pero en ese mismo instante, conforme al artículo 316 C.c., el menor consigue de derecho su emancipación, y, en consecuencia, tampoco le serían aplicables los términos del proyectado artículo 1.329, quedando como régimen económico el de gananciales y no el de separación, establecido en un principio sólo para la ineficacia de las capitulaciones previas al matrimonio e inválidas por romper con lo dispuesto en el citado precepto.

### 3. *Ambito de aplicación real de la norma*

Así pues, el menor hábil para contraer matrimonio necesita un complemento de capacidad a la hora de introducir una consecuencia eco-

---

(151) *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado*, I Legislatura, Serie II, n.º 154 (d), 24 de marzo de 1981, p. 134.

(152) Cfr. *Ibidem*, n.º 154 (e), 27 de marzo de 1981, p. 192.

(153) Cfr. *Diario de Sesiones del Senado*, Sesión Plenaria n.º 99, 1 de abril de 1981, pp. 5.060 y 5.061.

(154) Cfr. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Sesión Plenaria n.º 163, 28 de abril de 1981, p. 10.011.

nómica en capitulaciones, que, aun con todo, se le impone legalmente cuando se abstiene de realizar pactos al respecto (155).

Ahora bien, ¿qué sentido tiene un precepto como el artículo 1.329 C.c.?, porque libremente pueden los menores recoger en capitulaciones matrimoniales un sistema de participación o asimismo, en su caso, de separación, pero necesitan el auxilio de determinadas personas, encargadas de velar por sus intereses, al efecto de suscribir un específico régimen para cuya vigencia les basta con desconocer a propósito los requisitos establecidos en la propia norma (156), o, simplemente negarse a realizar pacto alguno.

Sin embargo, la norma no deja de tener un cierto ámbito de aplicación, aunque sea estrecho y accidental comparado con el fin para el que fue prevista (157). En las actuales circunstancias, el artículo impide introducir en capitulaciones, sin asistencia de quienes están llamados a prestarla, cualquier regla privada tendente a modificar en algún punto la regulación prevista en el Código como típica de cada régimen (158); con ello no se hace sino conceder pleno, y acaso excesivo, alcance al artículo 1.315 C.c. (159) cuando establece que “el régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales, sin otras limitaciones que las establecidas en este Código”.

Así es, los futuros contrayentes —según la interpretación que vengo dando al artículo 1.329 C.c., mientras ambos no sean emancipados al me-

(155) En su virtud, creen ALBALADEJO y PÉREZ DE CASTRO, contra el común de la doctrina, que debería referirse mejor el artículo 1.329 C.c. a cualquier especie de régimen legal, pues los gananciales también pueden conseguirse sin el auxilio prevenido en dicho precepto, aunque reconocen lo inusitado de un acuerdo tendente a escoger un régimen legal subsidiario de primer orden (cfr. *op. cit.*, p. 138; y *op. cit.*, p. 122, respectivamente. Véanse asimismo LLOPIS, *op. y loc. cit.*, p. 63, y LETE, *op. y loc. cit.*, p. 407), lo que, sin embargo, contempla como supuesto la Sentencia de 1 de julio de 1955. Acaso por esta causa, Díez Picazo-Gullón, se cuestionan si no estará el artículo 1.329 C.c. pensando en un régimen pactado en capitulaciones que implique una comunidad más intensa todavía que los gananciales (cfr. *op. cit.*, p. 163).

En cuanto a mi opinión personal, entiendo que sólo formalmente son ineficaces unas capitulaciones en que los cónyuges se limiten a pactar un régimen de gananciales por remisión a las normas del Código en este punto (cfr., en contra, DE LOS MOZOS, *op. y loc. cit.*, p. 215), pero el artículo 1.329 C.c., posiblemente por un error lamentable, desea excluir esta consecuencia.

(156) La forma solemne requerida en las capitulaciones (cfr. art. 1.327 C.c.) no constituyen un freno insuperable para lograrlo, puesto que siempre les cabe a los otorgantes ocultar, no pocas veces con éxito, su auténtica situación.

(157) Aparte de otras razones, DE LOS MOZOS alega ésta para considerar incluidos a los emancipados en el ámbito del artículo 1.329 C.c. (cfr. *op. y loc. cit.*, p. 218).

(158) En este punto la doctrina es prácticamente unánime: cfr. COBACHO, *Las capitulaciones matrimoniales otorgadas por el menor*, en “Anuari de la Facultat de Dret. Estudi General de Lleida”, 1984, p. 93; LETE, *op. y loc. cit.*, p. 407; AMORÓS, *op. y loc. cit.*, p. 1.552; CASTAN, *op. cit.*, p. 319; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 343; PEÑA, *op. cit.*, p. 193; PÉREZ DE CASTRO, *op. cit.*, p. 121; y DE LOS MOZOS, *op. y loc. cit.*, p. 215.

(159) Cfr. LLOPIS, *op. y loc. cit.*, p. 61.

nos— pueden establecer sin trabas y mediante acuerdo expreso el régimen de separación o de participación, o lograr el de gananciales una vez contraído el matrimonio si omitieron su voluntad al respecto (cfr. art. 1.316 C.c., en relación con el art. 1.345 C.c. *in initio*), y hasta otorgando antes de la celebración unas capitulaciones ineficaces, ya sea por error o incluso a sabiendas (*v. gr.*, sin los consentimientos complementarios establecidos en la norma). Ahora bien, lo que de ningún modo cabe será establecer, a falta del auxilio prevenido en el artículo 1.329 C.c., acuerdos concretos sobre materias relativas a “la gestión y disposiciones de los bienes gananciales” (art. 1.375 C.c.) (160), y tampoco “al constituirse el régimen podrá pactarse una participación distinta de la que establecen los dos artículos anteriores” (art. 1.429 C.c.; es decir, sistema de participación por estrictas mitades, conforme a los arts. 1.427 y 1.428 C.c.), u otros arreglos similares (161), derecho que asistirá en principio a los contrayentes por aplicación de la libertad contractual reconocida en el artículo 1.325 C.c.

En suma, y a salvo de conseguir el concurso y consentimiento recogidos en el artículo 1.329 C.c., los menores pueden lograr de distintas maneras todos los regímenes económicos matrimoniales previstos en el Código civil, pero asumiendo por completo el arquetipo legal y sin posible modificación de ninguno de sus aspectos (162).

Podría plantearse, no obstante parezca un supuesto más teórico que real, si los prometidos pueden cambiar antes del matrimonio las capitulaciones.

---

(160) Esta norma requiere hacerse mediante capitulaciones matrimoniales tales pactos.

(161) Por ejemplo, para las liberalidades por razón de matrimonio pretendidas por el menor en capitulaciones matrimoniales, tal cosa se desprende del artículo 1.338 C.c. (cfr. DE LOS MOZOS, *op. y loc. cit.*, p. 215).

*Quid* si tales acuerdos redundan en beneficio del menor? En opinión de ALBALADEJO, no existen razones en principio para exigir las asistencias previstas (cfr. *op. cit.*, p. 138; y, asimismo, MOREU, *op. y loc. cit.*, p. 696), pero tal cosa se hace difícil, porque supone precisamente un juicio de valor encargado por la disposición en estos supuestos a los padres o al tutor (curador, en su caso).

LETE se plantea “si las capitulaciones matrimoniales contienen actos, negocios o contratos ajenos al estatuto patrimonial del matrimonio, es decir, que no constituyen un verdadero pacto nupcial”, decidiendo para ello que “la capacidad de las partes intervinientes estará sujeta a las normas generales y a las específicas que regulan cada caso concreto” (*op. y loc. cit.*, p. 402). La solución me parece correcta, mas extraña en la práctica, pues advierte la propia norma del artículo 1.325 C.c. que, aparte del contenido típico de las capitulaciones en “estipular, modificar, o sustituir el régimen económico del matrimonio”, caben “cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo”; esto es, la indicada relación con el matrimonio puede oscurecer la posible autonomía de tales actos, máxime cuando en el supuesto básico de las donaciones por razón del matrimonio el artículo 1.338 C.c. hace coincidir los requisitos en ambos casos, según se comprobó (cfr. *supra*, nt. 57).

(162) Por consiguiente, tampoco podrán los futuros cónyuges sin los consentimientos complementarios establecer un régimen atípico (cfr. PEÑA *op. cit.*, p. 193), aunque sea

laciones ya otorgadas. En este caso, a mi juicio, no existe propiamente una modificación de capitulaciones, pues las primeras no llegaron a tener la más mínima eficacia por extinguir sus expectativas antes de la celebración, momento en que surten su efecto característico (cfr. arts. 1.317, 1.325, 1.326, 1.334, 1.345 C.c.), luego cabe realizarse, pero siempre con arreglo a lo prescrito en el artículo 1.329 C.c. Con todo, si lo pretendido no es una sustitución de capitulaciones —cuando se pactaran sin intervenciones ajenas, al ser innecesario en el margen previsto en el artículo 1.329 C.c.—, sino un simple complemento adicional para introducir alguno de los acuerdos ya mencionados, se hacen entonces precisas las asistencias sobre capacidad (163); en fin, con tales presupuestos, las capitulaciones no requieren auxilio alguno, pero sus simples pactos modificativos sí (164).

También cabe considerar si la citada limitación afecta sobre los elementos accidentales de la voluntad, que puedan los esposos recoger en las capitulaciones, así la condición o el término. Según creo, tal cosa no debe impedirse mientras tampoco adquiera, como de ordinario sucede, una directa significación económica, pues a estos únicos efectos rigen las prevenciones señaladas en el artículo 1.329 C.c.

Por último, puede asimismo cuestionarse qué ocurriría si pese a la prohibición ínsita en el artículo 1.329 C.c. se introduce sin el auxilio previsto alguna cláusula de tal estilo en capitulaciones. En este sentido, algún autor estima que debe imperar el régimen pactado, pero sin la vigencia de las modificaciones establecidas (165); y hay que reconocer a esta solución argumentos poderosos conforme al principio *utile per inutile non vitiatur*, máxime cuando, a fin de cuentas, tales regímenes constituyen indudablemente, como se ha visto, una garantía económica para el menor respecto a los gananciales. Sin embargo, la literalidad de las normas aplicables (cfr. arts. 1.329 y 1.316 C.c.), y el común sentir de la doctrina (166) excluyen esta conclusión, lógica por otra parte.

---

por remisión a las normas forales en este punto (nótese, al respecto, la derogación del antiguo artículo 1.217 C.c., que impedía el propósito comentado).

(163) Además, conforme indica el artículo 1.332 C.c., “la existencia de pactos modificativos de anteriores capitulaciones se indicará mediante nota en la escritura que contenga la anterior capitulación, y el Notario lo hará constar en las copias que expida”.

(164) Desde otro punto de vista, recoge LETE las variantes a que daría lugar un posible cambio de capitulaciones por el menor una vez haya contraído matrimonio (cfr. *op. y loc. cit.*, pp. 409 a 411), con resultados aceptables, aunque a mi juicio traen causa directa de la capacidad que pretendo para los emancipados en este punto; y, en todo caso, no estimo conveniente distinguir en capitulaciones antes del matrimonio y cambio después de contraído como hace, pues las mismas consecuencias se derivan si ambos actos tienen lugar constante matrimonio.

(165) Cfr. ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 138.

(166) Véanse los autores citados en *supra*, nt. 139.

## C) LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES OTORGADAS POR EL INCAPAZ

### I. EL PROBLEMA DE LOS INCAPACES

#### a) Presupuestos legales de la cuestión

Junto al tema de los menores aptos para el matrimonio, el Código civil se plantea de seguido la cuestión del incapacitado judicialmente, lo que completa el cuadro típico de los complementos de capacidad en el régimen jurídico de las capitulaciones. Resulta llamativa, empero, la diferencia de tratamiento dado en uno u otro supuesto por la reforma de 13 de mayo de 1981, porque, con arreglo al artículo 1.330 C.c., “el incapacitado judicialmente sólo podrá otorgar capitulaciones matrimoniales con la asistencia de su representante legal y, en su caso, autorizado por el consejo de familia”.

El principal escollo que plantea la regla en cuestión es el de haberse dictado conforme a una ley modificadora del Código civil que operaba sobre unas bases jurídicas acerca de la incapacitación bien distintas de las vigentes a partir de la ley de 24 de octubre de 1983, que, por cierto, tampoco se ocupó de actualizar a su contenido muchas otras normas afectadas de modo indirecto (167). Este fenómeno caracteriza el estudio que ahora emprendo para desentrañar, en la medida de lo posible, la eficacia trascendencia práctica de la disposición, y las repercusiones de los posteriores cambios legislativos sobre su dictado literal (168).

#### b) Los estrictos incapaces

En efecto, las nuevas reglas establecen un sistema casuístico y abierto de incapacitación, porque se produce a causa de “las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma” (art. 200 C.c.), siempre mediante

---

(167) El fenómeno se pone de relieve incluso por la doctrina del Centro directivo respecto de las normas sobre incapacidad para prestar el consentimiento en los contratos, pues “el citado artículo 1.263 C.c., no (ha sido) concordado aún con la reforma llevada a cabo en el Código Civil en materia de incapacitación y tutela por la Ley 13/1983, de 24 de octubre (a pesar de la previsión contenida en la disposición final de esta ley)” (R. de 1 de diciembre de 1987).

(168) BERCOVITZ estima “la necesidad de ir estableciendo criterios jurisprudenciales en relación con la interpretación y aplicación de la Ley 13/83, de 24 de octubre, de reforma del Código civil en materia de incapacitación y tutela” (*La incapacitación de personas afectadas por enfermedades mentales*, en “Poder Judicial”, 3, 1986, p. 108).

sentencia judicial (cfr. art. 199 C.c.), y en la que se “determinará la extensión y los límites de ésta” (art. 210 C.c.) (169).

Ahora bien, este modelo complica extraordinariamente las previsiones del artículo 1.330 C.c. respecto a las normas vigentes al tiempo de su redacción, hasta el punto que resulta posible advertir supuestos de incapacitados libres para otorgar capitulaciones matrimoniales, mientras otras personas no incapacitadas precisan someterse a los requisitos previstos a tal efecto por la citada disposición.

Así es, en el primer caso todo depende de la sentencia que se dicte (170), cuyo contenido puede conceder al incapaz ciertas facultades económicas (171), entre las cuales cabe imaginar —aunque resulte difícil— plenos poderes en cuanto a las capitulaciones, por ejemplo cuando se pactaran en el intervarlo lúcido de un deficiente psíquico (172).

Sin embargo, todavía conviene discutir el supuesto, porque como advierte sobre los menores el artículo 1.329 C.c, asimismo los incapacitados pueden otorgar capitulaciones sólo mientras sean aptos en orden al matrimonio; es decir, cuando las capitulaciones se pretendan otorgar antes de la celebración, también debe tenerse presente un espinoso problema previo: ¿pueden casarse los incapacitados en intervalo lúcido? La cuestión, según creo, resulta oscura en extremo, porque si bien el *ius nubenid* es un “derecho fundamental de la persona reconocido por la Constitución (artículo 32)” (R. de 1 de diciembre de 1987), tampoco es menos cierto que sujetarse a un específico estado civil requiere no sólo la capacidad para establecerlo en un acto singular, sino asimismo aptitud

---

(169) Por desgracia, en los hechos reales tal cosa no es corriente, por constituir más una declaración de intenciones que otra cosa, teniendo en cuenta el momento por el que atraviesa la justicia en nuestro país. Por consiguiente, a menudo el problema se suscita en la interpretación que mejor conviene a los generales términos empleados en las sentencias de incapacitación.

(170) Cfr. PEÑA, *op. cit.*, p. 194; y Díez PICAZO-GULLÓN, *op. cit.*, p. 164.

(171) Obsérvese que, con arreglo al artículo 215 C.c., “la guarda y protección” de los incapaces se predica de forma indistinta y alternativa de “la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes”. Como ejemplo, la Sentencia de 7 de enero de 1989, levanta la incapacidad de una persona sometida por entonces a intervención de curador a los meros efectos de “administración disposición o gravamen de los bienes inmuebles o efectos públicos que le correspondan”.

Sucedee, sin embargo, que las capitulaciones tienen un carácter peculiar por su estrecha relación con el matrimonio, según en su momento señalé (cfr. *supra*, B. II. b. 2), y además, cuando se produzcan con antelación a la boda, el matrimonio y los mismos pactos económicos que provoque cubre ambas esferas.

(172) El tema trae a colación las enfermedades psíquicas de tipo cíclico y el alcance de la guarda pertinente a tales casos.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1986 casa un fallo de la Audiencia Territorial de La Coruña de 1 de febrero de 1985, —establecía una tutela en estos casos sólo para cuando la fase pudiera considerarse patológica—, y decide someter al interesado a curatela permanente sea cual fuere la situación mórbida del incapacitado.

en su conservación y desarrollo (173). Por el contrario, distinta es la hipótesis del cónyuge posteriormente incapacitado que pretende suscribir capitulaciones en intervalo lúcido, pues en tales condiciones no se ven obstáculos en este sentido si la sentencia de incapacitación se lo autoriza, o, al menos, no se lo impide (supuesto, este último, que analizaré más adelante).

Con todo, la cuestión del intervalo lúcido no se agota con estas precisiones, porque, aun cuando la sentencia establezca la incapacitación de los sujetos también a tales efectos, podría pensarse dudosa la ineficacia de las capitulaciones otorgadas por ellos en un tiempo de auténtica consciencia sin intervención de las personas señaladas en el artículo 1.330 C.c. Así es, la Resolución de 12 de junio de 1985, establece una cierta simetría entre las voluntades necesarias para consentir en el matrimonio (y, por tanto, en las capitulaciones) y otorgar testamento; en esta materia, conforme al artículo 695, pfo. 3 C.c., al notario le corresponde dictaminar sobre la posible aptitud de los individuos (174), teniendo en cuenta que “la aseveración del fedatario autorizante respecto de la capacidad del testador reviste especial relevancia de certidumbre” (S. de 7 de octubre de 1982), hasta el punto que “dicho juicio queda amparado por la fe pública notarial y únicamente puede ser desvirtuado me-

---

(173) Cfr., en este punto, ARECHEDERRA, *El consentimiento matrimonial*, Pamplona, 1989, pp. 77 y ss., donde se recoge amplia discusión acerca del tema.

Existen al respecto dos decisiones que considero adquieren gran relieve. La primera es una sentencia sobre pretendida nulidad civil de matrimonio canónico (la única que según mis noticias por ahora se plantea en casación), estimando conforme al criterio “comúnmente aceptado por la jurisprudencia, principalmente por la de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por ser materia proclive a su estudio”, que —aun cuando concernía sobre “una esquizofrénica (desde los 12 años) con ingresos variables y tratamiento neuroléptico y electroconvulsionante”, habiéndose “agudizado enormemente la enfermedad”, y “vuelto a poner de manifiesto ideas delirantes”, hasta el punto de mantener “una actitud de auténtico estado de locura furiosa”— “la recurrida estaba en posesión de sus facultades mentales antes, al tiempo, y después de contraer matrimonio, toda vez que la sentencia de instancia declara expresamente que no existe la más mínima prueba de que la contrayente se hallara aquejada de una crisis en el momento de emisión del consentimiento en el negocio matrimonial, ni tan siquiera que tuviera limitadas sus facultades mentales o se revelase una trascendencia de la problemática psíquica en relación con dicho acto” (S. de 18 de septiembre de 1989). Resulta llamativo —con independencia del fallo concreto a que da lugar— que se traiga en este punto la doctrina de la consciencia en los actos propia del Derecho penal, y su aplicación a una materia tan distinta como es el matrimonio, máxime por las repercusiones que acerca del estado civil de las personas comporta el hecho.

La segunda se debe al Centro directivo, mediante su Resolución de 16 de octubre de 1989, que, pretendiendo investir al matrimonio de un carácter “de derecho tan íntimo y fundamental de la persona”, niega en la dispensa de edad “interés público que defender”, ello implica, según creo, una perniciosa disposición de los requisitos del matrimonio, que son de orden público, por los particulares.

(174) Cfr., en términos generales lo dispuesto por los artículos 156, 8.º y 167 del Reglamento Notarial.



diante su impugnación ante los tribunales de justicia en el juicio declarativo correspondiente” (R. de 12 de junio de 1985).

En consecuencia, tal vez cabría plantear una ruptura entre dos presunciones contrarias sobre la capacidad de los intervinientes: a tenor de lo dispuesto en el Código civil, la sentencia de incapacitación define los actos de libre actuación del incapaz y aquellos que requieren complementos insoslayables, en nuestro caso definidos legalmente, a modo de prevención acerca del contenido de los pactos sobre régimen económico del matrimonio; éstas constituyen unas medidas generales y objetivas en atención a las condiciones de la persona en cuyo interés quedan establecidos. Por el contrario, el control subjetivo de los candidatos y de las circunstancias concretas a la hora de suscribir este tipo de acuerdos, corre a cuenta de un agente de la fe pública encargado de un juicio previo sobre la específica capacidad de los sujetos, que, si a su criterio satisfacen los requisitos necesarios, le permite autorizar las capitulaciones, adquiriendo así una muy peculiar firmeza desde un punto de vista de la capacidad de las partes actuantes.

En suma, si bien lo más seguro en estos casos sería inclinarse por la posible impugnabilidad, tampoco faltan argumentos para sostener la eficacia de las capitulaciones contraídas en estas circunstancias, por cuanto así como se permite tal cosa para el matrimonio y el testamento, no hay razón de fondo que impida extender lo mismo a los pactos económico-conyugales, a lo sumo por su carácter subsidiario del matrimonio, y naturaleza formal que acompaña el necesario análisis de capacidad realizado por el autorizante. Sin embargo, tal cosa no es a mi juicio lo más adecuado, porque la simetría entre capacidad para contraer matrimonio y otorgar testamento, aparte de dudosa, no es biunívoca, y de ningún modo puede ampliarse a las capitulaciones, que, si bien son accesorias a lo primero, no por eso dejan de ser distintas, según pudo comprobarse analizando el principio *habilis ad nuptias habilis ad pacta nuptialia* (175).

### c) El pródigo y el quebrado

Entre los sujetos no incapacitados, pero con ciertas reservas sobre sus facultades que les proporciona el sometimiento a la curatela, también posiblemente incluidos en el ámbito del artículo 1.330 C.c., consta, como caso típico, el del pródigo (176). Estos no son ahora en sentido propio incapaces (cfr. cap. III, tít. X, lib. I C.c., tras la reforma en este punto por ley de 24 de octubre de 1983), mas cuentan con indudables

---

(175) Cfr. *supra*, nt. 8.

(176) Cfr. AMORÓS, *Artículo 1.330 del Código Civil*, en *op. y loc. cit.*, p. 1.552; PEÑA, *op. cit.*, p. 194; MOREU, *op. y loc. cit.*, p. 698; DE LOS MOZOS, *op. y loc. cit.*, p. 220; Díez PICAZO-GULLÓN, *op. cit.*, p. 164; y LETE, *op. y loc. cit.*, p. 412.

restricciones en su obrar jurídico, que debe ser integrado por el curador (cfr. art. 288 C.c.) (177).

En efecto, la sentencia de prodigalidad “determinará los actos que el pródigo no puede realizar sin el consentimiento del curador” (art. 298 C.c.) (178), entre los que se puede recoger, sin temor a equivocarse por las circunstancias del caso, las capitulaciones matrimoniales, máxime cuando tratándose de un acto netamente patrimonial de lleno incide sobre la materia estudiada (179).

Otra disciplina que, a mi juicio, reúne indudable interés en este punto, es el relativo a la persona declarada en quiebra, pues queda “inhabilitado para la administración de sus bienes” (art. 878, pfo. 1 C. Com.), mientras no se rehabilite conforme a lo establecido en los artículos 920 y siguientes del Código de Comercio, hasta el extremo de que “todos sus actos de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra serán nulos” (art. 878, pfo 2 C. Com.). El problema radica en analizar desde una perspectiva civilística y de la persona el alcance atribuible a la limitación de la capacidad en tales sujetos; en este sentido, corresponde a la jurisprudencia establecer los criterios básicos, como hace la Sentencia de 30 de junio de 1978, que por su indudable trascendencia paso a reproducir parcialmente.

A juicio del Tribunal Supremo, “la situación apreciada en nuestro antiguo Derecho para el comerciante declarado en quiebra, parecida a la del condenado a interdicción civil, pues se detenía al quebrado en todo caso y se ocupaban todos sus bienes, ha ido siendo superada, haciéndose desaparecer ese carácter de índole esencialmente penal, a causa de acentuarse la finalidad de garantía en favor de los acreedores”. En consecuencia, “ciertamente la quiebra afecta amplísimamente a la capacidad de obrar de la persona, creando un aspecto de la restricción para el actuar de la misma en el quebrado que no se perfila en nuestro ordenamiento jurídico con la deseable claridad”.

Ahora bien, “no obstante la naturaleza jurídica de la restricción de aquella capacidad que significa, puede decirse que no alcanza a ser un caso de verdadera incapacidad, sino meramente de un estado personal, puesto que tal situación no se relaciona entre las restricciones generales de la personalidad, reflejada en el artículo 32 del C. Civ., ni se incluye

---

(177) Véase al respecto, OSSORIO SERRANO, *La prodigalidad*, Madrid, 1987, pp. 107 y ss.

(178) Obsérvese que —a diferencia de lo previsto para las causas generales de incapacitación (cfr. art. 210 C.c.), o de sometimiento a curatela de los incapaces (cfr. art. 289 C.c.)— el artículo 298 C.c. contempla las limitaciones de los pródigos en una dicción negativa, como también de modo expresivo hace para la curatela de los menores emancipados, o de quienes hayan recibido el beneficio de la mayor edad, el artículo 288 C.c.

(179) Así, por ejemplo, el supuesto de la Sentencia de 14 de febrero de 1986, que aun aplicando las normas anteriores advierte su esencial coincidencia “con el actual artículo 298 del Código civil consecuencia de la redacción dada por Ley trece/mil novecientos ochenta y tres, de 24 de octubre”.

en el artículo 1.263 del mismo Cuerpo legal sustantivo, entre las que producen incapacidad para contratar con plena eficacia, como tampoco entre las causas modificativas del estado civil, en razón a reconocerse que la situación de quebrado no rehabilitado es una especial condición jurídica que se explica por la *ratio iuris* de esta particular incapacitación, en cuanto que nacida la quiebra para proteger a los acreedores de un deudor insolvente funciona despojando al quebrado de la administración de su patrimonio, convirtiendo a éste en un patrimonio en liquidación, que aunque puede afectar a todas las relaciones de tipo patrimonial del afectado por la mencionada situación de quiebra, porque se ha manifestado con ella la insuficiencia y anormalidad de la garantía que supone el patrimonio, esa repercusión, aun siendo muy importante en orden a la situación del patrimonio, sobre la condición de la persona no tiene el alcance de producir un cambio del estado civil del quebrado, ni para general una verdadera o completa incapacitación patrimonial, dado que no pierde su independencia personal, y ni siquiera en la esfera patrimonial, no creándose una situación firme, con la premisa propia del estado civil, ya que su subsistencia, en definitiva, depende de la voluntad de los interesados, que pueden terminarla por convenio, y carece de la nota de orden público, estando entregada a la discreción de los acreedores reconocidos, en cuyo beneficio se crea” (180).

“Esto determina que pueda, si se quiere, hablarse de cuasi-incapacitación, pero no hay cambio de estado civil ni verdadera incapacitación, asignándose, sencillamente, la retirada del poder de administrar aquella parte del patrimonio que constituye la masa de la quiebra, motivador de restricción de capacidad creada en el beneficio de los acreedores, que hace suponer la insolvencia o, al menos, la puesta en entredicho de la solvencia patrimonial, que es precisamente lo que en el derecho histórico y en el vigente hizo entrar en juego determinadas disposiciones legales excluyentes de ciertos cargos y facultades a quienes carecen de la plenitud de poder patrimonial y a las que tienen en cuenta la insolvencia, en favor de la estabilidad jurídica de determinadas clases de personas”.

En suma, “la naturaleza jurídica de la incapacidad del quebrado, lleva a precisar que el alcance de la restricción de su incapacidad de obrar más que tratarse de plena dificultad para administrar el propio patrimonio, en esencia es de índole singular, pues, bajo un aspecto, el quebrado pierde la administración de sus bienes, que pasa al Comisario y Síndicos de la quiebra (arts. 1.333 y 1.346 de la L. E. Civ.), de modo que a la privación de la capacidad de administrar y disponer de sus bienes imputada al quebrado corresponde el paso de la titularidad representativa

---

(180) La Sentencia de 20 de diciembre de 1952 califica las limitaciones a la capacidad del quebrado como no absolutas por referirse sólo a los derechos y obligaciones patrimoniales.

en nombre de la quiebra y en interés del deudor y acreedores, de los bienes de la masa de aquélla a la Sindicatura”, “de tal manera que como la masa de la quiebra no se confunde con el patrimonio personal del deudor, éste continuará con facultades respecto de aquellos bienes que tengan carácter inembargable (arts. 1.449 de la L. E. Civ. y 781, 785 y 1.107 del C. Civ.), y en su caso los que se le entreguen en concepto de alimentos (art. 1.314 de la L. E. Civ.), permitiéndose el convenio entre el quebrado y la Junta de acreedores para que el quebrado continúe al frente de su establecimiento comercial, quedando así habilitado para la administración dentro de los límites que marque el convenio (art. 13-2.º del C. Com.), y para celebrar convenios de quita y espera (arts. 1.917 y 1.918 del C. Civ.) o cualquier otro que estimen oportuno el quebrado y sus acreedores (art. 898 del C. Com.)”.

Mas “bajo otro aspecto, debido a que la declaración de la quiebra tiene asimismo efectos extensos, pues no solamente incapacita al quebrado para la administración de sus propios bienes, sino también para las actividades que por la ley se le atribuya, circunstancia que tiene su justificación en que el insolvente carece de garantía patrimonial imprescindible a quien se le confía por la ley la administración de un patrimonio ajeno” (181), tiene gran entidad, hasta el punto de que las Sentencias de 17 de febrero de 1909, 17 de marzo de 1910, 9 de julio de 1911, 13 de mayo de 1927, y 13 de febrero y 21 de mayo de 1960 declaran “la extinción de la personalidad jurídica del quebrado para la administración de todos sus bienes, como legalmente concebida en términos absolutos”.

Por todo ello, “si bien no cabe desconocer la ineficacia jurídica de los actos del quebrado, que excedan lo limitado de su capacidad de obrar que resulta de la especial naturaleza de la quiebra, saliendo del ámbito propio del derecho de la personalidad tampoco es de olvidar que realmente la declaración de quiebra no origina una prohibición de carácter sancionador, pues sus efectos respecto de la capacidad son los mismos con independencia de la declaración de la quiebra, por lo que no es que todos los actos del quebrado, por modo general, hayan de considerarse nulos por contrarios a la Ley y el quebrado no tiene limitada su capacidad para ser meramente un protegido”, “lo que determina en el orden jurídico la precisión de distinguir entre dos tipos de actos para precisar el alcance de la incapacitación del quebrado, unos, de disposición sobre bienes que están en la masa de la quiebra (con paso real al patrimonio en liquidación), que son ineficaces, por ser de quien no tiene ti-

---

(181) Como sucede para los cargos tutelares (arts. 241 y 244. 5.º C.c.), y de igual forma reconoce la sentencia transcrita, entre otros numerosos supuestos, para los actos de administración de los bienes del hijo menor en virtud de la patria potestad según el antiguo artículo 159 C.c., criterio aún en vigor tras la reforma en este punto, pues “los padres administrarán los bienes de los hijos con la misma diligencia que los suyos propios”, y en nuestra hipótesis tal cosa huelga para el quebrado conforme se ha dicho.

tularidad actual sobre ellos, y en consecuencia carecen de eficacia respecto a todos (no sólo relativamente a los acreedores), y que únicamente podrán recuperar eficacia si son ratificados por la Sindicatura (art. 1.259 del C.c.), o convalidados, quedando el bien en el patrimonio del quebrado al ser rehabilitado, y otros, significados por los actos de disposición sobre los bienes que puedan corresponder del quebrado, por no haberse producido todavía *traditio* a la masa de la quiebra, y en general, las obligaciones contraídas respecto de bienes que estando o debiendo estar integrados en la masa de la quiebra son realizados por quien no tiene capacidad para ello”, “en cuyo caso se produce una mera restricción de capacidad a favor de los acreedores de la quiebra, y por tanto sólo por la representación legal de ésta puede ejercitarse la impugnación con base en adolecer de un vicio invalidante (art. 1.300 del C. Civ.), ser realizados por un incapacitado (art. 1.301 del C. Civ.) y con posibilidad de ser anulados a arbitrio de la Sindicatura, pero sin que el incapacitado pueda ejercer en su beneficio la impugnación, ni los que con él hayan contratado (art. 1.302 del C. Civ.), aunque uno y otro resultaran afectados por la anulación realizada”.

Tales principios resuelven satisfactoriamente las dudas que suscitan las capitulaciones otorgadas por el quebrado (*a fortiori* para el concursado). Conforme a lo argüido, éstos no son de ninguna manera incapaces desde un punto de vista del estado civil, y, por lo tanto, escapan de lo previsto en el artículo 1.330 C.c. (182).

Ahora bien, teniendo en cuenta que la declaración de quiebra o concurso de acreedores sufrida por uno de los cónyuges puede ser motivo para instar el término del régimen económico de gananciales (cfr. art. 1.393. 1.º C.c.) y de participación (cfr. art. 1.415 C.c.), podía pensarse un obstáculo implícito al pacto tendente a establecer dichos regímenes en estas capitulaciones; sin embargo, como esta causa rige mediante “pe-

---

(182) Cfr. DE LOS MOZOS, *op. y loc. cit.*, p. 220. Ello sin perjuicio de la posible ineficacia de determinados actos que aquéllas contengan, como, por ejemplo, unas donaciones por razón del matrimonio a favor de su prometido, si los bienes forman parte de la masa de la quiebra.

Desde otro punto de vista, sí plantea numerosas dificultades la liquidación del régimen anterior tratándose de gananciales, pues los acreedores pueden intervenir en el proceso para evitar posibles fraudes de sus derechos, teniendo asimismo presente que la responsabilidad del pasivo sobre los bienes guarda relación a los posibles consentimientos —y, en su caso, las poderosas presunciones establecidas en los artículos 7 y 8 C. Com.— prestados por el cónyuge no comerciante a tenor de lo dispuesto en los artículos 6 y ss. del Código de Comercio. Como posibilidad más lejana en la práctica, si los esposos desean sustituir su régimen de separación o participación por uno de gananciales debe observarse lo prescrito en el artículo 1.442 C.c., y excluir los rendimientos de los bienes afectos a la quiebra del patrimonio ganancial, pues supondría un acto en perjuicio de los acreedores. Ahora bien, la norma general de protección a terceros ante posibles modificaciones del régimen económico matrimonial, contenida en el artículo 1.317 C.c., salvaría las posibles dificultades *ad casum* (cfr., en este punto, las Sentencias de 14 de mayo de 1984 y 26 de enero de 1985, entre otras).

tición de uno de los cónyuges” (el posible perjudicado), y a su arbitrio queda el apreciar la circunstancia, de la misma suerte le cabe libremente suscribir el régimen que se acuerde, siempre y cuando conozca los hechos (183). En todo caso, ya se trate de capitulaciones otorgadas antes o después del matrimonio, sustitutivas o no de otras anteriores, el artículo 1.317 C.c. garantiza la inafección a los derechos adquiridos por terceros antes del evento, y los posibles perjuicios se predicán sólo de la contraparte (cónyuge o prometido).

#### d) Las personas incursoas en un procedimiento de incapacitación o prodigalidad

Asimismo cabe preguntarse qué ocurre si el otorgante se halla sometido a una causa de incapacitación todavía no resuelta. Es de tener en cuenta la hipótesis, entre otras razones porque la versión original del Código contemplaba este caso, a diferencia de la presente donde se omite (184). La doctrina también ha puesto de relieve tal hecho, pero sus respuestas no son siempre unánimes (185), según creo lo más juicioso

---

(183) Este asunto plantea un nuevo problema. Si la otra parte de las capitulaciones ignoraba la declaración de quiebra, sin duda puede solicitar que concluya el régimen de separación o participación establecido, pero cuando lo hubiese acordado a sabiendas del hecho muy difícilmente cabe admitir que luego lo alegue para desentenderse de las consecuencias de sus actos.

(184) A tenor del antiguo artículo 1.323 C.c., “para la validez de las capitulaciones otorgadas por aquel contra quien se haya pronunciado sentencia o se haya promovido juicio de interdicción civil o inhabilitación, será indispensable la asistencia y concurso del tutor, que a este efecto se le designará por quien corresponda según las disposiciones de este Código y de la ley de Enjuiciamiento Civil”.

Estas últimas expresiones del precepto trajeron consigo un animado debate doctrinal y numerosas propuestas en su solución (cfr. CASTÁN, *op. cit.*, 9.ª edición, pp. 309 y ss.), concluyendo los autores por la conveniencia de proveer un tutor especial *ad hoc* (cfr. TORRES ESCÁMEZ, *Algunos problemas de las capitulaciones matrimoniales y la liquidación de la sociedad legal de gananciales*, en “Revista Crítica de Derecho Inmobiliario”, 1978, p. 975; y, en contra, SANCHO REBULLIDA, *Notas sobre la tutela para el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales de los presuntos incapacitados*, en “Estudios de Derecho Civil”, I, Pamplona, 1978, p. 465).

Por estas razones y otras, opina DE LOS MOZOS loable la sencillez del artículo 1.330 C.c. en relación con su antecedente (cfr. *op. y loc. cit.*, p. 219).

(185) El abanico de posibilidades planteadas es muy extenso: DE LOS MOZOS incluye dicho supuesto en la letra del nuevo artículo 1.330 C.c. (cfr. *op. y loc. cit.*, p. 221); GARCÍA CANTERO no resuelve la duda comentada, con lo cual parece admitir el libre pacto de capitulaciones para estos sujetos (cfr., en CASTÁN, *op. cit.*, p. 320; y, con toda claridad, LETE, *op. y loc. cit.*, p. 411, que trae a colación el debate parlamentario en este sentido); ALBALADEJO considera que, como ya sucediera en la legislación anterior, se arregla la incertidumbre adelantando “provisionalmente el nombramiento de guardador o designando para él un defensor judicial” *op. cit.*, p. 139, y cfr. MOREU, *op. y loc. cit.*, p. 699; y DE LOS MOZOS, *op. y loc. cit.*, p. 221), criterio en parte respaldado por AMORÓS, que, sin embargo, prefiere una espera prudente hasta la sentencia (cfr. *op. y loc. cit.*, p. 1.553).

es adecuarse a las circunstancias obrantes en el concreto supuesto sin definir una tesis uniforme, pues depende del tipo de limitación en la capacidad que se pretenda para el candidato al otorgamiento de las capitulaciones y la forma de manifestarse.

Así es, en primer lugar habría de considerarse que compete al notario autorizante proceder a un primer juicio sobre la capacidad de las partes, y en ese momento puede abstenerse de su cometido si obtiene dudas fundadas de aptitud al respecto, quedando a resultas del proceso emprendido acerca de la incapacitación.

Con todo, existen situaciones que no dejan traslucir fácilmente la coyuntura, como por ejemplo sucedería en el caso de un incurso en procedimiento de prodigalidad, porque sus actos externos ocultan en principio el hecho, a lo sumo sí, como también es de comprender, intentan esto mismo los propios interesados, con lo cual las capitulaciones se hacen prácticamente inevitables. Ahora bien, ello tampoco impide su posible impugnación *a posteriori*, porque “los actos del declarado pródigo anteriores a la demanda de prodigalidad no podrán ser atacados por esta causa” (art. 297 C.c.), y, *a contrario*, en nuestra hipótesis resulta después de iniciarse la causa.

En suma, ya sea por un motivo u otro, en la práctica también hay que permanecer a expensas de la solución definitiva del litigio, tal y como señala la Sentencia de 14 de febrero de 1986: “las capitulaciones en cuestión fueron otorgadas... después de haber sido promovido juicio de inhabilitación de (los contrayentes), por causa de prodigalidad, sin asistencia del tutor que le hubiese sido designado a tal fin”, y ello “conduce, como certeramente ha sido apreciado por la Sala sentenciadora de instancia, a la no validez de dichas capitulaciones, de conformidad con lo prevenido en el artículo mil trescientos ventitrés del Código civil en vigor al tiempo de concertarse las mencionadas capitulaciones”, criterio ampliable con toda razón al momento presente por “cuanto que entender lo contrario tanto significaría llegar al absurdo de que se posibilite el ejercicio de actuaciones jurídicas irregulares o anómalas provenientes de una situación de capacidad que al ser planteada se encontraba en entredicho y de ser reconocida al decidirse jurídicamente sobre ella supondría convalidar una actuación dispositiva que venía viciada en el consentimiento, ya que no puede decirse que éste se produce cuando no se goza de capacidad a efecto de disponer de los bienes”.

Es decir, en esta hipótesis se aúnan dos indicios opuestos, por una parte hasta la definitiva solución del pleito el incausado debe presumirse capaz, pero de otra, la cuestión se deduce por circunstancias que preceden, de ordinario con un plazo amplio, al momento de interponerse la demanda, lo que ha inducido en ocasiones a considerar cierto alcance retroactivo de la declaración de incapacidad. En suma, creo lo más equitativo presumir en principio capaz de sus actos a quien no ha sido todavía privado judicialmente de sus facultades, con independencia de

su posible impugnación atendiendo al caso y si cabe prueba pertinente, mas sin exigir de comienzo a tales sujetos requisitos complementarios a su voluntad, en tanto no se haya demostrado fehacientemente su insuficiencia (186).

Por último, también es de tener en cuenta que, con arreglo al artículo 209 C.c., “el Juez, en cualquier estado del procedimiento, podrá, a instancia de parte o de oficio, adoptar las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio”, y, en su virtud, existe una muy acertada flexibilidad para resolver los presentes casos, que puede llegar hasta el nombramiento de un asistente *ad hoc*, o incluso el ejercicio de dicha facultad por el propio juez, como ya sucede para la discrepancia del órgano tutelar compuesto por varias personas (cfr. art. 237, pfo. 2 C.c., e *infra*, C. II. a 2. c’) (187).

### e) Las personas no incapacitadas, pero incapaces

Conforme al tenor literal de la norma contenida en el artículo 1.330 C.c., los incapaces no declarados en sentencia tales quedan excluidos de su ámbito (188), pero el aserto no deja de ofrecer dudas en la práctica cuando a su otorgamiento se disponga un verdadero incapaz no declarado y ni tan siquiera incurso en un proceso con este fin.

En efecto, según acabo de sostener, el notario autorizante de capitulaciones matrimoniales está obligado por su cometido de fedatario público a realizar un examen previo sobre la capacidad de los otorgantes, y cuando conste que se trata de incapaces manifiestos, aunque no declarados, su obligación estriba en oponerse al otorgamiento.

Ello aparte, “la invalidez de las capitulaciones matrimoniales se regirá, por las reglas generales de los contratos” (art. 1.335 *in initio* C.c.), y, por consiguiente, como sostiene la Sentencia de 14 de febrero de 1986, debe “tenerse en cuenta que el supuesto aquí contemplado no es el de la declaración de incapacidad del demandado, sino el de si el mismo con antelación a ser declarado incapaz se encontraba o no en posesión de las facultades mentales e intelectivas necesarias para emitir un consentimiento válido”, “sin olvidar que el estado mental originador de una disminución de la aptitud volitiva e intelectual para contratar en que se encuentre una persona antes de ser declarada incapaz, puede, según la doctrina de esta Sala, dar lugar al juego de lo dispuesto en el artículo 1.263 C.c. número 2.º del Código civil”.

---

(186) Obsérvese además que lo contrario supondría introducir un elemento de inseguridad en el tráfico, máxime cuando no resulta extraño que tales procedimientos se alarguen inconvenientemente.

(187) Así lo estima LETE para cuando al ya incapacitado no se le haya instituido todavía tutor (cfr. *op. y loc. cit.*, p. 412).

(188) Véase *a fortiori* la Resolución de 1 de diciembre de 1987.



En síntesis, pues, que sólo los incapacitados judicialmente deban someterse al auxilio de sus representantes legales para otorgar capitulaciones matrimoniales constituye una prevención que obra con salvedades en uno y otro sentido —existen en la práctica incapacitados que pueden hacerlo por sí solos (189), y no incapacitados sometidos a los límites del artículo 1.330 C.c.— y, a mi juicio, sería más afortunado referirse a los incapaces sin más. Ahora bien, sucede que una persona no cuenta con organismos tutelares antes de su declaración de incapacidad, y, por eso, cuando se presente un caso de limitación cognoscitiva o de voluntad debe permanecer a las resultas del procedimiento que han de instar los individuos obligados a ello (cfr. arts. 202, 203, 228 y 229 C.c.), sin perjuicio de posible intervención de “cualquier persona” (art. 204 y 230 C.c.), o las limitaciones previstas en el artículo 205 C.c. (190).

En suma, sin confundir los aspectos preventivos del artículo 1.330 C.c. para las capitulaciones de los incapacitados judicialmente, con el sustantivo de la validez de dichos pactos cuando se otorguen por un auténtico incapaz sin declaración expresa, el trámite de forma impuesto a los capítulos matrimoniales, y la previa calificación especialmente autorizada de aptitud a cargo del fedatario público aproximan enormemente ambas realidades en la práctica.

## II. EL AUXILIO DE LOS INCAPACES

A diferencia de cuanto establece al respecto el artículo 1.329 C.c., la norma que ahora se comenta resulta imprecisa y ambigua en orden al complemento de capacidad requerido a los incapaces para poder suscribir capitulaciones matrimoniales; se hace, por tanto, menester una interpretación integradora del precepto en dicho punto, conforme a los epígrafes siguientes.

### a) Ejercicio

En lo relativo a las personas llamadas a prestar asistencia en el acto de otorgamiento de las capitulaciones a los incapacitados, la previsión del Código resulta inexacta con las últimas reformas legislativas al respecto, pero incluso es dudoso si tal error no se cometió *ab initio*, pues el tema está relacionado con el título de la intervención de los representantes legales y la naturaleza personalísima del acto que se pretende.

En efecto, según en su lugar se sostuvo (191), los padres o tutores no actúan en representación de los hijos o pupilos en el marco del ar-

---

(189) Cfr. MOREU, *op. y loc. cit.*, p. 698.

(190) Cfr. *infra*, nt. 195.

(191) Cfr. *supra*, B. II. c. 2.

título 1.329 C.c., y cosa igual sucede con la presente hipótesis, por cuanto las capitulaciones son un acto personalísimo en estrecha relación con el matrimonio (192). Es decir, aunque puedan ser representantes legales los llamados a prestar el consentimiento complementario, no lo hacen en el estricto ejercicio de sus funciones, por el carácter del negocio que complementan, cuya índole impide otorgarse por nombre y a cuenta del representado, sino por éste mismo previa garantía de la conveniencia de lo pactado a juicio del representante legal, que, sin sustituir la voluntad del cónyuge o prometido, a causa de las limitaciones que presenta, debe integrarla (193).

### 1. *Discusión de las distintas hipótesis*

En este sentido, conviene definir el cargo de “representante legal” a que se alude por el artículo 1.330 C.c. en determinadas personas, según las circunstancias obrantes en cada caso. Ahora bien, para un estudio más completo de la cuestión deben distinguirse los supuestos fundamentales que pueden presentarse, con arreglo al esquema siguiente:

1') Capitulaciones otorgadas antes del matrimonio: como es lógico el incapaz debe ser apto para contraer (194), y de ordinario eso significa la vigencia de la curatela, como de seguido se analiza, por las condiciones de autodomínio comprobadas en el sujeto para permitirle casarse. Con tales premisas, estrictamente no existe aquel “representante legal” previsto en la letra del artículo 1.330 C.c., aunque se aplica su contenido por analogía.

En efecto, cuando el artículo 1.330 C.c. se refiere a los representantes legales, ello se hace con poca fortuna tras las últimas modificaciones en este punto, porque, a diferencia de lo que antes ocurría, los incapaces ahora se ven sometidos a la tuición jurídica en cada supuesto requerida (cfr. art. 210 C.c.), lo que oscila entre la tutela, la curatela y el defensor judicial, en un orden jerárquico del ámbito de autogobierno reconocido y sometimiento de sus actuaciones al criterio del guardador (en el sentido dado a dicho término en el artículo 215 C.c.) (195).

Ahora bien, considerado las características de cada institución tutelar, parece lo más acorde con la ordinaria hipótesis de trabajo —incapaz, pero hábil para contraer matrimonio— establecer el análisis sobre

(192) Cfr. AMORÓS, *op. y loc. cit.*, p. 1.553; y, en contra, CASTÁN, *op. cit.*, p. 320.

(193) Cfr. PEÑA, *op. cit.*, p. 193, nt. 3.

(194) Cfr. DE LOS MOZOS, *op. y loc. cit.*, p. 220; y LETE, *op. y loc. cit.*, p. 412.

(195) PEÑA y DíEZ PICAZO-GULLÓN, advierten que si se trata de curador no hay representación legal estricta y debe pasarse por lo indicado en la sentencia (cfr. *op. cit.*, p. 194, y *op. cit.*, p. 164, respectivamente, y véase también MOREU, *op. y loc. cit.*, p. 698). Sin embargo, GARCÍA CANTERO, estima en este caso —para él típico— asimismo la existencia de representante legal (cfr., en CASTÁN, *op. cit.*, p. 320).

las bases generales de la curatela (196). En síntesis, la tutela parte del presupuesto de rigurosa incapacidad del sometido a sus destinos (197), pues por lo común “el tutor es el representante del menor o incapacitado”, aunque también exceptúe la misma norma del artículo 267 C.c. “aquellos actos que pueda realizar por sí solo (el menor o incapaz), ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia de incapacitación”. Así pues, mientras al tutelado no se le impida en la sentencia de incapacitación contraer matrimonio, y demuestre su aptitud para ello en el expediente previo a la celebración, también podrá otorgar capitulaciones matrimoniales, con las asistencias establecidas al respecto por el artículo 1.330 C.c.

---

(196) Cfr. BERCOVITZ, *op. y loc. cit.*, y GARCÍA CANTERO, *op. y loc. cit.*

(197) Luego no se comprende bien por qué se manda en el artículo 231 *in fine* C.c. audiencia por el juez antes de constituir la tutela “del tutelado (*sic*: candidato a ello) si tuviera suficiente juicio y siempre si fuera mayor de doce años”, salvo a los meros fines de su reconocimiento personal (como establece ya el artículo 208 C.c. para la incapacitación y se hace reiterativo ahora), o de que se trate de un precepto aplicable a todas las instituciones tutelares, lo cual juzgo más probable. Desde otro punto de vista, el artículo 237. 2 C.c. prevé oírse al pupilo en caso de discrepancia de los tutores sólo “si tuviere suficiente juicio”, lo que parece más acorde con la realidad de tales supuestos.

En este aspecto, la Sentencia de 11 de febrero de 1988 considera que “conforme al artículo doscientos ocho del Código civil, redactado según la ley de veinticuatro de octubre de mil novecientos ochenta y tres, en este tipo de procesos (de incapacitación) se ha introducido un cierto principio inquisitivo, pues los Jueces, sin perjuicio de las pruebas practicadas a instancia de parte, podrán decretar de oficio las que estimen pertinentes”. Además, el examen prevenido en el citado precepto se interpreta en la Sentencia de 20 de febrero de 1989, dotándole de una gran transcendencia: “no puede catalogarse como trámite procesal, ni como prueba y que tiene el alcance de un requisito de fondo previo a determinada decisión, como también ocurre con el artículo 211 del mismo texto legal —examen por el Juez previo al internamiento del presunto incapaz, cuyo valor esencial se recoge en la Sentencia de esta Sala de 10 de febrero de 1986—. En este caso, el antecedente histórico del actual artículo 208 citado, era el 216 cuyo texto decía <<Antes de declarar la incapacidad los Tribunales oirán al Consejo de Familia y examinarán, por sí mismos, al denunciado como incapaz>> hasta el punto que la Sentencia de 6 de abril de 1892, impide declarar la incapacidad del fallecido o ausente. Parece, en concordancia lógica e histórica que, quien declara la incapacidad y precisamente quien la declare, ha de haber examinado, por sí mismo (sea Juez o Tribunal), al presunto incapaz”. Así pues, “el valor sustantivo de la norma contenida en el artículo 208 del Código civil, no ofrece la menor duda, como tampoco su alcance constitucional, en cuanto, sobre la base doctrinal y jurisprudencial de presunción de capacidad, afecta al derecho fundamental al desarrollo de la personalidad (art. 10 Constitución Española) y en cuanto la presencia ante el Tribunal, del demandado de incapacitación, constituye, no solamente un valioso dato probatorio, sino una garantía, en prevención de abusos y maquinaciones, por una parte y, por otra, de una meditada decisión constitutiva de una situación en una materia no absolutamente perteneciente a la Medicina o a la Psiquiatría, sino que, científicamente, es un problema multidisciplinario y humanamente inserto en criterios sociales carentes de rigurosa fijación. Por ello se busca que el Juez o Tribunal no describan los hechos, como en las pruebas de reconocimiento judicial o inspección ocular, sino que emitan una opinión, con el valor que la opinión del juzgador tiene en aquellos conceptos a los que las normas jurídicas se refieren, pero se abstienen, prudentemente, de definir”.

Sin embargo, no es menos cierto lo remoto de dicha posibilidad, por el grado de limitación que de ordinario comporta la tutela, y el carácter excepcional atribuido en el artículo 267 *in fine* C.c. a los actos de tales incapaces realizados *nomine proprio*. Por el contrario, la curatela parte precisamente de la capacidad limitada, pero complementable, de que gozan “las personas a quienes la sentencia de incapacitación o, en su caso, la resolución judicial que la modifique coloquen bajo esta forma de protección en atención a su grado de discernimiento” (art. 287 C.c.); en estos casos, “la curatela de los incapacitados tendrá por objeto la asistencia del curador en aquellos actos que imponga la sentencia que la haya establecido” (art. 289 C.c.), como aquí acontece por expreso mandato legal, con independencia de lo dispuesto en el artículo 290 C.c. (198).

En suma, si pueden contraer matrimonio los incapacitados, es gracias a su grado bastante de discernimiento, y, por consiguiente, cuando ello se advierta en la sentencia de incapacitación, regirá por lo común la curatela (cfr. el juego combinado de los artículos 199, 200, 210, y 287 todos ellos del Código civil). Mas si tal cosa se induce del “dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento” (art. 56. 2 C.c., y cfr. art. 245 R.R.C.) requerido en el expediente civil previo a la celebración (199), una vez autorizado el matrimonio, y aun antes de celebrarse, a mi juicio debe modificarse por la resolución judicial oportuna (cfr. arts. 287 y 277. 2.º C.c.) — a instancia de parte (cfr. art. 202), o del Ministerio Fiscal (cfr. art. 203 C.c.), que también interviene para el expediente civil previo— un posible régimen de tutela establecido en la sentencia de incapacitación, adecuándolo a las nuevas circunstancias que reclaman curatela (200), y además a ejercerse para el futuro por el cón-

---

(198) A cuyo tenor “si la sentencia de incapacitación no hubiese especificado los actos en que deba ser necesaria la intervención del curador, se entenderá que ésta se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan, según este Código, autorización judicial”.

No obstante, hay que completar el contenido de la norma en otros puntos exigidos por el Código civil con carácter especial; por cuanto, siendo incapaces, y mientras nada diga la sentencia respecto a la cuestión, si también pueden contraer matrimonio, sin duda precisarán del consentimiento del representante legal previsto en el artículo 1.330 C.c., aunque no conste dentro del ámbito de actuación del tutor sometido a la licencia del juez (cfr. arts. 271 y 272 C.c.), de la que luego se habla más detenidamente.

(199) Hasta el momento no se ha planteado el posible supuesto de matrimonio contraído conforme a las normas de Derecho canónico por presunto incapaz. El problema estriba en la no vigencia para este caso del expediente civil previo a la celebración, o, mejor dicho, su carácter eclesiástico, que impide aplicar lo establecido en el artículo 56. 2 C.c. acerca del dictamen médico solicitado antes de la celebración. Sin perjuicio de lo escasamente conflictivo de la hipótesis, por el rigor de las normas de la Iglesia en la materia, el control del Estado se traslada entonces al instante de la inscripción de dicho matrimonio en el Registro civil, donde rige, con arreglo a los artículos 63, pfo. 2 y 65 C.c., cuanto se prevé respecto a la capacidad de los contrayentes para el expediente civil previo (cfr. DURÁN RIVACOBÁ, *El expediente civil previo a la celebración del matrimonio en la reforma del Reglamento del Registro Civil*, en “Actualidad Civil”, 1989, p. 3.143).

(200) El Código civil describe los siguientes cauces de acceso a la curatela por el in-

yuge de ordinario (cfr. arts. 291, en relación con el 234. 1.º, ambos del Código civil).

2') Capitulaciones otorgadas después del matrimonio: este supuesto requiere a su vez distinguir según la sentencia de incapacitación hubiera sido dictada con anterioridad a la boda o traiga causa de una circunstancia sobrevenida. En este último caso, sí cabe plantearse una posible tutela, y verdadera "representación legal", mientras el sujeto se halle rigurosamente limitado en sus facultades psíquicas, mas parece clara su excepcionalidad.

En estas condiciones extraordinarias, tampoco existe obstáculo para el otorgamiento de las capitulaciones por el incapaz sometido a tutela con las asistencias marcadas en el artículo 1.330 C.c., aunque fuera del estricto ámbito de la representación legal merced al carácter personalísimo del acto, por cuanto el artículo 267 C.c. excluye de aquélla los "actos que pueda realizar por sí solo" el incapaz, lo que no empece un posible complemento de capacidad, como la establecida en el precepto comentado.

Así pues, se procede de inmediato al examen de las distintas posibilidades descritas, a tenor del órgano en cada situación competente para llevar a cabo las asistencias previstas en lo relativo al otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales por los incapaces.

## 2. *El ordinario supuesto del curador*

Conforme al artículo 291, pfo. 1 C.c., "son aplicables a los curadores las normas sobre nombramiento, inhabilidad, excusa y remoción de los tutores". Por ser, sin embargo, prioritaria su intervención a los efectos prevenidos en el artículo 1.330 C.c., según acabo de aducir, realizaré ahora las oportunas menciones de algunos aspectos que, a mi juicio, destacan en este orden de cosas.

En el estado vigente de las normas que regulan esta materia, corresponde al juez la delación de la tutela en todo caso (cfr. art. 234 *in initio* C.c.), pero con arreglo a distintas fuentes de vocaciones. En primer término se halla la vocación legal, a cuyo tenor "se preferirá" para el cargo:

1') Al cónyuge del incapacitado (cfr. art. 234. 1.º C.c.).

En este supuesto se trataría de capitulaciones suscritas después de la boda. El cargo podrá ejercerse —sin perjuicio de las causas de inhabilidad (cfr. arts. 243 y 244 C.c.), excusa (cfr. art. 251 C.c.) y remoción

---

capaz: desde un principio, cuando así lo establezca la sentencia (cfr. arts. 210 y 287 C.c.); a través de la resolución judicial modificativa de otro sistema de guarda inicialmente previsto (cfr. arts. 277. 2.º y 292 C.c.); y, por último, si procede como sustitución de la patria potestad prorrogada y extinguida (cfr. art. 222. 3.º C.c.).

(cfr. art. 247 C.c.), establecidas con carácter general— mientras no concurra separación, a lo que alude con manifiesta impropiedad el Código con la exigencia de “que conviva” (201).

2') A los padres (cfr. art. 234. 2.º C.c.).

En el plano teórico, el auxilio de los padres se realiza de ordinario en virtud de la patria potestad prorrogada o rehabilitada, mas ocurre que tal cosa parte de condiciones hasta cierto punto excepcionales (202), y por ello emprendo su estudio a continuación de lo presente. Resulta, de otra parte, notorio que la rehabilitación de la patria potestad no comparte las señaladas características peculiares, pero estimo muy oportuno su tratamiento conjunto en adelante, por la estrecha unión deseada en el artículo 171 C.c. para los dos casos.

El auxilio de los padres en el ejercicio de su cargo tutelar, aunque posible, goza de muy exiguo campo de aplicación, pues sólo escapa de la patria potestad prorrogada (en cualquiera de sus dos fórmulas) si el hijo incapacitado permanece soltero (por lo común cuando la declaración se produzca durante su minoridad y afecte a sus expectativas matrimoniales) y vive con sus padres (203). Ahora bien, una vez casado, entra en el cargo su cónyuge, y sólo queda la tutela de los progenitores para los supuestos residuales en que tal estado de cosas decaiga por la separación de hecho u otra causa que afecte al matrimonio (cfr. art. 234. 1.º C.c.), o si el hijo no convive con ellos pero tampoco está sometido a la tutela de otras personas o instituciones.

En tales hipótesis, el ejercicio de la tutela sigue las pautas señaladas en la sentencia y subsidiariamente lo previsto en las normas ordinarias de la patria potestad (cfr. arts. 171 *in fine*, y 210 y 236. 2.º C.c.) (204), a

(201) Cabe una mera convivencia —e incluso se presume (cfr. art. 69 C.c.)— en una coyuntura real de separación de hecho, pues, aunque parezca poco menos que absurdo, “el cese efectivo de la convivencia conyugal, a que se refieren los artículos 82 y 86 de este Código, es compatible con el mantenimiento o reanudación temporal de la vida en el mismo domicilio, cuando obedezca en uno o en ambos cónyuges a la necesidad, al intento de reconciliación o al interés de los hijos” (art. 87, pfo. 1 C.c.).

(202) En efecto, la prórroga estricta de la patria potestad requiere la incapacitación del hijo “cuando concurra en ellos causa (...) y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad” (art. 201 C.c.), y además en nuestro caso “sólo podrá ser solicitada por quienes ejerzan la patria potestad” (art. 205 C.c.), contra lo previsto al efecto con carácter general en los artículos 202, 203, 204, 228, 229 y 230 del Código.

(203) El requisito de la convivencia resulta un tanto extraño, pues, ¿qué sucede si se halla internado en un establecimiento de salud o educación especial (cfr. art. 211 C.c.)? Acaso con mejor criterio la ley 69 *in fine* de la Compilación Navarra ignora tal circunstancia, pues no tiene mucho sentido establecer por esta simple causa una tutela en vez de la prórroga de la patria potestad, si ambas concurren en los progenitores.

(204) La identidad de contenido entre lo previsto en los artículos 171 *in fine* C.c. —“la patria potestad prorrogada (...) se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación y subsidiariamente en las reglas del presente título” (de las relaciones paterno-filiales)—, y 236. 2.º C.c. —“cuando la tutela corresponda al padre

cuyo estudio, ya realizado en orden a las capitulaciones otorgadas por el menor, me remito (205).

3') A las personas designadas por los padres en sus disposiciones de última voluntad (cfr. art. 234. 3.º C.c.).

En este punto existen varios problemas a resolver, que tocan el fondo de la naturaleza de la institución tutelar después de su reforma última. En efecto, se observa una completa dicotomía entre lo establecido en los artículos 223 y ss., y 234 y ss. del Código civil. Con arreglo a los primeros, y según el sistema tradicional en nuestro Derecho, el llamamiento testamentario de la tutela se antepone a cualquier otra fuente de delación, por cuanto “los padres podrán en testamento o en otro documento público notarial nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos, u ordenar cualquier otra disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados” (art. 223 C.c.) (206), y éstas “vincularán al juez, salvo que el beneficio del menor o incapacitado exija otra cosa, en cuyo caso lo hará mediante decisión motivada” (art. 224 C.c.). Sin embargo, el artículo 234 C.c. relativiza las conclusiones que *prima facie* pudieran obtenerse de los anteriores preceptos, porque antepone la vocación legítima de la tutela y asigna el tercer lugar al llamamiento testamentario, ignorando al parecer que ahora también puede realizarse mediante documento público (cfr. art. 223 *in initio* C.c.).

No obstante, tal hecho tiene una trascendencia limitada en la práctica —sin perjuicio de que su alcance jurídico trastoque las prioridades en la vocación de la tutela (207)—, pues en los actuales momentos sólo están por encima, como es lógico, el cónyuge y los mismos padres. En defecto de ambos, o si concurren causas que impidan su ejercicio, entra en vigor la tutela designada por los progenitores a través del cauce notarial o testamentario, siempre y cuando no suceda que “en el momento de adoptarlas, el disponente hubiese sido privado de la patria potestad” (art. 226 *in fine* C.c.) (208).

---

y a la madre, será ejercida por ambos conjuntamente de modo análogo a la patria potestad”— reducen al absurdo la distinción de la patria potestad prorrogada y de la tutela (o curatela) ejercida por los padres, pues respecto a sus atribuciones las diferencias constituyen un auténtico *flatus vocis*, y cuanto se diga de la primera más tarde (cfr. *infra*, C. II. a 3. a'), resulta de aplicación también a la segunda.

(205) Cfr. *supra*, B. II. C. 1. a'.

(206) El artículo 225 C.c. plantea con acierto las posibles dificultades que puede ofrecer en la práctica este asunto, pues “cuando existieren disposiciones en testamento o documento público notarial del padre y de la madre, se aplicarán unas y otras conjuntamente en cuanto fueran compatibles. De no serlo, se adoptarán por el Juez, en decisión motivada, las que considere más convenientes para el tutelado”.

(207) Cfr. CANO TELLO, *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines*, Madrid, 1984, pp. 40 y ss., y SANCHO REBULLIDA, *Tutela e instituciones afines*, en “El nuevo régimen de la familia”, III, Madrid, 1984, p. 88.

(208) La privación de la patria potestad aquí se utiliza en un sentido técnico y res-

En estos casos, asimismo cabe un nombramiento plural (cfr. art. 236. 4.º C.c.), y a favor de “personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados” (art. 242 C.c.) (209).

4’) Al descendiente, ascendiente o hermano designado por el Juez (cfr. art. 234. 4.º C.c.).

Este llamamiento de tutela se realiza en último lugar —excepción hecha de lo concerniente a los padres—, y de ordinario por ausencia o incapacidad para el ejercicio del cargo de los anteriores. La doctrina le asigna un carácter mixto entre legítimo y dativo a causa de su amplitud relativa, que deja una cierta libertad de opción al juez. En consecuencia, resultarán aplicables las reglas establecidas en el epígrafe siguiente para la tutela dativa.

5’) Otras posibilidades (cfr. arts. 234 *in fine*, y 235 C.c.) (210).

Con independencia de los distintos llamamientos legítimos y testamentarios (o que consten en un documento público), el juez puede realizar la delación con arreglo a su personal criterio, atendidas las circunstancias del caso: es la llamada tutela dativa.

En las actuales circunstancias las facultades del juez se han visto notoriamente incrementadas (211); porque, aparte de corresponderle

trictivo, dada la limitación que implica el precepto, y la explícita referencia sobre la suspensión que contienen otras normas (*v. gr.*, art. 277. 1.º C.c.). Esta circunstancia se presentará más comúnmente para el documento notarial.

(209) Sin embargo, resultaría desmedido hacer una simple aplicación del supuesto a la curatela, porque la hipótesis de la persona jurídica parece más bien pensada para el cuidado de la persona de los menores o incapaces y no tanto de su patrimonio, lo cual, tratándose de curador, hace impropia la extensión analógica por mucho que lo permita el artículo 291 C.c.

(210) No me planteo aquí situaciones tan inauditas, aunque posibles en teoría, como la del menor incapacitado y en circunstancias de desamparo, que, por excepción difícil de representarse, fuese hábil para el matrimonio. En cualquier caso, puede tener algún interés como supuesto que hace intervenir un nuevo tipo de tutela prevista en la ley de 11 de noviembre de 1987, la de carácter administrativo. En este rebuscado ejemplo, concurren las dos normas relativas a la capacidad en las capitulaciones matrimoniales, en tanto menor (art. 1.329 C.c.), y como incapaz (art. 1.330 C.c.). A mi juicio, debe aplicarse lo previsto en esta última porque sus garantías engloban y hasta superan cuanto establece la primera.

En principio, para esta coyuntura, “la tutela (...) corresponde por Ley a la Entidad a que se refiere el artículo 172” (art. 239, pfo. 1 C.c.), es decir “la Entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores” (art. 172. 1 C.c.). Analicé ya en su lugar las implicaciones y dificultades del hecho (cfr. *supra*, nt. 24), que no voy a repetir ahora. Sin embargo, ello no impide distinto “nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias, cuando existan personas, que por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para éste” (art. 239, pfo. 2 C.c., y cfr. art. 235 C.c.).

(211) Téngase presente que dicho fenómeno también se producía en el anterior es-



siempre desde un punto de vista formal los nombramientos, puede intervenir en el ámbito de las distintas vocaciones, ya sea integrando el contenido de las disposiciones (cfr. art. 225 C.c.), estableciendo un orden distinto al que correspondería en principio (cfr. art. 234 *in fine* C.c.), u optando incluso a favor de persona distinta, bien por defecto de los llamados en la ley (cfr. art. 235 C.c.), o mediante decisión motivada en el beneficio del menor (cfr. arts. 224 y 234 C.c., ambos *in fine*).

Esta tutela también puede conferirse a una o varias personas (cfr. art. 236. 1.º y 2.º C.c.), sin excluir las jurídicas, incluidas en el ámbito del artículo 242 C.c.

## 2. Casos excepcionales

### a) Los padres (La patria potestad prorrogada o rehabilitada)

La posible intervención de los progenitores a los efectos de asistir a sus hijos incapacitados en orden al otorgamiento de capitulaciones matrimoniales se ha visto incrementada con la reforma de la tutela, e incluso puede hablarse de varios motivos que determinan su auxilio.

Sin embargo, para el presente análisis se contempla este cometido de los padres sólo en cuanto tales, es decir como consecuencia del ejercicio y atribución de la patria potestad prorrogada o rehabilitada, con independencia de otros supuestos de intervención a causa de un cargo tutelar que ostenten, cuyo estudio emprendí por razones sistemáticas en su lugar respectivo.

La hipótesis, planteada de dicha manera, con arreglo al artículo 171 C.c. admite dos fórmulas diversas aquí aplicables. Mas con un presupuesto esencial, a saber: que sea el hijo incapacitado hábil para el matrimonio —ya sea por autorizárselo la sentencia de incapacitación, o, al menos, no prohibirle contraer, mientras el dictamen médico recabado por el juez en el expediente civil previo al matrimonio resulte positivo “sobre su aptitud para prestar el consentimiento” (art. 56, pfo. 2 C.c.) (212)—, pues, en caso contrario, se hacen del todo inútiles las capitulaciones (cfr. art. 1.334 C.c.).

---

tado de cosas, en cuanto exigido por la naturaleza de los supuestos, pues como expresaba la Sentencia de 6 de febrero de 1968, en estos casos “la actuación del juez goza de mayor amplitud de la que tiene en los demás procedimientos civiles, tanto para llegar a la obtención de la verdad material como para acompasar la extensión del organismo supletorio a las necesidades de los incapacitados”.

(212) Los ejemplos propuestos para la discusión no resultan pura entelequia, piénsese que la Resolución de 1 de diciembre de 1987 autoriza el matrimonio de dos oligofrénicos leves. En este supuesto, como es evidente, la curatela —que, a mi juicio, rige conforme al artículo 287 C.c.— impuesta sobre ambos complementa su capacidad para suscribir posibles capitulaciones; se duda, sin embargo, si no sería lo más adecuado su ejer-

Aun así, existe otra pauta básica en cuanto a la materia: la patria potestad se prorroga sólo mientras el hijo permanezca soltero, y, en consecuencia, las capitulaciones de que trato han de ser otorgadas siempre antes del matrimonio.

Ahora bien, la tesis mantenida ofrece ciertos puntos de duda, pues en rigor técnico, el Código exclusivamente requiere su estado de soltería para el segundo tipo de prórroga (rehabilitación) de la patria potestad, que —al contrario, y en interpretación literal estricta— se produce por ministerio de la ley sólo en el primero (213). Con todo, hay que corregir las expresiones del precepto, y entender constituida por lo común la tutela (o mejor curatela, en su caso: cfr. arts. 210 y 287 C.c.) en favor del cónyuge (cfr. art. 234. 1.º C.c.), si existe y mientras la convivencia perdure.

Respecto a los caracteres más señalados de las figuras descritas en el artículo 171 C.c., cabe proponer:

— Patria potestad prorrogada de modo automático.

Rige para los hijos incapacitados durante su menor edad cuando llegan a la mayoría, pues entonces, por ministerio de la ley, se prorroga directa y automáticamente, pese a los términos generales del excepcionado artículo 154 C.c. (214), la patria potestad de los padres.

Así pues, los hijos incapacitados constante su minoría en edad (215), si se consideran jurídicamente aptos para el matrimonio al conseguir la mayoría y desean otorgar capitulaciones —siempre antes de la boda— requieren asistencia de sus padres en el ejercicio de la patria potestad prorrogada *ex ministerio legis*.

— Patria potestad rehabilitada.

La segunda de las modalidades de la patria potestad prorrogada constituye su rehabilitación, conforme a la cual rige asistencia por los

---

cicio por una sola persona para los dos una vez casados —como aconseja el artículo 240 C.c. tratándose de varios hermanos— en previsión de inútiles y perjudiciales conflictos de opiniones si fueran distintos, lo que puede resultar inevitable cuando se pacte antes del matrimonio.

(213) “La patria potestad sobre los hijos que hubieran sido incapacitados, quedará prorrogada por ministerio de la ley al llegar aquéllos a la mayor edad. Si el hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuere incapacitado, no se constituirá la tutela, sino que se rehabilitará la patria potestad” (art. 171 *in initio* C.c.).

(214) “Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad del padre y de la madre”. Por consiguiente, si los emancipados salen de la patria potestad (cfr. también el art. 169. 2.º C.c.), *a fortiori* ocurre con los mayores.

(215) Conforme al artículo 205 C.c., al instarse la incapacitación en la menor edad de los hijos, el procedimiento ha de iniciarse únicamente por quienes ejerzan la patria potestad (o, en su caso, tutela del menor).

padres a los hijos incapacitados en su mayor edad, si se consideran aptos para el matrimonio y se otorgan previamente a su celebración.

Esta circunstancia excluye prácticamente un posible cargo tutelar a ejercer los padres, según en su momento propuse, tanto por la identidad de contenido entre ambos institutos, como por lo limitado de las excepciones con que cuenta la patria potestad rehabilitada.

#### b') El tutor o los tutores

La posible asistencia del tutor a los efectos previstos en el artículo 1.330 C.c. resulta extraordinaria, y ello a causa de la imprescindible facultad del incapacitado para contraer matrimonio, porque de lo contrario huelga cualquier debate sobre unas capitulaciones en directa referencia con aquél, y por ser relativamente difícil el supuesto de un incapacitado tras la celebración que desee un cambio en las originales capitulaciones, o su otorgamiento a falta de otras anteriores, pues en el régimen económico-matrimonial ordinario la disciplina de “administración y disposición de los bienes de la sociedad de gananciales se transferirá por ministerio de la ley al cónyuge que sea tutor o representante legal de su consorte” (art. 1.387 C.c.) (216), y además con “plenas facultades, salvo que el Juez, cuando lo considere de interés para la familia, y previa información sumaria, establezca cautelas o limitaciones” (art. 1.398, pfo. *in fine*, C.c.) (217).

Es decir, con arreglo a las normas previsoras en este punto, la incapacitación sobrevinida de uno de los cónyuges no supone un obstáculo insalvable respecto a la posible continuidad de los gananciales y, en realidad, cualquier posible cambio de régimen económico en capitulaciones por el hecho apuntado conduce a una situación del todo semejante,

---

(216) El precepto incurre a mi juicio en una reduplicación inoportuna, pues la tutela y la representación legal se corresponden biunívocamente.

(217) Ahora bien, “en todo caso para realizar actos de disposición sobre inmuebles, establecimientos mercantiles, objetos preciosos, o valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente, necesitará autorización judicial” (art. 1.389, pfo. 2 C.c.).

Es de señalar que, sin embargo, teniendo en cuenta la normal vigencia de la curatela, esto se hace discutible, al menos en orden a la imprescindible autorización judicial, porque con arreglo al artículo 290 C.c. dicha institución de guarda, en defecto de posibles especificaciones judiciales, extiende su ámbito “a los mismos actos en que los tutores necesitan, según este Código, autorización judicial”, uno de cuyos supuestos resulta el descrito precisamente por el artículo 1.389, pfo. 2 C.c. (cfr. art. 271. 2.º C.c.). En suma, cabe concluir que cuanto establece la segunda parte del artículo 1.389 C.c. tiene aplicación estricta si se trata de uno de los supuestos previstos en el artículo 1.387 C.c., máxime por la reiteración en que incurre con el artículo 271. 2.º C.c., mientras los casos de curatela (implícitos en el artículo 1.388 C.c.) se resuelven de distinta manera merced al juego combinado de los artículos 290 y 271. 2.º del Código, pues resulta sin sentido establecer las facultades del curador de los incapaces como sustitución de las autorizaciones judiciales de los tutores, y exigir reiterativamente intervención judicial en estas hipótesis.

pues si a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.393. 1.º *in initio* del Código civil se solicita la conclusión de los gananciales, optando por el sistema de separación o de participación, no por eso decae, mientras la convivencia matrimonial persista, la tutela por el otro cónyuge (cfr. art. 234. 1.º C.c.), y entonces también corresponderá *ministerio legis* al esposo representante la gestión y administración del patrimonio de su consorte incapacitado (cfr. art. 270 C.c., frente a la regla ordinaria de los arts. 1.412 y 1.437 C.c.).

Sin embargo, no debe desecharse de antemano la posibilidad práctica de que la tutela exista, si bien acaso con un alcance limitado, al menos en el tiempo (hasta la posible resolución judicial modificadora de una primitiva sentencia de rigurosa incapacitación). En tales supuestos tampoco existe dificultad apreciable, porque, aun cuando “el tutor es el representante legal del menor o incapacitado” (art. 267 C.c.), la misma norma exceptúa los “actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación”, lo que a los presentes efectos trae consigo el posible otorgamiento de capitulaciones por el incapaz apto para el matrimonio con el auxilio previsto en el artículo 1.330 C.c., ostentado por el tutor si fuera el caso.

Cuando tal cosa suceda, deben aplicarse las pautas anteriormente previstas en cuanto al ejercicio del cargo, si éste fuera de composición uni o pluripersonal (218).

### c') Otros

Junto a las hipótesis descritas acerca de las personas llamadas a prestar su asistencia en orden a las capitulaciones matrimoniales del incapacitado, existen otras circunstancias residuales, pero que también deben tenerse presentes.

El primer término, y como asimismo sucedía en cuanto al artículo 1.329 C.c. (219), el juez puede asistir directamente al incapacitado en distintos casos. El más notorio supone la discrepancia insalvable de los tutores, si son varios, para conceder su aquiescencia respecto de las pretendidas capitulaciones, porque “a falta de tal acuerdo, el Juez, después de oír a los tutores y al tutelado si tuviere suficiente juicio, resolverá sin ulterior recurso lo que estime conveniente” (art. 237 C.c., norma según creo de igual modo aplicable a los curadores por analogía).

Desde otro punto de vista, también podría pensarse que cuenta con atribuciones directas el juez si se hace menester el auxilio a los efectos de suscribir capitulaciones matrimoniales por un sujeto incurso en un procedimiento de incapacitación, pues a él compete “a instancia de parte o de oficio, adoptar las medidas que estime necesarias para la ade-

---

(218) Cfr. *supra*, B. II. c. 1. b'.

(219) Cfr. *supra*, B. II. c. 1. c'.

cuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio” (art. 209 C.c.). Sin embargo, este indicio no es definitivo y debe relacionarse con lo dispuesto en el artículo 299 bis C.c., por cuanto esta norma establece para idéntico supuesto fáctico que “asumirá su representación y defensa el Ministerio Fiscal”, e incluso, “cuando además del cuidado de la persona hubiera de procederse al de los bienes, el Juez podrá designar un administrador de los mismos, quien debe rendirle cuentas de su gestión una vez concluida”. En suma, no se hace del todo fácil integrar ambas disposiciones, aunque la flexibilidad —y en ocasiones confusiónismo— con que se trata la materia permitiría la intervención directa del Juez, del Ministerio Fiscal en cuanto defensor judicial —cfr. capítulo IV, título X, del libro I del Código civil— o del representante, pero haciendo más arriesgada la simple asistencia del administrador de los bienes designado por el Juez, por las implicaciones que puede tener un hecho de la relevancia del presente, sin perjuicio de su carácter económico.

En cuanto a otros cargos que pueden asistir a los incapacitados en la esfera del artículo 1.330 C.c., tiene un relativo interés la figura del defensor judicial. Este recibe por cometido fundamental la representación y el amparo de los incapaces si existe conflicto de intereses para cierto asunto con su representante legal o curador, o bien si “por cualquier causa, el tutor o el curador no desempeñare sus funciones, hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo” (art. 299 C.c.). A los efectos de las capitulaciones matrimoniales parece difícil que concurra un auténtico conflicto de intereses entre incapaz y asistente (220), aunque tal cosa es posible si aquél desea incluir alguna cláusula en beneficio de su cónyuge o prometido que no agrade a éstos, fundando su negativa respecto del mismo acto (221); con todo, la circunstancia de interinidad en el cargo tal vez entre más en juego, y permita una solución eficaz, que incluso adelante los acontecimientos hasta el definitivo reemplazo del tutor o curador no ejerciente.

Por último, tampoco cabe olvidar ciertos supuestos donde se impone la intervención de otras personas ajenas a las funciones tutelares, pero impuestas por quien disponga de bienes a título gratuito en favor de un incapacitado, pues aquél “podrá establecer las reglas de administración de los mismos y designar a la persona o personas que hayan de ejercitarla” (art. 227 C.c.). Evidentemente, si el incapaz pretende disponer de tales bienes en las capitulaciones matrimoniales mediante donación antenupcial, aunque se refiera el precepto al control de la simple

---

(220) Obsérvese que con arreglo al artículo 244. 4.º C.c. es causa de inhabilidad para ser de tutor, y también de curador (cfr. art. 291 C.c.), “los que tuvieren importantes conflictos de intereses con el (...) incapacitado”, pese a la importante salvedad del artículo 246 C.c.

(221) Así, por ejemplo, una donación de bienes futuros para el caso de muerte, prevista en el artículo 1.341, pfo. 2 C.c.

administración, las personas designadas deben intervenir a estos exclusivos fines (222).

### 3. Alcance y sentido de la referencia sobre las autorizaciones del consejo de familia

El artículo 1.330 C.c. que vengo analizando, manifiesta en el tenor literal su origen previo a la modificación de la tutela, refiriéndose al consejo de familia hoy extinguido. En concreto, exige además de las asistencias previstas, autorización “en su caso” del consejo de familia. No es sencillo conocer el real alcance de dichos términos en el estado presente de cosas, y creo que debe desentrañarse a partir de las atribuciones conferidas por entonces a tal órgano.

La doctrina entiende que las expresiones han de interpretarse de la siguiente manera: “en su caso” alude implícitamente a lo decidido en la sentencia de incapacitación (223), o si las capitulaciones hacían la intervención del consejo de familia preceptiva (224); y el beneplácito del consejo de familia se sustituye ahora por la licencia judicial para dicho acto, al sustituirse con carácter general las anteriores facultades del órgano por la intervención del juez (225).

Respecto a lo segundo, la conclusión se obtiene de un simple cotejo del primitivo artículo 269 C.c. —donde se recogían los actos para los cuales “el tutor necesita autorización del consejo de familia”— y los actuales artículos 271 y 272 C.c., tras su reforma (226). Sin embargo, aparte de modificaciones justificadas por las nuevas circunstancias socia-

---

(222) Baste recordar que si el régimen legal concurre por cualquier causa, “la administración y disposición de los bienes de la sociedad de gananciales se transferirá por ministerio de la ley al cónyuge que sea tutor o representante legal de su consorte” (art. 1.387 C.c.). Es decir, las donaciones por razón de matrimonio, acompañadas de un determinado sistema económico-conyugal, incluso impuesto por el ordenamiento, también afectan a la disciplina futura de la gestión de los bienes por aquél título transmitidos, lo que puede crear un conflicto con las cautelas establecidas en un principio por quien los entregó lucrativamente para el incapaz.

(223) AMORÓS, *op. y loc. cit.*, p. 1.553 (cita como ejemplos los artículos 218 y 221 de la versión originaria del Código civil, para las sentencias de sordomudez y prodigalidad); DE LOS MOZOS, *op. y loc. cit.*, p. 220; y CASTÁN, *op. cit.*, p. 320.

(224) Es decir, en los supuestos de tutela, no en los de patria potestad prorrogada: cfr. PEÑA *op. cit.*, pp. 194 y 195; LETE, *op. y loc. cit.*, p. 412; Díez PICAZO-GULLÓN, *op. cit.*, p. 164; LACRUZ-SANCHO, *o. cit.*, p. 334; MOREU *op. y loc. cit.*, p. 699; y AMORÓS, *op. y loc. cit.*, p. 1.554.

(225) Cfr. CASTÁN, *op. cit.*, p. 320; PEÑA, *op. cit.*, p. 195; Díez PICAZO-GULLÓN, *op. cit.*, p. 164; ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 138; PUIG BRUTAU, *op. cit.*, p. 116; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 345; AMORÓS, *op. y loc. cit.*, p. 1.554; y DE LOS MOZOS, *op. y loc. cit.*, p. 220.

(226) En cuanto al artículo 272, 6.º y 7.º C.c. se hace absurda repetición sobre las autorizaciones judiciales.

les (227), las cosas no se han alterado en el fondo, y, según creo, persiste la duda en cuanto a “celebrar contratos o realizar actos susceptibles de inscripción” (art. 271. 2.º *in fine*, y cfr. art. 269. 5.º *in fine*, de las respectivas versiones del Código civil) (228), que requieren, además de las actividades representativas propias del tutor —o, si procede, asistencia del curador—, autorización judicial.

En efecto, conforme al artículo 1.333 C.c., “en toda inscripción de matrimonio en el Registro Civil se hará mención, en su caso, de las capitulaciones matrimoniales que se hubieren otorgado, así como de los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico del matrimonio. Si aquellas afectaren a inmuebles, se tomará razón en el Registro de la Propiedad, en la forma y a los efectos previstos en la ley Hipotecaria”; es decir, las capitulaciones son un contrato sujeto a inscripción (229), e incluso puede contener otros actos que también lo sean (230), luego siempre se haría precisa la venia de juez.

Con todo, no creo que fuera ésta la voluntad del legislador, por cuanto la expresión “en su caso” reduce de algún modo las intervenciones del juez (en sustitución del consejo de familia), y de lo contrario se hubiera dicho *expressis verbis* en el mismo precepto. En este sentido, tampoco me seduce la idea de que sea sólo aplicable a los cargos tutelares

(227) Así, por ejemplo, la supresión de los números 1.º 2.º 4.º 6.º y 8.º del antiguo artículo 269 C.c., y la novedad del número 4.º del vigente artículo 272 C.c.

(228) Cfr. MOREU, *op. y loc. cit.* p. 699; y LETE, *op. y loc. cit.*, p. 412.

(229) El régimen de la publicidad jurídica de las capitulaciones matrimoniales es realmente compleja, y puede sintetizarse a grandes rasgos de la siguiente manera:

— Registro Civil: pese a los dictados del artículo 1.333 C.c. (ley de 13 de mayo de 1981), las menciones sobre régimen económico producto de aquéllas resultan por lo común voluntarias y a instancia de parte, como establecen los artículos 77 L.R.C. (“podrá hacerse indicación”), y 266 R.R.C. (con arreglo a su reforma por Real Decreto de 29 de agosto de 1986, “sólo se extenderán a petición del interesado”). Asimismo, el carácter del asiento de mención o indicación queda todavía sin definir claramente.

— Registro Hipotecario: conforme al artículo 75 R.H. (proviene del Real Decreto de 12 de noviembre de 1982), “serán inscribibles en el Registro de la Propiedad las capitulaciones matrimoniales en cuanto contengan respecto a bienes inmuebles o derechos reales determinados, alguno de los actos a que se refieren los artículos 2 de la Ley y 7 de este Reglamento”. En suma, mientras “se declare, constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga el dominio o los derechos reales... y cualquier otro acto o contrato de trascendencia real” (art. 7 R.H.), son inscribibles las capitulaciones matrimoniales, como es lógico a instancia de parte y de forma voluntaria (cfr. arts. 6 L.H., y 39 y 40 R.H.).

— Registro Mercantil: a tenor del Real Decreto de 29 de diciembre de 1989, “en la hoja abierta a cada empresario individual se inscribirán: (...) 6.º Las capitulaciones matrimoniales” (art. 87 R.R.M.), pero a instancia de parte —ya sea el empresario, ya su cónyuge a “los efectos de los artículos 6 a 10 del Código de Comercio” (art. 88 R.R.M.)— y voluntariamente.

Por último, la mención en el Registro Civil condiciona las demás inscripciones en los Registros de la Propiedad y Mercantil, pues según el artículo 266 R.R.C. “de no acreditarse se suspenderá la inscripción por defecto subsanable”.

(230) *V. gr.*, las donaciones por razón de matrimonio que contengan sobre inmuebles.

y no al ejercicio de la patria potestad prorrogada, pues ya se adujo el carácter excepcional de aquéllos si puede mediar ésta (cfr. art. 171 C.c.); de otra parte, parece que los curadores no están sometidos a dicho requisito complementario, pese a constituir la hipótesis básica en este orden de cuestiones, porque cuando “la sentencia de incapacitación no hubiese especificado los actos en que deba ser necesaria la intervención del curador, se entenderá que ésta se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan, según este Código, autorización judicial” (art. 290 C.c.), y, entonces, sería ilógico exigir licencia judicial sobreañadida (231). Por último, tampoco termina de convencer su relación con posibles contenidos al respecto de la sentencia de incapacitación, porque tal cosa resulta más teórica que práctica, y en los hechos, al menos por el momento, difícilmente se producirá.

En suma, se hace menester una interpretación correctora del aserto, lo que, a mi juicio, pasa por darle un alcance que pudiera parecer a primera vista forzado. A tal efecto, conviene distinguir dos perspectivas fundamentales: la primera es objetiva, y parte de la materia en que versen las capitulaciones, mientras la segunda tiene un carácter marcadamente subjetivo.

Las capitulaciones no requieren de suyo permiso judicial por razón del instrumento (forma), sino de su contenido (fondo); así, cuando éstas engloben algún acto autónomamente inscribible respecto del Registro de la Propiedad o el Mercantil, se precisa la licencia del juez. Ello se desprende del contexto en que se hallan enmarcados los términos “actos susceptibles de inscripción”, pues acompañan a menciones como “enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales” (art. 271. 2.º C.c.) (232), sin perjuicio de que después de la reforma del Reglamento del Registro Civil, ello traiga consigo la previa indicación en éste (cfr. art. 266 R.R.C., modificado por el R. Dto. de 29 de agosto de 1986).

Asimismo, desde un punto de vista subjetivo, considero aplicable la intervención judicial si se aprecia conflicto de intereses o injustificada negativa del llamado a conceder su asistencia, por cuanto la redacción del artículo 1.330 C.c. parece indicar que será precisamente autorizado el incapaz, y no su representante legal, pese a que sólo a éste afectaba en principio las autorizaciones suplementarias del consejo de familia (cfr. art. 269 C.c. en su versión primitiva), como también ahora sucede por lo común con el juez (cfr. arts. 271 y 272 C.c.) (233).

---

(231) Cfr. MOREU, *op. y loc. cit.*, p. 699; y, en contra, por los artículos 289 y 290 C.c., PUIG BRUTAU, *op. cit.*, p. 116.

(232) Más tajantes incluso eran las expresiones del antiguo artículo 269. 5.º C.c.: “enajenar o gravar bienes”.

(233) Estima DE LOS MOZOS, por el contrario que autorización no significa ni entraña consentimiento acerca del acto, sino del auxilio de los tutores (cfr. *op. y loc. cit.*, p. 220).



## b) Contenido

A diferencia de cuanto establece respecto a los menores, el Código civil no explica el contenido que deba darse al auxilio recabado por el incapaz para suscribir eficazmente capitulaciones matrimoniales. El hecho tal vez traiga causa de la identidad de razón en ambos preceptos apreciable, por eso la doctrina conviene a la hora de asignar el mismo alcance del auxilio en uno y otro caso (234), máxime cuando el antiguo artículo 1.323 C.c. hablaba de “asistencia y concurso”.

Así pues, serán de aplicación en este punto los criterios generales expuestos en cuanto a las capitulaciones otorgadas por el menor, y el sentido de las asistencias establecidas en este orden de cuestiones por el Código civil (235).

Sin embargo, en la materia se introduce a mi juicio un elemento nuevo respecto a las capitulaciones del menor. Me refiero a la posible negativa injustificada o injustificable por quien está llamado a prestar su asistencia. El hecho no tenía excesiva gravedad en cuanto a los menores al poder alcanzar éstos con prontitud su emancipación, pero para los incapaces puede tener consecuencias profundamente negativas, porque obstaculizan en principio indefinidamente su propósito. En su remedio, *prima facie*, cabe acudir al juez en recurso, alegando la incompatibilidad de intereses a que puede responder el comportamiento del llamado a prestar el auxilio que niega, sustituyéndose por un defensor judicial si tal cosa se aprecia, salvo que los padres hayan establecido un órgano “de fiscalización de la tutela” (art. 223 C.c.), pues a éste, por lógica conclusión del artículo 224 C.c., corresponde dirimir los conflictos como el presente.

Ahora bien, analizadas las cosas en la práctica, se disminuyen los impedimentos, porque si tal cosa sucede antes de contraer matrimonio, como éste produce de ordinario la entrada del otro cónyuge al ejercicio del cargo tutelar oportuno (cfr. art. 234. 1.º C.c.), existiendo acuerdo entre los futuros esposos la dificultad quedará salvada con la celebración, excepto en lo relativo a las posibles donaciones por razón de matrimonio, dado su carácter necesariamente antenupcial (cfr. art. 1.336 C.c.). Tratándose de capitulaciones intentadas después del matrimonio, se aúnan dos elementos distintos del fenómeno: de un lado, constituye un negocio, y, por tanto, sólo cabe pactarse mediante acuerdo de ambos esposos, con lo que mientras el capaz no lo desee tampoco pueden establecerse las capitulaciones, y de otro, ello sucede con independencia del cargo tutelar que ostente sobre la persona del incapacitado, es decir, su negativa es absolutamente discrecional. Con todo, se plantean los aspectos

---

(234) Cfr. CASTÁN, *op. cit.*, p. 320; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 343; AMORÓS, *op. loc. cit.*, p. 1.554; ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 138; LETE, *op. y loc. cit.*, p. 412; PEÑA, *op. cit.*, p. 194; y Díez PICAZO-GULLÓN, *op. cit.*, p. 164.

(235) Cfr. *supra*, B. II. c. 2.

tos más oscuros, si la guarda del cónyuge no vige —así en la separación de mero hecho (cfr. art. 234. 1.º C.c., *a contrario*)— y se pretende otorgar capitulaciones (236), impedidas sin motivo aparente por quien debe prestar al cónyuge incapaz su asistencia.

Por último, la posible incapacidad de ambos cónyuges o prometidos complica las cosas, porque deben intervenir en tales condiciones los representantes legales de ambos.

### c) Excepciones

Otra de las diferencias significativas entre las distintas asistencias previstas en el Código civil para el otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales en el caso de menores y de los incapaces, es que para estos últimos no hay establecidas en la literalidad el artículo 1.330 C.c. ninguna excepción, a diferencia de lo ya comentado en cuanto a los primeros (237). El asunto no deja de constituir una ventaja por las dificultades a que conducía una regla tan oscura e ilógica como la indicada (238).

En consecuencia, cuando los incapaces puedan contraer matrimonio, y lo celebren sin otorgar capitulaciones matrimoniales, estarán sometidos al régimen de sociedad legal de gananciales (cfr. art. 1.345 C.c.), pero su disciplina se sujeta de otro lado a normas específicas. En efecto, dependiendo de la limitación de uno de los esposos, existen especialidades acerca de la gestión de la comunidad; de suerte que si, como resulta de ordinario, alcanza los aspectos patrimoniales *in genere*, “la administración y disposición de los bienes de la sociedad de gananciales se transferirá por ministerio de la ley al cónyuge que sea tutor o representante legal de su consorte” (art. 1.387 C.c.) (239), aunque “para realizar actos de disposición sobre inmuebles, establecimientos mercantiles, objetos preciosos o valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente, necesitará autorización judicial” (art. 1.389, pfo. 2 C.c.). Sin embargo, todo depende de la sentencia de incapacitación, que puede reconocer al interesado ciertas facultades que hagan innecesaria la transferencia *ministerio legis* de la gestión de los gananciales al otro cónyuge, luego hay que analizar *ad casum* las circunstancias, máxime cuan-

---

(236) Esto sirve para excluir el común régimen de gananciales ante una crisis conyugal, que puede además traer causa en la incapacitación de uno de los esposos.

A tales efectos, es irrelevante su posible carácter modificativo de anteriores capitulaciones, salvo que resulte de aplicación lo dispuesto en el artículo 1.331 C.c., a cuyo tenor estima GARCÍA CANTERO que los llamados a prestar su asistencia también deben intervenir en las modificaciones de los pactos capitulares (cfr. en CASTÁN, *op. cit.*, p. 321), si bien expuse a su momento mi opinión contraria (cfr. *supra*, nt. 60).

(237) Cfr. LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 345; y AMORÓS, *op. y loc. cit.*, p. 1.554.

(238) Cfr. *supra*, B. II. d.

(239) El curador no es ninguna de ambas cosas (cfr. arts. 287 y 289 C.c.), pero le son aplicables tales extremos por analogía en el supuesto ahora estudiado.

do, tratándose normalmente de curatela nuestra hipótesis, se hace posible la disposición y administración dual, pues aquella “tiene por objeto la asistencia del curador en los actos que los (...) incapaces no pueden realizar por sí solos” (art. 288 C.c.) (240).

Otorgadas las capitulaciones contra lo establecido en el artículo 1.330 C.c., éstas devienen ineficaces en el sentido luego explicado, y sin perjuicio de la inafección a terceros de buena fe (cfr. art. 1.335 c.c.) (241), rige “la sociedad de gananciales” (art. 1.316 c.c.), con idénticas consecuencias al caso anterior.

Cabe preguntarse, *de lege ferenda*, si no hubiera sido mejor prever para este supuesto un régimen de separación, pues en gananciales el cónyuge capaz es gestor por ministerio de la ley de los bienes comunes y también de los bienes del incapacitado, lo que puede comportar cierta confusión de patrimonios; en cambio, el régimen de separación permite al menos distinguir plenamente las masas, permitiendo una gestión más transparente del patrimonio de su representado (242).

### III. LA INEFICACIA DE LAS CAPITULACIONES OTORGADAS SIN LAS ASISTENCIAS PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 1.330 C.C.

No obstante la posible aplicación en esta materia —salvadas las naturales distancias que separan ambas— de cuanto se dijo a propósito de las capitulaciones otorgadas por el menor sin el complemento previsto a tal efecto en el artículo 1.329 C.c. (243), este último epígrafe se dirige a establecer algunas matizaciones al respecto.

Las capitulaciones otorgadas por el incapaz o aquellas otras personas sometidas al contenido del art. 1.330 C.c., ignorando los requisitos complementarios establecidos, son inválidas. El alcance de la ineficacia se aprecia en esta hipótesis con la misma nitidez que la establecida para el caso de los menores (244), máxime cuando la ordinaria vigencia de

---

(240) DE LOS MOZOS, se pregunta porqué negar a los pródigos estas facultades, poniendo en duda la transferencia que se predica en favor de su cónyuge para este caso; pero, según creo, precisamente la declaración de prodigalidad persigue conceder garantías económicas a quienes pueden recibirlas en virtud de las prestaciones alimenticias debidas por una persona, o a su cónyuge, ante los actos de despilfarro en que incurra el posible obligado (cfr. art. 294 C.c.); y, por consiguiente, parece razonable traspasar las atribuciones de administración y disposición del patrimonio común en estas circunstancias, máxime cuando el hecho no trae consigo la disolución automática del régimen, aunque sea una causa implícita en los números 2.º y 4.º del artículo 1.393 C.c., como supuesto que permite al cónyuge afectado solicitarla.

(241) En realidad a sus derechos adquiridos de buena fe.

(242) Cfr. LETE, *op. y loc. cit.*, p. 413.

(243) Cfr. *supra*, B. II. c. 3, en sus distintas subdivisiones. Así, por ejemplo, lo relativo a la posible confirmación del acto anulable (cfr. DE LOS MOZOS, *op. y loc. cit.*, p. 221).

(244) Cfr. DE LOS MOZOS, *op. y loc. cit.*, p. 221; AMORÓS, *op. y loc. cit.*, p. 1.554; CASTÁN, *op. cit.*, p. 320; y PEÑA, *op. cit.*, p. 194.

la curatela como institución tutelar *ad hoc* trae a coalición lo previsto en el artículo 293 C.c.: “los actos jurídicos realizados sin la intervención del curador, cuando ésta sea preceptiva, serán anulables a instancia del propio curador o de la persona sujeta a curatela, de acuerdo con los artículos 1.301 y siguientes de este Código”.

Con todo, la Sentencia de 14 de febrero de 1986, resulta un tanto ambigua, pues declara “que cualquiera que fuere el criterio que se sostuviere sobre si el acto realizado por el incapacitado por prodigalidad es nulo *ipso iure*, o meramente anulable, lo cierto es que, en todo caso, siempre habría que llegar a la solución desestimatoria de tal pretensión de eficacia de las relacionadas capitulaciones matrimoniales, pues de apreciarse situación de nulidad *ipso iure* o radical, bastaría apreciar la desestimación de su validez y eficacia pretendida, y de entenderse situación de anulabilidad esta sería consecuencia de que al oponerse la demandada y por su derivación la ahora recurrente, se daría la situación de reclamación legítima de anulabilidad del referido acto viciado”. Ahora bien, esta consideración de netos caracteres de *obiter dicta* tampoco implica ninguna dificultad respecto a lo anteriormente concluido (245).

La propia norma transcrita se ocupa de las personas legitimadas para el ejercicio de las pertinentes acciones impugnatorias de los pactos ca-

---

(245) Ello aparte, no debe olvidarse que la circunstancia del pródigo constituye sin duda un caso con ciertos ribetes de peculiaridad, porque resulta curioso que quien dilapida su patrimonio sin justificación, pero con suficiente consciencia volitiva de sus actos, pueda más tarde impedir sus efectos mediante acciones impugnatorias, en virtud de una circunstancia limitativa de su capacidad tendente sobre todo, no a la posible afección de terceros, sino a la salvaguarda de las necesarias garantías de quienes pueden llegado un momento requerir asistencia económica debida por el disponente.

Esta observación da pie para comentar algunas circunstancias paradójicas en cuanto a la posible impugnabilidad de ciertos actos en virtud de la incapacidad de los sujetos intervinientes, así, por ejemplo, del menor. Es realmente llamativo que un sujeto de 17 años pueda por el simple transcurso de algunos meses atacar la eficacia de determinados actos por él mismo suscritos, de ordinario con plena consciencia, gracias a la simple circunstancia de que acaso en el plazo de cuatro años (cfr. art. 1.301 C.c., por no detenerme ahora en otros regímenes, como el foral navarro que pretenden para dichos actos la suprema sanción de nulidad absoluta: cfr. ley 19 F.N.) ya no le convenga; es evidente que tales hechos no se ajustan a la vigente consciencia social, y chocan con una estructura del tráfico jurídico anónima y de grandes números, si bien es cierto que buscar alternativas no resulta fácil, pues habría de atenderse a un insano casuismo, en detrimento mayor de la seguridad jurídica.

Con todo, parece que las reformas del Código civil van acogiendo tendencias más modernas en este punto, aunque su traducción práctica sea impreceptible. Me refiero al artículo 162 C.c. (y su relativo paralelo en tutela: cfr. art. 267 C.c.) que separa de la representación legal de los hijos aquellos actos que “con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo”, y a la progresiva capacidad de obrar contemplada por el ordenamiento para los menores a partir de los 14 años (así, el matrimonio —art. 48, pto. 2 C.c., ex Ley de 7 de julio de 1981—; la emancipación —art. 316 C.c., ex Ley de 13 de mayo de 1981—; opciones de vecindad —art. 14.3, pto. 4 C.c., ex Ley de 15 de octubre de 1990— y nacionalidad —art. 20.2 C.c., ex Ley de 17 de diciembre de 1990—, etc.

pitulares suscritos por los incapaces sometidos a lo prevenido en el artículo 1.330 C.c., de suerte que serán los propios otorgantes y sus “representantes legales” llamados en el precepto a prestar su asistencia fallida en el acto. Se plantea, sin embargo, una relativa dificultad, porque, de acuerdo a lo que se adujo en su momento, estos últimos actúan en auténtica representación de aquéllos, que, de otra parte, no pueden interponer acción alguna mientras no salgan de la tutela (cfr. art. 1.301 C.c.); ahora bien, tratándose de los curadores, como el mismo artículo 293 C.c. contempla, ello se complica en un doble sentido: porque los curadores no tienen, estrictamente hablando, representación legal de los sometidos a su guarda, y, desde otro punto de vista complementario, este tipo de incapaces sí pueden impugnar —“en atención a su grado de discernimiento” (art. 187 *in fine* C.c.)— los actos en que infringieron inadvertidamente las debidas asistencias de su curador. Estas dificultades teóricas se salvan en la práctica precisamente gracias a las habilitaciones que se hacen al respecto en el propio artículo.

## BIBLIOGRAFIA

ALBALADEJO GARCIA, *Curso de Derecho civil, IV, Derecho de Familia*, Barcelona, 1989 (también se citan ediciones anteriores).

AMOROS GUARDIOLA, *Artículo 1.329 y Artículo 1.330 del Código Civil*, en “Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia”, II, Madrid, 1984.

ARECHEDERRA ARANZADI, *El consentimiento matrimonial*, Pamplona, 1989.

BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, *La incapacitación de personas afectadas por enfermedades mentales*, en “Poder Judicial”, 3, 1986.

BOIX-ORTS-VIVES, *La reforma penal de 1989*, Valencia, 1989.

BUSNELLI, *Convenzione matrimoniale*, en “Enciclopedia dei Diritto”, X, Milano, 1962.

CANO TELLO, *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines*, Madrid, 1984.

CASTAN TOBEÑAS, *Derecho Civil español, común y foral, V, Derecho de Familia, 1, Relaciones conyugales* (revisada y puesta al día por GARCIA CANTERO y CASTAN VAZQUEZ), Madrid, 1987 (también se citan ediciones anteriores).

COBACHO GOMEZ, *Las capitulaciones matrimoniales otorgadas por el menor*, en “Anuari de la Facultat de Dret. Estudi General de Lleida”, 1984.

DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, II, Madrid, 1952.

DE LOS MOZOS, *Artículo 1.318 C.c.*, en “Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales” (dirigidos por ALBALADEJO), XVIII, 1, Madrid, 1978; y *Artículo 1.329 C.c.*, en *ibidem*, XVIII, 1, Madrid, 1982.

DE PRADA, *La patria potestad tras la reforma del Código civil*, en “Anales de la Academia Matritense del Notariado”, XXV, Madrid, 1982.

DIAZ ALABART, *Modificabilidad del régimen de separación de bienes impuesto por la ley a los esposos que se casaron contraviniendo las prohibiciones del artículo 45 de Código civil*, en “Homenaje al Profesor Battlle”, Madrid, 1978.

DIEZ DEL CORRAL, *La nueva regulación del matrimonio en el Código ci-*

vil, en "Reformas del Código civil por las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981", Madrid, 1983.

DIEZ PICAZO, *Notas sobre la reforma del Código civil en materia de patria potestad*, en "Anuario de Derecho civil", 1982.

*Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, I, Madrid, 1976.

DIEZ PICAZO-GULLON BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, IV, *Derecho de Familia y Sucesiones*, Madrid, 1989.

DURAN RIVACOBIA, *La inscripción en el Registro civil del matrimonio canónico*, Madrid, 1988.

*El expediente civil previo a la celebración del matrimonio en la reforma del Reglamento del Registro Civil*, en "Actualidad Civil", 1989.

GARCIA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Zaragoza (reimpresión), 1974.

GETE ALONSO, *Emancipación y matrimonio*, en "Revista de Derecho Privado", 1985.

GONZALEZ PORRAS, *La menor edad después de la Constitución y de la reforma del Código civil*, en "Revista de Derecho Privado", 1984.

HAUSER-HUET-WEILLER, D., *La Famille (Fondation et vie de la famille)*, en "Traité de Droit Civil" (sous la direction de GHESTIN), Paris, 1989.

LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil*, IV, *Derecho de familia*, 2, Barcelona, 1989.

LETE DEL RÍO, *Sujetos de las capitulaciones matrimoniales*, en "Anuario de Derecho Civil", 1983.

En "Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales" (dirigidos por ALBALADEJO), IV, Madrid, 1985.

LLOPIS GINER, *La capacidad del menor para otorgar capitulaciones (comentario al artículo 1.329 del Código civil)*, en "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", 1988.

MOREU BALLONGA, *Artículo 27 de la Compilación Aragonesa*, en "Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón (dirigidos por LACRUZ)", I, Zaragoza, 1988.

MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial. Apéndice*, Valencia, 1989.

NAGORE YARNOZ, *Doctrina actual sobre capitulaciones matrimoniales en Derecho Común y Foral*, en "Estudios de Derecho Civil en Honor al Profesor Castán Tobeñas", IV, Pamplona, 1969.

*Comentarios al Fuero Nuevo de Navarra*, en "Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales" (dirigidos por ALBALADEJO), XXXVI-1.º, Madrid, 1990.

NUÑEZ BOLUDA, *Efectos del matrimonio que significan ampliación de capacidad y son comunes a ambos cónyuges*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 1978.

OSSORIO SERRANO, *La prodigalidad*, Madrid, 1987.

PEÑA BERNALDO DE QUIROS, *El concurso de las personas designadas en el artículo 1.316 en el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales. Ley aplicable al régimen económico matrimonial de española con extranjero (Notas a la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1955)*, en "Anuario de Derecho Civil", 1956.

*Derecho de Familia*, Madrid, 1989.

PEREZ ALVAREZ, *La nueva adopción*, Madrid, 1989.

PEREZ DE CASTRO, *El menor emancipado*, Madrid, 1988.

PEREZ PASCUAL, *La menor edad en el matrimonio*, en "Anuario de Derecho Civil", 1984.

PERLINGIERI, *Codice Civile anotato*, I, Torino, 1981.

PLANIOL-RIPERT, *Traité Practique de Droit Civil Français*, VIII, *Les Régimes Matrimoniaux*, Paris, 1957.

PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, IV, Barcelona, 1985.

PUIG SALELLAS, *Artículo 8 de la Compilación Catalana*, en "Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales" (dirigidos por ALBALADEJO), XXVII, 1, Madrid, 1981.

SALVADOR CODERCH, *Artículo 46 del Código civil*, en "Comentarios a las reformas del Derecho de familia", I, Madrid, 1984.

SANCHO REBULLIDA, *Notas sobre la tutela para el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales de los presuntos incapacitados*, en "Estudios de Derecho Civil", I, Pamplona, 1978.

*Tutela e instituciones afines*, en "El nuevo régimen de la familia", III, Madrid, 1984.

SEISDEDOS MUIÑO, *La patria potestad dual*, Bilbao, 1988.

SERRANO GOMEZ, en RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, Madrid, 1989.

TEDESCHI, *Il regime patrimoniale de la famiglia*, en "Trattato di Diritto Civile" (a cura di VASSALLI), III, 1, 2, Torino, 1963.

TORRES ESCAMEZ, *Algunos problemas de las capitulaciones matrimoniales y la liquidación de la sociedad legal de gananciales*, en "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", 1978.

TORRES Y FRANCO, *Las capitulaciones matrimoniales*, en "Boletín de Información de Ministerio de Justicia", n.º 105, 1975.

VAZQUEZ IRUZUBIETA, *Régimen económico del matrimonio*, Madrid, 1982.

## INDICE DE JURISPRUDENCIA

- Sentencia de 6 de abril de 1892
- Sentencia de 17 de febrero de 1909
- Sentencia de 17 de marzo de 1910
- Sentencia de 9 de julio de 1911
- Sentencia de 10 de junio de 1913
- Sentencia de 30 de enero de 1914
- Sentencia de 9 de julio de 1916
- Sentencia de 23 de marzo de 1926
- Sentencia de 13 de mayo de 1927
- Sentencia de 7 de noviembre de 1940
- Sentencia de 27 de junio de 1941
- Sentencia de 13 de octubre de 1952
- Sentencia de 20 de diciembre de 1952
- Sentencia de 15 de octubre de 1953
- Sentencia de 1 de julio de 1955
- Sentencia de 13 de febrero de 1960
- Sentencia de 21 de mayo de 1960
- Sentencia de 20 de noviembre de 1961

Sentencia de 20 de mayo de 1965  
Sentencia de 3 de junio de 1966  
Sentencia de 6 de febrero de 1968  
Sentencia de 8 de abril de 1975  
Sentencia de 30 de junio de 1978  
Sentencia de 7 de julio de 1978  
Sentencia de 14 de julio de 1982  
Sentencia de 7 de octubre de 1982  
Sentencia de 15 de febrero de 1983  
Sentencia de 13 de mayo de 1983  
Sentencia de 28 de octubre de 1983  
Sentencia de 23 de noviembre de 1983  
Sentencia de 24 de febrero de 1984  
Sentencia de 3 de julio de 1984  
Sentencia de 11 de febrero de 1985  
Sentencia de 12 de junio de 1985  
Sentencia de 10 de febrero de 1986  
Sentencia de 14 de febrero de 1986  
Sentencia de 15 de febrero de 1986  
Sentencia de 17 de febrero de 1986  
Sentencia de 23 de julio de 1987  
Sentencia de 11 de febrero de 1988  
Sentencia de 7 de enero de 1989  
Sentencia de 20 de febrero de 1989  
Sentencia de 18 de septiembre de 1989  
Sentencia de 28 de noviembre de 1989

## INDICE DE RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Resolución de 8 de marzo de 1982  
Resolución de 28 de marzo de 1983  
Resolución de 25 de enero de 1985  
Resolución de 11 de marzo de 1985  
Resolución de 28 de marzo de 1985  
Resolución de 11 de mayo de 1985  
Resolución de 12 de junio de 1985  
Resolución de 6 de septiembre de 1985  
Resolución de 1 de diciembre de 1987  
Resolución de 28 de diciembre de 1987  
Resolución de 16 de octubre de 1989





# El condominio naval

Por L. FERNANDO REGLERO CAMPOS

Profesor Titular de Derecho Civil

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo

Universidad de Castilla-La Mancha

**SUMARIO:** I. INTRODUCCION.—II. EVOLUCION DE LA COPROPIEDAD NAVAL: 1. Las primeras formas asociativas. 2. Hacia la Codificación. 3. El tratamiento de la copropiedad naval en el proceso codificador. 4. ¿Cuál es la línea seguida por el Ordenamiento español?—III. LA NATURALEZA JURIDICA DEL CONDOMINIO: 1. Introducción. 2. El dilema Comunidad-Sociedad. 3. La distinción entre comunidad y sociedad. 4. La explotación del buque como factor *sine qua non* para hablar de condominio. 5. ¿Cuál es la posición de la doctrina española? 6. El condominio naval: una institución bidimensional con carta de naturaleza propia.—IV. EL SISTEMA DE LAS MAYORIAS: 1. Fundamento y evolución histórica. 2. El principio de la mayoría en el Código de Comercio. a) Los acuerdos mayoritarios. b) La formación de la mayoría. 3. El principio mayoritario en la constitución de la sociedad.—V. EL NAVIERO GESTOR: 1. Nombramiento y revocación. 2. Capacidad y requisitos registrales. 3. La representación y las facultades del gestor. a) ¿Cuál es el ámbito de esas facultades? b) Las restricciones legales. 4. La gestión *per facta concludentia*.—VI. EL REGIMEN FUNCIONAL DEL CONDOMINIO: 1. La configuración jurídica de los partícipes. A) Las cuotas. Transmisibilidad de las cuotas: a) Los derechos de preferencia. b) ¿Es hipotecable la cuota del copropietario del buque? B) Los derechos y obligaciones de los copropietarios: a) Derechos. b) Deberes y obligaciones.—VII. EL REGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD: 1. ¿Responsabilidad de la sociedad? a) Respecto de las deudas particulares de los socios. b) ¿Puede hablarse de dudas sociales? 2. La responsabilidad de los socios: a) ¿Responsabilidad universal o responsabilidad limitada? a.1) La responsabilidad por los “actos del capitán” y por abordaje. a.2) La responsabilidad por los compromisos contraídos por el naviero-gestor y por los actos del capitán no contenidos en el art. 587. b) ¿Solidaridad o mancomunidad?—VIII. LA EXTINCIÓN DEL CONDOMINIO NAVAL.—IX. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCION

El progresivo desarrollo y consolidación de las modernas sociedades que limitan la responsabilidad de sus socios, detalladamente reguladas por algunos textos positivos de reciente promulgación, ha venido, en opinión de numerosos autores, a dotar a la figura objeto del trabajo que ahora se inicia, de un cierto aspecto cansino y venerable, que acaso parezca la hagan más merecedora de una digna jubilación que de un estudio más o menos pormenorizado de sus seculares mecanismos.

No obstante, esa impresión que hace unos años parecía dominar sin apenas contradicción, ha ido diluyéndose paulatinamente a medida que se advertía la vigencia de un sustrato normativo todavía válido para regular ciertos fenómenos asociativos que no son infrecuentes hoy en el ámbito de la pequeña y mediana explotación naval.

No negaremos ese cierto olor a rancio o esa sensación de inmemorialidad característica de una institución pensada por y para una época en que los fenómenos asociativos se hallaban en una fase primitiva de su evolución, impulsados por el alto coste de los buques y el riesgo siempre inherente a la actividad marítima. Eran factores que empujaban a la incipiente burguesía comercial a unir sus capitales como única vía posible para el acceso a la propiedad de las naves y para lograr una diversificación del riesgo en un tiempo en el que el seguro marítimo era escasamente conocido.

Pero si bien es cierto que son hoy las grandes compañías navieras en forma anónima quienes dominan el tráfico comercial nacional e internacional, no lo es menos que, en un ámbito más reducido, la explotación en común de cierto tipo de naves sigue siendo un fenómeno no desacostumbrado, que se constituye y funciona las más de las veces de forma espontánea, y mediante mecanismos que se alejan sensiblemente de las típicas estructuras de las sociedades regulares. Pensemos, sin ir más lejos, en aquellas comunidades hereditarias cuyo único bien sea un pequeño pesquero, y cuya explotación es continuada en común por los coherederos. Difícilmente habrá pasado por la imaginación de éstos la constitución de una sociedad anónima o de responsabilidad limitada. A nuestro entender, la situación descrita, así como otras similares, son hipótesis que se encuadran claramente, y por tanto regulables, en la normativa recogida en los arts. 575 y 589 y siguientes del C. de Comercio.

Es por ello que, pese a su apariencia arcaica, el condominio naval sigue siendo una figura que posee en la actualidad una indudable dimensión práctica y por tal motivo merecedora de la atención del jurista.

## II. EVOLUCION DE LA COPROPIEDAD NAVAL.

### 1. *Las primeras formas asociativas*

Ya las fuentes romanas se hicieron eco de la existencia de naves que eran explotadas por varias personas (*exercitores*). Hallamos estas referencias en los textos de ULPIANO, GAYO y PAULO, recogidos en la *actio exercitoria* (1), que se ocupaban, singularmente, de arbitrar el régimen de la responsabilidad de los que participaban en común en la explotación de la nave.

Pero los primeros antecedentes en los que se advierten los rasgos característicos del condominio naval debemos buscarlos en las formas asociativas típicas del comercio marítimo medieval. Eran asociaciones gestadas consuetudinariamente y con unas estructuras ciertamente peculiares, muy alejadas de las de la comunidad terrestre (considerada como una situación efímera y poco deseable) y adaptadas a una época en que el florecimiento del comercio hizo del buque el principal vehículo de transporte de mercancías. A este reclamo acudían numerosos pequeños capitalistas, que veían en esta actividad una rentable fuente de inversión de capital, aun cuando para ello no tuviesen otra opción que aunar sus recursos, a lo que les obligaba, además, el alto coste de las naves y la imposibilidad de soportar individualmente el considerable riesgo que por aquel entonces representaba toda expedición marina (2).

Eran asociaciones que medraban a falta de líneas regulares de navegación y de sociedades especializadas en la contratación de fletes tal como las conocemos en la actualidad, y en las que, más que en el buque en sí, el interés se centraba en un viaje o en una aventura marítima determinada (empresa-viaje).

Hasta la aparición de las grandes sociedades de navegación, pioneras de las actuales por acciones, la adquisición de los buques y el inicio de una empresa-viaje se efectuaba por medio de pequeñas asociaciones por las que se lograba reunir un capital suficiente, bien para la construcción de la embarcación, bien para la compra de una ya construida, bien para el armamento y avituallamiento del buque para un nuevo viaje, diversificándose con ello, además, los riesgos inherentes a la navegación.

Se conocían por entonces dos formas societarias típicas: la *Colonna* y la *Commenda*. El Libro del Consulado del Mar (3) nos ofrece la imagen usual de la primera en la figura del Patrón o Naviero (*Senyor de la Nau*), como comerciante dedicado al tráfico marítimo de quien parte la

(1) Digesto, XIV, 1.

(2) DANJON: "traité de Droit Maritime". I, Paris, 1910. Pág. 249.

(3) Véanse los capítulos que el Libro del Consulado del Mar dedica a estas actividades, y que se hallan sistematizados en la publicación de la Cámara Oficial de Comercio y Navegación de Barcelona, 1965. Págs. 75 y ss.

iniciativa de construcción de la nave y que busca o recluta, mediante los procedimientos a la sazón al uso, otra u otras personas que desearan participar en la empresa.

Las relaciones que nacían de este tráfico tenían como eje central no tanto el buque en sí, cuanto un viaje determinado en el que el factor *aleas* jugaba un papel de primer orden. Al resultado de la aventura se hallaban comprometidos, en proporción a sus respectivas participaciones, tanto los propietarios del buque y el Capitán, como los cargadores y capitalistas (*colonnistas*) que custodiaban personalmente la carga a lo largo de la travesía.

Pero la aparición del seguro marítimo modificó profundamente este estado de cosas. Como señala GARRIGUES.

“La completa separación de la empresa marítima (armamento y expedición del buque) y la empresa comercial (compra y venta de las mercaderías transportadas) se opera en el siglo XIV, precisamente cuando, a consecuencia de la aplicación del seguro marítimo, los cargadores ya no tienen interés en acompañar personalmente sus mercancías durante el viaje por mar (el seguro sobre las mercaderías precedió al seguro sobre el casco). Esta diferenciación coincide lógicamente con la debilitación de la forma asociativa como vínculo contractual entre portadores y cargadores y la tendencia al predominio de la forma individual de explotación, donde se destaca la figura del propietario, que es al mismo tiempo armador de sus propios buques” (4).

## 2. *Hacia la codificación*

En la etapa de tránsito hacia la codificación asistimos a un proceso de definición de los dos grandes sistemas que se ocupan de la figura, representados de un lado, por la Ordenanza francesa de la Marina de 1681, y de otro, por el Derecho marítimo hanseático. En ambos se halla el germen de la doble concepción del condominio naval que encontramos en los Códigos actuales y que ya fue advertido por BRUNETTI:

“En el proceso histórico de gestación legislativa 196 —dice el tratadista italiano— se ha delineado gradualmente una doble tendencia: aquella que disciplina el fenómeno en su esencia estructural, considerándolo como una especial aplicación del condominio, conteniéndolo entre aquellas reglas compatibles con su finalidad; y aquella que lo disciplina en su aspecto funcional o dinámico, como empresa organizada según las normas de las empresas con finalidad especulativa” (5).

La primera de estas tendencias tendría su principal exponente en la

(4) “Curso de Derecho Mercantil”, II. (8.ª Edición). Madrid, 1978, pág. 604.

(5) BRUNETTI: “La Comproprietá della Nave”. Rivista di Diritto Commerciale, 1928. I, pág. 249.

Ordenanza francesa, tributaria de textos anteriores, precisamente de procedencia hanseática (de los que tan sólo recoge el principio mayoritario, ciertamente revolucionario para la concepción francesa de la época), de donde pasa a la Ley de Vendimiaro del año II, cristalizando, en fin, en el art. 220 del C. de Com. francés de 1807.

El verdadero significado de la Ordenanza ha sido resaltado por RIPERT de forma asaz elocuente:

“...estamos en la época del renacimiento del Derecho romano y los juristas, estudiando la actividad armadora, se preocupan de dar de esta asociación —el condominio— una definición jurídica. No dicen que sea una sociedad, porque no encuentran nada de tal cosa en los textos romanos, pero declaran que hay copropiedad del buque. La Ordenanza sobre la Marina de 1681 (L. II, tít. VIII, arts. 5 y 6) estudia las reglas de esta copropiedad. Engendrará el art. 220 del Código de comercio francés y una reglamentación análoga en la mayor parte de los demás países. Pero la expresión empleada ha terminado por reactivar sobre la institución. Equivocados por la etiqueta jurídica, los juristas han olvidado el carácter originario de esa copropiedad; apenas han llegado a comprender que sea tan distinta de la copropiedad ordinaria y que obedezca a la ley de la mayoría, regla la más importante en materia de sociedad. Todo esto se explica muy bien si se reflexiona en que la copropiedad de buques es simplemente una asociación, amoldada a la romana de los partícipes” (6).

Una estructura sustancialmente diferente de esta institución se advierte en los ordenamientos de corte germánico, representados por el Derecho marítimo hanseático, cuyos textos siguen las huellas de otros más antiguos que hablan del armamento, la gestión del patrón, el juego de las mayorías, etc..., “expresando sin dogmatismo y fielmente, el viaje o la explotación marítimo-empresarial que se trata de organizar en común. La doctrina tenía conciencia sin ninguna duda de estar ocupándose de una especial figura asociativa de Derecho marítimo con su nombre propio: la *Mitrhederi* o *Mascopei* (7).

En ellos encontramos la segunda de las tendencias apuntadas por BRUNETTI, representada por el Código de Comercio holandés de 1838 y en el HGB alemán de 1869, fuentes de inspiración de nuestro Código de 1885, así como de las leyes escandinavas, lo que explica que el con-

---

(6) RIPERT: *Traité*, I, pág. 623. El inevitable “chauvinismo” francés a puesto de nuevo un borrón en una reflexión tan lúcida. Es innegable que la Ordenanza francesa ha influido de forma decisiva, por mediación del art. 220 de su Código, en algunos Ordenamientos, como el italiano, y en menor medida, el Código español de 1829, pero estos no son “la mayor parte de los demás países”.

(7) Cfr. GIRÓN TENA: “El Naviero. Directrices actuales de su régimen jurídico”. Bilbao, 1959. Pág. 153, y bibliografía que cita.

cepto de copropiedad en los puertos del norte de Europa haya estado más profundamente influenciado por el recuerdo de la antigua empresa de base asociativa, especialmente de la *Commenda* (8), manifestada a través de la llamada *Redherei* o *Mitredherei*, auténtica sociedad de armamento y navegación entre los copropietarios del buque (9).

### 3. *El tratamiento de la copropiedad naval en el proceso codificador*

El proceso de codificación ha traído, pues, hasta nosotros, el precipitado de esas grandes orientaciones a que hemos aludido, y que han cristalizado en los dos actuales sistemas de corte continental:

1. El sistema latino, representado por el C. de Comercio francés de 1807 y el Código italiano de 1882, fiel trasunto del primero (10). El Código francés se limitó a transcribir de forma prácticamente literal la Ordenanza Colbertiana, poniendo el acento más en la propiedad que en la relación asociativa (11), de tal manera que mientras el texto del art. 5.º se reproducía inalterado en el art. 220 del C. de Comercio, el del Art. 6.º era modificado sustituyendo la expresión “asociados” por la de “propietarios”, y aplicando el principio mayoritario también a las decisiones de venta por subasta (12). Es, pues, un condominio que se aleja notablemente de las estructuras típicas de la comunidad ordinaria: se desentiende del sistema de la unanimidad y del *ius prohibendi*, adoptándose el régimen de las mayorías, pero no numéricas, sino de intereses. De otro lado, no rige la *actio communi dividundo*, exigiéndose el acuerdo de la mayoría tanto para la venta de la nave, como para la disolución de la sociedad. Pero se da otro paso más en lo relativo a la solución de los desacuerdos a la hora de emprender un viaje-empresa: la comunidad no puede disolverse hasta tanto no haya finalizado la aventura marítima.

2. El sistema germánico, fiel a su tradición, sigue, como vimos, una línea divergente. Lo primero que en él llama la atención es que, frente a la parquedad normativa de los textos de inspiración latina, en los Có-

---

(8) BRUNETTI, op. cit., pág. 249.

(9) Así se expresa el Código de Comercio alemán de 1897 (que recoge sin modificarlos, los textos del Código de 1869 sobre el armamento colectivo): “Cuando varias personas emplean en el comercio marítimo, en un interés común, un navío del cual son propietarios, hay armamento colectivo (*Rhederei*)”. “Las disposiciones relativas al armamento colectivo no se aplican al caso en que el navío pertenezca a una sociedad de comercio” (art. 490).

(10) “En el derogado Código de Comercio italiano —observa GIRÓN TENA— parece claro que el condominio del buque fue tratado deliberadamente bajo el punto de vista dogmático sugerido por el Código francés, y ya antes por la Ordenanza francesa y al margen de su función económico-marítima”. (Op. cit., pág. 158).

(11) BRUNETTI, op. cit., pág. 251.

(12) BRUNETTI, op. cit., pág. 251.

digos del norte de Europa encontramos una regulación mucho más detallada, donde se configura el condominio naval como un tipo asociativo de rasgos específicos y con nombre propio, como lo acredita el hecho de que el propio HGB excluye de la aplicación de las disposiciones relativas al armamento colectivo (*Rhederei*) los casos en que el navío pertenezca a una sociedad de comercio (antiguo art. 590, párrafo 2.º) (13). Pero los datos decisivos a la hora de otorgar una naturaleza asociativa a esta institución los hallamos tanto en el elemento del fin como en el de la explotación común. Se requiere así que los copropietarios destinen el buque al comercio marítimo y exista un interés común (antiguo art. 556, párrafo 1.º HGB) (14). Si no es así, decaen los preceptos mercantiles y la relación jurídica existente entre aquéllos no será otra que la comunidad ordinaria, regida por los textos del Derecho civil.

#### 4. *¿Cuál es la línea seguida por el Ordenamiento español?*

El fuerte influjo del Derecho napoleónico sobre nuestro Ordenamiento civil, no parece que tuviera su correlativo en el Código de comercio, impresión que viene a confirmar la regulación de la figura que ahora estudiamos.

“Ya el Código del 29 —nos dice GIRON TENA— se nos presenta bastante independizado de la influencia francesa. Sus preceptos más numerosos no se pronuncian dogmáticamente, y sí, en cambio, tienen en cuenta un temario suficientemente expresivo de la función empresarial asociativa propia del viejo condominio y en la forma —hoy anticuada— correspondiente a su tiempo” (15).

Escapando de forma definitiva a la atracción del Código de Comercio francés, el nuestro de 1885 derivó hacia el campo gravitacional del sistema germánico al que arribó a través del Código de Comercio holandés de 1838 (16). Lo primero que se hizo fue dotar a nuestra institución de una disciplina legal mucho más pormenorizada que la conte-

---

(13) En el Derecho marítimo de los países hanseáticos —escribe DíEZ-PICAZO—, y en general en todo el norte de Europa, los perfiles de la comunidad naval se dibujan en forma de organización consorcial de una empresa económica. Aparece así la llamada “*Rederei*” o “*Mitrederei*”, o también “*Mascopei*”, que es una auténtica sociedad de armamento entre los copropietarios del buque”. (“El Condominio del Buque”. *Revista de Derecho Marítimo*, 1968, pág. 85, y en RCDI, 1965).

(14) También el art. 320 del Código de Comercio holandés hace hincapié en este extremo: “Si dos o más personas que tengan derecho de propiedad sobre la misma nave, hacen de ella uso en común, se forma una asociación...”.

(15) *Op. cit.*, pág. 189.

(16) Vid. GIRON TENA, *op. cit.*, pág. 190 y nota, en que hace una comparación entre los preceptos que ambos Códigos dedican al condominio.



nida en el Código del 29, siguiéndose las pautas de los ordenamientos germánicos. Leemos así en la Exposición de motivos del Código:

“...el modo de ejercer los derechos del dominio, cuando éste viene a recaer en varias personas, sin haber precedido pacto o convenio especial, son tan insuficientes que quedan sin resolver varias cuestiones relacionadas con la administración de un buque proindiviso. La necesidad de llenar este vacío —prosigue la Exposición de motivos del Código— es tanto mayor, cuanto que el condominio de una nave nace con frecuencia de actos en que no se estipula regla alguna, unas veces porque los copartícipes, fían a la costumbre establecida las reglas porque han de regirse, como sucede al tratarse de la construcción de un buque, y otras veces porque, sin preceder pacto o contrato alguno, recae la propiedad en varias personas, como acontece en las herencias, concursos y quiebras”.

La lectura de otros pasajes de la Exposición de motivos despeja todas las dudas acerca de cuál era la intención de los codificadores del 85 a la hora de articular la figura del condominio naval. De ellos se desprende lo siguiente:

1) Que la presunción de Compañía a que alude el art. 589 es la sanción legal a la constitución tácita de la sociedad (17).

2) Que el sistema de responsabilidad de los socios participa de un régimen propio y específico del Derecho marítimo (18) y, por tanto, de naturaleza nítidamente mercantil.

3) Se reconoce la necesidad de facilitar y agilizar la formación del acuerdo social en lo relativo al dominio y la administración del buque, por lo cual se abandona el principio de la mayoría absoluta establecido en el Código del 29 y se adopta el de la mayoría relativa (19).

---

(17) “De acuerdo, pues, con los principios del derecho, declara el proyecto, en primer lugar, que por el mero hecho de hallarse dividida la propiedad de un buque, entre dos o más personas, se presume constituida una compañía entre los copropietarios; y para que no se dude de la naturaleza jurídica de esta sociedad tácita o presunta, ...”

(18) “...se declara igualmente que la responsabilidad de cada uno de éstos será en proporción al interés o participación que tengan en el buque, y aun de esta responsabilidad podrán eximirse haciendo abandono, ante Notario, de la parte de propiedad que le corresponda. De este principio general se deduce, y así se declara, que en dicha proporción quedarán obligados a las resultas de los actos que ejecute el capitán, a los gastos de reparación del buque y a los demás que fuesen necesarios para la navegación”.

(19) “Fundándose el proyecto en que la complicación de los asuntos a que da lugar el dominio y la administración de un buque, puede en algunas ocasiones producir tal diversidad de pareceres que sea difícil, si no imposible, obtener en muchos casos mayoría absoluta, lo cual produciría dilaciones y entorpecimientos que al cabo redundarían en perjuicio de todos, ha adoptado el principio de la mayoría relativa, que es más fácil de reunir, y por cuyo medio se logra imprimir más actividad y decisión a los asuntos”.

### III. LA NATURALEZA JURIDICA DEL CONDOMINIO

#### 1. Introducción

Transcurrido un cierto período de tiempo en el que una buena parte de la doctrina maritimista guardó la figura del condominio naval en el baúl de los trastos viejos (20), asistimos desde hace algunos años a un reverdecimiento de esta institución, de la que se reivindica su utilidad para la regulación de fenómenos asociativos, hoy no infrecuentes en el ámbito de la pequeña y mediana empresa marítima dedicada a la pesca, al pequeño comercio y al fletamento ocasional (21). Ello no viene sino a confirmar la idea ya apuntada por BONFANTE de que una misma estructura jurídica con el tiempo se emplea con una función diferente, y también a poner de relieve la extremada cautela con que hay que proceder a la hora de extender el certificado de defunción de cualquier institución jurídico-positiva (22).

Este resurgir de la figura del condominio naval ha avivado la vieja controversia doctrinal en torno a su naturaleza jurídica, cuestión que, *prima facie*, suscita una obligada interrogante: la discusión en torno a

---

(20) “Es una forma casi desaparecida”, “una institución “desueté”, “ha devenido completamente inútil”, “es un anacronismo legislativo”, tales son los epítetos con los que “adornaba” RIPERT a la copropiedad de buques (“Droit Maritime”, I. 4.º Edit., 1950. Págs. 676 y s.).

“... la forma de la sociedad anónima —observa GARRIGUES—..., va desplazando a las antiguas asociaciones de copropietarios, que subsisten hoy en el ámbito reducido de la navegación a vela. La interposición de una entidad jurídica distinta de los accionistas (...) ha borrado los rasgos estructurales del antiguo condominio naval, el cual perdura en los Códigos como una reminiscencia de la forma medieval de explotación del buque” (“Curso”, pág. 574).

Para BONNECASE, la copropiedad es una supervivencia histórica que encuentra poca aplicación en la vida marítima actual”. (“Traité de Droit Commercial Maritime”, 1930-31, pág. 335).

(21) DOMINEDO: “Sulla disciplina della coproprietà navale”. En la “Relazione al Comitato legislativo per la riforma dei Codici”. Publicada en “Studi per la Codificazione del Diritto della Navigazione”. Roma, 1940-41.

(22) Con razón señalaba JAMBU-MERLÍN que el renacimiento de la institución del condominio prueba lo prudente que ha de ser el jurista cuando pronostica la desaparición de una institución, puesto que siempre cabe la posibilidad de que las mismas estructuras sirvan a finalidades nuevas. (“La coproprietà des navires et l’engagement des quiritaires”. En “Droit Maritime Français, 1962, págs. 195 y ss.).

“El progreso técnico —nos dice DIEZ-PICAZO— aunque otra cosa se crea, no impone por sí sólo sustanciales mutaciones en la estructura de las instituciones jurídicas que aparecen dominadas, por el contrario, por profundas corrientes subálveas de una extraordinaria perduración. Existe además lo que podríamos llamar la apasionante vitalidad de las instituciones jurídicas y su capacidad extraordinaria de acomodación a las circunstancias políticas, culturales, económicas o técnicas de cada momento histórico. Hay en ellas no sólo una especie de supervivencia, sino incluso una renovada idoneidad para servir a fines prácticos merecedores de tutela y protección” (RCDI, pág. 1512).

esta problemática, ¿es tan sólo un ejercicio dogmático al que se entregan en sus ratos de ocio los más conspicuos maestros mercantilistas y civilistas, o, por el contrario, subyace en ella una indudable dimensión práctica que se manifiesta, sobre todo, a la hora de establecer una disciplina jurídica supletoria tanto para las carencias que se advierten en la reglamentación de este instituto por nuestro Código de Comercio, como para las lagunas que eventualmente puedan surgir de los convenios pactados entre los copropietarios? Se discute sobre ello —señalaba RIPERT— sin que nunca se haya podido indicar cuál es el interés de esta discusión (23).

## 2. *El dilema Comunidad-Sociedad*

¿Comunidad o sociedad? No deja de sorprender el hecho de que la cuestión se haya suscitado en tales términos. El tradicional prurito de la búsqueda de la naturaleza jurídica de cada una de las instituciones que conforman el Ordenamiento Jurídico ha llevado nuevamente a no pocos tratadistas a errar el planteamiento. El dilema exigía inclinarse por una u otra solución y el resultado no podrá ser otro que un panorama doctrinal confuso y vacilante. Los que propugnaban la tesis de la comunidad tenían que admitir que se trata de un condominio “de tipo especial, un género intermedio entre la sociedad y la copropiedad, un condominio que no corresponde por entero ni al tipo romano ni al tipo germánico, y en el que se afirma enérgicamente el régimen de mayoría y la preponderancia del elemento personal del número” (24). Tesis seguida por la Sentencia de 10 de Diciembre de 1955 (25).

---

(23) Op. cit., pág. 678.

(24) GARRIGUES. “Curso de Derecho Mercantil”. II (8.ª Ed.). Madrid, 1983. Pág. 576.

(25) Colección Legislativa. Tomo XLIV. 1955. Sent. núm. 519, págs. 329 y ss. Ponente. D. FRANCISCO BONET RAMÓN. “...cuando dos o más personas —se dice en ella— son partícipes en la propiedad de un buque mercante, se establece entre ellas un condominio de tipo especial, intermedio entre la sociedad y la copropiedad, que no corresponde por completo ni al tipo romano ni al tipo germano, caracterizado por una pluralidad de personas que utilizan el mismo buque, una división de la propiedad de éste en partes ideales, conforme a las reglas clásicas del condominio, y una utilización del buque en el comercio marítimo por cuenta de los copropietarios, en la que la voluntad de la mayoría es decisiva, no viéndose entorpecida por el “ius prohibendi” del Derecho común y prepondera el elemento real del interés sobre el elemento personal del número”.

Por su parte, la sentencia de 22 de febrero de 1958 (Colección legislativa. Tomo LXVI. 1958. Sentencia núm. 134, págs. 881 y ss. Ponente: D. JOAQUÍN DOMÍNGUEZ DE MOLINA) declaró que “la comunidad de propietarios de un buque, por su especial naturaleza, sólo en un sentido muy limitado caracterizado por el ejercicio de una actividad común con fin de lucro puede reputarse una Compañía Mercantil, ya que el artículo 589 del Código de Comercio obliga a presumirla como tal, puesto que ni su origen puede estar siempre en la convención de los copropietarios como en los casos de la “communio incidens”,

A este respecto, es suficientemente conocida la posición sustentada entre nosotros por la llamada doctrina tradicional, representada por GARRIGUES y URÍA (26). Según el primero, “el condominio de un buque no tiene de compañía más que el nombre”, como lo prueba: 1.) que su origen puede no ser voluntario, cosa inconciliable con una verdadera sociedad. 2.) Porque se trataría de una compañía sin personalidad jurídica, en contra del precepto del art. 116 del C. de C. 3.) Porque el mismo Código, al hablar de “asociación de copropietarios” (arts. 595 y 599), da a entender que no se trata de una compañía en sentido estricto (27). Para el segundo, “esa calificación de la comunidad como compañía o sociedad es inadmisibles. Ningún esfuerzo constructivo sería capaz de encajar a la copropiedad de buques en cualquiera de los tipos sociales que conoce y regula el ordenamiento jurídico actual” (28).

A su vez, los defensores de la teoría de la sociedad no pueden encuadrar la figura en ninguna de las formas regulares reconocidas por el ordenamiento, por lo que han tenido que definirla como una sociedad *sui generis* (29).

Para otros en fin, “la copropiedad naval ha venido a formar una especie de *ens tertium*, intermedio entre la copropiedad y la sociedad; algo más de la primera, algo menos de la segunda, y, entre las varias figuras de la sociedad, algo que se aproxima más a la sociedad de capital que a la sociedad personalista” (30).

Se trataba, en fin, de decidirse por una u otra alternativa o, ante la dificultad de la elección, de modelar, con la colaboración de ambas, una especie de híbrido intermedio que participase de los mejores atributos de sus progenitores. Pero, como decíamos, se partía de un planteamiento erróneo. Desde una perspectiva más práctica, QUIROS enfocaba el problema de la siguiente manera: “La explicación del especial carácter y régimen del condominio naval hay que buscarla, no en un forzado encaje de la institución en figuras jurídicas determinadas, sino en su ori-

---

ni tiene una razón social, ni por último, atendido lo prevenido en los artículos 594 y 597 de aquél, gozan de personalidad jurídica...”.

(26) Para una visión de conjunto del estado de la doctrina española hasta mediados de siglo, vid. JORDANO BAREA: “Comunidad y Sociedad entre los propietarios del buque”. En Anuario de Derecho Civil, abril-junio de 1957. Págs. 456 a 458.

(27) Op. cit., pág. 576.

(28) “Derecho Mercantil”. (12.º Ed.). Madrid, 1982. Pág. 889.

(29) “La sociedad que existe entre los copropietarios de un navío —observa DE VAL-ROGER— no entra, a menos que medien convenciones particulares, en ninguna de las sociedades definidas por el Derecho comercial. No es una simple cuenta en participación,... No es tampoco una sociedad en nombre colectivo,... No es una asociación personal,... No es, en fin, una simple asociación de capitales. ... En realidad, es una sociedad “*sui generis*”, que tiene su carácter propio” (“Droit Maritime, Commentaire théorique et pratique du Livre II de Code de Commerce”. I. París, 1883. Págs. 354 y ss).

(30) BRUNETTI, Op. cit., pág. 249.

gen histórico y en su finalidad práctica” (31). En efecto, a lo que en rigor hay que dar una respuesta no es tanto a la pregunta *qué es* sino a la de *cuándo* estamos ante un condominio naval. Sólo de esta forma puede abordarse correctamente la cuestión y sólo así podremos llegar a una solución satisfactoria acerca, repito, no tanto de la naturaleza jurídica de este instituto, cuanto del régimen jurídico que le es aplicable. El error del planteamiento fue también advertido por GIRON TENA: “el planteamiento del tema de naturaleza en forma de dilema entre comunidad y sociedad, ni está justificado a la vista de los textos españoles, ni en sí mismo, es satisfactorio” (32). Y añade más adelante:

“Sociedad y comunidad no son conceptos o figuras entre sí incompatibles, de manera tal que donde se dé uno no pueda darse el otro. Están en planos distintos. La copropiedad mira a la pluralidad de titularidades sobre un objeto. La sociedad a crear una organización apta para la promoción de un fin entre varios” (33).

### 3. *La distinción entre comunidad y sociedad*

Expuesta en estos términos la cuestión, debemos acometer, en primer lugar, el problema, ya clásico, relativo a la distinción entre comunidad y sociedad (34).

DÍEZ-PICAZO señala que comunidad y sociedad son dos formas de unión de intereses, cuya raíz diferencial se encuentra en lo que se ha llamado el carácter dinámico o estático de la unión (35). J. M. MIQUEL, por el contrario, no atiende tanto a ese carácter estático o dinámico cuanto a la naturaleza de esa unión, idea que expresa de forma concluyente: la sociedad es un contrato y la comunidad no.

“La distinción entre comunidad y sociedad —observa MIQUEL— no consiste en que la sociedad tenga su origen en un contrato y la

---

(31) RODRÍGUEZ QUIROS: “En torno a la extinción de la copropiedad naval”. En *Revista de Derecho Mercantil*, 1957. Pág. 274.

(32) Op. cit., pág. 196.

(33) Op. cit., pág. 197.

(34) Sobre el tema puede verse MARTÍN LAZARO: “Sociedad y Comunidad”, en *Revista de Derecho Privado*, 1942, págs. 689 a 697; LLOIS ESTÉVEZ: “La distinción de condominio y sociedad”. En *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1947, págs. 35 a 75; J. M. MIQUEL, “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales”. EDERSA. Tomo V. Vól. 2. Págs. 36 a 44. GARRIDO PALMA: “Hacia un nuevo enfoque jurídico de la Sociedad Civil”. En *Revista de Derecho Privado*, 1972 (sobre el tema de la distinción en concreto, págs. 761 a 767). Para el tema que nos ocupa, DÍEZ-PICAZO: op. cit., págs. 1522 y s.

(35) “Yo diría —señala DÍEZ-PICAZO— que la comunidad es una sociedad para el aprovechamiento estático de un bien, mientras que la sociedad es una comunidad para realizar una dinámica explotación de índole económica movida por la finalidad de conseguir una ganancia y partirla. La idea clave para incardinar el concepto económico de sociedad es la idea de “explotación” (Op. cit., pág. 1523).

comunidad no, al menos formulada de esta manera, porque es evidente que la comunidad puede tener su origen, de algún modo, en un contrato. La distinción es otra y consiste en que la sociedad es un contrato y la comunidad no. Esto hay que concederlo claramente en atención a las definiciones legales”.

“La sociedad surge por el mero consentimiento y desde que se presta el consentimiento (art. 1.679)” (36).

Se pone, pues, el acento en el elemento consensual dejando en un plano secundario, o bien interpretándolo de forma muy flexible, el ánimo de partición de ganancias exigido por el art. 1.665 del C. C. Sin embargo, si bien el concepto de *ganancia* en el ordenamiento civil es susceptible, en efecto, de cobijar un buen número de situaciones derivadas de actividades no lucrativas, tal como el término *lucro* se concibe en el Código de Comercio, y por ello es por lo que puede hablarse de sociedades de naturaleza civil sin ánimo de lucro, tal eventualidad no parece posible dentro del campo de atracción del cuerpo sustantivo mercantil, si nos atenemos a su artículo 116, cuyo texto se expresa, en este sentido, de forma concluyente.

#### 4. *La explotación del buque como factor “sine qua non” para hablar de condominio*

En atención a lo dicho más arriba y proyectándolo a la figura objeto de nuestro estudio, parece claro que para hablar de condominio naval hay que añadir a la nota meramente consensual el dato de la explotación lucrativa del buque. Como es obvio, con ello no pretendo indagar acerca de la naturaleza jurídica de dicho condominio, ni es el propósito de estas reflexiones hacerlo, sino tratar de averiguar cuándo una determinada situación es encuadrable dentro del supuesto de hecho contemplado en el art. 589 del Código de Comercio, al objeto de aplicar o no la disciplina jurídica que inicia dicho precepto.

Con lo dicho hasta ahora, creo que estamos en disposición de dar una respuesta a la interrogante expresada más arriba. En mi opinión, la

---

(36) Op. cit., pág. 37.

La idea es que a pesar de lo dispuesto en el párrafo 2.º del art. 392 del Código civil, no cabe una comunidad de naturaleza convencional. En dicho texto caben dos interpretaciones: o está contemplando una convención reguladora de la comunidad, en cuyo caso comportaría problemas de difícil solución, habida cuenta del carácter imperativo de varios preceptos del Título III del Libro II del Código civil, o cabe colegir una convención creadora, lo que nos llevaría directamente al Título III del Libro IV, pero tan sólo a efectos de la regulación de las relaciones internas entre los socios, por cuanto el art. 1.669, cumpliéndose el supuesto de hecho en él contemplado, nos remite nuevamente al régimen de la comunidad, pero tan sólo para disciplinar las relaciones de la sociedad con terceros.

clave del debate radica en el interés que cada uno de los ordenamientos en liza tiene a la hora de regular la figura. De la lectura del régimen jurídico establecido en los arts. 589 y siguientes del Código de Comercio, parece deducirse claramente que en lo relativo a la copropiedad del buque mercante, el ordenamiento mercantil está pensando en una utilización del mismo de acuerdo con su destino natural, es decir, de forma esencialmente productiva, como lo demuestra el hecho de que cuando habla de copropiedad no lo hace refiriéndose a cualquier tipo de embarcación, sino precisamente a la copropiedad de un buque *mercante*, una de cuyas características fundamentales es, como se sabe, su destino o fin específico (37). Si ello se desprende de la lectura de los textos del C. de Comercio dedicados a regular su estatuto jurídico, la dicción del art. 146 del Reglamento del Registro Mercantil despeja cualquier duda que pueda surgir al respecto: no importa el tipo de artefacto marítimo de que se trate (siempre, naturalmente, dentro de ciertos límites), lo realmente relevante es que esté “destinado o pueda destinarse a servicios de la industria o comercio marítimo o fluvial” (38).

No es preciso una lectura muy detenida de los preceptos que el Código de Comercio dedica al conominio del buque para colegir que está regulando una situación dinámica, una situación en la que los copropietarios del buque lo están utilizando de acuerdo con ese destino natural: la actividad industrial o comercial marítima. La mera titularidad estática, sin esa nota fundamental del fin o destino, no interesa al ordenamiento marítimo. Dicha situación se registrará por las reglas de la sociedad civil o de la comunidad, según los casos, pero no por la disciplina específica de los arts. 575 y 589 y siguientes del C. de Comercio.

Así las cosas, podemos expresar nuestra opinión de la forma siguiente: si la copropiedad recae sobre un buque no mercante, el ordenamiento mercantil ignora la situación jurídica creada, cualquiera que fuere la relación existente entre los copropietarios. Si recae sobre un buque mercante, el Código de Comercio presume que éste será utilizado de acuer-

---

(37) En la misma línea, apunta J. RUBIO que el Código supone “de acuerdo con la historia del condominio naval, que éste existe precisamente para explotar el buque, y con objeto de disminuir por la división en partes, los riesgos que la navegación marítima lleva consigo. Esta forma de posesión de los medios de explotación, es presunción para la ley del ejercicio de la empresa. Por ello, por primera y única vez en este título, el Código específica que se está tratando de la propiedad de buques mercantes” (Sobre el concepto de naviero en el Código de Comercio”. En Revista de la Facultad de Derecho de Madrid. Enero-Marzo, 1940. Pág. 33).

(38) SCIALOJA lo expresa con sencillez: “Sólo hay sociedad naval cuando los copropietarios organizan voluntariamente una empresa común con la finalidad y la forma propia de uno u otro tipo de sociedad comercial, o cuando ejercitan el tráfico naval en común repartiéndose las ganancias. En este segundo caso, verificándose la finalidad de la sociedad, sin que ésta haya sido constituida regularmente, habrá una sociedad irregular o de hecho” (“Sistema dil Diritto della Navigazione”. Vól. I (2.º Ed.). Roma, 1929. Pág. 222).

do con el destino que le es propio, siendo de aplicación las reglas del condominio naval (39).

Pero se trata de una presunción *iuris tantum*. El buque puede ser mercante, pero existe la posibilidad de que no sea utilizado en consonancia con ese destino natural, bien sea porque se le mantiene inactivo, bien porque se le emplee en actividades carentes de significado comercial o industrial. En estas hipótesis, del mismo modo que en la primera, puede haber sociedad (por ejemplo, el buque es acondicionado para instalar una sala de fiestas, o para montar un casino, etc...), pero no condominio naval. El acuerdo de dos o más personas para la compra de un buque con el objeto de desguazarlo, nos sitúa, sin duda, ante una forma social, pero nadie podría sostener que se trata de un supuesto disciplinado por los artículos 589 y siguientes del Código de Comercio. Los herederos de un buque mercante que lo mantienen completamente inactivo se hallan en una situación jurídica de comunidad. Nadie sugeriría la aplicación de los preceptos mencionados.

##### 5. *¿Cuál es la posición de la doctrina española?*

Quizá el primer intento elaborado de abordar el problema desde una óptica contraria a la propugnada por GARRIGUES y URÍA, lo constituya el ya citado trabajo de JORDANO BAREA. Con él, este autor ha evitado a los que posteriormente han estudiado el tema (y naturalmente a nosotros también) la tarea de comenzar con la necesaria refutación de los argumentos del primero, de los que JORDANO da cumplida cuenta. Así, después de efectuar una casuística labor de delimitación de los supuestos que, en su opinión, se hallan excluidos del régimen de los artículos 589 y siguientes del C. de C. (40), señala:

“...evidentemente, si los copropietarios no han puesto o dejado voluntariamente el buque en común para explotarlo directamente en

---

(39) “...Solamente cuando la copropiedad de los buques es extraña a todo arreglo convenido entre los comuneros nos dice DANJON—, como ocurre entre coherederos antes de la partición, es cuando constituye una simple comunidad, una indivisión pura. Pero desde el momento en que se conviene entre los copropietarios del buque, bien sea antes del nacimiento de la comunidad, bien sea después, una convención relativa a la explotación del buque en interés común, aunque fuese tácita esa convención, la comunidad constituye una sociedad porque responde perfectamente a la definición que el art. 1.832 C. Civ. (prácticamente idéntico a nuestro art. 1.665) da a este contrato. De hecho, la copropiedad de los buques da lugar así, casi siempre, a una sociedad entre los comuneros, porque éstos están obligados a concertarse para no dejar el buque inactivo” (Op. cit., págs. 254 y s.). En la misma línea, y expresando el criterio prácticamente unánime de la doctrina francesa, RODIERE señala que “La copropiedad de buques no es una indivisión, es una sociedad comercial de un tipo, de otro lado, original”. Y más adelante añade que “la copropiedad de navíos es una indivisión sobre la cual se inserta una sociedad de explotación” (“Traité Général de Droit Maritime”. Introducción: L’armement”. París, 1976. Págs. 427 y ss.).

(40) Op. cit., págs. 450 y s.



provecho de todos ellos, no puede haber más que copropiedad ordinaria, no ya sociedad, puesto que no existe sociedad sin contrato expreso o tácito (derivado de *facta concludentia*). Por el contrario, si tal ejercicio o explotación directa de la nave en la industria o comercio marítimos por parte de los copropietarios existe, habrá sociedad. Lo decisivo es que haya intervenido entre los copropietarios alguna ordenación relativa a la explotación en común del navío” (41).

Añadiendo más adelante que “lo que cualifica la sociedad es el ejercicio común de una actividad económica; lo que caracteriza la comunidad es el simple goce de una o más cosas” (42).

GIRON TENA, como vimos al estudiar la evolución jurídica de la institución, sostiene que lo que existe en el Código español es la tradicional figura asociativa marítima. Sin embargo, el Código ha omitido una pieza fundamental: la decisión voluntaria de los partícipes de explotar el buque. GIRON considera esta pieza como un elemento fundamental del contrato de sociedad en este ámbito:

“Sucede —nos dice— que, históricamente, es hecho concluyente inequívoco del contrato de nacimiento el empleo del buque. Históricamente está en ese hecho la manifestación del contrato de constitución. Hay que poner esa pieza a la que el legislador no había dado importancia” (43).

En esta misma línea se pronuncia BROSETA (44). Por su parte, DIEZ-PICAZO considera insatisfactorias las consecuencias derivadas de la tesis preconizada tanto por JORDANO como por GIRON. Si el art. 589 se aplica “sólo a aquellas hipótesis en que los copropietarios explotan directamente el buque en una empresa marítima, entonces —concluye este autor— nos encontramos con el sorprendente hecho de que el puro condominio de un buque sería un fenómeno huérfano de regulación legal al que habría que aplicar las normas generales de la comunidad de bienes del Código Civil” (45). Para salvar esta aporía, DIEZ-PICAZO propone partir de dos distinciones. La primera, ya vista, entre sociedad y comunidad, y la segunda entre propiedad y empresa.

“Cabe distinguir así el propietario del buque frente al empresario de la gestión económica o de la gestión industrial. Ambas posibilidades pueden coincidir —no cabe duda—, pero pueden también producirse separadamente. Si esto es así —prosigue— cabe aislar dentro del

---

(41) Op. cit., pág. 459.

(42) Op. cit., pág. 459.

(43) Op. cit., pág. 196. Vid. también DE VALROGER, op. cit., pág. 354; y M. CRESP: “Cours de Droit Maritime”, París, 1876-1884, págs. 338 y ss.

(44) “Manual de Derecho Mercantil”. (5.º Ed.). Madrid, 1983. Págs. 748 y s.

(45) Op. cit., pág. 1.522.

art. 589 del C. de Co. dos figuras jurídicas distintas: la primera es el condominio del buque, que es la cotitularidad del derecho de propiedad sobre el mismo y para cuya existencia basta este solo hecho, con independencia de la forma que adopte su explotación; la segunda, es la “sociedad naval”, que es aquella situación jurídica que se produce cuando los copropietarios explotan conjuntamente la nave común, dedicándola a una empresa de navegación o a una empresa de comercio marítimo”.

La tarea entonces consistirá “en dilucidar qué normas de las globalmente contenidas en los arts. 589 y siguientes del Cód. de Com. son aplicables al condominio del buque y cuáles, en cambio, lo son a la sociedad naval” (46).

Para DUQUE el condominio se configura como una asociación de propietarios, a la que describe como “el grupo de personas, titulares de la propiedad de un buque mercante, que explotan conjuntamente el buque en el tráfico marítimo bajo la ley de la mayoría de intereses y a través de un naviero gestor, a fin de participar, al término de cada expedición, en la proporción a sus respectivas cuotas, en las pérdidas y gastos o, si los hubiere, en los beneficios” (47).

Quizá sea SANCHEZ CALERO, junto con GARRIGUES y URÍA, el que propugne la tesis más cercana a la identificación de la copropiedad naval con la proindivisión ordinaria: “...este condominio —dice— ha de nacer de la voluntad —expresa o presunta— de los partícipes de explotar conjuntamente el buque. El art. 589 denomina al condominio *Compañía*, pero no puede identificarse con una sociedad mercantil (...) aunque en su funcionamiento exista una organización societaria” (48).

## 6. *El condominio naval: una institución bidimensional con carta de naturaleza propia*

Para mí es evidente que nos estamos moviendo en dos planos bien diferenciados: el de la titularidad del bien, y el del ejercicio de la actividad. Parece claro que la copropiedad del buque pertenece en proindiviso a los partícipes en proporción a sus respectivas cuotas, pero aquí no detectamos la menor similitud con el régimen de la comunidad ordinaria contemplada en el Código Civil (49). Se trata de un régimen de

(46) Op. cit., págs. 1.521 y s.

(47) “El Condominio de buques como tipo asociativo en el Derecho español”. En “Estudios Jurídicos en homenaje a JOAQUIN GARRIGUES”. I. Madrid, 1971. Pág. 93.

(48) “Instituciones de Derecho Mercantil” (8.º Ed.). Valladolid, 1985.

(49) “Por su importancia práctica —advierde DANJON—, la copropiedad de los buques ha necesitado muy tempranamente reglas jurídicas especiales que se alejan sensiblemente del Derecho común” (Op. cit., pág. 250). En el mismo sentido, LYON-CAEN y RE-

copropiedad con unas características peculiares, de tal manera que lo convierten en una institución con carta de naturaleza propia. Cuando se habla de copropiedad naval, ¿es acaso necesario buscar su naturaleza última en la comunidad civil?, ¿con qué objeto? Cabe la posibilidad de que la propiedad del buque se encuentre en un régimen de proindivisión ordinaria, singularmente, cuando los copropietarios, por la razón que sea, no lo dediquen al tráfico marítimo. Pero desde el mismo instante en que aquéllos convienen —expresa o tácitamente— emplearlo en esa actividad, la comunidad ordinaria experimenta una radical metamorfosis y se transforma en una copropiedad naval, sometida, en primer lugar, a las convenciones establecidas por los partícipes en todo aquello que no sea derecho imperativo; en segundo término, a la específica disciplina de los arts. 575 y 589 y ss. del Código de Comercio, y, por último, a las demás fuentes subsidiarias tal como están previstas por el propio Código mercantil.

El único elemento común entre ambas instituciones es que se tratan de situaciones de proindivisión, pero nada más. Allí donde el ordenamiento civil está contemplando una comunidad incidental y estática, el mercantil piensa en una comunidad activa; donde el primero excita la división de la cosa común, el segundo la concibe con vocación de permanencia (50).

La presunción del Código de Comercio adquiere así pleno sentido. Parte de una situación de copropiedad de un buque mercante, y en base a ello presume (*iuris tantum*) constituída una sociedad, y la presume precisamente en consideración al específico destino del buque y a que, normalmente, los copropietarios acordarán dedicarlo al tráfico propio de ese fin o destino, bien sea expresa, bien tácitamente (51). Este es el fe-

---

NAULT señalan que “en interés del comercio marítimo, la copropiedad de navíos ha estado sometida a reglas especiales que derogan los principios de derecho común sobre la copropiedad”. (“Traité de Droit Commercial”. V (3.º Ed.). París, 1901. Pág. 191).

(50) DANJON ha descrito esta situación con admirable elocuencia. Refiriéndose a los supuestos de comunidad terrestre, explica el tratadista francés que, con excepción de algunos casos específicos, el derecho común los ha dejado en estado de indivisión ordinaria y desdeñó, en cierto modo, ocuparse de ellos; ha visto, y no sin razón, una situación anormal y enojosa que más bien es soportada que consentida por las partes (un “*état subi*” en expresión de RIPERT: op. cit. pág. 677), contraria al interés general, porque entorpece la producción y la circulación de las riquezas y produce relaciones difíciles entre los comuneros... Por ello el legislador terrestre no hace más que tolerar la indivisión como un mal inevitable que espera sea tan sólo provisional y temporal y del que por descontado ve un fin tan próximo como posible; ...”

“Por el contrario, el legislador marítimo ha debido reconocer que la copropiedad de los buques, por ser a menudo deseada por los interesados (un “*état cherché*” diría RIPERT) constituía un estado de cosas normal, útil y durable; ha sido llevado a favorecerla y a facilitar su juego dándole una fuerte organización y una verdadera estabilidad. Con este fin ha trazado normas especiales sobre la administración de los buques pertenecientes en común a varias personas y sobre la cesación de esa comunidad” (Op. cit., págs. 251 y s.).

(51) “La idea matriz del Código —apunta DíEZ-PICAZO—, a mi juicio exacta, es la

nómeno que el ordenamiento mercantil quiere regular, como así nos lo dice expresamente el párrafo 2.º del art. 589: “Esta Compañía se regirá por los acuerdos de la mayoría de sus socios”. Existe la comunidad sin compañía, naturalmente, pero es ésta una hipótesis de la que, cabalmente, se desentiende el Código de Comercio. SCIALOJA expresó ya esta idea con notable claridad:

“La copropiedad naval, que por sí misma es una simple comunidad, viene o puede venir a constituir el sustrato de una sociedad (regular o irregular) cuando se le añade el ejercicio en común de la industria naval, es decir, cuando los condóminos devienen también empresarios de armamento o armadores. Estos, en tal caso, no se limitan al uso de la propiedad común, sino al ejercicio conjunto, y por ello en sociedad, de actos de comercio (empresa de armamento, empresa de navegación, empresa de transporte por mar)”.

Y añade acto seguido:

“Pero como se ve, esto no tiene nada que ver con el tema de la naturaleza jurídica de la copropiedad naval” (52).

¡Naturalmente! Una gran parte de la doctrina se ha preocupado de dar una respuesta a la pregunta *qué es* el condominio naval. Pero la respuesta, cuando han creído encontrarla, llevaba consigo problemas de no fácil solución. Una intención fundamentalmente práctica no impulsa a plantear la cuestión en otros términos: *¿cuándo* estamos ante un condominio naval? o, en otras palabras, *¿en* qué momento decaen las reglas de la comunidad ordinaria y comienza a regir la disciplina del condominio? Pues bien, a mi juicio, ese momento será aquel en que concurran las siguientes circunstancias:

- a) Que exista un acuerdo, expreso o tácito, entre los copropietarios del buque para explotarlo.
- b) Que este buque sea mercante.
- c) Que aquella explotación esté en consonancia con el fin o destino natural del buque: la industria o el comercio marítimo.

---

siguiente: la compañía existe cuando los copropietarios explotan consorcialmente el buque; la existencia de la compañía se presume por el puro hecho de existir condominio”. (op. cit., pág. 1.526).

(52) Op. cit., pág. 223.

## V. EL REGIMEN DE LAS MAYORIAS

### 1. *Fundamento y evolución histórica*

El principio de la mayoría es uno de los elementos esenciales a la hora de establecer una diferenciación entre la copropiedad del buque y la indivisión ordinaria. Lo hallamos ya en el período de formación y desarrollo del condominio naval pasando a ser posteriormente una condición *sine qua non* en la configuración de esta forma asociativa. Ya en la Edad Media se consideró inadecuado aplicar a las asociaciones marítimas el tradicional principio de derecho común *in pari causa potior est causa prohibendi* (53), principio cuya aplicación a la comunidad civil puede tener cierto fundamento, lo que no ocurre respecto de una asociación de naturaleza mercantil, mucho más necesitada de un funcionamiento ágil y exento de los obstáculos que pueda representar una postura obstruccionista de alguno de los socios (54). Por esta razón, el principio de la mayoría fue acogido tempranamente por los textos que se ocupaban de recopilar las prácticas consuetudinarias de los puertos europeos, tanto de los septentrionales como de los del mediodía.

Lo vemos enunciado ya en el Siglo XIII, en los Estatutos de Hamburgo de 1270 (art. 24), y de Lübeck de 1299 (art. 25). En el Siglo XIV, en los Estatutos de Riga (art. 156) y de Ancona de 1397 (Regla 1). En los Siglos XVI y XVII se recoge en las Actas Hanseáticas de 1591 (art. 57) y de 1614 (Tít. V. art. 7); también en los Códigos Prusiano del Elector Segismundo de 1620, y del Rey de Suecia Carlos XI, de 1667, para asentarse, finalmente, en el art. 5.º del Tít. 8 del Libro II de la Ordenanza Colbertiana de 1681, de donde pasó al art. 220 del Código civil francés.

En nuestro país, se menciona ya en la Costumbre de Valencia de 1250, en las Ordenanzas de Aragón de 1340 y en varios capítulos del Libro del Consulado del Mar (55).

---

(53) PAPINIANO, Dig. X, 3, 28 (“Communi dividundo”): “Sabinus ait in re communi reminem dominorum iure facere quicquam invito altero posse: unde manifestum est prohibendo ius esse”.

“In re enim pari potioem causam esse prohibentis constat”.

(54) Vid. Exposición de Motivos del Código de Comercio (Supra, nota 19).

(55) Dice así el Cap. XI: “Según el Derecho, la razón y la costumbre, por cualquier causa que surgiese una diversidad de pareceres, debe seguirse la voluntad de la mayoría”.

Lo vemos también reflejado en el Cap. XLIX, referido al aumento de capacidad del buque en construcción, donde se sigue un criterio numérico en la formación de la mayoría. (“Más si el patrón quisiese aumentar el buque, deberá buscar a cada partícipe, y preguntarles si aprueban que se acrecienten las partes y ver cuántos lo repugnan. Supóngase quatro los unos y seis los otros; los seis vencen a quatro, y los diez a ocho. De modo, que por dos, tres, quatro, o cinco interesados, siendo los menos, no debe dexar de aumentar el buque. Así, pues, quedan obligados los accionistas que se opongán al patrón, a cumplir

Finalmente, por medio de los diferentes conductos que hemos mencionado, pasó a los Códigos decimonónicos y, a su través, a los actuales.

## 2. *El principio de la mayoría en el Código de Comercio*

### a) Los acuerdos mayoritarios

En nuestro vigente Código de Comercio, el de la mayoría es también el principio que rige la práctica totalidad de la actividad que habitualmente se desarrolla a lo largo de toda la vida del condominio, desde su constitución, hasta su disolución. El Código se apresura a afirmarlo: “Esta Compañía —nos dice el párrafo 2.º del art. 589— se regirá por los acuerdos de la mayoría de sus socios”. Sin embargo, no está recogido tan sólo en una fórmula tan abstracta y general, sino que a lo largo de los preceptos que disciplinan la figura, lo hallamos casi siempre presente, unas veces de forma expresa, otras de manera tácita.

Expresamente se exige para los siguientes asuntos: gastos de reparación del buque y otros similares (art. 592, 1); gastos de equipo y avituallamiento (art. 592, 2); disolución de la Compañía y venta del buque (art. 593, 2); nombramiento del capitán de entre dos o más socios que soliciten el puesto (art. 596, 2); autorizar al naviero-gestor a que ordene un nuevo viaje, ajuste un nuevo flete o asegure el buque (art. 598, 1); aprobación de la cuenta presentada por el naviero-gestor (art. 600, 1) y formación del título ejecutivo por el que el naviero-gestor inste, por vía ejecutiva, el pago de los gastos por los copropietarios una vez aprobada la cuenta (art. 600, 2). Tácitamente, se exige la mayoría para elegir y revocar al naviero-gestor (art. 594).

El principio de la mayoría quiebra tan sólo si se pretende la venta del buque por cualquier procedimiento que no sea la pública subasta, hipótesis ésta en la que se exige la decisión unánime de los socios (art. 592, 3). El fin perseguido con esta precaución no es otro que el de evitar eventuales abusos de algún socio que esté en posesión de la mayoría de cuotas, o impedir los posibles acuerdos de varios de ellos en perjuicio de los demás (56).

---

la parte que le hubiesen prometido, del modo que los dispusiere el mayor número”). No obstante, en el Capítulo siguiente se introduce un interesante elemento corrector, al objeto de paliar las consecuencias onerosas que para cualquier partícipe pueda suponer el aumento de cabida del buque en construcción (“...aquel accionista de los que se opusieron al aumento del buque por falta de medios, si prometió entrar por una octava parte, no quede obligado más que una diez y seisena y no pueda el patrón comperlerles a otra cosa más, ...”).

(56) Así lo expresa la Exposición de Motivos del Código: “Y con el mismo elevado propósito (detener a impedir las resoluciones apasionadas o maliciosas de la mayoría) se concede a cada partícipe, por mínimo que sea su interés en el buque, el derecho de poner

El problema que aquí se plantea es el relativo a si la mayoría puede decidir o no la venta del buque en cualquier momento. El Código dice tan sólo que “serán obligatorios para la minoría los acuerdos de la mayoría sobre... venta del buque” (art. 592, pfo. 2.º) Parece, pues, que, en principio, la respuesta a la interrogante planteada debe ser afirmativa. Se trata de una cuestión que encontramos por planteada en los textos de nuestro Derecho histórico. El Libro del Consulado del Mar distingue en su Capítulo LV (“De cómo se puede poner en venta la nave entre patrón y accionista”) dos situaciones, atendiendo a si la nave había hecho o no el viaje. En el primer caso declaraba que:

“...no puede venderse una nave hasta haber hecho viaje... Porque no fuera justo ni razonable que uno o dos accionistas, por ligereza de cabeza o por sobra de dinero que tuviesen, deban ni puedan precisar al patrón del buque en que tuviesen partes a una subasta pública, si él no lo quisiera”.

En el segundo se decía:

“Pero después de haber hecho el buque su viaje, como arriba se declara, si todos los accionistas o el mayor número de ellos quieren subastar u obligar al patrón a subastar el buque, pueden ejecutarlo, sin que el patrón tenga derecho a contradecirlo, a menos que hubiese entre ellos y dicho patrón algún anterior convenio o promesa. Y si no existiese tal convenio, el buque puede y debe ponerse en venta: esto es decir, que los accionistas tienen facultad de compeler por justicia al patrón a la dicha subasta pública”.

En nuestro Derecho positivo existen también ciertos límites a ese poder de la mayoría (o, lo que es lo mismo, a las facultades de disolver la sociedad en cualquier momento), límites que hacen referencia fundamentalmente al principio de la buena fe. La venta del buque no debe poder llevarse a cabo cuando de ello se derive un perjuicio para la minoría, o bien un beneficio exclusivo para el o los socios mayoritarios. Encontramos un sólido apoyo positivo a esta afirmación en los arts. 224 y 225 del Código de Comercio y 1.705, pfo. 2.º y 1.70 del Código civil (57).

---

su veto a los acuerdos de la mayoría, para enajenar el buque en favor de cierta persona y bajo las condiciones convenidas con la misma. La oposición de un solo partícipe hará ineficaces semejantes acuerdos, pues, para ejecutarlos, exige el proyecto la unanimidad de todos los conductores. Cuando no pueda obtenerse y la mayoría persistiere en la enajenación del buque, deberá verificarse ésta en pública subasta”.

Vid. S.T.S. de 22 de febrero de 1958 (Colección legislativa. Tomo LXVI. 1958. Sentencia núm. 134, págs. 881 y ss. Ponente: D. JOAQUÍN DOMÍNGUEZ DE MOLINA), y el comentario a la misma en la siguiente nota y en pág. 31.

(57) No lo entendió así el Tribunal Supremo en la citada sentencia de 22 de febrero de 1958 en un caso en que la sociedad mayoritaria en la copropiedad de un buque promovió unilateralmente la venta del mismo en pública subasta poco después de haber ce-

### b) La formación de la mayoría

El Código establece una serie de reglas para la formación de los acuerdos por mayoría. Así, señala el art. 589, 3 que “constituirá mayoría la relativa de los socios votantes” (expresión en la que algún sector de la doctrina ha visto la exclusión de las abstenciones en el recuento de los votos (58)), criterio que es reiterado por el primer párrafo del art. 600. También expresa el Código el mecanismo que debe seguirse a la hora de asignar los votos: “la representación de la parte menor que haya en la copropiedad —dispone el párrafo 4.º del art. 589— tendrá derecho a un voto; y proporcionalmente los demás copropietarios tantos votos como partes iguales a la menor”.

No hay ninguna alusión, en cambio, a los requisitos que deben observarse en el procedimiento a seguir para garantizar una correcta formación de la voluntad mayoritaria, requisitos tales como forma y tiempo en que han de hacerse las convocatorias, las reuniones, el *quórum* necesario para considerar vinculantes los acuerdos, etc. Por ello, habrá que estar a lo dispuesto en el título constitutivo de la sociedad o, en su defecto, a los usos de cada lugar (art. 2.º C. de Co.).

Probablemente, este silencio se deba al hecho de que el condominio naval es una forma asociativa propia de la pequeña empresa pesquera o artesanal, cuyos componentes pertenecen, por lo general, a la misma localidad, en la que lo habitual sea la convocatoria *in voce* y donde no sea infrecuente que la adopción de los acuerdos se haga *ad referendum* (59).

### 3. El principio mayoritario en la constitución de la sociedad

Una vez sentado que para que exista condominio naval es necesaria una actividad en común de los partícipes y que esa actividad ha de estar dirigida necesariamente a la explotación comercial o industrial del buque de acuerdo con su destino específico, se plantea el problema de de-

---

lebrado un ventajoso contrato de fletamento con RENFE, subasta a la que acudió de remate dicha sociedad. La sociedad minoritaria solicitó en la demanda, entre otros pedidos, que no pueda decidirse la disolución de la sociedad hasta que no hubiese finalizado el referido contrato. El Tribunal rechazó la demanda declarando que “correspondiendo a los mayoritarios decidir la venta del buque, esta facultad resultaría ilusoria si hubiera de contar necesariamente con el acuerdo de la minoría para determinar aquellas condiciones, incluso con la reserva de aprobar el remate, que se halla explícitamente autorizada, sin distinciones, en el art. 2.051 de la referida L.E. Civ., el cual no puede entenderse limitado, como en el recurso se pretende, al caso de dueño único o de varios conformes con la venta, pues el repetido art. 592. C. Co. remite al procedimiento de la expresada Ley precisamente en el supuesto de disconformidad entre los copartícipes”. (Vid. el comentario a esta sentencia en la pág. 214).

(58) DUQUE, op. cit., pág. 100.

(59) DUQUE, op. cit., pág. 99.



terminar, partiendo de una situación de comunidad, si la constitución de la sociedad, esto es, el acuerdo, tácito o expreso, de los copropietarios de explotar el buque en interés común, requiere la unanimidad de todos ellos o, por el contrario, impera también aquí el principio de la mayoría. Para DUQUE es suficiente el acuerdo mayoritario, si bien tal hipótesis no nos situaría ante un contrato, pues para ello se necesitaría la unanimidad de todos los copropietarios (60). DIEZ-PICAZO, apoyándose en los arts. 592 y 598 del Código de Comercio, sostiene que la sociedad puede ser acordada por simple mayoría y en este caso los disidentes tienen una opción para ingresar en la sociedad o para separarse del condominio, recibimiento el valor de su cuota según la tasación judicial (61).

No obstante, a la vista de los textos vigentes, es preciso abordar la cuestión con cierta prudencia. Adviértase que el Código de Comercio adopta el principio de la mayoría tanto para los actos de administración de la sociedad como para los actos de disposición (si exceptuamos la venta por un mecanismo distinto al de la pública subasta). El principio de la mayoría se aplica, pues, una vez constituída la sociedad, como así lo atestigua el tan repetido párrafo 2.º del art. 589. Sin embargo, nada se dice de los pasos que deben seguirse, en este punto, para la constitución de la sociedad. Por ello será necesario recabar el apoyo de una norma que contemple el supuesto en el momento preciso, es decir en el momento en que existe una previa situación de comunidad susceptible de transformarse en condominio naval. Y, a mi juicio, ese texto nos lo proporciona el art. 398 C.c., que acoge el principio de la mayoría de intereses “para la administración y mejor disfrute de la cosa común”.

Puede gürirse en contra que el concepto de “administración” con-

---

(60) “La constitución de la sociedad —observa DUQUE—es ya, por eso mismo, un acto de la copropiedad, sometido a las normas que rigen el funcionamiento de la copropiedad. Por eso se dice habitualmente que en estos casos es posible la constitución de una sociedad mediante un acuerdo mayoritario”. En esta hipótesis —prosigue DUQUE— “la sociedad que nace no se debe a un contrato, para el que se requeriría la unanimidad de todos los partícipes, sino que la sociedad se constituye mediante un acuerdo de los copropietarios que se refiere a un asunto de la comunidad” (Op. cit., pág. 83).

A mi juicio, esta última afirmación no es exacta. El estado de sociedad (como, naturalmente, el de comunidad) origina una serie de obligaciones para todos los socios, y sabemos que en nuestro ordenamiento las obligaciones nacen “de la ley, de los contratos o cuasicontratos y de los actos y omisiones ilícitos en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia” (art. 1.089 C.c.). Así, si algunas de las obligaciones impuestas a los socios derivan de la ley, también en el momento de constitución de la sociedad pueden ser previstos otros deberes (de hecho lo normal es que sea así) no menos importantes. Por consiguiente, parece claro que tales deberes (tanto los legales como los convencionales) no pueden ser impuestos a ninguno de los partícipes sin su consentimiento. Es por ello que la propia ley ofrece al socio disidente la alternativa de separarse de la sociedad “ex art. 592 C. Co.”. Hasta tanto no opte por la renuncia, dicho socio está prestando su consentimiento al contrato de sociedad, del que forma parte.

(61) Op. cit., pág. 1.527.

tenido en dicho precepto adquiere una dimensión esencialmente conservadora, lejos del sentido lucrativo que se advierte en el ordenamiento mercantil y, en particular, en el instituto que estudiamos. Sin embargo, se olvida con ello que el bien objeto de la comunidad no es de tipo ordinario, sino caracterizado, como hemos venido insistiendo, por el hecho de que su fin específico, es precisamente ser empleado en el tráfico marítimo (62). De esta forma, el concepto de administración tal como lo hemos expuesto, si bien dotado de un significado profundamente dinámico, poco usual en el ordenamiento civil, debe encontrar su sede también en el art. 398 del Cód. Civil.

Una vez adoptado el acuerdo de constitución de la sociedad por la mayoría, entran automáticamente en juego las reglas del condominio naval, por lo que los copropietarios disidentes tienen la opción o bien de permanecer en la sociedad, o bien separarse de ella, de acuerdo con la interpretación del art. 592 del C. de Co. que nos parece más idónea.

El problema estriba en determinar de qué manera responden estos socios. En principio, el hecho de disponer de un derecho de opción y no decidirse por la renuncia, parece que les sitúa en el mismo nivel que los demás socios. Nuestro Código no dispone de un precepto similar al art. 283 del Código de la Navegación italiano de 1942, según el cual “de las obligaciones asumidas por la gestión común, los copropietarios son responsables frente a terceros en proporción a su respectiva cuota social; pero la responsabilidad de los copropietarios que no hayan prestado su consentimiento a la constitución de la sociedad no puede superar la suma de sus respectivas cuotas de participación en la nave”. Por contra, el Código italiano no contempla la hipótesis de la renuncia a su cuota de los socios minoritarios disconformes con la decisión de la mayoría respecto de la reparación, avituallamiento y equipamiento del buque en el puerto de salida (art. 592 C. de Co.), si bien sí permite el abandono de su cuota a los que no han consentido en la constitución de la sociedad “para liberarse de su participación en las pérdidas” (art. 285, pfo. 2.º). Pero se trata de un abandono no del tipo contemplado en el citado art. 592 (en el que los demás copropietarios tienen la obligación de adquirir las cuotas de los socios disidentes) sino similar al regulado por el art. 590, esto es, ante los acreedores sociales.

Nuestro derecho histórico también ha conocido supuestos en que los socios disidentes han gozado de un especial régimen respecto de los otros. Así, en el Libro del Consulado del Mar, cuando el patrón quería *aumentar el buque*, debía consultarlo con los accionistas, decidiendo la mayoría (Cap. IXL. Vid. *supra*, nota núm. 55), pero el siguiente Capítulo introducía un elemento corrector que venía a paliar las posibles con-

---

(62) DÍEZ-PICAZO incluye entre los actos de administración los “dirigidos a obtener de unos bienes su rendimiento normal de acuerdo con su contenido económico.” (“Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial”. I. 1983, pág. 75).

secuencias derivadas de esa decisión de la mayoría para los accionistas que la *repugnaban*, al limitar la obligación de éstos en lo relativo a su aportación al *aumento* (63).

Sin embargo, la lectura de los textos positivos nos induce a pensar que, como apuntábamos más arriba, los copropietarios que no han consentido en la constitución de la sociedad no gozan de un especial régimen de limitación de responsabilidad, sino que disponen de un derecho de opción: o pasan a formar parte de la sociedad, quedando sujetos con ello a idéntico régimen que el resto de los socios, o renuncian a su cuota de participación, en cuyo caso tales cuotas deben ser adquiridos obligatoriamente por los demás copropietarios, previa tasación judicial.

## V. EL NAVIERO GESTOR

El concepto de naviero en nuestro Derecho adolece, como se sabe, de unos contornos suficientemente perfilados. El Código de Comercio lo emplea en varios sentidos, sin dotarle de una significación estrictamente técnica. Unas veces lo concibe como un mero encargado de avituallar el buque (art. 586, pfo. 2.º), otras como representante de la propiedad de éste, en cuya virtud, podrá, en nombre propio, gestionar “cuanto interese al comercio” (art. 595, pfo. 2.º) (64), y otras, en fin, como un simple gestor de la copropiedad naval (art. 594, pfo. 1.º) (65). La faceta que a nosotros ahora nos interesa es esta última.

### 1. *Nombramiento y Revocación*

Sabemos que el condominio naval se rige por el principio de la mayoría, tanto para los actos de carácter administrativo como para los dispositivos, con la única excepción de la venta del buque por un procedimiento que no sea la subasta pública. Este principio, como es lógico, se exige también para la elección del naviero-gestor, aunque no se diga expresamente en el art. 594 del C. de Com. El mismo procedimiento seguido para su nombramiento se exige para su revocación (art. 594, párrafo 2.º).

El problema se presenta cuando alguno de los socios posee la mayoría de cuotas. Puede, y de hecho será así en la mayoría de los casos, convertirse en gestor, además con carácter irrevocable, dado que no ha

(63) Vid. nota 55.

(64) Por su parte, el art. 3.º de la Ley de 22 de diciembre de 1949, sobre transporte de mercancías bajo conocimiento, opta por un concepto plural a la hora de definir al naviero. Dice así que “...se entenderá por “naviero”, el propietario del buque que lo pertrecha, dota, avitualla, y lo explota por su cuenta y riesgo, y también a la persona encargada de representar al buque en el puerto en que éste se halle”.

(65) Vid. J. RUBIO, op. cit., aptdo. e), págs. 33 y s.

sido prevista su remoción por ningún otro procedimiento que no sea el señalado por el párrafo 2.º del art. 592. Existe, pues, el riesgo de que ese gestor mayoritario se exceda en sus facultades, actuando sin atender en cuenta el criterio del resto de los socios, o bien llevando a cabo la gestión de acuerdo con sus intereses particulares en detrimento del interés social.

Esta eventualidad, que ha sido prevista y solucionada en varios ordenamientos (66), no se contempla en el nuestro, por lo que es preciso acudir a la aplicación analógica de preceptos que, como el art. 132 del C. de Co., permite a los demás socios, en supuestos similares, o bien el nombramiento de un coadministrador o bien promover la rescisión del contrato ante el Juez competente, o el art. 398 C.c. que otorga la tutela judicial de los intereses de la minoría cuando el acuerdo de la mayoría “fuere gravemente perjudicial a los interesados en la cosa común”.

En otro orden de cosas, señalar que, a diferencia del Código holandés de 1838 y alemán (67), que exigen la unanimidad para ello, en nuestro Derecho no se requiere que la persona elegida por la mayoría sea copropietaria (art. 595, párrafo 1.º).

## 2. Capacidad y requisitos registrales

La persona elegida como gestor “deberá tener aptitud para comerciar y hallarse inscrito en la matrícula de comerciante de la provincia” (art. 595 C. de Co.). El nombramiento debe inscribirse, aunque la inscripción, naturalmente, no es constitutiva. Su existencia o no conllevará diferentes consecuencias en lo referente a las relaciones con terceros.

## 3. La Representación y las Facultades del Gestor

Señala el párrafo 2.º del art. 595 que “el naviero representará la propiedad del buque y podrá, en nombre propio y con tal carácter, gestionar judicial y extrajudicialmente cuanto interese al comercio”.

### a) ¿Cuál es el ámbito y alcance de esas facultades del naviero-gestor?

El Código no ha establecido un riguroso elenco de facultades y restricciones a su actividad, sino que dedica tan sólo dos preceptos, ambos

---

(66) Así, los Códigos finlandés y escandinavo, en cuyos arts. 26 y 14, respectivamente se dice que “si el armador gerente es propietario de la mitad o más del buque, el Tribunal puede, a petición de uno de los copropietarios, retirarlo de sus funciones, previas las razones fundadas del caso”.

(67) Ambos Códigos tan sólo admiten la posibilidad del nombramiento de un armador-gerente no copropietario, si es elegido por unanimidad (arts. 326 del Código holandés y 492 del alemán).

de carácter dispositivo, a regular, el primero, las facultades que podríamos considerar habituales de aquél (art. 597), y el segundo, a imponerle una serie de prohibiciones (art. 598). Es por ello que, para integrar este importante expediente, haya de atenderse, en primer lugar, a las disposiciones adoptadas al respecto por la mayoría de los socios. En defecto de ellas, y en lo que toca a sus atribuciones, el Código le otorga la de elegir y ajustar al capitán y la de contratar, en nombre de los propietarios, y dentro del ámbito específico de la actividad a que se dedica la sociedad, “en todo lo que se refiere a reparaciones, pormenor de la dotación, armamento, provisiones de víveres y combustibles y fletes del buque”, y, en general, “cuanto concierna a las necesidades de la navegación” (art. 597). Dentro de este marco, los copropietarios quedarán obligados por los contratos celebrados por el gestor.

Pero, ¿pueden tales facultades ser recortadas por los copropietarios, bien en el acta de nombramiento del gestor, bien en un momento posterior?; y, en todo caso, ¿quedarán obligados aquellos por los compromisos contraídos por éste excediéndose de las competencias que le fueron conferidas? En lo que se refiere a la primera interrogante, parece que la respuesta debe ser negativa. Tales facultades, por tratarse de las que afectan a los contratos más frecuentes y, por tanto, más necesitados de una mayor agilidad y rapidez, no pueden ser limitados por los acuerdos de la mayoría o, en todo caso, si ello fuera así, las restricciones no deben afectar a los terceros contratantes de buena fe (68).

Las fuentes de inspiración de nuestro Código respecto de esta institución así lo confirman. “El armamento colectivo (*Redherei*) —dispone el art. 495 del HGB— no puede oponer a un tercero las restricciones impuestas a los poderes del gerente tal como están establecidas en el art. 494 (este precepto contiene reglas similares a las de los arts. 597 y 598 de nuestro Código de Comercio) a menos que sea probado que tal restricción era conocida por el tercero en el momento de la conclusión del negocio de que se trate” (69).

De esta forma, la violación por parte del gestor de las limitaciones convencionales a las facultades que el art. 597 le atribuye, repercutirá

---

(68) “A través de la enumeración del art. 597 —observa DUQUE—, parece que el Código de comercio quiere reservar al gestor una esfera de poder propio y autónomo frente a los terceros. Estos han de saber que cuando contratan con una persona como gestor vincularán a los copropietarios, como si hubieran actuado ellos mismos, siempre que el contrato celebrado se refiera a las necesidades de la navegación, o, más concretamente, a alguna de las cuestiones (que también interesan a la navegación) enumeradas por el art. 597” (op. cit., pág. 102).

(69) En términos similares se expresa el art. 11, pfo. 3.º del Código escandinavo: “Si los copropietarios han restringido, por instrucciones especiales, los poderes que, con arreglo a las disposiciones de la ley corresponden, en general, al armador gerente, estas restricciones no son oponibles a terceros que hayan contratado de buena fe con él”.

tan sólo en las relaciones internas entre éste y aquéllos, pero no a las externas, a menos que el tercero conozca tales limitaciones.

#### b) Las restricciones legales a las facultades del naviero-gestor

De la misma forma que en el art. 597 del C. de Com. se contempla el ámbito general de las facultades del naviero-gestor, el 598 señala una serie de actos que éste no puede realizar con los poderes generales. Dice así este precepto que “el naviero no podrá ordenar un nuevo viaje ni ajustar para él un nuevo flete, ni asegurar el buque, sin autorización de su propietario o acuerdo de la mayoría de los copropietarios, salvo si en el acta de su nombramiento se le hubieren concedido estas facultades”. “Si contratare el seguro sin autorización para ello, responderá subsidiariamente de la solvencia del asegurador”.

“Estas restricciones —advierde DUQUE—, que en parte se hallan en los modelos inspiradores del Código de comercio, han sido objeto de crítica unánime en la doctrina española y se ha propuesto la supresión de las mismas porque ya no responden a las circunstancias en que se desarrolla la navegación contemporánea” (70).

“¿Qué efectos producirá —se pregunta DUQUE— la contravención por el gestor de lo dispuesto por el art. 598?”. Es esta una cuestión que nos acerca a la figura del factor. Apoyándose en la diferencia entre el art. 286 del C. de Com. [al que se asimilarían los correlativos de la L.S.A. (art. 76, pfo. 1.º) y de la L.S.R.L. (art. 11)], y el art. 597 (71) es-

---

(70) Op. cit., pág. 102.

Ya RUBIO había planteado el tema en estos términos: “¿Cómo se compaginan las amplias facultades del art. 595, (...), con el precepto del art. 598?”. “En realidad —advierde RUBIO—, el art. 598 lo único que hace es determinar los límites de cada empresa de navegación. El naviero sigue siendo para él, la persona bajo cuyo nombre gira la expedición marítima y la que, con independencia de sus relaciones con el dueño del buque, aparece en el tráfico como único titular del negocio; pero continuando una clara trayectoria histórica del derecho mercantil marítimo, cada viaje es considerado en el Código de Comercio como una empresa aislada. Las características tradicionales de la explotación de las naves, principalmente, para este caso, el que lo normal fuera la explotación por un naviero de un sólo buque y los riesgos de la navegación marítima que hacían de todo viaje una aventura (...), han configurado, no sólo un patrimonio autónomo alrededor de cada buque, sino cada expedición como una empresa dentro de la empresa. Por esto la de armamento de las naves ha conservado más que ninguna otra, como advierde MÜLLER ERZBACH, ese carácter de tener como objeto un acto concreto y aislado, propio en su origen de toda forma mercantil asociativa. De ahí que en muchas ocasiones se distinga en nuestro Código con relevancia jurídica, cada viaje de un buque como empresa independiente” (op. cit., págs. 34 y s.).

(71) “La diferencia de estos preceptos consiste en que, mientras al tratar del factor de un empresario individual o de los administradores de sociedades capitalista en general, no se determina el objeto del giro o tráfico del establecimiento, al dibujar las facultades frente a terceros del naviero-gestor —al cual se le exigen requisitos de capacidad y de inscripción equivalente a los exigidos para los factores: Cfr. art. 595, I y art. 282 y art. 76, I,

tima DUQUE que frente a terceros, y siempre que versen sobre los asuntos concernientes a la navegación del buque, “los contratos celebrados por el gestor, sin acuerdo de la mayoría y sin que se le hayan concedido facultades suficientes en el acta de nombramiento, deben también vincular a los copropietarios” (72). Una interpretación contraria, “apoyada en la consideración lógica y sistemática de los preceptos contemplados, no puede admitirse. Hay, por el contrario, argumentos que apoyan más bien la tesis contraria” (73).

El primero, según DUQUE, sería una extensión de las consecuencias de la contratación del seguro por el naviero sin acuerdo de la mayoría de los copropietarios (esto es, la responsabilidad subsidiaria de éste frente a la insolvencia del asegurador, pero no la nulidad del contrato) a los demás supuestos contemplados en la norma. El segundo se sustenta en una interpretación extensiva del art. 655 C. Co. que alude a la vinculación del naviero a ciertos contratos celebrados por el capitán en contravención de sus órdenes.

En mi opinión, tales argumentos carecen de solidez. El primero de ellos, porque si el Código hubiese querido extender los efectos señalados en el párrafo 2.º del art. 598 a los demás supuestos del párrafo primero, no parece haber ninguna razón para que no lo hubiera hecho constar así expresamente. El segundo porque el art. 655 está contemplando una hipótesis en que el capitán celebra el contrato “en ausencia del naviero” y esa *ausencia* hay que interpretarla en el sentido de que el contrato es celebrado en otro puerto donde este último carece de representación y donde difícilmente podrán los terceros contratantes conocer cuáles son esas órdenes e instrucciones dadas al capitán; circunstancia ésta que, obviamente, no se da en el supuesto que estudiamos, donde las restricciones a la gestión del naviero se hallan establecidas por la propia ley.

A pesar de ello, creo que debe llegarse a la solución apuntada por DUQUE, pero siguiendo una vía diferente. A mi juicio, esa vía la encontramos en el párrafo 2.º del art. 595 donde se dice que el naviero podrá, en nombre propio, y con tal carácter, gestionar extrajudicialmente “cuanto interese al comercio”. Hay que diferenciar, pues, entre la gestión comercial y la gestión náutica propiamente dicha. Esta última es la que se hallaría contemplada en el art. 597 y estaría referida a las facultades concedidas *ex lege*, muy dudosamente susceptibles de ser limitadas convencionalmente (advirtase que cuando el art. 597 alude a los “fletes del buque” está pensando en los fletes ya contratados, por lo que las funciones del gestor respecto de los mismos se reduciría a las operacio-

1 RRM— concreta el objeto de la actividad de la empresa naviera: la navegación” (op. cit., pág. 103).

(72) Op. cit., pág. 102.

(73) Opinión sostenida también por GAMECHOGOICOECHA: “Tratado de Derecho Marítimo”, II. Págs. 158 y ss.

nes necesarias para ejecutar las prestaciones prometidas). La actividad llevada a cabo por el naviero-gestor en la órbita de la gestión náutica lo sería en “nombre de los propietarios”, por lo que los compromisos por él contraídos obligarían tan sólo a éstos frente a terceros (independientemente, como es manifiesto, de la facultad de los condóminos de pedir cuentas al naviero de su gestión).

En el ámbito de la gestión comercial, en cambio, las facultades del naviero han de serle conferidas convencionalmente, y en el ejercicio de las competencias así otorgadas actuaría también en nombre ajeno. Fuera de esas competencias, pero siempre que contrate en el marco de la actividad propia de la industria o el comercio marítimo al que se dedica el buque (entre ellos, singularmente, los supuestos recogidos en el párrafo 1.º del art. 598), el naviero actuaría en nombre propio, pero por cuenta de los socios. Planteada en estos términos la cuestión, podemos acudir al art. 287 del Código de Comercio (74) a cuyo tenor, “el contrato hecho por un factor en nombre propio, le obligará directamente con la persona con quien lo hubiere celebrado; mas si la negociación se hubiere hecho por cuenta del principal, la otra parte contratante podrá dirigir su acción contra el factor o contra el principal” (75).

De esta forma, en el ámbito de las facultades que conciernen a la navegación, esto es, las del art. 597, y de las comerciales que le son otorgadas por los socios, los compromisos contraídos por el naviero-gestor obligan tan sólo a aquéllos. En el de la gestión comercial llevada a cabo al margen de los acuerdos sociales, tales compromisos no sólo obligarán a los partícipes, sino también al propio gestor. Sólo así, creemos, puede salvarse una interpretación que, con evidente razón, propugna la doctrina de forma prácticamente unánime.

#### 4. *La gestión per “facta concludentia”*

El art. 594 del Código de Comercio exige a los copropietarios que nombren a un gestor que les represente. ¿Qué ocurre cuando no lo hacen?

(74) Que deroga a este respecto la disciplina del art. 1.717 del Código Civil.

(75) A esta misma conclusión parece haber llegado también VICENT CHULIA: “Todo hace pensar que el naviero gestor puede actuar, como todo representante, de dos modos, en nombre propio y en nombre del representante del buque. Cuando actúa, en nombre propio, con el carácter de naviero, compromete su propia responsabilidad en lo relacionado con la actividad comercial, además de la del propietario por cuya cuenta actúa (es el sistema de responsabilidad establecido en el art. 287 del Código). Cuando actúa en nombre del propietario, por el contrario, compromete directa y exclusivamente la responsabilidad de éste en todo lo relacionado con la actividad comercial. Tanto en el caso de propietario individual, como de propietario colectivo o condominio naval” (“Naviero, propietario de buque y empresario de navegación y del transporte en el Código de Comercio español”. En R.J.C., 1976, pág. 598).



En mi opinión, a falta de nombramiento, las funciones, responsabilidades y cargas propias del naviero deben recaer sobre aquella persona que desarrolla la actividad que al gestor asignan los arts. 595.2, 596.1, 597, 600, 602 y 603 del Código de Comercio, y que haga presumir razonablemente que cuenta con el consenso tácito (derivado de *facta concludentia*) de los condóminos. Si ello es así, los compromisos suscritos por aquél vincularán a estos últimos de forma análoga a lo dispuesto en el art. 286 del Código acerca del factor notorio. En el plano de las relaciones internas, su gestión quedará sujeta a las responsabilidades y deberes que le imponen los arts. 599 y 601 C. Co. (76).

Así lo entendió la Sentencia de 18 de junio de 1902 (77): "... la circunstancia de no ser X —el que contrató la reparación del buque— el naviero nombrado por los copropietarios, no se oponía a que por mutuo consentimiento desempeñase las funciones de tal relativas al avituallamiento y representación del vapor, siendo el que en realidad tenía su administración y efectuaba todos los pagos y cobros..."

No, en cambio, incomprensiblemente, la ya citada Sentencia de 22 de febrero de 1958 (78) que conoció de un supuesto en que la sociedad demandada, partícipe mayoritaria en el condominio de un buque, promovió unilateralmente la venta de éste en pública subasta, a la que acudió de remate. El T.S., para desestimar uno de los motivos del recurso de casación interpuesto por la sociedad demandante (socia minoritaria) en el que se denunciaba violación por interpretación errónea del artículo 1.459, pfo. 2.º del Cód. Civil (la Audiencia confirmó el fallo de primera instancia, desestimatorio de la demanda), en el que se prohíbe a los mandatarios adquirir, ni siquiera en "subasta pública o judicial", "los bienes de cuya administración o enajenación estuviesen encargados", arguyó que "la sociedad adjudicataria, aunque instó la venta en pública subasta, no lo hizo en representación de la comunidad que no podía serlo en los negocios contractuales pues carece de personalidad jurídica, ni siquiera en la representación de la copartícipe minoritaria, sino en su propio nombre y en el ejercicio del derecho que como mayoritaria le corresponde por consecuencia de lo ordenado en el art. 592 del C. de Co. ...".

Con ello se quiebra, pensamos, el espíritu que informa el propio texto invocado por nuestro alto Tribunal, pues la exigencia de la venta del buque en subasta pública no tiene otro objetivo que la protección de las minorías en el condominio (79), protección que cabalmente decae cuando es el propio socio mayoritario el que —como adujo la actora en la

---

(76) Vid. STS de 20 de diciembre de 1968 (Rep. Ar. núm. 5.893. Ponente: D. J. CALVILLO MARTÍNEZ).

(77) Colección legislativa. Tomo 93 (1.º de 1902). Sentencia núm. 176, págs. 1.010 y ss. Ponente: D. ANTONIO ALONSO CASAMA.

(78) Vid. notas 56 y 57.

(79) Vid. en este sentido el pasaje de la Exposición de Motivos del Código transcrito en la nota núm. 56.

demanda— “acuerda sacar el buque a pública subasta; fija el tipo de ésta; se reserva el derecho de aceptar y aprobar el remate; acude a la subasta como postor y, por último, acepta y aprueba el remate (...) actuando —en expresión gráfica del demandante— como un auténtico “Juan Palomo” (80).

## VI. EL REGIMEN FUNCIONAL DEL CONDOMINIO

### 1. *La Configuración Jurídica de los Partícipes*

#### A) *Las Cuotas*

Las cuotas son porciones ideales en la propiedad del buque, y pueden ser de igual o diferente medida. A diferencia de otros Ordenamientos (81), el Derecho español no establece un número máximo de partes en que puede dividirse la propiedad de un buque. A efectos de adopción de los acuerdos sociales, el Código de Comercio, siguiendo el artículo 320.2 del Holandés de 1838, tan sólo señala que “la representación de la parte menor que haya en la propiedad tendrá derecho a un voto; y proporcionalmente los demás copropietarios tantos votos como partes iguales a la menor” (art. 589.5).

#### *Transmisibilidad de las cuotas*

Las cuotas son transmisibles *intervivos* y *mortis causa*. Sin embargo, existen una serie de especialidades que conviene destacar:

#### a) *Los derechos de preferencia*

Un elemento diferencial relevante respecto del régimen general de sociedades lo constituyen los derechos de preferencia en la venta de cuotas a extraños.

A diferencia con la comunidad ordinaria, que tan sólo contempla el derecho de retracto en el caso de venta un extraño de la parte de todos o de alguno de los copropietarios (art. 1.522 CC, exceptuando el específico régimen del art. 396 CC), los partícipes en la propiedad de un buque disponen en igual hipótesis tanto del derecho de retracto como del

---

(80) Estudios precedentes a esta sentencia sobre el mismo supuesto son los trabajos de URÍA (“¿Procede el retracto de un copartícipe contra otro adquirente del buque común en pública subasta?”. ADC, 1949 págs. 1.123 y ss.), y de RODRÍGUEZ-QUIRÓS, ya citado.

(81) El francés e italiano lo dividen en 24 *quirats* o *carati*. El inglés en 64 *shares*.

de tanteo (art. 575) (82). En este punto, el Código actual se alejó del de 1829 en dos extremos: en primer lugar, añade el derecho de retracto, y en segundo término, limita el ejercicio de tales derechos a las ventas hechas a extraños (art. 612 del Código de 1929).

El plazo de ejercicio del derecho de retracto —dentro de los nueve días siguientes a la inscripción de la venta en el Registro—, es idéntico al contemplado en el art. 1.524 del C. Civil, si bien el Código de Comercio no contempla la hipótesis de la no inscripción de la venta. En tal caso, habrá que aplicar lo dispuesto en el citado precepto civil, esto es, que el plazo empieza a correr desde que el socio retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta.

Tampoco habla el Código del supuesto en que más de un socio quiera usar de tales derechos (en cuyo caso parece claro que el titular de una cuota puede venderla al condómino que desee), ni cuál es el precio que habrá de satisfacer por hacerlo, ni cuál es la situación que ocupa una vez ejercitado el derecho, por lo que hay que acudir nuevamente a las reglas del Código civil (arts. 1.522, 2 y 1.525, respectivamente). Sí se alude, en cambio, al momento en que se debe entregar el precio, que debe consignarse en el acto.

b) ¿Es hipotecable la cuota del copropietario del buque?

Ya hemos visto que, a semejanza de lo que ocurre en la proindivisión ordinaria, el condómino puede enajenar o ceder su cuota, pero, ¿puede hipotecarla de la misma forma? El Código mercantil no se pronuncia sobre este extremo. Si acudimos a las normas del Derecho Civil habría que contestar afirmativamente (83). Sin embargo, es dudoso que esta solución sea aplicable a la cuota de participación en el condominio naval, en primer lugar, porque hay que tener en cuenta los antecedentes legislativos (art. 470 del Código de SAINZ DE ANDINO) que permitían aquella eventualidad, por lo que el silencio de la Ley hay que interpretarlo de forma restrictiva.

Existe también un argumento de carácter sistemático. La ley de Hipoteca Naval habla de la hipoteca del buque en su conjunto (art. 5), pero nada dice de la cuota del condominio, con lo que, parece, se quiere impedir esta eventualidad.

Concurren, por último, motivos de naturaleza práctica, apuntados por DUQUE. Con la negativa, nos dice, “se eliminan problemas de prelación entre acreedores hipotecarios sobre la totalidad de los acreedores hipotecarios sobre la parte”. En definitiva, “estamos en presencia de un nuevo ataque a la independencia del derecho real del comunero so-

(82) Sobre este tema puede verse el dictámen ya citado de R. URÍA.

(83) En este sentido GAMECHOGOICOECHA, op. cit., págs. 153 y ss.

bre el buque en beneficio del derecho de crédito frente a la comunidad” (84).

## B) *Los derechos y obligaciones de los copropietarios*

### a) *Derechos*

1. Derechos de preferencia para la compra de las cuotas de los demás condóminos (art. 575).

2. Derechos de preferencia a la hora de concertar un contrato de fletamento. Esta facultad se halla recogida en el art. 593, a cuyo tenor “los propietarios de un buque tendrán preferencia en su fletamento sobre los que no lo sean, en igualdad de condiciones y precio”.

A diferencia de lo que ocurre con los derechos de tanteo y retracto, en esta hipótesis el Código ha previsto la eventualidad de que dos o más condóminos utilizaren esta facultad, en cuyo caso, “será preferido el que tenga mayor participación; y, si tuvieren la misma, decidirá la suerte”.

3. Derecho de prioridad a la hora de asumir el cargo de Capitán del buque. El art. 596 contempla el supuesto de que fuesen dos o más copropietarios los que solicitasen para sí el cargo de Capitán. En tal caso, “decidirá la discordia el voto de los asociados”. Si en la votación resultare empate, se aplica la regla de la mayor participación y, subsidiariamente, la de la suerte (art. 596.2 y 3).

El hecho de que sea Capitán un copropietario le confiere también una serie de privilegios (ver arts. 606 y 607) de los que carece el Capitán ajeno a la propiedad del buque.

Se han criticado estas normas por entender que se refieren a una forma de navegación arcaica, en la que el capitán tenía participación en la nave e intereses en su explotación, estando su actividad caracterizada por una mezcla de funciones técnicas con otras de carácter comercial. Esta concepción —se dice— está superada en la actualidad, en que el capitán es exclusivamente un profesional marítimo.

Estas impresiones son correctas si se piensa en las grandes compañías navieras en forma anónima, propietarias de buques de elevado tonelaje, supuesto que es difícil concebir a un accionista postulando por el cargo de Capitán. Sin embargo, deben ser desechadas en el ámbito que estudiamos, caracterizado por una copropiedad sobre buques de reducido tamaño, por lo común pequeños pesqueros o embarcaciones de cabotaje local o nacional, que generalmente son tripulados por sus mismos propietarios.

4. Derecho al acceso a los libros y correspondencia relativa al bu-

---

(84) Op. cit., pág. 97.

que y a sus expediciones, información que debe serles facilitadas por el naviero-gestor (art. 599).

5. En el caso que hubiere beneficios, los copropietarios tienen derecho a reclamar, por vía ejecutiva, al naviero-gestor el importe correspondiente a su participación (art. 601.1). Para ello, será título ejecutivo el acta de aprobación de las cuentas, con el sólo requisito de que las firmas contenidas en ella hayan sido reconocidas (art. 601.2).

#### b) Deberes y Obligaciones

Los condóminos están sometidos a las decisiones de la mayoría (artículo 589.2). Deben subvenir, en la proporción de sus cuotas, a los gastos de reparación del buque y a los demás que se lleven a cabo por la decisión de la mayoría, así como a los de mantenimiento, equipo y pertrechamiento de aquél, necesarios para la navegación (art. 591).

Respecto de tales gastos, y al objeto de evitar que los socios no conformes se vean constreñidos a soportarlos sin su consentimiento, el artículo 592 otorga a los minoritarios la facultad de renunciar a su participación, desvinculándose del acuerdo de la mayoría. En tal caso, los demás socios deberán adquirir dicha participación “previa tasación judicial de la parte o partes cedidas” (art. 592.1) (85). “La facultad de renunciar —observa DUQUE— significa la salida de la sociedad, que se constituye —y continúa— entre los socios a favor y los minoritarios que no han hecho uso de su derecho a separarse” (86).

Tal facultad se pregona de aquellos gastos previos a un viaje del buque, pero no de los que puedan originarse durante el mismo, a cuya satisfacción quedarán obligados todos los socios. Esta es la conclusión que cabe extraer de la expresión “en el puerto de salida” utilizada por el artículo 592.

### VIII. EL REGIMEN DE RESPONSABILIDAD

Cuando se aborda el estudio del régimen de responsabilidad en el condominio naval, es necesario hacer una distinción entre la llamada “responsabilidad de la sociedad” y la de cada uno de los socios. Abordaremos en primer lugar el estudio de la primera, para pasar posterior-

---

(85) “...como sería injusto obligar a los partícipes a hacer desembolsos de importancia o que no pudiesen realizar —dice la Exposición de Motivos del Código de Comercio—, se otorga a los que se opusieron a los acuerdos de la mayoría, un recurso que la práctica tiene establecido y que consiste en renunciar a su participación en el buque, la cual adquirirán forzosamente los demás copropietarios, previa tasación; recurso muy eficaz, por otra parte, para detener e impedir las resoluciones apasionadas o maliciosas de la mayoría”.

(86) Op. cit., pág. 98.

mente al análisis de la forma en que responden los copropietarios.

### 1. *¿La responsabilidad de la sociedad?*

#### a) Respecto de las deudas particulares de los socios

En este punto, el Código alude tan sólo a las deudas particulares de los socios y su repercusión en el patrimonio del condominio, constituido fundamentalmente por el buque. Señala el último párrafo del artículo 589 que “por las deudas particulares de un partícipe en el buque, no podrá ser éste detenido, embargado ni ejecutado en su totalidad, sino que el procedimiento se contraerá a la porción que en el buque tuviere el deudor, sin poner obstáculo a la navegación”.

La defensa de la empresa marítima adquiere, también en materia de responsabilidad, una posición prioritaria. El buque, como elemento primordial de la explotación societaria queda a salvo de los medios de ataque de que disponen los acreedores particulares de los socios que habrán de dirigir única y exclusivamente contra la cuota del partícipe deudor, siempre, además, que con ello no se cause obstáculo a la navegación. Esta medida viene a enmarcarse, en definitiva, dentro del sistema de protección de la empresa mercantil que como regla general establece el art. 174 del C. de Co.

Se impone, pues —tal como observa DUQUE—, el interés general a la conservación de la empresa marítima, a la no interrupción de la misma por procedimientos ejecutivos que pudieran dispersar sus elementos, poniendo fin a la unidad empresarial o interrumpir la prestación de sus servicios (87). “El interés a la conservación de la compleja cosa buque —apunta DUQUE— y, sobre todo, al funcionamiento de la empresa marítima, que no tolera la interrupción del viaje (Cfr. art. 584) explican esta norma: este interés prima sobre los intereses de los acreedores particulares de los copropietarios” (88).

#### b) *¿Deudas de la sociedad o deudas sociales?*

El Código no hace alusión alguna a las deudas de la sociedad, lo cual parece razonable si admitimos que el condominio naval es una forma asociativa que carece de personalidad jurídica. En rigor, la responsabilidad derivada del incumplimiento de las obligaciones tanto en el ámbito contractual como extracontractual, parece gravitar, pues, sobre cada uno de los socios, que responderán tanto con el patrimonio comprometido en la sociedad naval, como con el resto de sus bienes.

---

(87) Op. cit., pág. 105.

(88) Op. cit., pág. 105.

Sin embargo, lo cierto es que no cabe aplicar el mismo régimen a las deudas particulares de los socios que a las contraídas en el marco de la gestión propia de la actividad a la que se ha destinado el buque. Nos movemos aquí en dos niveles diametralmente diferentes que afectan, también de distinta forma, al patrimonio común: el primero, ya visto, reflejado en el último párrafo del art. 589; el segundo, si bien no se halla contemplado expresamente en el Código de Comercio, cabe extraerlo de la lectura de algunos de los preceptos dedicados a esta institución. No puede hablarse de deudas de la sociedad, pues ésta carece de personalidad jurídica, pero sí, en cambio, de deudas sociales (89), es decir, aquellas que recaen sobre el patrimonio social que, de esta forma, quedará afectado (además en primer grado) a su satisfacción (90).

Vemos un ejemplo de lo dicho en el art. 608 del C. Co. El Derecho del capitán a la indemnización en caso de resolución del contrato por venta del buque está garantizado (en caso de insolvencia de los vendedores) por el propio objeto vendido, que “quedará afecto a la seguridad del pago de dicha indemnización”. El nuevo propietario lo adquiere, pues, sujeto a una garantía de naturaleza real en favor del capitán.

La subsidiariedad aquí es incontestable por cuanto el buque ha cambiado de titular. Sin embargo, respecto de las deudas sociales se transforma en responsabilidad directa mientras permanezca bajo el poder de los condóminos, precisamente por tratarse del principal elemento de garantía de los acreedores de la copropiedad que no disponen, o, al menos, es muy dudoso que así sea, de la garantía de una relación de solidaridad entre los partícipes. La afectación del buque a este tipo de deudas no debe presentar, a la vista del citado art. 608, mayores dificultades. Sólo cuando el importe de las deudas supere el valor del patrimonio social, quedarán afectados los patrimonios individuales de los socios.

En lo que toca a la preferencia de los créditos, no coincidimos con la opinión que mantiene DUQUE (91) por cuanto de la lectura del artículo 580 del C. de Co. parece colegirse que los créditos generados como consecuencia de operaciones propias de la explotación marítima del buque son preferentes a los créditos que hayan podido contraer particularmente cada uno de los socios.

## 2. *La Responsabilidad de los Socios*

Al estudiar la figura del naviero gestor veámos de qué forma vinculaban a los copropietarios los contratos celebrados por aquél dentro

---

(89) A ellas parece referirse DUQUE cuando habla de acreedores sociales (op. cit., pág. 105).

(90) En contra DUQUE (op. cit. pág. 105), para quien la responsabilidad del patrimonio común debe situarse al mismo nivel que la de los copropietarios.

(91) Vid. op. cit., pág. 106.

del marco de lo que denominábamos la gestión náutica y comercial propia de la actividad a que estaba destinado el buque. La interrogante que ahora se plantea hace referencia a si la responsabilidad de los socios es limitada o universal, y si solidaria o mancomunada. Vémoslo separadamente.

a) *¿Responsabilidad universal o responsabilidad limitada?*

Es evidente que el Código ha dedicado una mayor atención a articular las relaciones externas de la copropiedad naval que a otros aspectos de la institución. Con todo, también aquí la regulación es precaria y adolece de importantes lagunas, singularmente en lo relativo a aquellos extremos a los que antes aludíamos. Ante este silencio parece que la única vía de integración de que disponemos son las reglas hermenéuticas generales, o bien la de extraer de entre aquellas figuras más afines a la que estudiamos las normas que puedan proporcionarnos una solución más adecuada.

Pero antes de nada, conviene deslindar los distintos supuestos de donde pueden derivar la responsabilidad de los socios, sometidos cada uno de ellos a disciplinas ciertamente diferentes. Nos encontramos así con dos hipótesis fundamentales:

1. La responsabilidad derivada de “los actos del capitán” de que habla el art. 587 (art. 590), hipótesis a la que hay que asimilar la responsabilidad por *abordaje*.

2. La responsabilidad por los compromisos contraídos por el naviero-gestor, tanto en el ejercicio de sus facultades, convencionales o legales, como en los casos en que se extralimita de las mismas, y por los actos del capitán no encuadrables en el art. 587.

a.1.) La responsabilidad de los socios por los “actos del capitán” y por *abordaje*.

Dispone el art. 590 que “los copropietarios de un buque serán civilmente responsables, en la proporción de su haber social, a las resultas de los actos del capitán de que habla el artículo 587”. “Cada copropietario podrá eximirse de esta responsabilidad por el abandono ante Notario de la parte de propiedad del buque que le corresponda”.

Así pues, en materia de responsabilidad *ex recepto* los socios del condominio naval participan de las limitaciones de que goza el naviero individual, a través de un mecanismo peculiar del Derecho marítimo: el abandono. La diferencia entre unos y otro reside en que mientras este último debe abandonar el buque “con todas sus pertenencias y los fletes que se hubieren devengado en el viaje” (art. 587), el condómino se libera mediante el abandono de su cuota a los acreedores. Ello se extien-



de, pensamos, no sólo a su participación en la propiedad del buque y sus pertenencias, sino también a lo que le corresponda por los fletes devengados, así como por cualquier otro activo del condominio. Así parece desprenderse de la expresión “haber social” que emplea el art. 590 C. de Co. en su primer párrafo.

Por contra, el abandono de la cuota está sujeto a una serie de requisitos: primero, que se haga ante Notario, y segundo —apuntado por DUQUE— que la situación de copropiedad del buque está dotada de la publicidad registral (92). “Si la copropiedad no se ha inscrito —observa DUQUE— el copropietario no podrá limitar su responsabilidad ni mediante el abandono en el supuesto del art. 590, ni en los casos de abordaje, por el procedimiento “ad valorem” del art. 837” (93). En el mismo sentido parece pronunciarse GIRON (94).

Si bien el Código no hace referencia alguna a la limitación de la responsabilidad *ad valorem* del condómino por abordaje, entendemos que, en efecto, una interpretación analógica del art. 837 en este sentido no debe ofrecer mayores dificultades (95).

No obstante, cabe establecer una distinción fundamental entre la limitación de la responsabilidad *ex recepto* y la limitación por abordaje. En la primera nos situamos en un marco claramente contractual, por lo que la exigencia de inscripción registral para conceder aquella limitación tiene, aunque no deja de ser discutible, cierto sentido. Sin embargo, tal exigencia debe decaer en la segunda hipótesis, al menos en su dimensión extracontractual, por cuanto al no mediar una relación negocial previa entre dañante y perjudicado no podemos, cabalmente, dar entrada al elemento de la publicidad, pensado, básicamente, para la protección de terceros contratantes. La limitación de responsabilidad *ad valorem* en caso de abordaje debe regir, pues, tanto si la situación de copropiedad está registrada como si no.

---

(92) Este presupuesto —reconoce DUQUE— “no está previsto expresamente en el Código de Comercio, pero es una consecuencia lógica del régimen obligatorio de publicidad registral que establece para el naviero individual” (op. cit., pág. 108).

(93) “La inscripción —arguye— no es constitutiva de la cualidad de naviero, ni por lo tanto, jurídicamente decisiva para que se aplique el régimen de la copropiedad previsto en los arts. 589 y ss. del C. de Co., pero sí lo es para que se produzcan algunos efectos, de los cuales el más importante es el de la oponibilidad frente a terceros de la cualidad de naviero, cualidad de la que, a su vez, depende que una persona pueda ampararse en los sistemas de limitación de responsabilidad previstos tradicionalmente en la actividad marítima” (Op. cit., pág. 108).

(94) Op. cit., pág. 207.

(95) En el mismo sentido, DUQUE, op. cit., págs. 108 y s.

- a.2) La responsabilidad de los socios por los compromisos contraídos por el naviero-gestor y por los actos del capitán no contemplados por el art. 587.

Es fuera de las hipótesis que acabamos de estudiar donde surge el problema relativo a la limitación o no de la responsabilidad de los condóminos. Nuestro Código de Comercio tan sólo establece unas reglas de distribución de cargas y responsabilidades entre los socios, en proporción a sus respectivas cuotas (arts. 590, pfo. 1.º y 591, pfo. 1.º), pero no hace ninguna mención a si la responsabilidad de aquéllos es o no ilimitada.

Quizá, una primera solución podría hallarse en la disciplina de las sociedades típicas. Sin embargo, el carácter autónomo del condominio naval impide la aplicación de aquellas normas que para tales sociedades regulan esta materia.

Para DUQUE (96) y JORDANO (97) la responsabilidad de los copropietarios es ilimitada. El principio general, en efecto, es claro: "Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros", dice el art. 1.911 del Código civil. La cuestión consiste en dilucidar si el régimen de responsabilidad de los condóminos es susceptible o no de encuadrarse en algunos de los supuestos de limitación establecidos por el Código de Comercio, al margen, naturalmente, de los vistos más arriba. A mi juicio, el ordenamiento ofrece suficientes recursos a aquellos que deseen constituir una sociedad para limitar su responsabilidad a lo a ella aportado. De otro lado, las características del condominio naval, como sociedad de carácter autónomo y de naturaleza irregular, está muy lejos de concordar con las de las sociedades tipificadas que limitan la responsabilidad de sus socios.

Además, el hecho de que la ley haya previsto determinados casos de limitación de la responsabilidad del naviero, sea individual, sea colectivo, nos hace pensar que para las demás hipótesis, aquélla debe ser ilimitada (98). Por nuestra parte, pues, no vemos ningún motivo que haga decaer el principio general contenido en el art. 1.911 del Código civil.

---

(96) Op. cit., pág. 109.

(97) Op. cit., pág. 462.

(98) El Código de Comercio alemán sienta como principio general que el armador (*Rheder*) responde con todos sus bienes, salvo en los casos expresamente reseñados, en que lo hace tan sólo con el navío y el flete (art. 486). Respecto del armador colectivo (*Rhederei*), dispone el art. 495 que "cuando está obligado por un acto del gestor del navío, los coarmadores responderán de la misma forma que si el acto hubiese sido realizado por ellos mismos". De esta manera el armamento colectivo responde tan sólo con el navío y el flete en los casos en que, por consecuencia de los actos del capitán, un sólo armador responde dentro de los mismos límites. Sin embargo, los coarmadores responden con todos sus bienes de las obligaciones contraídas por el naviero-gestor.

b) *¿Solidaridad o mancomunidad?*

El silencio del Código de Comercio en este punto es absoluto. No hallamos en él texto alguno en que se recoja una regla de carácter general acerca de la forma en que deben responder las partes en las obligaciones con pluralidad de sujetos. Es por ello que, nuevamente, debemos acudir al régimen del Código civil, que nos remite a los arts. 1.137 y 1.138, preceptos que, como se sabe, sancionan la regla de la no presunción de la solidaridad.

Parece, pues, que las relaciones de los copropietarios frente a terceros están sometidos a las reglas de la mancomunidad (99), a no ser que la ley o la convención determinen expresamente la solidaridad. Pero, ¿es ésta la solución más adecuada para este ámbito? La exclusión de la solidaridad y la correlativa presunción de mancomunidad establecida por los arts. 1.137 y 1.138 del Código Civil son reglas que han sido puestas en tela de juicio por algún sector de la doctrina (100), que propugna una solución contraria, singularmente en el ámbito de las relaciones mercantiles, en aras de la seguridad de un tráfico caracterizado por su agilidad y rapidez y necesitado de las máximas garantías posibles para los que contratan en él. Esta es también la tendencia que se detecta en un buen número de sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo, cuya línea actual es notablemente proclive a acoger la tesis de la solidaridad en relaciones con pluralidad de sujetos (101).

---

(99) Vid. la distinción entre mancomunidad y parciariedad apuntada por DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos...* I, cit., págs. 428 y ss.

(100) HERNÁNDEZ-GIL: "El principio de la no presunción de la solidaridad". En *Revista de Derecho Privado*, febrero, 1947. Págs. 81 y ss., donde lleva a cabo un detallado estudio de dicho principio, de sus antecedentes, del estado de la doctrina y de los criterios jurisprudenciales acerca del mismo, así como de la situación en el derecho comparado.

La conclusión de HERNÁNDEZ-GIL es que "el principio de la no presunción de la solidaridad, recogidos en términos muy absolutos por el Código Civil, no goza de muy sólida consistencia, ni en el orden histórico, ni en el económico, ni en el del derecho comparado, sin que, por otra parte, se trate propiamente de un postulado del Derecho natural que haya de mantenerse. Es muy clara y general la tendencia hacia su limitación y eliminación (...). En todo caso —prosigue— parece conveniente establecer una presunción de solidaridad en los supuestos de concurrencia de deudores en obligaciones con prestación indivisible, así como, en general, en las obligaciones mercantiles" (pág. 96).

(101) Vid. entre otras, sentencias de 19 julio 1989 (Ponente, D. A. SÁNCHEZ JAÚREGUI. —Contrato de prestación de servicios. Abogado: reclamación de honorarios—), 13 febrero 1989 (Rep. Ar. núm. 832. Ponente: D. M. MALPICA GONZÁLEZ-ELIPE. —Arrendamientos Urbanos. Traspaso de local de negocio no apto para la actividad a desarrollar por falta de autorización administrativa—. También en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil (CCJC) núm. 19, enero-abril/1989. Comentario de G. GARCÍA CANTERO), 24 enero 1989 (Rep. Ar. núm. 120. Ponente: D. J. SANTOS BRIZ. —Contrato de obra—), 12 mayo 1987 (Rep. Ar. núm. 3.435. Ponente: D. M. FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO. —Sociedad irregular—), 27 marzo 1987 (Rep. Ar. núm. 1.838. Ponente: D. J. LATOUR BROTONS. —Contrato de compraventa—), 12 marzo 1987 (Rep. Ar. núm. 1.436. Ponente: D. J. SANTOS BRIZ. —Contrato de cuenta corriente bancaria—), 20 octubre

Sin embargo, el tema de la solidaridad debe abordarse con extremada cautela en una actividad donde su aplicación puede dar lugar a resultados especialmente injustos. En efecto, pensemos en los socios que disponen de cuotas muy reducidas en la copropiedad del buque. ¿Puede sostenerse que los acreedores están facultados para exigirles la totalidad de la deuda? En el otro extremo pueden plantearse, por el contrario, situaciones en las cuales el principio de solidaridad parece el más adecuado. Sin embargo, no siendo posible, al menos desde una perspectiva rigurosamente técnica, aplicar reglas diferentes para supuestos similares, es preciso decidirse por una u otra posibilidad, es decir, de lo que se trata es de hallar una regla general, aplicable a todos los casos.

Decíamos más arriba que debido a la especial configuración del condominio naval (sociedad estructurada en torno a un objeto determinado) existe un patrimonio especialmente afecto a la satisfacción de las deudas derivadas de su explotación, y que dicho patrimonio debe, respecto de tales deudas, responder en primer lugar. Hasta aquí, pues, no parece que quepa hablar de solidaridad o mancomunidad. Este problema se plantea respecto de aquella parte de la deuda que exceda del valor del patrimonio social, y cuya satisfacción, por consiguiente, no puede ser hecha por medio de dicho patrimonio. De ella responderá, ilimitadamente, como vimos en el apartado anterior, el patrimonio particular de cada uno de los partícipes. La pregunta entonces es clara: ¿esa responsabilidad ha de ser solidaria o mancomunada? O, planteada de otra forma, ¿existe algún dato en los textos positivos que hagan decaer la regla general de la presunción de mancomunidad a la hora de deter-

---

1986 (Rep. Ar. núm. 5.943. Ponente: D. M. MALPICA GONZÁLEZ-ELIPE. —Contrato de obra—), 30 diciembre 1985 (Rep. Ar. núm. 6.621. Ponente: D. C. DE LA VEGA BENAYAS. —Contrato de obra—), 23 noviembre 1985 (Rep. Ar. núm. 5.634. Ponente: D. J. M. GÓMEZ DE LA BARCENA Y LÓPEZ. —Contrato de obra—), 17 junio 1985 (Rep. Ar. núm. 3.276. Ponente: D. R. PÉREZ GIMENO. —Contrato de obra—), 26 abril 1985 (Rep. Ar. núm. 1991. Ponente: D. J. DE CASTRO GARCÍA. —Contrato de préstamo), 7 enero 1984 (Rep. Ar. núm. 340. Ponente: D. A. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. —Contrato de obra—), 30 abril 1983 (Rep. Ar. núm. 2.200. Ponente: D. J. DE CASTRO GARCÍA. —Sociedad irregular—), 7 abril 1983 (Rep. Ar. núm. 2.104. Ponente: D. C. SERENA VELLOSO. —Contrato de arrendamiento de obra—. También en CCJC núm. 2, abril-agosto/1983. Comentario de L. H. CLAVERIA GOSALBEZ), 7 octubre 1982 (Rep. Ar. núm. 5.546. Ponente: D. A. SÁNCHEZ JAÚREGUI. —Contrato de prestación de servicios. Arquitecto: reclamación de honorarios—), 14 junio 1982 (Rep. Ar. núm. 3.425. Ponente: D. A. SÁNCHEZ VELLOSO. —Contrato de obra—) y 2 marzo 1981 (Rep. Ar. núm. 879. Ponente: D. J. SANTOS BRIZ. —Contrato de prestación de servicios. Ingeniero: reclamación de honorarios).

Como excepciones a esta doctrina, pueden verse las sentencias 21 enero 1989 (Rep. Ar. núm. 156. Ponente D. E. FERNÁNDEZ-CID DE TEMES —cesión de créditos) y 12 junio 1987 (Rep. Ar. núm. 4.296. Ponente: D. R. PÉREZ GIMENO —contrato de obra—. “No hay responsabilidad solidaria —se dice en ella— cuando se puede individualizar la correspondiente a cada uno de los culpables de los defectos constructivos”).

minar la responsabilidad de los socios o, por el contrario, debe aplicarse dicha regla general?

A la hora de buscar una justificación para someter a los copropietarios de un buque a una relación solidaria se ha acudido a la figura de la sociedad irregular y de la aplicación de las reglas de la sociedad colectiva, como modelo social supletorio para aquellas formas asociativas que carecen de carácter regular. Así se expresaban DE LA GANDARA y GARCIA VILLAVERDE:

“Varias personas que, actuando en una empresa mercantil, en principio, y con las reservas que luego veremos, deben ser tratados como tal sociedad por razones de seguridad y garantía en el tráfico. Si esta figura no aparece encuadrada específicamente dentro de alguno de los tipos de sociedades que presenta la legislación mercantil debe ser llevada al régimen de la sociedad colectiva, dada su función como sociedad general, lo cual trae como consecuencia la aplicación de una responsabilidad personal, ilimitada y solidaria (art. 127 C. de Co.). Para anular el equívoco, creado por una apariencia societaria del condominio, el legislador arbitra, en el Ordenamiento, un medio técnico adecuado: la publicación en el Registro Mercantil” (102).

Para DUQUE, en principio, la responsabilidad, ante el silencio de la ley, debe ser solidaria, aceptando la tesis de DE LA GANDARA y GARCIA VILLAVERDE (103). JORDANO (104) y DIEZ-PICAZO (105), por el contrario, se inclinan por la idea de la responsabilidad mancomunada.

*Prima facie*, pudiera parecer que la primera es la tesis correcta. El condominio naval, señalan sus defensores, es una forma societaria y como tal, debería constar en el Registro. Si no es así, estaríamos ante una sociedad irregular lo que habrá de llevarnos a aplicar las reglas de las sociedades colectivas en punto a la responsabilidad de los socios. De esta forma, los condóminos responderán solidariamente de las deudas sociales (art. 127 del C. de Co.). Este es también el régimen que hallamos en las fuentes romanas (106).

Ya GIRON TENA había anticipado esta idea, quizá inspirándose en la solución dada por el Código Italiano de la Navegación de

---

(102) “En torno al problema de la responsabilidad de los condóminos del buque”. Revista Española de Derecho Mercantil, 1965, págs. 29 y ss.

(103) Op. cit., págs. 110 y ss.

(104) Op. cit., pág. 462.

(105) “El condominio...”, cit., pág. 1.527.

(106) “Si plures navem exercent, cum quolibet eorum in solidum agi potest” (ULPIANO. Dig. XIV. I.1.25) y el mismo ULPiano en Dig. XIV.I.4. “Si tamen plures per se navem exercent, proportionibus exercitionis conveniuntur; neque enim invicem sui magistri videntur”(1). “Sed si plures exercent: unum autem de numero suo magistrum facerint, huius nomine in solidum poterum conveniri (2).

1942 (107), pero la propuso a modo de revisión de la disciplina del condominio (108). El verdadero carácter del condominio en este punto había sido ya advertido por el propio GIRON:

“... en el Derecho Mercantil no debiera autorizarse la actividad de empresas asociativas distintas de las jurídico-mercantiles sin particulares garantías. El rigor propio de este tráfico se expresaba precisamente por la función de sociedad general de la Sociedad colectiva: toda figura que no entrara en otro tipo expresamente acompañándose de la voluntad de los socios de la observancia de las adecuadas garantías, vendría, al margen de esa voluntad y automáticamente, por el juego mismo del concepto, bajo el tipo de colectiva, que, con su riguroso régimen de responsabilidad, actúa la protección máxima deseable de terceros. Pues bien, en el Derecho marítimo este tipo peculiar que es el condominio presenta una aparente excepción: actuación en tráfico económico de una comunidad. En realidad, lo que sucede es que en esa comunidad hay injertado un régimen social, y sobre todo, el mecanismo de garantía de terceros es especial, pues es, simplemente, el marítimo de afectación real y responsabilidad con el buque según la tradición, más o menos fuera ya de lugar, pero sin que esto obs-  
te al argumento” (109).

Este es, en efecto, el estado de la cuestión. No es momento de entrar en polémica acerca de si es más justo o no la aplicación de la regla de la solidaridad respecto de las relaciones de los copropietarios con terceros. Hemos visto que pueden darse un buen número de situaciones que aconsejarían, en cada caso, una u otra solución. Por ello, es preciso acomodar nuestra respuesta a lo que nos dicen los textos vigentes. En esta dirección, creemos que la aplicación de las reglas de la sociedad irregular o de la forma social supletoria, carece del apoyo del derecho positivo, y ello en base a los siguientes datos:

1. El condominio naval, aun careciendo de personalidad jurídica, es una auténtica sociedad, de carácter autónomo, que está sometida, tanto

---

(107) Así, se dispone en el segundo párrafo de su art. 284 que “A falta de la publicidad prescrita para la constitución, los copropietarios que han prestado su consentimiento responderán solidariamente”. Y en el párrafo 4 que “A falta de la publicidad prescrita en el art. 282 (para el gerente de la sociedad), el gerente es personalmente responsable frente a terceros de las obligaciones asumidas por la gestión social”.

(108) Decía así GIRON: “Pero hay un extremo en el que hay que revisar el cambio de los supuestos: el de régimen de responsabilidad. (...) La responsabilidad proporcional a las partes, no solidaria y con aplicación en su caso del régimen de Derecho marítimo de limitación deben otorgarse a una copropiedad de la que se conozcan sus miembros. Si no, debe establecerse una solidaridad de responsabilidad, hasta tanto se dé una publicidad suficiente para que se conozca la composición personal del condominio. Esta publicidad en nuestro Derecho puede apoyarse simplemente en el Registro de buques sobre la base real del buque mismo y, por tanto, en el derecho real”.

(109) Op. cit., pág. 198.

en sus relaciones externas como internas, a unas reglas específicas y particulares que la alejan sensiblemente de cualquier otro tipo social.

2. A diferencia de lo que ocurre con las sociedades irregulares, el condominio está caracterizado por la existencia de un patrimonio común que se hallara afecto, mediante una responsabilidad ilimitada y de primer grado, a la satisfacción de las deudas sociales.

3. Aquella especialidad a que hacíamos referencia se manifiesta en esa afectación del buque a la responsabilidad tanto contractual como extracontractual de los socios, que unas veces podrán liberarse mediante el abandono de su cuota, pero otras, el peso de las deudas sociales gravitará sobre su patrimonio particular, concretamente en aquellas hipótesis en las que el abandono o la limitación de la responsabilidad *ad valorem* no entran en juego y el valor del buque sea insuficiente para satisfacer la totalidad de esta clase de deudas.

4. La consecuencia de la no inscripción en el Registro exigida por el art. 118 del C. de Co., no es la responsabilidad solidaria de los partícipes, sino la de los encargados de la gestión social (art. 120). Pero ni siquiera este precepto es aplicable en nuestro caso porque ha sido el propio legislador quien ha previsto la eventualidad de una constitución tácita de esta compañía, sin que por ello sancione ni con la responsabilidad solidaria de los socios, ni con la de los gestores (en el caso de que hubiera más de uno) sino, más bien, lo contrario. Así se expresa con claridad meridiana en la Exposición de Motivos del Código:

“... y para que no se dude acerca de la naturaleza jurídica de esta sociedad tácita o presunta, se declara igualmente que la responsabilidad de cada uno de éstos será en proporción al interés o participación que tenga en el buque, y aun de esta responsabilidad podrán eximirse haciendo abandono, ante Notario, de la parte de propiedad que les corresponda. De este principio general se deduce, y así se declara, que en dicha proporción quedarán obligados a las resultas de los actos que ejecute el capitán, a los gastos de reparación del buque y a los demás que fuesen necesarios para la navegación”.

5. La lectura de varios de los preceptos que disciplinan esta figura también nos hace pensar que lo que en realidad se quiere es que los socios respondan en proporción a su participación en la propiedad del buque. Así, el párrafo 1.º de los arts. 590 y 600 en lo relativo a las relaciones externas y art. 591 en lo que toca a las internas.

En definitiva, la alternativa por vía de solución apuntada por GIRON no deja de ser, en todo caso, una cuestión de *lege ferenda*, obviamente no aplicable en la práctica, como pretenden DE LA GANDARRA y GARCIA VILLAVERDE, si nos atenemos al actual dictado de los textos legales. Ello, naturalmente, con independencia de los criterios correctores introducidos por la jurisprudencia, muy proclive a la apre-

ciación de las reglas de la solidaridad tanto en materia contractual (110), como extracontractual (111).

En conclusión, y atendiendo a las razones que acabo de apuntar, no veo motivos para derogar aquí el régimen general en materia de responsabilidad contenido en los arts. 1.137 y 1.138 del Código civil. De esta forma, del mismo modo que para enervar la aplicación de la regla general de responsabilidad universal del art. 1.199 del Código civil los copropietarios deben constituir, observando los requisitos legales exigidos, una sociedad que limite esa responsabilidad, para derogar la exclusión de solidaridad expresada en el art. 1.137 C.c., será preciso que así se acuerde entre los propios copartícipes, o bien que se prevea expresamente en cada uno de los contratos celebrados por éstos. No obstante,

---

(110) Vid. nota 101.

(111) Sentencias de *20 febrero 1989* (Rep. Ar. núm. 1.213. Ponente: D. J. SANTOS BRIZ. También en CCJC núm. 19, enero-abril/1989. Comentario de F. IGARTUA), *10 octubre 1988* (Rep. Ar. núm. 7.393. Ponente: D. R. LOPEZ VILAS), *8 octubre 1988* (Rep. Ar. núm. 7.393. Ponente: D. M. FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO), *8 julio 1988* (Rep. Ar. núm. 5.681. Ponente: D. M. MALPICA GONZÁLEZ-ELIPE), *19 diciembre 1987* (Rep. ar. núm. 9.589. Ponente: D. A. CARRETERO PÉREZ), *1 diciembre 1987* (Rep. Ar. núm. 9.171. Ponente: D. A. BARCALA Y TRILLO-FIGUEROA), *2 febrero 1987* (Rep. Ar. núm. 673. Ponente: D. C. SERENA VELLOSO), *8 mayo 1986* (Rep. Ar. núm. 2.669. Ponente D. A. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ), *7 febrero 1986* (Rep. Ar. núm. 446. Ponente: D. M. FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO), *13 septiembre 1985* (Rep. Ar. núm. 4.259. Ponente D. R. CASARES CÓRDOBA), *30 mayo 1985* Rep. Ar. núm. 2.833. Ponente: D. J. L. ALBACAR LOPEZ), *14 noviembre 1984* (Rep. Ar. núm. 5.551. Ponente: D. J. M. DE LA BARCENA y LOPEZ), *31 octubre 1984* (Rep. Ar. núm. 5.159. Ponente D. A. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ), *2 febrero 1984* (Rep. Ar. núm. 570. Ponente: D. J. DE CASTRO Y GARCÍA), *28 noviembre 1983* (Rep. Ar. núm. 6.679. Ponente: D. J. BELTRÁN DE HEREDIA y CASTANO), *31 mayo 1983* (Rep. Ar. núm. 2.956. Ponente: D. C. SERENA VELLOSO), *30 mayo 1983* (Rep. Ar. núm. 2.919. Ponente: D. R. PÉREZ GIMENO), *28 marzo 1983* (Rep. Ar. núm. 1.647. Ponente: D. J. SANTOS BRIZ), *17 marzo 1983* (Rep. Ar. núm. 1.482. Ponente: D. C. SERENA VELLOSO), *28 febrero 1983* (Rep. Ar. núm. 1.083. Ponente: D. C. DE LA VEGA BENAYAS), *8 febrero 1983* (Rep. Ar. núm. 867. Ponente: D. J. SANTOS BRIZ), *27 octubre 1982* (Rep. Ar. núm. 5.577. Ponente: D. A. SÁNCHEZ JÁUREGUI), *28 mayo 1982* (Rep. Ar. núm. 2.606. Ponente: D. J. DE CASTRO GARCÍA), *4 mayo 1982* (Rep. Ar. núm. 2.549. Ponente: D. C. SERENA VELLOSO), *31 marzo 1982* (Rep. Ar. núm. 1.552. Ponente: D. R. CASARES CÓRDOBA), *27 noviembre 1981* (Rep. Ar. núm. 4.632. Ponente D. J. A. SEIJAS MARTÍNEZ), *17 noviembre 1980* (Rep. Ar. núm. 4.206. Ponente: D. J. SANTOS BRIZ), *6 noviembre 1980* (Rep. Ar. núm. 4.203. Ponente: D. J. M. DE LA BARCENA y LOPEZ), *29 marzo 1980* (Rep. Ar. núm. 1.232. Ponente: D. A. SÁNCHEZ JÁUREGUI), *17 marzo 1980* (Rep. Ar. núm. 1.118. Ponente: D. J. SANTOS BRIZ).

No apreció, en cambio, una relación solidaria entre los demandantes la sentencia de *28 abril 1983* (Rep. Ar. núm. 2.195. Ponente: D. C. DE LA VEGA BENAYAS), en un supuesto de fallecimiento por caída producida por una res, en cuanto fue posible “diferenciar la res que provocó la caída”. Más significativas en este sentido es la sentencia de *3 abril 1987* (Rep. Ar. núm. 2.485. Ponente: D. R. LOPEZ VILAS), que conoció un hecho en que el accidente fue causado por dos conductores. Señalando la Audiencia una concreta participación de cada uno de ellos en el accidente, el TS no estimó el motivo del recurso que solicitaba la condena solidaria señalando que no hay responsabilidad cuando se determina la concreta responsabilidad de cada dañante.



te, no dudo que a pesar de lo dicho, los Tribunales, en todos aquellos casos en que estimen que es de justicia, aplicarán el régimen de solidaridad entre los condóminos (112).

## VIII. LA EXTINCION DEL CONDOMINIO NAVAL

Tampoco es excesivamente prolijo el Código a la hora de articular las formas de extinción del condominio naval. Tan sólo alude a ello en el párrafo 2.º del art. 592, donde se prevé la disolución de la Compañía por el voto mayoritario de los partícipes (113).

En lo relativo a la venta del buque, se plantea la duda de si conlleva la disolución automática de la sociedad cuando v. g., se hace para adquirir otra nave y continuar con la misma actividad. En principio, parece que la respuesta debe ser negativa. Sin embargo, dado que el condominio se articula fundamentalmente en torno al buque como objeto individualizado y que constituye la base física de la empresa, pensamos que en el ejemplo propuesto estaríamos ante la disolución de una sociedad y la constitución de una nueva. Esta es también la solución adoptada por el Código de Comercio alemán, en cuyo art. 506 se dice que “el acuerdo de enajenar el buque equivale a la disolución”.

Pero, naturalmente, el acuerdo mayoritario no es la única causa de disolución de la sociedad. En este punto nos podemos valer de la disciplina específica de algunos tipos sociales en aquellas hipótesis susceptibles de proyectarse sobre la figura que estudiamos, singularmente, la de las sociedades personalistas. Podemos establecer así, siguiendo a DUQUE, dos grandes grupos de causas de disolución:

---

(112) Así ha ocurrido en la única ocasión que, en lo que llega a mi conocimiento, se ha presentado ante el Tribunal Supremo uno de estos supuestos. Me refiero a la sentencia de 11 de octubre de 1927 (Colección Legislativa. Tomo 177 (5.º de 1927). Sent. núm. 52. Págs. 247 y ss. Ponente: D. R. SALUSTIANO PORTAL). Se trataba de una reclamación de cantidad por unos trabajos de reparación hechos en un buque en régimen de condominio, y en el que el demandante se dirigió exclusivamente contra uno de los condóminos, por ser éste quien le había encargado el trabajo. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación presentado por el demandado, en uno de cuyos motivos alegaba que su participación en el buque era de una octava parte, y que había consignado su parte en la deuda en la citada proporción. El Tribunal rechazó dicho motivo, declarando la relación solidaria entre los copartícipes del buque en base a ciertas conductas de éstos que así lo hacía presumir. Se decía así en la sentencia que “...como en el recibo de fecha X, suscrito por los nuevos vendedores del vapor A.F. dan por recibida todos ellos la suma de 90.000 pesetas en parte del precio, no pueden ir contra sus propios actos, respondiendo mancomunadamente, y con arreglo a su participación en aquel buque de tal cantidad, sino que a cada uno de ellos debe declarársele responsable del total, sin que sea óbice lo dispuesto en los arts. 1.137 y 1.295 del Código Civil y en los 393, 590, 591 y 592 del Comercio...”.

(113) Sobre esta materia ver el trabajo ya citado de QUIRÓS.

### 1. *Disolución por causas objetivas:*

- a) Por el transcurso del término por el cual se constituyó la sociedad.
- b) Por la consecución del objeto social o la imposibilidad de obtener el fin para el cual se constituyó la sociedad.
- c) Por la pérdida del buque.

### 2. *Causas subjetivas o referentes a los socios:*

Parece que aquí el único supuesto de disolución de la sociedad es el acuerdo mayoritario de los socios. Al no tener el condominio naval un carácter *intuitu personae*, la muerte o incapacidad de alguno o algunos de los copropietarios no produce *de iure* la disolución. Lo mismo cabe decir de la quiebra de los socios. Ya hemos visto que las deudas particulares de cada uno de ellos no afectan a la sociedad, sino tan sólo a la cuota del socio deudor, que puede ser objeto del ataque de los acreedores siempre y cuando tal ataque no afecte a la navegación (art. 589, párrafo último).

## CONCLUSIONES

1. El condominio naval es una figura gestada en los puertos medievales europeos que ha llegado hasta nosotros con escasas modificaciones. El dilema comunidad-sociedad como elemento de conflicto referido a su naturaleza jurídica, y en torno al cual existe una profunda polémica doctrinal, me parece un planteamiento erróneo. En rigor, desde mi punto de vista, a la interrogante que hay que dar una respuesta es no tanto a la de qué es el condominio naval, cuanto a la de cuándo estamos ante esta institución.

2. La copropiedad naval es una forma asociativa con carta de naturaleza propia y que posee una doble dimensión: por un lado, la relativa a la titularidad, donde se manifiesta como una proindivisión, pero que nada o muy poco tiene que ver con la ordinaria; y de otro, una asociación de carácter autónomo y disciplinada por reglas propias y específicas, que entrarán en juego siempre que concurren las siguientes circunstancias:

a) Que existan varios propietarios de un buque y que se dediquen al tráfico marítimo.

b) Que medie un acuerdo, expreso o tácito, de aquéllos para explotar la nave.

c) Que el buque sea mercante.

d) Que aquella explotación esté en consonancia con el fin o destino natural del buque: la industria o el comercio marítimo.

3. El principio mayoritario se erige como uno de los elementos esenciales del condominio y gobierna la práctica totalidad de la actividad

que se desarrolla a lo largo de la existencia de la sociedad. Este principio quiebra tan sólo para el supuesto que se quiera vender el buque por cualquier procedimiento que no sea la subasta pública, en cuyo caso se exige el acuerdo unánime de los partícipes. Como contrapartida a este sistema, los socios minoritarios disponen del derecho de renuncia a su cuota cuando disientan de los acuerdos de la mayoría respecto de la reparación, equipo y avituallamiento del buque en el puerto de salida.

De otro lado, el principio mayoritario debe estar sometido a ciertos límites, en especial en la hipótesis de venta del buque, límites que han de venir impuestos por la buena fe.

En lo relativo a la constitución de la sociedad, debe regir también el criterio de la mayoría en base al art. 398 del C. Civil. En este caso, los socios minoritarios tienen el derecho de optar entre permanecer en la sociedad o renunciar a su participación "ex art. 592" C. Co. En el primer supuesto, quedarán plenamente integrados en ella, disponiendo de los mismos derechos, estando sujetos a idénticos deberes y obligaciones, y respondiendo de la misma forma que el resto de los socios.

4. El denominado naviero por el art. 495 del C. Co. es en realidad un mandatario o gestor que representa a la copropiedad. En el marco de las facultades que le son conferidas por los propios partícipes o por la ley (artículo 597), el naviero-gestor actúa en nombre y por cuenta de aquéllos, por lo que de los compromisos que haya contraído dentro de ese marco responderán los socios exclusivamente. Fuera de él, pero siempre que sea dentro del giro o tráfico propio del tipo de explotación a que se haya destinado el buque, el gestor actúa en nombre propio, pero por cuenta ajena, por lo que responderá juntamente con los socios.

5. Los partícipes en el condominio naval gozan de idéntico régimen de limitación de responsabilidad *ex recepto* y *ad valorem* que el naviero individual. Para las demás hipótesis responderán ilimitada y mancomunadamente.

## No discriminación por razón de sexo: Derecho internacional privado español

Por ALEGRIA BORRAS

Catedrática de Derecho internacional privado. Universidad de Barcelona

### I. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE NO DISCRIMINACION POR RAZON DE SEXO

1. La Constitución 1978 ha incidido en todos los ámbitos de la vida española y, entre ellos, en las materias de Derecho internacional privado. Por esta razón se han producido modificaciones legislativas importantes (1). Sin embargo, la aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo no había recibido plena eficacia desde el momento que perduraba en la norma de conflicto aplicable a las relaciones personales y patrimoniales derivadas del matrimonio y la cuestión de la incidencial del matrimonio en la vecindad civil de los cónyuges. En efecto, en relación a los efectos del matrimonio, a falta de nacionalidad común, en el texto vigente antes de la Constitución, de 1974 (2), se aplicaba la ley nacional del marido al tiempo de la celebración del matrimonio. Por

---

(1) Ley 30/1981, de 7 de julio (*B.O.E.*, 20 de julio), que incluye un nuevo art. 107 sobre ley aplicable al divorcio y a la separación. Ver CARRILLO SALCEDO, J. A.; "La nouvelle réglementation du mariage dans le droit international privé espagnol", *Revue critique de Droit international privé*, 1983, pp. 1-35. También, Ley 51/1982, de 13 de julio (*B.O.E.* 30 de julio) sobre la nacionalidad y Ley 7/1985, de 1.º de julio (*B.O.E.* 3 de julio) sobre los derechos y libertades de los extranjeros, entre las disposiciones destacadas en el ámbito de Derecho Internacional Privado.

(2) Comentario sobre la reforma de 1974 de M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, volumen I, pp. 145-161; CARRILLO SALCEDO, J. A.: "Le nouveau Droit international privé espagnol", *Annuaire suisse de droit international*, 1976, pp. 9-35; IGLESIAS, J.L.: "Le nouveau système de règles de conflit du droit international privé espagnol", *Revue critique de droit international privé*, 1976, pp. 397-423; comentario de A. MARÍN en *Comentarios a las reformas del Código civil*, vol. I, Madrid, 1977, pp. 440-449 y, del mismo autor, "Los efectos del matrimonio en la reciente reglamentación española de Derecho internacional privado", *Anuario de Derecho civil*, vol. I, 1974, pp. 73-94.

otra parte, la vecindad civil, en cuanto conexión aplicable a los cónyuges españoles para determinar la ley aplicable dentro de las que coexisten en España, se mantenía que la mujer seguía la vecindad civil del marido (3).

Sin embargo, aquellas normas estaban derogadas por las disposiciones de los artículos 14 y 32, 1.º de la Constitución sin necesidad siquiera de declaración de inconstitucionalidad por el Tribunal constitucional (4), habiendo sido diferentes las soluciones propuestas por la doctrina para colmar el vacío así creado. Sin embargo, la situación era compleja desde el punto de vista práctico, puesto que en muchas ocasiones seguían aplicándose las normas anteriores, en cuanto su texto, aunque contrario a la Constitución, seguía apareciendo en el Código Civil.

2. De ahí que haya habido un largo proceso de modificación de estos artículos, que ha sido más largo y lento de lo deseable. La causa del retraso no se encuentra precisamente en los supuestos de tráfico privado internacional, sino ha sido, sobre todo, en relación a los conflictos de leyes de carácter interno que se producen en España como consecuencia de tratarse de un ordenamiento plurilegislativo.

Mención especial merece el proyecto de 1985 (5) de modificación del título preliminar del Código civil. La preocupación en el tema movilizó a diversos sectores y, concretamente en Cataluña, dio lugar a un informe de la Comisión Jurídica Asesora (6), en el que ya se manifestaban las dudas sobre algunos de los problemas que más adelante veremos. Otras propuestas menores fueron realizadas después (7), pero el

---

(3) Cuando, sin embargo, en materia de nacionalidad, ya en 1975 desapareció disposición similar, estableciéndose, como principio, que el matrimonio no afecta a la nacionalidad de los cónyuges y admitiendo que cualquiera de los cónyuges pudiera optar por la nacionalidad española del otro. Esta norma fue modificada en 1982, en el sentido de establecer que el extranjero casado con español o española, podrá adquirir la nacionalidad española por residencia, beneficiándose del plazo más breve de residencia existente, que es el de un año, disposición que se mantiene en la actual ley de 1990.

(4) Tal como siempre dijo J. D. GONZÁLEZ CAMPOS. Ver en *Derecho internacional privado. Parte especial*, 3.ª ed., Oviedo, 1990, sobre la base del art. 53 de la Constitución, de la Sentencia del Tribunal Constitucional 80/1982, de 20 de diciembre (en la que se subraya la "vinculatoriedad inmediata del art. 14") y también del *obiter dictum* del Tribunal Supremo en su sentencia de 6 de octubre de 1986, comentada por M. AMORES en *La Ley*, 1986, 4, pp. 725 y ss. y en *Revista Española de Derecho Internacional*, 1987, 1, pp. 239 y ss.

(5) Cuyo texto puede verse en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, número 1405, de 25 de diciembre de 1985.

(6) Informe 1/87, aprobado por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña el 7 de julio, sobre Ponencia de E. ROCA y A. BORRÁS. Las conclusiones publicadas en la *Memoria 1987*, pp. 35-38.

(7) Como la presentada por el grupo parlamentario del CDS con fecha 6 de junio de 1988 (*B.O. de las Cortes Generales*, Senado III Legislatura. Serie II, n.º 214 (a). de 30 de junio de 1988, comentada por A. BORRÁS en *Revista Española de Derecho Internacional*, 1989, 1, pp. 348-349.

mpulso decisivo fue más reciente, sobre la base de las reivindicaciones de diversos movimientos e institutos de defensa de los derechos de la mujer que condujeron a la presentación de un nuevo proyecto (8), que aunque limitado en sus disposiciones, tiene una enorme trascendencia en el ámbito del Derecho internacional privado.

3. Es así como se llega a la ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código civil en materia de no discriminación por razón de sexo (9) que, además de la modificación de una serie de normas materiales, que no son objeto de este comentario (10), realiza modificación importante de una serie de disposiciones de Derecho internacional privado.

Las disposiciones a las que se hará referencia son los artículos 9, apartados 2 y 3, relativos a los efectos del matrimonio, y apartado 8, relativo a las sucesiones (y, específicamente, a los derechos del cónyuge superstite), y al art. 16, sobre los efectos del matrimonio en los supuestos de tráfico interno, ámbito en el que también hay que situar los artículos 14 y 15 (11), relativos a la vecindad civil, en cuanto conexión utilizada en los conflictos de carácter interno.

Las normas de referencia afectan tanto a la dimensión internacional del derecho internacional privado, es decir, a los problemas derivados del denominado tráfico privado internacional, como a su dimensión interna (el denominado derecho interregional), consecuencia de la señalada coexistencia de ordenamientos civiles distintos en España. No debe dejar de señalarse que la frecuencia con que éstos se producen, tiene como consecuencia una especial preocupación práctica en relación a esta materia. Pero, además, ambos aspectos pueden aparecer en muchas ocasiones mezclados, en cuanto que si una norma de derecho internacional privado de otro país designa como aplicable el ordenamiento español, habrá de determinarse cuál de los ordenamientos españoles que coexisten debe ser aplicado, teniendo en cuenta las peculiaridades que más adelante se indicarán.

4. Antes de pasar a examinar los aspectos más relevantes de la ley de 15 de octubre de 1990, conviene referirse a una de las disposiciones que aparece como modificada en el texto, sin que, en realidad, constituya una modificación sino una corrección de errores. Me refiero, espe-

---

(8) Proposición de ley, presentada por el Grupo Socialista del Congreso, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, IV Legislatura, B, n.º 13-1, de 15 de diciembre de 1989.

(9) *B.O.E.* de 18 de octubre de 1990. Comentario de esta ley de A. BORRÁS en *Revue critique de droit international privé*, 1991 y de Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS en *Iprax*, 1991.

(10) Concretamente, los arts. 93, 159, 648, 1 y 2, 754, 756, 852, 853, 1066, 1257 y 1924, 2, B.

(11) Aunque este último no fuera modificado juntamente con los anteriores sino por la ley 18/1990, de 17 de diciembre, a la que se hará referencia más adelante.

cíficamente, a la norma del art. 9, 5 relativa a las normas de Derecho internacional privado en materia de adopción. La introducción de una norma relativa a esta materia puede resultar, incluso, curiosa, en una norma dedicada a la aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo cuando esta disposición no tenía ningún problema de esta naturaleza. En efecto, la ley 21/87, de 11 de noviembre, sobre adopción (12) introdujo un texto para el art. 9, 5 que es el que ahora aquí se reproduce, pero cambiando dos palabras que, como se puso de relieve inmediatamente después de publicada la ley de adopción, claramente constituyó un error en relación a aquella norma. El problema radicaba en que, en algunos de sus extremos, utilizaba el término “adoptante” en vez del término “adoptado” y, en el inciso final de la norma, decía “conocimiento” en vez de “consentimiento”. No deja, pues, de ser curiosa la forma utilizada para tal corrección (13).

## II. LA DIMENSION INTERNACIONAL DE LA REFORMA

### 1. Efectos personales y patrimoniales del matrimonio

#### A) *El problema calificativo*

1. Una cuestión tradicional en el tema de los efectos del matrimonio es el planteamiento de las dudas acerca de si determinados efectos del matrimonio, específicamente los incluidos en el denominado “régimen primario” deben ser incluidos en el ámbito de los efectos personales o de los efectos patrimoniales del matrimonio, lo cual tiene trascendencia en el ámbito del derecho internacional privado si la ley reguladora de unos y otros no es la misma, sin perjuicio de que pueda consi-

---

(12) Sobre los aspectos de Derecho internacional privado de la ley, BOUZA, N.: “La nueva ley 21/87, de 11 de noviembre, sobre adopción y su proyección en el Derecho internacional privado”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1987, 6, pp. 897 y ss.; BRIOSE, P.: *Constitución de la adopción en Derecho internacional privado*, Madrid, 1990; PAZ AGUERAS, J.M.: *La adopción consular*, Madrid, 1990; RODRÍGUEZ MATEOS, P.: “La nueva orientación de la adopción internacional en la ley 21/1987, de 11 de noviembre”, *La Ley*, 1987, pp. 783 y ss. y *La adopción internacional*, Oviedo, 1988.

(13) Merece destacarse, además, que esta disposición no aparecía en el Proyecto originario, sino que fue objeto de una enmienda del Grupo Parlamentario Socialista en el Senado, que se justifica en razón de la “errata mecanográfica en la publicación de el B.O.E.”. No puede dejar de recordarse los problemas que se han producido en relación a las correcciones de errores. Como ejemplo significativo baste recordar el art. 22, apartado 2, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985 y la corrección de errores aparecida en el B.O.E. de 4 de noviembre de 1985, sustituyendo el término “demandante” (que fue el aprobado por el Congreso) por “demandado”, que es el que aparecía en todo el proceso previo y era el congruente con la finalidad perseguida.

derarse como poco trascendentes determinados efectos no patrimoniales (14). La distinción se mantenía en el texto anterior, refiriéndose el apartado 2.º del art. 9 a los efectos personales y el apartado 3.º a los efectos patrimoniales.

2. De ahí que deba ser alabado el hecho de que en la actual redacción introducida por la nueva ley en el apartado 2 del art. 9 se prescindiera de tal distinción, superándose el problema sobre la base de que se establece una ley única para regular todos los efectos del matrimonio, salvo la posibilidad incluida en el apartado 3 en relación a que los cónyuges celebren capitulaciones matrimoniales.

### B) *El papel de la autonomía de la voluntad*

1. Puede considerarse que la nueva disposición ha dado un mayor alcance a la autonomía de la voluntad en el ámbito de los efectos del matrimonio, puesto que se establece una posibilidad de actuación en relación a cualquier tipo de efectos, sean estos personales o patrimoniales. Baste al respecto recordar que en la normativa anterior sólo conexiones objetivas estaban recogidas en relación a los efectos personales, quedando limitada la autonomía al grado permitido por la ley aplicable a los efectos patrimoniales del matrimonio. Actualmente, sin embargo, la función que a la autonomía de la voluntad se concede es mayor y plenamente situado en el concepto propio del Derecho internacional privado, en cuanto autonomía conflictual.

En efecto, en la regulación actual, el nuevo art. 9, 2 dispone que, a falta de ley personal común (determinada, según sea conflicto internacional o interno, por la ley nacional o por la ley de la vecindad civil), los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio.

2. La inclusión de una norma de esta naturaleza, merece algunas observaciones relacionadas con el papel y límites de tal autonomía.

En primer lugar, debe señalarse el lugar que ocupa la autonomía de la voluntad, puesto que, si bien es ampliada en relación a su aplicación a todo tipo de efectos, y teniendo en cuenta la posibilidad de capitulaciones previstas en el apartado 3.º, su utilización respecto a los efectos en general, queda limitada a los supuestos de inexistencia de ley personal común, cuando hubiera sido más lógico, en un sistema de respeto a

---

(14) Como dice GONZÁLEZ CAMPOS en *Derecho internacional privado*, cit., p. 224, para quien resulta más propio referirse simplemente a "relaciones entre los cónyuges, por tratarse de consecuencias derivadas de la voluntad de quienes deciden ligarse por el vínculo matrimonial". Ver también ABARCA, P.: "Sobre los efectos o relaciones personales entre los cónyuges en Derecho internacional privado", *Revista Española de Derecho internacional*, 1983, 1, pp. 43-60.



la autonomía de los cónyuges, admitir que esta opción pudiera realizarse aunque tuvieran la misma nacionalidad o la misma vecindad civil, tal como se propuso durante el debate parlamentario (15).

En segundo lugar, en relación a las garantías formales exigidas para evitar posibilidades de fraude, se exige documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio, lo cual, además, guarda relación con el momento relevante a estos efectos y al que se hará referencia más adelante.

En tercero y último lugar, debe señalarse que no se trata de una autonomía ilimitada, sino de una autonomía de opción, de posibilidad de elegir entre unas determinadas conexiones; éstas, sin embargo, se han ampliado notablemente, ya que no queda limitada a la ley personal de uno de los contrayentes, sino que puede referirse también a la de la residencia habitual de cualquiera de ellos.

### C) *Las conexiones objetivas*

1. Como ya se ha señalado, en el nuevo texto la conexión principal en materia de efectos del matrimonio es la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo. Aunque este supuesto puede aún producirse en muchos casos, no es obvio señalar que cada vez son más frecuentes los supuestos en que la ley personal es distinta, como consecuencia de la misma no discriminación en razón de sexo, que conduce a que, después del matrimonio, pueda cada uno de los cónyuges mantener su nacionalidad o su vecindad civil, debiendo, sin embargo, encontrarse una ley reguladora de sus relaciones mutuas. Teniendo en cuenta este hecho y el que la autonomía de la voluntad, tal como se ha expuesto en el apartado anterior, pocas veces se ejercerá si se tiene en cuenta la tendencia existente en relación al otorgamiento de capitulaciones o a testamentos, no cabe duda que adquieren gran importancia las conexiones subsidiarias en cascada que establece la propia norma del art. 9, 2. Así, en el caso de cónyuges de diferente nacionalidad y que no hayan hecho uso de la autonomía de la voluntad, los efectos del matrimonio se regirán, en primer lugar, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio y, en su defecto, como conexión de cierre, se aplicará la ley del lugar de celebración del matrimonio.

2. En relación a la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio, hay que considerarla como la conexión que va a actuar en la mayoría de los casos, ya que ésta se supone que existirá habitualmente. Por otra parte, merece ser bien recibida esta conexión que, por su naturaleza fáctica y su mayor vinculación a la rea-

---

(15) Enmienda n.º 22, presentada por el Grupo Parlamentario Catalán, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso, 26 de marzo de 1990, Serie B, n.º 13-4.

lidad, tan amplia aceptación está teniendo en los diferentes ordenamientos internos y en los convenios internacionales. Por otra parte, no puede olvidarse que en España recibió ya acogida en materia de matrimonio en el art. 107 del Código civil en la reforma introducida por la ley 30/1981, como conexión subsidiaria en defecto de nacionalidad común para los supuestos de divorcio y separación. Precisamente esta norma, junto con la del art. 9, apartado 9 (16), fueron las que sirvieron de base para proponer la utilización de la conexión "residencia habitual" para colmar el vacío legal producido por la derogación por la Constitución de los apartados 2 y 3 del art. 9 del Código civil en su redacción anterior.

3. Menos acertada resulta la conexión de cierre, puesto que, en defecto de residencia habitual común inmediatamente posterior al matrimonio, se aplicará la ley del lugar de celebración del matrimonio. Pero el lugar de celebración es, en muchos casos, fortuito, por lo que la ley designada a través de esta conexión puede no presentar vínculo alguno con la misma vida matrimonial que está destinada a regular. Aunque el supuesto sea un tanto residual, teniendo en cuenta que en la mayoría de los casos existirá la conexión anterior, es decir, residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio, podía haberse utilizado otra conexión que hubiera cubierto mejor los supuestos en que no existiera tal residencia. Para estos supuestos hubiera resultado más adecuada una conexión de carácter flexible, estableciendo para tales casos residuales que se aplicaría la ley con la que el matrimonio presentase los vínculos más estrechos. Esta solución fue propuesta en el debate parlamentario (17), pero fue rechazada por ser considerada insegura y poco utilizada, olvidando la inclusión de este tipo de conexiones no sólo en textos vigentes en otras materias, sino en el ámbito que nos ocupa, en Alemania, Portugal, Suiza o en el proyecto italiano de 1989. La incorrección y falta de utilidad de la conexión de cierre incluida en la norma tiene, además, su reflejo en la disposición contenida en el art. 16, apartado 3, que luego examinaremos, al tratar de los conflictos internos.

4. Otro tema que merece señalarse y que es completamente nuevo es el relativo al momento a ser tomado en consideración para la fijación de la ley aplicable. En la nueva ley únicamente es relevante a tal fin el momento inicial de la vida matrimonial (con la excepción relativa a los pactos o capitulaciones matrimoniales) y no cualquier otro momento posterior. La solución, pues, es en este sentido, inversa a la legislación anteriormente vigente, ya que en el texto de 1974 la solución adoptada era en favor de la "última ley nacional común durante el matrimonio". Aunque la nueva solución adoptada sea, en general, digno

---

(16) En cuanto establece, con carácter general que la ley de la residencia habitual se considera como la ley personal para aquellos que no tienen nacionalidad o cuya nacionalidad es indeterminada.

(17) En la enmienda *cit.* del Grupo Parlamentario catalán.

de alabanza, debiera haber sido completada con una excepción (18) para los casos en que con posterioridad al momento inicial de la vida matrimonial se produzca una modificación tan notable que aconsejara tomar en consideración la vinculación existente con otro ordenamiento.

#### D) *Las capitulaciones matrimoniales*

1. Dentro del tema de los efectos del matrimonio, un aspecto esencial es el de la incidencia de las capitulaciones matrimoniales, en cuanto constituye la forma más habitual y conocida de ejercicio de la autonomía de la voluntad en relación al régimen de bienes en el matrimonio. Por esta razón, la cuestión está expresamente regulada en el apartado 3.º del art. 9.

2. Antes de entrar en el examen de las cuestiones a las que se refiere dicha norma, deben señalarse dos aspectos a los que la norma no se refiere, que son los relativos a la capacidad para su otorgamiento y a los requisitos formales.

En efecto, nada se establece en la norma en relación a la capacidad para su otorgamiento, por lo que puede entenderse que en Derecho internacional privado español se estará a la regla general de capacidad (19) o, por el contrario, entender que se trata de una capacidad negociada especial y que deberá estarse a lo que disponga la ley que rija su validez (20).

Tampoco se dice nada respecto a las exigencias formales y registrales de su otorgamiento, por lo que, en este caso, habrá que estar a lo dispuesto en el art. 11 del Código civil en materia de forma y, especialmente, a lo establecido en su apartado 2.º

3. En lo que se refiere al texto de la nueva disposición, establece que los pactos o capitulaciones matrimoniales “deben ser conformes” sea a la ley que rige los efectos del matrimonio, sea a la ley de la nacionalidad o de la residencia de uno cualquiera de los cónyuges. Con ello se supera el clásico debate acerca de si la ley aplicable determinaba solamente la admisibilidad misma de las capitulaciones (21) o alcanzaba también a la validez intrínseca de su contenido (22). La exigencia de que las capitulaciones sean “conforme” a la ley reguladora de los efectos conduce a entender que la ley aplicable lo es tanto a la misma posibilidad de capitulaciones como al contenido de las mismas.

---

(18) Como ha dicho M. AMORES en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho internacional privado. Parte especial*, Madrid, 1991.

(19) Como ya dijera, en relación a la normativa anterior, AGUILAR, *cit.*, p. 149.

(20) Como hace M. AMORES, en GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho internacional privado, cit.*, Madrid, 1991.

(21) Postura mantenida por GONZÁLEZ CAMPOS, *cit.*, pp. 238-239.

(22) Como sostiene PÉREZ VERA, E.: *Derecho internacional privado español. Parte especial*, Madrid, 1980, pp. 197-213.

Debe valorarse positivamente la ampliación de la autonomía de la voluntad, ya que los cónyuges pueden escoger cualquiera de las leyes enumeradas en la norma. Sin embargo, pueden plantearse problemas prácticos en algunos casos. En primer lugar, porque los cónyuges pueden, simplemente, designar una ley como aplicable, sometiéndose al régimen legal de bienes existente; en tal caso, el aplicador del derecho podría tener que llegar a examinar, en un caso límite, hasta cinco leyes. En segundo lugar, porque si se puede “estipular, modificar o sustituir” el régimen económico del matrimonio, no es imposible imaginar casos en que sólo de forma parcial el nuevo pacto modifique el precedente, sin sustituirlo completamente.

4. Aunque, en conjunto, deba recibirse bien la disposición del apartado 3.º, no debe olvidarse que ha dejado al margen una cuestión que es importante, cual es la relativa a la protección de los derechos de terceros en los supuestos de mutación del régimen económico matrimonial. En algunas de las enmiendas realizadas (23), se propuso incluir una norma que dijera que “el cambio de ley aplicable no afectará a los derechos válidamente adquiridos por terceros”, en sentido similar a la norma existente en el art. 16 de la ley alemana o en el art. 28, 3 del proyecto italiano. Sin embargo, tal propuesta fue rechazada sobre la base de entender que el art. 1.327 del Código civil (24) ya solucionaba el problema. Se olvidaba así que esta norma sólo soluciona la cuestión cuando, a través del punto de conexión resulte aplicable el Código civil, pero que sea norma no puede utilizarse en los supuestos en que sea aplicable otro de los derechos que coexisten en España o un derecho extranjero y carezcan de disposición similar al respecto.

## 2. Los derechos del cónyuge superstite

1. Como es bien sabido, los derechos del cónyuge superstite difieren mucho de unos ordenamientos jurídicos a otros, pero, en principio, acostumbran a guardar una cierta congruencia interna entre el régimen de bienes en el matrimonio y tales derechos sucesorios. Sin embargo, el sistema quiebra en el momento en que hay una modificación en la conexión que implica que sea diferente la ley aplicable a la sucesión de la que regula el régimen de bienes. Este problema, ya importante en la dimensión internacional del derecho internacional privado, se planteaba en el derecho español de forma especialmente grave en relación a los conflictos internos, atendidas las notables divergencias existentes entre los ordenamientos que coexisten en España. Por ello, una norma relativa a la materia se propuso ya en el Anteproyecto de la Comisión Ge-

---

(23) Enmienda n.º 22 *cit.* del Grupo Parlamentario Catalán.

(24) Que dispone que “para su validez las capitulaciones matrimoniales habrán de constar en escritura pública”.

neral de Codificación de 1981, en el texto de 1983 y en el de 1985, encontrándose una disposición al respecto en la norma ahora comentada, aunque poco tenga que ver con la no discriminación en razón de sexo.

2. En la ley de 15 de octubre de 1990, el texto del art. 9, 8 es el mismo que se aparecía en la reforma de 1974 (25), salvo, precisamente, que se incluye una disposición destinada a solucionar el problema de inadaptación existente, disponiendo que “los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite, se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes”. Aunque la disposición deba ser bienvenida, por dar respuesta a una cuestión planteada a menudo en la práctica y por la doctrina (26), hubiera resultado más adecuado incluir una norma similar a la del art. 16, 2 en relación a la viudedad aragonesa, que permite una compensación de derechos sucesorios para que el cónyuge supérstite no se vea ni beneficiado ni perjudicado. Por otra parte, la referencia meramente a la legítima de los descendientes, introduce un nuevo elemento de complejidad.

### III. LA DIMENSION INTERNA

#### 1. Los caracteres generales del derecho interregional

1. Como es bien sabido, España, aún antes de la Constitución, tenía un sistema plurilegislativo en materia civil, plurilegislación que, hasta el momento presente, se ha manifestado de forma especialmente amplia en materia, precisamente, de régimen de bienes en el matrimonio y de sucesiones. Este hecho ha provocado una especial atención y sensibilidad ante estas cuestiones (27), en cuanto que, hasta la fecha, ha sido mucho mayor la frecuencia de estos supuestos que la de los de tráfico jurídico internacional. Como antes se ha apuntado, la determinación de

(25) Comentario de AGUILAR, en *Comentarios*, cit., pp. 189-194, de ANGULO, M. en *Comentarios a las reformas*, cit. y de IGLESIAS, cit., p. 409.

(26) Así, por ej., en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1962. Ver BOUZA, N: *Problemas de adaptación en Derecho internacional privado e interregional*, Madrid, 1977; CALVO CARAVACA A. en GONZÁLEZ CAMPOS, *Derecho internacional privado*, cit., pp. 332-335.

(27) Sobre la estructura actual del derecho interregional, ARCE, A. *Constitución y derechos civiles forales*, Madrid, 1987; ARCE, A.: *Comunidades Autónomas y conflicto de leyes*, Madrid, 1987; BORRÁS, A.: *Calificación, reenvío y orden público en el Derecho interregional español*, Barcelona, 1984; GARAU, L.: “Comunidades Autónomas y Derecho interregional”, *Constitución, Comunidades Autónomas y Derecho internacional*, Santiago de Compostela, 1982, pp. 11 y ss.; ROCA, E: “L’estructura de l’ordenament civil espanyol”, *Revista Jurídica de Catalunya* 1983; SIMO SANTONJA, V. L.: “El derecho civil foral en la Constitución de 1978”, *Estudios en homenaje al Prof. Diego Sevilla Andrés*, Valencia, 1984, pp. 973 y ss.

cuál de los ordenamientos españoles sea el aplicable afecta también a los supuestos de tráfico internacional, en los supuestos en que sea el derecho español el aplicable. De ahí, pues, el interés que para los prácticos el tema presenta.

2. La preocupación y el riesgo en estas materias ha sido siempre el de la situación de los ordenamientos que coexisten en España, atendido que, en diversos momentos históricos ha habido una tendencia a situar uno de los ordenamientos que coexisten, el Código civil, por encima de los demás ordenamientos (28). Por ello debe actualmente tomarse en consideración el art. 14 de la Constitución, en cuanto que el principio de igualdad que consagra, también exige la no discriminación entre los ordenamientos que coexisten en España.

3. La técnica habitualmente seguida en el ordenamiento español ha sido la de regular los conflictos internos por las mismas normas que los internacionales, estableciéndose sólo algunas "particularidades" del derecho interregional. En la redacción de 1974, estas particularidades eran las contenidas en el art. 16, en el que, además de la norma ya reseñada relativa a la vitudad aragonesa, se establecían dos peculiaridades; una excluyendo las normas relativas a calificación, reenvío y orden público tal como aparecen reguladas en los apartados 1, 2 y 3 del art. 12 (29); otra, relativa a que la ley personal se determinará por la vecindad civil, atendido que la nacionalidad no sirve para identificar a los ordenamientos que coexisten en España. La ley de 15 de octubre de 1990 ha introducido modificaciones en materia de vecindad civil y ha añadido una tercera particularidad a las existentes previamente en el art. 16.

## 2. La conexión vecindad civil

### A) *La reforma del art. 14*

1. Aunque la vecindad civil es un concepto complejo y que carece de una tradición (30), sin embargo, constituye la conexión utilizada en los conflictos internos para la determinación de la ley civil aplicable. De ahí, pues, el interés que tiene el tema y las reformas que en la materia se hayan introducido, en una materia en la que siempre ha habido una

---

(28) Especialmente significativa al respecto resulta la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1943. Sobre esta situación y la práctica de los tribunales, anterior a la Constitución, BORRÁS, *Calificación*, cit., pp. 77-87.

(29) Aunque puedan señalarse diferencias y problemas en relación a estas cuestiones, BORRÁS, *Calificación*, cit.

(30) Ver DOMÍNGUEZ, P.: *Las circunstancias personales determinantes de la vinculación en el Derecho local*, Madrid, 1988; RIBAS, I.: *La vecindad civil: problemática en torno a su régimen jurídico y a su prueba*, Barcelona, 1984.

especial sensibilidad política, que ha dificultado la introducción de cualquier modificación.

Establece el art. 14 del Código civil la normativa básica en la materia, radicando el problema de inconstitucionalidad en que el apartado 4 del art. 14 en su redacción anterior establecía que la mujer adquiriría, por el hecho del matrimonio, la vecindad civil del marido, vecindad que luego adquirirían los hijos. La cuestión provocaba reacciones ya antes de la Constitución, puesto que, con la reforma en materia de nacionalidad introducida en 1975, el matrimonio no afectaba a la nacionalidad de los cónyuges, con lo que cabía estar casado con extranjero o extranjera, mientras el matrimonio con varón de otra vecindad civil implicaba para la mujer el cambio automático de vecindad civil. Aunque derogada la norma por efecto del principio de igualdad contenido en la Constitución, quedaba el problema mismo de su presencia en el texto del art. 14 y el de que no se establecía ninguna norma que facilitara la adquisición por uno de los cónyuges de la vecindad civil del otro, del mismo modo que el matrimonio con español o española significa para el cónyuge extranjero beneficiarse del plazo más breve para adquirir la nacionalidad española por residencia. Sin embargo, la norma ahora comentada ha ido más allá y se refiere también a otros supuestos que son consecuencia de la nueva situación en la que ya no hay una ley única de la familia, como consecuencia, precisamente, de esta posibilidad de mantenimiento por cada uno de los cónyuges de su respectiva ley personal.

2. La norma esencial, pues, desde el punto de vista de la reforma es la que establece que el matrimonio no altera la vecindad, pero concediéndose a ambos cónyuges la posibilidad de optar por la del otro en cualquier momento. La solución es lógica, si se piensa en la regulación de matrimonio y nacionalidad a que se ha hecho referencia, adoptándose, en el caso de la vecindad civil, una solución más flexible, sin necesidad de residencia. Como complemento de esta disposición, para solucionar la situación de aquellas mujeres que, por razón de matrimonio, hubieran perdido su vecindad civil con anterioridad, se establece en la disposición transitoria que pueda recuperarla, mediante simple declaración de voluntad, en el plazo de un año a contar desde la publicación de la ley.

3. Por lo demás, en el art. 14 el principio de atribución de la vecindad civil continúa siendo, como en el sistema anterior, el del *ius sanguinis* (apartado 1), estableciéndose en el apartado 6 que “en caso de duda prevalecerá la vecindad civil que corresponda al lugar de nacimiento”. Ahora bien, es posible que como consecuencia del mantenimiento por los cónyuges de su respectiva vecindad civil, los padres ostenten distinta vecindad civil, debiendo entonces determinarse cuál será la vecindad que corresponda al hijo. Para este supuesto se dispone (apartado 2) que “el hijo tendrá la vecindad civil que corresponda a aquel de los padres respecto del cual la filiación haya sido determinada antes; en su defecto,

tendrá la vecindad civil del lugar de nacimiento y, en último término, la vecindad de derecho común”, sin perjuicio de la posibilidad de los padres de atribuir al hijo la vecindad civil de cualquiera de ellos en los seis meses siguientes al nacimiento o a la adopción. Dado que esta declaración de voluntad se dará sólo excepcionalmente (ya que por desconocimiento del tema o por desinterés no acostumbran a realizarse este tipo de declaraciones), las conexiones que se utilizarán son las objetivas y ello conduce a examinar lo que puede constituir un supuesto bastante común; me refiero al de españoles (por ej. emigrantes) de distinta vecindad civil, casados en el extranjero, donde residen y nace su hijo. No realizando la declaración prevista, resultará que, por ejemplo, el hijo de un aragonés y una gallega no tendrá la vecindad civil de ninguno de ellos y, en vez de quedar sometido al derecho aragonés o gallego, lo estará al sistema contenido en el Código civil, que no es el de ninguno de sus progenitores y con el que no tiene vínculo jurídico alguno. Pero lo más grave es que, para evitar la discriminación entre los cónyuges, establece una discriminación entre los ordenamientos jurídicos que coexisten en España, atribuyéndole la “vecindad común”. Precisamente, la inclusión de este término ha dado lugar al recurso de inconstitucionalidad planteado por Aragón (31).

## B) *Vecindad civil y nacionalidad*

1. Un tema íntimamente ligado con el anterior es el relativo a la vecindad civil que adquiere el extranjero naturalizado. Sobre esta materia, aparte de los problemas tradicionales, en los Estatutos de Autonomía se incluyeron normas al respecto, como el art. 7, 2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña o el art. 6, 2 del Estatuto de Autonomía de Baleares, que no contribuyeron especialmente a clarificar el tema (32). En la reforma del Título preliminar en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, también se pretendió modificar el art. 15 (33), entendiéndose que “la modificación de las normas relativas a vecindad civil es una ocasión propicia para modificar también el artículo 15, que en la redacción actual da prioridad a la vecindad del Código civil, eliminando con ello la discriminación existente entre ordenamientos civiles”. Se trataba, pues, de dar aplicación al art. 14 de la Constitución,

---

(31) Mediante acuerdo del Consejo de Gobierno de la Diputación General de Aragón de 28 de diciembre de 1990, *Boletín Oficial de Aragón*, de 21 de enero de 1991, entendiéndose que la ley menoscaba las competencias de la Comunidad Autónoma de Aragón para la conservación de su derecho civil e infringe el principio constitucional de reciprocidad e igualdad entre todos los derechos civiles coexistentes en España.

(32) FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.: “Nacionalidad, vecindad civil y vecindad administrativa: consideraciones sobre el desarrollo constitucional”, *Revista Española de Derecho internacional*, 1981, pp. 141 y ss.

(33) Enmienda n.º 29 del Grupo parlamentario catalán.



porque el principio de igualdad debe ser aplicado en todos los ámbitos y parecía oportuno introducirlo en el momento en que se modificaban diversas disposiciones relativas a la aplicación de los derechos territoriales. Esta proposición no fue, sin embargo, aceptada y, por esta razón, se volvió a realizar la misma propuesta en relación a la modificación de las normas del código civil en materia de nacionalidad (34), que ha tenido lugar por Ley 18/1990, de 17 de diciembre de 1990 (35), introduciéndose un nuevo texto en el art. 15, aunque no sea en el sentido propuesto en la enmienda.

2. El nuevo texto del art. 15 se presenta como algo consensuado, cuando en realidad, aunque presentado como un texto transaccional, no es sino reproducción de la propuesta de 1985 y, aunque elimina la discriminación entre los ordenamientos, conduce a resultados absurdos. En efecto, la norma dispone que al adquirir la nacionalidad española, se puede optar por cualquier de las vecindades que enumera (la del lugar de residencia, la del lugar de nacimiento, la de cualquiera de sus progenitores o adoptantes o la de su cónyuge) (36). Ello es absurdo porque permite que, por eje., una persona que adquiere nacionalidad española como consecuencia de su matrimonio con español o española, pueda adquirir la vecindad del lugar de su residencia o que una persona que adquiere la nacionalidad por residencia, adquiera la del cónyuge. Mucho más lógico hubiera sido decir que se adquiriría la vecindad civil correspondiente a la causa de adquisición de la nacionalidad, de lo cual resultaría que si la nacionalidad se adquirió por residencia, adquiriera la vecindad civil de ese lugar o si se adquiriera la nacionalidad por matrimonio con español o española, fuera la vecindad civil del cónyuge de nacionalidad española la que le correspondiera.

Dado el contenido de la norma actual, tampoco se recogió la propuesta realizada en el sentido de que, para el supuesto de que la residencia en territorio español no hubiera tenido lugar completamente en un solo territorio, se adquiriera la vecindad civil correspondiente a la última residencia habitual.

En relación a la vecindad civil del que recupera la nacionalidad española, se mantiene la clásica norma de recuperación, también de la ve-

---

(34) En la enmienda n.º 59 del Grupo Parlamentario Catalán, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, IV Legislatura, B, n.º 14-6, 9 mayo 1990.

(35) B.O.E. de 18 de diciembre de 1990.

(36) En el debate en el Senado (*Diario de Sesiones del Senado*, Sesión del Pleno de 17 de octubre de 1990), el Senador Lizón Giner justificaba el texto que ahora aparece en el art. 14, diciendo que "hay que dar, a efectos de fijar la vecindad, preeminencia a la voluntad de quien adquiere la nacionalidad y que, como consecuencia de ella, va a adquirir la vecindad. Por lo tanto, en ese aspecto estamos en contra de definir legalmente cuál es la voluntad de cualquiera respecto a la nacionalidad. Creemos que es más correcto dejarle libertad de elección, como al mismo tiempo la ha tenido para el deseo de adquirir la nacionalidad española".

ciudad civil que se tuviera con anterioridad, sin que se incluya ninguna excepción a esta regla, contrastando esta rigidez con las opciones que se ofrecen al que adquiere la nacionalidad española, cuando podía haberse establecido una solución abierta, que manteniendo la solución de base, permitiera adquirir otra cuando se mantuvieran lazos más estrechos con un territorio de diferente legislación civil (37).

Atendida la existencia de normas en la materia en los Estatutos de Autonomía, debían dejarse a salvo las normas contenidas en disposiciones de superior rango, aún sin entrar en la valoración que el contenido de las normas en cuestión merezca.

Sin embargo, tampoco esta propuesta fue aceptada (38).

### 3. Los efectos del matrimonio

1. Como se ha indicado, las normas contenidas en el Código civil en relación a los supuestos de tráfico privado internacional son también aplicables a los supuestos de tráfico interno, de lo que resulta que las reglas antes comentadas, contenidas en los apartados 2 y 3 del artículo 9, resultan también aplicables para los supuestos de cónyuges de distinta vecindad civil. Pero la misma incorrección de la conexión de cierre contenida en el apartado 3, ha conducido a otra disposición, incluida en el art. 16, como nuevo apartado 3, que se añade a las particularidades del derecho interregional anteriormente existentes. Como regla general se establece que los efectos del matrimonio entre españoles se regulará por la ley española que resulte aplicable según los criterios contenidos en el art. 9, apartados 2 y 3. Pero estas normas son aplicables sólo cuando el resultado sea la aplicación de “una ley española”, con lo cual resulta que la regla no es aplicable en los supuestos en que a través de

---

(37) En relación a este tema, se oponía el Senador Lizón Giner (en la intervención *cit.*) diciendo “¿cómo se va a definir eso de los lazos más estrechos legalmente? ¿Qué hay que hacer para definirlos? Los lazos más estrechos ya los definirá él cuando decida por qué vecindad quiere optar; es cuando lo considerará. No dejemos a la Administración que defina cuáles son los lazos más estrechos”.

(38) Y realizándose, además, unas curiosas consideraciones en torno a la nacionalidad por el Senador Lizón Giner (en la intervención *cit.*), diciendo que “en absoluto estamos de acuerdo con ese apartado adicional porque, en primer lugar, estamos tratando temas de Derecho privado, la nacionalidad y los efectos que trae consigo. Todos los tratadistas así lo establecen; adquirir la nacionalidad es meterse dentro del derecho privado del país, cuya nacionalidad se adquiere, porque la nacionalidad tiene una serie de consecuencias. Figura en el Código civil y por eso está regulado como principio que comprende el Derecho privado. La nacionalidad tampoco la dan los estatutos de autonomía, sino el Estado español. Por tanto, ningún estatuto de autonomía tiene por qué regular los efectos de esa nacionalidad, salvo lo que ya consta en un Código general y en las excepciones oportunas que están reflejadas en el artículo”, ignorando, pues, además que en los Estatutos de Autonomía ya se encuentran normas relativas a la vecindad civil del extranjero naturalizado.

tales conexiones no resulte aplicable ninguna de las leyes que coexisten en España. Resultaría así que cónyuges españoles, de distinta vecindad civil, que no establezcan una residencia común (por ej. por razones laborales), pueden así ver sometidos los efectos del matrimonio a una legislación con la que no tengan vinculación alguna, precisamente por ser algo tan aleatorio y contingente como el lugar de celebración del matrimonio. En el caso, por ejemplo, de matrimonio de un catalán y una mallorquina (ambos pertenecientes a ordenamientos en que el régimen legal de bienes es el de separación) que contraen matrimonio en Madrid, sin establecer una residencia común, tendrían como régimen de bienes el de gananciales, previsto en el Código civil. Ello demuestra la incorrección de la conexión de cierre contenida en el art. 9, apartado 2. Mejor hubiera sido incluir, en vez de la conexión "lugar de celebración", una conexión flexible, de la que resultara aplicable el ordenamiento con que presente la vida matrimonial vínculos más estrechos. Una solución de cierre moderna y más correcta en el art. 9, apartado 3, como la propuesta, hubiera evitado el planteamiento de este problema en relación a los conflictos internos.

2. Pero la cuestión no termina aquí. En efecto, si en aplicación de los criterios del art. 9 no resulta aplicable ninguna "ley española", dice el apartado 3.º del art. 16 que se aplicará el "Código civil". De ahí resultaría que si los cónyuges de distinta vecindad civil y que no establecen una residencia común contraen matrimonio en el extranjero (donde se encuentran, por ejemplo, por razones laborales) se encontrarían sometidos a las normas del Código civil, en supuestos en que esta no fuera la ley personal de ninguno de ellos. Lo más grave es, sin embargo, que el resultado es discriminatorio entre los ordenamientos que coexisten en España y siendo otra de las razones del recurso de inconstitucionalidad planteado desde Aragón, a que antes me refería.

3. Pero no terminan ahí los problemas de la nueva disposición. Quiriendo paliar, sin duda, los resultados a que podía llegarse con la regla que se acaba de mencionar, en la segunda parte de la norma se dice que para los supuestos en que deba aplicarse el Código civil: "se aplicará el régimen de separación de bienes del Código civil si conforme a una y otra ley personal de los contrayentes hubiera de regir un sistema de separación", lo cual puede conducir al siguiente resultado, igualmente absurdo: en caso de matrimonio de un catalán y una mallorquina, pertenecientes, pues, a ordenamientos jurídicos en los que el régimen legal de bienes en el matrimonio es el de separación, que no establezcan residencia común y contraigan matrimonio en el extranjero, tendrían como régimen de bienes el de separación, pero no el regulado en ninguna de sus respectivas leyes personales, sino el régimen de separación contenido en el Código civil, es decir, un sistema de separación que no es el de ninguno de ellos.

#### IV. CONSIDERACIONES FINALES

A pesar de todos los problemas que se han planteado, muy especialmente en relación a los conflictos internos, la modificación debe ser valorada positivamente, en cuanto no podían persistir, aunque sólo fuera formalmente, las discriminaciones por razón de sexo preexistentes. Además, tales normas eran especialmente necesarias teniendo en cuenta la frecuencia en que estos supuestos se presentan en la práctica. El resultado no es, sin embargo, satisfactorio desde el punto de vista técnico, cuando podían haberse tomado en consideración tanto las observaciones realizadas por la doctrina como algunas de las serias enmiendas presentadas durante la discusión de la ley. Demuestra, en definitiva, la poca atención que en muchas ocasiones se presta a las cuestiones incluidas en el ámbito del Derecho internacional privado.

De ahí las críticas que en relación a la nueva ley se han ido levantando, porque plantea dudas y dificultades para su aplicación, tanto para los supuestos de tráfico privado internacional como para los conflictos internos, debiendo destacarse muy especialmente la posible incidencia de estos últimos en los primeros para los supuestos en que, resultando aplicable el ordenamiento español, deba decidirse cuál de los ordenamientos españoles que coexisten debe ser aplicable. De ahí la preocupación sentida en diversos sectores, como entre los notarios.

Pero si ya desde este punto de vista pueden cuestionarse los resultados, mucho más criticable resulta el que, para evitar la discriminación entre los cónyuges se introduzca una discriminación entre los ordenamientos jurídicos, resultado igualmente rechazable a la vista del art. 14 de la Constitución. Bien es verdad que a veces es difícil encontrar una solución que no discrimine ni entre los sexos ni entre los ordenamientos. También es cierto que los supuestos a los que la norma se aplica pueden considerarse un tanto residuales. Pero ni así puede admitirse la discriminación introducida. El texto constitucional permite a las diferentes Comunidades Autónomas que coexisten en España un desarrollo legislativo propio y reconoce tal igualdad. El resultado de la actual disposición parece recordar posturas que se creían ya ampliamente superadas.

Si criticada fue la reforma de 1974 desde el punto de vista técnico, se ha aprovechado ahora el momento de hacer desaparecer la discriminación por razón de sexo para discriminar entre los ordenamientos, pareciendo volver a la consideración del Código civil como "derecho común".

Todo ello, en definitiva, no demuestra sino que la vía seguida es mala y que no puede proseguirse por la vía de las reformas parciales, siendo necesaria una reforma global, total y meditada de la normativa de derecho internacional privado en su dimensión externa y en su dimensión interna o de derecho interregional, para lo que, además de las consideraciones realizadas en España en diferentes ámbitos, tan excelentes modelos pueden encontrarse en el derecho comparado, como las recientes leyes suiza o alemana.



# Crónica breve e incompleta a propósito de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo

Por REGINA GAYA SICILIA

Profesora Titular de Derecho Civil

Se trata de esta crónica de dar noticia de la innovación que para nuestro ordenamiento supone la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo (1). No salió la ley al primer intento pues la “Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso sobre modificación de determinados artículos del Código civil y de la Ley del Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados” (2), que puede situarse en su origen, no llegó a debatirse por la disolución, en abril de 1986, de las Cámaras legislativas para la posterior celebración de elecciones generales. Prácticamente idéntica se repropuso en la IV legislatura por el Grupo Socialista del Congreso (3) y esta vez la iniciativa se convierte en norma. Consta de un preámbulo, ocho artículos y una disposición transitoria y su objetivo —como expone el Preámbulo— consiste en “eliminar las discriminaciones que por razón de sexo aún perduran en la legislación civil y perfeccionar el desarrollo normativo del principio de igualdad”. Su contenido es muy variado, destacando las modificaciones que afectan a los artículos 9, 14 y 16 del Código civil. Son precisamente éstas las que dejaré a un lado —otros autores las estudian— para ocuparme sólo de las modificaciones restantes. Las examinaré siguiendo el articulado de la ley y subrayando, en cada caso, además de su relación con el título de la reforma, los pro-

---

(1) BOE, núm. 250, de 18 de octubre de 1990.

(2) BOCG, Serie B, núms. 110-1, de 20 de septiembre de 1985.

(3) BOCG, Serie B, núms. 13-1, de 15 de diciembre de 1989.

blemas que plantean y otras cuestiones que, a mi juicio, pueden resultar de interés.

1. El artículo 2.º de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, da nueva redacción a los artículos 1.066 y 1.267 del Código civil.

El antiguo artículo 1.066 resolvía el problema de la tenencia del título correspondiente a varias fincas adjudicadas a diversos coherederos o a una sola dividida entre dos o más, disponiendo que aquél quedara en poder del mayor interesado en la finca o fincas. Siendo igual el interés —decía el precepto— “el título se entregará al varón, y, habiendo más de uno, al de mayor edad”. Claramente se aprecia la preferencia en favor del varón por el solo hecho de serlo (4). En relación con los hombres, la edad constituía también un factor discriminante. Según la vigente redacción, el título queda en poder de quien, en virtud de acuerdo, los coherederos decidan o, a falta de éste, de quien la suerte designe: “Si el interés fuera igual, el título se entregará, a falta de acuerdo, a quien por suerte corresponda.”

A la solución adoptada se ofrecieron a lo largo del trámite parlamentario tres alternativas: 1) la propuesta por el Grupo Popular en el Congreso, que dirimía el problema de la adjudicación del título por aplicación de los artículos 1061 y 1062 del Código (5); 2) la sugerida por el Grupo Parlamentario Catalán en cuya virtud, y a falta de acuerdo, el título se entregaría “a quien hubiere mantenido lazos más estrechos con la finca o fincas” (6), y 3) la que mantuvo el senador del Grupo Popular Rodríguez Gómez en el sentido de decidir la adjudicación del título en favor del coheredero de más edad si faltase acuerdo (7). Coincían todas ellas en el señalamiento de criterios no aleatorios y la primera y la tercera en lo inaceptable de su contenido: la una, por lo inadecuado de la remisión a los artículos 1061 y 1062 que nada tenían que ver con el asunto a resolver; la otra, por mantener la referencia discriminatoria a la edad. La enmienda catalana suscitaba la cuestión de saber qué debía entenderse por “lazos más estrechos” con la finca. ¿Se trataba de lazos jurídicos? Porque también podían considerarse incluidos en la expresión los lazos fácticos o los afectivos... El concepto era impreciso y proclive a favorecer el subjetivismo del intérprete.

La redacción definitiva del artículo 1.066 del Código civil da preferencia a la voluntad de los coherederos y subsidiariamente se decide —con un criterio objetivo, pero dependiente del azar— por sorteo. La

---

(4) Díez-PICAZO y GULLÓN habían denunciado la contradicción del artículo 1.066 con el texto constitucional. Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, IV (Madrid, 1990), p. 577, nota 6.

(5) BOCG, Serie B, núms. 13-4, de 26 de marzo de 1990, p. 14.

(6) Se sostuvieron enmiendas coincidentes en ambas Cámaras. BOCG, Serie B, núms. 13-4, de 26 de marzo de 1990, p. 18 y BOCG, Serie III-B, núm. 2 (c), de 20 de junio de 1990, pp. 7 y 8.

(7) BOCG, Serie III-B, núm. 2 (c), de 20 de junio de 1990, p. 18.

diferencia de trato en perjuicio de la mujer y de los varones más jóvenes queda así eliminada. Si —como se ha propuesto— resultase acertado aplicar la norma del artículo 1.066 a la tenencia de los documentos personales del causante incluidos en la herencia (colecciones de cartas, títulos académicos, etc.), habrá de tenerse también en cuenta esta virtualidad del precepto reformado (8).

En lo que al artículo 1.267 se refiere, la modificación introducida por la Ley se concreta en suprimir la expresión “al sexo” contenida en la norma como parámetro válido para calificar la intimidación. En su versión actual estos parámetros se reducen a “la edad” y “la condición de la persona”. Pasa entonces el legislador a medir el impacto subjetivo del temor de manera individual y no de un modo categorial y “apriorístico”.

La antigua redacción podía —pero no necesariamente— sustentar la idea de que, en bloque, los hombres eran más valientes (y, por eso, menos fácilmente intimidables) y las mujeres más asustadizas (y, por lo mismo, carne de cañón para quienes por la vía del temor pretendieran arrancarles su consentimiento). La traducción jurídica de este punto de partida tenía que ver con la “cantidad” y “calidad” de intimidación necesarias —según el sujeto pasivo— para considerar el vicio relevante en orden a la anulación del negocio jurídico en que el intimidado-a fuese parte. Hubo acuerdo en las Cámaras respecto a la modificación propuesta con la única excepción del senador del Grupo Popular Rodríguez Gómez que se pronunció por la vuelta al texto primitivo del artículo 1.267. Decía en la justificación de su enmienda: “No es lo mismo en cuanto al principio de igualdad reconocido en los artículos 14 y 32 de la Constitución, que dicho principio sea establecido en los textos legales y defendida su vigencia y plena efectividad de éstos, respecto a los poderes públicos y ciudadanos, que reconocer la diferencia de sexos, el mayor peligro para el femenino por las consecuencias de determinado tipo de violencia, cuando ésta se realiza por quienes emplean una fuerza irresistible para arrancar consentimientos. En este párrafo, no se plantean diferencias entre hombre y mujer por razón de sexo, salvo las que da la propia fisiología, que no es dudosa, en cuanto a discriminación. La violencia es igual, los efectos no” (9). Es postura que puede mantenerse pues lo cierto es que Códigos Civiles como el francés (art. 1.112), el italiano (art. 1.435) y el belga (art. 1.142), todos ellos de países donde constitucionalmente se proclama el principio de igualdad, conservan la alusión al sexo que nuestro 1267 omite sin que por ello se les haya tachado de discriminatorios.

2. La Ley dispone en su artículo 3.º: “Al artículo 93 del Código civil se le añade un segundo párrafo, en los siguientes términos: ‘Si con-

---

(8) Díez-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, p. 577.

(9) BOCG, Serie III-B, núm. 2 (c), de 20 de junio de 1990, p. 17.



vivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código.” El párrafo primero, fruto de la reforma de 1981, queda con idéntica redacción: “El Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento.”

El problema cuya solución se pretende al introducir el segundo párrafo del artículo 93 puede resumirse así: por imperativo del artículo 93.1 las sentencias judiciales que cierran una situación de crisis matrimonial deben determinar la prestación alimenticia en favor de los hijos que, como contribución al levantamiento de las cargas familiares, corresponde a cada progenitor. Ahora bien, los artículos 90 y siguientes, en cuanto reguladores de las carga del matrimonio, sólo pueden referirse a hijos sujetos a la patria potestad, es decir, a hijos menores de edad. Por ello, la llegada del hijo a la mayor edad en el curso del proceso matrimonial era el motivo siempre alegado por el progenitor con quien éste no convivía para negarse a cumplir la obligación de alimentos aún cuando el hijo siguiera necesiéndolos puesto que —por lo general— a los dieciocho años ni se han terminado los estudios ni, como consecuencia, se está en condiciones de proveer al propio sustento. Llegados a este punto, la opción era la siguiente: o el progenitor con quien el hijo ya mayor de edad convivía asumía, sin más, la carga económica suplementaria derivada de la falta de contribución a los alimentos por parte del otro progenitor o el hijo mayor de edad acudía al juicio especial de alimentos provisionales a fin de obtener de sus padres la correspondiente pensión alimenticia. Cualquiera de las dos opciones comportaba un perjuicio económico y las correspondientes molestias.

Desde un punto de vista estrictamente jurídico las diferencias existentes entre los hijos menores y mayores de edad en punto a la percepción de alimentos en la situación de crisis matrimonial de sus padres se concretaban en tres aspectos fundamentales: 1) mientras que la apoyatura jurídica de los alimentos de los menores se centraba en los artículos 154.1, 92 y 93 del Código civil, la base legal de los alimentos de los hijos mayores de edad se reconducía a los artículos 142 y siguientes del mismo Código; 2) si la vía procesal utilizable para reclamar los alimentos de los menores venía dada por las Disposiciones Adicionales 5, 6 y 7 de la Ley 30/1981, de 7 de julio, los mayores de edad, en cambio, debían acudir al juicio especial de alimentos provisionales (arts. 1609-1615 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) o al juicio declarativo ordinario de alimentos definitivos; 3) finalmente, en el caso de hijos menores, la legitimación activa para reclamar los alimentos correspondía a sus padres, puesto que aquéllos no podían exigirlos por sí; en el caso de los hijos

mayores de edad eran ellos mismos los únicos legitimados para reclamar alimentos pues la plena capacidad de obrar comporta la capacidad jurídica procesal conforme al artículo 2.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La novedad que el segundo párrafo del artículo 93 introduce afecta al segundo de los aspectos señalados, pues viene a hacer posible que los hijos mayores de edad (y los emancipados) (10), si se dan las circunstancias que el precepto describe, ejerciten su pretensión de alimentos en el procedimiento matrimonial de sus progenitores en el que podrán personarse como partes que defienden su propio derecho. La reforma, pues, tiene un carácter más procesal que sustantivo y, aunque justificadísima por razones de economía, presenta notables deficiencias que es preciso señalar. Sin embargo, antes de dar cuenta de ellas, hay que decir que tanto la jurisprudencia como la doctrina clamaban desde hacía tiempo por una solución en la línea de lo dispuesto por el párrafo segundo del artículo 93.

En efecto, los Tribunales habían comenzado a aceptar el criterio de no considerar extinguidas las medidas decretadas en relación con los alimentos de los hijos aún cuando alcanzasen éstos la mayoría de edad si continuaban viviendo con el progenitor a quien habían sido confiados y necesitaban todavía de los alimentos del otro (11). Valga por todos el ejemplo de la sentencia de la Audiencia Territorial de Pamplona de 8 de octubre de 1987: "(...) la carga no se extingue, sin más, automáticamente, con la llegada de la mayoría de edad de los hijos, indirectamente beneficiarios, pues puede prolongarse por cierto período, que en los usos sociales actuales (que sirven de pauta interpretativa a tales preceptos, artículo 3, párrafo primero del Código civil) hacen ampliable la dependencia familiar, por regla general, hasta los 23 años, según se viene interpretando habitualmente por esta Sala y otros órganos judiciales, a menos que se pruebe la necesidad de una prórroga a esa edad, y que esta edad es en la que suele establecerse una mayor posibilidad de colocación profesional o laboral de los hijos, debiendo, por otro lado, desaparecer tal auxilio si en ese período el hijo o hijos obtienen colocación o cambian de estado, independizándose de la familia, en cuyos casos, si lo necesitan, tendrán que acudir a la vía alimentaria, ya directamente y como únicos beneficiarios (...)". Algunos autores habían entendido también que las medidas sobre cuidado y educación de los hijos de los artículos 91, 92 y 93 del Código civil no especificaban límites de edad y que una interpretación coherente con la ampliación de la obligación

---

(10) La inclusión de los hijos emancipados se debe a una enmienda que el Grupo Socialista presentó en el Congreso. BOCG, Serie B, núms. 13-4, de 26 de marzo de 1990, p. 12.

(11) Circunstancia que el Grupo Popular alegó en el Congreso para propugnar el mantenimiento de la redacción vigente del artículo 93. BOCG, Serie B, núms. 13-4, de 26 de marzo de 1990, p. 15.

del artículo 142 y siguientes al mayor de edad necesitado obligaba a no considerar extinguidas las medidas acordadas para los hijos en el proceso matrimonial por el advenimiento de la mayoría de edad (12). La solución del artículo 93.2 había sido ya entrevista por Zarraluqui, quien, entre sus ventajas, enumeraba la de evitar nuevos litigios y, sobre todo, la de impedir que a los daños familiares producidos por el conflicto conyugal se sumasen los derivados de un enfrentamiento judicial entre padres e hijos (13).

Las deficiencias del artículo 93.2 han sido ya advertidas por los autores que, desde una u otra óptica, han comentado el alcance de la reforma (14): 1) desacertada ubicación del precepto dada su naturaleza procesal. Más correcto hubiera sido modificar en la medida necesaria para alcanzar la finalidad pretendida bien las Disposiciones Adicionales de la Ley 30/1981, de 7 de julio, bien la Ley de Enjuiciamiento Civil; 2) defectuosa redacción: a) la expresión “fijará” puede inducir a entender que en toda sentencia que ponga fin a un proceso matrimonial el Juez *debe* fijar una pensión alimenticia a favor del hijo mayor de edad o emancipado que conviva en el domicilio familiar y carezca de ingresos propios, incluso si éste no la ha solicitado o si, positivamente, ha manifestado su voluntad en contra. La interpretación que el tenor del precepto propicia pugna con elementales principios de Derecho procesal e implicaría una restricción de la capacidad de obrar del hijo mayor de edad o emancipado en este punto en cuanto no obtendría los alimentos a partir de su propia reclamación sino en función de la del progenitor con el que conviviese; b) el término “carecieran”, referido a los ingresos del hijo mayor de edad o emancipado, alude a la falta absoluta de medios económicos, de modo que se excluye la posibilidad de percibir alimentos si esos ingresos existen aún cuando sea insuficiente para cubrir las necesidades del hijo. Contradice ello la remisión a los artículos 142 y siguientes que el propio artículo 93.2 opera y en virtud de la cual procedería la reclamación de alimentos por quien tuviera derecho a ellos conforme a esos concretos preceptos desde los que la existencia o inexistencia de ingresos propios resulta indiferente; c) parece, por otra parte, que el texto del artículo en examen sólo se refiere a los mayores de edad o emancipados que lo son al tiempo de dictarse la sentencia que pone fin al litigio de sus padres. Hubiera sido deseable una fórmula más amplia desde el momento en que los supuestos pensables no se agotan en el que se acaba de citar. *¿Quid iuris* si el hijo llega a la mayor edad des-

(12) LÓPEZ ALARCÓN, *El nuevo sistema matrimonial español* (Madrid, 1983), p. 347.

(13) ZARRALUQUI, *El levantamiento de la carga alimenticia de los hijos después de la mayoría de edad en los procesos matrimoniales*, en LA LEY, 1988-3, 777 y 779.

(14) Vid. CALVO ANTÓN, *El nuevo artículo 93 del Código civil y el sostenimiento de los hijos en la nulidad, separación o divorcio*, en LA LEY 2621 (1990), pp. 6-7, y BELO GONZÁLEZ, *Los alimentos de los hijos mayores de edad en el procedimiento matrimonial de sus progenitores*, en *Actualidad Civil*, 2 (1991) II, pp. 21-29-31 y 32.

pués de dictarse la sentencia de separación, nulidad o divorcio?, d) finalmente, la exigencia referida a la convivencia en el “domicilio familiar” restringe el alcance del precepto, que no sería de aplicación si el hijo conviviera con uno de sus progenitores pero en domicilio distinto del así denominado.

Por lo demás, es claro que el contenido del artículo 93.2 poco tiene que ver con la aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo. Como ha dicho Belo González, “se trata simplemente de permitir que en las sentencias que se dicten en los procedimientos matrimoniales se fijen pensiones alimenticias a favor de los hijos mayores de edad. Sin que con anterioridad sólo estuviera permitido fijar esas pensiones en favor de los hijos de sexo masculino, con exclusión de las hijas o a la inversa. Ni tampoco sólo se permitiera reclamar la pensión del padre con exclusión de la madre o a la inversa” (15).

3. El artículo 4.º de la Ley de 15 de octubre ordena la modificación del artículo 159 del Código civil, que queda como sigue: “Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años.” La redacción anterior era: “Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, los hijos e hijas menores de siete años quedarán al cuidado de la madre, salvo que el Juez, por motivos especiales, proveyere de otro modo.”

El contraste entre la versión antigua y la vigente hoy parece a primera vista indicar que con la nueva redacción el legislador ha conseguido el propósito manifestado en el Preámbulo de la ley: “eliminar las discriminaciones que por razón de sexo aún perduran en la legislación civil y perfeccionar el desarrollo normativo del principio constitucional de igualdad”. Pero el problema es, precisamente, ese: ¿supondría una discriminación para el padre que, cumplidos los presupuestos del artículo 159, los hijos e hijas menores de siete años quedarán al cuidado de la madre?

No lo entendió así la doctrina que, o bien guardó silencio sobre el particular —aceptando de este modo el criterio del 159—, o bien puso de relieve lo razonable de atribuir a la madre el cuidado de los menores de siete años toda vez que ello se fundaba en una realidad biológica y natural: la de que, por regla general y salvo raras excepciones (que encontraban acomodo en el precepto legal: “salvo que el Juez, por motivos especiales, proveyese de otro modo”), la mujer se encuentra en mejores condiciones que el hombre para atender al cuidado de los hijos de corta edad (16). Con este apoyo llegó a afirmarse explícitamente: “no

---

(15) BELO GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 31 y 32.

(16) ROCA TRÍAS, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, I (Madrid,

hay en este precepto discriminación de sexos, sino atención a las necesidades del hijo (cfr. art. 39 de la Constitución), de la que deriva una distinción fundada en causa objetiva y razonable (a la que no se opone, por tanto, el artículo 14 de la Constitución)” (17).

Idéntica parecía ser la mente de la “Proposición de Ley de reforma del Código civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo” que no incluía el artículo 159 entre los que pretendía modificar con el objeto de adecuar la normativa del Código al principio constitucional de igualdad.

Sin embargo, con fecha 17 de mayo de 1989, el Juzgado de Primera Instancia número 18 de los de Barcelona planteaba cuestión de inconstitucionalidad respecto al artículo 159 por entender que la atribución del hijo de manera automática a la madre, al no concurrir ninguna circunstancia especial, podía suponer una discriminación de las vedadas por el artículo 14 de la Constitución. Cuando escribo estas líneas el Tribunal Constitucional no ha dictado aún sentencia. Pero me parece clarificador dar cuenta aquí las razones que el Ministerio Fiscal adujo en sus alegaciones para justificar que el artículo 159, en la versión de 1981, no se oponía a la Constitución. Podrían éstas resumirse así:

1) La atribución a la madre, en caso de separación de los padres, de la custodia de los hijos menores (de tres a siete años, según los casos) ha sido una constante en nuestro derecho, que se ha inspirado en la época codificadora, en la idea de que los cuidados del niño comportan una especial responsabilidad para la madre, que en condiciones normales no debe asumir otra persona, porque la carencia materna en los primeros años puede influir negativamente en el desarrollo de la personalidad del niño, coincidiendo con las más modernas investigaciones de la psicología y la pediatría.

2) La ubicación del artículo 159 en sede de relaciones paterno-filiales e integrado en la regulación de la patria potestad tiene como consecuencia que, más que un derecho, sea un deber de la madre cuidar de los hijos menores de siete años. Ese deber de la madre comporta un derecho para los hijos, oponible frente a cualquiera, incluso frente al padre, por cuanto que es una medida de singular protección de los hijos menores de siete años que bien puede entenderse situada en el mandato constitucional que impone a los poderes públicos y a los padres la protección integral de los hijos.

3) Así, el artículo 39.2 de la Constitución proclama que los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley, con independencia de su filiación, y de las madres cualquiera que sea su estado civil. Impone también a los padres el deber de pres-

---

1984), pp. 685-686; FUENTE NORIEGA, *La patria potestad compartida en el Código civil español* (Madrid, 1986), p. 302; LINACERO DE LA FUENTE, *Acerca de los posibles inconstitucionalidad del artículo 159 del Código civil en RDP*, julio-agosto (1990), p. 577.

(17) PEÑA BERNALDO DE QUIROS, *Derecho de familia* (Madrid, 1989), p. 519, nota 27.

tar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio durante su minoría de edad y en los casos en que legalmente proceda. Dentro de esas prestaciones de todo orden a que constitucionalmente están obligados los padres puede considerarse comprendido el deber que específicamente se impone a la madre por el artículo 159 del Código civil de asumir el cuidado de los hijos menores de siete años, a falta de acuerdo entre los progenitores y de que el Juez haya proveído otra cosa en circunstancias especiales, en cumplimiento igualmente del mandato constitucional de asegurar, como poder público, la protección integral de los hijos.

4) El mismo artículo 39.2 extiende su protección a las madres, cualquiera que sea su estado. Aquí las madres son contempladas en el ejercicio de su función materna, como destinada por la naturaleza al cumplimiento de un fin biológico que sólo ellas pueden realizar. Esta protección materna tiene su fundamento, en buena parte, en la protección del niño que también está reafirmada en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en Tratados y Convenios internacionales ratificados por España que, como dispone el artículo 10.2 de la Constitución, es preciso tener en cuenta para interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades constitucionales. De entre todos esos textos que orientarán la interpretación de la normativa incidente en los derechos fundamentales y las libertades constitucionales es preciso destacar la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por unanimidad en la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, cuyo principio 6 reconoce de manera expresa el derecho del niño de corta edad a no separarse de su madre: "El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres. Y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre..." Este principio ha sido ratificado por la Resolución aprobada por la Asamblea General (A/Res. 41/85) de 6 de febrero de 1987, sobre declaración de los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños.

5) El carácter de función en beneficio de los hijos menores de la patria potestad coloca en lugar preferente el interés de éstos y justifica la intervención y vigilancia de ciertos órganos del Estado, preferentemente judiciales, para que la institución cumpla sus fines, ordenados a la asistencia y protección de los hijos. Así, cuando el artículo 159 da prioridad al acuerdo de los padres acerca de cual de ellos debe cuidar al hijo menor de siete años en caso de separación, debe interpretarse en el sentido de que tal acuerdo trata de satisfacer el interés prioritario del hijo y no el de los padres, por constituir el acuerdo una manifestación del ejercicio de la patria potestad, siempre orientada a la satisfacción de ese interés que es el verdaderamente digno de protección jurídica en

tales casos. De la misma manera, cuando el legislador, a falta de acuerdo, atribuye a la madre el cuidado del hijo menor de siete años es porque considera que así se logra mejor dicha protección, sin que lo dicho suponga discriminación para el padre, que sigue compartiendo la patria potestad, integrada más por deberes que por derechos, aunque con la limitación de no participar en la guarda del hijo en tanto no cumpla los siete años, por asumir la madre esta obligación en función de razones que derivan de la propia maternidad y por constituir una medida de auténtica protección y asistencia. A esta idea responden los artículos 38.2 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria y 1881 de la Ley de Enjuiciamiento Civil redactado conforme a la Ley 34/1984, de 6 de agosto, en los que el legislador reconoce el derecho del niño de corta edad a no separarse de su madre; derecho que tiene el correlativo deber de asistencia de todo orden especialmente incidente sobre la madre porque el vínculo madre-hijo es fundamental para el proceso de desarrollo y maduración del niño en los órdenes social, psicológico y afectivo, sin que la relación con el padre tenga una significación similar o equivalente. Ese vínculo madre-hijo es también determinante de la salud integral del niño, según han puesto de relieve recientes investigaciones de psicólogos y pediatras.

6) El principio de igualdad prohíbe toda discriminación por las circunstancias que señala el artículo 14 o por otras semejantes pero no impide que se regulen de modo distinto situaciones que por su carácter o naturaleza requieren una regulación diferenciada según criterios objetivos y razonables. A la luz de las razones expuestas es claro que el criterio del artículo 159 tiene un fundamento objetivo y razonable. De ahí que la desigualdad de trato entre el padre y la madre no sea en modo alguno arbitraria ni discriminatoria: está jurídica y biológicamente fundada y ordenada a la protección integral de los hijos conforme previene la Constitución (18).

Son razones de peso que, personalmente, comparto. Y me pregunto: ¿se adelanta al Tribunal Constitucional la Ley 11/1990, de 15 de octubre, prejuzgando la inconstitucionalidad del artículo 159 del Código civil? Si el Tribunal declara la adecuación del precepto a la norma suprema el legislador habrá ido más allá de lo que estrictamente exige la vigencia del principio de igualdad. Quizá pudiera entonces entenderse que, superando una legislación de “mínimos”, habría —de acuerdo con la terminología del Preámbulo de la Ley— “perfeccionado” el desarrollo normativo del citado principio. En el caso contrario, la acomodación del Código civil al texto constitucional sería —al tiempo del pronunciamiento del Tribunal— trabajo ya cumplido.

De todos modos resultará ilustrativo el examen de la jurisprudencia

---

(18) *Memoria elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado* (Madrid, 1990), pp. 327-334.

que aplique el nuevo artículo 159. Muy probablemente, en el orden práctico, los resultados serán los mismos que en la etapa comprendida entre 1981 y 1990, correspondiendo a la madre quedar al cuidado de los hijos de corta edad. La vigencia social de las pautas de comportamiento que, en este punto, la naturaleza marca conducirá —salvo raras excepciones— a la solución tradicional.

Desde la perspectiva en que esta crónica se sitúa poco hay que añadir a lo ya dicho. Señalaré, finalmente, la supresión (correlativa a la eliminación de la referencia a la madre) de toda alusión a la edad de los menores con relevancia a la hora de determinar el Juez con cual de los progenitores separados y en desacuerdo quedarán. A ello se une la introducción del principio de audiencia del menor con arreglo a los parámetros ya conocidos: si tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, si fueran mayores de doce años (cfr. arts. 156.2 y 92.2 del Código civil).

4. Crípticamente el artículo 5.º de la Ley establece: “En el artículo 648.1 del Código civil se sustituyen los términos ‘la honra’ por ‘el honor’. En los artículos 648.2 y 1.924.2.b) del Código civil se sustituye el término ‘mujer’ por ‘cónyuge’. E igualmente en el artículo 754, párrafo primero, se sustituyen los términos ‘de la esposa’ por ‘del cónyuge’.” Estamos, pues, ante un bloque de sustituciones cuyo alcance sólo se advierte al leer completos los preceptos por ellas afectados. En aras del principio de igualdad, el propósito del artículo 5.º parece concretarse en el afán de eliminar expresiones que connoten un tratamiento diferenciado o secundario para la mujer. Pero, como veremos, las cosas no son tan sencillas y no siempre se consigue el efecto perseguido: el legislador ha dejado aquí clara muestra de incompetencia.

Tras el cambio introducido, el artículo 648.1 del Código civil queda como sigue: “También podrá ser revocada la donación, a instancia del donante, por causa de ingratitud en los casos siguientes: 1. Si el donatario cometiere algún delito contra la persona, el honor o los bienes del donante” (19).

El término “honra” tiene, según el Diccionario de la Real Academia, una significación plural: “Estima y respeto de la dignidad propia. Buena opinión y fama adquirida por la virtud y el mérito. Demostración de aprecio que se hace de uno por su virtud y mérito. Pudor y recato de las mujeres” (20). Partiendo de la denominación de la Ley de 1990 —“... sobre reforma del Código Civil en aplicación del principio de no

---

(19) No se aceptó la enmienda de Izquierda Unida que proponía la supresión de la expresión “la honra”. En la motivación se justificaba la sugerencia manifestando que aunque la expresión “honra” no era un elemento discriminatorio específico de las mujeres, suponía “un evidente peligro de discriminación por concepciones morales o sociales discriminatorias para las mujeres y para otros colectivos”. BOCG, Serie B, núms. 13-4, de 26 de marzo de 1990, p. 9.

(20) *Diccionario manual e ilustrado de la lengua española*, Voz “honra”, 9.ª reimpresión de la 2.ª ed. (Madrid, 1981).



discriminación por razón de sexo”—, hay que pensar que, en su tarea de renovación del ordenamiento, nuestros parlamentarios —tomando la parte por el todo— se han ceñido a aquella sola de las acepciones del concepto que, por su relación con la mujer, pudiera suponer diferencia de trato. Si esto es así, la “honra” que se elimina en el artículo 648.1 equivale al “pudor y recato de la mujer”. Es, exactamente, el concepto de honra que se aprecia en la conocida sentencia de 6 de diciembre de 1912: “La honra, el honor y la fama de la mujer constituyen los bienes sociales de su mayor estima y su menoscabo, la pérdida de mayor consideración que pueda padecer en una sociedad civilizada.” Honra, honor y fama son nociones que se solapan y que tienen que ver —continúa la sentencia— con la “dignidad personal, familiar y social de la joven ofendida, violentamente despojada de todos los títulos de pudor y honestidad que la hacían acreedora a la estimación pública”. Ciertamente también “honor” significa “honestidad y recato en las mujeres y buena opinión que se granjean con estas virtudes” (21), pero en la mentalidad común —lo que, además, ratifica abundante y reciente jurisprudencia—, el honor ha venido a confundirse bien con la reputación, buen nombre o fama de que goza ante los demás una determinada persona, bien con el sentimiento de estimación que respecto de sí misma tiene como reflejo de la conciencia de su propia dignidad. De este modo, en el camino que va de “la honra” al “honor” se revela un aspecto de la axiología sobre la que se asienta la sociedad de finales del siglo XX que es, probablemente, lo que el legislador de 1990 ha querido elevar a la categoría de norma.

Pero, haciendo eso, el legislador ha hecho más pues la nueva redacción del artículo 648.1 introduce una variante en el problema tradicionalmente planteado en esta sede: ¿opera el artículo 648.1 del Código civil una remisión al Código penal? La mayoría de los autores españoles se deciden por la afirmativa. Así, cuando el precepto abría la posibilidad de revocar la donación «si el donatario cometiere algún delito contra la persona, la honra o los bienes del donante», entendieron unos que el Código civil utilizaba el término “delito” en un sentido técnico-penal, como sinónimo de infracción castigada con pena grave. Otros, en una interpretación más amplia, extendieron la significación del término a las faltas. En cualquiera de los casos quedaba claro el desajuste entre el artículo 648.1 del Código civil y el Código penal, pues los delitos “contra la persona, la honra o los bienes” del donante no tenían exacto paralelo en las rúbricas del Código punitivo. En lo que a los delitos contra “la honra” se refiere, la correlación se estableció con los “delitos contra la honestidad” y los “delitos contra el honor”. Con la modificación del artículo 648.1 se da lugar a una perfecta coincidencia entre los delitos “contra... el honor” del donante y los “Delitos contra el honor” del tí-

---

(21) *Diccionario... op. cit.* Voz “honor”.

tulo X, libro II del Código penal, lo que parece despejar la duda siempre latente en relación con este extremo. Ahora bien, la simplificación es sólo aparente porque la remisión del artículo 648.1 a los “delitos contra el honor” restringe el alcance del precepto en contra de lo que fue el espíritu del legislador de 1889 y, seguramente también, en contra de la intención que ha animado al legislador de hoy porque, en efecto, de entenderse el artículo 648.1 en los términos expuestos los delitos relevantes en orden a la posibilidad de revocar por causa de ingratitud las donaciones hechas serían sólo los de calumnia e injuria. Esta injustificada limitación obligaría a interpretar extensivamente la expresión en estudio, incluyendo en ella tanto los “delitos contra el honor” como los “delitos contra la honestidad” (título IX, libro II del Código penal). Y esta circunstancia sobrevinida reforzaría, en mi opinión, la tesis que —con base en la sentencia de 23 de octubre de 1983— ha mantenido Díaz Alabart: si para llegar a resultados razonables —decía— hay que interpretar extensivamente la segunda parte de las expresiones “delitos contra la persona, la honra o los bienes del donante”, ¿por qué hay que interpretar estrictamente y en sentido técnico-penal sólo la primera, es decir, “delito”? ¿no sería más lógico atenerse a un criterio unitario y entender “delito” en sentido amplio, como “conducta dolosa socialmente condenable de cierta entidad”? Las consecuencias de este planteamiento son evidentes: de una parte, la inexistencia de remisión al Código Penal; de otra, el protagonismo del Juez a cuyo arbitrio quedaría el averiguar en cada caso si la conducta seguida por el donatario alcanza o no el nivel de reprochabilidad exigido para justificar la revocación de la donación (22). El asunto requeriría un estudio más profundo —el que le ha faltado al legislador—, pero las líneas generales del problema serían las que dejó apuntadas.

La modificación del artículo 648.2 hace posible la revocación de donaciones por causa de ingratitud “si el donatario imputare al donante alguno de los delitos que dan lugar a procedimientos de oficio o acusación pública, aunque lo pruebe; a menos que el delito se hubiere cometido contra el mismo donatario, su cónyuge o los hijos constituidos bajo su autoridad”. Donde ahora se dice “cónyuge” se decía antes “mujer”. La redacción antigua presuponía el sexo masculino del donatario con olvido de que las mujeres podían también serlo y, de hecho, lo eran (no donatarios, ciertamente, sino donatarias). La utilización del término “mujer” implicaba así un uso sexista del lenguaje que no traducía la realidad social. Hasta aquí la mente del legislador y de ahí la reforma. Sin embargo, el bien intencionado propósito que la inspira se estrella, en este caso, contra el muro de la ignorancia perdiéndose, además, la oportu-

---

(22) Vid. DÍAZ ALABART, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (Dir. ALBALADEJO), VIII-2 (Madrid, 1986), pp. 427-431.

tunidad de modificar el precepto en el único sentido en que hubiera sido razonable hacerlo. Veámoslo.

La expresión “a menos que” introducía en el artículo 648.2 tres excepciones en las que, a pesar de ejercitar acción penal contra el donante, el donatario no incurría en causa de inratitud. Las excepciones se daban cuando el delito perpetrado por el donante se hubiera cometido “contra el mismo donatario, su mujer o los hijos constituidos bajo su autoridad”. No ofrece demasiadas complicaciones el primero de los supuestos pues, como dijo García Goyena, “el derecho de vindicarse a sí mismo... es anterior y preferente a todo otro derecho”. En los otros dos casos, hay que coincidir con la mejor doctrina (23) en que la excepción responde a la necesidad de comparecer el donatario en juicio por quienes no podían hacerlo por sí mismos: sus hijos menores o incapacitados y, al tiempo de la publicación del Código civil por razón de lo prescrito en su artículo 60, también su mujer. Son pues razones procesales atinentes al ámbito de la representación legal las que explican la redacción originaria del artículo 648.2. Sin embargo, a partir de la Ley de 2 de mayo de 1975, la excepción relativa a la mujer del donatario pierde todo su sentido pues el artículo 71 del Código civil priva al marido de la representación legal de su mujer disponiendo: “Ninguno de los cónyuges puede atribuirse la representación del otro sin que le hubiera sido conferida voluntariamente.” Por eso —y con toda razón—, desde hace años venía propugnándose la supresión de la referencia a la “mujer” en el artículo 648.2 pues en la medida en que el marido-donatario no ostenta su representación legal y puede ella accionar por sí misma su mención en el citado artículo resulta ociosa.

La Ley 11/1990, de 15 de octubre, pierde —como he dicho— la oportunidad de modificar el precepto en el único sentido en que hubiera sido razonable hacerlo. Desoyendo la recomendación de la doctrina no ha suprimido la expresión “su mujer”. El prurito de la igualdad a todo trance ha llevado a sustituir “mujer” por “cónyuge”, consiguiéndose con ello el doble efecto de perpetuar y ampliar a la recíproca el sin sentido que, desde 1975, encerraba la versión originaria del artículo 648.2.

Las otras dos sustituciones que el artículo 5 de la ley en estudio ordena son las de los términos “esposa” y “mujer” por “cónyuge” en los artículos 754.1 y 1.924.2.b), respectivamente. En ambos casos la modificación está justificada pues, sin duda, el Código partía —en un mundo típicamente masculino— del protagonismo profesional, social y económico del varón como si la mujer no pudiera ser notario (*¿o notaria?*) y

---

(23) DIEZ-PICAZO, *Las causas de revocación de donaciones por ingratitud del donatario: la imputación de un delito al donante*, en “Estudios de Derecho Privado” (Madrid, 1980), p. 222, y DÍAZ ALABART, *La imputación por el donatario al donante de delito perseguible de oficio como causa de ingratitud que permite revocar la donación*, en RDP, diciembre (1984), p. 1.067.

testificar en los testamentos (por la remisión del artículo 754.2 al párrafo anterior) o ser la deudora cuyos funerales impagados son tenidos en cuenta por el Código civil para conceder al acreedor un privilegio general.

5. El artículo 6.º de la ley modifica el artículo 756.1 del Código en el siguiente sentido: “Son incapaces de suceder por causa de indignidad: 1) Los padres que abandonaren, prostituyeren o corrompieren a sus hijos.” En su versión anterior el primer apartado del artículo 756 decía: “Los padres que abandonaren a sus hijos o prostituyeren a sus hijas o atentaren a su pudor.” La modificación incide, además, en el artículo 854, que configura como justa causa para desheredar a los padres la señalada en el artículo 756.1.

A propósito del antiguo artículo 756.1 ya se había puesto de relieve lo inadecuado de referir sólo a los hijos varones el “abandono”. Existiendo idénticas razones para sancionar con la indignidad sucesoria el abandono de las hijas y permitiéndolo la expresión, se entendió que el término “hijos” no se contraponía, sino que incluía al de “hijas”. Por otra parte, la referencia a las “hijas” como únicas víctimas de la prostitución o atentados contra el pudor conllevaba, efectivamente, discriminación por razón de sexo, dado que el efecto jurídico —incurrir en causa de indignidad— se hacía depender injustificada y exclusivamente de esa única circunstancia (24). La nueva redacción del artículo 756.1 extiende el alcance del precepto tanto en lo que se refiere a los sujetos pasivos de la conducta indigna de los padres (ahora, genéricamente, los hijos) como en lo relativo a esa misma conducta (“corrompieren”). Esta segunda diferencia tiene que ver con las enmiendas presentadas, respectivamente, por el Grupo Popular y el Grupo Parlamentario Centro Democrático y Social en el Congreso y el Senado. El Grupo Popular propuso para el artículo 756.1 la siguiente redacción: “Los padres que abandonaren, prostituyeren, corrompieren o indujeran al alcoholismo o toxicomanía a los hijos o descendientes.” Se justificaba la modificación propuesta en la mayor amplitud del texto y en su mejor adecuación a la realidad social (25). La enmienda se reprodujo en el Senado (26). El texto alternativo del Centro Democrático y Social decía: “Los padres que abandonaren a sus hijos y los que incumplieren sus deberes o conculcaran sus derechos, de manera muy grave y reiterada.” Se motivaba la enmienda con la siguiente justificación: “Existen conductas que merecen la misma sanción como la privación doméstica de libertad, sevicias graves, ausencia de escolarización, etc., sin que sea justificable dar mayor relevancia a conductas relacionadas con el sexo” (27). El texto definiti-

---

(24) ALBALADEJO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, x-1 (Madrid, 1987), pp. 213 y 214.

(25) BOCG, Serie B, núms. 13-4, de 26 de marzo de 1990, p. 15.

(26) BOCG, Serie III-B, núm. 2 (c), de 20 de junio de 1990, p. 17.

(27) *Ibidem*.

vo del artículo acoge la expresión “corrompieren”, cuyo sentido se queda a mitad de camino entre lo sugerido por una y otra propuesta: no connota necesariamente una referencia sexual y alude a una conducta positiva que tiene por efecto o resultado la corrupción del hijo o de la hija. Se consigue con ello no sólo adecuar el artículo 756.1 al artículo 14 de la Constitución, sino también acomodarlo a la realidad social del tiempo presente en el que las actividades corruptoras pueden presentar manifestaciones muy variadas.

6. El mandato del artículo 7.º de la ley lleva a suprimir el último inciso del artículo 852. Éste decía: “Asimismo es justa causa para desheredar haber cometido adulterio con el cónyuge del testador.” No se admitió la enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Centro Democrático y Social en el Senado, cuya acogida hubiera evitado las consecuencias que se derivan de la eliminación del párrafo. Proponía la enmienda la sustitución de los términos “haber cometido adulterio con el cónyuge del testador” por “la interferencia grave o reiterada en las relaciones familiares del testador” en la idea de que resultaba impropio dar “relevancia jurídica específica” al sexo (28).

Tanto la enmienda como la ley adolecen, en este punto, de un mismo defecto: nada tienen que ver con el principio de no discriminación por razón de sexo. Y nada tienen que ver porque su punto de partida, el inciso final del artículo 852, no era discriminatorio. La consecuencia jurídica de la desheredación se vinculaba al supuesto de hecho de haber cometido adulterio con el cónyuge del testador. Pero, al carecer el supuesto de hecho de referencias sexistas su cumplimiento daba lugar a que pudiera desheredarse a quien legalmente procediese tanto si se trataba de hombre como si se trataba de mujer.

Ahora bien, la enmienda del Centro Democrático y Social —con todas sus imprecisiones— mantenía la sanción privada de la desheredación. Eso significaba por una parte que, ante la perspectiva de su aplicación, el potencialmente desheredado tenía la oportunidad de retraerse de la conducta que así quería proscribirse; por otra e “interferidas” ya las relaciones familiares del testador, que el ascendiente o descendiente, en una suerte de justicia conmutativa, podría verse privado de su legítima. El efecto que produce la supresión del párrafo final del artículo 852 es el que gráficamente ha descrito Lasarte: “adultera, pero hereda” (29). A partir de ahora al testador —hombre o mujer— no le quedará más remedio que soportar con —o sin— paciencia la vejación que supone que sus padres o hijos cometan adulterio con su segundo o ulterior cónyuge pues no dispondrá de ningún instrumento jurídico para evitarlo ni para, “a posteriori”, sancionarlo.

No puede decirse que el ordenamiento jurídico privado permanezca

(28) BOCG, Serie III-B, núm. 2 (c), de 20 de junio de 1990, p.9.

(29) LASARTE, *Adultera, pero hereda*, en “Tapia” 55 (1990), p. 13.

neutral frente al adulterio toda vez que el artículo 82.1 del Código civil conceptúa la infidelidad conyugal como causa de separación y el artículo 855 señala como causa de desheredación del cónyuge el haber incumplido grave o reiteradamente sus deberes conyugales (entre los que se encuentra el de fidelidad *ex* artículo 68). ¿Podrá desheredarse al cónyuge y no al pariente en línea recta que con él comete adulterio? Desde el artículo 852, rotundamente sí. Aunque ello implique contradicción y propicie comportamientos no deseables (ni socialmente ni, desde luego, por los testadores). Tanto en su técnica como en la línea de política legislativa que revela la Ley 11/1990 incurre en un notorio desacierto.

7. Finalmente, el artículo 8.º de la norma establece la supresión de la causa 3.ª del artículo 853. Ello supone la desaparición de una de las causas de desheredación que afectan a los hijos y descendientes. Concretamente, la que decía: “Haberse entregado la hija o la nieta a la prostitución.”

Es evidente que el artículo 853.3 encerraba un trato discriminatorio por razón de sexo pues, existiendo también prostitución masculina, no se penalizaba con la desheredación al hombre y sí a la mujer. Para eliminar la discriminación señalada tenía el legislador dos opciones: o aplicar idéntica sanción a los varones o suprimirla para las mujeres. Lo primero hubiera supuesto igualar por abajo en contra del parecer que, en general, ha mantenido el Tribunal Constitucional cuando ha resuelto este tipo de asuntos (30). De haberlo hecho, además, se hubiera introducido en el Código civil una nueva causa de desheredación sin precedente en nuestro Derecho de modo que la solución adoptada resulta ser la única posible.

Desde otra perspectiva, la justificadísima supresión entraña un juicio de valor coherente con la línea de política legislativa que se manifiesta en la reforma del artículo 852.

Tras este recorrido por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, se impone una conclusión final: en los aspectos examinados, la norma —salvo elementales aciertos— deja mucho que desear. Incoherente con su propósito y deficiente desde el punto de vista técnico, es un claro ejemplo de trabajo poco riguroso. Quizá nuestros parlamentarios necesitan un asesoramiento más eficaz en lo que a materias jurídicas se refiere.

---

(30) Vid. Sentencias 80/1982, de 20 de diciembre, 81/1982, de 21 de diciembre, y 103/1983, de 22 de noviembre.



## Responsabilidad civil extracontractual

Reforma de los Códigos Civil y Penal en materia de responsabilidad civil del profesorado. Ley 1/1991, de 7 de enero  
“B.O.E.” de 8 de enero

Por ESTHER GOMEZ CALLE

### 1. AMBITO DE LA REFORMA

Como es sabido, la responsabilidad civil extracontractual es regulada en nuestro Derecho tanto en el Código civil como en el Código penal. También la del profesorado, por lo que la presente reforma en esta materia afecta a las normas que en ambos cuerpos la regulan; además, se han suprimido algunas disposiciones cuyo ámbito rebasaba el de la sola responsabilidad del profesorado (como las contenidas en el Código civil a propósito de la responsabilidad del Estado), y algunas referencias a relaciones que también quedan fuera de las que constituyen el objetivo fundamental de la reforma (así, la mediante entre amo y criado, como, con expresión ya desfasada, recogía el art. 22 C.p.).

Sintetizando, la Ley 1/1991 introduce las siguientes modificaciones:

#### 1. *En el C.p.:*

1.1. Suprime del antiguo artículo 22 la alusión a la responsabilidad civil subsidiaria de *amos y maestros* por delitos y faltas de sus *criados, discípulos, oficiales y aprendices*, manteniéndolo inalterado en el resto, que queda así circunscrito a la responsabilidad civil subsidiaria del empresario por los delitos y faltas de sus dependientes, en los mismos términos que antes de la reforma.

1.2. Se añade al artículo 22 un segundo párrafo, que consagra la responsabilidad civil subsidiaria, no ya de los maestros, sino de las personas o entidades que sean titulares de Centros de enseñanza no supe-



rior, por los delitos y faltas de sus alumnos menores de edad, en las circunstancias que luego se verán.

## 2. En el C.c.:

2.1. El párrafo 5.º del artículo 1.903 es suprimido.

2.2. Se da nueva redacción al párrafo 6.º del mismo precepto, en términos paralelos a los del párrafo 2.º del artículo 22 del Código penal (aun con las diferencias que más tarde señalaré): así, la anterior referencia a la responsabilidad del *maestro* o *director de artes y oficios* es sustituida por la de la persona o entidad titular del Centro de enseñanza no superior por los daños causados por sus alumnos menores de edad.

2.3. Se añade un párrafo 2.º al artículo 1.904, para establecer las circunstancias en que cabe el derecho de regreso del titular del Centro contra los profesores.

De lo expuesto resultan ya dos datos:

A) La reforma ha acomodado estos textos positivos a las circunstancias actuales, tanto jurídicas como de hecho:

a) Suprimiendo la regulación de la responsabilidad del Estado contenida en el párrafo 5.º del artículo 1.903, ya superada por normas administrativas (1): la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 y su Reglamento de 26 de abril de 1957, así como la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (LRJAE, texto refundido de 26 de julio de 1957), cuyos principios fueron plasmados en el artículo 106.2 de la Constitución. Por lo que se refiere a la Administración Local, el artículo 54 de la Ley de Bases de Régimen Local, de 2 de abril de 1985, remite a la legislación general sobre responsabilidad administrativa (y desarrollan este principio los artículos 223 a 225 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales de 28 de noviembre de 1986) (2).

La LRJAE regula en su título IV "*la responsabilidad del Estado y de sus autoridades y funcionarios*" y ya antes de la reforma eran de aplicación sus artículos 40, 42 y 43 en los casos en que se trataba de Centros públicos docentes.

b) Simplificando y adecuando con buen criterio los términos en el ámbito central de la reforma, de manera que se alude simplemente a alumnos, profesorado y titular del Centro docente (3).

(1) A este respecto, *vid.* PANTALEÓN PRIETO, A. F.: "Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción", Tecnos, Madrid 1985, nota 8 de pp. 25 a 27, en particular en la p. 26.

(2) En esta materia, *vid.* ANGEL YÁGÜEZ, R. de: "La responsabilidad civil", Universidad de Deusto, Bilbao 1988, pp. 145 y ss.

(3) Son también los términos utilizados en la LO 8/1985, de 3 de julio, reguladora

Con estos términos se refiere de modo claro a todos los sujetos implicados en la relación docente, que hay que deslindar de la relación laboral o de prestación de servicios. Cuando fueron promulgados los Códigos civil y penal, ambas relaciones estaban íntimamente ligadas en aquellos casos en que quien enseñaba un oficio desempeñaba, al mismo tiempo, las tareas de un maestro en sentido estricto, debiendo proporcionar al aprendiz (que incluso frecuentemente convivía con él) una instrucción general (4). De ahí que el párrafo 6.º del artículo 1.903 del Código civil estableciese la responsabilidad de los maestros por sus alumnos junto a la de los directores de artes y oficios por sus aprendices, de igual modo que el artículo 22 del Código penal consagraba la responsabilidad civil de los maestros por sus discípulos, oficiales o aprendices. Se caracterizaba así la relación de aprendizaje más por el dato de la enseñanza (de todo tipo) impartida por el maestro de artes y oficios, que por el de prestación de un servicio por parte del aprendiz.

Sin embargo, actualmente la balanza se ha inclinado en el otro sentido. Atendiendo al Derecho vigente, el Real Decreto 1992/1984, de 31 de octubre, regula los contratos de trabajo en prácticas y para la formación, siendo éste último el más próximo al contrato de aprendizaje, ya que, en virtud de él, *“el trabajador se obliga simultáneamente a prestar un trabajo y a recibir formación, y el empresario a retribuir el trabajo y, al mismo tiempo, a proporcionar a aquél una formación que le permita desempeñar un puesto de trabajo”* (art. 6.º) (5). Aun cuando exista aquí una obligación de instrucción a cargo del empresario (circunscrita, sea dicho de paso, al trabajo del que se trate), es obvio que la relación es laboral y, por tanto, si el trabajador ocasiona un daño, a quien le contrató le serán aplicables las normas de la responsabilidad del empresario (pfo. 4.º del art. 1.093 del C.c. y las disposiciones que, tras la reforma, se han separado en el párrafo 1.º del art. 22 del C.p.).

La misma existencia de estas normas justifica la supresión en el párrafo primero del artículo 22 del Código penal de la referencia a amos y criados, por lo demás de connotaciones totalmente inadecuadas.

---

del derecho a la educación; en su artículo 10.2 párrafo 2.º define al titular de un centro docente como *“la persona física o jurídica que conste como tal en el registro a que se refiere el artículo 13 de esta Ley”* (se trata de un registro público dependiente de la Administración educativa correspondiente); el centro es público si su titular es un poder público, y privado si lo es una persona física o jurídica de carácter privado (pfo. 1.º del cit. art. 10.2).

(4) Vid. sobre este punto DÍAZ ALABART, S.: *“Un apunte histórico para la determinación de la responsabilidad de los maestros en el artículo 1.903 del Código civil”*, Centenario del Código civil (1889-1989), T. 1, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 696 y ss.

(5) Si se trata de un contrato de prácticas, no se establece la obligación del empresario de proporcionar una formación al trabajador, si bien su finalidad es que le permita *“aplicar y perfeccionar sus conocimientos y le facilite una práctica profesional adecuada a su nivel de estudios”* (art. 1.º).

B) Antes de la reforma, los Códigos civil y penal atribuían al maestro la responsabilidad civil por los actos dañosos de sus alumnos. No obstante, había otras responsabilidades en juego (además de la del propio alumno conforme al art. 1.902 del C.c. y, en su caso, al 19 del C.p.); la de la persona o entidad titular del Centro (6), ya fuese en su calidad de empresario, y por los actos dañosos de los profesores que tuviese empleados (arts. 1.903, pfo. 4.º del C.c. y 22 del C.p.), ya fuese por el funcionamiento del servicio público de enseñanza (responsabilidad de la Administración conforme al art. 40.1 LRJAE).

1. Esta regulación de la responsabilidad del maestro había sido criticada por alguna doctrina que, atenta a los nuevos parámetros vigentes en la relación entre aquél y sus alumnos, se manifestó a favor del establecimiento de una responsabilidad objetiva a cargo de la institución de enseñanza (7).

2. Pero fueron ante todo los medios profesionales afectados quienes, cada vez con más insistencia, exigieron una reforma en esta materia (8), llegando incluso a recomendar la cesación de las actividades extraescolares y complementarias en tanto no se hiciese algo al respecto: se pretendía, básicamente, que la Administración asumiese directamente la protección de los funcionarios (defensa jurídica y pago de indemnizaciones y fianzas) (9), como vía preferible a la de la suscripción de un seguro por los mismos profesores o por las personas de quienes dependieran los Centros (10). Dichas reivindicaciones se plasmaron en

---

(6) *Vid.* CASTÁN TOBEÑAS, J.: "Derecho Civil Español, Común y Foral", T. IV, 12.ª ed., Reus, Madrid, 1985, p. 970; ANGEL YÁGÜEZ, R. de: "La responsabilidad civil", cit., p. 191, y DíEZ-PICAZO, L., y GULLÓN A.: "Sistema de Derecho Civil", vol. II, 6.ª ed., Tecnos, Madrid, 1989, p. 629.

(7) Así, v. gr., ANGEL YÁGÜEZ, R. de: "La responsabilidad civil", cit., p. 191; o S. DÍAZ ALABART, quien se inclinaba por dejar a salvo el derecho de regreso de la institución contra el maestro que fuese responsable conforme al artículo 1.902 del Código civil (*vid.* "Un apunte histórico...", cit., pp. 701 y ss (705)).

(8) El malestar en este sector se manifestó, ante todo, al comienzo del curso escolar 1987-88, como patentizó la prensa en aquel momento: *vid.*, por ejemplo, los artículos de CÉSAR DÍAZ y PÍO MACEDA en "El País" de los días 16 de septiembre y 20 de octubre de 1987, respectivamente; de ANTONIO MARTÍN CASTRO en "ABC" de 6 de octubre de 1987; o los publicados en el periódico profesional "El Magisterio Español" de las semanas del 16 al 22 y del 23 al 29 de septiembre del mismo año.

(9) A esta preocupación del cuerpo docente respondió, por ejemplo, el Conseller de educación de Cataluña, JOAN GUFTART, en julio de 1987, dirigiendo una carta a los afectados en el campo de la enseñanza, recordando el compromiso de la Consellería de asumir la plena protección del profesor funcionario (la carta forma parte del dossier preparado por la UCSTE para acompañar la proposición de Ley a que en el texto en seguida me refiero, dossier que dicho sindicato tuvo la amabilidad de enviarme en 1987).

(10) Algunos Gobiernos autónomos habían concertado seguros que cubrieran los daños producidos en este ámbito.

Recientemente, el I Convenio Colectivo de ámbito estatal de Centros Asistenciales

una Proposición de Ley “*reguladora del procedimiento a seguir para exigir la responsabilidad civil de las Administraciones públicas en supuestos derivados del funcionamiento del servicio público de la enseñanza*”, Proposición que el 14 de septiembre de 1987 presentó a la Mesa del Congreso de los Diputados (al amparo de la Ley 3/1984, de 26 de marzo, reguladora de la iniciativa legislativa popular prevista en el art. 87.3 de la Constitución) la Unión Confederal de Sindicatos de Trabajadores de la Enseñanza (UCSTE); su ámbito se circunscribía a los casos en que se produjeran lesiones, graves o menos graves, o la muerte de alguno de los miembros de la comunidad educativa con ocasión del funcionamiento de los centros docentes de titularidad pública (art. 1.º).

En la Exposición de Motivos de la Proposición se insistía en la necesidad de arbitrar un procedimiento sencillo y rápido para la obtención de las indemnizaciones de la Administración, dado que, en la práctica, los perjudicados, en lugar de exigir directamente la responsabilidad de aquélla conforme a la LRJAE, venían demandando penalmente a los funcionarios, de modo que los tribunales declaraban su responsabilidad (penal y) civil directa y la subsidiaria de la entidad pública correspondiente, aun en casos en que la condena penal no parecía justificada.

En efecto, así ocurrió, *v. gr.*, en el caso resuelto por la sentencia de 12 de marzo de 1987, del Juez de Distrito de Berga (Barcelona) (11). Los hechos fueron los siguientes: un niño de ocho años, alumno de un colegio público propiedad del Ayuntamiento, después de terminadas las clases y de ir a su casa, volvió a la escuela y se quedó jugando en el patio, que permanecía abierto al público fuera del horario escolar por decisión del Ayuntamiento; hallándose en un pasaje-callejón formado por la pared de una casa particular y la del cine municipal, al cual se podía acceder desde el patio de la escuela, se dio con un hierro que estaba clavado en la pared, perdiendo la visión de un ojo. El Juez condenó al Director de la escuela como autor de la falta prevista en el artículo 586.º del Código penal, y declaró su responsabilidad civil directa con base en el artículo 19 del Código penal (en total, algo más de 3 millones de pe-

---

y de Educación Infantil (suscrito el 3 de febrero de 1989, publicado en el “BOE” de 6 de marzo, ref. 495) impuso la obligación de suscribir un seguro de accidentes y de responsabilidad civil a los Centros afectados por el mismo (art. 53): a saber, “*Guarderías Infantiles, Jardines de Infancia y Parvularios no integrados, cualquiera que sea el carácter y nacionalidad de la Entidad titular y que realicen las funciones de custodia, atención, asistencia y/o educación infantil de niños de cero a seis años*” (art. 2.º pfo. 1.º). Según desarrolla el citado artículo 53, en lo relativo a la responsabilidad la cobertura de la póliza debe incluir, entre otros extremos, la de los Centros asegurados y la de los mismos niños adscritos por daños causados a sus compañeros.

(11) Cuento con el texto de la sentencia porque figura en el dossier antes citado de la UCSTE; sin embargo, no me ha sido posible localizar el fallo del Juzgado de Primera Instancia ante el cual fue recurrida. Tampoco otras sentencias a las que aludía la prensa en 1987 y que, al parecer, condenaron también a los profesores en otros supuestos de accidentes escolares (uno en Valladolid y otro en San Sebastián de los Reyes, Madrid).

setas), así como la responsabilidad civil subsidiaria del Ayuntamiento (se entiende que conforme al art. 22 del C.p.).

A la vista de decisiones de este tipo, se comprende el malestar que sentía el cuerpo docente. La sentencia ni siquiera alude al dato de que el daño se produjo fuera del horario escolar e incluso del patio del colegio, y aunque desde éste hubiera acceso al lugar en que el menor se dañó, lo cierto es que ello se debía a decisión del Ayuntamiento, a fin de aprovechar al máximo las instalaciones deportivas del pueblo. Dado todo lo cual, parece que ni siquiera la amplia fórmula del entonces vigente artículo 586.3.º del Código penal, de muy difícil deslinde de la pura responsabilidad civil extracontractual por culpa, permitía apreciar imprudencia en el director del colegio (12).

3. No obstante lo dicho, lo cierto es que ni hay muchas sentencias en materia de responsabilidad de los maestros, ni todas han sido tan severas. Algunas se refieren, además, a casos en que el menor causante del daño era aprendiz de un oficio: así, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 11 de abril de 1935 (13) o la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.ª) de 16 de octubre de 1970 (14). A casos de pura rela-

---

(12) En cualquier caso, antes de la reforma del Código penal por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, las posibilidades de responsabilizar penalmente al maestro funcionario eran grandes, dado que, de la interpretación conjunta de los artículos 565, 586.3 y 600 Código penal, se desprendía que toda causación culposa de un daño, personal o material, y aun realizado por simple imprudencia, era constitutivo de delito o falta (v. CONDE PUMPIDO, C.: “Los problemas de la responsabilidad civil por los hechos ilícitos de los incapaces”, Estudios de Derecho civil en honor al profesor CASTÁN TOBEÑAS, tomo II, eds. Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, p. 84; y ANGEL YÁGÜEZ, R. de: “La responsabilidad civil”, cit., p. 45).

Uno de los objetivos de la citada reforma ha sido, precisamente, evitar que imprudencia penal y culpa extracontractual se solapen, a cuyo fin redujo considerablemente el Libro III del Código penal, relativo a las faltas (vid. MARTÍNEZ PÉREZ, C.: “La despenalización de las faltas y las reformas relativas al Libro III”, RPJ, número especial XII, dedicado a las “Jornadas de estudio sobre la nueva reforma del Código penal”, 1990, pp. 341 y 342).

(13) En aquel caso, un menor de doce años, alumno aprendiz de una granja explotada por una Diputación Provincial, atropelló y mató a un ciclista cuando iba conduciendo un carroco propiedad de la granja. El Tribunal Supremo declaró la responsabilidad civil de la Diputación: curiosamente, y pese a que la propia sentencia se refiere al menor como “alumno o aprendiz” de la Diputación, en ella no se alude al párrafo 6.º del artículo 1.903 (como se hizo en el recurso interpuesto por la parte demandante), sino al 4.º; ello prueba la condición mixta (laboral-educativa) que ya entonces se detectaba en la relación de aprendizaje.

(14) Se trataba de un caso en que, ante la insolvencia del menor, aprendiz, que había sido condenado penalmente como autor de un delito de imprudencia temeraria, se condenó como responsable civil subsidiario a su “maestro y patrono” conforme al artículo 22 del Código penal, precepto que —según señala la sentencia— se justifica por “los deberes de enseñanza, vigilancia y formación por parte del patrono, y de dependencia, respeto y consideración por parte del aprendiz, con el consiguiente deber de los maestros de responsabi-

ción docente afectan la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.<sup>a</sup>) de 15 de junio de 1977 y la de la Audiencia Territorial de Albacete (Sala de lo civil) de 18 de enero de 1988: en ambas fueron demandados Colegios privados y sólo una de ellas, la segunda, fue condenatoria.

En el caso resuelto por el Tribunal Supremo los hechos fueron los siguientes: un menor (el hijo de los demandantes), interno en un colegio religioso, salió del mismo con otros compañeros, dirigiéndose a un lugar a las afueras de la ciudad en que había numerosas charcas, producidas por las excavaciones de arena que allí se hacían; cuando se estaba bañando en una de ellas con un amigo, apreció algo anormal en éste y, tratando de ayudarle, ambos se ahogaron.

Los padres del niño demandaron tanto al Colegio, por no custodiarle debidamente, como al propietario del terreno en que se habían hecho las excavaciones, por no haber empleado las debidas medidas de seguridad. Sin embargo, el Tribunal Supremo no apreció culpa en ninguno de los demandados y, concretamente en relación con el Colegio, subrayó que el grupo de niños, entre los que se hallaba el hijo de los demandantes, había sobrepasado los límites de la autorización que se les había dado para ir a una pista situada frente al Colegio, y habían contrariado la expresa prohibición de ir a bañarse, actuando por propia iniciativa y eludiendo la vigilancia del Centro. No se aprecia, pues, un excesivo rigor en el grado de diligencia exigible.

Sí condenó a la dirección del Colegio la sentencia de la Audiencia Territorial de Albacete antes citada: en este caso, un menor hirió a otro en un ojo de una pedrada, cuando se hallaban con otros alumnos en el patio del Colegio, donde habían sido convocados por un profesor para ir al cine. La solución parece acertada, dadas las circunstancias del caso.

4. Pues bien, el cambio fundamental introducido por la reforma es que, atendiendo a las reivindicaciones de los profesores, los nuevos párrafos 6.º del artículo 1.903 del Código civil y 2.º del artículo 22 del Código penal ya no atribuyen la responsabilidad por los actos dañosos del alumno al maestro, sino directamente a *“las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior...”*. El Proyecto presentado por el Gobierno establecía la responsabilidad de las personas o entidades que fueran titulares *o de las que dependiese* el Centro; sin embargo, en este punto fue admitida la enmienda presentada por el Grupo Popular, en el sentido de suprimir la frase subrayada, precisamente para evitar que, en su aplicación, se hiciera responsable *“a aquellas personas que ejerciendo tareas docentes y de gobierno en los mismos (Centros) asuman funciones de organización”*. Todo lo cual pone de relieve que fue objetivo básico de la reforma reducir al máximo los supuestos de responsabilidad de los profesores.

---

*zarse en el aspecto patrimonial de los daños y perjuicios que causaren los aprendices en el servicio que prestan o con ocasión de sus funciones”.*

La Exposición de Motivos de la Ley justifica la referida sustitución aduciendo que las normas anteriores respondían a una realidad ya superada “... en que existía una relación de sujeción del alumno al profesor, en términos que hoy no se producen en el discurrir diario de la vida docente”; lo cual aconseja —a juicio del legislador— establecer la responsabilidad de los titulares de los Centros, “que son quienes deben adoptar las correspondientes medidas de organización, sin perjuicio de que en supuestos tasados, y a ello obedece la reforma del artículo 1.904 del Código civil, el titular pueda reclamar al personal docente la cantidad satisfecha”.

Ha sido, pues, la disminuida operatividad de la culpa como criterio de imputación de responsabilidad a los maestros, unido a la posibilidad de hacer responder a otras personas con mayor fundamento, lo que ha llevado a prescindir de ella en el Código civil, al menos en aquellos casos en que dicha culpa no reviste el carácter de *grave* (15). En el Código penal, en cambio, la responsabilidad civil de los maestros *ex* artículo 22 era de carácter objetivo, lo cual hoy tampoco tiene sentido, dado que su relación con los alumnos ya no responde a las coordenadas que mediaban al redactarse el Código: ni hay el sometimiento que existía en-

---

(15) Si comparamos en este punto la responsabilidad de los maestros con la de los padres por los actos dañosos de sus hijos menores de edad, resulta que el criterio de la culpa tampoco tiene hoy, en este último ámbito, la misma virtualidad que cuando se redactó el Código: la nueva configuración de la patria potestad, plasmada en las últimas reformas del Derecho de familia (la del C.c. por L 11/1981, de 13 de mayo), ya no responde a un poder autoritario y prácticamente absoluto de los progenitores, sino a una función social que comprende facultades y deberes a ejercer en beneficio de los hijos y procurando el libre desarrollo de la personalidad del menor (v. art. 154 C.c. y arts. 10.1, 27.2 —referente a la educación— y 39 de la Constitución); esta mayor autonomía e independencia del niño o joven se ve avalada, además, socialmente. La ponderación de estas circunstancias, había de llevar, en la práctica de nuestro Derecho, a la apreciación de culpa y, por tanto, de responsabilidad de los padres en un menor número de supuestos, ya que se recorta el campo de las medidas de control y vigilancia exigibles —y permisibles—. Por ello es absolutamente criticable la objetivación que de dicha responsabilidad han llevado a cabo nuestros tribunales: igual que lo sería si se hubiera hecho en el ámbito de la responsabilidad del profesorado conforme a las normas del C.c.. Ahora bien, mientras que esta última podía ser suprimida (como ha hecho, con la salvedad antes indicada, la reforma) sin que, al principio tiempo se viese afectada la situación de la víctima, que puede dirigirse contra el titular del Centro correspondiente, eso no ocurre por lo que a los padres se refiere. Y ello no sólo por consideración al damnificado (que, en defecto de los padres, no tiene “superior” al que acudir), sino, sobre todo, porque, a mi modo de ver, la culpa sigue sirviendo aquí como criterio de imputación —así lo avala la práctica judicial alemana— y, pese a que la situación actual afecta tanto a padres como a maestros, aquéllos siguen ocupando una posición que les permite (intentar al menos) un control más efectivo y duradero del menor.

En cuanto al papel asignado a la educación para promover el libre desarrollo de la personalidad del niño, *vid.*, además del ya citado artículo 27.2 de la Constitución, los artículos 1.1, 2.a) y 6.1.a) de la LODE.

tonces, ni el alumno presta al maestro servicio alguno del que éste se beneficie.

Pero la reforma plantea una duda fundamental: si se trata de un establecimiento docente público, ¿cómo se coordinan las normas del Código civil y del Código penal, que declaran la responsabilidad del titular del Centro, con las de la LRJAE, relativas a la responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños ocasionados por el funcionamiento de un servicio público? A ello me refiero en el último apartado de este estudio.

En cualquier caso, queda en pie, claro está, la posibilidad de que la actuación del maestro sea constitutiva de delito o de falta, dando lugar a su responsabilidad civil directa (art. 19 C.p.) y a la subsidiaria del titular del Centro (art. 22, pfo. 1.º C.p.), o a la directa de la Administración, si se diesen los presupuestos de aplicación del artículo 40.1 LRJAE (16).

## 2. PRESUPUESTOS COMUNES DE LA RESPONSABILIDAD DEL TITULAR DEL CENTRO EN LOS ARTICULOS 1.903, PARRAFO 6.º, DEL CODIGO CIVIL Y 22, PARRAFO 2.º, DEL CODIGO PENAL

Son los siguientes:

- a) El alumno causante del daño ha de ser menor de edad.
- b) El daño a resarcir debe haberse ocasionado por el alumno en el tiempo en que el mismo *“se halle bajo el control y vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias”*.

Se acota así la responsabilidad del titular del Centro de modo más exacto y acomodado al caso y a las circunstancias actuales a como hacían las disposiciones anteriores que, por un lado, no hacían alusión alguna a la edad del causante directo del daño y, por otro, circunscribían la responsabilidad del maestro a los daños que ocasionara el discípulo, etc., en el tiempo que permaneciera *“bajo su custodia”* (ant. art. 1.903, pfo. 6.º C.c.) o *“en el desempeño de sus obligaciones o servicio”* (ant. art. 22 C.p.).

Por lo que afecta al primer dato, pese al silencio de los textos positivos, la doctrina mayoritaria ya entendía que los maestros sólo respondían por sus alumnos menores de edad (17). En cuanto al segundo, en

---

(16) Vid. SOTO NIETO, F.: “Responsabilidad civil subsidiaria del Estado por delitos cometidos por miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”, La Ley 1986-3, págs. 968 y ss.

(17) En este sentido, Vid. BORRELL MACÍA, A.: “Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil. Estudio del artículo 1.902 del Código civil y breves comenta-



el ámbito meramente docente no tenía sentido la expresión del C.p., pues el alumno no desempeña obligación o servicio alguno para el maestro.

Es mucho más exacto delimitar la responsabilidad del titular del Centro docente (o, en su caso, del profesor) por referencia al ámbito de las actividades escolares, extraescolares o complementarias, es decir, tanto a aquéllas en que se materializa la instrucción —en un sentido amplio— del alumno (clases teóricas o prácticas, visitas culturales...), como a otras que, aunque no propiamente educativas, son normales en dichos centros (excursiones...) o precisas para el adecuado desarrollo de su actividad (servicio de comedor, transporte escolar, etc.) (18).

### 3. DIFERENCIAS ENTRE EL CODIGO CIVIL Y EL CODIGO PENAL EN LA REGULACION DEL SUPUESTO

1. Dos diferencias derivan de la inclusión de las nuevas normas en el marco del artículo 1.903 C.c., por un lado, y del artículo 22 C.p., por otro. Resulta así que:

a) **Conforme al artículo 1.903**, la responsabilidad del titular del Centro es directa (19) y por culpa; podrá exonerarse probando que em-

---

ríos sobre los artículos 1.903 a 1.910", 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1958, p. 174; ANGEL YÁGUEZ, R. de: "La responsabilidad civil", cit., pp. 190 y 191; DÍAZ ALABART, S.: "Un apunte histórico...", cit., p. 701.

En contra, SANTOS BRIZ, J.: "La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal", 4.ª ed., Montecorvo, Madrid, 1986, pp. 439 y 440; PUIG BRUTAU, J.: "Compendio de Derecho Civil", Bosch, Barcelona, 1987, p. 636.

(18) Evidentemente, en actividades del tipo del transporte escolar también entran en juego otras posibles responsabilidades, como la de las empresas encargadas de ello por los Centros docentes. Así, el Real Decreto 2296/1983, de 25 de agosto, sobre Normas de Seguridad y Transporte Escolar y de Menores, hace referencia en su artículo 4.º a ciertas características técnicas obligatorias de los vehículos destinados a este transporte, y cuyo perfecto funcionamiento es responsabilidad exclusiva de los transportistas (así, por ejemplo, la existencia de puertas de apertura y cierre automáticos, mediante dispositivos situados fuera del alcance de los niños). También interesa su artículo 7.º.1, ya que establece los supuestos en que es obligatoria la presencia de una persona "idónea" encargada del cuidado de los niños en los vehículos dedicados a este transporte; la aportación de dicha persona corresponde al transportista, a no ser que en el correspondiente contrato se especifique que es incumbencia de la Entidad organizadora del servicio (art. 7.º3).

(19) El Tribunal Supremo ha subrayado reiteradamente el carácter directo de la responsabilidad que consagran los diversos apartados del artículo 1.903 del Código civil, ya que se establece "*por razón del incumplimiento de los deberes que imponen las relaciones de convivencia social, la vigilancia a las personas y a las cosas que están bajo la dependencia de determinadas personas...*" y que se impone "*cuando entre el autor material del hecho y el que queda responsable hay un vínculo tal que la ley puede presumir fundadamente que si hubo daño, éste debe atribuirse, más que al autor material, al descuido o defecto de vigilancia de la otra persona...*" (en esta línea se expresan, v. gr., las sentencias —Sala 1.ª— de 18

pleó toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño (últ. pfo. del art. 1.903).

Puesto que el titular del Centro no desempeñará normalmente las tareas de vigilancia y control del alumnado de manera directa, sino por medio del profesorado que emplee, su diligencia ha de medirse en relación con la elección y el control del mismo (sería la tradicional culpa *in eligendo* e *in vigilando*). Además, y puesto que la organización de las actividades propias de un Centro docente precisa de una infraestructura material, habrán de observarse también respecto de ella los cuidados precisos a fin de evitar que su utilización pueda dar lugar a daños.

El titular del Centro docente podrá exonerarse probando que el evento dañoso fue imprevisible e inevitable conforme a la diligencia que le exige el último párrafo del artículo 1.903, pero no probando que lo fue para el concreto menor que lo realizó, por ser éste civilmente imputable. Que el alumno menor de edad sea o no capaz de discernir el alcance de sus actos y de obrar en consecuencia (capaz de entender y querer o civilmente imputable) sólo tiene relevancia a los efectos de determinar su propia responsabilidad conforme al artículo 1902 del Código civil (también directa y por culpa); pero es intrascendente para concretar la del titular del Centro (o, en su caso, del profesor), que deriva de culpa propia y precisamente de no observar el cuidado exigido sobre los alumnos sometidos a su control, alumnos que, dada su menor edad pueden no ser capaces de vislumbrar las consecuencias de sus actos de igual modo que una persona adulta (20).

Pese al fundamento culpabilístico de esta responsabilidad, a la vista de la aplicación objetivadora que nuestros tribunales han hecho de las normas del C.c. relativas a la responsabilidad del empresario, así como de la concomitancia entre la misma y la que aquí interesa, es muy probable que, en la práctica, se desvirtúe aquel carácter subjetivo y se objete en aras del principio *pro damnato* e invocando los criterios del riesgo y del beneficio.

---

de mayo de 1904, 18 de febrero de 1914, 29 de marzo de 1933, 14 de febrero de 1964, 16 de marzo de 1971 y 26 de octubre de 1981).

(20) En este sentido se ha pronunciado la Sala 1.ª del Tribunal Supremo en algunas sentencias, a propósito de la responsabilidad paterna *ex* artículo 1.903 párrafo 2.º del Código civil: así, las de 14 de abril de 1977, 10 de marzo de 1983 y 22 de septiembre de 1984 (también la Audiencia Territorial de Burgos —Sala de lo civil— en sentencias de 22 de junio de 1983 y 5 de mayo de 1988).

En otras sentencias, sin embargo, el Tribunal Supremo ha seguido el mismo criterio que viene manteniendo respecto del párrafo 4.º del mismo artículo, a propósito del cual ha señalado reiteradamente que la responsabilidad del empresario conforme al artículo 1.903 presupone la del dependiente *ex* artículo 1.902 (v., v. gr., SS de 7 de mayo de 1929, 3 de octubre de 1961, 16 de marzo de 1971, 16 de marzo de 1987 y 12 de diciembre de 1988, entre muchas); así, para declarar la responsabilidad paterna conforme al artículo 1.903 párrafo 2.º, ha exigido que medie culpa también del hijo en las sentencias de 14 de febrero de 1959, 18 de mayo de 1981 y 8 de febrero de 1983.

En este sentido, quizá hubiera sido preferible que, de una vez por todas, el legislador hubiera establecido el carácter objetivo de la responsabilidad del titular del Centro. No tanto por la consideración práctica recogida en el párrafo precedente (21), sino porque en este ámbito, como en el empresarial en general, sí que median razones que lo justificarían y a las que, en cierto modo, alude la propia Exposición de Motivos de la Ley, cuando fundamenta su responsabilidad en que son los titulares del Centro "*quienes deben adoptar las correspondientes medidas de organización*". El riesgo de que se produzcan daños en el curso de las actividades escolares, extraescolares y complementarias es un riesgo propio de lo que podría denominarse la *empresa docente*; concebida ésta como una unidad económica y de riesgos (22), cabría consagrar la responsabilidad objetiva de su titular, que, en último término, se encuentra en condiciones de calcular la cuantía de esos posibles daños (o, en su caso, de las primas de un seguro que los cubra), para incluirla entre los costes generales de su actividad y repercutirlo en lo que pagan los consumidores de su servicio (básicamente, los padres de los alumnos).

b) Estableciendo la responsabilidad objetiva del titular del Centro en el Código civil, se salvaría, además, una de las diferencias que median en este punto con el **párrafo 2.º del artículo 22 del Código penal**, que la configura con carácter objetivo, ya que se omite cualquier referencia a la culpa entre sus presupuestos (23).

La segunda diferencia respecto del Código civil, es que la responsabilidad civil *ex* párrafo 2.º del artículo 22 es subsidiaria: se da *en defecto de los que sean criminalmente responsables* (v. art. 21 C.p.).

---

(21) En efecto, el hecho de que los tribunales no apliquen una norma respetando su sentido no justifica siempre la necesidad de reformarla: ello es patente, a mi modo de ver, y aún en contra de muy autorizadas voces doctrinales, en materia de responsabilidad de los progenitores, que ha sido objetivada en la práctica, y en la que, sin embargo, estimo que aun a pesar del principio *pro damnato* no debe sustituirse la culpa por un criterio objetivo de imputación, pues —a mi juicio— carecería de justificación en las circunstancias actuales y atendiendo a los objetivos de política legislativa del Derecho de familia.

(22) A propósito de esta concepción, vid. CAVANILLAS MÚGICA, S.: "La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia", Aranzadi, Pamplona, 1987, p. 109.

(23) Que el artículo 22 del Código penal, en su anterior versión, establecía una responsabilidad objetiva ha sido reconocido por diversos autores (v. gr., RUIZ VADILLO, E.: "La responsabilidad civil subsidiaria del artículo 22 del Código penal según la jurisprudencia del Tribunal Supremo", Información Jurídica 1972-II, pp. 18 y 25; PANTALEÓN PRIETO, A. F.: Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1983, CCJC 1983, número 2, 40, p. 455; MORENO QUESADA, B.: "La responsabilidad por hecho de otro en el accidente de tráfico", II Jornadas Nacionales de Derecho y Tráfico, Granada, 1986, p. 19; y SANTOS BRIZ, J.: "La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal", 4.ª ed., Montecorvo, Madrid, 1986, p. 465) y sentencias de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo (así, las de 13 de mayo y 23 de noviembre de 1967, 16 de abril de 1970, 10 de febrero y 28 de abril de 1972, 17 de abril de 1973 y 6 de marzo de 1975).

Lo mismo cabe decir tras la reforma, que no ha afectado a este punto.

Hay que tener en cuenta que lo que determina la aplicación del C.p. es que el acto dañoso del alumno sea constitutivo de delito o falta (v. art. 1.092 C.c.). Ahora bien, puesto que la imputabilidad penal es uno de los presupuestos del delito, el artículo 22, párrafo 2.º, se circunscribe a las acciones tipificadas de los menores de edad que sean penalmente imputables, esto es, mayores de dieciséis años (art. 8.º.2.º C.p.); así, resulta que:

a) Si se trata de un menor de dieciséis años, su acción nunca podrá ser constitutiva de delito o falta, siendo de aplicación el C.c.: artículo 1.903, párrafo 6.º (24).

b) Si es mayor de dieciséis años, responde tanto penal como civilmente de las consecuencias del delito o falta (art. 19 C.p.). Pero caso de que fuera insolvente, entra en juego la responsabilidad civil subsidiaria del titular del Centro del que fuese alumno.

Estas dos notas distintivas de la responsabilidad del titular del Centro docente de los Códigos civil y penal probablemente no tengan gran trascendencia en la práctica: de un lado, por la ya indicada tendencia objetivadora de nuestros tribunales, y, de otro, porque normalmente el menor es insolvente y no estará en condiciones de afrontar el pago de la indemnización.

2. A ellas hay que añadir una tercera diferencia, al menos aparente: el nuevo párrafo 2.º del artículo 1.904 del Código civil, norma sin paralelo en el Código penal, establece el derecho de regreso del titular del Centro —y por las cantidades satisfechas— contra *“los profesores que hubiesen incurrido en dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones que fuesen causa del daño”*.

Se limita, pues, la disposición del párrafo 1.º del mismo artículo, que atribuye el mismo derecho de regreso al empresario contra sus dependientes, pero sin circunscribirlo a los casos en que mediara dolo o culpa grave por parte de aquéllos.

---

(24) Los hechos dañosos de menores de dieciséis años podrán calificarse, todo lo más, de *penalmente tipificados*, cuando se ajustan a un tipo penal y es sólo su inimputabilidad penal lo que excluye su consideración como delito o falta. En tal caso, pasarán a conocer del hecho los Tribunales Tutelares de Menores (arts. 8.º.2 pfo. 2.º C.p., 9.º.1 Ley de Tribunales Tutelares de Menores y 58 del Decreto de 2 de julio de 1948 de Protección de Menores; la LOPJ prevé —Disp. Trans. 4.ª— la sustitución de estos Tribunales por los Juzgados de Menores, a quienes corresponderá —conforme al art. 97 de la misma Ley— *“el ejercicio de las funciones que establezcan las leyes para con los menores que hubieren incurrido en conductas tipificadas por la Ley como delito o falta y aquellas otras que, en relación con los menores de edad, les atribuyan las leyes”*; a propósito de dichos Juzgados, vid. también los arts. 46.1, 61.1 y 62 de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial), pero a los efectos civiles sólo son competentes, por regla general, los tribunales de este orden (art. 14 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores).

Pues bien, aun en estos casos estimo de aplicación las normas del Código civil, dado que el artículo 22 del Código penal se refiere exactamente a *delitos o faltas*.

Se trata de hipótesis en que son varios los sujetos responsables por la causación de un mismo daño. Dado que la reforma ha querido circunscribir la responsabilidad del profesorado a supuestos en que hubiese actuado con culpa grave o con dolo (25), resulta que dicha concurrencia de responsabilidades sólo puede darse cuando el comportamiento del profesor revista aquellas notas, bastando, por lo que al titular del Centro se refiere, que medie culpa de su parte.

Lo que ocurre es que, si el profesor es responsable conforme a lo indicado, será él quien, en último término deba indemnizar en el caso de que el titular del Centro ejercite su derecho de regreso. Lo cual parece justo cuando la negligencia del último no revista caracteres de gravedad, pero no cuando sea también grave o incluso constitutiva de dolo, en cuyo caso el derecho de repetición debería ceñirse a la parte de indemnización que, en razón de su comportamiento, debiera ser asumida por el profesor (26).

En los mismos casos en que el titular del Centro puede repetir contra el profesor, es lógico que el damnificado pueda dirigir su demanda directamente contra el último.

Ocurre, en definitiva, que, siendo responsables tanto el titular del Centro como el profesor, su obligación de reparar es solidaria frente a la víctima, que puede reclamar toda la indemnización de cualquiera de ellos; ahora bien, en la relación interna sólo está obligado a satisfacerla el profesor (que incurrió en dolo o culpa grave), por lo que si fue el titular quien la abonó, podrá repetir de aquél el total de lo pagado, mientras que si lo hizo el profesor, carecerá de derecho de regreso alguno contra el titular del Centro.

Como ya se ha indicado, el artículo 22, párrafo 2.º del Código penal no contiene ninguna disposición similar. Sin embargo, parece que el párrafo 2.º del artículo 1.904 del Código civil debe integrar aquella disposición, como derecho supletorio (art. 4.3 C.c.), pues el dato de que el acto del menor sea o no constitutivo de delito o falta no es razón para negar o no el derecho de regreso en los mismos casos; es más, en el ámbito del artículo 22 podría estar más justificado, ya que el titular del Centro responde con independencia de consideraciones de culpa. Por tanto, éste podrá repetir, no sólo contra el propio menor mayor de dieciséis años, cuando viniese a mejor fortuna, sino también contra el pro-

---

(25) Recuérdense las consideraciones plasmadas en la Exposición de *Motivos*, transcritas *supra*.

(26) En línea similar van las críticas que la doctrina ha hecho a la norma plasmada en el hoy párrafo 1.º del artículo 1.904, aunque en éste tienen mucho mayor peso, ya que el regreso del empresario contra el dependiente no se limita del mismo modo que en el párrafo 2.º (vid. al respecto DÍAZ ALABART, S.: "Un apunte histórico...", cit., p. 692, nota 3, e YZQUIERDO TOLSADA, M.: "El perturbador art. 1.092 del Código civil: Cien años de errores", en Centenario del Código civil (1889-1989), tomo II, cit., p. 2.123; ambos autores, con referencia a otros).

fesor en los mismos términos que prevé el artículo 1.904, párrafo 2.º.

Otra cosa es que, siendo delictivo el acto del alumno, la actuación dolosa o gravemente culpable del profesor en el ejercicio de sus funciones, que fuese causa del daño, pueda ser también constitutivo de delito o falta, algo bastante probable. En tal caso, el profesor respondería penal y civilmente, de forma directa (art. 19 C.p.).

4. Las diferencias vistas derivan de la reforma. Conviene, sin embargo, recordar otra, creada jurisprudencialmente, y que afecta a todo supuesto de responsabilidad civil: la Sala 1.ª del Tribunal Supremo ha señalado reiteradamente que la llamada acción de responsabilidad civil *ex delicto* prescribe en el plazo de quince años del artículo 1.964 del Código civil, al que entiende hecha la remisión del artículo 117 del Código penal; en cambio, la acción de responsabilidad civil extracontractual de los artículos 1.902 y siguientes, se somete al plazo de un año que establece el artículo 1.968.2 C.c. (27). Se parte, por tanto, de la existencia de dos acciones de naturaleza distinta (28), sometidas a regímenes tajantemente separados (29).

#### 4. VALORACION CRITICA DE LA REFORMA

A) Dado que la Ley 1/1991 ha mantenido el desdoblamiento de la regulación de la responsabilidad civil de los Códigos civil y penal, le son extensibles todas las críticas que a dicho sistema ha opuesto nuestra doctrina con reiteración (30), aunque desgraciadamente sin éxito hasta la fecha.

---

(27) Vid. sobre este punto PANTALEÓN PRIETO, A. F.: Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1984, CCJC, 1984, número 6, 162, p. 1.957, con cita de sentencias del Tribunal Supremo.

Entre las sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) que últimamente han reiterado este criterio, se encuentran las de 15 de noviembre de 1986, 9 de febrero y 3 de marzo de 1988; en idéntico sentido se pronuncian, entre otras, las sentencias de las Audiencias Provinciales (civil) de Valencia de 17 de octubre de 1985 y Barcelona de 6 de marzo de 1989, así como las sentencias de las Audiencias Territoriales de Oviedo (civil) de 25 de junio de 1988, Barcelona (Sala 3.ª) de 27 de junio de 1988 y Burgos (civil) de 20 de julio de 1988.

Por su parte, la Sala 2.ª del Tribunal Supremo tiende a considerar que la acción civil correspondiente está viva mientras lo esté la acción penal; al respecto, vid. ALONSO PRIETO, L.: "Acerca del régimen legal de prescripción de la acción civil de origen culposo extracontractual", RDC 1973, pp. 332 y ss., y PANTALEÓN PRIETO, A. F.: Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1983, CCJC, 1983, número 2, 59, pp. 625 y 626.

(28) PANTALEÓN PRIETO, A. F.: Comentario a la sentencia del Tribunal Superior de 28 de enero de 1983, CCJC, 1983, número 1, 10, p. 111.

(29) Así lo subrayan, entre muchas, las sentencias del Tribunal Superior (Sala 1.ª) de 12 de marzo de 1934, 25 de febrero de 1963, 17 de diciembre de 1985 y 2 de noviembre de 1987.

(30) *Vid.*, entre muchos, QUINTANO RIPOLLÉS, A.: "Antijuridicidad civil y penal en

Aquí nos limitaremos a recordar las más relevantes. Lo que genera la responsabilidad civil es el acto dañoso como tal, por lo que la tipificación penal o no del mismo es absolutamente irrelevante a los efectos del Derecho de daños, que pretende básicamente arbitrar las vías de reparación correspondientes (31). Aquella tipificación sólo interesa al Derecho penal y a sus fines de castigar al culpable. De ahí que carezca de todo sentido que las normas de responsabilidad civil tengan en cuenta ese dato, totalmente ajeno a sus fines, y que dichas normas, de carácter netamente civil, figuren en el Código penal.

No sólo es que la doble normativa carezca de justificación, sino que, además, es origen de múltiples complicaciones en la práctica, empezando por las que suscita el mismo criterio determinante de la aplicación de uno u otro Código, recogido en los artículos 1.092 y 1.093 del Código civil (32).

A la doble normativa se añade, además, el hecho de que en caso de

---

el evento jurídico de <daño>”, RDP 1949, pp. 869 y 876; SILVA MELERO, V.: “En torno a las consecuencias civiles del delito”, RDP 1966, pp. 1.066 y 1.067; RUIZ VADILLO, E.: “La responsabilidad civil...”, cit., pp. 11 y 13 a 15; ALONSO PRIETO, L.: “Estudios de Derecho judicial de la circulación. Hacia un régimen unitario de la responsabilidad civil”. Impreso en Flores, Gijón, 1972, pp. 41 y 48; PANTALEÓN PRIETO, A. F.: Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1984, cit., p. 1.962; FONT SERRA, E.: “Reflexiones sobre la responsabilidad civil en el proceso penal”, RJC 1988-II, pp. 101 y ss.; y CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: Comentario a los artículos 1.092 y 1.093 del Código civil, en “Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales”, tomo XV-volumen 1.º, EDERSA, Madrid, 1989, pp. 218, 219, 221 y 222.

(31) Acertadamente subraya la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 18 de octubre de 1988 que *“las obligaciones ex delicto” “propia­mente no nacen del delito, sino de los hechos que lo constituyen y en cuanto originadores de la restitución de la cosa o de la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios causados por el hecho punible...”* (Vid. también la STS —Sala 2.ª— de 20 de febrero de 1979).

(32) Por mencionar algunas:

1. Si para que sean de aplicación las normas del Código penal es preciso que se trate de una obligación civil nacida de delito o falta (art. 1.092 C.c.), habría preceptos del Código penal inaplicables, como el artículo 20.1.ª, en cuanto se refiere a hechos realizados por personas penalmente inimputables, hechos que, por tanto, nunca serán delito ni falta (Vid. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: “La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos”, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 175 y 176). Lo cual carecería de lógica y queda, además, desmentido por el último párrafo del artículo 20.

2. Para que sean aplicables las normas de responsabilidad civil contenidas en el Código penal, ¿es preciso que haya sentencia firme condenatoria de un Juez penal, que declare el delito o falta?, ¿qué ocurre, por ejemplo, en casos de sobeseimiento libre por (art. 675 en relación con el 666. 3.ª y 4.ª LECr) indulto, amnistía o prescripción del delito o falta (que extinguen la responsabilidad penal: artículo 112, números 3.º, 4.º y 6.º C.p.)?, ¿y cuando el proceso penal se suspende por demencia sobrevenida del procesado (art. 383 LECr) o por ser declarado en rebeldía (arts. 839 a 841 LECr), o el proceso se cierra por morir el presunto culpable (art. 112. 1.ª C.p.)? La jurisprudencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo es absolutamente dispar en este punto (Vid. al respecto los comentarios de PANTALEÓN PRIETO a las SSTs de 28 de enero de 1983, cit., pp. 112 a 114; de 13 de julio de 1984, cit., pp. 1.958 y 1.960, y de 6 de mayo de 1985, CCJC 1985, núm. 8, 211, pp. 2621 y 2622).

delito o falta, puedan pronunciarse sobre las cuestiones de responsabilidad civil tanto los tribunales penales como los civiles, según cómo actúe el perjudicado (que puede ejercitar conjuntamente ambas acciones en la jurisdicción penal —arts. 111 y 112.1 LECr—; o reservarse la acción civil para ejercitarla por separado una vez concluido el juicio penal —art. 112.1 LECr—; o ejercitar sólo la acción civil, renunciando, cuando ello sea posible, a la penal —arts. 112, pfo. 2.º, y 106 LECr—). De aquí surge la necesidad de concretar la incidencia del proceso penal y, exactamente, la eficacia de la sentencia del juez penal, sobre el juicio civil, así como las normas que se han de aplicar en cada orden.

Volviendo a la materia objeto de la reforma que aquí se comenta: si tanto el Código civil como el Código penal están regulando lo mismo, esto es, las responsabilidades derivadas de actos dañosos de alumnos menores de edad, ¿por qué hacerlo por separado y de forma distinta?, ¿por qué en unos casos el titular del Centro responde directamente y por culpa y en otros de forma subsidiaria y objetiva?

No puede justificarse aduciendo el distinto carácter, civil o penal, del ilícito del menor, porque eso sólo importa respecto de su autor y a los efectos penales. A los fines reparadores civiles es indiferente y pueden ser más graves los daños resultantes de un ilícito civil que de uno penal (33).

Siempre se ha dicho que lo que determinó la inclusión de reglas de responsabilidad civil en el Código penal fueron razones históricas (34): la falta de un Código civil cuando aquél fue redactado y la necesidad, al elaborar éste, de deslindar las propias normas de aquéllas ya contenidas en el Código penal. Pues bien, la presente reforma ha perdido una oportunidad para salvar aquel error histórico, al menos en el ámbito por ella afectado; la fórmula para ello podría haber sido remitir, en el Código penal, a la regulación de este punto en el Código civil.

Pero en la situación actual, ¿cómo articular las normas del Código civil y las del Código penal? De lo expuesto hasta aquí cabría deducir lo siguiente:

a) El propio alumno será responsable directamente conforme al artículo 1.902 del Código civil (responsabilidad por culpa) si es civilmente imputable, esto es, si tiene capacidad de entender y querer. Puesto que a partir de los dieciséis años es penalmente responsable (art. 8.º.2 C.p.) y ello presupone su imputabilidad penal, debe entenderse que, a partir de esa edad, también es civilmente imputable. Todo ello con independencia del carácter, delictivo o no, de su acto.

---

(33) El deslinde entre ambos ilícitos resultaba, además, sumamente problemático antes de que el Código penal fuese reformado por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, punto al que ya me he referido.

(34) *Vid.*, entre otros, TERUEL CARRALERO, D.: "Infracción penal y responsabilidad civil", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1958, pp. 37 y 39, y CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *Comentario a los artículos 1.092 y 1.093 del Código civil*, cit., pp. 217, 218 y 221.



b) También con independencia de la consideración del acto dañoso del alumno, responderán los profesores que hubieran contribuido a su causación mediante dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones: ya sea por la vía de regreso que prevé el artículo 1.904, párrafo 2.º del Código civil, ya sea directamente.

c) La responsabilidad del titular del Centro será:

a') Subsidiaria y objetiva, cuando el acto dañoso del alumno sea constitutivo de delito o falta (art. 22 pfo. 2.º C.p.).

b') Directa y por culpa, en los demás casos (art. 1.903 pfo. 6.º C.c.).

Por último, a propósito de la relación mediante entre las normas de responsabilidad civil en el Código civil y el Código penal, conviene recordar la tesis mantenida por Pantaleón Prieto (35), y seguida ya por otros autores (36), en el sentido de que estamos ante un concurso de normas fundamentadoras de una única pretensión ("*Anspruchsnormenkonkurrenz*"), no ante un concurso de pretensiones distintas ("*Anspruchskonkurrenz*"). Dicho concurso se resuelve aplicando el criterio de especialidad (ése es el sentido de los arts. 1.092 y 1.093 C.c.). De aquí resulta que:

1. El juez, penal o civil, puede escoger libremente (*iura noviti curia*) la norma del Código civil o penal que fundamente mejor la pretensión del demandante, a salvo el criterio de especialidad, a aplicar cuando las normas sean contradictorias (en nuestro caso, por lo que se refiere al carácter y fundamento de la responsabilidad del titular del Centro docente).

2. Puesto que la acción de responsabilidad civil es siempre la misma, su plazo de prescripción ha de ser uno: el de un año del artículo 1.968.2 del Código civil.

3. El pronunciamiento del juez penal sobre responsabilidad civil surte efecto de cosa juzgada material respecto de un posterior proceso civil, puesto que ya se ha decidido sobre la única pretensión de que se trata (habría identidad de la *causa petendi*: art. 1.252 C.c.).

B) La Ley 1/1991 suscita, a mi modo de ver, otro problema de articulación de normas cuando quien causa los daños es el alumno de un Centro público, ya que ese hecho puede quedar encuadrado tanto en el supuesto de hecho de las nuevas normas del Código civil o del Código penal, como en el de las disposiciones relativas a la responsabilidad patrimonial del Estado de la LRJAE. Ello es así porque, cuando los artículos 1.903 párrafo 6.º del Código civil y 22 párrafo 2.º del Código penal atribuyen la responsabilidad al titular del Centro, no concretan su ca-

(35) Vid. sus comentarios a las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1983, cit., p. 116; 10 de marzo de 1983, cit., pp. 456 a 458; 25 de junio de 1983, CCJC 1983, número 3, 70, p. 794, y 13 julio 1984, cit. pp. 1.962 y 1.963.

(36) Así, por A. CABANILLAS SÁNCHEZ en su comentario a los artículos 1.092 y 1.093 del Código civil, cit., pp. 220 y ss.

rácter, que puede ser público o privado. Al mismo tiempo, el daño ocasionado por un alumno en las circunstancias que exigen los Códigos civil y penal, puede considerarse consecuencia del funcionamiento del servicio público de la educación, a los efectos del artículo 40.1 de la LRJAE, conforme al cual *“los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos...”*.

¿Cuál es entonces la normativa aplicable en estos casos? La cuestión tiene su trascendencia, ya que la responsabilidad patrimonial de la Administración conforme a la LRJAE es objetiva (37) y directa, en contraste con la subjetiva del artículo 1.903 párrafo 6.º del Código civil y con la subsidiaria del artículo 22 párrafo 2.º del Código penal; no hay diferencias, sin embargo, por lo que se refiere al derecho de regreso de la Administración contra el funcionario, derecho que reconoce el artículo 42.1 de la LRJAE cuando aquél hubiese incurrido en culpa o negligencia graves; como tampoco las hay en cuanto a la posibilidad de demandar directamente al funcionario en esos mismos casos (consagrada en el art. 43 LRJAE).

La cuestión puede plantearse en los siguientes términos: la Ley 1/1991, ¿ha querido referirse sólo a los Centros privados, dejando los supuestos de causación de un daño por un alumno de un Centro público sometidos a la LRJAE, atendándose ante todo a la nota de la prestación de un servicio público?; ¿o su finalidad ha sido afectar a todo tipo de Centro, creando así un régimen particular de la responsabilidad de la Administración en el sector del servicio de educación y para el concreto caso que en ellos se resuelve: causación de un daño a un tercero por un alumno del Centro?

En la RFA, por ejemplo, si el daño lo produce el alumno menor de edad de un establecimiento público de enseñanza, existe acuerdo en que son de aplicación las normas reguladoras de la responsabilidad del Estado y de la de los funcionarios: el artículo 34 de la Ley Fundamental alemana y el § 839 BGB, respectivamente; en cambio, si se trata del alumno de un establecimiento privado, la responsabilidad del maestro se determina conforme al § 832 BGB —norma general relativa a la responsabilidad (por culpa) de quienes están obligados a vigilar a determinadas personas, entre ellas, los menores de edad—, y la de quien le contrató para este trabajo, conforme al § 831 BGB (38).

Sin embargo, como ya apuntaba unas líneas atrás, estimo que el legislador español ha querido optar por la segunda posibilidad apuntada: a falta de determinación, tanto en el texto articulado como en la Exposición de Motivos de la Ley, y dado el concepto que de titular de centro

---

(37) Acerca de dicho carácter objetivo, vid. el artículo de F. SOTO NIETO “Responsabilidad civil subsidiaria...”, cit., p. 968, y la bibliografía que cita.

(38) El párrafo 1.º del § 839 BGB dispone: *“Si un funcionario infringe dolosa o ne-*

docente recoge la LODE, lógico es entender que se refiere a todos ellos, con independencia de su carácter público o privado.

Es de lamentar, sin embargo, que no se haya especificado más este punto. Tan sólo en una ocasión, en la fase de discusión del Proyecto, se tocó el tema: IU-IC presentó una enmienda al artículo 22 del Código penal, proponiendo la adición del siguiente texto al párrafo 2.º: “*Cuando se trate de centros públicos de enseñanza, se aplicará lo previsto en los artículos 40 y 42 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957*”; se justificaba en que dicho texto estaba incluido en un acuerdo entre el Gobierno y los Sindicatos, de 15 de febrero de 1990. La Ponencia rechazó esta enmienda; pero, ante la ausencia de aclaraciones, la cuestión es: ¿se rechazó por considerarse innecesaria (por sobreentendida)?, ¿o porque realmente se quería excluir la aplicación de la LRJAE en el concreto caso previsto en el art. 22 C.p.? Cabe incluso una tercera explicación: que se quisiera dejar al perjudicado la opción entre una u otra vía para fundamentar su pretensión reparatoria.

Para terminar, aunque se entienda que la normativa de los Códigos civil y penal es aplicable también a los daños causados por alumnos de Centros públicos, ello no significa que la LRJAE quede excluida cuando el daño se produzca con ocasión del funcionamiento del servicio público de la educación. No quedaría excluida, por ejemplo, si se aceptase que el tercero damnificado en estos casos también puede optar por exigir a la Administración la responsabilidad directa y objetiva que consagra el artículo 40.1 LRJAE. Y aun cuando dicha posibilidad no se admitiese, lo cierto es que el supuesto ha hecho de los artículos 1.903 párrafo 6.º del Código civil y 22 párrafo 2.º del Código penal es más limitado que el del artículo 40.1 LRJAE, por lo que en éste pueden subsumirse hechos que no queden comprendidos en aquél: por poner un ejemplo, el daño que se ocasione a sí mismo un alumno de un Centro docente no está contemplado en el 1.903 párrafo 6.º del Código civil (que se refiere a la causación de un daño por un alumno **a un tercero**), pero sí puede considerarse consecuencia del funcionamiento normal o anormal del servicio público de la educación.

*gligentemente el deber profesional que le incumbe frente a un tercero, habrá de indemnizarle por los daños producidos. En caso de que al funcionario sólo le sea imputable negligencia, solamente se podrá reclamar contra él cuando la víctima no pueda obtener indemnización de otra manera”. Y según el artículo 34 de la Ley fundamental, “si alguien, en el ejercicio del servicio público que tiene confiado, infringe el deber profesional que le incumbe frente a un tercero, la responsabilidad afecta fundamentalmente al Estado o a la corporación a cuyo servicio se halle. En caso de dolo o negligencia grave subsiste el derecho de regreso...”.*

Así, resulta que el perjudicado puede hacer valer la responsabilidad del Estado, pero no cuenta en estos casos con la inversión de la carga de la prueba que establece el § 832, conforme al cual es el obligado a la vigilancia del menor quien, para exonerarse de responsabilidad, ha de probar que cumplió debidamente con su deber de vigilancia, o que el daño se hubiera producido también de haberlo hecho así (inversión que consagra asimismo el § 831 BGB).

# La ley 18/1990, sobre reforma del Código Civil en materia de nacionalidad

Por ISABEL ARANA DE LA FUENTE

Profesora de Derecho Civil. Universidad Autónoma de Madrid.

**SUMARIO:** I. PRELIMINAR. II. LA ADQUISICION DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA. 1. Adquisición de la nacionalidad española de origen. A) Atribución automática: supuestos. B) Adquisición por ejercicio del derecho de opción: supuestos. 2. Adquisición de la nacionalidad española no originaria. A) Por derecho de opción: supuestos. B) Por naturalización: carta de naturaleza o residencia en España. 3. Requisitos comunes a la adquisición de la nacionalidad española por opción, carta de naturaleza o residencia. III. CONSOLIDACION DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA. IV. PERDIDA DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA. A) Pérdida voluntaria. B) Pérdida por sanción. C) Nulidad de la adquisición. V. RECUPERACION DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA.

## I. PRELIMINAR

1. La reciente publicación de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, sobre reforma del Código Civil en materia de nacionalidad (B.O.E. de 18-12-1990) ha modificado los artículos 15 y 17 a 26 de dicho cuerpo legal. Estas líneas no pretenden valorar su contenido ni predecir sus resultados futuros. Intentan únicamente resumir, de forma sistemática, el régimen jurídico de la nacionalidad, establecido en los nuevos arts. 17 a 26 CC, y resaltar las innovaciones que presenta respecto del hasta ahora en vigor, conformado por la Ley 51/1982, de 13 de julio.

El Preámbulo de la Ley 18/1990 anuncia expresamente el respeto a la estructura básica de la regulación anterior, por cuanto ésta ya se atiene a los imperativos constitucionales. Los objetivos que la nueva ley dice perseguir son más bien de carácter funcional: “corregir deficiencias, lagunas y contradicciones”, “acabar con las dificultades hermeneú-

ticas” y, en definitiva, “regular la nacionalidad española de un modo unitario y coherente”.

Como complemento de la reforma operada en sede de nacionalidad, el legislador de 1990 da nueva redacción al art. 15 CC, por la que se fijan nuevos criterios para determinar la vecindad civil de los extranjeros que adquieran o recuperen la nacionalidad española. Tales criterios, subraya el Preámbulo de la Ley 18/1990, “tendrán en cuenta, en lo sucesivo, en la medida de lo posible, la voluntad del interesado, suprimiéndose la preferencia injustificada hasta ahora otorgada a la vecindad civil común”.

Por su parte las reglas de transición, contenidas en la Ley 18/1990, se basan en el principio de irretroactividad de la misma. En este sentido, su Disposición Transitoria Primera establece que la adquisición o pérdida de la nacionalidad española, conforme a la legislación anterior, mantienen su efecto, aunque la causa de adquisición o pérdida no esté prevista en la ley actual. Sin embargo, las Disposiciones Segunda y Tercera de la propia Ley contemplan sendas excepciones a dicho principio general.

Finalmente señalar que la Dirección General de los Registros y del Notariado, mediante su Instrucción de 20 de marzo de 1991, ha dictado ciertos criterios orientativos sobre la interpretación de los nuevos preceptos legales.

2. En la presente normativa se mantiene la categoría de españoles de origen, introducida con carácter general por la Ley 51/1982 en consonancia con lo dispuesto por el artículo 11 de la Constitución. Tradicionalmente la doctrina contrapone y define, en términos no siempre homogéneos, las nociones de nacionalidad originaria y derivativa. Creo, sin embargo, preferible obviar tales polémicas y limitar aquí la cuestión al análisis de la legislación vigente en estos momentos, para dilucidar quiénes son españoles de origen así como los efectos que dicha condición genera.

En este sentido, la Ley 18/1990 distingue entre nacionalidad española de origen y nacionalidad española no originaria, atribuyendo la primera en atención a determinadas circunstancias vinculadas esencialmente al nacimiento de una persona (1). A su vez, por obra de esta reforma, el *status* de español de origen puede ser atribuido automáticamente o bien adquirido voluntariamente mediante el ejercicio del derecho de opción, el cual se configura como un modo de acceder tanto a la nacionalidad española de origen como a la no originaria. Respecto de esta última, por contra, no cabe atribución de carácter automático.

---

(1) Más concretamente, vinculadas a la nacionalidad de los progenitores en el momento de nacer el hijo o al lugar donde se produce el nacimiento. Ahora bien, este criterio —momento de nacer— quiebra en los supuestos de filiación adoptiva, y es reemplazado por el del momento de constituirse la adopción.

## II. LA ADQUISICION DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA

### 1. ADQUISICION DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA DE ORIGEN

La Ley 18/1990 otorga la nacionalidad española de origen en función de los siguientes criterios: filiación por naturaleza, filiación adoptiva o nacimiento en España unido a determinados requisitos. Y, como ya adelantaba, distingue entre:

—*Atribución automática*, que se produce bien cuando se determine la filiación por naturaleza (respecto de madre o padre español) o el nacimiento en España, bien cuando se constituya la adopción (por adoptante español), antes de los 18 años del afectado (arts. 17.1 y 19.1 CC).

—*Adquisición voluntaria, mediante el ejercicio del derecho de opción*, cuyo reconocimiento presupone ora la determinación de la filiación o el nacimiento en España, ora la adopción, realizada con posterioridad a los 18 años de edad del interesado (arts. 17.2 y 19.2 CC.). También pueden acudir a esta vía quienes, con independencia de su edad, se hallen en la situación prevista por la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 18/1990.

Nos enfrentamos a una importante innovación, a través de la cual, el legislador pretende ser “más respetuoso con la realidad y con el interés del afectado”. Así lo afirma el Preámbulo de la ley 18/1990, que añade: “Se estima que la atribución automática de la nacionalidad española por filiación o por nacimiento en España es una consecuencia excesiva, y perturbadora muchas veces para el interesado, cuando tales hechos se descubren después de los dieciocho años de edad, por poder afectar entonces a personas cuya vinculación con España sea inexistente o muy escasa”.

#### A) Supuestos de atribución automática de la nacionalidad española de origen

##### 1.º *Nacidos de padre o madre españoles* (art. 17.1.a.) CC)

La atribución se realiza *ex lege*, sin discriminaciones por razón de sexo de los progenitores y sin distinguir entre filiación matrimonial o no matrimonial. Sólo es preciso que la madre o el padre sea español —de origen o no— en el momento de nacer el hijo y que la filiación quede determinada antes de cumplir éste 18 años. La determinación posterior al nacimiento y previa a dicha edad, atribuye automáticamente y con efectos retroactivos la nacionalidad española de origen.

¿Es necesaria la determinación *legal* de la filiación? El tenor literal

de la Ley 18/1990 se limita a requerir la “determinación” de la filiación. Esta expresión, si se interpreta de conformidad con las palabras del Preámbulo (2), habrá de entenderse como filiación “acreditada conforme al art. 113 CC” o “legalmente probada”. Podría, pues, pensarse que pervive la doctrina de la DGRN, defendida también por la mayoría de nuestros autores, según la cual, basta con que el hecho de la generación quede comprobado por los medios de prueba del art. 113 CC y que no esté determinada legalmente una filiación distinta no impugnada.

2.º *Nacidos en España de padres extranjeros si, al menos, uno de ellos hubiera nacido también en España. Se exceptúan los hijos de funcionario diplomático o consular acreditado en España* (art. 17.1.b) CC)

La anterior redacción de esta norma sólo ha variado en su último párrafo. Así pues, la regla general sigue contemplando el supuesto de persona nacida dentro del territorio sometido a la efectiva soberanía española e hijo de madre o padre asimismo nacido en dicho territorio. Sin embargo, por imperativo del nuevo art. 17.2 CC, para que la atribución de la nacionalidad española sea automática, el nacimiento en España del interesado ha de quedar determinado antes de que cumpla 18 años.

La regla general queda excepcionada en el inciso final del art. 17.1.b), cuyo texto actual difiere en dos puntos del que le fue dado por la Ley 51/1982 (3). Por un lado, el legislador de 1990, pretendiendo circunscribir con mayor propiedad el ámbito de la excepción, la refiere a los hijos de “funcionario” diplomático o consular. De otro, suprime la alusión a “padre o madre extranjeros” (4) y exige textualmente que ambos progenitores sean extranjeros, para impedir posibles interpretaciones incoherentes con el sistema.

Este precepto tiene por finalidad evitar que se perpetúen indefinidamente las estirpes de extranjeros en nuestro país. De ahí que la nacionalidad española se atribuya al sujeto pese a ostentar, además, otra nacionalidad foránea, ya que se trata de personas nacidas en España de padres extranjeros cuya legislación sí otorga al hijo una nacionalidad (5).

---

(2) Al que se remite reiteradamente la Instrucción de la DGRN de 20-3-1991, como criterio interpretativo de la actual regulación.

(3) La excepción contenida en el anterior art. 17.3.º CC rezaba: “Se exceptúan los hijos de padre o madre extranjeros adscritos al servicio diplomático o consular”.

(4) Dicha mención era incongruente, pues si uno de los progenitores no fuera extranjero, sino español, el hijo adquiriría la nacionalidad española de origen en virtud del entonces vigente art. 17.1.º CC.

(5) De no ser así, o en caso de apatridia de los padres, estaríamos ya en el ámbito del apartado c) del art. 17.1 CC.

3.º *Nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad* (art. 17.1.c) CC)

La Ley 18/1990 reproduce el texto del anterior art. 17.3.º CC, pero la atribución de la nacionalidad española de origen sólo es ahora automática cuando el nacimiento en España se determine antes de los 18 años de edad del interesado.

Lo decisivo es que la persona nazca dentro del territorio español y carezca, en ese momento, de otra nacionalidad. Por tanto, junto al hecho del nacimiento en España, habrá de probarse bien la apatridia del progenitor o progenitores conocidos, bien que, siendo cualquiera de ellos nacionales de un Estado extranjero, su legislación no otorga una nacionalidad al hijo.

Con esta norma, se coadyuva a prevenir la apatridia, de acuerdo con las exigencias del art. 39.4 CE, la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos.

4.º *Nacidos en España, cuya filiación no resulte determinada. A estos efectos se presumen nacidos en territorio español los menores de edad cuyo primer lugar conocido de estancia sea territorio español* (art. 17.1.d) CC)

Como la anterior, esta disposición persigue el objetivo de reducir los casos de apatridia.

La Ley 18/1990 ha modificado diversos aspectos de la regulación previa. Ante todo, es preciso determinar el nacimiento en España antes de los 18 años del interesado para que la nacionalidad originaria le sea automáticamente atribuida. Además:

—Sustituye la expresión “filiación desconocida” por “filiación no determinada” (6).

—Suprime el inciso relativo a padres cuya legislación no atribuya al hijo una nacionalidad (7).

—Reemplaza el supuesto atributivo estatuido en el párrafo final del anterior art. 17.4.º CC (8) por la presunción de nacimiento en España a favor de los menores de edad, sin filiación determinada, cuyo primer lugar conocido de estancia sea territorio español.

(6) El Preámbulo explica que “la expresión filiación desconocida se prestaba a equívocos si se la equiparaba a filiación no inscrita, pues no ha de ser español el hijo de padres extranjeros que siga la nacionalidad de éstos por la sola circunstancia de que la filiación no figure en el Registro Civil”.

(7) Supresión lógica, ya que el supuesto enunciado se encuadra en el marco del art. 17.1.c) CC.

(8) Precepto que concedía la nacionalidad española de origen a los menores hallados en territorio español, cuya filiación y lugar de nacimiento fuesen desconocidos.



En síntesis, este precepto contempla ahora los siguientes supuestos:

a) Nacidos en España cuya filiación no esté determinada. Ha de tratarse de personas cuya filiación no se halle acreditada según dispone el art. 113 CC, sin que baste a estos efectos con la falta de inscripción de su filiación en el Registro Civil. “Para que la nacionalidad española sea atribuida a estas personas —reza el Preámbulo de la Ley 18/1990— es preciso no sólo que el nacimiento haya ocurrido... en territorio español, sino también que la filiación no esté acreditada conforme a lo previsto en el art. 113 CC”. En este sentido se pronuncia la Instrucción de la DGRN de 20-3-1991.

b) Presuntos nacidos en España: menores de 18 años cuyo primer lugar conocido de estancia sea territorio español. También en este supuesto es necesario que no esté determinada la filiación en los términos expuestos más arriba (9). En todo caso, para que opere la presunción de nacimiento en España se requiere la carencia de noticias sobre una eventual estancia del menor en territorio extranjero previa a su estancia en España. Simplemente apuntar las dificultades a que, en materia de prueba, puede dar lugar esta norma. Se trata de una presunción *iuris tantum*, que podrá ser desvirtuada mediante la posterior determinación del nacimiento en otro Estado.

##### 5.º Menores de 18 años adoptados por un español (art. 19.1 CC)

La nueva disciplina de la nacionalidad suprime la distinción entre adopción plena y simple, de acuerdo con la configuración que de tal institución diseña la ley 11/1987. Tampoco atiende ya el Código Civil a cuál fuera la nacionalidad del adoptante al tiempo de nacer el adoptado, a los fines de atribuir a éste la nacionalidad española de origen o la no originaria. Por el contrario, al menor de 18 años adoptado por un español se le atribuye *ex lege* la nacionalidad española de origen, fuera o no español el adoptante cuando nació el adoptado.

En definitiva, el límite de los 18 años únicamente afecta al modo de adquisición de la nacionalidad: atribución automática o reconocimiento del derecho de opción, dependiendo de que la persona sea adoptada antes o después de dicha edad. La *ratio* de esta distinción, al igual que sucede en materia de filiación por naturaleza, radica en el “respeto a la realidad y al interés del afectado” (Preámbulo de la Ley 18/1990). No existen, sin embargo, diferencias por razón de la edad en lo tocante al

---

(9) Si se desconoce el lugar de nacimiento, pero la filiación respecto de un extranjero se acredita conforme al art. 113 CC, aunque no esté inscrita en el Registro Civil, al hijo no se le atribuye la nacionalidad española cuando le corresponda la nacionalidad del progenitor. Si no le correspondiera, se le atribuiría la española, pero en virtud del art. 17.1.c) CC.

carácter de la nacionalidad española que se concede, la cual será originaria en sendos supuestos (art. 19.1 y 2 CC).

Esta notable reforma aproxima aún más los efectos de la filiación por naturaleza y la adoptiva. Pese a ello, en sede de nacionalidad, la equiparación no es absoluta, ya que el art. 19 CC la atribuye (o reconoce, en su caso, el derecho a optar por ella) a partir del momento de la adopción y no del nacimiento. La ley toma, pues, en cuenta el instante en que se establece la relación de filiación.

Son requisitos necesarios para que se produzca la atribución automática de la nacionalidad española de origen *ex artículo 19.2 CC*:

a) Que el adoptante o uno de ellos (art. 175.4 CC) sea español, de origen o no, en el momento de constituirse la adopción. No quedan amparados por esta norma los supuestos en que el adoptante adquiriera la nacionalidad española después de la adopción (10).

b) Que se haya constituido válidamente la adopción. La adopción constituida por Juez (o Cónsul) español (art. 9.5 CC), se registrará en cuanto a los requisitos, por lo dispuesto en la Ley española (11).

Por consiguiente, la adopción habrá de atenerse a las condiciones impuestas por los arts. 175 y ss. CC, y se perfecciona en el momento en que se dicta la resolución judicial (o consular) por la que aquélla se acuerda (art. 176. 1 CC). El propio art. 9.5 CC, en su inciso final, contempla también la adopción constituida por competente autoridad extranjera y conforme a un ordenamiento extranjero, cuya eficacia para nuestro Derecho exigiría, en todo caso, que tal adopción responda en términos generales al contenido y significado jurídicos que a dicha institución confiere el ordenamiento español.

c) Que el adoptado sea extranjero.

d) El adoptado ha de ser menor de 18 años, en el momento de constituirse la adopción, para que la nacionalidad española se le atribuya automáticamente.

## **B) La adquisición de la nacionalidad española de origen mediante el ejercicio del derecho de opción**

### *1. Consideraciones previas*

Una de las novedades más relevantes que aporta el nuevo régimen legal estriba en conformar una figura, la adquisición por opción de la

---

(10) El hijo adoptivo podría adquirir la nacionalidad española no originaria *ex artículo 20.1 CC*, por tratarse de persona sujeta a la patria potestad de un español.

(11) No obstante, deberá observarse la ley nacional del adoptando en lo que se refiera a su capacidad y consentimientos necesarios, si éste tuviera su residencia habitual fuera de España o, aunque resida en España, si no adquiere, en virtud de la adopción, la nacionalidad española.

nacionalidad española de origen, que aglutina dos factores tradicionalmente contrapuestos. El ordenamiento reconoce este singular derecho de opción en las hipótesis contempladas en los arts. 17.2 y 19.2 del Código Civil, así como en la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 18/1990. A su lado pervive el derecho de opción, que podríamos denominar clásico, cuyo ejercicio conduce a la nacionalidad española no originaria (12).

Los diversos supuestos legales de reconocimiento del derecho de opción se reconducen al art. 20 CC (13), cuyo primer apartado dispone:

“Tienen derecho a optar por la nacionalidad española las personas que estén o hayan estado sujetas a la patria potestad de un español, así como las que se hallen comprendidas en el último apartado de los artículos 17 y 19”.

A su vez, el segundo apartado de este precepto regula en términos generales las condiciones de capacidad, legitimación y plazos para su ejercicio. Estos últimos, no obstante, han de interpretarse en conexión con los plazos fijados para cada tipo concreto de opción (arts. 17.2 y 19.2 CC, así como Disposiciones transitorias Segunda y Tercera de la Ley 18/1990).

Conforme a lo dispuesto en dicho art. 20.2 CC:

“La declaración de opción se formulará:

a) Por el representante legal del optante, menor de catorce años o incapacitado. En este caso, la opción requiere autorización del encargado del Registro Civil del domicilio del declarante, previo dictamen del Ministerio Fiscal. Dicha autorización se concederá en interés del menor o incapaz.

b) Por el propio interesado, asistido por su representante legal, cuando aquél sea mayor de catorce años o cuando aun estando incapacitado, así lo permita la sentencia de incapacitación.

c) Por el interesado, por sí solo, si está emancipado o es mayor de dieciocho años. La opción caducará a los veinte años de edad, pero si el optante no estuviera emancipado según su ley personal al llegar a los dieciocho años, el plazo para optar se prolongará hasta que transcurran dos años desde la emancipación.

d) Por el interesado, por sí solo, dentro de los dos años siguientes a la recuperación de la plena capacidad. Se exceptúa el caso en que haya caducado el derecho de opción conforme al apartado c)”.

La novedad capital que incorpora este precepto consiste en permitir que el menor de 14 años o el incapacitado, por medio o con asistencia de su representante legal, ejercite el derecho a optar por la nacionali-

(12) En los casos de sujeción a la patria potestad de un español (art. 20.1 CC) y en los recogidos por la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 18/1990.

(13) Véase también la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 18/1990.

dad española (14). Dice, al respecto el Preámbulo de la Ley 18/1990: “Esta última posibilidad viene a colmar un vacío de la legislación anterior y a remediar una situación injusta, pues no es comprensible que no existan términos hábiles para que una persona, incapaz para emitir por sí una declaración de voluntad, no pueda adquirir la nacionalidad española...”

Mientras persista la incapacitación o el sujeto no alcance los 14 años, subsistirá la posibilidad de que el representante legal formule en su nombre la opción. La misma situación es predicable respecto de los mayores de 14 años no emancipados y los incapacitados cuya sentencia de incapacitación les permita ejercitar este derecho con asistencia de su representante. Una vez recuperada la plena capacidad podrá el interesado por sí solo, en el plazo de dos años, formular la opción. La excepción contenida en el inciso final del art. 22.2.c) CC, parece referirse a personas con capacidad plena quienes, tras caducar los plazos correspondientes (art. 20.2.c) CC), son incapacitados y, más tarde, recuperan de nuevo la plena capacidad de obrar.

Por lo demás, los emancipados o mayores de 18 años, podrán ejercitar por sí este derecho antes de cumplir 20 años. Sin embargo, cuando se trate de extranjeros cuya legislación no les considere emancipados al llegar a los 18 años, el plazo para ejercitar el derecho de opción es de dos años desde que se produzca la emancipación del interesado según su ley personal.

## 2. *Supuestos de adquisición de la nacionalidad española de origen mediante el ejercicio del derecho de opción*

1.º Personas cuya filiación, respecto de madre o padre español, o cuyo nacimiento en España se determine después de los dieciocho años de edad.

Reza el art. 17.2 CC:

“La filiación o el nacimiento en España, cuya determinación se produzca después de los dieciocho años de edad, no son por sí solos causa de adquisición de la nacionalidad española. El interesado tiene entonces derecho a optar por la nacionalidad española de origen en el plazo de dos años a contar desde aquella determinación”.

La nueva regulación sale al paso de las críticas que suscitó el anterior art. 17.4.º CC, por cuanto atribuía automáticamente la nacionalidad española, sin tener en cuenta la edad del interesado al determinarse su

---

(14) Paralelamente, el nuevo art. 21 CC regula en el mismo sentido la capacidad y legitimación para solicitar la concesión por carta de naturaleza o por residencia.

filiación. No existía, sin embargo, referencia legal alguna a la determinación tardía del nacimiento en España.

El ámbito de aplicación de esta norma se extiende a todas aquellas personas designadas en cualquiera de los supuestos del art. 17.1 CC., cuando su filiación por naturaleza, respecto de progenitor español, o su nacimiento en territorio español queden determinados (15) después de los 18 años de edad. Según declara la Instrucción del la DGRN de 20-3-1991, este precepto debe ser interpretado “en el sentido de que la hipótesis que regula tiene lugar cuando una persona figura como hijo de extranjeros o como nacido en el extranjero y se descubre, después de los 18 años de edad, que en realidad es hijo de un progenitor español o que ha nacido en España en condiciones bastantes para ser español conforme al art. 17-1 del Código. Por lo tanto, para que entre en juego la opción es imprescindible que esa filiación respecto de un español o ese nacimiento en España queden fijados como hechos nuevos descubiertos precisamente después de los 18 años de edad del interesado”.

Su efecto consiste en atribuir al afectado el derecho a optar por la nacionalidad española de origen, cuyo ejercicio debe ajustarse a lo dispuesto en los arts. 20 y 23 CC. El plazo para ejercitar ese derecho, conforme al art. 17.2 CC, es de dos años a contar desde la determinación de la filiación o el nacimiento en España. No obstante, la relación entre los arts. 17.2 y 20.2 CC induce a entender que:

—Cuando la determinación se produzca después de expirar los plazos señalados en el art. 20.2 CC, el interesado dispondrá de dos años (desde dicha determinación) para formular la opción.

—En caso de incapacitación del interesado, y mientras tal situación perdure, su representante legal podrá formular la opción en su nombre (art. 20.2.a); o, si la sentencia de incapacitación lo permite, ejercitar el derecho su propio titular con asistencia del representante legal (art. 20.2.b). Recobrada la plena capacidad, el plazo de dos años empezaría a correr en ese momento.

2.º Mayores de 18 años que son adoptados por un español.

Conforme al art. 19.2 CC:

“Si el adoptado es mayor de dieciocho años, podrá optar por la nacionalidad española de origen en el plazo de dos años a partir de la constitución de la adopción”.

En cuanto al supuesto de hecho necesario para su aplicación, es trasladable a este precepto el comentario relativo al primer apartado del art. 19 CC, excepto en lo que atañe a la edad del adoptando al perfec-

---

(15) El concepto de determinación de la filiación es el ya descrito al examinar el art. 17.1.a) CC.

cionarse la adopción, el cual ha de ser aquí mayor de 18 años (16).

Su eficacia consiste en otorgar al adoptado el derecho a adquirir la nacionalidad española de origen a través de la opción, que podrá formularse, respetando lo establecido en los arts. 20 y 23 CC, en el plazo de dos años desde que se constituya la adopción (17).

3.º Personas incluidas en la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 18/1990, a cuyo tenor:

“Quienes no sean españoles a la entrada en vigor de esta Ley y lo serían por aplicación de los artículos 17 o 19 del Código Civil, podrán optar por la nacionalidad española de origen en el plazo de dos años a partir de la entrada en vigor de la presente Ley y en las demás condiciones previstas en los artículos 20 y 23 de dicho Código”.

Nos hallamos ante una de las hipótesis en que la Ley 18/1990 excluye la regla general de su irretroactividad. Esta disposición aprovecha a aquellas personas que, bajo el imperio de legislaciones anteriores, reunieran los requisitos actualmente previstos en cualquiera de los supuestos a que se refieren los vigentes artículos 17 ó 19 cc.

Afirma la Instrucción de la DGRN de 20-3-1991 que esta norma únicamente beneficia a quienes no sean y nunca hayan sido españoles, y explicita que se aplicará principalmente a los hijos de española nacidos antes de la entrada en vigor de la Ley 51/1982 al cual le correspondiera seguir, según la legislación entonces vigente, la nacionalidad extranjera del padre. En el bien entendido de que la madre debe haber sido española al tiempo del nacimiento del hijo (18).

El derecho de opción que esta Disposición concede podrá ejercitarse, atendiendo a las condiciones prevenidas en los arts. 20 y 23 CC, en el plazo de los dos años siguientes a la entrada en vigor de la Ley 18/1990. Una vez más, señalar que el plazo de caducidad ha de fijarse, en cada caso, poniendo en conexión el contemplado en este precepto y lo dispuesto en el art. 20.2 CC.

## 2. ADQUISICION DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA NO ORIGINARIA

Los medios de adquirir la nacionalidad española no originaria, a te-

---

(16) Sólo con carácter excepcional admite el art. 175.2 CC la adopción de mayores de edad o menores emancipados.

(17) En lo concerniente al cómputo de este plazo, también han de relacionarse las reglas contenidas en los arts. 19.2 y 20.2 CC, en el sentido apuntado anteriormente.

(18) Dicha Instrucción declara también aplicable la Disposición Transitoria Segunda a: los adoptados en forma plena antes de la Ley 51/1982 y a los nacidos en España antes de la Ley de 1954 de progenitores extranjeros también nacidos en España.

nor de la vigente legislación, siguen siendo: el derecho de opción, la concesión por carta de naturaleza y la concesión por residencia. Los requisitos comunes a todos ellos se contienen en el art. 23 CC (19).

#### A) Adquisición de la nacionalidad española no originaria mediante el ejercicio del derecho de opción

Este derecho se reconoce por el ordenamiento actual en dos casos:

1.º *Artículo 20.1 CC*: “Tienen derecho a optar por la nacionalidad española las personas que estén o hayan estado sujetas a la patria potestad de un español” (20).

El supuesto, aunque con distinta formulación, se contemplaba por el anterior art. 19 CC. Serán titulares de este derecho de opción los nacidos de, o adoptados por, extranjeros naturalizados en España después del nacimiento o adopción del hijo, pero con nacionalidad española en algún momento durante el sometimiento de este último a la patria potestad. Es, sin embargo, indiferente que, al ejercitar la opción, el interesado ya no esté sujeto a la patria potestad, o que el padre o madre haya dejado de ser español.

Las condiciones de capacidad y legitimación, así como los plazos para ejercitar este derecho, por cuya virtud el interesado podrá devenir español no de origen, se establecen en el art. 20.2 CC, y habrán de cumplirse los requisitos que el art. 23 CC ordena.

2.º *Disposición Transitoria Tercera de la Ley 18/1990*: “Las personas cuyo padre o madre hubiese sido originariamente español y nacido en España podrán optar por la nacionalidad española en el plazo de tres años, a contar desde la entrada en vigor de esta Ley. Para el ejercicio de este derecho será necesario que el interesado resida legalmente en España en el momento de la opción. No obstante, este requisito podrá ser dispensado en los términos previstos en el art. 26.1.a) del Código Civil para la recuperación de la nacionalidad”.

Esta disposición, no contemplada en el anterior texto legal, contiene otra exclusión de la regla general de irretroactividad y, según el Preámbulo de la Ley 18/1990, “beneficia sobre todo a los hijos de emigrantes que, al nacer, ya no eran españoles”. Concede el derecho a optar por la nacionalidad española no de origen a los nacidos en el extranjero, de progenitores extranjeros si, al menos uno de ellos, fue originariamente español y nacido en España (21).

---

(19) Vid infra.

(20) El art. 20.1 CC también acoge supuestos de derecho de opción cuyo ejercicio permite al interesado adquirir la nacionalidad española de origen.

(21) Para determinar la nacionalidad española originaria del progenitor habrá que estar a lo dispuesto por el ordenamiento en los distintos momentos históricos.

Para ejercitar este derecho, el titular ha de residir legalmente en España, salvo dispensa. Así pues, como principio general se condiciona el ejercicio, no el reconocimiento, del derecho de opción a la circunstancia de la residencia legal (22) en territorio español. Sin embargo, la ley no impone una duración específica a dicha residencia, por lo que basta con que tenga lugar en el momento de formularse la opción. Cabe excepcionar el requisito de la residencia legal mediante la dispensa prevista (art. 26.1.a) CC) (23) para emigrantes, hijos de emigrantes o si concurren circunstancias especiales.

El ejercicio de la opción se somete a un plazo de caducidad de tres años, a contar desde la entrada en vigor de la Ley 18/1990.

Pese al silencio legal al respecto, una interpretación sistemática y coherente de la normativa en vigor conduce a entender que será preciso observar lo estipulado en los arts. 20 y 23 CC (24), para que el afectado adquiera la nacionalidad española no originaria por esta vía.

#### **B) Adquisición de la nacionalidad española no originaria por naturalización: carta de naturaleza o residencia**

El regimen jurídico de la nacionalidad continúa brindando la posibilidad de adquirir la nacionalidad española por carta de naturaleza (art. 21.1. CC) o por residencia en España (art. 21.2 CC). La adquisición, en sendos casos, requiere la previa concesión otorgada por la autoridad competente y la posterior declaración de voluntad del interesado de adquirir la nacionalidad española en las condiciones determinadas por el art. 23 CC.

Obtenida la concesión, el beneficiario dispondrá de 180 días, desde que le fuera notificada aquélla, para formular su declaración de voluntad. Transcurrido este plazo, la concesión caduca por mandato del nuevo art. 21.4 CC, según el cual:

“Las concesiones por carta de naturaleza o por residencia caducan a los ciento ochenta días siguientes a su notificación, si en este plazo no comparece el interesado ante funcionario competente para cumplir los requisitos del art. 23”.

Esta regla, que no aparecía recogida en el Código Civil anterior a la Ley 18/1990, eleva a rango legal el plazo de caducidad previsto en el art. 224.1 RRC (cuya legalidad planteó ciertas dudas en la doctrina).

Asimismo, el legislador de 1990, siguiendo las pautas relativas al derecho de opción, faculta a los menores de 14 años y a los incapacitados

---

(22) Vid infra: concepto de residencia legal.

(23) Vid infra: recuperación de la nacionalidad española.

(24) En este sentido se pronuncia la Instrucción de la DGRN de 20-3-1991.



para adquirir, con las debidas garantías, la nacionalidad española no originaria por carta de naturaleza o por residencia. Tales concesiones podrán ser solicitadas, conforme al nuevo art. 21.3 CC, por:

- a) "El interesado emancipado o mayor de dieciocho años".
- b) "El mayor de catorce años asistido por su representante legal".
- c) "El representante legal del menor de catorce años".
- d) "El representante legal de incapacitado o el incapacitado, por sí solo o debidamente asistido, según resulte de la sentencia de incapacitación. En este caso y en el anterior, el representante legal sólo podrá formular la solicitud si previamente ha obtenido autorización conforme a lo previsto en la letra a) del apartado 2 del artículo anterior".

### 1.º *Concesión por carta de naturaleza*

La nacionalidad española no originaria "se adquiere por carta de naturaleza, otorgada discrecionalmente mediante Real Decreto, cuando en el interesado concurren circunstancias excepcionales": art. 21.1 CC.

Respecto de esta figura, la entrada en vigor de la Ley 18/1990 no ha supuesto cambio alguno. El expediente de concesión de la nacionalidad por carta de naturaleza se regula por la legislación del Registro Civil. La concesión ha de revestir la forma de Real Decreto, dictado en Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Justicia.

### 2.º *Concesión por residencia en España*

La nacionalidad española no originaria "también se adquiere por residencia en España, en las condiciones que señala el artículo siguiente y mediante la concesión otorgada por el Ministro de Justicia, que podrá denegarla por motivos razonados de orden público o interés nacional": art. 21.2 CC.

El nuevo texto legal entraña varias novedades que conviene destacar. En primer lugar, determina literalmente que la eventual denegación de la concesión por motivos de orden público o interés nacional abarca todos los supuestos del nuevo art. 22 CC (25). Y, sobre todo, añade la exigencia de que esos motivos sean "razonados" (26), con lo que se facilita el posterior control judicial de la denegación.

En segundo lugar, se introducen modificaciones que afectan a la residencia en territorio español, requisito previo e indispensable para adquirir la nacionalidad española por esta vía. En tal contexto, han sido re-

---

(25) La anterior redacción del art. 22 podía plantear dudas sobre si la denegación por motivos de orden público o interés nacional sólo operaba respecto del plazo general de residencia de diez años.

(26) La exigencia de motivos "razonados" supone la derogación del art. 223.3 RRC, cuya legalidad había sido ya seriamente cuestionada.

formados tanto los plazos de residencia (art. 22.1 y 2 CC), como las condiciones que ésta ha de reunir (art. 22.3 y 4 CC).

Por lo que se refiere a los plazos de residencia en España, el vigente art. 22.1 CC impone, junto al general de 10 años (que no ha variado), los siguientes:

—5 años, para aquellos que hayan obtenido asilo o refugio en España. La nueva ley ha reducido el plazo de residencia en favor de estas personas (27), a quienes antes se aplicaba el plazo general de 10 años.

—2 años, si se trata de nacionales de origen de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal, así como para los sefardíes (28). Este plazo no difiere del fijado en la ordenación previa.

—1 año de residencia bastará (art. 22.2 CC) para:

a) “El que haya nacido en territorio español”.—El supuesto, idéntico al previsto en la legislación anterior, beneficia a personas nacidas en España y no incluidas en ninguno de los apartados del art. 17.1 CC.

b) “El que no haya ejercitado oportunamente la facultad de optar”.—Tampoco ha experimentado variación alguna esta regla. Se trata de personas a quienes les esté reconocido el derecho de opción por la normativa vigente (29) (no por legislaciones previas ya derogadas) y que hayan dejado caducar los respectivos plazos para ejercitar tal derecho.

c) “El que haya estado sujeto legalmente a la tutela, guarda o acogimiento de un ciudadano o institución españoles durante dos años consecutivos, incluso si continuare en esta situación en el momento de la solicitud”.—La Ley de 1990 conlleva en esta sede unas triple innovación. De una parte, la tutela pasa a constituir uno de los casos de plazo abreviado de residencia y desaparece como presupuesto de hecho de la opción. Justifica el Preámbulo de la Ley esta modificación por la falta de motivos suficientes de conexión con España para que la opción beneficie a los sujetos a tutela de un español. En cuanto a las opciones no ejercitadas, por falta de capacidad, de los sujetos a tutela de un español durante la vigencia de la Ley 51/1982, la *ratio* de la nueva ley así como sus disposiciones de derecho transitorio, parecen indicar la desaparición de tales derechos de opción, sin perjuicio de que el tiempo de sujeción a tutela transcurrido en esa época sirva a los efectos de aplicar el actual art. 22.2.c) CC.

De otra parte, la hipótesis se amplía a las distintas formas de guarda

---

(27) De conformidad con el art. 34 del Convenio de Ginebra de 1951, sobre el Estatuto de los refugiados, ratificado por España (B.O.E. de 21-10-1978).

(28) Sobre la prueba de la condición de sefardita, véase la Instrucción de la DGRN de 16-5-1983.

(29) Personas pues incluidas en los arts. 17.2, 19.2 y 20.1 CC, así como en las Disposiciones Transitorias Segunda y Tercera de la Ley 18/1990.

de menores o incapacitados (30): tutela, curatela, tutela automática de las entidades públicas y acogimiento familiar (31). Por último, se exige que la situación de guarda se prolongue durante un mínimo de dos años consecutivos, si bien es indiferente que perviva o no cuando se formaliza la solicitud de concesión.

d) “El que al tiempo de la solicitud llevare un año casado con español o española y no estuviere separado legalmente o de hecho”.—El supuesto de la norma ha sido objeto de una notable modificación (32), que responde a las innumerables críticas de que fue objeto de legislación anterior. Actualmente, para que un extranjero pueda adquirir la nacionalidad española no originaria por esta vía, es preciso que:

—El interesado, en el momento de solicitar la concesión, esté válidamente casado con un nacional español.

—El matrimonio se haya celebrado, como mínimo, un año antes de realizar la petición (33) y no esté disuelto por divorcio (en caso de disolución por fallecimiento habrá de estarse a lo dispuesto en el siguiente apartado), ni exista separación legal o de hecho (34).

—El cónyuge del solicitante habrá de ser de nacionalidad española desde, al menos, un año antes de formularse la solicitud y seguir siéndolo cuando ésta se formula (al margen de que lo fuera o no al tiempo celebrarse el matrimonio).

En suma, el legislador de 1990 exige que el matrimonio responda a una situación normal de convivencia entre los cónyuges (35), a fin de privar de virtualidad, a efectos de adquisición de la nacionalidad española, a los llamados matrimonios “blancos”. Por su parte, la Instrucción de la DGRN de 20-3-1991 declara: “Sobre el solicitante recaerá la carga de probar tal convivencia, y como se exige ésta, como un presupuesto más de la concesión, agregado al del matrimonio, no bastará para justificar la convivencia con acreditar el matrimonio y con invocar a presunción legal contenida en el art. 69 CC”.

e) “El viudo o viuda de española o español, si a la muerte del cónyuge no existiera separación legal o de hecho”.—La reforma ha afecta-

(30) La tutela y demás instituciones de protección del incapaz se regulan por la ley nacional de éste (art. 9.9 CC) o, si es apátrida, por la ley de su residencia habitual (art. 9.10 CC).

(31) Suscita dudas la inclusión del defensor judicial (art. 299 CC) y nada dice la norma sobre la mera guarda de hecho (art. 303 CC).

(32) “Bastará el tiempo de residencia de un año —rezaba anteriormente el art. 22.3.4 CC— para quien se haya casado con español o española aunque el matrimonio se hubiese disuelto”.

(33) Es indiferente, sin embargo, que el matrimonio se contrajera antes o después de la entrada en vigor de la Ley 18/1990.

(34) La separación y el divorcio, según el art. 9.2 CC (redactado conforme a la Ley 11/1990) se regirán por la ley que determina el art. 107 CC.

(35) Véase al respecto el Preámbulo de la Ley 18/1990.

do, también, a este supuesto (36). Respeto el plazo abreviado de residencia para los supuestos de disolución del matrimonio por muerte del cónyuge, siempre y cuando existiera matrimonio válido, sin divorcio ni separación legal o de hecho, al producirse fallecimiento (o declaración de fallecimiento) del consorte, en cuyo momento debía además ostentar éste la nacionalidad española. Como en el apartado previo, el matrimonio ha de haber respondido, pues, a una situación normal de convivencia conyugal. Sin embargo, no se exige aquí que el matrimonio haya perdurado un año.

f) “El nacido fuera de España de padre o madre que originariamente hubieran sido españoles”.—La regla reproduce el texto del anterior art. 22.3.2. CC. Su ámbito de aplicación se extiende a los nacidos fuera del territorio español, cuyo padre o madre fueron originariamente españoles, pero no lo eran ya al nacer el interesado ni tampoco durante el sometimiento de éste a la patria potestad (37).

En todos estos supuestos, el art. 22 CC ordena que la residencia en España habrá de ser “legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición”, condiciones que venían ya impuestas por la legislación inmediatamente anterior. La única innovación consiste en introducir la presunción, a los solos efectos de lo previsto en el art. 22.2.d) CC, de residencia legal en España a favor del cónyuge que conviva con funcionario diplomático o consular español acreditado en el extranjero. En todo caso, para precisar la noción de residencia legal, será menester atender al art. 13 de la Ley 7/1985, sin perjuicio de que puedan existir otras situaciones susceptibles también de ser consideradas como residencia legal (38).

Además, el vigente art. 22.4 CC impone al interesado el deber de “justificar, en el expediente regulado por la legislación del Registro Civil, buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española”. Así pues, en el curso de la tramitación del expediente ante el Registro Civil (arts. 220 as 224 RRC), necesario para obtener la concesión por residencia, habrán de probarse dichos extremos. A este nuevo condicionamiento se refiere la Instrucción de la DGRN de 20-3-1991, al señalar la mayor importancia que ha cobrado “el trámite establecido en el último párrafo del art. 221 del Reglamento, es decir, la obligación del encargado de oír personalmente al peticionario, especialmente para comprobar el grado de adaptación a la cultura y estilo de vida españoles”.

---

(36) Anteriormente el art. 22.3.4 CC incluía los casos de disolución del matrimonio tanto por divorcio como por defunción de uno de los cónyuges.

(37) Desde luego, se trata de personas no incluidas en ninguno de los casos previstos en los vigentes arts. 17 o 20 CC, ni en las Disposiciones Transitorias Segunda o Tercera de la Ley 18/1990.

(38) Véase la STS de 19-9-1988.

Finalmente, el art. 22.5 CC contiene una novedad de especial trascendencia: remite a la jurisdicción contencioso-administrativa el control judicial de la concesión o denegación de la nacionalidad por residencia, que la legislación previa encomendaba a la jurisdicción civil.

### 3. REQUISITOS COMUNES A LA OPCION, CARTA DE NATURALEZA Y RESIDENCIA

La adquisición de la nacionalidad española, salvo que sea atribuida automáticamente (arts. 17.1 y 19.1 CC), requiere para su validez la observancia de las condiciones impuestas por el art. 23 CC, a cuyo tenor:

“Son requisitos comunes para la validez de la adquisición de la nacionalidad española por opción, carta de naturaleza o residencia:

a) Que el mayor de catorce años, y capaz para prestar una declaración por sí, jure o prometa fidelidad al Rey y obediencia a la Constitución y a las leyes.

b) Que la misma persona declare que renuncia a su anterior nacionalidad. Quedan a salvo de este requisito los naturales de países mencionados en el apartado 2 del artículo 24.

c) Que la adquisición se inscriba en el Registro Civil español”.

Todos ellos son requisitos de carácter constitutivo, a través de los cuales se condiciona, no el derecho de opción ni las respectivas concesiones por carta de naturaleza o residencia, sino la validez de la propia adquisición de la nacionalidad.

La declaración de renuncia queda excluida expresamente por el nuevo texto legal respecto de extranjeros naturales de alguno de los países (iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal) con los que nuestro Ordenamiento Jurídico establece el régimen de doble nacionalidad.

En todo caso, el menor de catorce años o incapacitado se halla exonerado tanto de la declaración de renuncia, como del juramento o promesa de fidelidad al Rey y obediencia a la Constitución y a las leyes.

La inscripción en el Registro Civil (39), a la que se refiere el art. 46 LRC, habrá de practicarse de conformidad con lo establecido en los arts. 63 a 68 LRC y 220 a 237 RRC.

## III. COSOLIDACION DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA

Mención muy especial merece la inserción en nuestro Ordenamiento Jurídico, por obra del nuevo art. 18 CC, de la figura denominada en

---

(39) En esta materia ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 330 CC.

la propia ley: “consolidación” de la nacionalidad española. Este precepto, cuyo principal objetivo consiste en evitar cambios bruscos de nacionalidad, dispone:

“La posesión y utilización continuada de la nacionalidad española durante diez años, con buena fe y basada en un título inscrito en el Registro Civil, es causa de consolidación de la nacionalidad, aunque se anule el título que la originó”.

Por su parte, el Preámbulo de la Ley 18/1990, afirma: “Si se llega a demostrar que quien estaba beneficiándose de la nacionalidad española *iure sanguinis o iure soli*, no era en realidad español, al ser nulo el título de atribución respectivo, no parece justo que la eficacia retroactiva de la nulidad se lleve a sus últimas consecuencias en materia de nacionalidad. Para evitar este resultado se introduce una nueva forma de adquisición de la ciudadanía española por posesión de estado, lo que no es una novedad en Derecho comparado europeo. Tal posesión requiere las condiciones tradicionales de justo título, prolongación durante cierto tiempo y buena fe. Este último requisito, por cierto, debe conectarse con el apartado 2 del artículo 25, y de su relación resulta con claridad que la posesión de estado podrá beneficiar también en ciertos casos a los que adquirieran la nacionalidad española después de su nacimiento”.

Cabe apuntar dos cuestiones en torno al párrafo transcrito. De un lado, pese a estar refiriéndose a la posesión de estado, lo cierto es que enumera condiciones propias de la posesión *ad usucapionem*. De otro, en su último inciso y de manera un tanto confusa, trata de afirmar que la consolidación puede operar tanto en relación con la nacionalidad española de origen como con la no originaria. La necesidad de tal precisión sólo se explica por las dudas que, al respecto, pudiera suscitar la ubicación del art. 18 CC.

La consolidación de la nacionalidad española está construida sobre la base de la posesión de estado de ciudadano español (40), si bien el nuevo régimen jurídico atribuye a dicha posesión de estado una función cuyo alcance va más allá del que tradicionalmente tenía como título de legitimación del estado civil.

Declarado nulo el título por cuya virtud ostentare el interesado la nacionalidad española, de origen o no originaria, podrá entrar en juego la consolidación, que habrá de reunir los siguientes requisitos:

1.º Posesión y utilización continuada de la nacionalidad española durante 10 años.

Según la Instrucción de la DGRN de 20-3-1991, la expresión “posesión y utilización” de la nacionalidad española “implica una actitud ac-

---

(40) La posesión de estado de ciudadano español habrá de traducirse en el ejercicio de forma constante, cierta, manifiesta y pública del contenido de dicho estado civil.

tiva del interesado respecto de la nacionalidad española poseída, ejerciendo derechos y deberes derivados de su cualidad de español”. No basta pues con que el interesado mantenga una conducta pasiva, sin comportarse como español pese a creerse y ser tenido como tal.

La posesión y utilización de la nacionalidad española habrá de ser continuada durante, al menos, diez años. La determinación de si se da o no tal continuidad habrá de tener en cuenta el posible carácter intermitente del ejercicio de los derechos y deberes derivados de la nacionalidad.

### 2.º Con buena fe.

En este contexto, parece posible entender el concepto de buena fe en un sentido semejante al que se le atribuye en sede de nulidad matrimonial (41). De tal manera, a efectos de la consolidación de la nacionalidad, la buena fe consistiría en la ignorancia de la causa determinante de la nulidad del título de adquisición de la nacionalidad española. La buena fe se presume *iuris tantum*.

### 3.º Y basada en un título inscrito en el Registro Civil.

Este título puede ser cualquiera de los que, según la normativa del Código Civil, son —o fueron en su momento— susceptibles de conducir a la adquisición de la nacionalidad española. Dado que se exige la inscripción del título en el Registro Civil, conviene tener presente que la nacionalidad es objeto de una inscripción marginal a la del nacimiento (art. 46 LRC) en los supuestos de adquisición de la nacionalidad española por opción (42), carta de naturaleza y residencia, así como en los de recuperación. Por el contrario, las hipótesis de atribución automática de la nacionalidad española de origen no dan lugar a un asiento específico, de ahí que la Instrucción de la DGRN de 20-3-1991 aclare: “... en la adquisición originaria ha de resultar del Registro que la filiación o el nacimiento en España produjeron, según la legislación aplicable en el momento del nacimiento, la adquisición de la nacionalidad española”.

Una vez acreditada por el interesado la observancia de tales exigencias legales, la nacionalidad (no el título de adquisición) que se consolida tendrá la naturaleza de originaria o no originaria que tuviese la determinada por el título inscrito y anulado. A partir de la consolidación de la nacionalidad, el título adquisitivo de este estado civil parece ser, precisamente, el cumplimiento de todos los requisitos que el art. 18 CC

---

(41) En el ámbito de la nulidad del matrimonio, es de buena fe quien ignora la causa determinante de la nulidad matrimonial o, en los supuestos de coacción o miedo grave, carece de voluntad de contraer un matrimonio nulo.

(42) Tanto si la opción permite adquirir la nacionalidad española de origen como la no originaria.

preceptúa. Esa parece ser la *causa iuris* de la nacionalidad española en estos supuestos (43), si bien queda planteada la cuestión de determinar la vía de acceso al Registro Civil de dicho título.

#### IV. PERDIDA DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA

La pérdida de la nacionalidad española aparece regulada en los arts. 24 y 25 CC (44), preceptos que se atienen a los principios rectores fundamentales impuestos por el art. 11 CE, y que no pueden ser objeto de interpretación extensiva ni analógica.

##### A) PERDIDA VOLUNTARIA DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA

Conforme a lo dispuesto en el nuevo art. 24 CC:

1. "Pierden la nacionalidad española los emancipados que, residiendo habitualmente en el extranjero, adquieran voluntariamente otra nacionalidad o utilicen exclusivamente la nacionalidad extranjera que tuvieran atribuidas antes de la emancipación.

2. "La pérdida se producirá una vez que transcurran tres años a contar, respectivamente, desde la adquisición de la nacionalidad extranjera o desde la emancipación. La adquisición de la nacionalidad de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal no es bastante para producir, conforme a este apartado, la pérdida de la nacionalidad española de origen".

3. "En todo caso, pierden la nacionalidad española los españoles emancipados que renuncien expresamente a ella, si tienen otra nacionalidad y residen habitualmente en el extranjero".

4. "No se pierde la nacionalidad española, en virtud de lo dispuesto en este precepto, si España se hallare en guerra".

La ley presenta importantes modificaciones respecto de la anteriormente en vigor. En primer término, junto a la pérdida por adquisición voluntaria de otra nacionalidad, se introduce una nueva causa de pérdida voluntaria: la utilización exclusiva de otra nacionalidad. Asimismo, este artículo trata de precisar el momento en que se produce la pérdida en sendos supuestos.

En segundo lugar, y a efectos de pérdida de la ciudadanía, se abandona la distinción entre españoles que adquieren una nacionalidad ex-

---

(43) El Preámbulo de la Ley 18/1990, aludiendo al art. 18 CC, dice que "se introduce una nueva forma de adquisición de la ciudadanía española por posesión de estado..."

(44) Anteriormente, el Código Civil dedicaba sus arts. 23 a 25 a la pérdida de la nacionalidad española.



trajera después de su emancipación y quienes la ostentan, además de la española, desde antes de emanciparse. En la actualidad, estos últimos también podrán perder la nacionalidad española, sin necesidad de renunciar expresamente a ella si, una vez emancipados, utilizan exclusivamente esa otra nacionalidad.

En tercer lugar, se suprime la posibilidad de conservar la nacionalidad española de quienes justificaran que la adquisición de la nacionalidad extranjera se produjo por razón de emigración. A cambio, el nuevo texto legal facilita a los emigrantes y a sus hijos la recuperación (art. 26 CC) y a los hijos de emigrantes la adquisición (Disposición Transitoria Tercera de la Ley 18/1990) de la nacionalidad española.

Por último, desaparecen las menciones, ciertamente inútiles, contenidas en el párrafo final del anterior art. 23 CC.

Los supuestos de pérdida voluntaria de la nacionalidad, previstos en el art. 24 CC, operan únicamente cuando España no se hallare en guerra (art. 24.4 CC), y afectan tanto a la nacionalidad española de origen como a la no originaria. Tales supuestos son:

### **1.º Pérdida de la nacionalidad española por adquisición voluntaria de otra nacionalidad.**

A tenor de lo dispuesto en los dos primeros apartados del art. 24 CC, el español, de origen o no, emancipado y no incapacitado, pierde la condición de español si concurren las siguientes circunstancias:

—a) Que adquiera voluntariamente una nacionalidad extranjera.

La voluntariedad debe enjuiciarse con arreglo a los criterios del Ordenamiento Jurídico español y, para probar su falta, la Instrucción de la DGRN de 20-3-1991, remite al expediente para la declaración con valor de presunción de la nacionalidad (arts. 96.2 LRC y 335, 338 y 340 RRC).

—b) Que resida habitualmente en el extranjero en el momento de adquirir esa otra nacionalidad.

—c) Y que transcurran 3 años desde tal adquisición, en cuyo momento la pérdida de la nacionalidad española es automática (45), salvo que se trate de españoles de origen que adquieran la nacionalidad de alguno de los países enumerados en el art. 24.2 CC.

### **2.º Pérdida de la nacionalidad española por utilización exclusiva de una nacionalidad extranjera.**

Conforme también a los dos primeros apartados del art. 24 CC, el emancipado y no incapacitado que, junto a la nacionalidad española,

---

(45) La inscripción de la pérdida de la nacionalidad en el Registro Civil, aunque obligatoria, no tiene carácter constitutivo (art. 67 LRC).

tenga atribuida una nacionalidad extranjera antes de la emancipación, pierde la española si utiliza voluntaria y exclusivamente la nacionalidad extranjera después de alcanzar la emancipación y, además, reside habitualmente en el extranjero.

Por utilización exclusiva de la nacionalidad extranjera puede entenderse aquella conducta inequívoca consistente en comportarse como ciudadano extranjero en todo momento, sin ejercitar los derechos y deberes derivados de su nacionalidad española sino únicamente los que se deriven de la foránea. Es preciso que tal circunstancia se prolongue durante tres años ininterrumpidos, contados desde la emancipación del interesado. En este sentido, la Instrucción de la DGRN de 20-3-1991 declara: "No se producirá pérdida cuando el interesado justifique haber utilizado, dentro del plazo de tres años que señala el artículo, de algún modo la nacionalidad española" (46).

Una vez se produzca el supuesto descrito, la pérdida de la nacionalidad española parece tener lugar automáticamente, salvo que se trate de españoles de origen que utilicen sólo la nacionalidad de alguno de los países citados en el art. 24.2 CC y ésta les hubiera sido atribuida antes de su emancipación.

### **3.º Pérdida por renuncia expresa a la nacionalidad española.**

El español emancipado y no incapacitado pierde la nacionalidad española, originaria o no originaria, en caso de que expresa y voluntariamente renuncie a ella, tal y como dispone el art. 24.3 CC: "En todo caso pierden la nacionalidad española los españoles emancipados que renuncien expresamente a ella, si tienen otra nacionalidad y residen habitualmente en el extranjero".

A esta causa de pérdida, existente ya en el ordenamiento anterior, la Ley 18/1990 impone una nueva exigencia: que el interesado resida habitualmente en el extranjero al tiempo de efectuar la renuncia. La finalidad de esta modificación, en palabras del Preámbulo de dicha Ley, es la de evitar renunciaciones efectuadas en España, permitidas por la legislación anterior, que podían envolver "propósitos cuasi fraudulentos".

Es igualmente necesario, para que la renuncia produzca efectivamente la pérdida de la nacionalidad española, que el interesado tenga otra nacionalidad, además de la española, previniendo así eventuales casos de apatridia.

Sin embargo, la nueva legislación no requiere que el sujeto tuviera

---

(46) Esta Instrucción indica, asimismo, la posibilidad de acudir al expediente del art. 96 LRC para que el interesado justifique que no utiliza exclusivamente la nacionalidad extranjera.

atribuida esa nacionalidad extranjera desde su menor edad (lo cual implica la derogación del art. 233 RRC).

Como en los dos supuestos ya examinados, la inscripción de la pérdida en el Registro Civil es obligatoria pero no constitutiva.

## B) PERDIDA DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR SANCION

El nuevo art. 25.1 CC establece, taxativamente, las causas de privación de la nacionalidad española no originaria (art. 11.2 CE). Las personas que incurran en cualquiera de sus supuestos, no podrán recuperar la nacionalidad española sin previa habilitación del Gobierno (art. 26.2 CC).

### 1.º **Pérdida de la nacionalidad española no originaria por sanción judicial penal.**

Se contempla en el art. 25.1.a.) CC:

“Los españoles que no lo sean de origen perderán la nacionalidad cuando por sentencia firme fueren condenados a su pérdida, conforme a lo establecido en las leyes penales”.

Este precepto no ha experimentado alteración alguna. Las conductas determinantes de la privación de la nacionalidad española son las tipificadas por la ley penal como merecedoras de tal sanción. Conforme a los art. 34 y 141 del Código Penal, la pena de pérdida de la nacionalidad sólo puede imponerse a los españoles naturalizados responsables de alguno de los delitos contra la seguridad exterior del Estado, contenidos en el Título I, Libro 2.º de dicho cuerpo legal (47).

Será necesario que se haya dictado sentencia condenatoria firme, la cual es título bastante para inscribir la pérdida de la nacionalidad española en el Registro Civil.

---

(47) Se trata de los siguientes delitos: traición; que comprometa la paz o la independencia del Estado; contra el Derecho de Gentes; y de piratería. Artículos 120 a 141 del Código Penal.

## **2.º Pérdida de la nacionalidad española no originaria por sanción gubernativa.**

Esta causa de privación de la nacionalidad se halla fijada en el artículo 25.1.b) CC:

“Los españoles que no lo sean de origen perderán la nacionalidad cuando entren voluntariamente al servicio de las armas o ejerzan cargo político en un Estado extranjero contra la prohibición expresa del Gobierno”.

Dos son los posibles comportamientos que dan lugar a la pérdida de la naturaleza española, a saber:

a) Estar incorporado voluntariamente al ejército de un Estado extranjero.

Parece quedar excluido del ámbito de aplicación de esta sanción, el supuesto de españoles que tengan, además, una nacionalidad extranjera cuya legislación exija el cumplimiento de un servicio militar obligatorio.

b) Desempeñar voluntariamente un cargo político en país extranjero.

La Ley 18/1990 sustituye la expresión “cargo público” por la de “cargo político”, lo cual entraña una cierta restricción de esta figura.

En todo caso, es necesario que cualquiera de esas dos actividades se realice contra la prohibición expresa del Gobierno español, pues sólo en el momento en que se infrinja tal prohibición se producirá la pérdida de la nacionalidad española no originaria. En cuanto a la inscripción de la pérdida en el Registro Civil, se aplica el art. 67 LRC.

## **C) NULIDAD DE LA ADQUISICION DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA DECLARADA EN SENTENCIA JUDICIAL**

El vigente art. 24.2 CC establece:

“La sentencia firme que declare que el interesado ha incurrido en falsedad, ocultación o fraude en la adquisición de la nacionalidad española, produce la nulidad de tal adquisición, si bien no se derivarán de ella efectos perjudiciales para terceros de buena fe. La acción de nulidad deberá ejercitarse por el Ministerio Fiscal de oficio o en virtud de denuncia, dentro del plazo de quince años”.

Esta norma significa una importante innovación en relación con la previamente contenida en el art. 24.1 CC, ya que las hipótesis de falsedad, ocultación o fraude en la adquisición de la nacionalidad española (concebidas antes como causas de pérdida de la nacionalidad española) pasan a configurarse como supuestos de nulidad de tal adquisición. Nulidad que, según el propio tenor del nuevo artículo, no perjudicará a terceros de buena fe.

El precepto transcrito, a diferencia del silencio que el Código Civil guardaba al respecto antes de la entrada en vigor de la Ley 18/1990, obliga al Ministerio Fiscal a ejercitar la acción de nulidad (de donde se induce una remisión legal a la vía jurisdiccional ordinaria, no a la contencioso-administrativa), de oficio o en virtud de denuncia, dentro del plazo de quince años. Aunque no se hable del momento en que se inicia el cómputo de dicho plazo, cabe entender que se contará desde la adquisición de la nacionalidad española por la persona afectada.

Será necesaria una sentencia judicial firme donde se declare que, en el proceso adquisitivo de la nacionalidad, el interesado incurrió en alguno de los vicios enunciados. El Juez competente para la ejecución de esta sentencia, deberá promover su inscripción en el Registro Civil (art. 25 LRC y 82 RRC).

## V. RECUPERACION DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA

El régimen jurídico que rige la recuperación de la nacionalidad española ha experimentado también ciertas mutaciones, si bien mantiene “los criterios hasta ahora vigentes, pero con una simplificación de sus requisitos...” (48). La facultad de recuperar la nacionalidad española, atribuida por el ordenamiento a quienes la hubieran perdido, podrá ser ejercitada en cualquier tiempo dando cumplimiento a los requisitos que el nuevo art. 26 CC establece, y que son:

1.º “Ser residente legal en España. Cuando se trate de emigrantes o hijos de emigrante, este requisito podrá ser dispensado por el Gobierno. En los demás casos, la dispensa sólo será posible si concurren circunstancias especiales” (art. 26.1.a CC).

La regla general impone la necesidad de que el interesado resida legalmente (49) en España precisamente en el momento de la recuperación. De este modo, la Ley 18/1990 facilita la recuperación de la nacionalidad española, pues la normativa anterior requería que, además de legal, la residencia fuera continuada durante todo el año inmediatamente anterior a la petición.

Cabe, no obstante, la exclusión de esta regla mediante dispensa otorgada por el Gobierno cuando se trate de emigrantes e hijos de emigrantes o concurren circunstancias especiales. Las reformas operadas en la regulación legal de esta excepción son:

a) La competencia para conceder la dispensa, atribuida anteriormente al Ministro de Justicia, corresponde ahora al Gobierno. La con-

---

(48) Preámbulo de la Ley 18/1990.

(49) En los mismos términos que el art. 22.3 CC establece para la adquisición de la nacionalidad española por residencia.

cesión de esta dispensa se formalizará por acuerdo del Consejo de Ministros (art. 223.1 RRC) (50).

b) El Código Civil vigente faculta al Gobierno para dispensar (de la residencia legal en España) a los emigrantes y sus hijos o cuando concurren circunstancias especiales. Anteriormente, el Ministro de Justicia estaba obligado a otorgar la dispensa a los emigrantes —aunque no a sus hijos— que hubieran perdido la nacionalidad española tras la entrada en vigor de la Ley 51/1982 (51); también era obligatoria la dispensa cuando el interesado hubiere perdido la nacionalidad española por adquirir voluntariamente la de su cónyuge, supuesto éste que no aparece ya en nuestro ordenamiento. La supresión de estas dispensas obligatorias era propugnada por la práctica totalidad de nuestra doctrina. Aludiendo a ellas, subraya el Preámbulo de la Ley 18/1990: “Es de destacar en este punto la eliminación de las extrañas dispensas obligatorias del requisito de la residencia legal en España”.

En cuanto al concepto de emigrantes, a los efectos de esta norma, la Instrucción de la DGRN de 20-3-1991 declara: “... sólo se exige hoy el hecho físico de la emigración y no que la adquisición de la nacionalidad extranjera haya sido una consecuencia de aquélla”.

2.º “Declarar ante el Encargado del Registro Civil su voluntad de recuperar la nacionalidad española y su renuncia, salvo que se trate de naturales de los países mencionados en el art. 24, a la nacionalidad anterior” (art. 26.1.b) CC).

Ambos requisitos eran igualmente necesarios de acuerdo con la legislación previa.

La declaración de voluntad de recuperar la nacionalidad española ha de realizarse, ante el encargado del Registro Civil competente en la forma prescrita por la legislación del propio Registro.

La renuncia a la nacionalidad anterior es una mera declaración formal de voluntad, pues no es precisa su efectividad conforme a la legislación extranjera de que se trate. El actual precepto exceptúa expresamente de la declaración de renuncia a quienes recuperen la nacionalidad española siendo naturales de un país iberoamericano, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal.

3.º “Inscribir la recuperación en el Registro Civil” (art. 26.1.c) CC).

La inscripción de la recuperación en el Registro Civil mantiene su

---

(50) La Instrucción de la DGRN de 20-3-1991 admite la acumulación del expediente de dispensa y el de habilitación previa, cuando ésta sea necesaria conforme al nuevo art. 26.2 CC.

(51) La única Disposición Transitoria de la Ley 51/1982 preveía un sistema especial de recuperación en favor de quienes hubieran perdido la nacionalidad española por razón de emigración con anterioridad a su entrada en vigor. Dicho régimen ha quedado derogado por la Ley 18/1990.

carácter constitutivo (arts. 35.1 y 64 LRC; 228.1 y 230 RRC) (52).

Una vez practicada la inscripción, al margen del asiento de nacimiento del interesado (art. 46 LRC), éste recupera la nacionalidad española, la cual será de origen o no originaria dependiendo de cual fuera la que tuvo y perdió en el pasado.

En todo caso, por imperativo del art. 26.2. CC, no podrán recuperar la nacionalidad española, sin previa habilitación concedida por el Gobierno:

a) “los que se encuentren incursos en cualquiera de los supuestos previstos en el artículo anterior”.

b) “Los que hayan perdido la nacionalidad sin haber cumplido el servicio militar español o la prestación social sustitutoria. No obstante, la habilitación no será precisa cuando la declaración de recuperación se formule por varón mayor de cincuenta años”.

La ley vigente exige la habilitación gubernamental previa a quienes perdieron la nacionalidad española sin haber cumplido el servicio militar —o la prestación social sustitutoria— “español”. La regulación derogada, en cambio, se refería al cumplimiento de uno u otra “en España” (53). Además, la habilitación previa es ahora condición necesaria, con independencia de cual fuese la edad del interesado en el momento de perder la nacionalidad española (54).

Únicamente se exime de este requisito a los varones que recuperen la nacionalidad española después de cumplidos los 50 años de edad, excepción que no se contemplaban en la normativa anterior.

La concesión de la habilitación previa es una potestad discrecional del Gobierno, que habrá de adoptarse mediante acuerdo del Consejo de Ministros (art. 223.1 RRC).

---

(52) La Instrucción de la DGRN de 16-5-1983 declaró posible la inscripción de recuperación pese a no haberse extendido previamente el asiento de pérdida de la nacionalidad, a fin de proporcionar al afectado mayor seguridad sobre su estado civil.

(53) El nuevo art. 26.2 CC se acomoda mejor a lo dispuesto en el art. 33 de la Ley 19/1984, sobre el servicio militar, que permite cumplir los deberes de ella derivados en el Consulado correspondiente.

(54) El anterior art. 26 CC limitaba esta exigencia a los que hubieran perdido la nacionalidad española “siendo mayores de catorce años sin haber cumplido en España el servicio militar o la prestación social sustitutoria”.

# ESTUDIOS DE DERECHO EXTRANJERO

## La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores en el Derecho francés

(Una visión desde España)

Por MIGUEL RUIZ MUÑOZ

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Mercantil de la Universidad del País Vasco

**SUMARIO:** I. INTRODUCCION.—II. NULIDAD PARCIAL Y CAUSA IMPULSIVA Y DETERMINANTE. LA VOLUNTAD HIPOTETICA. 1. Doctrina jurisprudencial. Crítica. 2. Bilateralidad de la condición impulsiva y determinante. Crítica.—III. LA NULIDAD PARCIAL EN LA PRACTICA JURISPRUDENCIAL. LA PROBLEMATICA DE LA REDUCCION DEL CONTRATO: LOS PRECIOS TASADOS.—IV. RECAPITULACION: CONSECUENCIAS DE LA NULIDAD PARCIAL. SOBRE LA IMPUTABILIDAD DE LA NULIDAD PARCIAL.—V. LA PROTECCION DE LOS CONSUMIDORES CONTRA LAS CLAUSULAS ABUSIVAS. 1. Derecho positivo francés: ventajas e inconvenientes. 2. Cuestiones más relevantes: A) Poder judicial y control de cláusulas abusivas. B) La nulidad parcial: nulidad absoluta o nulidad relativa. C) La implicación nulidad parcial-nulidad total.

### 1. INTRODUCCION

En principio, en el Derecho positivo francés no existe una norma general en materia de nulidad parcial, no obstante, sí que aparecen en su Código civil dos preceptos de cierta amplitud, el artículo 900 referido a los negocios a título gratuito, y el artículo 1.172 a los a título oneroso. Veamos los textos íntegros de estos preceptos:

Art. 900: “Dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui seront contraires aux lois ou aux moeurs, seront réputées non écrites”.

Art. 1.172: “Toute condition d'une chose impossible, ou contraire



aux bonnes moeurs, ou prohibée par la loi, est nulle, et rend nulle la convention qui en depend”.

La primera impresión que se desprende de la lectura de los mismos es que se establece la nulidad parcial como regla en el primero, y, por el contrario, la nulidad total en el segundo (1). Pero es en leyes posteriores, fuera del Código civil, donde han venido proliferando este tipo de normas que producen la nulidad parcial amparados en el principio contemporáneo de orden público, tan típicamente propio del Estado intervencionista y tan típicamente propio del ordenamiento jurídico francés (2), pero estas disposiciones rara vez se han ocupado expresamente de solventar la problemática propia de la nulidad parcial: la nulidad o no del contrato o negocio que acoge a la cláusula nula.

## II. NULIDAD PARCIAL Y CAUSA IMPULSIVA Y DETERMINANTE. LA VOLUNTAD HIPOTETICA

### 1. Doctrina jurisprudencial. Crítica

Ha sido justamente la jurisprudencia francesa la que ha afrontado más en profundidad la problemática típica de las nulidades parciales, y la que ha propiciado interpretaciones correctoras —al menos, de su sentido aparente— de los preceptos civilistas que acabamos de ver. En lo que se refiere al artículo 900 del Código civil francés, la jurisprudencia ha tenido buen cuidado en considerar la intención del disponente y evitar que las resoluciones dictadas choquen con ésta. De esta manera, apoyada la jurisprudencia en la noción de causa (arts. 1.131-1.133 del C.c. francés), cuando la cláusula o la parte nula del negocio es a su vez la causa impulsiva y determinante de la liberalidad, en este caso, no sólo

---

(1) Vid. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*. París, 1969, p. 3 y ss., junto a estos preceptos hay otros del mismo C.c. fr. que implican la nulidad parcial: artículos que prohíben ciertas estipulaciones (791, 896, 965, etc.), limitan la capacidad de disponer de ciertas personas (481, 904, 908, etc.). En general en la doctrina francesa puede verse: GHESTIN, *Le contrat: formation*, 2.º ed. París, 1988, *Traité de Droit Civil*, T. II, p. 1013 y ss.; WILL-TERRE, *Droit Civil, Les obligations*, 4.º ed., París, 1986, p. 331 y ss.; MALAURIE-AYNES, *Droit Civil, les obligations*, París, 1985, p. 263 y ss.; MARTY-RAYNAUD, *Droit Civil, les obligations*, T. I, 2.º ed., 1988, p. 240 y ss.; SCHMIDT-SZALEWSKI, *Droit de contrat (Jurisprudence française)*, París, 1989, pp. 246 y ss.

(2) Vid. SIMLER, op. cit., p. 4, Ley de 1-9-1948, Decreto de 30-9-1953. Decreto 16-4-1955, etc. No obstante, hay que hacer la observación que en la jurisprudencia, la toma en consideración del imperativo de orden público en materia de extensión de la nulidad es más esporádica (SIMLER, op. cit., p. 411 y ss.). También, VINEY, *Les obligations, La responsabilité: effects*, París, 1988, en *Traité de Droit civil (dir. GHESTIN)*, T.V., p. 259 y ss. y 274; SAVATIER, *La théorie des obligations en droit économique*, 4.º ed., París, 1979, p. 161 y ss., y 166 y ss.

aquella será nula sino que todo el negocio será declarado nulo, frente a lo que en principio podía pensarse a tenor del texto del artículo 900 (3). De igual manera, respecto al artículo 1.172, pero en sentido contrario, la jurisprudencia francesa ha venido a modificar con su interpretación lo que el tenor literal del precepto parecía dar a entender. Como hemos visto, cuando se trata de negocios onerosos la solución del derecho positivo era precisamente, ante la nulidad parcial, la nulidad del entero contrato; pues bien, aquí la jurisprudencia siguiendo similar criterio al visto, ha trastocado el sentido aparente del precepto haciendo especial hincapié en el inciso final del mismo. De esta manera se ha llegado al criterio por el cual no se declara nulo el acto en su integridad salvo que el mismo dependa, en la intención de las partes, de la cláusula nula; o lo que es lo mismo, si la cláusula nula constituye la parte impulsiva y determinante del acuerdo (4).

Como se ve, en ambos casos las decisiones jurisprudenciales parten de una misma idea, el aspecto básico o no de la parte declarada nula. Veamos a continuación cómo se ha desarrollado esta idea en la jurisprudencia que no ha estado exenta de contradicciones.

Se ha venido a manifestar por la doctrina que la adaptación interpretativa de los preceptos citados por parte de la jurisprudencia ha venido propiciada, en cuanto al artículo 900, por haber perdido su sentido originario (impedir el resurgimiento de las antiguas normas sobre sucesiones), y en cuanto al otro precepto, porque el tenor literal del mismo ha parecido demasiado severo. De esta manera, la jurisprudencia ha adaptado las disposiciones del Código civil sometiendo al mismo régimen a los actos a título gratuito y a título oneroso, en un caso y en otro, la nulidad total será pronunciada si la cláusula o condición ilícita es esencial (5). Se ha producido la aproximación partiendo de dos conceptos claramente diferenciados con el fin de alcanzar el mismo efecto práctico (6): el respeto de la voluntad de los autores de los actos jurídicos.

Estamos ante la voluntad hipotética de las partes como criterio directriz para resolver la extensión o no de la nulidad parcial (7). La jurisprudencia francesa viene utilizando desde hace tiempo el concepto de

---

(3) Vid. SIMLER, op. cit., p. 5. En estos casos, la jurisprudencia, a la que se ha unido la doctrina dominante, entiende que la causa del negocio está afectada de ilicitud o inmoralidad al referirse a una parte vital del mismo. Ahora bien, respecto a la doctrina, conviene tener presente que el panorama en Francia ha sido hasta fechas bien próximas desolador. La doctrina tradicional ni siquiera ha venido a plantear la problemática que nos ocupa (Cfr. SIMLER, op. cit., p. 6 y 7).

(4) Vid. SIMLER, op. cit., p. 5 y 6.

(5) Vid. supra nota anterior, y también WEILL-TERRE, op. cit., p. 332; MARTY-RAYNAUD, op. cit., p. 241; MALAURIE-AYNES, op. cit., p. 264 y 265.

(6) Vid. SIMLER, op. cit., p. 351 y ss.

(7) En la doctrina puede verse SIMLER, op. cit., p. 457 y ss.; BERLIOZ-HOUIN et BERLIOZ, *Le droit des contrats face a l'évolution économique*, en *Études offerté a R. HOUIN*, París, 1985, p. 19 y ss.; GUESTIN, *Le contrat...*, cit. T. II, 2.º ed., p. 1014.

causa impulsiva y determinante como criterio directriz para aplicar la extensión de la nulidad en las liberalidades, y respecto a los actos onerosos ha sustituido el término más técnico de causa por el de condición, para luego, en definitiva, hacerles cumplir idéntica misión: el respeto al principio de autonomía de la voluntad.

Parte de la doctrina ha criticado, no la finalidad alcanzada con el sistema jurisprudencial, sino los conceptos adoptados, así se ha criticado la adopción de la idea de causa, en tanto en cuanto no se corresponde con la realidad; bajo la terminología de causa impulsiva y determinante la jurisprudencia da cabida a verdaderas condiciones, vitales si se quiere, pero condiciones y no la causa misma de la liberalidad (8). Probablemente ello haya sido consecuencia de la tajante y tradicional separación entre la causa y el motivo en el sistema francés, donde la primera es siempre un elemento integrante y necesario de la obligación o del acto, y el segundo no (9). Respecto a los actos onerosos, aunque la finalidad a la que se llega es similar, no obstante, no se ha caído en el error terminológico; al referirse al artículo 1.172 del Código civil la jurisprudencia no habla ya de causa sino de condición impulsiva y determinante, con esta expresión los tribunales se refieren a una cláusula sin la cual las partes no habrían contratado, es un aspecto esencial del contrato (10).

## 2. Bilateralidad de la condición impulsiva y determinante. Crítica

Una cuestión interesante que aquí se plantea es si la cláusula nula debe tener la condición de impulsiva y determinante para ambas partes, o sólo para aquella que insta o es beneficiaria de la nulidad integral del contrato. Pues bien, sobre esto aunque en principio los tribunales han venido implícitamente reconociendo la necesidad del carácter impulsivo en ambas partes (11), en otras ocasiones se contentan con admitir el carácter unilateral de la condición impulsiva (12).

Las sentencias son bastante confusas en este punto. Lo que resulta evidente, al decir de SIMLER (13), es que si se pretende dar cumplimiento a la exigencia de bilateralidad (carácter impulsivo en la común intención de las partes) en ese caso el precepto contenido en el artículo 1.172 se hace en la práctica inaplicable. Un contrato nos sitúa ante in-

---

(8) Vid. SIMLER, op. cit., p. 320 y ss., *passim*, GHESTIN, *Le contrat... cit.*, T. II, 2.º ed. p. 1021 y ss.

(9) Vid. GAUDEMET, *Teoría general de las obligaciones*, trad. esp., México, 1984, p. 150 y ss., especialmente p. 153.

(10) Vid. SIMLER, op. cit., p. 340 y ss.; GHESTIN, *Le contrat...*, cit. p. 1021 y ss.

(11) Vid. SIMLER, op. cit., p. 343 y ss., véase ahí jurisprudencia francesa; GHESTIN, *Le contrat...*, cit., p. 1020.

(12) Vid. SIMLER, op. cit., p. 344; GHESTIN, *Le contrat... cit.*, p. 1020.

(13) Vid. SIMLER, op. cit., p. 344.

tereses antagónicos (14): obligaciones recíprocas entre las partes. Lo que quiere decir que las diferentes estipulaciones benefician a una o a otra parte, de ahí, que la esencialidad o no (carácter impulsivo) de los distintos elementos del negocio (objetivamente accesorios o, al menos, no constitutivos del fin mismo del negocio) sólo pueden tener una referenciabilidad unilateral. Frente a una de las partes que solicita la declaración de nulidad de una cláusula, la otra pide, caso de prosperar lo anterior, en demanda reconventional, la nulidad integral del negocio por desaparición de un elemento que, aunque parcial, constituía para ella parte vital del contrato (condición impulsiva y determinante) (15). En definitiva, se nos sigue diciendo (16), poco importa saber si la voluntad hipotética es una voluntad común a las dos partes, siendo una sola la que demanda la nulidad total del contrato es ésta la que ha de demostrar que no habría concluido el negocio sin esa parte, siempre y cuando no alegue motivos personales desconocidos por la contraparte. Con ello, no se trate de legitimizar cualquier motivo que pudiera ser conocido con mayor o menor esfuerzo por la otra parte, sino que de lo que se trata es sencillamente de hacer ver que la justificación alegada para la nulidad total es algo que formaba parte del contrato y que, por tanto, había de ser necesariamente conocido por la contraparte, sin que ello suponga en ningún caso entorpecimiento de los negocios, en general, ni obstaculización al tráfico (17).

Ahora bien, aclarado lo anterior, hay que hacer constar también que la bilateralidad en la causa impulsiva del contrato puede dar lugar a situaciones de mala fe por la parte a la que el hecho de la inexistencia de la cláusula anulada no hubiera impedido alcanzar el acuerdo. Se trata de un supuesto de abuso del derecho (mala fe) que ha sido puesto de manifiesto por los tribunales franceses (18), el perjudicado por la cláusula en cuestión, tras su anulación, solicita la nulidad integral del contrato; y es obvio, que para el mismo la cláusula anulada en ningún caso

---

(14) Vid. SIMLER, op. cit., p. 343 y ss.; GHESTIN *Le contrat...*, cit., p. 1020.

(15) Ciertamente, se ha de reconocer que el punto tiene cierto interés y se presta a una reflexión. En el Derecho italiano, se habla en base a su artículo 1.419 C.c. it., de voluntad hipotética de las partes, el texto parece dar la impresión de la necesidad de la bilateralidad en la importancia de la parte nula; pero se trata de una simple apariencia, pues, el problema se ciñe a valorar si la relación entre prestación y contraprestación se mantiene o no después de la nulidad parcial. Por tanto, el carácter impulsivo y determinante de la parte nula sólo puede aparecer claramente con respecto a una sola de las partes (Vid. TRIMARCHI, *Istituzioni di Diritto Privato*, 6.º ed., Milano, 1983, p. 277 y ss.).

(16) Vid. SIMLER, op. cit., p. 460; GHESTIN, *Le contrat...*, cit., p. 1020.

(17) Vid. supra nota anterior, y también GAUDEMET, op. cit., p. 153.

(18) Trib. civil de Seine 20-12-1947, vid. SIMLER, op. cit., p. 128 y ss. y 345 y ss. Sobre esto hay que decir que la resolución es equivocada al acceder a la nulidad total del contrato en base al art. 1.172, C.c. fr., el autor de una promesa de venta consigue la anulación de la cláusula por la que renunciaba a la acción de rescisión por lesión, para después, solicitar la nulidad total de la promesa de venta desprovista de esa parte viciada.

podía ser una condición impulsiva y determinante para la realización o conclusión del contrato, sino que su interés en la nulidad total sólo puede obedecer a razones inconfesables y por tanto, carentes de toda legitimación jurídica (aparición de una mejor oferta en el mercado) (19). De lo contrario, de estar legitimadas estas sinrazones sólo contribuirían a introducir altas cotas de inseguridad en el tráfico. Luego se hace imprescindible deslegitimar cualquier acción de nulidad total que no venga amparada por un interés real por el mantenimiento en el contrato de la cláusula declarada nula (condición impulsiva y determinante). De ahí, la necesidad perentoria de la unilateralidad de la condición impulsiva y determinante (20).

No obstante, no se salvan de esta manera todo posible abuso. Aún persiste la posibilidad por la que la parte a quien aprovecha una cláusula teóricamente nula, pueda instar esta nulidad parcial para a renglón seguido justificar que la misma suponía un elemento determinante y que por tanto solicita la declaración de nulidad total. En esta ocasión la solución anterior no es satisfactoria, el reparto de la carga de la prueba le permite demostrar que constituye un elemento sustancial para el mismo, es necesario acudir a otro elemento de juicio para impedir la actitud maliciosa. En principio, no es posible impedir la nulidad parcial a instancia de parte sin interés económico-jurídico en la misma, como nos dice la doctrina francesa (21), dado que esa nulidad viene encuadrada en el marco de la teoría de nulidades como nulidad absoluta (22); por tanto, no queda otra solución que acudir al principio de buena fe (abuso del derecho) para salvar el fin perseguido por la norma que establezca la nulidad (23).

---

(19) Sin duda el ejemplo se presta a una reflexión desde el punto de vista del análisis económico del derecho (eficiencia económica), ya que los defensores a ultranza de estos criterios, consideran plausible este abandono contractual siempre y cuando venga acompañado de la correspondiente indemnización al comprador desengañado, consiguiéndose de esta manera el más alto grado de eficiencia en el mercado (vid. POLINSKY, introducción al análisis económico del derecho, trad. esp., Barcelona, 1985, p. 39 y ss.).

(20) Sería cuando menos curioso, nos dice SIMLER (op. cit., p. 345), que un contratante pudiese invocar el art. 1.172 C.c. fr. aportando la prueba de que la cláusula nula es determinante para su contraparte, cuando este último precepto se acomoda mejor a la nulidad de la cláusula, a pesar de estar redactada en su beneficio. Vid. también GHESTIN, *Le contrat*, cit., p. 1020, 1 037 y ss.; MALAURIE-AYNES, *Droit civil, Les contrats spéciaux*, París, 1986, p. 120.

(21) Vid. SIMLER, op. cit., p. 468.

(22) Vid. GAUDEMET, op. cit., p. 157 y ss.; VINEY, op. cit., p. 300: nulidad relativa; SAVATIER, op. cit., p. 233 y ss.; GHESTIN, *Le contrat...cit.*, p. 1040 y ss.: interés general: nulidad absoluta.

(23) Vid. SIMLER, op. cit., p. 468 y ss., donde aboga por la aplicación del artículo 1.134-3.º C.c. fr. (Los acuerdos deben ser ejecutados de buena fe para impedir esa utilización maliciosa de la nulidad parcial). Esto hay que conectarlo con uno de los postulados de los que parte su estudio, el concepto de nulidad de JAPIOT (*Des nullités en matière d'actes juridiques*, Dijon, 1909, p. 940, cit., por SIMLER, op. cit., p. 28): la nulidad

### III. LA NULIDAD PARCIAL EN LA PRACTICA JURISPRUDENCIAL. LA PROBLEMÁTICA DE LA REDUCCIÓN DEL CONTRATO: LOS PRECIOS TASADOS

En la práctica jurisprudencial nos encontramos con que la nulidad parcial se ha llevado a efecto de tres maneras distintas: la nulidad de una cláusula o de una parte del negocio, por la reducción de la amplitud o de la extensión de un acuerdo, y por último, por la declaración de nulidad de ciertos efectos de una cláusula sin que se opere una paralela modificación de la misma. De ellas, es precisamente la primera, la que dispone de una base legal más o menos sólida y a la que nos hemos estado hasta ahora refiriendo: los artículos 900 y 1.172 del Código civil francés. Y aún hay que precisar más, pues el fundamento legal citado sólo se ha utilizado en materia de actos simples; respecto a los actos complejos, el apoyo judicial ha venido sustentándose en la noción de indivisibilidad en conjunción con la autonomía de la voluntad, de tal manera que partiendo de la existencia de una cierta autonomía de las distintas partes del acto complejo, se aplica el adagio romano "utile per inutile non vitiatur". Pero, si en base de la autonomía de la voluntad las partes han considerado indisoluble el negocio en todos sus elementos, en ese caso, el juez deberá estar por esta voluntad y extender la nulidad (24).

Cuando se habla de reducción lo que se produce es una modificación en un punto concreto (una cantidad, una cifra) sin alterar para nada el conjunto del acuerdo. Aunque los casos de reducción recogidos en la ley (25) o adoptados por la jurisprudencia son numerosos, sin embargo, las dudas persisten en toda esta materia (26); la no especificación por el legislador de los efectos de normas prohibitivas o sancionadoras de excesos, da lugar a que los jueces tiendan hacia posturas tradicionales

---

es una sanción que debe adaptarse al fin de la regla... (vid. en esta línea también a GAUDEMET, op. cit., p. 163 y ss.; más modernamente, DURRY, p. 661 y ss., y CHEVALLIER, M.J. p. 513 y ss., ambos en el T. XIV, 1965 de L'Association Henri Capitat: Inexistence, nullité et annulabilité en droit civil). Como dice SIMLER (op. cit., p. 29 y ss.), la sanción debe atender al fin sin superarlo, sólo aquello prohibido debe ser anulado, el adagio romano "utile per inutile non vitiatur" aparece fielmente reflejado; no obstante, continúa diciendo, este principio debe ser atenuado en sus consecuencias para no llegar a ser arbitrario, y para ello se cuenta con el principio de autonomía de la voluntad (vid. también GHESTIN, *Le contrat...* cit., p. 676 y ss., y 1037 y ss.).

(24) Vid. SIMLER, op. cit., p. 159 y ss. y 379 y ss.; SAVATIER, op. cit., p. 230; GHESTIN, *Les contrats...*, cit., p. 1033. Estos autores ponen de manifiesto el uso abusivo y confuso por parte de los tribunales de la noción de indivisibilidad (subjética) en las operaciones complejas, pero mientras SIMLER se limita a precisar que el verdadero criterio a seguir es el principio de autonomía de la voluntad, GHESTIN, por su parte, considera que de lo que hay que hablar es de esencialidad o no de la fracción anulada a los ojos de alguna de las partes.

(25) Vid. SIMLER, op. cit., p. 283 y ss.; GHESTIN, *Le contrat...*, cit., p. 1052 y ss.

(26) Vid. supra nota anterior.

y claramente conservadoras. Sin duda, el aspecto más infeliz de este desarrollo jurisprudencial se viene manifestando en lo tocante a los precios tasados, precios fijados imperativamente por el Estado o alguno de sus Entes públicos, son razones claramente de orden público económico las que llevan a este tipo de imposiciones en el mercado y que vienen siendo típicas del intervencionismo económico francés (27).

Por todo esto, resulta mucho más chocante la solución jurisprudencial: nulidad total de orden público como sanción ante la infracción de una normativa sobre precios. En esta materia, se viene a decir, este ejemplo constituye una de las secuelas más significativas del arcaísmo y de la arbitrariedad de la teoría clásica de las nulidades, y donde se manifiesta de manera flagrante la oposición entre el fin de la ley y la sanción pronunciada (28). La base racional de estas decisiones judiciales es que, al ser el precio ilícito, por contrario a la norma, y siendo este elemento del contrato esencial al mismo, produce como consecuencia la nulidad total; también aquí aparece, al igual que en otros ordenamientos jurídicos, el miedo y el rechazo a la intervención del juez, éste no puede constituirse en voluntad de las partes y reducir una de sus estipulaciones, así que, si la ley no ordena la reducción sólo queda la nulidad integral del contrato (29). Pero para llegar a tal resultado se obvia el recurso al artículo 1.172, el recurso interpretativo de la voluntad de las partes, o mejor dicho de la parte a quien beneficia la nulidad parcial reductiva. No es necesario ahondar en grandes razonamientos para ser consciente de que la parte a quien protege la norma sobre precios, no considerará lo reducido, como una condición impulsiva y determinante que le hubiera impedido contratar, mas bien será todo lo contrario; y por otra parte, a quien perjudica la reducción por imperativos legales, difícilmente podrá justificar el aspecto impulsivo y determinante sino es sobre postulados de mala fe (30). En definitiva, apoyada en el carácter de orden público, la jurisprudencia, como hemos dicho, opta por imponer la nulidad de manera claramente contraproducente. Veamos algo más sobre esto a continuación.

En materia de precios tasados el resultado de la declaración de una nulidad total es plenamente ineficaz. La solución acorde con el sentido y finalidad en este punto de la norma de orden público económico es justamente la nulidad parcial. Es una sanción suficiente, el precio no es ilícito más que en la medida en que resulta excesivo y sin que se trata de una causa ilícita. De lo contrario, caso de dejar alguna puerta abierta a la nulidad total, las consecuencias son claramente perjudiciales para

---

(27) Vid. SIMLER, op. cit., p. 283 y ss., y 397 y ss.; SAVATIER, op. cit., p. 166 y ss.

(28) Vid. GHESTIN, *Le contrat...*, cit., p. 1054; SIMLER, op. cit., p. 283.

(29) Vid. SIMLER, op. cit., p. 284, y jurisprudencia ahí citada; GHESTIN, *Le contrat...*, cit., p. 1055; BERLIOZ-HOUIN et BERLIOZ, G., op. cit., p. 23 y ss.

(30) Vid. SIMLER, op. cit., p. 211 y ss., 285 y 395 y ss.; GHESTIN, *Le contrat...*, cit., p. 1037 y ss.

aquella parte que se pretende proteger: abstención y denuncias inopórtunas. En una palabra, condenar al silencio los posibles atentados al orden público contractual (31).

Modernamente, jurisprudencia y doctrina, han evolucionado de manera importante en favor de una mayor influencia del orden público económico en los contratos evitando el recurso a la nulidad total (32). Particularmente se refleja esta tendencia en materia de cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual, su análisis judicial y doctrinal deja ver con claridad que, el denominado orden público contractual de protección (33) juega un papel vital en la reducción o eliminación de la eficacia de esas cláusulas, al menos en presencia de una falta grave (34).

---

(31) Vid. sobre esto FARJAT, *L'ordre public économique*, París, 1963, p. 362 y ss.; SIMLER, op. cit., p. 284 y ss., y 401 y ss.; MALAURIE-AYNES, op. cit., p. 265. Desde el punto de vista práctico, ya se trate de normas de orden público de interés general (medidas deflacionistas) o bien de finalidad más particular (protección a determinados segmentos de la población), en ambos casos, si de verdad hay un interés público en que la sanción o prohibición se aplique, en materia de actos entre particulares, hay que contar con la iniciativa de una de estas partes, lo que difícilmente sucederá si no se incentiva a la parte presuntamente beneficiada con la aplicación. El incentivo necesario lo constituye la sanción con carácter imperativo de la nulidad parcial, de no ser así, ante el riesgo de una nulidad total ningún interés se le ofrece a la parte en cuyo beneficio se dicta la norma, dado que asumiría el riesgo de la posible nulidad total. No obstante, hay que dejar constancia, que la doctrina tradicional (al igual que la jurisprudencia) ha sido reacia a aceptar la intervención de la noción de orden público en la determinación de la extensión de la nulidad, sino que por el contrario ha venido considerando que a falta de texto explícito el criterio tradicional no puede ser descartado (art. 1.172 C.c. fr.).

(32) Vid. SAVATIER, op. cit., p. 152, 161 y ss., 231 y ss.; CALAIS-AULOY, *Droit de la consommation*, 2.º ed., París, 1986, p. 161 y ss., 289 y ss.; MALAURIE-AYNES, op. cit., p. 265; GHESTIN, *Le contrat...*, p. 1034 y ss., 1 056 y ss.; MARTY-RAYNAUD, op. cit., p. 241. Puede verse también la propuesta de la Commission de refonte de droit de la consommation, *Propositions pour un nouveau droit de la consommation* (en *Documentation française*, 1985, p. 90).

(33) Vid. VINEY, op. cit., p. 256 y ss., 274 y ss., y 312; GHESTIN, *Le contrat...* cit., p. 92 y ss.

(34) El dolo y la falta grave son dos conceptos que han sido asimilados en un mismo tratamiento y que su presencia hace decaer las posibles cláusulas de elusión de responsabilidad contractual. Esta tesis ha recibido un importante impulso recientemente a partir de la sentencia de la Chambre commerciale de 7 de mayo de 1980 (Cas., J.C.P., 1980, II, 19.473, cit. en VINEY, op. cit., p. 312), en la misma se afirma que la asimilación de la falta grave o dolo tiene un valor de principio y que en presencia de una falta grave todas las limitaciones de responsabilidad deben ser descartadas. El ámbito de esta regla (comparada a la doctrina inglesa del "fundamental breach of contract", pero que también ha sido rechazada por la jurisprudencia belga), aparece hoy más amplia que la definición de falta grave que se ha ensanchado hasta englobar toda suerte de faltas a las reglas contractuales, tanto si se trata de imprudencia o de negligencia psicológicamente excusables o de la inobservancia de obligaciones de resultado, en tanto la falta tenga consecuencias graves o equivalga a una inexecución total. Por otra parte, actualmente existe una tendencia constante en la jurisprudencia a calificar de falta grave las infracciones o incumplimiento de los profesionales (empresarios) a las obligaciones que contraen frente a no profesionales o consumidores, con el fin de descartar, lo más frecuentemente posible, la aplicación de



Y, se nos viene a decir, en conclusión, que, aunque ni la ley, ni la jurisprudencia, hasta el momento presente han afirmado de forma general la nulidad de estas disposiciones o acuerdos convencionales, ambas están conjugando sus esfuerzos para restringir sus efectos (35); especialmente tiende a generalizarse hoy día en las relaciones entre profesionales (empresarios) y consumidores (36).

#### IV. RECAPITULACION: CONSECUENCIAS DE LA NULIDAD PARCIAL. SOBRE LA IMPUTABILIDAD DE LA NULIDAD PARCIAL

Retomemos el objeto central de nuestro interés, y a la par sinteticemos el estado de la cuestión en la doctrina francesa: ¿cuáles son las consecuencias de la admisión de la nulidad? ¿desaparece sólo la cláusula afectada o entraña la nulidad del contrato? (37). Pues bien, en ciertos supuestos en los que la ley deja entrever con más o menos claridad su intención, no se plantea, en principio, mayores problemas. Tal es el caso en los que la norma habla de “reputées non écrites” o “nullité entraîne pas celle du contrat”, las cláusulas desaparecen dejando subsistir al contrato (38). Pero cuando la ley no dice nada al respecto después de acordar la nulidad, o bien ésta surge por iniciativa judicial, la doctrina considera que a priori deberá aplicarse la distinción habitualmente admitida entre las cláusulas que tienen una influencia decisiva sobre el consentimiento de las partes; y por otro lado, las que no se consideran condición impulsiva y determinante del contrato. La base legal de la distin-

---

cláusulas restrictivas de la responsabilidad que pretendan oponer. De esta manera, aunque desde 1948 la “Cour de Cassation” tiene admitido que en presencia de una falta ordinaria las cláusulas de responsabilidad son plenamente válidas, a pesar de esto, la verdad es que a la vista de la jurisprudencia de los últimos años, se constata que existe un pequeño número de decisiones que han ordenado la aplicación de elementos de no-responsabilidad, frente a un importante número de sentencias que las han rechazado por diversas razones (vid. sobre todo esto, VINEY, op. cit., T.V. p. 256 y ss. 311 y ss.; Idem. op. cit., T. IV, p. 726 y ss., passim; GHESTIN, *Le contrat...*, cit., p. 1059 y ss.).

(35) Como es obvio, estamos ante esa otra fórmula o técnica jurídica a través de la cual la jurisprudencia ha puesto en práctica la nulidad parcial: declaración de nulidad de ciertos efectos de una cláusula sin que se opere una paralela modificación de la misma (una técnica jurisprudencial que quizá esté muy próxima a la utilizada por nuestro Tribunal Constitucional en las denominadas sentencias interpretativas). Sobre el tema que nos ocupa, puede verse SIMLER, op. cit., p. 293 y ss.; VINEY, op. cit., T.V., p. 275 y ss.; GHESTIN, *Le contrat...*, cit., p. 1059 y ss.

(36) Vid. supra nota anterior, y nota 33. También BERLIOZ-HOUIN et BERLIOZ, G., op. cit., p. 20 y 21; GHESTIN, *Le contrat...*, cit., p. 1037 y ss.

(37) En similares términos es planteada la cuestión por la doctrina más reciente, VINEY, op. cit., T.V. p. 301; GHESTIN, *Le contrat...*, cit., p. 1009 y ss.

(38) Vid. art. 1.792-5 C.c. fr. y especialmente el art. 35 de la Ley 78-23, de 10 de enero. Sobre esta Ley véase infra en el texto. En la doctrina francesa, VINEY, op. cit., T.V. p. 301; SIMLER, op. cit., p. 410; GHESTIN, *Le contrat...*, cit., p. 1009 y ss. y 1 034 y ss.

ción es el conocido artículo 1.172 del Código civil francés que, como ya sabemos, dará lugar a la nulidad total del contrato sólo en el primer caso (39). Pero, sin embargo, parece que ya las cosas no están tan claras en este punto, y se atisban posiciones decididamente en la línea de la mantenida por SIMLER (40).

Efectivamente, en la actualidad existe una parte importante de la doctrina que considera que la nulidad de una cláusula restrictiva de la responsabilidad contractual no produce la anulación del contrato (41). En apoyo de tal opción se alude, caso concreto de las restricciones sobre la responsabilidad, a que difícilmente una cláusula de este tipo aparecerá como condición impulsiva y determinante del acuerdo. Pero en lo que se pone especial énfasis es en un aspecto al que venimos aludiendo expresa e implícitamente con reiteración, esto es, al hecho por el cual la anulación del contrato produciría un efecto diametralmente opuesto al perseguido por la parte que solicita la nulidad de la cláusula, sería un obstáculo para la interposición de la acción de responsabilidad que el perjudicado pudiese alegar en base al contrato incumplido o mal ejecutado (42). A pesar de esta tendencia, hoy favorable a la nulidad parcial y mantenimiento del contrato, existe otro grupo de autores que se sitúan en contra y están por tanto a favor de la nulidad total del contrato (43), el argumento base sigue siendo el ya conocido de la esencialidad del elemento anulado (44).

Más concretamente, se viene a distinguir según el interés protegido por la norma sancionadora. Si se trata de un interés particular, procede una nulidad relativa, en caso de un interés general una nulidad absoluta. De ahí que, en el primer caso, la solución correcta sea sólo permitir el ejercicio de la nulidad parcial a la parte protegida por la norma, e impedir el planteamiento de la nulidad total a ambas partes, especialmente a la parte no protegida por la nulidad parcial. De lo contrario, se podría supeditar la obtención de los bienes y servicios que se ofrecen a la aceptación de las cláusulas abusivas. Si se está ante un interés general, obviamente ambas partes pueden instar la nulidad parcial al tratarse de una nulidad absoluta; pero por lo que se refiere a la nulidad total, sólo debe permitirse a aquella parte que pruebe o justifique la importancia

---

(39) Vid. GHESTIN, *Le contrat...*, cit., 1.014 y ss.; VINEY, *op. cit.*, p. 301 y ss.

(40) SIMLER, *op. cit.*, p. 26 y ss., y 311 y ss. y 451 y ss.

(41) Vid. MALAURIE-AYNES, *Les contrats spéciaux...*, cit., p. 142; VINEY, *p. cit.*, T.V., p. 301; GHESTIN, *Le contrat...*, cit., p. 676 y ss., y 1 016 y ss.

(42) Vid. especialmente VINEY, *op. cit.*, T.V. p. 301; BERLIOZ-HOUIN et BERLIOZ, *G.*, *op. cit.*, p. 24; CALAIS-AULOY, *op. cit.*, p. 161; GHESTIN, *Le contrat...*, cit., p. 1038 y ss.; MALAURIE-AYNES, *Les obligations...*, cit., p. 265. A pesar de todo el juez se va reconociendo, en ciertos casos, poder para remodelar algunos puntos esenciales del contrato para asegurar, no obstante el cambio de circunstancias, su eficacia.

(43) Vid. CARMET, O., *Reflexion sur les clauses abusives au sous de la loi, n.º 78, 23 de 10 janvier 1978, Riv. trim. dr. com.*, 1 982, p. 1 y ss.

(44) Vid. especialmente CARMET, O., *op. cit.*, p. 30.

esencial para sí de la cláusula litigiosa a fin de tener en cuenta la voluntad de las partes (45).

En ambos casos, intereses particulares o generales, la jurisprudencia francesa no es unánime. Respecto al primero, la tendencia imperante camina en la dirección indicada, respecto al segundo, es de resaltar que en algunos supuestos no se permite a la contraparte alegar el aspecto esencial como argumento de la nulidad total, manteniendo válido el contrato en lo restante; en innumerables sentencias se viene argumentando en este sentido, puesto que de lo contrario se truncaría la eficacia de la sanción (fin de la norma), incluso se habla de fraude a la ley cuando se hace expresa mención en el contrato del carácter determinante de una cláusula ilícita de estabilización (46). En la doctrina se pueden leer claras lamentaciones sobre esta fastidiosa incertidumbre jurisprudencial, pero se señala decididamente que la eficacia de la sanción y su conciliación necesaria con el respeto a la voluntad de las partes, conduce a admitir, al menos en ciertos casos, una modificación positiva del contrato, y ésta es hoy la orientación de la jurisprudencia (47).

Por otra parte, de muy positiva se puede calificar la tendencia jurisprudencial que viene a negar al culpable de haber ocasionado la nulidad la posibilidad de instarla, al menos cuando no están en juego intereses generales. De este modo, al rechazar la anulación, se mantiene el contrato en vigor como mejor fórmula para proteger los intereses del perjudicado por la posible nulidad. En este sentido se pronuncia también la doctrina (48). Con ello se viene a abandonar en parte el régimen jurídico de la culpa in contrahendo, el interés negativo, y por contra, se propicia una sanción in natura, la ejecución del contrato, lo que nos lleva hacia el interés positivo (49). En definitiva, como nos dice GHESTIN (50), así se comprende entonces porque en los repertorios de jurisprudencia apenas aparecen sentencias con condenas de daños y perjuicios pronunciadas contra un demandante de nulidad después de la declaración de la misma. Lo que sucede es que en estos casos, se prefiere simplemente rechazar anular el acuerdo.

---

(45) Vid. GHESTIN, *Le contrat...*, cit., p. 1037 y ss.

(46) Vid. *supra* nota anterior.

(47) Vid. GHESTIN, *Le contrat...*, cit., p. 1043 y ss., WEILL-TERRE, *op. cit.*, p. 332; MALAURIE-AYNES, *Le obligations...*, cit., p. 265 y ss.; también *infra* en texto y nota 97.

(48) Vid. GHESTIN, *Le contrat...*, cit., p. 1091 y ss.; WEILL-TERRE, *op. cit.*, p. 348 y ss.; MARTY-RAYNAUD, *op. cit.*, p. 246 y ss.

(49) Vid. dos primeras referencias bibliográficas de la nota anterior, y también en general sobre la culpa in contrahendo puede verse: ASUA, *La culpa in contrahendo*, Bilbao, 1990, p. 200 y ss., y también MORALES MORENO, *El error en los contratos*, Madrid, 1988, p. 90 y ss.

(50) Vid. GHESTIN, *Le contrat...*, cit., p. 1091.

## V. LA PROTECCION DE LOS CONSUMIDORES CONTRA LAS CLAUSULAS ABUSIVAS

### 1. Derecho positivo francés: La ley 78-23, de 10 de enero, sobre protección de los consumidores contra las cláusulas abusivas y el Decreto 78-464, de 24 de marzo, sobre tutela e información de los consumidores. Ventajas e inconvenientes

Por último, en el marco del Derecho francés, hay siquiera que hacer un breve comentario a una norma que ha surgido siguiendo la pauta de algunos derechos europeos en materia de defensa de los consumidores, nos referimos a la Ley 78-23, de 10 de enero de 1978, y concretamente a su capítulo IV que trata de la protección de los consumidores contra las cláusulas abusivas, y al Decreto que la desarrolló 78-464, de 24 de marzo de 1978, sobre la tutela e información de los consumidores y usuarios (51).

Ciñéndonos a lo que especialmente nos interesa, podemos decir que la ley citada comprende dos procedimientos para luchar contra las cláusulas abusivas (52), en primer lugar, el poder ejecutivo mediante Decreto del Consejo de Estado (a solicitud de la Comisión de cláusulas abusivas) puede prohibir, limitar o reglamentar las cláusulas abusivas más intolerables (53). En segundo lugar, la citada Comisión de cláusulas abusivas (54), podrá examinar los contratos habitualmente propuestos a los consumidores y recomendar la modificación o supresión de las cláusulas que considere abusivas. Pero como es natural, estas recomendaciones son sólo eso, y están bien distantes en su eficacia de las decisiones gubernativas de carácter imperativo; de ahí, que se hable por la doctrina mayoritaria que ejercen una simple presión moral sobre los profesionales o empresarios y en todo caso para ser mínimamente eficaces estarían necesitadas de una amplia publicidad (55).

No obstante, otros autores (56) afirman que el juez, en las relacio-

---

(51) Ambos textos pueden verse en BIANCA, *La condizioni generali di contatto*, Milano, 1979, p. 291 y ss., también sobre los precedentes del Derecho francés CALAIS-AULOY, op. cit., p. 165 u ss; GHESTIN, *Le contrat...*, cit., p. 670 y ss; CAS-FERRIER, *Traité de droit de la consommation*, París, 1986, p. 4 y ss.

(52) Vid. CALAIS-AULOY, op. cit., p. 170 y ss.; GHESTIN, *Le contrat...*, cit., p. 687 y ss.

(53) Vid. artículo 35-1 de la Ley precitada en el texto (vid. supra nota 51).

(54) La composición de la Comisión de cláusulas abusivas se contiene en el artículo 36 de la ley precitada; en el artículo 37-2, se recoge quienes pueden convocar o iniciar el procedimiento por la Comisión.

(55) Vid. CALAIS-AULOY, op. cit., p. 171, a continuación en el texto, y referencias bibliográficas en infra nota 70.

(56) Vid. GHESTIN, *Le contrat...*, cit., p. 698 y ss., a continuación en el texto, y referencias bibliográficas infra nota 80.

nes entre las partes, tendría poder para anular una cláusula en base al criterio general de cláusula abusiva establecido por el artículo 35 de la ley antes citada, sin necesidad de contar con el decreto de cobertura.

Hasta el momento presente sólo un Decreto ha sido promulgado en aplicación de la Ley precitada, se trata del Decreto también citado de 24 de marzo de 1978. Decreto que ha sido recortado en sus efectos por decisión de la jurisdicción administrativa francesa (57): anulación del artículo 1 del Decreto en el que se contenía la norma por la que se prohibían, por abusivas, las cláusulas que tuviesen por objeto o por efecto constatar la adhesión del consumidor a estipulaciones contractuales que no figuran en el escrito que firma. En lo que permanece, la norma reglamentaria establece que se consideran como abusivas, tanto aquellas cláusulas que en el contrato de venta suprimen el derecho a la reparación del vendedor cuando el empresario incumple alguna de sus obligaciones (garantía legal, retraso en la entrega), como aquellas otras, que reserven al empresario o profesional el derecho a modificar unilateralmente las características del bien a entregar o del servicio a prestar. No obstante esto último, se permiten, bajo ciertas condiciones, las modificaciones dependientes del desarrollo tecnológico (58). La disposición reglamentaria se completa con una imposición para el empresario de carácter informativo, consistente en la necesidad de hacer constar en aquellos contratos que incluyan una garantía convencional que, en todo caso, será de aplicación la garantía legal (59).

Antes de pasar a ver los aspectos que especialmente nos interesan y que sin duda son los de mayor enjundia jurídica de la nueva ley, veamos una rápida apreciación de conjunto de la misma a la luz de la doctrina especializada (60). Lo primero que se constata es una tendencia en detrimento del poder judicial y a favor de la administración, que como ahora veremos se incluye entre los inconvenientes de la ley. Entre las ventajas de la disposición se suelen incluir dos aspectos: por un lado, que la eliminación de las cláusulas abusivas se puede realizar sin necesidad de esperar al planteamiento de un litigio, por otro, frente a la decisión judicial que sólo surte efecto entre los litigantes, un Decreto o una Recomendación se aplica a todo un conjunto de contratos lo que permite se adapte mejor al fenómeno de masas: caldo de cultivo de los contratos predirigidos. Pero, como vamos a ver, estas ventajas quedan totalmente desvanecidas a la vista de los inconvenientes que la norma

---

(57) Vid. CALAIS-AULOY, op. cit., p. 174.

(58) Vid. art. 2 y 3 del Decreto de 24-3-78. En la doctrina CALAIS-AULOY, op. cit., p. 172 y ss.; VINEY, op. cit., T.V. p. 279 y ss.

(59) Vid. art. 4 del Decreto de 24-3-78, y arts. 1.641 y ss. C.c. fr. La doctrina, CALAIS-AULOY, op. cit., p. 173.

(60) Especialmente nos sirve de guía CALAIS-AULOY, op. cit., p. 176 y ss. Vid. también GHESTIN, *Le contrat...*, cit., p. 676 y ss. VINEY, op. cit., T.V. p. 261 y ss.

presenta en su puesta en práctica, principalmente por la falta de voluntad política en el desarrollo de la misma.

Entre los inconvenientes de la ley de 1978 se suelen incluir los siguientes. En principio, el sistema está carente de cierta flexibilidad, no se piensa en absoluto en posibles casos particulares. En segundo lugar, otro inconveniente de mayor gravedad es que, como los hechos se han encargado de demostrar, el poder ejecutivo se ha mostrado insensible a las situaciones de desigualdad contractual, como lo prueba el dato de un solo decreto de desarrollo de la ley a lo largo de una década de vigencia (61). Frente a esto, se considera que estaría sin duda mejor asegurada la protección a los consumidores por los tribunales, más sensibles a esta problemática, y no tan preocupados como el gobierno por no incomodar a las empresas especialmente en épocas de crisis económica (62). Incluso se llegan a plantear ciertas dudas sobre la constitucionalidad del sistema ideado (63). En tercer lugar, se recoge un inconveniente que muy recientemente ha sido subsanado, nos referimos a que la ley no había previsto medios eficaces para obligar a los empresarios a suprimir las cláusulas abusivas de sus contratos (64).

Ante tales alegatos sobre la ineficacia del sistema creado en 1978, la "Commission de refonte du droit de la consommation" ha elaborado una propuesta donde se recogen una serie de medidas que podrían hacer más eficaz la lucha contra las cláusulas abusivas (65), entre éstas, des-

---

(61) Por contra, la Comisión de cláusulas abusivas viene demostrando un cumplimiento plenamente satisfactorio de la labor encomendada, como nos dice VINEY (op. cit., T.V. p. 263 y ss., nota 52), hasta el 30 de marzo de 1987, había emitido veinticinco recomendaciones proponiendo la supresión de diversas cláusulas limitativas o elusivas de responsabilidad, o de garantías contractuales en perjuicio del consumidor. Por otra parte, esta desidia del ejecutivo francés ha venido a confirmar los malos augurios que sobre la Ley se cernían, y especialmente sobre el mecanismo ideado por la misma (vid. CALAIS-AULOY, op. cit., p. 176; CARMET, O., op. cit., p. 31; GHESTIN, *Le contrat...*, cit., p. 675 y ss., y 687 y ss; VINEY, op. cit., T.V. p. 263).

(62) Vid. CALAIS-AULOY, op. cit., p. 177. En los trabajos prelegislativos, se puede comprobar que inicialmente el proyecto gubernamental confiaba el control al juez, pero a lo largo de los debates parlamentarios, se puso de manifiesto cierta desconfianza en la actitud de los tribunales para ejercer este tipo de control, lo que fue decisivo para aprobar el texto definitivo (VINEY, op. cit., T.V., p. 264, GHESTIN, *Le contrat...*, cit., p. 687 y ss.; CARMET, O., op. cit., p. 3 y ss.; CALAIS-AULOY, op. cit., p. 170).

(63) Vid. CARMET, O., op. cit., p. 3.

(64) Las recomendaciones no tienen fuerza obligatoria, los decretos aunque imperativos no comportan otra sanción que la nulidad de las cláusulas prohibidas, por último, cuando la acción es interpuesta por las asociaciones de consumidores, corre el riesgo de chocar con la jurisprudencia que la declare inadmisibles en ausencia de infracciones penales (vid. CALAIS-AULOY, op. cit., p. 177 y 178, y nota 1 de esta última página donde recoge jurisprudencia reciente en el sentido indicado).

(65) Además de la citada *infra* en el texto, la Comisión propuso suprimir el reenvío a los decretos, y trazar o recoger en la Ley una lista de cláusulas abusivas, subdividida, en una para las cláusulas necesariamente abusivas, y otra para las presumiblemente abusivas, con lo que se podrían salvar ciertos casos particulares (como es sabido, se estaría siguiendo

taca por su importancia y porque ya ha sido recogida por el Derecho positivo, la siguiente: creación de una verdadera acción de cesación, que pudiera ser ejercida por el Ministerio público o por las asociaciones de consumidores ante los tribunales civiles. Y como decimos, por ley de 5 de enero de 1988, en su artículo 6, se establece que las asociaciones de consumidores podrán, siempre que demuestren que una cláusula ilícita “porte atteinte” al interés colectivo de los consumidores, solicitar al juez o tribunal ordene al demandado suprimir esta cláusula del contrato o tipo de contrato propuesto a los consumidores. Igualmente podrán solicitar a la jurisdicción civil que ordene, ante cláusulas penales, la supresión de las cláusulas abusivas en los modelos de acuerdos habitualmente propuestos por los empresarios o profesionales a los consumidores (66).

## 2. Cuestiones más relevantes

Para finalizar con este estudio del Decreto francés, hagamos alusión a tres cuestiones que plantea la citada ley de 1978 y que como veremos están íntimamente relacionadas con el tema central de nuestro trabajo. La primera de ellas es la referida a la armonización del sistema implantado por la ley con el sistema tradicional del control judicial, la segunda, si la nulidad plasmada en la ley ha de considerarse como nulidad absoluta o relativa, y por último, si cabe la posibilidad de que la nulidad parcial o nulidad de determinadas cláusulas consideradas abusivas dé lugar a una nulidad total. Pues bien, pasemos a ver cada uno de estos puntos.

### A) *Poder judicial y control de cláusulas abusivas*

Sobre el primer punto, un grupo importante de autores considera que la delegación de poder dada por la ley de 1978 a la autoridad administrativa, priva al juez de toda posibilidad de censurar las cláusulas abusivas, al menos en los contratos concluidos entre empresarios o pro-

---

do de esta forma el modelo alemán de la AGB-G de 1976). Por otra parte, es deseo de la Comisión que, aunque no se trate de infracciones penales, los agentes gubernamentales reciban como misión investigar y constatar la presencia en los contratos de cláusulas abusivas prohibidas por la Ley. De esta constatación se daría traslado al Ministerio público con miras a la interposición de una acción civil. Por último, también se ha considerado la conveniencia de dar fuerza obligatoria a los acuerdos colectivos sobre el contenido de un determinado contrato (vid. CALAIS-AULOY, op. cit., p. 178; Propositions pour un nouveau droit de la consommation, en la Documentation française, 1985, p. 56 y ss.; CAS-FERRIER, op. cit., p. 7, 25 y ss., 159 y ss., y 172 y ss.).

(66) Vid. VINEY, op. cit., T.V., p. 302 (hoja complementaria); GHESTIN, *Le contrat...*, cit., 705 y ss.; e infra nota 73.

fesionales y consumidores (67); a lo que hay que unir, el criterio en igual sentido de algunos tribunales regionales (68). Entre estos últimos, la Cour de París en resolución de 22 de febrero de 1986, viene a justificar su postura con el argumento siguiente: derogado el principio contenido en el artículo 1.134 del Código civil..., la ley de 10 de enero de 1978 sobre protección de los consumidores y el decreto de aplicación no son susceptibles más que de interpretación restrictiva... y que el artículo 35 de esta ley reserva en adelante solamente al poder reglamentario la apreciación del carácter abusivo de tales cláusulas y la determinación de los contratos en los cuales su inserción está prohibida o reglamentada (69).

Frente a la opinión anterior más o menos generalizada, otro sector no despreciable de la doctrina francesa considera que, si bien la ley del 78 no da al juez nuevas prerrogativas, salvo aquella de constatar la nulidad de las cláusulas que chocan con la prohibición contenida en el decreto de aplicación del artículo 35 de la ley, ello no supone privarle del poder que tenía reconocido antes, concretamente de la facultad de censurar las disposiciones contractuales que chocan con ciertos principios generales: cuando no se respetan las normas fundamentales del contrato, la buena fe contractual o el orden público. Este control también se podría extender en base al concepto de abuso de poder económico al que se alude en la ley, no sería sino una simple variante de la noción de abuso del derecho (70). Por otro lado, frente a la dejación administrativa en la promulgación de decretos sucesivos, los tribunales han pro-

---

(67) CAS-FERRIER, op. cit., p. 374, WEILL-TERRE, op. cit., p. 260 y ss.; FLOUR-AUBERT, *Les obligations*, V.I., p. 141.

(68) Cour de Aix en Provence 20 marzo 1980, *Recueil Dalloz*, 1982, p. 131, nota P. Delebeque (citado por VINEY, op. cit., T.V. p. 265); Cour de París, 22 febrero 1986, *Recueil Dalloz*, p. 563, nota P. Delebeque (vid. VINEY, op. cit., T.V. p. 265, GHESTIN, *Le contrat...*, cit., p. 702).

(69) Vid. supra nota anterior.

(70) Vid. especialmente VINEY, op. cit., T.V. p. 259 y ss.; GHESTIN, *Le contrat...*, cit., p. 701 y ss. nota 168. También MALAURIE-AYNES, *Les obligations...*, cit., p. 227; BERLIOZ, *Droit de la consommation e droit des contrats*, JCP, 1979, I, n.º 2.954, n.º 24. CALAIS-AULOY (op. cit., p. 171 y 172), por su parte, adopta una postura dubitativa, pero, a nuestro juicio, más inclinada en el sentido últimamente propuesto en el texto, como lo prueba el hecho de que al preguntarse por el lugar que ocupa el juez en el sistema de la Ley de 1978, responde que sin duda juega un papel; en principio, debe asegurar la aplicación del decreto, y, ante el supuesto de cláusulas abusivas no recogidas en ningún decreto, entiende que la solución es mucho más dudosa. Por un lado, la lectura de la Ley puede apoyar la intervención de los tribunales a declarar nula una tal o cual cláusula, por otro, los debates parlamentarios parecen desacreditar a los Tribunales. Mientras que por último, las recomendaciones están desprovistas de valor jurídico y no pueden servir de base a una condena judicial. Más recientemente (vid. GHESTIN, *Le contrat...*, cit., p. 702 y ss.), CALAIS-AULOY, con apoyo en una sentencia de la Cour de Cassation de 16 de julio de 1987, recibida como "un resplandor de esperanza en la lucha contra las cláusulas abusivas", entiende que la Suprema corte judicial implícitamente admite que una cláusula puede ser juzgada abusiva sobre la base la Ley de 1978 y sin la cobertura reglamentaria del Decreto.



bado su competencia en el control de determinadas cláusulas, como es el caso de las cláusulas penales (71). Y en fin, también se barajan como argumentos a tener en cuenta, el dato de la existencia de anteproyectos de ley que otorgan competencia a los jueces para determinar cuando se producen situaciones de abuso de poder económico en el mercado (72); o incluso, se alude al poder general de censura de que están dotados los tribunales, lo que permitía atacar las cláusulas donde se manifiesta el abuso de una posición de poder económico, para lo que se podría contar con la utilización de las recomendaciones, no como reglas de derecho directamente aplicables, sino como medio de información de la realidad (73).

### B) *La nulidad parcial: nulidad absoluta o nulidad relativa*

Otra de las cuestiones a las que aludíamos antes es la referida a qué tipo de nulidad dará lugar la aplicación de la ley, a una nulidad relativa, o bien a una nulidad absoluta, con las consecuencias que ello implica (74). Ahora bien, hay que dejar constancia desde un principio, que en la práctica, el hecho de que se trate de una nulidad u otra no producirá ninguna consecuencia jurídica especial. Y ello, porque como nos dice VINEY (75), la víctima eventual de un daño, no se plantea generalmente atacar la cláusula presumiblemente abusiva en tanto la misma no se le intente alegar para rechazar la pretensión de indemnización que reclama (76). No obstante lo anterior, la verdad es que la cuestión constituye un tema candente en la doctrina francesa.

(71) Vid. VINEY, op. cit., T.V., p. 265, donde cita la Ley de 9 de julio de 1975.

(72) Vid. sobre el anteproyecto de ley de adaptación al Derecho francés de la Directiva comunitaria de 25 de julio de 1985 sobre la responsabilidad del fabricante: VINEY, op. cit., T.V. p. 265; GHESTIN, La directive communautaire e sou introduction en droit français, en Sécurité des consommateurs et responsabilité du fait des produits défectueux, París, 1987, p. 111 y ss.; MARKOVITZ, La Directive CEE du 25 Juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits defectueux, París, 1990, p. 100 y ss.

(73) Vid. VINEY, op. cit., T.V., p. 266. También, GHESTIN (Le contrat..., cit., p. 704 y ss), quien sobre la sentencia antes citada y ensalzada por CALAIS-AULOY (vid. supra nota 70), nos dice que la misma sólo significa todavía nada más que una orientación. Lo que sí considera este autor verdaderamente importante en la revalorización de las recomendaciones de la Comisión de cláusulas abusivas, es el artículo 6 de la nueva Ley de 5 de enero de 1988, pues según él, las asociaciones de consumidores podrán impugnar ante los tribunales civiles las cláusulas abusivas sin necesidad de intervención gubernativa.

(74) Vid. SAVATIER, op. cit., p. 230 y ss.

(75) Vid. VINEY, op. cit., T.V. p. 300.

(76) Téngase en cuenta que por regla general estaremos ante cláusulas abusivas elusivas de algún tipo de responsabilidad contractual. Por tanto, el plazo de prescripción que pudiera ser la particularidad más relevante entre uno y otro tipo de nulidad, deja de tener especial relevancia (GHESTIN, Le contrat..., cit., p. 1003 y ss.).

Por un lado, los partidarios de la nulidad absoluta (77), entienden que es el régimen de este tipo de nulidad el que conviene mejor a la sanción establecida por el artículo 35 de la ley de 1978: impide la posibilidad de confirmación a la que podía estar presionado el consumidor, posibilita la intervención jurídica de oficio y amplía el plazo de prescripción (78). Frente a los anteriores, otros autores consideran que dado que se trata de una norma que especialmente persigue la protección de una de las partes de la relación contractual, al consumidor, es exclusivamente a éste al que compete instar la nulidad, se trata por tanto, bajo esta perspectiva, de una nulidad relativa (79). Tras esta argumentación lo que se esconde es la noción misma de orden público, pero un orden público especial, el denominado orden público de protección que tiene como particularidad que la nulidad que sanciona es relativa, frente a las violaciones del orden público en general (de dirección) que sí que están sancionadas con el régimen de la nulidad absoluta (80). Tradicionalmente ha existido una asociación íntima entre orden público y nulidad absoluta (81), pero paulatinamente, ya desde JAPIOT y GAUDEMET (82), se ha ido desarrollando la idea de una cierta gradación del interés público dado que interés público e interés privado no son términos que necesariamente se excluyan (83). En determinados casos, a pesar de la existencia de una norma de ámbito general y con clara apariencia de orden público (normas tutelares en favor de los consumidores), no es óbice para que la posible nulidad que genere se encuadre en la nulidad relativa, dado que se trata de una norma destinada a proteger a un grupo de personas inspirada en principios de equidad. En estos supuestos, caso del menor, como es sabido, sólo al protegido le va a estar permitido instar la nulidad correspondiente con el fin de evitar que pueda ser utilizada en su contra (84). La duda que se plantea es si en tales supuestos de proximidad con el orden público, es oportuna la intervención del juez o del ministerio público, a pesar de la voluntad de

---

(77) Vid. CARMET, O., op. cit., p. 24 y ss.; NGUYEN-THANH-BOURGEAIS, D., 1984, ch., p. 95; BERLOIZ, G., *Droits de la consommation...*, cit., p. 2954.

(78) Vid. especialmente CARMET, O., op. cit., p. 28.

(79) Vid. GHESTIN, *Le contrat...*, cit., p. 691 y 927 y ss.; CALAIS-AULOY, op. cit., p. 171; CAS-FERRIER, op. cit., p. 374, nota 25, VINEY, op. cit., T. IV, p. 594 y ss., T.V. p. 300 y ss., esta autora con alguna reserva; MALAURIE-AYNES, *Les contrats spéciaux...*, cit., p. 129.

(80) Vid. GHESTIN, *Le contrat...*, cit., p. 115 y ss., 927 y 977 y ss.; SAVATIER, op. cit., p. 232 y ss.; VINEY, op. cit., T.V. p. 300 y ss. T. IV, p. 594 y ss. Por contra, CARMET, O., op. cit., p. 25, entiende que esta distinción entre orden público de protección y de dirección es todavía bastante difusa.

(81) Vid. CARBONNIER, *Droit civil*, T. II, V. II, p. 355 y ss.

(82) Vid. supra nota 79.

(83) Vid. GUGGENHEIM, *L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé. Essai d'une théorie générale*, París, 1970. p. 10 y ss., y autores ahí citados.

(84) Vid. GHESTIN, *Le contrat...*, cit., p. 929 y ss., SAVATIER, op. cit., p. 231 y ss.

las partes de mantener el contrato. La intervención pública estaría legitimada siempre y cuando el mantenimiento del contrato resulte más pernicioso que un proceso intentado a pesar de la voluntad de los interesados (85).

La verdad es que, como se puede deducir de lo que acabamos de ver, todo apunta a favor de una nulidad relativa más acorde con la finalidad de los preceptos tutelares a los que nos referimos (86). Pero aún así, por nuestra parte, existe la duda de si en ciertos casos no sería conveniente la nulidad absoluta. Sobre todo porque de esta manera se permitiría la intervención del juez de oficio en ayuda del consumidor, o incluso la intervención del predisponente (profesional) para hacer desaparecer posibles cláusulas abusivas incluidas consciente o inconscientemente, pero que constatada su ilicitud cierta o litud incierta, se desea su eliminación en evitación de males mayores (87). Téngase en cuenta que, lo verdaderamente importante en todo esto, no es simplemente que alguien no protegido por la norma pueda alegarla, sino que lo que importa es que esa alegación no redunde en su exclusivo beneficio y en perjuicio de la parte verdaderamente protegida, cosa que ocurriría sólo en el supuesto de plantearse una nulidad total, en cuyo caso sin duda es la nulidad relativa la procedente (88). Pero no así, cuando estamos ante nulidades parciales de carácter imperativo, o lo que es lo mismo ante nulidades parciales en las que el carácter impulsivo de la cláusula litigiosa ha sido eliminado, aquí ya no existe el peligro anterior, y por tanto no vemos del todo claro que se deba estar siempre por una nulidad relativa cuando quizá sea más aconsejable la del otro tipo (89). Y muy probable-

---

(85) Vid. GUGGENHEIM, op. cit., p. 20 y autores ahí citados.

(86) Vid. las interesantes consideraciones de MaLAURIE-AYNES (*Les contrats especiaux...* cit., p. 129), que refiriéndose en general a los supuestos de precio indeterminado, ficticio o irrisorio, es de la opinión que el carácter absoluto de la nulidad es discutible por diversas razones: coherencia jurídica, política legislativa, motivos teóricos y por consideraciones prácticas.

(87) Piénsese, por ejemplo, en posibles campañas en contra del empresario de organizaciones de consumidores, o de la propia competencia que lo utilice en su provecho. La cuestión es, hasta qué punto sería legítimo impedir que un empresario enmendara un posible error traslucido en un contrato-tipo. O también, hasta qué punto sería legítimo condenar al empresario (y no sólo al empresario: trabajadores) a una pérdida de imagen en el mercado difícilmente recuperable, cuando se está dispuesto a subsanar el error. En apoyo de una reflexión de este tipo puede alegarse el desarrollo que vienen alcanzando especialmente en Italia los sistemas de autodisciplina empresarial en el campo publicitario.

(88) Vid. especialmente MALURIE-AYNES, *Les contrats especiaux...*, cit., p. 128 y ss.; SAVATIER, op. cit., p. 232 y ss.; CALAIS-AULOY, op. cit., p. 288 y ss.; VINEY, op. cit., T.V., p. 300 y ss.; CARMET, O., op. cit., p. 28; GHESTIN, *Le contrat...* cit., p. 930.

(89) Vid. especialmente CARMET, O.; op. cit., p. 28; VINEY, op. cit., T.V. p. 300 y ss.; SIMLER, op. cit., p. 26 y ss. Este último autor pone en guardia ante la confusión grosera que a veces se produce entre nulidad parcial-nulidad total por un lado, y nulidad relativa-nulidad absoluta por otro, entre las dos clasificaciones no hay ninguna relación, y particularmente pueden presentarse nulidades absolutas parciales. Lo que ha podido dar

mente, la nulidad recogida por el artículo 35 de la ley de 1978 sea una nulidad parcial de carácter imperativo (90).

### C) *La implicación nulidad parcial-nulidad total*

Pasemos por fin, a ver el último de los puntos a los que antes hacíamos alusión, justamente se trata sin duda del que reúne un mayor interés para nosotros y al que hemos hecho repetidas alusiones: si la cláusula desaparece sola o por el contrario su nulidad implica la anulación del contrato. De manera similar a lo visto en el ámbito general de la contratación (91), en el campo de las cláusulas abusivas también nos encontramos con opiniones dispares. Por un lado, un grupo de autores cada vez más numeroso que aboga por el mantenimiento del contrato con la consiguiente desaparición de la cláusula abusiva (92), los argumentos son los ya vistos (93), fundamentalmente la frustración del fin de la norma caso de accederse a la nulidad total. Por otro lado, hay quien mantiene que la desaparición de una cláusula por abusiva puede provocar la nulidad total del contrato, en particular cuando la cláusula anulada comporta un elemento esencial o determinante (94). De nuevo los ejemplos típicos sobre los que gira esta última opción están referidos a la materia de precios, bien a los casos de precios que exceden los límites autorizados, bien a la posible eliminación o desaparición de la cláusula que debía haber servido para determinar el precio, pero que, debido a que la misma lo deja al arbitrio de una de las partes la cláusula decae y con ella el contrato (95). Pues bien, caso de los precios excesivos, por encima de los autorizados, como ya vimos se impone el tratamiento como

---

lugar a ciertos equívocos, es que la jurisprudencia viene fundamentado erróneamente, la nulidad total de los contratos con precios superiores a los autorizados en el carácter absoluto de esta nulidad, y como nos dicen MALAURIE-AYNES (*les contrats especiaux...*, cit., p. 141 y ss.) esto se sale de la cuestión, el carácter absoluto o relativo de la nulidad tiene solamente por objeto determinar por quién y cuándo la acción de nulidad puede ser ejercida, mientras que aquí la cuestión es saber cuál es la extensión de la nulidad. Si esto es así, no resulta tan extraño que se hayan combatido las decisiones judiciales en su punto neurálgico, el carácter absoluto de la nulidad, alegando que se trata de nulidades relativas y que en consecuencia no procede la nulidad total sino la nulidad parcial. Pero, como decimos, no debe mantenerse esta conexión entre nulidad relativa y nulidad parcial, y nulidad absoluta y nulidad total.

(90) Vid. CARMET, O.; op. cit., p. 28, nota 124; SIMLER, op. cit., p. 410; MALAURIE-AYNES, *Les contrats especiaux...* cit., p. 142; idem. *Les obligations...* cit., p. 265 y ss.; VINEY, op. cit., T.V., p. 301.

(91) Vid. supra texto, y notas de referencia 37 a 44.

(92) Vid. especialmente GHESTIN, *Le contrat...*, cit., p. 691 y ss.; VINEY, op. cit., T.V. p. 301; CALAIS-AULOY, op. cit., p. 161 y ss., y 173 y 290; MALAURIE-AYNES, *Les obligations...*, cit., n.º 374; idem, *Les contrats especiaux...*, cit., p. 142; y también supra nota anterior.

(93) Vid. supra nota 91.

(94) Vid. CARMET, O. op. cit., p. 30 y 31; CAS-FERRIER, op. cit., p. 374, nota 25.

(95) El Decreto de 24-marzo-78 de desarrollo de la Ley del mismo año, en su art. 3, se refiere a las cláusulas que tengan por objeto o por efecto reservar a los profesionales el derecho de modificar unilateralmente las características del bien a entregar o al servicio a prestar.

ilícito justamente del exceso con el mantenimiento del contrato en el topo autorizado (96); en cuanto al otro supuesto de desaparición total del elemento esencial (precio) la cuestión se presenta más dificultosa, no obstante, la doctrina apunta frente a la disfuncional nulidad total, una sanción más conforme a los intereses del consumidor, consistente en el mantenimiento del contrato con el precio mencionado en la conclusión y anulando solamente las cláusulas que permitan la variación del precio (97).

En todo caso, de producirse una indeterminación del precio o del objeto del contrato, aunque tradicionalmente se viene sancionando con una nulidad absoluta, la doctrina más moderna apunta decididamente la necesidad de su tratamiento como una nulidad relativa. Especialmente, cuando con la nulidad lo que se persigue es la protección de una parte frente al arbitrio de la otra (98), de tal manera que sólo aquél a quien se quiere proteger esté legitimado para instar la nulidad; pues, debe evitarse que esa nulidad (absoluta) con la que se pretende proteger produzca un efecto negativo para los intereses de la parte tutelada. En definitiva, lo que se pretende conseguir de este modo es que sea el propio interesado el que administre la protección que el derecho le brinda (99).

---

No se refiere al precio, pero no tiene mayor importancia, porque estamos ante una norma clásica del Código civil, contenida en su art. 1.591 (vid. CARMET, O., op. cit., p. 30; sobre el artículo 1.591 C.c. fr., puede verse GHESTIN, *L'indetermination du prix de vente et la condition potestative*, D., 1973, Chron, 293; ídem., *Les contrats...*, cit., p. 578 y ss., y 1052 y ss.).

(96) Vid. MALAURIE-AYNES, *Les contrats especiaux...*, cit., p. 142, nota 146; ídem. *Les obligations...*, cit., p. 265 y ss.; SIMLER, op. cit., p. 213 y ss.; GHESTIN, *Le contrat...*, cit., p. 1053 y ss. Pueden verse amplias referencias supra en el texto, y nota 31. Sin embargo, como se ha dicho, la jurisprudencia francesa es reacia a admitir este análisis, prefiriendo optar por la solución drástica de declarar nula la cláusula con el precio excesivo y con ella el contrato.

(97) Vid. especialmente CALAIS-AULOY, op. cit., p. 290; en igual sentido se ha pronunciado la Commission de refonte du droit de la consommation (vid. Proposition pour un nouveau droit de la consommation, en la Documentation française, 1985, p. 90). También puede verse GHESTIN, *Le contrat...*, cit., p. 577 y ss.

En materia de cláusulas abusivas de la responsabilidad, la nulidad de la cláusula hace revivir la aplicación de las normas del tipo contractual en cuestión, se produce en palabras de GHESTIN (*Le contrat...*, cit., p. 691) un resurgir de las disposiciones legales supletorias de la voluntad de las partes (vid. también VINEY, op. cit., T.V. p. 302, y ss.; CAS-FERRIER, op. cit., p. 527 y ss). Si se trata de un contrato atípico o innominado, en este caso es el juez el que deberá crear el régimen de responsabilidad que asegure correctamente la sanción de las obligaciones asumidas por el deudor (vid. VINEY, op. cit., T.V., p. 303; CARMET, O., op. cit., p. 29; CAS-FERRIER, op. cit., p. 528).

(98) Vid. GHESTIN, *Le contrat...*, cit., p. 922 y ss.

(99) Obsérvese la coincidencia del punto de vista señalado en el texto con las nuevas tendencias del pensamiento jurídico "postmoderno": el "Derecho reflexivo". Es en Alemania donde ha surgido esta moderna línea de pensamiento jurídico, sobre la materia puede verse en castellano el trabajo de síntesis de REICH, *Formas de socialización de la economía: reflexiones sobre el postmodernismo en la teoría jurídica*, en *Derecho y Economía en el Estado social*, Madrid, 1988, p. 95 y ss.

# La Ley suiza de 15 de diciembre de 1989 de modificación del Código de las Obligaciones en materia de arrendamientos

Especial referencia a los arrendamientos de viviendas y locales comerciales (1)

Por MARIA PAZ GARCIA RUBIO

Profesora Titular de Derecho civil

**SUMARIO:** 1. EVOLUCION LEGISLATIVA SUIZA EN MATERIA DE ARRENDAMIENTOS.— 2. LA DISCIPLINA JURIDICA VIGENTE: RASGOS GENERALES DE LA NUEVA LEY.— 3. DURACION DEL CONTRATO. 3.1. Aspectos generales. 3.2. Arrendamientos de duración determinada. 3.3. Arrendamientos de duración indeterminada. La resolución ordinaria. 3.4. La resolución anticipada. 3.4.1. Resolución por cambio de propietario. 3.4.2. Resolución por justos motivos. 3.4.3. Resolución ofreciendo un arrendatario sustituto. 3.4.4. Resolución por muerte del arrendatario. 3.5. La anulación de la resolución del contrato. 3.6. La prolongación del arrendamiento.— 4. LA RENTA. 4.1. La libre fijación de la renta y el sistema de supervisión judicial. 4.2. El concepto de renta abusiva. 4.3. Contestación de la renta abusiva.— 5. EPILOGO. INTERES DEL MODELO SUIZO PARA EL SISTEMA ESPAÑOL.

## 1. EVOLUCION LEGISLATIVA EN SUIZA EN MATERIA DE ARRENDAMIENTOS

El Código suizo de las obligaciones (en adelante, CO) de 1881 regulaba el arrendamiento (*du bail, Miete und Pacht, la locazione*) en los

---

(1) En este trabajo se utilizan las siguientes abreviaturas referentes a publicaciones oficiales suizas: R.O. (*Recueil officiel suisse des lois et ordonnances*); F.F. (*Feuille fédérale, Bern*); B.O.C.N. (*Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale. Conseil national*); B.O.C.E. (*Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale. Conseil des Etats*).

arts. 274 a 320 dedicando, sin disposición general alguna, un primer Capítulo al *bail à loyer* (arts. 274-295) y un segundo Capítulo al *bail à ferme* (arts. 295-320). En 1911 el legislador recogió, casi sin modificaciones, la regulación anterior del *bail à loyer* a la que dedicó los arts. 253 a 274 del nuevo CO. Durante la Primera Guerra mundial las condiciones económicas y sociales del país aconsejaron la promulgación de una legislación excepcional en materia de arrendamiento de viviendas y de locales comerciales que, con sucesivas modificaciones, se prolongó hasta el 19 de diciembre de 1970. En esta fecha entró en vigor la *Loi fédérale, modifiant le Code des obligations, Restriction du droit de résiler les baux* (2), por la cual se introduce una modificación en el CO cuyo objeto principal es incluir en el mismo nuevas reglas relativas a la prolongación del arrendamiento (art. 267, letras a, b, c, d, e, f).

El 5 de mayo de 1972 el pueblo y los cantones introducen en la Constitución federal el art. 34 *septies*, imponiendo a la Confederación el deber de establecer normas protectoras de los arrendatarios frente a las rentas y otras prestaciones abusivas exigidas por los arrendadores, normas que sólo serán aplicables en los ayuntamientos en los que haya penuria de viviendas y locales comerciales. En cumplimiento del mandato constitucional el 30 de junio de 1972 se publica el *Arrête-fédéral instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif* (en adelante AMSL) (3) que fue completado por la *Ordonnance concernant des mesures contre les abus dans le secteur locatif* (en adelante OMSL) de 10 de julio de 1972 (4). Desde entonces los “arrendamientos de uso” eran regulados por tres textos legales: en primer lugar el CO, que contenía las reglas relativas al contrato de arrendamiento y a las posibilidades de prolongación del mismo. En segundo lugar el AMSL, que diseñaba las medidas contra los abusos en el sector arrendaticio y cuyo ámbito de aplicación se restringía a los municipios con penuria de viviendas y locales; su período de vigencia, inicialmente limitado al 7 de julio de 1977, se prolongó en varias ocasiones (hasta 1982 primero, hasta 1987 después), fijándose la última prórroga en el 31 de diciembre de 1992 e imponiéndose la obligación de reemplazarlo por una Ley federal (5). El AMSL declaraba la imperatividad de ciertas disposiciones del CO y pretendía solucionar las cuestiones derivadas de los abusos del arrendador, fijando un procedimiento para la contestación a la renta por el arrendatario, declarando la nulidad de ciertos deshaucios e imponiendo sanciones penales por ciertos comportamientos de los arrendadores frente a los

(2) R.O. 1970, pp. 1272 ss.

(3) R.O. 1972, pp. 1531 ss.; en vigor desde el 7 de julio de 1972. Existe un estudio monográfico sobre el mismo de R. BARBEY, *L'arrête fédéral instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif du 13.6.1972 (AMSL)*, Lausana, 1984. Puede consultarse también P. TERCIER, *La partie spéciale du Code des obligations*, Zurich, 1988, pp. 968 ss.

(4) R.O. 1972, pp. 1590 ss., en vigor desde el 14 de julio de 1972.

(5) R.O. 1987, pp. 1189 ss.

arrendatarios. Por último era de aplicación la OMSL, Ordenanza de ejecución del AMSL donde se incluían ciertos detalles sobre las rentas, los gastos accesorios y las cargas.

En 1980 una Comisión de expertos presidida por el Prof. C. Soliva publicó, a instancia del Departamento federal de justicia, un "*Rapport*" en el que se sugería el refuerzo de la protección del arrendatario frente a las denuncias unilaterales del arrendamiento por parte del arrendador y transformación del AMSL en ley ordinaria de aplicación en todo el territorio de la Confederación. De forma paralela en el tiempo la Asociación suiza de arrendatarios promovió una iniciativa popular llamada "*Pour la protection des locataires*" en la que se preveía la modificación del art. 34 *septies* de la Constitución y se pedía medidas contra las rentas y otras prestaciones abusivas del arrendador, particularmente frente a los desahucios (*congés*) injustificados.

En 1985 el *Conseil fédéral* publica el *Message* relativo a la mentada iniciativa popular y propone un "*Contre-projet*" en el que de manera simultánea se prevé el rechazo de la misma, la adopción de un contra-proyecto constitucional relativo al art. 34 *septies* de la Constitución, la revisión del título del CO relativo al arrendamiento y la transformación en Ley federal del AMSL (6). Aceptado el *Contre-projet* en votación popular el 7 de diciembre de 1986, entró en vigor el nuevo texto del art. 34 *septies* de la Constitución federal cuyo tenor es el siguiente: "*La Confédération a le droit d'édicter des prescriptions contre les abus en matière de bail. Elle légigère pour protéger les locataires contre les loyers et autres prétentions abusifs des bailleurs, sur l'annulabilité des congés abusifs et sur la prolongation du bail limitée dans le temps.*"

*La Confédération peut, afin d'encourager la conclusion d'accords pris en commun et d'empêcher les abus dans le domaine des loyers et du logement édicter des prescriptions concernant la déclaration de force obligatoire générale de contrats-cadres et d'autres mesures prises en commun par les associations de bailleurs et de locataires ou les organisations que défendent des intérêts semblables. L'article 34 ter, 2 alinéa, de la constitution est applicable par analogie*" (7).

Con posterioridad el *Conseil des Etats* rechaza la idea de elaborar una ley especial frente al abuso y prefiere integrar en el CO las disposiciones concernientes a esta materia, dejando para una modificación del Código Penal las disposiciones de carácter disciplinar; las razones que llevan al órgano legislador a optar por este encaje sistemático son,

(6) F.F. 1985, I, pp. 1369 ss.

(7) Los *contrats-cadres* son los acuerdos paritarios entre representantes de los medios inmobiliarios y las organizaciones de arrendatarios que, siguiendo el modelo de los convenios colectivos de trabajo, se destinan a completar los arrendamientos individuales (D. Lachat/J. Michel, *Le nouveau droit du bail*, Lausana, 1990, p. 38). En este punto la disposición constitucional aún no ha sido desarrollada, aunque el procedimiento para hacerlo se halla ya en curso.



según el propio *Conseil* explica, el favorecimiento de la seguridad jurídica, la mayor claridad de la ley y la facilitación de su lectura (8). Tal sistemática es aceptada más tarde por el *Conseil national* (9); por fin el 15 de diciembre de 1989 la Asamblea federal de la Confederación suiza aprueba la modificación del Título VIII del CO, que entra en vigor el 1 de julio de 1990 (10).

## 2. LA DISCIPLINA JURIDICA VIGENTE: RASGOS GENERALES DE LA NUEVA LEY

A partir del 1 de julio de 1990 el viejo Título VIII del CO se divide en dos partes: un Título VIII, relativo al arrendamiento de uso o *bail à loyer* y un Título VIII bis relativo al *bail à ferme*.

El Título VIII, objeto de nuestro estudio, se encuentra a su vez dividido en cuatro Capítulos cuyo contenido se distribuye del modo siguiente: un primer Capítulo de Disposiciones generales (arts. 253-268b) que se aplican a todos los *bail à loyer*, sean de muebles o de inmuebles. El Capítulo II, denominado de Protección contra las rentas abusivas u otras pretensiones abusivas en materias de arrendamiento de viviendas y locales comerciales (arts. 269-170e), donde se recoge en lo esencial las disposiciones del AMSL; las disposiciones de este capítulo se aplican por analogía a los *baux à ferme* (arrendamientos de disfrute) no agrícolas y al resto de los contratos que se dirijan principalmente a la cesión a título oneroso del uso de viviendas y locales comerciales (art. 253b.1); no se aplican, por el contrario, a los arrendamientos de apartamentos y casas familiares de lujo que comprendan seis o más piezas (art. 253b.2), ni a los arrendamientos subvencionados (art. 253b.3) (11), ni a los apartamentos de vacaciones arrendados por tres meses o menos (art. 253a). El Capítulo III (arts. 271-273c) regula la protección contra los desahucios de viviendas y locales comerciales. Finalmente, el Capítulo IV (art. 274-274g) contiene disposiciones concernientes a las autoridades competentes en la materia y otras de índole procedimental.

Todas estas disposiciones se complementan con la Ordenanza sobre

(8) *B.O.C.E.* 1988, pp. 137-138, donde se plantean otras posibilidades de sistematización de la disciplina arrendaticia.

(9) En el Consejo nacional se pone de manifiesto que la inserción de toda la regulación protectora del arrendatario en el CO tiene al menos el mérito de dejar claro que las reglas relativas al contrato de arrendamiento siguen los principios generales del derecho contractual, singularmente la libertad de pactos y el principio de la confianza, lo que no obsta para que se introduzcan ciertos correctivos a tales principios generales derivados, fundamentalmente, del desequilibrio del mercado de viviendas y locales a arrendar y del carácter social del contrato de arrendamiento (*B.O.C.N.*, 1989, p. 463), (*B.O.C.N.* 1989, pp. 461-480).

(10) *F.F.*, 1989, III, pp. 1584 ss.

(11) Los cuales están sometidos al control de autoridad.

el *bail à loyer* y el *bail à ferme* de viviendas y locales comerciales (en adelante OBLF), cuya entrada en vigor se produce también el 1 de julio de 1990.

### 3. DURACION DEL CONTRATO

#### 3.1. Aspectos generales

Por ser un contrato de tracto sucesivo, el arrendamiento no se extingue por el simple intercambio de las prestaciones entre los contratantes, sino que la relación contractual se dilata en el tiempo, tiene una duración. La previsión de la duración de la relación arrendaticia ha sido, en todo tiempo y lugar, una de las preocupaciones de las partes y, consiguientemente, una de las más relevantes para el legislador suizo. En esta materia el vigente art. 225 CO prevé que el arrendamiento pueda ser pactado tanto por una duración determinada como indeterminada. El contrato es de duración determinada cuando la relación se extingue a la expiración del plazo convenido sin necesidad de que ninguna de las partes haya de notificar a la otra su intención de resolverla; en otro caso el contrato es de duración indeterminada (12).

#### 3.2. Arrendamientos de duración determinada

Las partes pueden pactar que el contrato de arrendamiento termine en una fecha fija o a la expiración de un cierto plazo. En este último supuesto el art. 266 del CO prevé que el contrato se extinguirá sin denuncia de las partes a la expiración del plazo convenido. El propio art. 266 reconoce la posibilidad de que la duración determinada sea pactada expresa o tácitamente (*v. gr.* arrendamiento de una habitación durante el tiempo que dure un acontecimiento deportivo que tiene lugar en la ciudad). La duración del contrato también puede depender de la producción de un acontecimiento en cuyo caso para que se trate de un contrato de duración determinada es preciso que el acontecimiento sea cierto y previsible (*v. gr.* contrato concluido por la vida de una de las partes) (13). Se trata también de un contrato de duración determinada aquél en el que las partes fijan una duración máxima (*v. gr.* el arrendamiento se extinguirá, como máximo, el 31 de diciembre de 1991; en este

(12) Para la génesis del art. 255 (art. 254 del *Contre-projet*) *vid. Message*, p. 1403.

(13) En principio el contrato concluido de por vida es válido, pero si la duración parece manifiestamente desproporcionada, el arrendador y el arrendatario disponen, según las circunstancias, de un derecho de resolución por justos motivos (art. 266g), además de las vías generales de protección que representan los arts. 27.2 del Código civil suizo y art. 20 CO (D. Lachat/J. Michel, *op. cit.*, p. 38):

caso el contrato se extingue sin denuncia en esa fecha, salvo resolución anterior). Son, en cambio, contratos de duración indeterminada los previstos por un cierto tiempo pero reconducibles si una de las partes no los denuncia.

A lo contratos de duración determinada le son aplicables las disposiciones relativas a la prolongación (*cf.* art. 272.1 y art. 273b) y las relativas a la anulación de la resolución anticipada (*congé extraordinaire*), pero no las que atañen a la resolución por vencimiento del contrato (*congé ordinaire*).

Según dispone el art. 266.2 CO si el arrendamiento se reconduce tácitamente pasa a ser un contrato de duración indeterminada. Se trata de una presunción *iuris tantum* que puede ser enervada probando la intención contraria de las partes; la transformación en contrato de duración indeterminada se produce cuando el arrendatario sigue en posesión de la cosa y ambas partes tienen intención de continuar el arrendamiento (no, en cambio, si el arrendatario se niega a restituir la cosa o si el arrendador deja pasar un tiempo antes de solucitar la expulsión) (14).

### 3.3. Arrendamientos de duración indeterminada. La resolución ordinaria.

El arrendamiento de duración indeterminada sólo se extingue mediante la notificación de la intención de resolver (*congé*) por una parte a la otra (15). Para que esta resolución (*congé ordinaire*) produzca el efecto extintivo del contrato ha de respetar dos exigencias (art. 266a): el período de vencimiento y el plazo de preaviso. El período de vencimiento (*terme de congé*) puede ser fijado libremente por las partes (por años, por semestres, por trimestres, etc.) y, en defecto de acuerdo, por el uso local o a falta de éste por la ley. El plazo de preaviso (*délai a congé*) puede ser libremente pactado por las partes siempre que el acordado sea superior al previsto en la ley; en otro caso, será el legal el plazo exigible.

Los arts. 266b-266e CO regulan los plazos de preaviso y los términos de vencimiento de los arrendamientos de distintos tipos de bienes distinguiendo, entre los inmuebles, cuatro categorías: inmuebles no construidos (*v. gr.* áreas de estacionamiento), viviendas, locales comerciales y habitaciones amuebladas o plazas de estacionamiento (u otra instalación análoga arrendada separadamente).

El art. 266a.2 dispone que si el plazo de preaviso o el término de

---

(14) Vid. *Message*, pp. 1428-1429.

(15) D. Lachat/J. Micheli, *op. cit.* 37.

vencimiento no son respetados la resolución produce efecto para el próximo término pertinente (16).

Por otro lado, la notificación del deseo de resolver el contrato de arrendamiento de viviendas o locales comerciales ha de cumplir unos determinados requisitos de forma que son de carácter general, es decir, aplicables a cualquier supuesto de resolución, responda ésta al vencimiento del contrato (*congé ordinaire*) o a otras causas (*congé anticipé o extraordinaire*). En primer lugar, se exige que la notificación de la resolución por cualquiera de las partes sea realizada por escrito (art. 266.1) y, en el caso de que quien pretenda resolver sea el arrendador, ha de utilizar una fórmula oficial en la que se contendrán las indicaciones previstas en el art. 9 de la OBLF.

Cuando el arrendamiento recaiga sobre una vivienda familiar, la notificación de la resolución ha de cumplir unas exigencias especiales que concuerdan con lo establecido en el art. 196 del Código civil y tienden a proteger al cónyuge no titular del arrendamiento (17). El art. 266m dispone que el arrendatario no puede resolver el arrendamiento sin el consentimiento expreso de su cónyuge (18). En el caso de que el cónyuge se niegue a dar el consentimiento sin motivo legítimo o sea imposible recabarlo por cualquier motivo, el arrendatario podrá dirigirse al juez, quien podrá suplir aquella ausencia (art. 266m.2). Por su parte, el art. 266m obliga al arrendador a notificar la resolución de manera separada al arrendatario y a su cónyuge.

Las disposiciones contenidas en los arts. 266m y 266n se muestran especialmente útiles en las situaciones de desacuerdo matrimonial; el primero evita que uno de los cónyuges resuelva el contrato de arrendamiento de la vivienda familiar sin el consentimiento del otro; el segundo permite que el cónyuge no arrendatario ejercite los derechos otorgados por el artículo 273a, fundamentalmente, contestar la resolución y solicitar la prórroga del contrato.

El incumplimiento de los pertinentes requisitos de forma (notificación oficial escrita y consentimiento y notificación al cónyuge) hace la resolución del contrato nula de pleno derecho (art. 266o).

(16) Solución que ya había adoptado algún tribunal cantonal con anterioridad a la ley (vid. *Message*, p. 1430).

(17) En el *Message* la vivienda familiar se define como "*habitation qui abrite deux époux vivant en ménage commun*" (p. 1435), por lo que parece muy dudoso que las disposiciones de los arts. 266m y 266n se apliquen a las parejas no casadas.

(18) El Proyecto del Consejo federal preveía que la notificación estuviese firmada por los dos cónyuges (vid. *Message*, p. 1435); fue el Consejo nacional quien le dio la redacción actual que posibilita un consentimiento anterior a la resolución (*B.O.C.N.*, 1989, p. 510).

### 3.4. La resolución anticipada

Además de la resolución ordinaria, debida al vencimiento del contrato, el CO prevé la posibilidad de que tanto el arrendador como el arrendamiento puedan proceder a la resolución anticipada del contrato de arrendamiento en determinadas circunstancias.

La resolución anticipada del contrato de arrendamiento se puede producir tanto a instancia del arrendador como del arrendatario. El arrendador puede resolver el contrato antes de que éste venza en los casos siguientes: por falta de pago de la renta y otros gastos debidos por el arrendador (art. 257d); por violación del deber de diligencia del arrendatario frente a la cosa y a los vecinos (art. 257f); en caso de quiebra del arrendatario después de la entrega de la cosa (art. 266h); por cambio de propietario (art. 261.2); por justos motivos (art. 266g.1). Estudiarémos especialmente la problemática de estas dos últimas.

Por su parte, el arrendatario puede resolver anticipadamente el contrato de arrendamiento: en caso de entrega tardía de la cosa por el arrendador (art. 258 en relación con el 107.2 CO); si la cosa arrendada presenta defectos que impiden o dificultan considerablemente el uso para la cual fue arrendada (art. 258); por justos motivos (art. 266g); si ofrece al arrendador un arrendatario sustituto (art. 264.1); por muerte del arrendatario (art. 266i). Dedicaremos especial atención a las dos últimas.

#### 3.4.1. Resolución por cambio de propietario

El art. 261.1 CO prevé que si el arrendador enajena la cosa arrendada vigente el contrato de arrendamiento o si es privado de ella en virtud de un proceso de ejecución o de una quiebra, el contrato se transmite al adquirente con la propiedad de la cosa (19). La transmisión de la propiedad no rompe pues la relación arrendaticia que, en principio, continuará vigente por el tiempo pactado por el viejo propietario y el arrendatario, si bien ahora ligará a este último con el adquirente. Si se toma en consideración que en el Derecho suizo la inscripción en el Registro de la Propiedad es necesaria para la adquisición de la propiedad inmobiliaria (art. 656.1 del Código civil), se comprende que en el caso del arrendamiento de vivienda o local comercial la fecha que determina el momento a partir del cual el arrendatario queda contractualmente obligado con el adquirente es la de la inscripción y no la de la enajenación, si bien el primitivo propietario no resulta, como veremos, totalmente liberado (*cf.* art. 261.3 CO). El principio general es, por tanto, el de la continuidad del arrendamiento de la vivienda o local con el nuevo

---

(19) El art. 261 CO no se aplica si el inmueble es transmitido por vía sucesoria; en este caso el heredero o herederos se sitúan en la posición contractual del arrendador con sus derechos y obligaciones (art. 560 del Código civil).

propietario; no obstante, el art. 261.2 letra a permite a éste resolver el contrato de forma anticipada (antes del vencimiento) siempre que observe el plazo de preaviso legal para el próximo término legal a partir de la inscripción de la transferencia de la propiedad en el Registro. Esta resolución, que ha de cumplir los requisitos generales de forma (arts. 2661, 266m, 266n y 266o), sólo será posible si el nuevo propietario tiene una necesidad urgente de la cosa para sí mismo o para sus próximos parientes (20).

Según dispone el art. 261.3, si el nuevo propietario resuelve anticipadamente el contrato, el arrendador precedente responde de todos los daños causados al arrendatario por el prematuro fin del contrato.

El derecho de resolución anticipada del contrato en caso de cambio de propietario puede ser excluido: 1) por acuerdo entre vendedor y comprador dirigido a proteger al primero contra la demanda del art. 261.3, supuesto en el que el arrendatario podrá exigir del nuevo propietario el cumplimiento del acuerdo y si éste no lo cumple, vendedor y comprador responderán solidariamente frente al arrendatario (21); 2) si el arrendador y el arrendatario acordaron anotar el arrendamiento en el Registro de la Propiedad ya que la anotación obliga al adquirente a respetar los términos del contrato inicial (art. 261b).

### 3.4.2. Resolución por justos motivos

El nuevo art. 266g.1 dispone que si por justos motivos la ejecución de un contrato deviene intolerable para una parte, ésta puede resolver el vínculo contractual en cualquier momento, siempre que respete el plazo de preaviso legal. Los antecedentes legislativos del precepto permiten suponer que ha de tratarse de motivos desconocidos, imprevisibles antes de la conclusión del contrato y que no hayan sido provocados por la parte que los invoca; es, en resumen, una aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* (22). Según el párrafo segundo del mismo artículo, el contratante que ha resuelto anticipadamente el contrato debe indemnizar al otro en la medida que el juez determine, teniendo en cuenta todas las circunstancias (23).

---

(20) El Proyecto del Consejo federal preveía la posibilidad de resolución anticipada en todo caso. El Consejo nacional introdujo la exigencia de que existiera "necesidad imperiosa" del inmueble (B.O.C.N. 1989, pp. 503-508 y 549), y en el texto definitivo se adoptó "necesidad urgente".

(21) D. Lachat/J. Micheli, op. cit., p. 304.

(22) *Message*, p. 1432. El derogado art. 269 CO hablaba de que sobreviniesen circunstancias graves que hiciesen la ejecución intolerable.

(23) Y no con una cantidad fija, tal y como establecía el derogado art. 269 CO (vid. *Message*, p. 1432).

### 3.4.3. Resolución ofreciendo un arrendatario sustituto

El art. 264 CO recoge una norma que ya había sido ampliamente admitida por la jurisprudencia suiza (24) donde se establece que si el arrendatario restituye la cosa antes de finalizar el término contractualmente pactado o el término de vencimiento legal, previo el correspondiente preaviso, sólo quedará liberado de sus obligaciones frente al arrendador si presenta a éste un nuevo arrendatario que sea solvente y que el arrendador no pueda razonablemente rechazar. El arrendador no tiene obligación de aceptar el candidato, pero si lo rechaza sin razón, el arrendatario queda libre de sus obligaciones contractuales desde la fecha en que el candidato rechazado estaba dispuesto a celebrar el contrato. Si, por el contrario, el arrendador lo acepta, el nuevo arrendatario queda contractualmente ligado en las mismas condiciones que el anterior lo que, en otras cosas, significa que el arrendatario no puede incrementar la renta (25). Según el art. 264.2 si el arrendatario no presenta un sustituto queda obligado al pago de la renta hasta la expiración del término pactado o hasta el próximo vencimiento contractual o legal. Sin embargo, la existencia de un posible enriquecimiento sin causa del arrendador, unido a su obligación de reducir el daño (art. 44 CO) explican la previsión del art. 264.3 según el cual el arrendador deberá admitir la imputación a las rentas pendientes de los gastos que se haya evitado merced a los hechos por el arrendatario y de los provechos que haya recibido de otro uso de la cosa o a los que haya renunciado de manera internacional (26). El art. 264 es una norma de Derecho imperativo.

### 3.4.4. Resolución por muerte del arrendatario

Por lo que respecta a la muerte del arrendatario, el art. 266i dispone que, en caso de fallecimiento del arrendatario sus herederos pueden resolver el contrato observando el plazo de preaviso legal para el próximo término legal. Esta posibilidad de resolución anticipada compete únicamente a los herederos del arrendatario y no al arrendador; la denuncia del contrato debe ser hecha poco después de la muerte, pues si los herederos dejan pasar el primer término de vencimiento útil, el contrato no se extinguirá hasta la fecha establecida —si es de duración determinada— o hasta el próximo término de vencimiento legal o convencional, previo aviso en el plazo legal.

---

(24) Tal y como reconoce el *Message*, p. 1426.

(25) En el *Message* se dice que la solución del precepto es una aplicación del deber general del arrendatario de hacer todo lo posible, según el principio de la buena fe, para disminuir el daño resultante de la violación del contrato por la otra parte (p. 1426).

(26) El *Message* afirma que en las relaciones obligatorias duraderas debe permitirse la imputación de todo lo que se ahorra o gana de otra manera, así como de todo lo que internacionalmente se deja de ganar (p. 1427).

A diferencia del derogado art. 270 CO, el arrendador no podrá resolver el contrato por la muerte del arrendatario, salvo que así lo hayan convenido ambos (en cuyo caso el contrato es de duración determinada y, por lo tanto, no hay verdadera resolución sino extinción *ipso iure*), o que se pueda apreciar que el arrendatario tiene justos motivos para resolver (art. 266g) (27).

### 3.5. La anulación de la resolución del contrato

La protección del arrendatario frente a las resoluciones abusivas del contrato por parte del arrendador constituye uno de los fines prioritarios de la iniciativa popular "Para la protección de los arrendatarios", de 27 de julio de 1982, y el punto central de la reforma recientemente puesta en vigor en Suiza en materia de arrendamientos.

La reforma trata en este punto de lograr el adecuado equilibrio entre los derechos del propietario y los del arrendatario. *El Message* justifica la extensión de la protección del arrendatario frente a los *congés abusifs* por el hecho de que el contrato de arrendamiento de viviendas y locales comerciales no sólo satisface necesidades elementales sino que además viviendas y locales son el centro de relaciones familiares, sociales y económicas que implican una cierta estabilidad y que, en consecuencia, restringen la libertad de elección por parte de los arrendatarios (28). A pesar de ello, en el curso del debate que condujo a la modificación del CO en materia de *bail* se puso claramente de manifiesto que cualquier medida jurídico-positiva debería respetar los derechos y libertades de los propietarios tanto por razones de índole política como económica. Desde el punto de vista jurídico la protección contra las resoluciones abusivas no podía llegar a vaciar de sentido la libertad de resolución instaurando lo que podría llamarse un "bail éternel" (29); desde la perspectiva económica las nuevas disposiciones legales no deberían llevar a ciertos propietarios a renunciar a alquilar sus inmuebles o dejarlos vacíos para escapar a los rigores de la ley. Con los planteamientos descritos las opciones del legislador suizo han tratado de alcanzar el deseado punto de equilibrio entre los intereses de propietarios y arrendatarios.

La norma general en materia de invalidez de las resoluciones abusivas o injustas del arrendamiento se contiene en el art. 271, el cual ex-

---

(27) Cf. *Message*, p. 1434.

(28) *Message*, p. 1372. Como se dijo en el Consejo nacional durante los debates que condujeron a la reforma en la materia, para el arrendatario el inmueble a arrendar representa un bien social esencial, mientras que para el promotor inmobiliario es, en general, un simple bien comercial y lucrativo (M. Carrobbio, miembro del Consejo nacional, *B.O.C.N.*, 1989, p. 467).

(29) *Message*, p. 1379.



presa que la resolución del contrato es anulable cuando contraviene las reglas de la buena fe. A diferencia de la iniciativa popular que pretendía la anulación de las resoluciones injustificadas (*congés injustifies*) el Consejo federal y posteriormente las Cámaras, prefirieron adoptar un límite a la libertad de realización menos ambiguo y de mayor tradición en el Derecho privado, según el cual la libertad del arrendador de poner término al contrato encuentra su límite en la obligación de actuar conforme a las reglas de la buena fe. Según el *Message* la obligación de actuar conforme a la buena fe en el ejercicio y en la ejecución de los deberes existe para todo el Derecho privado en virtud del art. 2 del Código civil, si bien esta obligación puede ser precisada para cada relación jurídica, tarea que precisamente pretende realizar el art. 271.1 CO para el contrato de arrendamiento. Por su parte, el Consejo nacional y el Consejo de los estados retomaron el término “anulabilidad” que había sido utilizado por la iniciativa popular y posteriormente rechazado en el contra-proyecto del Consejo federal donde se había sustituido por el de “ineficacia”. La regla definitiva reposa pues en dos conceptos tradicionales del Derecho civil cuales son los de buena fe y anulabilidad.

Con la regulación vigente la situación del arrendatario sólo queda protegida de manera limitada. Por un lado, el arrendatario que quiera oponerse a la resolución debe dirigirse a la autoridad de conciliación en un plazo de treinta días posteriores a la recepción del *congé* (art. 273.1), lo que significa que la ausencia de reacción en el mentado plazo de tiempo provoca la pérdida de cualquier derecho por parte del arrendatario; la autoridad de conciliación tratará de conducir a las partes a un acuerdo y, si ello no es posible, tomará una decisión sobre las pretensiones de las partes; la parte que se sienta perjudicada por la decisión puede acudir a la autoridad judicial en el plazo de treinta días, transcurrido el cual la decisión de la autoridad de conciliación deviene definitiva (art. 273.4 y 5). Se observa, en este sentido, que el Derecho actual es menos favorable para el arrendatario que el derogado, pues el AMSL preveía diversas situaciones en las que la resolución del contrato era nula de pleno derecho (30). Por otro lado el arrendador que resuelve el contrato no tiene obligación de motivar su decisión, mientras que tanto la iniciativa popular como el informe de la Comisión de expertos establecía imperativamente esta obligación. El art. 272.2 dispone, no obstante, que la resolución debe estar motivada si la otra parte lo solicita; en tal caso la motivación no es una condición de validez de la resolución aunque la negativa a hacerla o el hacerla de modo insuficiente o falso puede ser una circunstancia para determinar la existencia o no de buena fe. En este sentido, el *Message* advierte que para decidir si la resolución contraviene o no las reglas de la buena fe deben ser tomadas en consideración todas las circunstancias; con carácter presuntivo y no exhaustivo el

---

(30) Arts. 18.3 y 20 AMSL.

art. 271a establece una serie de casos en los que la resolución será anulable (31).

Si la resolución es anulada el contrato sigue en vigor por un período determinado y en tres años el arrendador no puede intentar una nueva resolución (cf. art. 271a, letra e) (32).

### 3.6. La prolongación del arrendamiento

En ciertas ocasiones, aunque el arrendamiento haya llegado a su término o el arrendador haya realizado una resolución conforme a derecho, el arrendatario puede conseguir una prórroga del contrato con los requisitos y condicionamientos que se disciplinan en los vigentes arts. 272-273c CO. Estos preceptos retoman en lo esencial el contenido de los derogados arts. 267a-267f del mismo texto legal.

El actual art. 272 admite que el arrendatario pueda pedir una prórroga del arrendamiento de duración determinada o indeterminada cuando la extinción del contrato tuviera para él o para su familia consecuencias gravosas (*pénibles*) y el interés del arrendador no justificase la cesación inmediata de la relación contractual. La decisión sobre la oportunidad o no de la prórroga corresponde en definitiva al juez, quien para adoptarla, deberá tener en cuenta las circunstancias que menciona el propio art. 272 en su párrafo segundo (33) y que son las siguientes: a) “Las circunstancias de la conclusión del arrendamiento y el contenido del contrato”, razón de naturaleza objetiva, dependiente exclusivamente de la relación negocial y no de los condicionamientos de alguna de las partes. b) “La duración del arrendamiento” pues, como pone de manifiesto el *Message* del Consejo federal, después de una larga permanencia en ellos es más difícil abandonar la vivienda o el local comercial (34), lo que parece significar que ante arrendamientos de cierta antigüedad será más fácil que el juez acuerde la prolongación. c) “La situación personal, familiar y financiera de las partes, así como su comportamiento”,

---

(31) El art. 271a señala que la resolución provocada por el arrendador será anulable, especialmente: a) Porque el arrendatario hizo valer de buena fe las pretensiones dimanantes del arrendamiento. b) Cuando pretenda imponer una modificación unilateral del arrendamiento desfavorable al arrendatario o una adaptación de la renta. c) Cuando pretenda únicamente que el arrendatario compre la vivienda alquilada. d) La promueva durante el procedimiento de conciliación o durante un procedimiento judicial relacionado con el arrendamiento, a menos que el arrendatario haya actuado contra las reglas de la buena fe. e) La promueva en los tres años siguientes a la conclusión de un procedimiento de conciliación o de un procedimiento judicial relativo al arrendamiento y en el que el arrendador no haya salido victorioso.

(32) Para evitar los llamados *congés de représailles* la normativa vigente aumenta el período de protección en un año (vid. *Message*, p. 1441).

(33) No se trata de una enumeración de carácter exhaustivo (*Message*, p. 1442).

(34) *Message*, p. 1442.

de modo que *v. gr.* será más fácil que el juez acuerde la prórroga del contrato si el arrendatario es un anciano de salud delicada, o un padre o madre de familia de recursos modestos cuyos hijos asisten al colegio situado en la barriada, que si se trata de un joven soltero, sin obligaciones familiares y con abundantes recursos económicos. No obstante, ha de tenerse en cuenta que el precepto alude a la situación de ambas partes y, por consiguiente, también a la del arrendador. d) “La necesidad del arrendador o de sus próximos parientes de utilizar ellos mismos los objetos arrendados, así como la urgencia de esa necesidad”; en este caso, a diferencia de lo que sucedía en la regulación precedente, la necesidad del arrendador no es ya un motivo absoluto de exclusión de la prórroga, sino simplemente una más entre las circunstancias que el juez ha de tener en cuenta para sopesar los intereses en presencia (35). Por otro lado, a diferencia de lo que ocurría en el Derecho derogado, el juez también habrá de tener en cuenta la urgencia de la necesidad, lo que además de evitar la utilización de “necesidad ficticias”, hará posible prórrogas de corta duración en el caso de que la necesidad real no sea muy urgente. e) “La situación del mercado local en materia de viviendas y locales comerciales”, lo que hace viable la discriminación entre ciudades o pueblos cuyo mercado inmobiliario sea desigual.

Si lo que se solicita es una segunda prolongación, el art. 272.3 obliga al juez a examinar si el arrendador ha tomado todas las medidas que razonablemente le podían ser exigidas para encontrar un alojamiento alternativo. La doctrina estima que en caso de duda sobre la procedencia o no de la prórroga del contrario, el juez debe decidir en favor de la parte más necesitada de protección, es decir, del arrendatario (36).

Por su parte, el art. 272a recoge una serie de supuestos en los que no tendrá lugar la prórroga del contrato de arrendamiento. Los enunciados bajo las letras a, b y c (respectivamente, demora en el pago por parte del arrendatario, violación grave de su deber de diligencia o faltas graves en sus deberes con los vecinos, y quiebra del arrendatario) son situaciones que a la vez impiden la prórroga del contrato y hacen posible la resolución anticipada a instancia del arrendador. En cambio, en el caso de que el arrendador tenga justos motivos para extinguir la relación negocial no queda totalmente excluida la posibilidad de prórroga y será el juez quien, teniendo en cuenta los intereses de ambas partes, decidirá en uno u otro sentido (37). La prórroga tampoco se excluye en el caso de que la resolución proceda de la enajenación de la cosa arrendada.

Dispone el art. 272a.2 que, como regla general, no se acordará la pro-

(35) *Message*, *ibid.*

(36) R. GMÜR/W. CAVIEZEL, *Mieterschutz*, Zurich, 1974, p. 13; D. LACHAT/J. MICHELI, *op. cit.*, cap. 32, núm. 3.7.

(37) *Message*, p. 1443.

longación cuando el arrendador ofrezca al arrendatario una vivienda o local comercial equivalente al que es objeto del contrato (38).

El art. 272b.1 prevé que la prórroga tenga una duración máxima de cuatro años para las viviendas y seis para los locales comerciales. Siempre que se respeten esos límites máximos el juez puede acordar una primera prórroga, dejando tiempo para la eventualidad de una segunda, o acordar directamente una única prórroga, con o sin la duración máxima. El plazo mencionado se computará a partir de la fecha de extinción del contrato o de aquélla en que tuvo lugar la resolución válida.

El art. 272b.2 contempla la posibilidad de que las partes pacten las condiciones de la prórroga del arrendamiento, cláusula contractual que, según se aclara en el *Message* del Consejo federal, sólo será posible después de la recepción de la notificación de resolución o cuando, tratándose de un contrato de duración determinada, se halle próximo a su fin (39). Antes de que llegue este momento las posibilidades de prolongación del contrato son únicamente las que confiere la ley que, según dispone el art. 273c en relación a todos los derechos del arrendatario contenidos en el Capítulo III (fundamentalmente, el de pedir la anulación de la resolución y la prórroga de contrato) son irrenunciables por su titular. En el supuesto de que las partes pacten una prórroga voluntaria lícita no están vinculados por ningún plazo máximo y, según el tenor literal del 272b.2 pueden renunciar a una segunda prolongación. La doctrina entiende que tampoco existe obstáculo legal para que en el momento antes indicado el arrendatario renuncie a la prórroga, por ejemplo a cambio de una indemnización (40).

El procedimiento por el cual el arrendatario ha de pedir la prórroga se establece en el art. 273.2. Si desea hacerlo ha de dirigirse a la autoridad de conciliación en los treinta días siguientes a la recepción de la notificación de resolución si se trata de un contrato de duración indeterminada, y como mínimo sesenta días antes de la expiración del contrato si éste es de duración determinada. Si pide una segunda prórroga ha de hacerlo un mínimo de sesenta días antes de la expiración de la primera. Durante el período de prórroga se suspenden los efectos de la resolución. En el período de prórroga el contrato permanece con idéntico contenido, salvo que la decisión judicial que la concede establezca otra cosa (art. 272c); en este tiempo el arrendador puede hacer uso de todos los derechos que la ley le confiere (*v. gr.* aumentar la renta o resolver anticipadamente); otro tanto cabe decir del arrendatario quien puede *v. gr.* solicitar la disminución de la renta (41).

---

(38) D. LACHAT/J. MICHELI, op. cit., cap. 32, núm. 3.2, entienden que como regla general la noción de equivalente debe interpretarse de modo restrictivo.

(39) *Message*, p. 1442.

(40) R. GMÜR/W. GAVIEZEL, op. cit., p. 34; D. LACHAT/J. MICHELI, op. cit., cap. 32, núm. 5.2; contra *Message*, p. 1444.

(41) *Message*, p. 1444.

## 4. LA RENTA

### 4.1. La libre fijación de la renta y el sistema de supervisión judicial

La regulación de la merced arrendaticia constituye, junto con la disciplina de la duración del contrato, el otro gran pilar en el que se sustenta la legislación suiza en materia de arrendamientos. Si en el tema de la duración el punto central de la reforma se hallaba en la protección del arrendatario frente a los llamados “*congés abusifs*”, en el ámbito de la renta se trata fundamentalmente de proteger al mismo sujeto frente a los “*loyers abusifs*”.

Para comprender la nada sencilla regulación del CO relativa a la renta en el contrato de *bail á loyer* conviene comenzar señalando que, en principio y salvo contadas excepciones (42), la fijación de la renta es libre, de suerte que las partes contractuales pueden pactar el montante de la renta que deseen y modificarlo por su sola voluntad.

Será el mercado quien, en definitiva, establecerá la cuantía de las rentas. No obstante, las particulares características de rigidez que presenta el mercado de viviendas y locales comerciales obligaron al legislador suizo a introducir algunos correctivos en el principio de libertad absoluta en la fijación de las rentas; precisamente fue el AMSL la disposición que en su día se encargó de hacerlo (43).

El legislador de 1989 sigue en lo esencial las pautas marcadas en 1972 por el AMSL preveyendo, en los arts. 269-270e CO ciertos correctivos a la libertad contractual dirigidos a evitar las rentas abusivas. En virtud de tales correctivos el arrendatario tendrá derecho a oponerse a las pretensiones abusivas del arrendador dirigiéndose para ello a la autoridad judicial, siendo la propia ley la encargada de definir cuando una renta es o no abusiva. No obstante, las reglas relativas a las rentas abusivas no se aplicarán a los apartamentos de vacaciones alquilados por tres meses o menos (art. 253a.2), a los apartamentos u casas familiares de lujo que comprendan seis o más piezas, cocina no incluida (art. 253b.2), ni a los inmuebles que no sean viviendas, locales comerciales u objetos asimilados (44).

Centrándonos en los arrendamientos que constituyen mayoría, insistimos en que la determinación de la cuantía de la renta reposa sobre el principio de libertad contractual, con posibilidad de un control *a poste-*

---

(42) La excepción más importante al principio de libertad contractual en la fijación de la renta la constituyen los arrendamientos de renta controlada que, tal y como los define el vigente art. 253b.e CO son los relativos a viviendas en favor de las cuales se han adoptado medidas de fomento por parte de los poderes públicos y cuya renta está sometida a un control de autoridad.

(43) Arts. 14 y 15 AMSL; comentario a los mismos en R. BARBEY, op. cit., pp. 41 ss.

(44) D. LACHAT/J. MICHELI, op. cit., p. 177.

*riori* por parte de la autoridad judicial y teniendo en cuenta los índices que le suministra la ley (45).

En virtud del principio de libertad contractual la ley permite tanto ciertas cláusulas de estabilización dirigidas a modificar la renta durante el período de vigencia del contrato, como los aumentos unilaterales de la renta por el arrendador eficaces para el próximo período de vencimiento del arrendamiento de duración indeterminada.

Las únicas cláusulas de estabilización admitidas son las de "*indexation*" y las de "*échelonnement*". Las "*clauses d'indexation*" son las disposiciones contractuales que prevén la adaptación de la renta a las variaciones de un índice oficial y, según establece el art. 269b, sólo serán válidas si el arrendamiento se ha pactado por una duración mínima de cinco años y el índice de referencia es el suizo de precios al consumo. Mediante las "*clauses d'échelonnement*" las rentas son prefijadas, normalmente al alza, durante toda la duración del contrato, por períodos. Según el art. 269c estas cláusulas sólo serán válidas si el arrendamiento se concluye por una duración mínima de tres años, la renta no aumenta más de una vez por año y el montante del aumento se fija en francos suizos.

Por su parte, el aumento unilateral de la renta por el arrendador debe cumplir, bajo pena de nulidad, las siguientes condiciones: 1) la notificación del mismo al arrendatario, al menos diez días antes del inicio del plazo de preaviso de resolución y bajo la fórmula oficial que necesariamente ha de contener las menciones del art. 19 de la OBLF, entre ellas los motivos precisos del aumento. 2) el respeto del tiempo de vigencia del contrato. 3) la ausencia de amenaza de deshaucio efectivo.

#### 4.2. El concepto de renta abusiva

Dentro de los parámetros que hemos señalado la renta fijada por las partes es legítima. Si el arrendatario no la contesta no habrá lugar a la intervención de la autoridad; si, por el contrario, lo hace el legislador fija los criterios para determinar si la renta establecida en el contrato es o no abusiva.

A pesar de las críticas que en su día se suscitaron en torno a su bondad y que provenían tanto de los arrendatarios como de los arrendadores, la disciplina legal vigente está prácticamente calcada de la que contenía el AMSL (46). Según el vigente art. 269 (sustancialmente coincidente con el art. 14 del AMSL) la renta será abusiva cuando permita al arrendador obtener un *rendement excessif* de la cosa arrendada, o cuan-

---

(45) La doctrina llama a este sistema de "*surveillance*" por oposición al de "*contrôle*" de las rentas.

(46) *Message*, pp. 1469 ss.

do resulte de un precio de compra *manifestement exagéré* (47). El segundo criterio se dirige fundamentalmente a prevenir la especulación inmobiliaria (48), mientras que es el primero el de mayor peso específico en la práctica. El término “rendimiento” hace referencia a un concepto económico que viene a significar la proporción existente entre una producción y ciertos elementos de base (capital, trabajo, etc.) y que en el art. 269 significa la cuota de beneficio neto que el arrendador obtiene del arrendamiento, deducidos los gastos corrientes y las inversiones realizadas en los inmuebles arrendados (*loyer fonde sur les coûts*).

Siguiendo también el modelo del AMSL el art. 269a establece una serie de hipótesis en las que las rentas “por regla general” no son abusivas (49). La letra a) del art. 269a no considera abusivas las rentas que se sitúen en los límites de las usuales en la localidad o en el barrio; éste es el llamado *loyer du marché* que ya se acogía en la legislación derogada y que fue objeto de críticas tanto por parte de las organizaciones de arrendatarios, como por parte de la doctrina (50). El criterio de las rentas usuales, más práctico en unos cantones que en otros, se dirige fundamentalmente a los inmuebles antiguos con el doble fin de permitir la adaptación de las viejas rentas al nivel de las realmente existentes en casos semejantes, por un lado, y de que no se produzcan grandes desequilibrios entre los antiguos arrendamientos y los más recientes, por otro (51).

A tenor del art. 269a letra b, no serán abusivas las rentas justificadas por los montantes de los costes o por las prestaciones suplementarias del arrendador. Se trata de un supuesto concreto de cálculo de rendimiento. La expresión “*hausse des coûts*” se precisa en el art. 12.1 OBLF y hace referencia a las variaciones de los intereses hipotecarios, de tasas, de impuestos sobre los inmuebles, de rentas del derecho de superficie, de primas de seguros y de gastos de mantenimiento. El art. 14 OBLF señala que son prestaciones suplementarias del arrendador las inversiones en negocios del inmueble que crean plusvalías, la ampliación de la cosa arrendada y otras prestaciones accesorias. El criterio del art.

---

(47) La doctrina considera que ambos términos son voluntariamente vagos (R. BARBEY, op. cit. p. 43).

(48) W. RAISSIG/U. SCHANDER, *Massnahme gegen Missbräuche im Mietwesen*, Zurich, 1984, p. 106.

(49) De la expresión “en règle générale” la doctrina y la jurisprudencia en ocasiones, han considerado que se trata de meras presunciones susceptibles de ser destruidas si se oponen al precepto anterior (B. CORBOZ, “Le loyer abusif au sens de l’AMSL”, *Baurecht/Droit de la construction*, 1982/2, pp. 27-33, espec. p. 29; sin embargo, esta interpretación es discutida y del *Message* parece deducirse que se trata de presunciones *iuris et de iure* (*Message*, p. 1471; es la interpretación también de R. BARBEY, op. cit., p. 44).

(50) El Consejo nacional rechazó dos enmiendas en este punto, una que pretendía la eliminación de este criterio y otra que exceptuaba su aplicación en caso de desequilibrio evidente del mercado inmobiliario (*B.O.C.N.*, 1989, pp. 512-516).

(51) D. LACHAT/J. MICHELI, op. cit., p. 220.

269a letra b puede justificar tanto un aumento como una disminución de la renta.

Según el art. 269a letra c no son abusivas las rentas situadas en el límite del rendimiento bruto que permita cubrir gastos, siempre que se trate de construcciones recientes. No son tampoco abusivas las rentas que sólo sirven para compensar una reducción del alquiler acordado con anterioridad, merced a una devolución parcial de los gastos usuales de financiación y que sean fijadas en un plan de pago conocido con anterioridad por el arrendatario (art. 269a letra d). Se trata de una disposición introducida en la nueva regulación que permite la utilización de los llamados “*plans de hauses*” mediante los cuales en el marco de un acuerdo las rentas son inicialmente bajas para, seguidamente, ir aumentando según un plan previamente concertado con el arrendatario hasta que, producidas las compensaciones, se llegue a alcanzar el nivel de costos efectivos. Por consiguiente, como compensación de las rentas iniciales, durante un tiempo la renta será superior a los límites de los costes efectivos. El plan de pago será abusivo si los aumentos de la renta que comportan sobrepasan el montante de las compensaciones debidas (52).

Por último, las letras e y f del art. 269a, tomadas directamente del AMSL, no consideran abusivas las rentas que simplemente mantienen el poder adquisitivo del capital expuesto a los riesgos y las que no excedan de los límites recomendados en los contrato-marco concluidos entre las asociaciones de arrendadores y las de inquilinos, u otras organizaciones que defiendan intereses semejantes.

De los criterios mencionados en el art. 269 los encabezados por las letras b y e implican que el montante del alquiler se fija por relación al inmediatamente anterior, método de cálculo que jurisprudencia y doctrina defienden como “método relativo” (53), y que hace posible tanto el aumento como la disminución de la renta. Por el contrario la apreciación del resto de las circunstancias del art. 269a implican el análisis de una situación financiera en un momento dado y sin relación con la situación precedente; es el denominado “método absoluto” (54).

#### 4.3. Contestación de la renta abusiva

Si a la luz de las disposiciones legales el arrendatario estima que la renta que se ha fijado en el contrato o la que resulta de la aplicación de una cláusula de estabilización o de un aumento unilateral por parte del arrendatario es abusiva, la ley le otorga la triple posibilidad de ope-

(52) *Message*, p. 1472.

(53) *Message*, p. 1469; R. BARBEY, op. cit., pp. 45-46; D. LACHAT/J. MICHELI, op. cit., p. 223.

(54) R. BARBEY, op. cit., p. 46; D. LACHAT/J. MICHELI, op. cit., p. 223.



nerse a la renta inicial, de oponerse al aumento de la misma o, en su caso, de solicitar la rebaja del alquiler.

El art. 270.1 CO dispone que el arrendatario que considera abusiva la renta inicial puede contestarla ante la autoridad de conciliación en el plazo de los treinta días siguientes a la recepción de la cosa arrendada y solicitar la correspondiente reducción. El art. 17 del AMSL preveía que la contestación de la renta inicial sólo sería admisible si la dificultad de la situación en la que se encontraba el arrendatario le hubiese llevado a celebrar el contrato en tales condiciones. Durante el proceso de reforma el Consejo federal pretendió que la posibilidad de contestación se ofreciera a todos los arrendatarios sin restricciones; en definitiva el texto legal llega a una solución intermedia y únicamente abre la vía de la contestación de la renta inicial para el caso en el que el arrendatario se vio obligado a celebrar tal contrato por una necesidad personal o familiar o por la situación del mercado inmobiliario local (art. 270.1a CO), o bien cuando el arrendador ha aumentado el alquiler de manera sensible respecto al que obtenía por el arrendamiento anterior (art. 270.1b).

La segunda vía que tiene a su disposición el arrendatario es la de solicitar la rebaja de la renta, sin consideración al alquiler inicial. En este supuesto la eventual disminución produciría efectos para el próximo término de vencimiento del contrato y sólo sería factible si la cosa arrendada proporcionaba al arrendador un rendimiento excesivo a causa de una notable modificación en las bases de cálculo (art. 270a CO). Parece que el precepto está pensando sobre todo en las eventuales rebajas del interés hipotecario de los capitales invertidos por el arrendador. La solicitud de disminución se hará por escrito al arrendador y si en un plazo de treinta días no da una respuesta satisfactoria, el arrendatario tiene un plazo de igual duración para dirigirse a la autoridad de conciliación solicitando la rebaja.

Por último, la tercera facultad del arrendatario disconforme con el montante del alquiler es la de oponerse al aumento de éste pretendido por el arrendador cuando considere que el mentado aumento es abusivo. Para ello ha de dirigirse a la autoridad de conciliación en el plazo de los treinta días siguientes al de haber recibido la notificación del aumento.

Según establece el art. 274f CO en los tres casos descritos la decisión de la autoridad de conciliación deviene firme si la parte disconforme no se dirige al juez en el plazo de treinta días. En cualquier caso, durante el procedimiento de conciliación el arrendamiento se mantiene sin modificación de sus cláusulas, salvo que las partes acuerden otra cosa. Lo mismo sucederá durante el procedimiento judicial si se llega a él, aunque en esta última hipótesis es el juez quien puede adoptar las medidas provisionales que considere oportunas.

Si cualquiera de las tres pretensiones es atendida, el arrendamiento

continuará con una renta fijada por la autoridad de conciliación o por el juez, y ello a pesar de que entre las partes existe un desacuerdo sobre un elemento esencial del contrato, cual es la renta (55).

## 5. EPILOGO. INTERES DEL MODELO SUIZO PARA EL SISTEMA ESPAÑOL

El acercamiento al reciente modelo suizo en materia de arrendamientos permite la reflexión sobre algunos puntos de indudable interés en un momento en el que el legislador español se encuentra también en la necesidad de modificar la disciplina arrendaticia de inmuebles urbanos actualmente vigente.

Es claro que también en nuestro país, al igual que en Suiza, la duración del contrato y la cuantía de las rentas son los dos pilares fundamentales en los que han de sustentarse las normas jurídicas relativas a los arrendamientos. Aunque ha de tomarse en consideración que ambas cuestiones se hallan estrechamente ligadas y que la adecuada solución de una de ellas puede conducir, casi automáticamente, a la pérdida de importancia de la otra (56), resulta probable que la futura LAU española haya de abordar de manera frontal los dos problemas.

En el tema de la duración del contrato, las opciones de nuestro legislador basculan entre el mantenimiento de la prórroga legal y el respeto más absoluto al principio de libertad contractual en el ámbito de los arrendamientos. La conservación de la prórroga legal en los términos del actual art. 57 LAU no parece ser el mejor de los caminos pues, a pesar de que la jurisprudencia se ha preocupado de señalar que la existencia de la misma no significa que el contrato adquiera un carácter de perpetuidad que sería contrario al tipo contractual del arrendamiento (57), no es menos cierto que tal prórroga conlleva un importante privilegio para el arrendatario y un fuerte gravamen para el arrendador, quizás no suficientemente justificado. En este sentido, la prórroga legal de la LAU vigente es manifiestamente contraria al principio de autonomía de la voluntad pues, merced a ella, el contrato se prolonga más allá

---

(55) Así se expresa, respecto de la legislación anterior, B. CORBOZ, loc. cit., p. 28.

(56) Como puso en su día de manifiesto el Informe de la Comisión especial creada por el Congreso de los Diputados para el estudio de la reforma de la legislación de arrendamientos urbanos, "resuelta de modo satisfactorio la cuestión de la actualización de rentas, disminuye la importancia económica y social del tema de la duración del contrato y su prórroga" (*B.O.C.G. Congreso de los Diputados, II legislatura, Serie E, núm. 48*); en parecido sentido J. L. ALBÁCAR LÓPEZ, *Ley de Arrendamientos Urbanos, Comentarios y jurisprudencia, I*, Granada, 1989, p. 684.

(57) *S.T.S. 15.10.1984, R.J.A.*, 1984, núm. 4862 y *17.11.1984, R.J.A.*, 1984, núm. 5561, y comentario en el que resume la doctrina de ambas de J. GIL RODRÍGUEZ, *C.C.J.C.*, núm. 7, pp. 2159-2173; más recientemente *S.T.S. 27.6.1989, R.J.A.*, 1989, núm. 4789; también J. L. ALBÁCAR LÓPEZ, loc. cit., p. 686.

del plazo estipulado por las partes, por voluntad del arrendatario y contra la del arrendador y durante un período de tiempo que, en el mejor de los casos, va a ser considerablemente largo (58). El establecimiento de este tipo de prórroga tuvo su razón de ser en un determinado contexto económico y social que imponía la protección absoluta de los arrendatarios frente a los abusos de los arrendadores propietarios y que, según parece haber demostrado el curso de los acontecimientos, ha derivado en la máxima desprotección: la falta de viviendas en régimen de alquiler. Desde luego, tampoco pensamos que la solución óptima sea el imperio absoluto de la libertad de estipulación contractual al modo que hace el R.D. Ley 2/1985, de 30 de abril y que, como la práctica lo demuestra, supone de nuevo el abuso de una parte contractual sobre la otra. Por todo ello, parece que de decidirse por la conservación de la prórroga legal lo más oportuno sería limitar su duración al modo que ya se ha hecho, por ejemplo, en el art. 25.3 LAR; en este caso, agotado el plazo máximo distribuido en una o más prórrogas, el contrato se extinguiría, si bien el acuerdo expreso o tácito de las partes podría significar la conclusión de un nuevo arrendamiento.

Si, por el contrario, la futura LAU opta por suprimir la prórroga de configuración legal, las posibilidades a plantear son varias. En este punto, como hemos expuesto, la moderna regulación suiza ofrece un modelo de prórroga judicial que merece ser valorado. Si el legislador español decide dejar en manos del juez la decisión sobre la prolongación o no del contrato, ha de tenerse en cuenta que, para hacerlo, la autoridad judicial habrá de sopesar los intereses tanto del arrendador como del arrendatario optando, en la duda, por favorecer a aquél que en las concretas circunstancias esté más necesitado de protección; además, la prórroga o prórrogas que eventualmente se acuerden no podrán tener una duración indefinida, siendo preciso definir en la ley el plazo máximo de las mismas, al modo que se hace en el CO suizo.

Esta posibilidad de prórroga judicial del contrato no es óbice para que las partes, si así lo desean, puedan decidir de mutuo acuerdo a la expiración del contrato su prolongación voluntaria. Creemos que este tipo de pactos expresos serán válidos siempre que no signifiquen la perpetuidad de la relación arrendaticia o que la fijación de la duración de la misma no quede al arbitrio de una de las partes (arg. art. 1543 y 1256 CC). Tampoco se debe excluir que, eventualmente, el contrato de arrendamiento que concluye en determinada fecha pueda entenderse tácitamente prorrogado merced a la llamada "tácita reconducción". En este caso no es ocioso recordar que nuestra jurisprudencia tiene declarado que técnicamente la tácita reconducción supone la existencia de un nue-

---

(58) Los arts. 58, 59 y 60 LAU admiten la posibilidad de dos subrogaciones al fallecimiento del arrendatario y en el caso de que el arrendatario sea una persona jurídica la duración del contrato es, al menos tendencialmente, perpetua.

vo contrato que, en la disciplina del CC, será por el tiempo previsto en el art. 1581 y no por el establecido en el contrato originario (59). No obstante, el legislador puede diseñar una reconducción contractual tácita distinta, al modo que *v. gr.* ha hecho en los arts. 28 y 4.2 de la LAR (60).

Tiene también indudable interés que hagamos referencia a los efectos que sobre el contrato de arrendamiento puede producir la enajenación de la vivienda o local comercial por parte del arrendador a una tercera persona. En este punto las posibilidades son *prima facie* dos: que la enajenación extinga el contrato de arrendamiento o que éste se mantenga ligado a partir de la transmisión al adquirente con el arrendatario. La primera es la solución del art. 1571 del CC que podría ser defendible de cara a una nueva LAU siempre y cuando la extinción de la relación arrendaticia se condicionara a alguna circunstancia especial como pudiera ser, al modo de la ley suiza, la “necesidad urgente” del nuevo adquirente o de su familia. Aún en este caso, la extinción anticipada del contrato de arrendamiento por enajenación de la cosa arrendada habría de quedar excluida por el acuerdo entre el comprador y el vendedor dirigido a mantener el arrendamiento, o en el caso de que el contrato de arrendamiento se hallara inscrito en el Registro de la Propiedad; ambas excepciones están expresamente previstas en nuestro CC, que en ello coincide con lo establecido por el nuevo legislador suizo y su interpretación doctrinal. En cualquier caso, y en ello también es coincidente nuestro centenario Código con el moderno CO, la resolución anticipada del contrato en caso de cambio de propietario conllevaría la responsabilidad del vendedor frente al arrendamiento por los daños irrogados a este último. Si, por el contrario, la moderna ley arrendaticia opta por seguir en este punto a la LAU vigente, la transmisión *inter vivos* de la cosa arrendada a un tercero no implicará la extinción del contrato (*arg. jur.* 57 LAU); se produciría la subrogación del adquirente en la situación jurídica del anterior arrendador lo cual, una vez decidida la duración efectivamente limitada del arrendamiento, significaría la pérdida de gran parte de la carga negativa que en el momento actual tiene el comprar una vivienda o local alquilados con anterioridad a 1985; sin embargo, también desde la perspectiva de enajenación de la cosa con transmisión del arrendamiento se puede pensar en la conveniencia de excepcionar algún supuesto en el que el interés del nuevo propietario merezca absoluta protección y, como reconoce el art. 62.1 LAU en materia de excepciones a la prórroga, permita que el adquirente nuevo propietario resuelva el contrato de arrendamiento cuando necesite para sí

---

(59) *S.T.S.* 11.10.1966, *R.J.A.*, 1966, núm. 4521; *S.T.S.*, 6.11.1967, *R.J.A.*, 1967, núm. 4107; *S.T.S.*, 5.5.1970, *R.J.A.*, 1970, núm. 2226; *vid. también* J. L. LACRUZ, *Elementos de Derecho civil, II, Derecho de obligaciones*, vol. 3.º, 1986, p. 201.

(60) *Vid.* C. VATTIER, “La duración y la renta de los arrendamientos rústicos”, *R.D.P.*, 1983, pp. 671-706, *espec. p.* 675.

o para sus parientes la vivienda o el local. Se llegaría así también a una solución análoga a la del legislador suizo.

La situación española actual en el tema de las rentas es particularmente caótica e injusta, puesto que dependiendo el tiempo de celebración del contrato y del lugar donde se ubique el inmueble, conviven en nuestro país rentas exiguas ante las que el arrendador poco puede hacer, con otras manifiestamente exageradas para nuestro nivel de vida y ante las que el arrendatario se halla totalmente impotente. Por una parte, las complejas posibilidades de revisión legal de las rentas antiguas que se contemplan en los arts. 95 y ss. de la LAU han demostrado ser bastante inoperantes, siendo en este punto urgente su actualización mediante un procedimiento más ágil y eficaz (61). Por otra, en lo que concierne a las rentas nuevas, pensamos que el "sistema de vigilancia" del montante de los alquileres establecido por CO suizo puede tener basantes notas aprovechables. Frente a la imposición de una determinada merced arrendaticia por una de las partes (normalmente el arrendador), es interesante considerar la posibilidad de que la otra parte perjudicada conteste una renta que merezca ser calificada como "abusiva". Esto no sería además ajeno a nuestra cultura jurídica por cuanto el concepto de "renta abusiva" bien pudiera relacionarse con el de "renta justa" diseñado en los arts. 40 a 43 de la LAR, donde se contempla la posibilidad de que cualquiera de las partes solicite del juez la revisión de la renta (62). Incluso existe identidad entre el concepto de *loyer du marché* del art. 269a CO suizo, que presume el carácter no abusivo de una determinada renta, y el punto de referencia para pedir la revisión en el art. 40 de la LAR (63).

Por lo que concierne a las cláusulas de estabilización, es conocido el devenir de nuestra jurisprudencia que, de manera progresiva, las ha venido admitiendo hasta llegar al momento presente en el que se aceptan con gran amplitud de criterios (64). *Lege ferenda* sería deseable que,

---

(61) M. ALBALADEJO, *Derecho civil, II, Derecho de obligaciones, vol. II*, 1989, pp. 234 ss.

(62) C. VATTIER dice que se trata de una figura excepcional que se aparta de la regla de la obligatoriedad del contrato y constituye un medio o una fuente de heterointegración del mismo (loc. cit., p. 702).

(63) El art. 40 de la LAR dispone "Transcurrido el primer año de vigencia del contrato, cualquiera de las partes podrá pedir la revisión de la renta por ser ésta superior o inferior a la usual en el lugar para fincas análogas".

(64) Si bien reconocidas formalmente en la LAU de 1964, la jurisprudencia interpretó, en un primer momento, que tales cláusulas no serían válidas si en ellas se preveía sólo el aumento de la renta y no su disminución (entre otras S.T.S. 5.4.1981, R.J.A., 1981, núm. 1482); a partir de 1985, por influjo de varias sentencias de Audiencias Territoriales que cristalizaron en la S.S.T.S. 21.10.1985, R.J.A., 1985, núm. 5626, 13.5.1986, R.J.A., 1986, núm. 2721 y otras posteriores, se rompe con la línea anterior, considerando válidas las cláusulas de estabilización que sólo contemplaban previsiones al alza, interpretando que también comprendían la posibilidad de revisiones a la baja. Sigue habiendo, no obstante, re-

siempre que el contrato de arrendamiento tuviese una cierta duración (recordemos que en el caso suizo es de tres o cinco años según el tipo de cláusula), se admitiesen con generosidad los pactos voluntarios de actualización de rentas, sin más condicionamientos que su fijación se produjera con relación a una base objetiva única, que bien pudiera ser, como en Suiza, el índice nacional de precios al consumo (en esta línea, parcialmente, el art. 38 de nuestra LAR). Finalmente, si se opta por el establecimiento del “sistema de vigilancia” del montante de los alquileres y por la posibilidad de contestación a la “renta abusiva” no existirán tampoco excesivos obstáculos para admitir cláusulas que preveyeran aumentos unilaterales por parte del arrendador, si bien en ambos casos la adopción de cautelas especiales, del tipo de las establecidas por el código helvético, sería más que aconsejable.

---

ticencias respecto de las cláusulas que, al modo de las *clauses d'échelonnement* suizas, significan un aumento regular, periódico, constante y progresivo de la renta, así como respecto de los aumentos unilaterales de la renta por parte del arrendador (cf. entre otros, S.T.S., 23.I.1985, R.J.A., 1985, núm. 192).



# INFORMACION LEGISLATIVA (\*)

A cargo de

PEDRO DE ELIZALDE Y AYMERICH y  
LUIS MIGUEL LOPEZ FERNANDEZ

## I. DERECHO CIVIL

### 1. *Parte General*

1. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Ley aplicable a los nombres y apellidos de Munich, de 5 de septiembre de 1980.

Instrumento de ratificación de 26 de julio de 1989 ("BOE" del 19 de diciembre).

2. FUNDACIONES. Regulación en Canarias.

Ley del Parlamento de Canarias 1/1990, de 29 de enero ("BOE" del 6 de marzo).

3. DERECHO CIVIL DE BALEARES. Se establece la integración en el ordenamiento jurídico balear de la Compilación foral de 1961, modificando parcialmente su contenido.

Ley del Parlamento balear 8/1990, de 28 de junio ("BOE" del 14 de agosto).

### 2. *Derecho de obligaciones*

4. TRAFICO Y CIRCULACION DE VEHICULOS. Se aprueban las bases sobre tráfico, circulación de vehículos de motor y seguridad vial, que deberán ser desarrolladas mediante un texto articulado.

Ley 18/1989, de 25 de julio ("BOE" del 27).

---

(\*) Causas ajenas a nuestra voluntad impidieron la inclusión de esta sección en los anteriores números del Anuario (XLIII, I, II y III). Para asegurar la continuidad de la información y mantener, sin embargo, la deseable inmediación con la fecha de publicación de las disposiciones, se ha optado por ofrecer en este número una relación sistemática de las disposiciones de interés publicadas en el período 1 de julio de 1989, a 30 de septiembre de 1990, que se une a la reseña habitual referida al último trimestre de 1990.



5. CIRCULACION DE VEHICULOS. Texto articulado de la ley de bases sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial 18/1989, de 25 de julio. Real Decreto legislativo 339/1990, de 2 de marzo ("BOE" del 14).

### 3. *Derechos reales*

6. PROPIEDAD TERRITORIAL. Se establecen mecanismos de intervención administrativa en el régimen del suelo y en las transmisiones de terrenos en Navarra. Ley Foral 7/1989, de 8 de junio ("BOE" del 7 de octubre).

7. PROPIEDAD TERRITORIAL. Se aprueba el Reglamento de Costas, en desarrollo y ejecución de la Ley 22/1988, de 28 de julio. Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre ("BOE" del 12).

8. MONTES VECINALES EN MANO COMUN. Se aprueba una nueva regulación para Galicia. Ley del Parlamento de Galicia 13/1989, de 10 de octubre ("BOE" del 9 de febrero de 1990).

9. CENSOS. Regulación en Cataluña. Ley del Parlamento de Cataluña 6/1990, de 16 de marzo ("BOE" del 9 de abril).

10. PROPIEDAD TERRITORIAL. Regulación de la disciplina urbanística y territorial en las Islas Canarias. Ley del Parlamento de Canarias 7/1990, de 14 de mayo ("BOE" del 16 de junio).

11. PROPIEDAD HORIZONTAL. Se modifica el artículo 16 de la Ley de 21 de julio de 1960 para facilitar la adopción de acuerdos tendentes a la supresión de barreras que limiten la movilidad de personas con minusvalía. Ley 3/1990, de 21 de junio ("BOE" del 22).

12. PROPIEDAD TERRITORIAL. Reforma del régimen urbanístico y de las valoraciones del suelo. Ley 8/1990, de 25 de julio ("BOE" del 27).

13. RELACIONES ENTRE FUNDOS EN CATALUÑA. Regulación de la acción negatoria, las inmisiones, el derecho real de servidumbre y las relaciones de vecindad. Ley del Parlamento de Cataluña 13/1990, de 9 de julio ("BOE" del 1 de agosto).

14. PROPIEDAD TERRITORIAL. Se autoriza la refundición de la legislación urbanística de Cataluña. Ley del Parlamento catalán 12/1990, de 5 de julio ("BOE" del 1 de agosto).

### 4. *Derecho de familia*

15. PROTECCION DE MENORES. Se regulan las instituciones protectoras teniendo en cuenta las peculiaridades tradicionales aragonesas.

Ley de las Cortes de Aragón 10/1989, de 14 de diciembre ("BOE" del 5 de enero de 1990).

### 5. Derecho de sucesiones

16. DERECHO CIVIL DE CATALUÑA. Modificación de la regulación de la legítima (arts. 122 a 146 de la *Compilación*).

Ley del Parlamento catalán 8/1990, de 9 de abril ("BOE" del 8 de mayo).

## II. DERECHO REGISTRAL

17. NOTARIADO. Se aprueba su Arancel.

Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre ("BOE" del 28).

18. REGISTROS DE LA PROPIEDAD. Se aprueba su Arancel.

Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre ("BOE" del 28).

19. REGISTRO MERCANTIL. Se aprueba su nuevo reglamento.

Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre ("BOE" del 30).

20. REGISTRO DE LA PROPIEDAD. Se modifica el Reglamento Hipotecario regulando la informatización e identificación de fincas en el Registro, así como la eficaz presentación de documentos en Registro distinto al competente.

Real Decreto 430/1990, de 30 de marzo ("BOE" del 3 de abril).

21. REGISTRO MERCANTIL. Establece criterios sobre la aplicación de las normas sobre contabilidad y depósito de cuentas contenidas en la nueva regulación de las Sociedades Anónimas (texto refundido de 29 de diciembre de 1989).

Resolución-Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de abril de 1990 ("BOE" del 23).

## III. DERECHO MERCANTIL

22. DEUDA PUBLICA. Se regulan las cuentas financieras para realizar operaciones sobre Deuda del Estado representada por anotaciones en cuenta.

Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 7 de julio de 1989 ("BOE" del 8).

23. DEFENSA DE LA COMPETENCIA. Nueva ley reguladora que sustituye a la anterior de 20 de julio de 1963.

Ley 16/1989, de 17 de julio ("BOE" del 18).

24. LEGISLACION MERCANTIL. Adaptación de la legislación vigente a las Directivas de la CEE en materia de sociedades y reforma de otros extremos (Código de Comercio, Ley de Sociedades Anónimas y Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, principalmente).

Ley 19/1989, de 25 de julio ("BOE" del 27).

25. **BUQUES.** Régimen de abanderamiento, matrícula de buques y registro marítimo.

Real Decreto 1.027/1989, de 28 de julio ("BOE" del 15 de agosto).

26. **ENTIDADES DE CREDITO.** Se extiende el régimen de coeficientes a las entidades distintas a las de depósito. (Entidades oficiales de crédito, sociedades de crédito hipotecario, entidades de financiación y sociedades de arrendamiento financiero.)

Real Decreto 1.044/1989, de 28 de agosto ("BOE" del 31).

27. **CONTRATO DE SEGURO.** Se determinan las características de las operaciones de seguro prohibidas por el Real Decreto-ley 5/1989, de 7 de julio (art. 4).

Real Decreto 1.203/1989, de 6 de octubre ("BOE" del 7).

28. **ACTIVIDAD COMERCIAL.** Se ordena su desarrollo en Aragón.

Ley de las Cortes de Aragón 9/1989, de 5 de octubre ("BOE" del 4 de noviembre).

29. **MERCADO DE VALORES.** Regulación de las emisiones de valores, desarrollando el artículo 25 de la Ley del Mercado de Valores, de 28 de julio de 1988.

Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 14 de noviembre de 1989 ("BOE" del 25).

30. **ENTIDADES FINANCIERAS.** Se extiende el régimen del coeficiente de caja a las sociedades de arrendamiento financiero.

Real Decreto 1.530/1989, de 15 de diciembre ("BOE" del 19).

31. **PROTECCION DE LOS CONSUMIDORES.** Se establecen normas de actuación de las Entidades de crédito, en relación con tipos de interés, comisiones, información a clientes, reclamaciones y publicidad.

Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 12 de diciembre de 1989 ("BOE" del 19).

32. **SOCIEDADES ANONIMAS.** Se aprueba su texto refundido regulador, elaborado en ejecución de la Ley 19/1989, de 25 de julio.

Real Decreto legislativo 1.564/1989, de 22 de diciembre ("BOE" del 27).

33. **CONTRATO DE TRANSPORTE.** Regulación del seguro obligatorio de viajeros.

Real Decreto 1.576/1989, de 22 de diciembre ("BOE" del 28).

34. **DISCIPLINA DE MERCADO.** Se regulan las potestades administrativas en relación con el mercado interior y defensa de los consumidores.

Ley del Parlamento de Cataluña 1/1990, de 8 de enero ("BOE" del 16 de febrero).

35. **PROPIEDAD INDUSTRIAL.** Reglamento de Marcas, para la ejecución de la Ley 32/1988, de 10 de noviembre.

Real Decreto 645/1990, de 18 de mayo ("BOE" del 25).

36. CAJAS DE AHORROS. Regulación de las cuotas participativas en el capital de las entidades.

Real Decreto 664/1990, de 25 de mayo ("BOE" del 30).

37. TRANSACCIONES EXTERIORES. Se liberalizan las garantías exteriores, concedidas u obtenidas por residentes.

Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 19 de junio de 1990 ("BOE" del 30).

38. INVERSIONES EN EL EXTERIOR. Se regulan las inversiones en acciones de sociedades extranjeras emitidas en el mercado de valores español.

Resolución de la Dirección General de Transacciones Exteriores de 22 de junio de 1990 ("BOE" del 7 de julio).

## V. OTRAS DISPOSICIONES

39. MEDIDAS FINANCIERAS Y TRIBUTARIAS. Se modifica los tipos de las retenciones a cuenta en los Impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas y Sociedades y se prohíben ciertas operaciones de seguro.

Real Decreto-ley 5/1989, de 7 de julio ("BOE" del 8).

40. IMPUESTOS SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FISICAS Y SOBRE EL PATRIMONIO. Se adapta su regulación a los criterios establecidos por la sentencia del Tribunal Constitucional 45/1989, de 20 de febrero.

Ley 20/1989, de 28 de julio ("BOE" del 29).

41. REGIMEN FINANCIERO Y TRIBUTARIO. Se dictan medidas urgentes en materia presupuestaria, financiera y tributaria ante la finalización del año sin haber sido aprobados los Presupuestos Generales para 1990.

Real Decreto-ley 7/1989, de 29 de diciembre ("BOE" del 30).

42. GENERALIDAD DE CATALUÑA. Organización, procedimiento y régimen jurídico de su Administración.

Ley de Parlamento de Cataluña 13/1989, de 14 de diciembre ("BOE" del 12 de enero de 1990).

43. FUNCIONARIOS PUBLICOS. Reglamento general de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional.

Real Decreto 28/1990, de 15 de enero ("BOE" del 16).

44. APLICACION DE NORMAS TRIBUTARIAS. Se interpreta el alcance de la disposición adicional cuarta de la Ley de Tasas y precios públicos 8/1989, de 13 de abril.

Circular de la Dirección General de Tributos 4/1989, de 29 de diciembre ("BOE" del 17 de enero de 1990).

45. CONTRATO DE TRABAJO. Se fija el salario mínimo interprofesional para 1990.

Real Decreto 170/1990, de 9 de febrero ("BOE" del 10).

46. NUMERO DE IDENTIFICACION FISCAL. Se regula su composición y su régimen de utilización.

Real Decreto 338/1990, de 9 de marzo ("BOE" del 14).

47. PRESUPUESTOS DEL ESTADO. Se aprueban los Presupuestos Generales del Estado para 1990.

Ley 4/1990, de 29 de junio ("BOE" del 30).

48. MEDIDAS FINANCIERAS Y TRIBUTARIAS. Se mantiene la vigencia de las normas de esta naturaleza contenidas en el Real Decreto-ley 7/1989, de 29 de diciembre.

Ley 5/1990, de 29 de junio ("BOE" del 30).

49. FUNCIONARIOS PUBLICOS. Se regula su negociación colectiva y la participación en la determinación de sus condiciones de trabajo.

Ley 7/1990, de 19 de julio ("BOE" del 20).

50. VALLE DE ARAN. Regulación de su organización administrativa particular.

Ley del Parlamento de Cataluña 16/1990, de 13 de julio ("BOE" del 14 de agosto).

51. INGRESOS TRIBUTARIOS INDEBIDOS. Se regula el procedimiento administrativo para su devolución.

Real Decreto 1.163/1990, de 21 de septiembre ("BOE" del 25).

SELECCION de las disposiciones publicadas en el "BOE" durante el último trimestre de 1990.

## I. DERECHO CIVIL

### *1. Parte General*

1. CODIGO CIVIL. Reforma del Código civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo.

Ley 11/1990, de 15 de octubre ("BOE" del 18).

Esta disposición es objeto de estudio monográfico en este mismo número del Anuario por lo que omitimos su reseña en esta sección.

2. CODIGO CIVIL. Reforma del Código civil en materia de nacionalidad.

Ley 18/1990, de 17 de diciembre ("BOE" del 18).

También esta nueva reforma del Código civil es objeto de estudio detallado en este número de Anuario.

3. MEDICAMENTO. Se promulga la Ley del Medicamento.

Ley 25/1990, de 20 de diciembre ("BOE" del 22).

A) *Exposición:*

La presente norma, pese a su concisa denominación presenta un enorme interés, desmesurado diríamos nosotros si tomamos como punto de referencia lo escaso de la atención dispensada por los medios informativos a su tramitación. Viene a regular todo el ciclo económico seguido por los medicamentos, desde su fabricación hasta el momento en el cual llegan al poder de su destinatario final, estableciendo toda una serie de autorizaciones y registros administrativos preceptivos, tanto para estos productos como para sus fabricantes, distribuidores y almacenes mayoristas. Precisamente este apartado y el título tercero de la Ley ("De los ensayos clínicos") constituyen los puntos en torno a los cuales se pueden agrupar las más duras críticas a esta disposición, hasta el punto de sorprendernos enormemente la ausencia de un mayor debate que trascendiera incluso de las propias Cámaras en las que se aprobó. Por nuestra parte centraremos en estos temas nuestras observaciones a la ley presentada ya que en el futuro no dudamos serán objeto de polémica.

Las características específicas concurrentes en las especialidades farmacéuticas no pueden por menos que incidir en un medio tan eficaz de promoción de ventas cual es la publicidad. En este sentido se afirma la competencia del Ministerio de Sanidad y Consumo para determinar las especialidades farmacéuticas que pueden ser objeto de publicidad por concurrir en ellas los requisitos establecidos en el artículo 31.5 de la Ley. Aún así, el propio mensaje publicitario ha de someterse a autorización administrativa previa.

Otra consecuencia de la extraordinaria incidencia del interés público en esta materia, objeto asimismo de regulación expresa en esta ley, es el sistema de intervención en los precios de los medicamentos, establecido en el título octavo de aquella, así como el Régimen sancionador, detallado en el título noveno del mismo texto y dividido en dos capítulos, el primero de los cuales establece el sistema de inspección administrativa y las medidas cautelares adoptables en su caso, en tanto que el segundo contiene una prolija tipificación de infracciones (sistematizadas a su vez en leves, graves y muy graves) y de las sanciones aplicables a los sujetos responsables, con los correspondientes plazos de prescripción.

B) *Observaciones:*

Hemos dejado para este apartado la noticia y crítica de aquellos preceptos de la ley dedicados a la autorización, registro y condiciones de dispensación de las especialidades farmacéuticas, definidas por la ley como "el medicamento de composición e información definidos, de forma farmacéutica y clasificación determinados, preparado para su uso medicinal inmediato, dispuesto y acondicionado para su dispensación al público, con denominación, embalaje, envase y etiquetado uniformes al que la Administración del Estado otorgue autorización sanitaria e inscriba en el Registro de especialidades farmacéuticas" (arts. 8-6), por ser uno de los puntos más

conflictivos, a nuestro entender, de esta norma. Establecido en sus líneas maestras el procedimiento general, así como la posibilidad de que la administración simplifique estos trámites cuando se trate de medicamentos suficientemente conocidos por la autoridad sanitaria (art. 29 de la ley), existen ciertas alternativas entre la autorización y la denegación, las cuales no pueden por menos que movernos a la zozobra; nos limitaremos a llamar la atención en relación con las mismas, dado el objeto de estas líneas:

El artículo 22 establece la posibilidad de que el Ministerio de Sanidad y Consumo, por razones sanitarias objetivas, sujete a reservas singulares la autorización de las especialidades farmacéuticas que así lo requieran por su naturaleza o características. En particular se dice podrá limitarse la vigencia de la autorización a un período determinado y revisable, en función de los resultados que se obtengan con la utilización del medicamento, valorada tras los oportunos estudios. Resulta evidente el peligro de convertir al consumidor en sujeto de experimentación sin contraprestación alguna.

El artículo 38 regula la posibilidad de autorizar productos en fase de investigación clínica, previas las pruebas preliminares necesarias. Tal calificación abre las puertas a los llamados ensayos clínicos en cuyo marco, el párrafo cuarto del precepto meritado posibilita su aplicación en personas, siempre que se cumpla lo establecido en el título tercero de la ley.

La lectura del título tercero es conveniente sea abordada por aquellos que tengan especial inclinación hacia el estudio de temas relacionados con el objeto de los contratos (art. 1.271 del Cc) o con la ilicitud de la causa (art. 1.275 y sigs. del propio cuerpo legal). Evidentemente el tenor literal de la norma presentada incide directamente en este Título en el terreno de la protección de menores e incapaces, destacando muy especialmente cuando se compara con el Texto de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por España y de cuyo texto se da noticia en estas mismas páginas de *Información Legislativa*.

La razón del interés suscitado por el meritado título tercero consiste en que con autorización administrativa previo informe de un Comité Ético de Investigación Clínica (por cierto, las directrices relativas a la composición de tal comité vienen a imponer la necesidad de que uno al menos de sus miembros sea jurista, entre un equipo interdisciplinario compuesto por médicos, farmacéuticos de hospital, farmacólogos clínicos, personal de enfermería y personas ajenas a las profesiones sanitarias), se posibilitan ensayos clínicos en humanos sin interés terapéutico particular, regulándose el consentimiento del sujeto del ensayo en el artículo 60 de la Ley. Este consentimiento es revocable "ad nutum", reduciéndose en tal caso la contraprestación pactada de modo equitativo.

Se establece la necesidad de concertar un seguro cuando no exista interés terapéutico para el sujeto/objeto del ensayo (art. 62 de la ley) y la responsabilidad solidaria, aunque no medie culpa, del promotor, del investigador principal y del titular del hospital o centro en el cual el ensayo se hubiere realizado, para el caso de que el seguro no cubra enteramente los daños.

El párrafo tercero del propio artículo 62 acoge la presunción, si bien "iuris tantum", de que los daños, afectantes a la salud de la persona sujeto pasivo del ensayo, durante la realización del mismo y en el año siguiente a su terminación, se han producido como consecuencia del ensayo. Concluido el año, el sujeto del ensayo "está obligado a probar el daño y el nexo entre el ensayo y el daño producido". Desde

nuestro punto de vista, puramente civilista, no estamos ante obligación en sentido propio (art. 1.256 en relación con el 1.115 del Cc). Sin embargo, se consagra aquí con rango legal la posibilidad de que un sujeto, no afectado por el mal que el medicamento ensayado está destinado a aliviar, ponga en juego su vida, su salud, su integridad corporal a cambio de una contraprestación económica (que esperamos cuando menos sea exigible en caso de incumplimiento de los obligados a satisfacerla). El sujeto pasivo no estará, obligado en sentido técnico dado el carácter revocable de su consentimiento, pero a menudo estará impulsado por la necesidad; curiosamente en cambio, la ley se muestra exquisitamente escrupulosa al permitir, en su artículo 40.3, la denegación de la importación o la autorización como especialidades farmacéuticas de los medicamentos derivados de la sangre y del plasma “cuando aquélla no proceda de donaciones altruistas realizadas en bancos de sangre o centros de plasmogénesis ubicados en los países miembros de la CEE que reúnan las debidas garantías” (art. 40.3 de la ley).

Pero es que aun queda otro motivo de asombro mayor si cabe, porque el artículo 60.6 de la ley establece lo siguiente: “La instrucción y la exposición del alcance y riesgos del ensayo así como el consentimiento a que se refieren los dos apartados anteriores se efectuarán ante y será otorgado por el representante legal en el caso de personas que no puedan emitirlo libremente.

El apartado inmediatamente anterior al citado se refiere precisamente a la necesidad de que el consentimiento conste por escrito en el caso de ensayos clínicos sin interés terapéutico particular. Acúdase a cuantos criterios restrictivos se desee, pero este precepto posibilita, literalmente entendido, el consentimiento por representante legal para que personas que no pueden libremente emitir consentimiento sean sometidos a tales experimentos sin necesidad terapéutica. Eso sí, el párrafo segundo del artículo 60.6 exige la conformidad del representado “si sus condiciones le permiten comprender la naturaleza, importancia, alcance y riesgos del ensayo”. ¿Que significa no poder emitir libremente el consentimiento en una norma que parece redactada por profesionales de disciplinas extrajurídicas? Podría entenderse se trata de aquellos supuestos en los cuales el propio mal para cuya curación se considera adecuado el medicamento sometido a ensayo ha privado al paciente de las más elementales facultades cognoscitivas y volitivas, sin embargo ello queda desmentido por la referencia expresa a los dos apartados anteriores hecha en el artículo 60.6.

Corrija se a la mayor brevedad tal error, caso de existir, porque si negativa nos parece la admisión de ensayos con seres humanos sin interés terapéutico particular, entender el precepto meritado en relación con el artículo 1.263 de nuestro Código civil desborda toda crítica imaginable.

4. DERECHOS DEL NIÑO. Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Instrumento de Ratificación de 30 de noviembre de 1990 (“BOE” de 31 de diciembre).

A) *Exposición:*

Como se indica en el Preámbulo de la propia convención conscientes los Estados Partes de que, según se indica en la Declaración de los Derechos del Niño adop-



tada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”, han convenido en declarar una tabla de derechos, que si en unos casos constituyen el correlato de los contenidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos para toda persona, en otro vienen a contemplar específicamente el hecho de la infancia, estableciendo unas pautas mínimas que los Estados se comprometen a garantizar. Entre ellas cabe destacar la audiencia del niño “que esté en condiciones de formarse un juicio propio” en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte y la primacía de la satisfacción del interés superior del niño en materias tales como las relaciones personales y el contacto directo con ambos padres de modo regular, aún cuando esté separado de ambos o alguno de ellos, el sistema de adopción, en el caso de aquellos países que reconozcan o permitan tal institución o el reconocimiento de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño. No faltan en esta Declaración preceptos dirigidos a promover la actuación de los Estados miembros con el fin de que se evite la explotación, corrupción o maltrato físico del niño, incluyendo la supresión de la pena capital o la de prisión perpetua para los menores de dieciocho años que hayan delinquido.

#### B) *Observaciones:*

El texto, pese a lo loable que resulta la propia tarea de lograr un acuerdo en materia tan compleja como establecer una tabla de derechos capaz de unificar concepciones tan diferentes de la familia y de las relaciones paterno filiales como las imperantes en los diversos Estados Parte, merece quizá alguna crítica en lo relativo a su fuerza vinculante, según ha puesto ya de manifiesto la doctrina en otros países. Así, en sus artículos 43 a 45, se ha instituido un Comité de los Derechos del Niño para velar por la aplicación de esta Convención pero vacío de poderes de coerción directa y cuya autoridad derivará de la propia altura moral de los diez expertos (“de gran integridad moral y reconocida competencia en las esferas reguladas por la presente convención” según palabras de la propia Declaración), integrantes de la misma.

### 3. *Derechos Reales*

5. BIENES PUBLICOS: Regulación del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares.

Ley 11/1990, de 17 de octubre (“BOE” del 12 de diciembre).

#### A) *Exposición:*

La presente ley, en cuyo articulado se contienen también las disposiciones relativas a los bienes de dominio público de la propia comunidad, viene a ser por un lado fiel reproducción de la normativa contenida en la Ley del Patrimonio del Estado con algunas particularidades entre las que cabría destacar la suficiencia de un Decreto del Consejo de Gobierno para someter a arbitraje las contiendas suscitadas sobre los bienes o derechos patrimoniales las cuantías delimitadoras de la com-

potencia entre Presidencia, Gobierno y Parlamento para acordar la enajenación, la exclusión de las normas sobre adquisición, conservación, enajenación, permutas o cesiones gratuitas de bienes inmuebles, cuando tales actos constituyan el contenido de Convenios Urbanísticos celebrados entre la Comunidad Autónoma y el Estado o las Corporaciones Locales para la ordenación de terrenos; y el establecimiento de una serie de principios y cláusulas de obligada inclusión en relación con las concesiones y autorizaciones sobre el Dominio Público Autonómico.

Mención aparte merece sin embargo el apartado constitutivo del título V, que bajo el epígrafe “Responsabilidades y sanciones”, viene a establecer duras sanciones para los daños causados a los bienes de dominio público o privado de la comunidad por dolo, fraude o “negligencia culpable”, cuantificadas en atención al valor del deterioro originado.

#### B) *Observaciones:*

En cuanto al contenido del título quinto, merece la pena destacar las sanciones en el mismo establecidas en tanto consagradas de una responsabilidad “independiente” de la que corresponda en el plano civil o penal al que se deberá acudir cuando los hechos pudiesen constituir delito o falta” (art. 75 in fine). Nuevamente planea la sombra de la vulneración del principio “no bis in idem” para los hechos constitutivos de delito o falta y la rechazable utilización en los casos de ilícito civil de la potestad sancionadora para proteger bienes incluso patrimoniales, por el sólo hecho de pertenecer los mismos a un ente público. Además se proclama la obligación de “las personas ligadas a la Administración de la Comunidad Autónoma por una relación funcional, laboral o contractual” de “coadyuvar en la investigación, administración e inspección de los bienes y derechos del patrimonio de la Comunidad” (art. 74.2) (¿también el contratista de obras y el auxiliar administrativo?), pudiendo el Consejo de Gobierno, a propuesta de la Presidencia y previo expediente, imponer multa de hasta el doble del valor de los daños causados por incumplimiento de esta obligación “independientemente de las sanciones que fuesen procedentes en aplicación de la legislación sobre función pública” (otra vez el “non bis in idem”). Ciertamente estas disposiciones raramente son aplicadas, pero ello no hace sino unir a la deficiente tipificación de las conductas punibles (principio de legalidad en derecho sancionador) y a los defectos ya argumentados (reparado el daño el plus de sanción únicamente puede fundamentarse en la especial consideración del ente titular de los bienes), una negativa incidencia sobre la seguridad jurídica.

6. PROPIEDAD TERRITORIAL. Se establecen medidas para la Disciplina Urbanística en la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares.

Ley del Parlamento Balear 10/1990, de 23 de octubre (“BOE” del 12 de diciembre).

La presente ley promulgada por la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares en ejercicio de las competencias atribuidas por su Estatuto de Autonomía en materia de Ordenación del Territorio y Urbanismo, viene a sustituir la aplicación de la normativa contenida en el Reglamento de Disciplina Urbanística y quizá por ello peca de excesivamente reglamentarista en la regulación de aspectos tales como el procedimiento de concesión del licencia o el incidente de suspensión de actuación.

nes ilegales. Quizá entre las características más destacables de una ley que no altera esencialmente el texto reglamentario estatal podríamos destacar las siguientes:

1. La unificación y desarrollo de una serie de disposiciones relativas a las urbanizaciones de iniciativa particular, pudiendo destacar la exigencia de que los promotores constituyan, antes de iniciar las obras de urbanización, garantía por importe del 6 por 100 de la valoración total de éstas.

2. Se regulan los órganos de inspección urbanística y de servicios, así como el valor de sus actas (hacen fe en vía administrativa de los hechos constatados), confiriéndoles la consideración de agentes de la autoridad y estableciendo la necesidad de que cada Ayuntamiento tenga su propio Servicio de Inspección Urbanística o acuerde con el Consell Insular la prestación de tales funciones por el Servicio Insular de Inspección que se crea.

3. En el apartado correspondiente a las infracciones urbanísticas, junto al propio concepto de infracción se establece un más amplio catálogo de tipos, sistematizado en tres apartados:

- En materia de edificación y uso del suelo.
- En materia de gestión urbanística y parcelación.
- En materia de medio ambiente.

La más relevante división entre infracciones urbanísticas graves y leves sigue sin embargo fielmente el texto del Reglamento de Disciplina Urbanística por cuanto respecta a las calificables como graves.

En cuanto a las personas responsables, ninguna novedad, a no ser la referencia expresa al propietario como persona diferenciada del promotor, manteniéndose la referencia al constructor y al director de las obras.

4. Se registra con carácter general un incremento de las sanciones en relación con las establecidas en el Reglamento de Disciplina Urbanística, siguiéndose idéntico sistema porcentual para su concreta cuantificación.

Es de destacar la imposición de sanción a los adquirentes de parcelas procedentes de parcelaciones ilegales.

5. Se amplía el catálogo de circunstancias agravantes y se elimina la cita expresa como atenuante de la preterintencionalidad, regulándose la imposición de sanciones y los efectos de la concurrencia de circunstancias modificativas, de modo más respetuoso en líneas generales con el principio de legalidad que en el Reglamento de Disciplina Urbanística, siguiéndose casi al pie de la letra la regulación establecida en el Código Penal para la aplicación de las penas.

6. En cuanto a las medidas de protección de la legalidad urbanística, se establece un plazo de prescripción de ocho años a partir de la finalización de las obras realizadas sin licencia o contraviniendo las condiciones de ésta, ampliándose los supuestos de imprescriptibilidad y recogiendo expresamente el carácter de actividad continuada de las parcelaciones urbanísticas ilegales.

Los actos amparados en licencia u orden de ejecución que infrinjan de forma grave o muy grave la normativa urbanística vigente en el momento de su concesión o adopción dan lugar a la suspensión de la ejecución de las mismas e iniciación del procedimiento de revisión del acto administrativo remitiéndose el texto comentado a la Ley Reguladora de lo Contencioso-Administrativo sin que, en consecuencia, parezca registrarse modificación alguna en relación con este particular.

La disposición final primera viene a establecer la inaplicabilidad en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma del Reglamento de Disciplina Urbanística.

### III. DERECHO MERCANTIL

7. TRANSPORTES TERRESTRES. Se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres.

Real Decreto 1.211/1991, de 28 de septiembre ("BOE" de 8 de octubre).

Reglamento de desarrollo de la Ley 16/1987, que ya fuera presentada en este Anuario (fascículo IV del tomo XL, páginas 1.248-1.249).

Consta de 299 artículos sistematizados en ocho títulos, once disposiciones adicionales, siete transitorias y una extensísima disposición sobre derogaciones y vigencias. El texto sigue fielmente la propia estructura de la ley.

8. DEPORTE. Se promulga la Ley del Deporte.

Ley 10/1990, de 15 de octubre ("BOE" del 17).

#### A) *Exposición:*

Dentro del articulado de la presente ley, cuyo ambicioso objeto, definido en su artículo 1.º, viene constituido por la ordenación del deporte, de acuerdo con las competencias que corresponden a la Administración del Estado, cabría destacar, en primer término, la regulación de los entes asociativos de trascendencia en relación con la práctica deportiva, destacando las figuras de los clubes deportivos, las federaciones deportivas y las ligas profesionales.

Los clubes deportivos, definidos por la ley como asociaciones privadas, integradas por personas físicas o jurídicas que tengan por objeto la promoción de una o varias modalidades deportivas, la práctica de las mismas por sus asociados, así como la participación en actividades y competiciones deportivas, se subdividen a su vez en:

- Clubes deportivos elementales.
- Clubes deportivos básicos.
- Sociedades anónimas deportivas.

Entre estas modalidades "asociativas" destacan especialmente las sociedades anónimas deportivas, para las cuales se contienen en la ley una serie de particularidades respecto al régimen general de las Sociedades Anónimas. Entre ellas cabría destacar las relativas a las personas que pueden ser accionistas, las facultades de supervisión de la Liga Profesional correspondiente, los derechos de tanteo y retracto establecidos para el caso de enajenación a título oneroso de instalaciones deportivas propiedad de una SAD (establecidos en primer lugar en favor del Ayuntamiento del lugar donde radiquen y que, en caso de no ejercitarlo esta corporación, corresponden a la Comunidad Autónoma respectiva y, subsidiariamente al Consejo Superior de Deportes) o el alcance de la reserva legal que ha de ser constituida antes de que la SAD pueda repartir dividendos.

Se regulan también las Federaciones Deportivas, su organización, funciones y muy especialmente las normas relativas al régimen de administración y gestión de su presupuesto y patrimonio, contenidas estas últimas en el artículo 36.2 de la ley.

En el capítulo IV del título III se contiene el régimen jurídico de las Ligas Pro-

fesionales obligatorias en las Federaciones Deportivas donde exista competición oficial de carácter profesional e integradas, exclusiva y necesariamente, por todos los clubes que participen en la competición.

El capítulo V regula los Entes de Promoción deportiva definidos como asociaciones de clubes o entidades que tengan por finalidad exclusiva la promoción y organización de actividades físicas y deportivas con finalidades lúdicas, formativas o sociales y el capítulo VI, bajo el epígrafe de disposiciones comunes, acoge entre otras disposiciones, la posibilidad de que los clubes deportivos participantes en competiciones oficiales del ámbito estatal puedan ser reconocidos de utilidad pública, con la consecuencia, entre otras, de posibilitar la deducción en el Impuesto de Sociedades (en los términos fijados en el art. 13.M de la Ley de Impuesto) de las cantidades donadas por personas jurídicas a las asociaciones deportivas que reúnan tal calificación.

Dentro del título V, regulador del Comité Olímpico Español, se presenta especial interés la reserva en exclusiva a favor de dicha entidad de la explotación o utilización, comercial o no, del emblema de los cinco anillos entrelazados, las denominaciones “juegos olímpicos”, “olimpiadas” y “comité olímpico”, y de cualquier otro signo o identificación que por similitud se preste a confusión con los mismos, debiendo ser autorizada por dicho comité la utilización de aquellos emblemas y denominaciones (art. 49 de la ley).

Resulta también de particular interés, dentro del título IX de la ley, denominado “Prevención de la violencia en los espectáculos deportivos”, su artículo 63, que establece la responsabilidad disciplinaria, cuando proceda, de las personas físicas o jurídicas organizadoras de cualquier prueba, competición o espectáculo deportivo así como de los clubes participantes, por los daños o desórdenes que pudieran producirse en los lugares de desarrollo de la competición, en las condiciones y con el alcance que señalan los convenios suscritos por España sobre la violencia en el deporte, con independencia de las demás responsabilidades de cualquier tipo en que pudieran incurrir.

En este mismo título se recoge la necesidad de que los billetes de entrada informen de las causas por las cuales se puede impedir el acceso al recinto deportivo a los espectadores, causas de prohibición de acceso que también se habrán de incorporar a las disposiciones reglamentarias de los clubes y Ligas Profesionales y que se harán constar de forma visible en las taquillas y lugares de acceso a los recintos mencionados, sancionándose el incumplimiento de estas prescripciones con una concreta “exigencia de responsabilidades” y, en su caso, medidas disciplinarias.

Se tipifican una serie de infracciones divididas en tres grados: muy graves, graves y leves, con sus sanciones correspondientes y órganos competentes para su imposición, así como personas responsables, remitiéndose para lo no previsto expresamente al Reglamento de Policía de Espectáculos Públicos.

En cuanto a las instalaciones deportivas, reguladas en el título X de la ley, se establecen, entre otras, una serie de directrices para el acondicionamiento de aquéllas a efectos de seguridad, tanto para la ejecución de obras en instalaciones ya existentes como para la construcción de nuevas instalaciones.

La disciplina deportiva es objeto de regulación en el título XI, constituyéndose en el título XII la Asamblea General del Deporte con funciones de asesoramiento al presidente del CSD en las materias deportivas que se le encomienden.

En el título XIII se acoge la posibilidad de acudir a conciliación extrajudicial

con la finalidad de resolver las cuestiones litigiosas de naturaleza jurídico-deportiva, en los términos y bajo las condiciones de la legislación estatal sobre la materia. Se establece la posibilidad de que las normas estatutarias de los clubes deportivos, federaciones deportivas españolas y ligas profesionales, prevean un sistema de conciliación o arbitraje sujeto a unas reglas establecidas en la propia ley y se indica que las resoluciones adoptadas en estos procedimientos tendrán los efectos previstos en la Ley de Arbitraje.

En las disposiciones adicionales se contiene la normativa específica en relación con los clubes que, participando en competiciones oficiales de carácter profesional puedan mantener su estructura actual, así como con las deudas de los clubes que, en cumplimiento del plan de saneamiento de 1985 ha de asumir la Liga de Fútbol Profesional. Las disposiciones transitorias contienen aquellas normas relativas a la transformación de los clubes existentes y que participen en competiciones oficiales de carácter profesional en Sociedades Anónimas Deportivas.

#### B) *Observaciones:*

Se trata de una ley, como ya dijimos al comienzo, demasiado ambiciosa en cuanto a su objeto. Si regular en un mismo texto normativo órganos jurídico-públicos como el Consejo Superior de Deportes, entidades privadas como las Federaciones Deportivas con funciones públicas de carácter administrativo ejercidas por delegación y toda una serie de figuras asociativas tan diversas como puedan serlo los clubes deportivos elementales y las Sociedades Anónimas Deportivas ya es una labor ingente, pretender en el mismo texto abordar problemas tales como los del deporte de alto nivel (título VI), la investigación y enseñanzas deportivas (título VII), el control de las sustancias y métodos prohibidos en el deporte y seguridad en la práctica deportiva (título VIII), la prevención de la violencia en los espectáculos deportivos (título IX) y las instalaciones deportivas (título X) es ya tarea casi irrealizable con un mínimo detalle, haciéndose necesario bajo nuestro punto de vista un pronto desarrollo reglamentario.

Por otro lado, la declaración del deporte de alto nivel como interés para el Estado ya permite apreciar el auténtico sentido de la ley y la razón de curiosidades tales como la consistente en proclamar en el artículo 1.º2 que “la práctica del deporte es libre y voluntaria”, para luego decir en el artículo 3.º2 que “la educación física se impartirá como materia obligatoria en todos los niveles y grados educativos previos al de la enseñanza de carácter universitario”. No constituye un desarrollo propiamente del artículo 43.3 de la Constitución, sino más bien una regulación del llamado deporte de élite o deporte espectáculo, aludiéndose a la práctica deportiva más como medio (deporte base) para alcanzar grandes prestaciones en la denominada alta competición que como fin en sí mismo, o en todo caso como medio de alcanzar el desarrollo integral de la personalidad a que refiere el artículo 1.º2 de la propia ley y el artículo 10 de la Constitución.

9. INSTITUCIONES DE INVERSION COLECTIVA. Reglamento de la Ley 46/1984, de 26 de diciembre, de esta materia.

Real Decreto 1.393/1990, de 2 de noviembre (“BOE” del 16).

La modificación introducida por la disposición adicional sexta de la Ley 24/1984,

de 26 de diciembre, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva, tuvo una doble finalidad: de un lado, la adaptación de estas instituciones a la normativa comunitaria, representada principalmente por las Directivas 85/611 y 88/220 de la CEE y de otro la adecuación de tales entidades a la nueva regulación del Mercado de Valores establecida por la citada Ley 24/1988.

El Real Decreto del cual damos noticia, tiene como objetivo básico adaptar el Reglamento de la Ley 46/1984 (reseñado en este Anuario, XXXVIII-IV, disposición núm. 15 de la Información Legislativa), a las modificaciones en esta última norma, habiéndose optado por la aprobación de un nuevo Reglamento íntegro habida cuenta de la importancia y extensión de los preceptos afectados.

El nuevo Reglamento viene a seguir la estructura del anterior, incidiendo por tanto en los siguientes aspectos:

1. Normas generales sobre las inversiones de las Instituciones de Inversión Colectiva, regulación de participaciones significativas y deberes de información y publicidad en relación con las mismas; operaciones con los administradores o gestores y operaciones relativas a valores en régimen de mercado. En especial se regula el régimen de la autorización administrativa previa y el Registro de la Institución, así como las obligaciones de información.

2. Se establecen a continuación reglas específicas para las Sociedades y los Fondos de Inversión entre las cuales cabe citar especialmente las siguientes:

Capital y patrimonio mínimos, admisión a cotización en Bolsa y permanencia en la misma, aportaciones admisibles (dinero, valores admitidos a negociación en el mercado secundario oficial o activos financieros que, de acuerdo con las reglas de cada Institución, resulten aptos para cubrir sus coeficientes), número mínimo de accionistas y partícipes, normas específicas respecto a las reducciones por debajo del mínimo del patrimonio o del número de accionistas de estas entidades, régimen de las inversiones y coeficientes mínimos de liquidez, garantía y custodia de los activos y obligaciones frente a terceros.

3. De modo aún más concreto se establecen normas específicas para las Sociedades de Inversión, diferenciando las de capital fijo y las de capital variable. Respecto de las primeras se afirma la necesidad de someter a auditoría las cuentas anuales y el informe de gestión, siendo de aplicación el artículo 26.C de la Ley Reguladora del Mercado de Valores. Se regula asimismo la Comisión de Control de Gestión y Auditoría, que deberá constituirse a solicitud de un número de accionistas que representen al menos el 10 por 100 del capital social, y se establece el régimen de las inversiones, operaciones, cuentas anuales y resultados de estas entidades.

En cuanto a las Sociedades de Capital variable, se establecen sus límites de capital y, sobre todo, la compra o venta por la sociedad de sus propias acciones, determinándose los supuestos de intervención obligatoria. Las acciones deberán estar admitidas a cotización oficial, no conceden derecho de suscripción preferente y pueden emitirse a precio inferior al valor nominal. Otras particularidades de estas entidades hacen referencia al cálculo del valor teórico de las acciones, la reducción obligatoria del capital cuando el patrimonio descienda por debajo de las dos terceras partes de la cifra del capital suscrito siempre que transcurra más de un año sin que se haya recuperado el patrimonio y la oferta pública de adquisición que necesariamente ha de formular la sociedad si se excluyera la cotización oficial de sus acciones.

3. Reglas específicas para los Fondos de Inversión Mobiliaria. Se establecen normas estrictas para las Sociedades Gestoras de estos fondos, regulando el reglamento de gestión de los fondos, la inversión de su patrimonio, la suscripción y reembolso de las participaciones (la transmisión de éstas así como la constitución de derechos limitados y gravámenes sobre las mismas se remite en su regulación a lo dispuesto con carácter general para los valores negociables y si están representadas tales participaciones por anotaciones en cuenta, se afirma la plena aplicación de los arts. 5.º a 12 de la Ley del Mercado de Valores), la valoración del patrimonio de estos fondos y la determinación y distribución de sus resultados. También se regulan los límites máximos de las comisiones a percibir por las Sociedades Gestoras y Depositarias, el régimen de las cuentas anuales y normas relativas a la disolución y liquidación.

Los Fondos de Inversión en Activos del Mercado Monetario se singularizan por los títulos y efectos integrantes de su patrimonio, determinados por el Reglamento. El patrimonio se valorará diariamente y las comisiones de gestión son limitadas en forma similar a la establecida para los restantes Fondos, si bien reduciendo sus valores máximos.

5. Reglas específicas para Sociedades Gestoras y Depositarias. Podrán ser sociedades Gestoras de Instituciones de Inversión Colectiva las Sociedades Anónimas cuyo capital social se encuentre representado por acciones nominativas que reúnan los requisitos de organización, patrimoniales y de inversión que se detallan.

Depositarios podrán ser los Bancos, Cajas de Ahorro, incluida la Confederación de Cajas de Ahorro, la Caja Postal, las Sociedades y Agencias de Valores y las Cooperativas de Crédito. Se establece la prohibición de que una entidad sea depositaria de Fondos de Inversión gestionados por una sociedad perteneciente al mismo grupo ni de Sociedades de Inversión Mobiliaria de Capital Variable, en los que se dé la misma circunstancia, salvo se cumplan unas normas de separación que el propio Reglamento establece.

Las funciones y actuación de ambos tipos de entidades es objeto de detallada regulación por parte del Reglamento.

6. Auditoría e Inspección. La revisión y verificación de los documentos contables de las Sociedades de Inversión Colectiva se realizará de acuerdo con lo previsto en la Ley 19/1988 de Auditoría de cuentas y en las disposiciones que la desarrollen; la designación de expertos ha de recaer en alguna de las personas o entidades a que se refiere el artículo 6.º de la citada Ley de Auditoría y las circunstancias de tal designación es regulada por el Reglamento.

7. Régimen sancionador.

8. Instituciones de Inversión Colectiva no financieras. Se regulan haciendo remisión a lo dispuesto en la Ley 46/1984, por las disposiciones contenidas en el propio Reglamento y en su defecto por las leyes que resulten aplicables a la forma jurídica adoptada. La Auditoría e Inspección se somete a los mismos criterios ya indicados. Se establece que la valoración de sus activos se regirá por criterios objetivos fijados por el Ministro de Economía y Hacienda y, con su habilitación expresa, por la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Precisamente la auditoría habrá de extenderse a los sistemas de valoración utilizados.

9. Régimen fiscal de Sociedades y Fondos. El Reglamento detalla la tributación por los Impuestos de Sociedades y de Transmisiones Patrimoniales, con exención y reducción aplicables a las entidades cuyos títulos se coticen en Bolsa, así como el régimen de tributación de los socios o partícipes.



10. Sociedades Gestoras de Carteras. Desarrolla el Reglamento la preceptiva inscripción de estas sociedades (cuya proximidad funcional a las Instituciones de Inversión Colectiva es la causa sin duda de su inclusión en la norma objeto de presentación) en el Registro especial de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, así como el régimen aplicable (obligaciones de información, auditoría, actividades, supervisión, inspección y sanciones). La transformación de estas sociedades en Sociedades o Agencias de Valores viene regulada en la disposición adicional cuarta del Reglamento.

11. En la disposición adicional primera se establecen las normas a que habrá de ajustarse la comercialización en España de acciones y participaciones de Instituciones de Inversión Colectiva domiciliadas en otros Estados Miembros de la CEE y sometidas a las Directivas 85/611 y 88/220 del Consejo de la Comunidad.

La disposición adicional segunda recoge la posibilidad de que puedan comercializarse en España acciones y participaciones de Instituciones de Inversión Colectiva domiciliadas fuera de la CEE o no sometidas a las directivas señaladas anteriormente, siempre y cuando se cumplimenten los requisitos establecidos en la propia disposición adicional.

12. La disposición adicional tercera se dedica a la regulación de los requisitos a que ha de someterse la comercialización de acciones o participaciones de Instituciones de Inversión Colectiva españolas en el ámbito de la CEE.

13. Por último son de especial interés las previsiones establecidas en las disposiciones transitorias del Reglamento en orden a la adaptación de las Instituciones de Inversión Colectiva existentes a las modificaciones introducidas por la nueva normativa.

10. SEGUROS PRIVADOS. Se adapta el Derecho español a la Directiva 88/357 CEE, sobre libertad de prestación de servicios en seguros distintos al de vida, y de actualización de la legislación de seguros privados.

Ley 21/1990, de 19 de diciembre ("BOE" del 20).

La presente ley tiene la finalidad principal de adaptar la normativa vigente en materia de seguros al derecho comunitario.

La implantación de la libertad de prestación de servicios en seguros distintos al de vida en la CEE, objeto de la Directiva 88/357, de 22 de junio, afecta en gran medida a la Ley 33/1984, de 2 de agosto, sobre Ordenación del Seguro Privado y la adecuación entre ambos textos normativos ha llevado al legislador a operar en la ley nacional las oportunas modificaciones y adiciones con la finalidad de atender principalmente las siguientes necesidades:

1. La disciplina de las cesiones de cartera, que en un mercado comunitario ha de prever la posibilidad de que se operen cesiones entre establecimientos radicados en distintos estados, incluyendo además la posibilidad de contratos sobre riesgos en un tercer estado miembro.

2. La regulación de los denominados "grandes riesgos" situados bajo control administrativo, queda afectada por la aludida directiva al importe esta última la flexibilización de aquel control en atención al carácter de los tomadores.

3. La libertad de prestación de servicios supone la necesidad de extender, en lo procedente, el régimen del control administrativo a operadores establecidos en

el resto de la Comunidad Económica Europea. Así, tanto las operaciones concertadas sobre riesgos en España con aseguradores no establecidos en nuestro país, como los empresarios que operen en España desde otros Estados Comunitarios, suponen las dos vías características a través de las cuales operará la extensión de aquel control.

Se regulan así específicamente los seguros realizados en libertad de servicios y además el coaseguro comunitario.

En cuanto a la incidencia de la Directiva Comunitaria en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, reguladora del contrato de seguro, podríamos resumir del modo siguiente las modificaciones más destacables que de ella se sirivan:

1. Establecimiento de las imprescindibles reglas de Derecho Internacional Privado, que incluyen además la posibilidad de opción en cuanto a la ley aplicable a la póliza entre las alternativas y en los casos regulados por la Directiva 88/357.
2. Incremento de la operatividad atribuida a la autonomía de la voluntad en el campo de los denominados "grandes riesgos".
3. Nuevo Estatuto del Consorcio de Compensación de seguros, inexcusable al exigir el tratado de Adhesión la pérdida del carácter monopolístico del mismo en relación con los riesgos extraordinarios.

Adicionalmente, se utiliza la presente disposición para adaptar la normativa contenida en la Ley de Ordenación de Seguro Privado a la Directiva 87/343, sobre los Seguros de Crédito y Caucción y a la Directiva 87/344, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro de Defensa Jurídica.

La propia experiencia adquirida en la aplicación de la Ley 33/1984 y su adaptación al contenido de la STC 86/1989, de 11 de mayo, justifican algunas otras modificaciones de la meritada ley, todo lo cual, unido a la incidencia en este ámbito de la Ley 26/1988 sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, induce a su vez la necesaria modificación del Texto Refundido de la Ley Reguladora de la Producción de Seguros Privados, aprobado por Real Decreto Legislativo 1.347/1985, de 1 de agosto.

La sistemática seguida por el legislador en la presente norma ha consistido en estructurar su articulado del modo siguiente:

- Artículo 1.º: Modificaciones de la Ley 33/1984.
- Artículo 2.º: Adiciones a la Ley 33/1984.
- Artículo 3.º: Modificación de algunos preceptos de la Ley 50/1980 y adición de un título VI a la misma, regulador de las Normas de Derecho Internacional Privado.
- Artículo 4.º: Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros.
- Artículo 5.º: Modificaciones de la Ley Reguladora de la Producción de Seguros Privados.
- Artículo 6.º: Introducción del Contrato de Seguro de Defensa Jurídica en la Ley 50/1980.

11. AUDITORIA DE CUENTAS. Aprobación de su Reglamento, que desarrolla la Ley 19/1988, de 12 de julio.

Real Decreto 1.636/1990, de 20 de diciembre ("BOE" del 25).

El presente reglamento constituye el necesario desarrollo de la Ley 19/88, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas. Estructurado en siete capítulos, once disposiciones adicionales, cuatro transitorias, una derogativa y tres finales, comienza el Real Decreto por definir la actividad de auditoría de cuentas, estableciendo a continuación una clasificación de la misma en atención a los documentos contables objeto de examen y diferenciado así entre auditoría de cuentas anuales y trabajos de revisión y verificación de otros estados o documentos contables sujetos a la Ley 19/1988, al propio reglamento y a las normas técnicas de auditoría.

Regula a continuación ambas modalidades de la actividad de auditoría de cuentas, establece el deber de requerir y suministrar información de los auditores y empresas o entidades auditadas y proporciona normas específicas para la cuentas consolidadas, así como para el depósito y publicación en el Registro Mercantil de las cuentas anuales. Finaliza el primer capítulo del Reglamento regulando la emisión del informe de auditoría.

El segundo capítulo establece los contenidos que habrán de integrar las normas técnicas de auditoría, a elaborar por las corporaciones de derecho público representativas de quienes realicen la actividad de auditoría de cuentas, así como el procedimiento a seguir para su aprobación. Para su validez habrán de ser publicadas en el Boletín del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.

El capítulo tercero, bajo el epígrafe "Del Registro Oficial de Auditores de Cuentas" viene a establecer los requisitos que han de reunir las personas físicas para ser inscritas en este Registro Oficial.

Destaca entre estos requisitos la autorización del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas y la regulación de las condiciones que han de concurrir en los candidatos a obtener aquélla. Se regulan los cursos de enseñanza teórica y la formación práctica necesarios, así como el preceptivo examen de aptitud, convocatoria y tribunales. Asimismo se establecen los requisitos que han de reunir las sociedades para ser inscritas en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas, las situaciones de los auditores inscritos y sus incidencias, la información a remitir al Registro de Auditores y Sociedades de Auditoría y la Fianza a prestar en garantía de las responsabilidades en que pudieran incurrir aquéllos en el ejercicio de su actividad.

El régimen legal de incompatibilidades y de responsabilidad de los auditores, constituye el contenido del capítulo cuarto del Reglamento. En relación con las incompatibilidades, se intenta asegurar el necesario margen de independencia que garantice la objetividad del auditor en el ejercicio de su actividad. Por cuanto respecta a las responsabilidades, se establece la responsabilidad directa, solidaria e ilimitada tanto frente a las entidades auditadas, como frente a terceros, por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de sus obligaciones. En caso de realizarse la actividad por un auditor perteneciente a una sociedad de auditoría, la responsabilidad de sociedad y auditor es solidaria, en tanto los restantes socios auditores que no hayan firmado el informe de auditoría responden de forma subsidiaria y con carácter solidario entre sí.

Se regulan asimismo los deberes de secreto del auditor y de custodia por los auditores y las sociedades de auditoría, durante un plazo de cinco años a contar desde el informe, de la documentación relativa a cada actividad realizada.

El régimen de infracciones, sanciones, procedimiento sancionador y prescripción de infracciones y sanciones viene establecido por el capítulo V del Reglamento.

El capítulo VI establece el control técnico de la actividad auditora a cargo del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas y su régimen jurídico, pudiendo ser realizado de oficio, a través de Planes de Control aprobados por el presidente del Instituto, previo informe del Comité Consultivo, o a instancia de parte interesada. El expediente en que el control técnico se sustancia es objeto de detallada regulación por parte del Reglamento.

En el capítulo VII se regulan las Corporaciones representativas de auditores y sus funciones.

En las disposiciones adicionales, entre otros contenidos, destaca el establecimiento de normas precisas en relación con las Entidades aseguradoras y las Sociedades Cooperativas cuyas cuentas anuales han de ser sometidas a auditoría.

Las disposiciones transitorias detallan los plazos que los auditores de cuentas soliciten del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas su inclusión en cualquiera de las situaciones a que alude el propio texto legal (ejercientes, prestando servicios por cuenta ajena o no ejercientes), así como para que las sociedades de auditoría presten la fianza y remitan la información que en el Reglamento se establece.

## V. OTRAS DISPOSICIONES

12. EDUCACION. Se promulga la Ley Orgánica de Ordenación General del Sistema Educativo.

Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre de 1990 ("BOE" del 4).

Esta ley, referida a la Ordenación General del Sistema Educativo integra tanto la enseñanza pública como la privada y la enseñanza privada concertada. Persigue finalidades tan ambiciosas como la ampliación de la educación básica hasta los dieciséis años de edad y configura esta educación básica con los caracteres de obligatoriedad y gratuidad.

Reordena además el sistema educativo, estableciendo una completa serie de etapas:

1. Educación infantil.
2. Educación primaria.
3. Educación secundaria, comprensiva esta de la educación secundaria obligatoria, del bachillerato y formación profesional de grado medio.
4. Formación profesional de grado superior.
5. Educación universitaria.

Persigue esta ley la efectiva prestación de una enseñanza secundaria para todos los españoles, reformando además las enseñanzas de formación profesional.

La enseñanza básica tiene una duración de diez años, ampliándose en dos la actualmente existente y se extiende desde los seis años hasta los dieciséis. Abarca tanto la educación primaria como la educación secundaria obligatoria. La fijación de las enseñanzas mínimas constitutivas de los aspectos básicos del currículo se atribuye al Gobierno, confiándose a las administraciones educativas competentes, respetando estos contenidos mínimos, la facultad de establecer el currículo de los diferentes niveles, etapas, ciclos, grados y modalidades.

Tras cuatro años de educación secundaria se accede al bachillerato, el cual es objeto de nueva regulación legal. El fin atribuido a este bachillerato es lograr la adecuada preparación bien para la vida activa o bien para continuar estudios posteriores en la doble vía de la formación profesional de grado superior o de los estudios universitarios.

Para acceder a la Universidad será preciso superar una prueba de acceso valorativa de la madurez académica del alumno y de sus conocimientos adquiridos durante el bachillerato.

Se intenta nuevamente acometer una necesaria reforma de la formación profesional. Así, se estructura ésta según el siguiente esquema:

a) Formación profesional de base: Se adquirirá por todos los alumnos en la educación secundaria.

b) Formación profesional específica, subdividida a su vez en:

— Formación profesional de grado medio: a este grado es posible acceder al completar la educación básica, estando por tanto en posesión del título de Graduado en Educación Secundaria; resulta por ello una vía alternativa al bachillerato.

— Formación profesional de grado superior: a estos estudios se accede estando en posesión del Título de Bachiller.

La presente ley regula asimismo enseñanzas tales como las de música, danza, arte dramático, artes plásticas y diseño.

Es considerado también el problema de la cualificación y formación del profesorado, así como los de programación docente, recursos educativos, función directiva, innovación e investigación educativas, orientación educativa y profesional, inspección educativa y muy especialmente el de evaluación del sistema educativo, creándose al efecto un organismo autónomo "ad hoc" el Instituto Nacional de Calidad y Evaluación, que se pretende cuente con la participación de las Comunidades Autónomas.

Se establecen una serie de pautas y mandatos a los poderes públicos y a las administraciones educativas con el fin de que lleven a cabo una política de becas y ayudas al estudio, así como de oferta de plazas escolares que compense la desigualdad social de partida.

Además se intenta llevar a efecto la idea de una educación permanente, desarrollando una política de educación para personas adultas, además de establecerse las necesarias previsiones en relación con las equivalentes y adaptación de los títulos existentes. Asimismo se acogen las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos docentes.

Resulta también de interés la modificación de algunos preceptos de la Ley Orgánica del Derecho a la Educación referidos a los centros docentes, así como la normativa reguladora de la adaptación de estos centros o de la atribución a cuerpos docentes de las enseñanzas de régimen general y especial, condiciones de ingreso en tales cuerpos, movilidad de profesorado, competencia y cooperación de los municipios y demás disposiciones reguladoras de los regímenes transitorios de centros y docentes.

13. **MEDIDAS FISCALES.** Se establece una serie de medidas fiscales urgentes.

Real Decreto-ley 5/1990, de 20 de diciembre ("BOE" del 21).

El presente Real Decreto-ley viene a resolver provisionalmente el problema derivado del retraso en la tramitación de las nuevas regulaciones legales de los Impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas y sobre el Patrimonio. Se acude así a la prórroga de los capítulos primero y segundo y de la disposición adicional cuarta de la Ley 20/1.989, añadiendo las modificaciones anuales de adaptación de tales tributos, y considerando además las modificaciones del Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado, en tramitación.

Se adelanta asimismo la aplicación de medidas referidas al Impuesto de Sociedades sobre aplicación de las disposiciones fiscales y contables en la determinación de los incrementos y disminuciones patrimoniales y de los rendimientos societarios.

En relación con el Impuesto de Sociedades, resulta de interés también la calificación de las repercusiones fiscales de las cesiones con pacto de recompra por las entidades de crédito de certificados del Banco de España.

14. DOBLE IMPOSICION. Convenio entre el Reino de España y los Estados Unidos de América para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal respecto de los impuestos sobre la renta.

Instrumento de Ratificación de 25 de octubre de 1990 ("BOE" de 22 de diciembre).

Se desarrolla el presente convenio a lo largo de treinta artículos, a través de los cuales se establecen las medidas oportunas en evitación de la doble imposición respecto de los impuestos españoles sobre la Renta de las Personas Físicas y sobre Sociedades y los Tributos Estadounidenses denominados Impuesto Federal sobre la Renta, establecido en el Código de Rentas Internas (excluidas las contribuciones a la Seguridad Social) e Impuestos especiales sobre las primas de seguros pagadas a aseguradores extranjeros (en la medida en que los riesgos cubiertos no hayan sido reasegurados con personas que no tengan derecho a la exención de dichos impuestos con arreglo al propio convenio o a cualquier otro aplicable a los mismos) y sobre fundaciones privadas.

Con la suscripción de este Convenio se suple una importante carencia que dificulta las transacciones financieras entre ambos países.

15. FONDO DE COMPENSACION INTERTERRITORIAL. Regulación. Ley 29/1990, de 26 de diciembre ("BOE" del 27).

La Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas, establecía en su artículo 16 de los principios generales a los cuales debía ajustarse el Fondo de Compensación Interterritorial, exigido por el artículo 158.2 de la Constitución con la finalidad de corregir desequilibrios económicos interterritoriales y hacer efectivo el principio de solidaridad.

La Ley 7/1984, de 31 de marzo, en cumplimiento de la previsión establecida por la anteriormente citada LOFCA, reguló el Fondo de Compensación bajo la premisa de su necesaria utilización no sólo para materializar el aludido principio de solidaridad, sino también para procurar la adecuada financiación de las nuevas inversiones relativas a los servicios transferidos de las nuevas inversiones relativas a los servicios transferidos por el Estado. En el momento actual, la norma objeto de la presente glosa viene a responder tanto a la necesidad de terminar con la doble fi-

nalidad citada como a evitar la desviación de sus recursos hacia los territorios paradójicamente más desarrollados. Otro factor tenido en cuenta por el legislador es el constituido por la necesidad de armonizar el mecanismo comunitario representado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional con el Fondo de Compensación Interterritorial, de manera que ambos instrumentos se complementen.

Esquemáticamente expuesto, el contenido de la norma objeto de estas líneas es el siguiente:

- Base del cálculo para la fijación de la cuantía anual del fondo.
- Comunidades Autónomas perceptoras.
- Criterios de distribución del fondo entre las Comunidades Autónomas perceptoras.
- Destino de los recursos del Fondo.
- Control parlamentario de los proyectos financiados con cargo al Fondo y competencias del Tribunal de Cuentas del Estado y, en su caso, de los Tribunales de Cuentas Autonómicos en relación con aquellos proyectos.

16. PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO. Se aprueban los Presupuestos Generales del Estado para 1991.

Ley 31/1990, de 27 de diciembre ("BOE" del 28).

Tradicionalmente la Ley de Presupuestos General del Estado viene siendo criticada por la Doctrina, debido a la conocida incorporación en su articulado de normas reguladoras de las materias más diversas. Esta preocupación doctrinal lejos de ser debida a motivos puramente académicos nos parece plenamente justificada aun cuando únicamente sea por las especialidades inherentes a la tramitación del Proyecto de Ley de Presupuestos (arts. 133 a 135 del Reglamento del Congreso y 148 a 151 del Reglamento del Senado), por la mayor dificultad que presenta el conocimiento de algunos preceptos y por las dudas fundadas existentes en torno a si las normas incorporadas en una Ley de Presupuestos están en todo caso sujetas a la limitación temporal contenida en el artículo 134.2 de la Constitución, dudas todas ellas que no es adecuado abordar en esta sección.

Admitiendo pues, ante la fuerza de los hechos, la inclusión de las más variadas disposiciones en la Ley de Presupuestos, vamos a señalar algunos de los aspectos más relevantes de la promulgada para el presente ejercicio:

1. Se introduce en la Ley General Presupuestaria una regulación de las subvenciones y ayudas públicas que aspira al propio tiempo a llenar el vacío normativo existente en esta materia y a controlar el gasto público.
2. Las Sociedades Estatales son objeto de atención por parte del legislador principalmente en cuanto al proceso de elaboración de sus programas de actuación, inversiones y financiación.
3. Como viene siendo habitual se incorporan disposiciones tendentes a adecuar el sistema tributario a la evolución de la inflación, así como a las directrices de política económica marcadas por el gobierno, siendo en la presente Ley de Presupuestos las novedades de mayor interés las siguientes:

- La ausencia de disposiciones relativas a los Impuestos sobre la Renta y so-

bre el Patrimonio dado que se esperaba que estas materias fueran reguladas por sus respectivas Leyes de Reforma. Ello no pudo ser así y en esta misma sección se da noticia del Real Decreto-ley 5/1990, de Medidas Fiscales Urgentes, promulgado con el objeto de llenar el consiguiente vacío normativo para el ejercicio de 1991.

— En cuanto al Impuesto de Sociedades, además de las modificaciones introducidas por la presente disposición en relación con los tipos de gramaven, pagos a cuenta, deducciones por inversiones y creación de empleo y recursos de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación habrán de tenerse en cuenta las adelantadas por el Real Decreto-ley anteriormente citado, para lo cual remitimos al lector al apartado de la información legislativa de este mismo número en el cual se da noticia de aquél.

— El Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones es actualizado con la finalidad de compensar el previsible incremento experimentado por los valores catastrales.

— En el Impuesto sobre Bienes Inmuebles, se establece un coeficiente de actualización del 50 por 100 para los bienes de naturaleza rústica en tanto los de naturaleza urbana se ven incrementados en un 5 por 100, quedando revocados y sin efecto los valores fijados y resultantes de las ponencias de valores publicados durante los tres primeros trimestres de 1990 y autorizándose al Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria a modificar tales ponencias en el marco de lo dispuesto por la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales.

4. En cuanto a los Organismos Autónomos estatales, se autoriza al gobierno a suprimir mediante Real Decreto tales entidades, creadas mediante Ley, si concurren determinados requisitos así como a refundir o modificar su regulación.

La propia Ley de Presupuestos otorga tal configuración jurídica a la Biblioteca Nacional, creando además el Instituto Nacional de Fomento de la Economía Social, el cual asumirá entre otras, las funciones atribuidas a la Dirección General de Cooperativas y Sociedades Anónimas Laborales y las Fundaciones Laborales. También se crean los Organismos Autónomos “Correos y Telégrafos” y “Centro Español de Metrología”.

5. Bajo el epígrafe “De las Sociedades Estatales”, el capítulo III del título VIII de la ley traza las líneas maestras de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, sujetando su contratación, que se desarrollará en régimen de Derecho Privado, a los principios de publicidad, concurrencia, salvaguardia del interés de la Entidad y homogeneización de comportamientos en el Sector Público.

6. En materia de financiación de las Corporaciones Locales y Comunidades Autónomas, para las primeras se mantiene el sistema diseñado por la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, en tanto para las segundas se establece transitoriamente la solución establecida en la Ley de Presupuestos para 1990, en tanto no fuera aprobada la Ley Reguladora del Fondo de Compensación, promulgada el 26 de diciembre (Ley 29/1990) y de la cual damos noticia en estas mismas páginas.

7. Se establece en la disposición adicional segunda el interés legal del dinero en el 10 por 100 hasta el 31 de diciembre de 1991, siendo el interés de demora establecido para las deudas tributarias, no obstante, el del 12 por 100.

8. La disposición adicional sexta permite la contratación de seguros que cubran la responsabilidad civil profesional del personal al servicio de la Administración del Estado en el que concurren circunstancias que hagan necesaria dicha cobertura.



9. La legislación reguladora de inversiones extranjeras es objeto de diversas modificaciones, dando nueva redacción al artículo 20 del texto articulado de la Ley de Inversiones Extranjeras en España; se exceptúa asimismo de lo dispuesto en la disposición adicional tercera del mencionado texto y en las disposiciones adicionales segunda, tercera y cuarta de su Reglamento de Gobiernos y Entidades Oficiales de Soberanía de Estados Comunitarios. Por último, el artículo 25.6 del Reglamento citado, aprobado por Real Decreto 2077/86, de 25 de septiembre, es dejado sin efecto para las inversiones extranjeras efectuadas en España por residentes en Estados miembros de la CEE.

10. En la disposición adicional decimotercera se contiene bajo el epígrafe de "régimen fiscal de las Entidades Deportivas" la nueva redacción dada a la disposición adicional sexta de la Ley 10/1990 del Deporte desde la entrada en vigor de esta última disposición legal, objeto de cita en estas mismas páginas.

# BIBLIOGRAFIA

## Libros

### **ACADEMIE POLONAISE DES SCIENCES. COMITE DES SCIENCES JURIDIQUES: "Rapports polonais présentés au treizième Congrès International de Droit Comparé", Ossolineum, Wroclaw, 1990, 294 págs.**

Una doble utilidad presentan los volúmenes colectivos nacionales que habitualmente publican bastantes países en los Congresos Internacionales de Derecho Comparado(1): ofrecer información de primera mano sobre ordenamientos jurídicos, en ocasiones, poco conocidos, y suministrar material comparativo para la utilización de este método de enseñanza e investigación cada vez más empleado. Pero en el caso de Polonia se añade una utilidad adicional ya que, de modo expreso, en atención a la fecha de celebración del Congreso de Montreal (agosto de 1990), el presente volumen ofrece interesantes aspectos de los profundos cambios jurídicos que en los países del Este europeo está propiciando la transformación del estado socialista en estado de libertades.

Precisamente el profesor Witold Czachorski, Emérito de la Universidad de Varsovia y presidente de la Comisión encargada de proponer los cambios legislativos, se ocupa de exponer el tema: "Le changement de modèle juridique en droit civil polonais. Quelques remarques." Con fino sentido del humor destaca "le bon conseil des dirigeants des grands pays de ce côté; qu'il faut que le pays débiteur soit laborieux, discipliné et bien organisé". En realidad la vía de la reforma debe abrazar a la vez los aspectos económicos y los políticos; hay que detener la inflación, pagar las deudas del estado, lo que exige un considerable esfuerzo de la población para aumentar la producción de bienes aptos para ser exportados; el efecto beneficioso tardará algún tiempo en hacerse notar, y mientras tanto se espera recibir cierta ayuda de los países occidentales.

En cuanto a los cambios jurídicos, el autor enumera: 1. Reformas de las instituciones estatales hacia el pluralismo político con la eliminación del dirigismo unilateral del partido comunista; 2. Liquidación del sector de economía planificada aunque se mantengan algunos privilegios para la propiedad estatal; 3. Introducción de la economía de mercado, lo que supone apoyo a la actividad de cualquier sujeto

---

(1) Sobre el XIII Congreso Internacional de Derecho comparado *vide* mi Crónica en ADC, 1990, p. 927 ss., en donde expongo el temario general al que me remitiré en esta recensión.

cuya actividad contribuya a la reforma económica del país, lo que supondrá además modificación de numerosas instituciones civiles; 4. Reducción de los monopolios, tanto interiores como exteriores; 5. Reforzamiento del sistema bancario y nueva política impositiva; 6. Protección del entorno ambiental; 7. Protección de la producción agraria para crear un mercado libre de estos productos.

Centrándose en los temas de Derecho Civil del profesor Czachorski alude al problema esencial de la configuración del derecho de propiedad, eliminando la preponderancia de la propiedad estatal; para ello se crea un gran Fondo de propiedad del Tesoro, dejando a las demás entidades que se rijan por las reglas ordinarias del derecho civil en régimen de igualdad. También se plantean problemas a propósito de la propiedad municipal, de su organización independiente de la estatal, de la diferenciación entre los bienes productivos y los destinados a servicios públicos. En relación con el Derecho de obligaciones se plantea la necesidad de que los Tribunales protejan a la parte débil frente a quien detenta un monopolio. En el ámbito del Derecho agrario, y pese a que el 75 por 100 de la propiedad agraria estaba en manos privadas, hay que cambiar la orientación de la política económica a fin de permitir a los campesinos mayor libertad para acceder a la propiedad de la tierra y modernizar sus explotaciones.

Otras Ponencias versan sobre aspectos concretos del Derecho civil. Así la del profesor Wojcik sobre las personas jurídicas, cuyo régimen se verá también afectado por las reformas en curso; la de la profesora Biruta Lewaszkiwicz, sobre la situación actual de la responsabilidad civil de los médicos, que considera satisfactoria en términos generales; la del profesor Radwanski sobre la responsabilidad precontractual; la de los profesores Maczynski y Pazdan sobre la adopción internacional y en Derecho Internacional Privado; la del profesor Bleszynski sobre el derecho de autor frente a las nuevas tecnologías. En materia laboral, la del profesor Sewerynski, en el importante tema de la influencia de la reforma económica en el Derecho laboral en Polonia.

El volumen presenta caracteres análogos a los que en Congresos anteriores ha editado la Academia Polaca de Ciencias, sobria presentación material y cuidada traducción al francés o inglés de las Ponencias.

Es de desear a nuestros colegas polacos que acierten en la elaboración del adecuado régimen jurídico que contribuya a un resurgimiento gradual y efectivo de un país en el concierto europeo, superando las no escasas dificultades que surgirán en un camino.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

**CAÑIZARES LASO, Ana: "El reconocimiento testamentario de la filiación", Editorial Montecorvo, S. A., Madrid, 1990, 286 págs.**

El presente libro constituye la tesis doctoral de su autora, en la actualidad profesora titular de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid, cuya lectura, en enero de 1989, obtuvo la máxima calificación.

La presente obra no trata sólo, como pudiera parecer de su título, del reconocimiento testamentario de la filiación, sino que va más allá, analizando, con gran profundidad y seriedad, si es verdadero testamento aquél cuyo único contenido es exclusivamente patrimonial, y, por tanto, ausente de disposición de bienes. El análisis del reconocimiento testamentario viene motivado porque se trata de la dispo-

sición no patrimonial que mayores problemas plantea, por lo que su estudio es el más adecuado a la hora de entender el contenido no patrimonial del testamento y con ello el régimen jurídico del acto testamentario.

En nuestro Derecho, las disposiciones no patrimoniales pueden constituir el único contenido del testamento. Así se deduce claramente, tras la reforma de la filiación de 1981, del actual art. 741 CC. Pero incluso antes de la reforma se admitía tal posibilidad, aunque no de forma tan expresa como ocurre en la legalidad vigente.

En el Capítulo I analiza el contenido del testamento. Y en tal sentido parte la autora del no poco conflictivo art. 667 CC (“el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos, se llama testamento”). ¿Contiene tal precepto la definición de testamento? ¿Sólo es testamento aquél que contiene disposición de bienes? En base a dicho precepto, y dado que el Código admite que en testamento se contenga disposiciones de carácter no patrimonial, parte de la doctrina ha distinguido entre testamento en sentido material o sustancial (que comprendería las disposiciones patrimoniales) y testamento en sentido formal (que comprendería aquellas disposiciones no patrimoniales, y que no serían un verdadero testamento, sino que únicamente utilizarían la forma testamentaria); en consecuencia con tal postura doctrinal, el testamento cuyo único contenido sea no patrimonial, no constituiría un testamento en sentido material, sino que sólo utilizaría la forma testamentaria.

Frente a esta posición, la autora mantiene que el art. 667 no define el testamento; el art. 667 CC no establece que el testamento sea el acto por el cual una persona dispone de todos o parte de sus bienes para después de su muerte, sino que el acto por el que una persona dispone de todos o parte de sus bienes para después de su muerte se llama testamento. El art. 667 CC no define el testamento, sino que lo que está definiendo es la disposición de bienes para después de la muerte, y que dicha disposición de bienes “post mortem” debe hacerse en testamento (con lo que excluye la donación “mortis causa” y el contrato sucesorio).

En el Capítulo II se analiza la estructura del negocio jurídico testamentario, realizando un detallado examen de los supuestos de hecho negocial: la declaración de voluntad, la forma, la causa y la muerte, estando estos dos últimos elementos íntimamente unidos. Y llega a la conclusión de que la patrimonialidad del testamento, o mejor dicho, la disposición sobre los bienes, no es un elemento del supuesto de hecho testamentario, en el sentido de elemento necesario a la noción de testamento. Si bien lo frecuente es que un testamento y disposición de bienes se hallen de tal manera unidos que no se pueda considerar el testamento carente de contenido patrimonial como verdadero testamento.

Los Capítulos III al V tratan en concreto del reconocimiento testamentario de la filiación. La idea básica de los mismos podría formularse de la siguiente forma: ¿se trata de una disposición testamentaria o por el contrario conserva su propia naturaleza y esencia? La conclusión a que llega la autora es que el reconocimiento testamentario es una disposición testamentaria, tanto desde el punto de vista formal como causal.

En el Capítulo III trata de los requisitos personales y formales del reconocimiento testamentario. Se analizan cuestiones como la capacidad para reconocer en testamento, distinguiendo entre el menor de edad y el incapacitado; el sujeto reconocido, deteniéndose en el reconocimiento del hijo ya fallecido, previsto en el art. 126 CC (proponiendo su admisión aunque no existan descendientes que lo consien-

tan), así como en el reconocimiento del nasciturus (admisible según los arts. 29 y 644 CC, pero que plantea graves problemas en el caso del reconocimiento unilateral paterno, debido a la prohibición contenida en el art. 122 CC); los tipos o clases de testamento en que se puede otorgar el reconocimiento, que, frente a algún autor que mantiene que sólo se puede reconocer en testamento notarial abierto, propugna la autora que es admisible todo tipo de testamentos, ya sean comunes o especiales, y por último se estudian los requisitos complementarios exigidos al reconocimiento en los arts. 123 y 124 CC.

En el Capítulo IV se estudia la eficacia del reconocimiento testamentario, cuestión muy problemática hasta época reciente. Con anterioridad a la reforma de la filiación, se admitía la eficacia "inter vivos" del reconocimiento testamentario. Es decir, el reconocimiento era eficaz desde su otorgamiento, aunque el testador aún no hubiese fallecido. Tal postura tenía su apoyo legal en la Real Orden de 17 de mayo de 1917 y en el art. 254 del Reglamento Notarial de 1944; y su argumento podría encontrarse en la irrevocabilidad del reconocimiento: si el reconocimiento es un acto esencialmente irrevocable (a diferencia del testamento), ¿qué sentido tenía el esperar a la muerte del testador para que el reconocimiento fuese eficaz? Tal reconocimiento debía tener una eficacia inmediata, aunque estuviese contenido en testamento y no hubiese fallecido el testador.

Pero tal criterio ha sido corregido en los últimos años por la Dirección General de los Registros y del Notario (principalmente a partir de la resolución de 22 de julio de 1985), criterio que ha sido confirmado por el art. 188 del Reglamento del Registro Civil, tras su reforma de 1986. En la legalidad actual, el reconocimiento testamentario de un menor o incapaz es eficaz, sin necesidad del consentimiento del representante legal del reconocido o de la aprobación judicial, si se acredita el fallecimiento del testador. Pero en vida del testador, si se pretende que tal reconocimiento sea eficaz, es necesaria la concurrencia de tal consentimiento o aprobación, al igual que el reconocimiento efectuado en otro documento público (lo que implica que tal testamento ha de ser notarial abierto).

El Capítulo V analiza la ineficacia del reconocimiento testamentario. El art. 741 CC, cuando expresa que es válido el reconocimiento otorgado en testamento, aunque sean nulas el resto de las disposiciones testamentarias, parte de la validez del testamento como tal acto. La validez del reconocimiento testamentario depende de la validez del testamento. Pero si el testamento es estructuralmente ineficaz, el reconocimiento es ineficaz como otorgado en testamento. El tipo de sanción que corresponda al testamento, también corresponderá al reconocimiento, si bien, en su caso, podrá servir el mismo como medio de prueba de la filiación (art. 135 CC), aunque no para determinarla legalmente.

En definitiva, se trata de un interesante trabajo, muy bien planteado, expuesto con gran habilidad, de fácil lectura debido al estilo admirablemente claro de su autora, y que pone fin a numerosas cuestiones sobre las que existía cierta desorientación.

JUAN POZO VILCHES

**LAUROBA LACASA, María Elena: "El pago al acreedor incapaz (análisis del artículo 1.163.1 del Código civil)". Cuadernos Civitas, 1990, 159 páginas.**

En el presente trabajo la autora analiza detallada y ordenadamente el conteni-

do del artículo 1.163.1 de nuestro Código civil referente a la validez del pago hecho a una persona incapacitada para administrar sus bienes en cuanto se hubiere convertido en su utilidad.

En la primera parte de ésta monografía estudia el diferente alcance que el término “validez del pago” tiene en el Código civil.

A juicio de la autora, en los artículos 1.163.1 (pago al incapacitado), 1.163.2 (pago a un tercero) y 1.165 (pago al acreedor capaz deslegitimado por mandato judicial) esta expresión determina la eficacia extintiva del cumplimiento. Se trata de aquellos supuestos (arts. 1.163.1 y 2) en que por haberse pagado a un sujeto incapacitado para recibir el pago, la prestación no produce, en principio, su efecto extintivo. Sin embargo, si posteriormente se satisface el interés del acreedor (conversión del pago en su utilidad), se extinguirá la relación obligatoria y el deudor quedará liberado. El artículo 1.165 se diferencia de los anteriores en que el deudor, que habiendo conocido la retención judicial de la deuda, paga, no extingue su relación obligatoria y, por tanto, deberá pagar una segunda vez. “Validez” aquí, también ha de entenderse como sinónimo de eficacia extintiva.

Por el contrario, la peculiaridad del artículo 1.160 del Código civil radica, opina Lauroba Lacasa, en que, a pesar de su ubicación en el capítulo referente a “la extinción de las obligaciones”, no contempla el cumplimiento en sí, sino la transmisión de la propiedad de la cosa debida. Contempla la traditio como presupuesto esencial para la transmisión de la propiedad y demás derechos reales, apareciendo como requisitos principales para la eficacia y firmeza del negocio jurídico la libre disposición de la cosa y la capacidad de obrar.

En la segunda parte de su obra, la autora se ocupa exhaustivamente de la figura del acreedor como destinatario del pago. Comienza distinguiendo la legitimación para el cobro de la deuda prevista en el artículo 1.162 de los sujetos incapacitados contemplados en el artículo 1.163.1.

La legitimación para recibir el pago, dice acertadamente esta autora, es presupuesto ineludible de la eficacia extintiva de la obligación. Es necesaria la identificación del destinatario del pago para que éste sea eficaz. Además, la legitimación se extiende a todo destinatario y no solamente al acreedor como sujeto que recibe la cosa o servicio que constituye la prestación. En resumen, para que el pago despliegue su eficacia extintiva es necesario que el acreedor sea el destinatario efectivo de la prestación y, por otra parte, que esté legitimado para recibirla. La ausencia de uno de estos requisitos acarrea como consecuencia la subsistencia de la relación obligatoria.

Se observa en este punto cómo la legitimación para el cobro aparece perfilada en relación a la capacidad de obrar del destinatario, pero no capacidad de obrar como equivalente de idoneidad para ser sujeto de obligaciones, sino como aptitud para percibir la utilidad del pago.

La autora estudia a continuación la capacidad del destinatario de la prestación y la eficacia de la percepción de la utilidad. Parte del concepto de persona incapacitada para administrar sus bienes como aquella persona que carece de capacidad de obrar, ampliando su protección (art. 1.163) a la persona que en el momento en que se deba hacer el pago se halle incapacitada. Siguiendo esta línea de pensamiento, excluye a los concursados y a los quebrados por tratarse de sujetos que adolecen de legitimación para disponer y adquirir, pero no de falta de capacidad.

En la última parte de la monografía, Lauroba Lacasa profundiza en el tema de

la conversión en utilidad del pago. De manera detallada, analiza la autora en este punto los diferentes conceptos y significados en que el término “utilidad” es empleado en todo nuestro ordenamiento jurídico, concluyendo que, en su opinión, en el artículo 1.163.1 viene a referirse al destino o uso de la cosa cobrada por el incapaz.

Para finalizar, hay que hacer especial referencia al tema relativo a la actividad judicial y carga de la prueba en el que atendiendo a la eficacia extintiva de la utilidad y al principio recogido en el artículo 1.214 del Código, la autora opta por imputar al deudor la prueba de los actos extintivos de la relación obligatoria.

Toda la obra de esta autora se ve apoyada por una extensa y cuidada bibliografía y en concreto por un amplio uso, como nos advierte el profesor Badosa Coll al prologarlo, de la Escuela de la Exégesis. Para acabar creemos que hay que ratificar las palabras de este ilustre jurista, “la autora congenia perfectamente información e imaginación... Estas virtudes hacen que la obra sobrepase ampliamente su misión originaria de cumplir una exigencia académica y merezca formar parte de lo que llamamos “doctrina científica”.

GEMA DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ

**MORENO QUESADA, Rafael: “La mejora de los bienes. Supuestos legales y teoría general”. Madrid, 1990. Editorial Montecorvo, S. A., un volumen de 375 páginas.**

En esta obra, el profesor Rafael Moreno Quesada nos ofrece una monografía sobre la figura de la mejora de los bienes.

El autor analiza la figura en los diferentes supuestos legales que la contienen, abordando no sólo su contenido en el Código civil, sino también su tratamiento en las posteriores leyes especiales, que la regulan de forma más detallada y profunda.

Intenta establecer, y es éste su mayor empeño, una teoría general de la mejora, acorde con los nuevos planteamientos que han surgido en torno a la propiedad de los bienes y a la situación de los sujetos relacionados con ellos, como consecuencia de los nuevos fines sociales reconocidos a la propiedad, concediendo importancia a la mejora en sí misma, con independencia de la titularidad de la cosa.

Denuncia la ausencia legal de una noción analítica de la mejora y un tratamiento doctrinal confuso e insuficiente, por la imprecisión e incorrección en la fijación de los conceptos y uso de sus términos. Persigue, por ello, exponer con claridad y sistematización el estudio de esta figura, desde una perspectiva socio-económica, además de jurídica, en consonancia con las demandas de la sociedad actual.

Plantea, en este sentido, una serie de cuestiones de gran interés no sólo teórico sino también práctico, ya que concibe la mejora como instrumento idóneo y eficaz para lograr el objetivo de utilidad común que los bienes deben reportar a la sociedad, en la que los propietarios se conciben, no como individuos sino como miembros de la colectividad.

En este contexto ideológico, presenta el autor su visión de la figura, que analiza en las dos partes en las que se encuentra dividida su obra, precedidas de una breve introducción en la que expone el sentido de la Propiedad en el Derecho moderno y la crisis y superación, por la vigente legislación especial de la concepción defendida en el Código civil, así como su regulación de la mejora, basada en ella.

Dedica, el autor, la primera parte, que divide en tres capítulos a “la ordenación

de la mejora en el Código civil y en las leyes especiales”, con una breve referencia al tratamiento de la figura en el Derecho histórico anterior al Código civil.

El primer capítulo contempla los “antecedentes históricos” de la figura, desde su regulación por el Derecho Romano, hasta su tratamiento en las Partidas y Leyes de Toro, en relación con la concepción que se tuvo de la propiedad.

El segundo capítulo, bajo el título “Tratamiento de la mejora en el Código civil”, analiza en la primera sección su concepción de la propiedad, en torno a dos grandes ideas: persona y libertad; y en la sección segunda, nos muestra la regulación de la mejora en el Código civil, haciendo hincapié en tres apartados, dedicados al ámbito de la posesión, el usufructo y otras figuras jurídicas que implican tenencia de cosa ajena (arrendamiento, enfiteusis y sustitución fideicomisaria).

“El nuevo tratamiento de la mejora en las leyes especiales”, constituye el contenido del tercer capítulo, que se divide en dos secciones. La primera trata la evolución de la propiedad, determinante de la nueva visión legal, que concluye otorgando prioridad a la función social y el interés colectivo, fundamentando, así, el intervencionismo estatal en la vida económica y la penetración del Derecho Público en el Derecho Privado. La segunda sección finaliza este capítulo haciendo mención de las novedades que aporta a la mejora la legislación especial, como consecuencia de la nueva concepción de la propiedad, entre las que se incluyen: la aparición del deber de mejorar, fomento de las mejoras a través de compensaciones y sanciones por incumplimiento de la obligación de mejorar.

La segunda parte del texto se compone de seis capítulos y está dedicada, íntegramente, a la formulación de una “Teoría general de la mejora”, objetivo principal y labor a la que el autor parece más entregado.

Bajo el título “Reflexiones previas”, el primer capítulo comprende dos secciones: la justificación de la importancia del objetivo de esta segunda parte (primera sección), y la relación de los nuevos planteamientos ideológicos y concepciones en torno a la Propiedad y situaciones jurídicas de los sujetos eventualmente relacionados con los bienes, con la figura de la mejora (segunda sección).

“El concepto y caracteres de la mejora” son las dos secciones objeto de examen en el segundo capítulo; analizando los diferentes términos utilizados por la doctrina, en busca del rigor conceptual.

El tercer capítulo delimita y diferencia, en cinco secciones, la figura estudiada, respecto de otras figuras afines, como la accesión, adición, reparación, transformación y liberación de cargas y gravámenes.

El análisis de “La naturaleza jurídica de la mejora”, se contempla en el capítulo cuarto como un acto complejo compuesto de un acto mejorativo y un resultado de mejora, estudiados en las tres secciones en las que se divide.

El capítulo quinto se refiere a las “Clases de mejoras”, cuya tipología aparece clasificada en seis secciones, basadas en seis criterios fundamentales: Titularidad de la cosa mejorada (primera sección), función que cumple en la cosa (segunda sección), origen (tercera sección), afectión o no a la sustancia de la cosa (cuarta sección), naturaleza del resultado (quinta sección) y objeto en que se realiza la mejora (sexta sección).

Por último, el capítulo sexto presenta los “Efectos de la mejora en general”, bajo la perspectiva de tres regímenes jurídicos diferentes, a los que dedica una sección: Régimen legal o convencional (primera sección), régimen del Código civil (segunda sección) y legislación especial (tercera sección).



El libro contiene una exposición amplia de la figura analizada, al estudiar su origen, concepto, caracteres, naturaleza jurídica, clases, efectos delimitación con figuras afines, tanto en el Código civil, como en la legislación especial, exponiendo en cada cuestión las diversas posiciones doctrinales y legales, no sólo españolas, sino también francesas y alemanas, y fundamentalmente italianas; haciendo referencia, en ocasiones, a la jurisprudencia española.

Reaviva, de este modo, el interés por la figura y los problemas que plantean sus diferentes cuestiones, que enfoca, siempre, desde la perspectiva de la realidad y la actividad económica, insistiendo en la relación existente entre la esfera económica y la disciplina jurídica de la figura, a la que considera "instrumento eficaz para una más justa y beneficiosa actuación económica".

Cabe resaltar, en definitiva, la valiosa e interesante aportación de la obra, al adentrarse en el estudio de la mejora de una forma global y profunda, en un intento de abarcar las numerosas cuestiones que de ella se desprenden.

M.<sup>a</sup> DEL ROSARIO DÍAZ ROMERO

**SERICK, Rolf: "Garantías mobiliarias en derecho alemán. Perfiles y principios". Traducción de A. Carrasco Perera. Madrid, Tecnos, 1990, 196 págs.**

El presente libro, como señala el autor en su prólogo, es la recopilación de una serie de conferencias dadas en diversas universidades japonesas durante el curso 1987-88, cuyo fin era informar sobre el estado actual de las garantías mobiliarias en Alemania así como de los proyectos de reforma. E igualmente supone el resumen de los seis tomos que componen su magnífica monografía "Eigentumsvorbehalt und Sicherungübertragung" (Reserva de dominio y transmisión en garantía).

De él debe destacarse la claridad y amenidad conseguida por el autor en un tema tan complejo y espinoso como es el de las garantías mobiliarias en Alemania. Pues, el autor consigue que el lector tenga al final de su lectura un conocimiento, quizás escaso por la brevedad de la obra, pero preciso del funcionamiento y de los diversos problemas que plantean las distintas formas de garantías mobiliarias en Alemania; a la vez que, el lector conoce detalles particulares del mismo sistema jurídico alemán, extraños al nuestro, como pueden ser el rango equiparado a la Ley de la costumbre, y su posibilidad de derogar normas imperativas reguladoras de la prenda; la importancia del negocio fiduciario en la constitución de las garantías reales, y la combinación en una misma garantía de la fiducia de origen germánico con la de origen romano, etc.

La obra comienza con un prólogo del profesor Rodrigo Bercovitz, en el que tras señalar la complejidad e imprecisión del sistema de garantías mobiliarias en el Derecho Español, frente al sólido y completo sistema alemán totalmente adecuado a las necesidades del mercado y basado en sólidas construcciones jurídicas, manifiesta la necesidad de adoptar un sistema de responsabilidad eficiente para que funcione el crédito financiero.

Tras un apartado de advertencias del traductor, en cuanto a la correspondencia de ciertos términos alemanes con los nuestros, se exponen las diversas conferencias, divididas en dos partes. La primera parte de la obra con las "Lecciones en la Universidad japonesa de Tokio" en las que el autor tras delimitar el campo de las garantías mobiliarias en Alemania, con la transmisión en garantía y la reserva de do-

minio, expone sus características según aparezcan en su modalidad más sencilla o simples, o, integradas con una serie de cláusulas de ampliación y prolongación de la garantía. En la segunda parte, "Conferencias en Universidades japonesas y para prácticos en Tokio", amplía ciertos temas tratados en la primera parte, fundamentalmente en lo referente a la transmisión en garantía, así como en la función de las garantías mobiliarias alemanas, para terminar con el problema que plantea la reforma del Derecho de Insolvencia y de las garantías mobiliarias, remitiendo para el estudio detallado de toda la obra a su monografía de la cual nos da un esquema en el último apartado denominado "Apéndice".

No creemos adecuado realizar un análisis de cada uno de los capítulos, por estar íntimamente relacionados unos con otros, de ahí que expongamos brevemente un resumen de su contenido, el cual, no negamos, resultará muy parco, pero creemos que incitará a la lectura de la presente obra, por el interés del tema.

La transmisión en garantía de bienes muebles así como la cesión en garantía de derechos y de créditos, en su modalidad simple son negocios fiduciarios de estructura romana, donde el titular del derecho transmitido plenamente lo conserva de modo temporal en concepto de fiducia funcionalizada a la seguridad de su crédito. Se compone de un negocio obligacional (causa obligacional de la transmisión) que es el convenio de garantía y de un negocio jurídico real de ejecución de dicho convenio. Así, aparece internamente como una prenda "oculta" y externamente como una verdadera transmisión, donde el cesionario o adquirente aparece como titular del derecho pleno.

Surgen y se desarrolla por el Derecho Consuetudinario como un nuevo medio de garantía en el que se asegura la efectividad de un crédito sin necesidad de que se cumpla el requisito de eficacia real (posesión inmediata al acreedor o notificación al deudor cedido) exigido por la prenda. Actualmente, suponen la forma más importante de fiducia *cum creditore*, por la que se produce la transmisión de la propiedad del bien o de la titularidad del derecho por un acuerdo con un pacto de mediación posesoria con carácter fiduciario.

Dentro de la transmisión en garantía tiene un papel destacado la figura de la cesión global fiduciaria. Esta, que es utilizada por los bancos para conseguir capital externo, se da fundamentalmente en los contratos de factoring propio, como cumplimiento de un contrato de compraventa.

La función principal de la transmisión en garantía se da en las situaciones de insolvencia del deudor, puesto que en caso de concurso o ejecución forzosa el acreedor tiene una facultad de satisfacción preferente, por la que el acreedor sólo puede proceder como un acreedor pignoraticio, al tener su propiedad condicionada fiduciariamente.

En la modalidad de transmisión en garantía ampliada y prolongada se dan los caracteres de la fiducia romana con los de la germánica del tipo de "autorización", la cual completa la primera. Mediante la técnica de prolongación, la cual se realiza mediante las cláusulas de especificación (elaboración del bien dado en garantía) o de cesión anticipada (autorización de enajenar el bien), el acreedor garantizado se apropia del subrogado (nueva cosa o precio) que el deudor obtiene.

En la práctica destaca la técnica de prolongación mediante cesión anticipada de créditos futuros, cuya particularidad está en que el objeto de la cesión no está constituido al tiempo de ésta, por lo que se separa la perfección del contrato de cesión de la transmisión. Sin embargo, a ella se aplican por analogía los §§ 398 y siguientes del BGB.

Lo característico de la técnica de ampliación es que la garantía originaria tiene la función de ser un medio de aseguramiento para una serie de créditos surgidos de otras relaciones negociales.

En cuanto a la reserva de dominio, está sólo es posible en el supuesto de bienes muebles, y aparece regulada en el § 455 BGB. Supone la existencia de un negocio jurídico obligatorio (ejemplo compraventa) y de un negocio de cumplimiento suspensivamente condicionado (transmisión de la propiedad de la cosa). Este segundo negocio es el que particulariza la reserva frente a la compraventa ordinaria, puesto que la condición une ambos negocios haciendo depender el de disposición del obligacional, y dándole con ello naturaleza causal.

El titular de la reserva, en los supuestos de insolvencia del comprador, tiene un derecho de separación y puede reivindicar la cosa en caso de concurso (§ 43 KO). Pero, el comprador tiene un derecho de expectativa, que es un derecho subjetivo de naturaleza obligacional-real que constituye un valor patrimonial actual, siendo el primer grado de la propiedad. El derecho de expectativa, debido a su causa jurídica obligacional, permite que en caso de insolvencia por concurso el síndico pueda optar entre cumplir o no el contrato de compraventa (§ 17 KO), cosa que no ocurre en los supuestos de transmisión en garantía condicionada resolutoriamente.

Al igual que la transmisión en garantía, la reserva de dominio puede aparecer prolongada y ampliada. En los supuestos de prolongación, si es por especificación, no se aplica el § 950, sino que el acreedor deviene propietario de la cosa especificada, puesto que el término especificante o fabricante ha de entenderse en sentido objetivo, de manera que será el vendedor con reserva de dominio o el propietario en garantía. Igualmente, puede pactarse la limitación de la garantía al valor originario o ser ilimitada.

La reserva de dominio ampliada se refiere sólo a los supuestos en que no exista contrato de cuenta corriente. Con la ampliación y por la característica de elasticidad de la propiedad reservada, pasa de ser una propiedad limitada temporalmente con función de garantía sin vinculación fiduciaria a ser la forma general de garantía ordinaria de un crédito de dinero, esto es, una prenda.

Las técnicas de ampliación y prolongación son, según el autor, las que llevan a considerar la teoría de la conexión entre la transmisión en garantía y la reserva de dominio, negando las teorías que apoyan su separación total, o bien la unidad mediante la figura de la prenda sin posesión (BAUR).

Finalmente, se dedica un capítulo a la situación de las garantías mobiliarias ante la reforma del Derecho de Insolvencia. Según el autor, el *pool de garantías* actual (convenciones negociales, en especial entre vendedores o bancos, que, gracias a la aportación de garantías persiguen diversos fines, dentro o fuera de las situaciones de insolvencia del deudor) se desconoce en las Propuestas de reforma y se pretende la introducción de un nuevo tipo dentro del procedimiento concursal unificado. En el primer informe se recoge un *pool* de garantías caracterizado como fiducia de garantías, totalmente nuevo cuya primera finalidad es proteger las garantías aportadas al *pool* para mantener su valor durante la ejecución controlada del plan. Los inconvenientes que plantea es su paso al Derecho Civil una vez ocurrido el proceso de reorganización, puesto que son inconciliables con él ante esa finalidad de protección y conservación.

Como vemos, de este breve resumen, es una obra muy interesante y útil para conocer el desarrollo de las formas de garantía en Alemania, totalmente adecuadas

a las necesidades del tráfico jurídico de aquel país. Pero, también es útil para nosotros, puesto que nos puede dar buenas ideas para suplir las graves deficiencias que tenemos actualmente en el tema, fundamentalmente en los supuestos de cesiones de crédito en garantía, tan frecuentemente realizadas por los bancos, y sin ninguna regulación, así como sin ninguna construcción doctrinal sólida y aceptada.

En conclusión, es una obra muy recomendable, no sólo para los estudiosos del Derecho, sino también para los juristas prácticos, que pueden conocer nuevas técnicas en la realización de contratos de garantía, evitando los graves inconvenientes de la prenda. También hay que agradecer a su traductor la posibilidad que brinda, a muchos juristas, que desconocen el idioma alemán, de acceder a una obra tan sugestiva e interesante como es la que comento.

REMEDIOS ARANDA RODRÍGUEZ  
*Profesora Ayudante D.º Civil (UAM)*



# Revistas

## REVISTAS ESPAÑOLAS

A cargo de EMILIO V. BLANCO MARTINEZ y  
FERNANDO OLEO BANET

**SUMARIO:** I. DERECHO CIVIL.—1. Introducción (núms. 1 a 23).—2. Derecho de la persona (núms. 24 a 49).—3. Persona jurídica (núms. 50 a 52).—4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil (núms. 53 a 163).—5. Derechos reales. Registro de la propiedad (núms. 164 a 221).—6. Derecho de familia (núms. 222 a 261).—7. Derecho de sucesiones (núms. 262 a 285).—II. DERECHO MERCANTIL.—1. Parte general. Empresa (núms. 286 a 302).—2. Derecho de Sociedades (núms. 303 a 342).—3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico (núms. 343 a 349).—4. Contratos mercantiles (núms. 350 a 355).—5. Derecho cambiario (núms. 356 a 358).—6. Derecho concursal (núms. 359 a 361).—7. Derecho marítimo (núm. 362).—III. DERECHO NOTARIAL (núms. 363 a 374).—IV. DERECHO URBANISTICO (núms. 375 a 405).—V. DERECHO PROCESAL (núms. 406 a 425).—Abreviaturas.

### I. DERECHO CIVIL

#### 1. INTRODUCCION

(1-23)

1. **ALMOGURA CARRERAS, Joaquín:** *Justicia y equidad en Castán*, RCDI, núm. 594, septiembre-octubre, 1989, pp. 1.563 y ss.

2. **ALVAREZ-SALA WALTHER, Juan:** *El Derecho Civil del siglo XXI*, RDN, núm. 143, 1989, pp. 7 y ss.

3. **CANO MARTINEZ DE VELASCO, José Ignacio:** *El Derecho ¿es investigable?*, DRN, núms. 141-142, 1988, pp. 19 y ss.

4. **CANO MARTINEZ DE VELASCO, José Ignacio:** *De nuevo sobre la metodología científica*, RDN, núm. 143, 1989, pp. 35 y ss.

5. **CARRION, Salvador:** *El error de derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, RDP, 1990, pp. 187 y ss.

6. **CERDA GIMENO, José:** *Breves reflexiones sobre la insularidad y la temática de la codificación civil*, AAMN, XXIX, pp. 389 y ss.

7. **COBDEN, Alfred L.:** *El Juez y la regla de Derecho*, RDP, 1989, pp. 1.039 y ss.

8. **DE LA CUESTA, José Luis:** *Sobre algunos puntos destacados en el debate civilístico de los años ochenta*, RDP, 1990, pp. 112 y ss.

Fuentes y p. jurídicas.

9. **FERNANDEZ SEGADO, Francisco:** *La Constitución de 12978 en la perspectiva del constitucionalismo histórico español*, RGLJ, agosto 1988, pp. 311 y ss.

10. **FOLLIA CAMPS, Roberto:** *Novedades en la legislación civil de Cataluña*, AAMN, XXIX, pp. 327 y ss.

11. **GALLEGO DEL CAMPO, Germán:** *Capitalismo, burguesía y Código civil*, RCDI, núm. 598, mayo-junio, 1990, pp. 1.135 y ss.

12. **GARCIA BELA'UNDE, Domingo:** *El control de la constitucionalidad de las leyes*, RGLJ, noviembre 1988, pp. 887 y ss.

13. **GIL MARQUES, Abelardo:** *Introducción y parte general de la obra del profesor Castán*, RCDI, núm. 594, septiembre-octubre, 1989, pp. 1.389 y ss.

14. **GIMENO Y GOMEZ-LAFUENTE, Juan Luis:** *Castán y el Derecho foral*, RCDI, núm. 594, septiembre-octubre, 1989, pp. 1.507 y ss.

15. **MASIDE MIRANDA, Enrique:** *Las Fuentes del Derecho en el Derecho Comunitario Europeo y en el Código civil*, RCDI, núm. 601, noviembre-diciembre, 1990, pp. 349 y ss.

16. **MIGUEL GONZALEZ, José María:** *La buena fe y su concreción en el ámbito del Derecho Civil*, AAMN, XXIX, pp. 9 y ss.

17. **MOISSET DE ESPANES, Luis:** *El nuevo Código civil paraguayo*, RGLJ, septiembre-octubre, 1989, pp. 475 y ss.

18. **PAU PEDRON, Antonio:** *Los problemas fundamentales del Derecho comparado en la obra del profesor Castán Tobeñas*, RCDI, núm. 594, septiembre-octubre, 1989, pp. 1.539 y ss.

19. **PENA LOPEZ, José María:** *Sobre el fundamento legal de la necesidad del carácter cogente en la norma contravenida para los supuestos de nulidad de pleno derecho del artículo 6.º.3 del Código civil*, Actualidad Civil, 1990 (II), pp. 241 y ss.

20. **PEREZ ALGAR, Félix:** *La relevancia constitucional del método jurídico*. Poder Judicial, 20, 1990, pp. 55 y ss.

21. **VAZQUEZ BOTE, Eduardo:** *¿Razonamiento jurídico o económico?*, RCDI, núm. 600, septiembre-octubre, 1990, pp. 211 y ss.

22. **VALLET DE GOYTISOLO, Juan:** *Metodología de la determinación del Derecho*, RDP, 1991, pp. 8 y ss.

23. **VALLET DE GOYTISOLO:** *Fialngieri y Montesquieu*, RGLJ, agosto, 1988, pp. 295 y ss.

## 2. DERECHO DE LA PERSONA (24-49)

24. **ALVAREZ CAPEROCHIPI, José:** *Reclamación del mejor derecho de uso y disfrute de título de nobleza*, comentario a la STS de 21 de diciembre de 1989, CCJC, núm. 22, 1990, pp. 173 y ss.

25. **BERCOVITZ Y RODRIGUEZ CANO, Rodrigo:** *Recurso de amparo número 487/1987 contra sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia: arrendamiento urbano: traspaso de local de negocio; principio de igualdad en la aplicación de la ley por los Tribunales; principio de igualdad e interpretación discriminatoria de la norma aplicable; derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y resolución judicial arbitraria e infundada*, comentario a la STC de 6 de octubre de 1989, CCJC, núm. 21, 1989, pp. 915 y ss.

26. **BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo:** *El examen por el Juez del presunto incapaz en el procedimiento de incapacitación*, Poder Judicial, 15, 1989, pp. 141 y ss.

27. **BERISTAIN, Antonio:** *Prolegómenos para la reflexión penal-criminológica sobre el derecho a culminar la vida con dignidad (la eutanasia)*, RGLJ, julio 1988, pp. 57 y ss.

28. **CASAS VALLES, Ramón:** *Defensa civil del honor. Honor y prestigio profesional. Ambito de aplicación de la LO 1/1982*, comentario a la STS de 9 de febrero de 1990, CCJC, núm. 23, 1990, pp. 443 y ss.

29. **DOLZ LAGO, Manuel Jesús:** *Cambio de sexo: balance jurisprudencial*, Poder Judicial, 16, 1989, pp. 167 y ss.

30. **DURAN GARCIA, Benito:** *La legalidad y continuidad de la residencia exigida por el párrafo cuarto del artículo 22 del Código civil*, RGLJ, septiembre-octubre, 1989, pp. 449 y ss.



31. **ESTRADA ALONSO, Eduardo:** *El derecho a la imagen en la LO 1/1982, de 5 de mayo, (I)*, Actualidad Civil, 1990 (II), pp. 347 y ss.; (y II), Actualidad Civil, 1990 (II), pp. 365 y ss.

32. **FERRER RIBA, Josep:** *Prodigalidad: investigación de oficio, principio dispositivo. Sucesión testada en Cataluña: interpretación de la confianza revelada, autorización para enajenar bienes fideicomitidos. Rescisión por lesión ultra dimidium en Cataluña: legitimación activa*, comentario a la STS de 5 de marzo de 1990, CCJC, núm. 23, 1990, pp. 507 y ss.

33. **GARRIDO LESTACHE, Antonio:** *La identificación del recién nacido a efectos civiles (cambio de bebés)*, RGLJ, julio-agosto, 1989, pp. 77 y ss.

34. **GIL RODRIGUEZ, Jacinto:** *Pignoración por la madre y en interés de la sociedad anónima participada, de imposiciones a plazo fijo de titularidad de menores. Alcance de la representación materna. Actuaciones necesarias de autorización judicial. Atipicidad del negocio e interpretación restrictiva de normas prohibitivas*, comentario a al STS de 28 de noviembre de 1989, CCJC, núm. 22, 1990, pp. 35 y ss.

35. **GORDILLO CAÑAS, Antonio:** *Transexualidad; aplicación del principio de accesoriadad a la determinación del sexo: principalidad del elemento psicológico sobre el biológico y somático. Cambio de sexo y libre desarrollo de la personalidad. Límites de la declaración jurisdiccional de cambio de sexo. Deber jurídico de resolver en todo caso y función complementadora de la jurisprudencia*, comentario a la STS de 3 de marzo de 1989, CCJC, núm. 19, 1989, pp. 303 y ss.

36. **IGARTUA ARREGUI, Fernando:** *Derecho a la intimidad y derecho al honor. "Exceptio veritatis". Responsabilidad solidaria. "Quantum" de la indemnización*, comentario a la STS de 20 de febrero de 1989, CCJC, núm. 19, 1989, pp. 263 y ss.

37. **LUCES GIL, Francisco:** *El nuevo régimen español de la nacionalidad y la vecindad civil (Leyes de 15 de octubre y 17 de diciembre de 1990)*. Actualidad Civil, 1991 (I), pp. 119 y ss.

38. **MARTIN CASALS, Miquel, y SALVADOR CODERCH, Pablo:** *Derecho al honor. Quantum de la indemnización. Su no revisabilidad en casación*, comentario a la STS de 18 de abril de 1989, CCJC, núm. 21, 1989, pp. 751 y ss.

39. **MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ, José Manuel:** *El transexualismo en el Derecho español (3): Otras sentencias del Tribunal Supremo sobre el cambio de sexo*, Actualidad Civil, 1990 (III), pp. 719 y ss.

40. **MIGUEL CALATAYUD, José Antonio:** *Consideraciones sobre el derecho a la tutela judicial efectiva. El recurso de amparo*, RCDI, núm. 599, julio-agosto, 1990, pp. 55 y ss.

41. **O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier:** *Derecho al honor*, Actualidad Civil, 1990 (I), pp. 1 y ss.

42. **PAMBLANCO, Esther; MARTI LLORET, Juan B., y NAVARRO LOPEZ, M.ª Isabel:** *Comentarios sobre una futura Ley de Eutanasia*, RDP, 1990, pp. 275 y ss.

43. **PEREZ DE CASTRO, Nazareth:** *comentario a la RDGR de 3 de marzo de 1989, CCJC, núm. 20, 1989, pp. 407 y ss.*

44. **RAMOS CHAPARRO, Enrique:** *El internamiento de incapaces presuntos*, RGLJ, septiembre, 1988, pp. 479 y ss.

45. **RICO PEREZ, Francisco:** *Protección civil de la dignidad personal*, RGLJ, noviembre, 1988, pp. 833 y ss.

46. **RODRIGUEZ GARCIA, Carlos:** *La protección de los llamados derechos de la personalidad: honor de la persona jurídica*. Comentario jurídico a la STS de 5 de octubre de 1989. Actualidad Civil, 1990 (III), pp. 477 y ss.

47. **RODRIGUEZ YNYESTO, Antonio:** *La STS de 25 de marzo de 1942, sobre prodigalidad, dictada por don José Castán Tobeñas*, RCDI, núm. 594, septiembre-octubre, 1989, pp. 1.589 y ss.

48. **VALLADARES LANZA, Leo:** *Castán y los derechos humanos*, RCDI, núm. 594, septiembre-octubre, 1989, pp. 1575 y ss.

49. **VAZQUEZ BOTE, Eduardo:** *Concepto del domicilio en Derecho portorriqueño. Dictamen*, RCDI, núm. 600, septiembre-octubre, 1990, pp. 155 y ss.

### 3. PERSONA JURIDICA (50-52)

50. **MARIN LOPEZ, Juan José:** *Impugnación del acuerdo de expulsión de un club deportivo: competencia de la jurisdicción civil; caducidad de la acción de impugnación; motivos de la expulsión*, comentario a la STS de 30 de octubre de 1989, CCJC, núm. 21, 1989, pp. 1.021 y ss.

51. **MARIN LOPEZ, Juan José:** *Inconstitucionalidad de la adscripción obligatoria a las Cámaras Agrarias: violación del derecho fundamental de asociación; derogación por la Constitución de los Decretos 1.336/1977 y 320/1978. Ejecución de sentencia constitucional*, comentario a la STS de 13 de diciembre de 1989, CCJC, núm. 22, 1990, pp. 123 y ss.

52. **MARIN LOPEZ, Juan José:** *Persona jurídica: segregación de Colegio profesional, consecuencias patrimoniales. Analogía: aplicación de la normativa de la sociedad civil*, comentario a la STS de 12 de junio de 1990, CCJC, núm. 23, 1990, pp. 749 y ss.

### 4. OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL (53-163)

53. **ACOSTA ESTEVEZ, José B.:** *La acción de la CEE en materia de responsa-*

*bilidad por productos defectuosos y reparación de los daños sufridos por el consumidor: adaptación del Derecho español a la Directiva 85/374/CEE, Actualidad Civil, 1990 (III), pp. 537 y ss.*

54. **ALBALADEJO GARCIA, Manuel:** *La forma en el contrato de arbitraje y el llamado arbitraje informal, Actualidad Civil, 1990 (I), pp. 61 y ss.*

55. **ALBALADEJO GARCIA, Manuel:** *El artículo 8 de la nueva Ley de Arbitraje, Actualidad Civil, 1990 (I), pp. 69 y ss.*

56. **ALBALADEJO GARCIA, Manuel:** *El arbitraje testamentario, Actualidad Civil, 1990 (I), pp. 77 y ss.*

57. **ALBALADEJO GARCIA, Manuel:** *El sedicente arbitraje de personas jurídicas, Actualidad Civil, 1990 (I), pp. 93 y ss.*

58. **ALBALADEJO GARCIA, Manuel:** *Otros extremos de la nueva Ley de Arbitraje, Actualidad Civil, 1990 (I), pp. 101 y ss.*

59. **ALBALADEJO GARCIA, Manuel:** *La ominosa tentativa de hacer irrecurrible el laudo de derecho que infringe las normas debidas aplicar, RDP, 1990, pp. 171 Y ss.*

60. **ALFARO AGUILA-REAL, Jesús:** *Seguro: Novación modificativa. Consentimiento de ambas partes. Valor del silencio, comentario a la STS de 2 de febrero de 1990, CCJC, núm. 22, 1990, pp. 299 y ss.*

61. **ATAZ LOPEZ, Joaquín:** *Compraventa de inmuebles. Cláusula penal con función sustitutiva de la indemnización. Modificación de la pena de los Tribunales. Pacto resolutorio expreso con retención por el vendedor de las cantidades pagadas a cuenta. Efectos de la resolución, comentario a la STS de 8 de febrero de 1989, CCJC, núm. 19, 1989, pp. 191 y ss.*

62. **ATAZ LOPEZ, Joaquín:** *Comunidad arrendaticia. Naturaleza jurídica. Actuación en su propio y exclusivo interés de varios comuneros. Retracto arrendaticio urbano: legitimación activa para su interposición en caso de coarrendatarios, comentario a la STS de 10 de abril de 1990, CCJC, núm. 23, 1990, pp. 597 y ss.*

63. **BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo:** *Compraventa a plazos y leasing o arrendamiento financiero: distinción. Tercera de dominio. Simulación relativa. Interpretación de los contratos. Reserva de dominio no inscrita, comentario a la STS de 28 de mayo de 1990, CCJC, núm. 23, 1990, pp. 693 y ss.*

64. **BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo:** *Dos casos judiciales de responsabilidad derivada de daños causados por productos defectuosos, Poder Judicial, 20, 1990, pp. 69 y ss.*

65. **BLACO GASCO, Francisco:** *Permuta de solar por pisos y locales a cons-*

truir. Interpretación. Garantía, comentario a la STS de 5 de julio de 1989, CCJC, núm. 21, 1989, pp. 789 y ss.

66. **CABANILLAS SANCHEZ, Antonio:** *Subrogación en el crédito por voluntad del deudor. Contrato de apertura de crédito en cuenta corriente. Intransmisibilidad del privilegio derivado del crédito salarial a persona distinta del Fondo de Garantía Salarial*, comentario a la STS de 27 de junio de 1989, CCJC, núm. 20, 1989, pp. 625 y ss.

67. **CALZADA, M.ª Angeles:** *El deber precontractual de declaración del riesgo*, Poder Judicial, 16, 1989, pp. 159 y ss.

68. **CAMPO VILLEGAS, Elías:** *Sobre designación de árbitros y caducidad del convenio arbitral*, RJC, 1990 (2), pp. 415 y ss.

69. **CAMPUZANO TOME, Herminia:** *La intervención del tercero en una deuda ajena*, Actualidad Civil, núm. 45, 1989 (1002), pp. 3.501 y ss.

70. **CAÑIZARES LASO, Ana:** *Arrendamiento con opción de compra: cesión del derecho en favor de uno de los titulares*, Poder Judicial, 20, 1990, pp. 75 y ss.

71. **CAPILLA RONCERO, Francisco:** *Acumulación de autos. Objeto del recurso de apelación. Responsabilidad civil extracontractual. Responsabilidad contractual: presupuestos; concatenación. Intereses legales: liquidez de la suma reclamada*, comentario a la STS de 13 de julio de 1989, CCJC, núm. 21, 1989, pp. 817 y ss.

72. **CAPILLA RONCERO, Francisco:** *Error de hecho y error de derecho en la apreciación de la prueba: valoración conjunta de la prueba. Comunidad de bienes. Sociedad civil irregular; affectio societatis*, comentario a la STS de 2 de diciembre de 1989, CCJC, núm. 22, 1990, pp. 83 y ss.

73. **CARRASCO PERERA, Angel:** *Derecho de opción de compra; resolución por incumplimiento; responsabilidad derivada de incumplimiento contractual*, comentario a la STS de 30 de septiembre de 1989, CCJC, núm. 21, 1989, pp. 885 y ss.

74. **CARRASCO PERERA, Angel:** *Seguro de caución. Diferencias con la fianza. Exención por el asegurador por el impago de la prima. Documentos auténticos a efectos de la casación*, comentario a la STS de 19 de marzo de 1990, CCJC, núm. 23, 1990, pp. 653 y ss.

75. **CARRION, Salvador:** *Algunas consideraciones sobre el error de derecho*, Actualidad Civil, 1990 (III), pp. 695 y ss.

76. **CAVANILLAS MUGICA, Santiago:** *Responsabilidad civil: responsabilidad por hechos del dependiente. Falta de litisconsorcio pasivo necesario. Documentos no idóneos para fundar un error en la apreciación de la prueba*, comentario a la STS de 29 de septiembre de 1988, CCJC, núm. 19, 1989, pp. 37 y ss.

77. **CAVANILLAS MUGICA, Santiago:** *Responsabilidad civil derivada de deli-*

to, *responsabilidad subsidiaria del empleador en caso de extralimitación de funciones*, comentario a la STS de 26 de junio de 1990, CCJC, núm. 23, 1990, pp. 761 y ss.

78. **CAVANILLAS MUGICA, Santiago:** *La prueba de la simulación en la doctrina civil de la Audiencia de Palma de Mallorca: un estudio de jurisprudencia menor*, RJC, 1990 (4), pp. 1.053 y ss.

79. **CLAVERIA GOSALVEZ, Luis Humberto:** *Comentarios a la STS de 23 de septiembre de 1989*, Poder Judicial, 17, 1990, pp. 137 y ss.

80. **CORRAL TALCIANI, Hernán:** *El negocio jurídico: ¿un concepto en crisis? A propósito de una obra de Giovanni B. Ferri*, RDP, 1991, pp. 26 y ss.

81. **CRISTOBAL MONTES, Angel:** *El daño moral contractual*, RDP, 1990, pp. 2 y ss.

82. **CRISTOBAL MONTES, Angel:** *“Compensatio lucri cum danno” en el resarcimiento del daño por el deudor*, RCDI, núm. 595, noviembre-diciembre, 1989, pp. 1.965 y ss.

83. **CRISTOBAL MONTES, Angel:** *La interpretación armónica de los artículos 1.141 y 1.143 del Código civil*, RCDI, núm. 600, septiembre-octubre, 1990, pp. 27 y ss.

84. **CUESTA SAENZ, José María:** *Acceso a la propiedad de finca rústica arrendada con anterioridad a la publicación del Código civil*, comentario a la STS de 23 de diciembre de 1989, CCJC, núm. 22, 1990, pp. 195 y ss.

85. **CUESTA SAENZ, José María:** *Arrendamiento rústico de finca hipotecada. Ejecución hipotecaria. Retracto arrendaticio*, comentario a la STS de 9 de junio de 1990, CCJC, núm. 23, 1990, pp. 725 y ss.

86. **DELGADO ECHEVERRIA, Jesús:** *Error sobre la edificación de la parcela comparada. Retención. Dolo. Deber de información sobre la edificabilidad y artículo 62 de la Ley del Suelo. Anulabilidad, plazo de prescripción*, comentario a la STS de 27 de marzo de 1989, CCJC, núm. 20, 1989, pp. 465 y ss.

87. **DIAZ ALABART, Silvia:** *Concurrencias de culpas. Víctima menor de edad causante del daño*, comentario a la STS de 1 de febrero de 1989, CCJC, núm. 19, 1989, pp. 199 y ss.

88. **DIAZ ALABART, Silvia:** *Poder: validez de las donaciones hechas con él; presunciones en su interpretación. Donación: revocación por ingratitud, reducción*, comentario a la STS de 11 de octubre de 1989, CCJC, núm. 21, 1989, pp. 943 y ss.

89. **DIAZ ALABART, Silvia:** *Un apunte histórico para la determinación de la responsabilidad de los maestros en el artículo 1.903 del Código civil*, Actualidad Civil<sup>4</sup>, 1990 (II), pp. 331 y ss.

90. **DIAZ ALABART, Silvia:** *Comentario a la STS de 22 de junio de 1989*, Poder Judicial, 18, 1990, pp. 99 y ss.; Poder Judicial, 19, 1990, pp. 229 y ss.
91. **FENOY PICON, Nieves:** *Compraventa de terreno para edificar. Cláusula de reajuste del precio al aprovechamiento urbanístico efectivo. Interpretación del contrato. Vicios ocultos*, comentario a la STS de 4 de octubre de 1989, CCJC, núm. 21, 1989, pp. 895 y ss.
92. **FELIU REY, Manuel, y BENDITO CAÑIZARES, M.ª Teresa:** *Consideraciones acerca de la publicidad engañosa*. Actualidad Civil, núm. 46, 1989 (1.034), pp. 3.626 y ss.
93. **GARBERI LLOBREGAT, José:** *Controversia sobre la extinción en fase de recurso de apelación de un vínculo de solidaridad pasiva declarado en primera instancia. Inexistencia de reformatio in peius y vicio de incongruencia. Legitimación del deudor no apelante para reclamar la constitución del nexo de solidaridad pasiva en casación*, comentario a la STS de 20 de diciembre de 1989, CCJC, núm. 22, 1990, pp. 143 y ss.
94. **GARCIA CANTERO, Gabriel:** *Arrendamiento de local de negocio destinado a discoteca; cierre gubernativo por incumplimiento de seguridad; traspaso atípico consentido; obligaciones del cedente y del arrendador; saneamiento de vicios ocultos; resolución del contrato e indemnización de daño y perjuicios; resolución por incumplimiento; solidaridad*, comentario a la STS de 13 de febrero de 1989, CCJC, núm. 19, 1989, pp. 217 y ss.
95. **GARCIA-CRUCES, José Antonio:** *La incidencia de la Directiva 374/85, en materia de responsabilidad de productos, en el Derecho interno español*, Actualidad Civil, 1990 (III), pp. 685 y ss.
96. **GARCIA GARCIA, José Manuel:** *La relación jurídica desde las perspectivas prácticas y teórica*, RCDI, núm. 601, noviembre-diciembre, 1990, pp. 399 y ss.
97. **GARCIA MARTIN, Isabel:** *Aplicación de la Ley de Contrato de Seguro al seguro agrario combinado; la Compañía no puede refugiarse en tecnicismos para excluir un riesgo de su cobertura*, comentario a la STS de 12 de diciembre de 1988, CCJC, núm. 19, 1989, pp. 47 y ss.
98. **GARCIA MARTIN, Isabel:** *Seguro marítimo: Aplicación de la Ley de Contrato de Seguro. Legitimación del vendedor de la venta CIF para reclamar al asegurador. Riesgos excluidos*, comentario de la STS de 21 de julio de 1989, CCJC, núm. 21, 1989, pp. 837 y ss.
99. **GARCIA MARTIN, Isabel:** *Incumplimiento de contrato. Solidaridad. Consignación*, comentario a la STS de 28 de mayo de 1990, CCJC, núm. 23, 1990, pp. 685 y ss.
100. **GARCIA MAS, Francisco Javier:** *La sociedad civil y su conexión registral*, RCDI, núm. 599, julio-agosto, 1990, pp. 155 y ss.

101. **GARCIA RODRIGUEZ, Manuel Horacio:** *De la consignación de rentas para recurrir en los supuestos de adquisición forzosa de la propiedad que prevé la Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1980*, Poder Judicial, 18, 1990, pp. 73 y ss.

102. **GAYA SICILIA, Regina:** *Simulación en los negocios jurídicos. Usura. Préstamo. Recibo de pago. Interpretación de los negocios jurídicos. Separación de los motivos en el recurso de casación*, comentario a la STS de 11 de febrero de 1989, CCJC, núm. 19, 1989, pp. 205 y ss.

103. **GETE-ALONSO Y CALERA, Carmen:** *Simulación, negocio fiduciario, rescisión por lesión, compraventa a carta de gracia (Cataluña)*, comentario a la STS de 7 de marzo de 1990, CCJC, núm. 22, 1990, pp. 333 y ss.

104. **GIL RODRIGUEZ, Jacinto:** *Tercería de mejor derecho. Admisibilidad en procedimiento especial de ejecución hipotecaria ex artículo 131 LH. Privilegios del crédito salarial. Prescripción y no caducidad. Inicio del cómputo. Interrupción por reclamación extrajudicial*, comentario a la STS de 10 de julio de 1989, CCJC, núm. 21, 1989, pp. 799 y ss.

105. **GIL RODRIGUEZ, Jacinto:** *Tercería de mejor derecho: preferencias entre créditos refaccionarios, ni inscritos ni anotados como tales créditos refaccionarios. Improcedencia de la prioridad registral. Preferencia del crédito más reciente*, comentario a la STS de 30 de marzo de 1990, CCJC, núm. 23, 1990, pp. 571 y ss.

106. **GORDILLO CAÑAS, Antonio:** *Mandato representativo: mandato verbal; extralimitación del mandatario y protección de los terceros de buena fe. Responsabilidad del principal por la conducta de sus auxiliares en el cumplimiento*, comentario a la STS de 22 de junio de 1989, CCJC, núm. 20, 1989, pp. 583 y ss.

107. **GUILARTE GUTIERREZ, Vicente:** *Arrendamientos urbanos. El silencio como declaración de voluntad contractual. Validez de la cláusula de revisión de la renta arrendaticia. Su aplicación sobre la renta revisada. Aplicación de los Decretos limitativos de renta*, comentario a la STS de 7 de diciembre de 1989, CCJC, núm. 22, 1990, pp. 103 y ss.

108. **GUILARTE GUTIERREZ, Vicente:** *Una lectura complementaria del artículo 1.969 a propósito de ciertas cláusulas de revisión de la renta arrendaticia*, Actualidad Civil, 1990 (II), pp. 315 y ss.

109. **GUIOTE ORDOÑEZ, José Antonio:** *La conducción en estado de embriaguez o bajo el influjo de drogas, tóxicos o estupefacientes en el ámbito del seguro obligatorio de vehículos de motor*. Comentario a los artículos 3.º.4 del Real Decreto Legislativo de 28 de junio de 1986 y al artículo 12.3.b) del reglamento del seguro de responsabilidad civil obligatorio, Actualidad Civil, 1990 (I), pp. 163 y ss.

110. **ILLESCAS ORTIZ, Rafael:** *Seguro de responsabilidad civil: absolución del asegurado y condena de la aseguradora; daños causados por inquilino de la vivienda*

*asegurada; responsabilidad por daño en el uso de la cosa. Condiciones particulares de la póliza: interpretación. Acción de repetición del asegurado. Artículo 73 del Contrato de Seguro*, comentario a la STS de 5 de julio de 1989, CCJC, núms. 20, 1989, pp. 633 y ss.

111. **JORDANO FRAGA, Francisco:** *Préstamo con garantía hipotecaria. Depósito irregular, cuenta corriente o apertura de crédito en cuenta corriente. Compensación de créditos*, comentario a la STS de 27 de marzo de 1990, CCJC, núm. 23, 1990, pp. 547 y ss.

112. **LINARES NOCI, Rafael:** *Algunas consideraciones sobre el ofrecimiento de pago*, RGLJ, septiembre-octubre, 1989, pp. 413 y ss.

113. **LUIS GOMEZ, Fernando:** *Tutela de la apariencia y reglas de responsabilidad: los artículos 1.164 y 1.527 del Código civil*, RDP, 1990, pp. 255 y ss.

114. **LLACER MATAICAS, María Rosa:** *La extinción de las obligaciones por confusión*, RDP, 1990, pp. 13 y ss.

115. **LLEDO YAGÜE, Francisco:** *Crédito documentario. Las Reglas y usos uniformes. La interpretación de las cartas de crédito. La prescripción mercantil*, comentario a la STS de 14 de marzo de 1989, CCJC, número 20, 1989, pp. 429 y ss.

116. **MARTI, Nicolás:** *El contrato de sociedad civil en el Derecho codificado español, con especial referencia al Código civil*, RDM, núms. 193-194, 1989, pp. 679 y ss.

117. **MARTIN-BALLESTERO HERNANDEZ, Luis:** *Anotaciones en torno a las ventas de aquello que es costumbre gustar o probar, según el artículo 1.453 del Código civil*, RDP, 1990, pp. 583 y ss.

118. **MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos:** *Cosa juzgada. Simulación absoluta de compraventa: efectos frente al tercero subadquirente de buena fe; efectos interpartes: subsistencia del previo contrato de arrendamiento*, comentario a la STS de 26 de febrero de 1990, CCJC, núm. 23, 1990, pp. 485 y ss.

119. **MIQUEL CALATAYUD, José Antonio:** *Inversiones extranjeras*, RCDI, núm. 596, enero-febrero, 1990, pp. 37 y ss.

120. **MIR PUIG, Carlos:** *Sobre el problema de la naturaleza de la responsabilidad civil extracontractual*, Actualidad Civil, 1991 (I), pp. 101 y ss.

121. **MORALES MORENO, Antonio Manuel:** *De la excusabilidad a la imputabilidad en el error*, AAMN, XXIX, pp. 51 y ss.

122. **NUÑEZ BOLUDA, María de los Desamparados:** *Obligación asumida por el vendedor de un piso de no construir en parcela adyacente. Relatividad de los contratos. Mala fe de los terceros adquirentes. Levantamiento del velo de la persona jurí-*



*dica*, comentario a la STS de 4 de junio de 1990, CCJC, núm. 23, 1990, pp. 707 y ss.

123. **O'CALLAGHAN, Xaxier:** *Jurisprudencia sobre el leasing*, Actualidad Civil<sup>6</sup>, 1991 (I), pp. 1 y ss.

124. **OLIVA RODRIGUEZ, Antonio Manuel:** *Panorama del Derecho de obligaciones y contratos en Castán Tobeñas*, RCDI, núm. 594, septiembre-octubre, 1989, pp. 1.439 y ss.

125. **ORTI VALLEJO, Antonio:** *Derecho del comprador a suspender el pago del precio, que establece el artículo 1.502 del Código civil*, comentario a la STS de 20 de diciembre de 1989, CCJC, núm. 22, 1990, pp. 151 y ss.

126. **PASCUAL ESTEVILL, Luis:** *La responsabilidad que se puede contraer por los daños causados por las cosas inanimadas que se tienen ad custodiandum en circunstancias determinadas*, RDP, 1990, pp. 967 y ss.

127. **PASQUAU LIAÑO, Miguel:** *La indeterminación del cuadro de acciones protectoras del adquirente de bienes de consumo*, Actualidad Civil, 1990 (II), pp. 419 y ss.

128. **PASQUAU LIAÑO, Miguel:** *Acción directa ex artículo 1.597 del Código civil. Excepciones oponibles por el dueño de la obra. Declaración de suspensión de pagos del contratista. Compensación. Intereses moratorios*, comentario de la STS de 9 de mayo de 1989, CCJC, núm. 20, 1989, pp. 547 y ss.

129. **PASQUAU LIAÑO, Miguel:** *Resolución de contrato de compraventa por falta de pago del precio. Derecho a la suspensión del pago del precio: interpretación del artículo 1.502 del Código civil*, comentario a la STS de 4 de noviembre de 1989, CCJC, núm. 22, 1990, pp. 27 y ss.

130. **PENA LOPEZ, José María:** *Laudo extemporáneo. Ineficacia*, comentario a la STS de 31 de marzo de 1989, CCJC, núm. 20, 1989, pp. 479 y ss.

131. **PEREZ ALVAREZ, Miguel Angel:** *Contrato de obra: cumplimiento defectuoso; recepción de la obra; caducidad. Fianza: naturaleza civil o mercantil; solidaridad, transacción*, comentario a la STS de 20 de octubre de 1989, CCJC, núm. 21, 1989, pp. 969 y ss.

132. **PEREZ ALVAREZ, Miguel Angel:** *Responsabilidad civil de empresa hotelera. Depósito irregular. Fuerza mayor. Robo a mano armada*, comentario a la STS de 15 de marzo de 1990, CCJC, núm. 23, 1990, pp. 525 y ss.

133. **QUIJANO GONZALEZ, Jesús:** *Baja voluntaria de un socio (en una Sociedad Agraria de Transformación): cálculo del valor real de su participación. Balance social: criterios de valoración; independencia de efectos fiscales y civiles*, comentario a la STS de 7 de abril de 1989, CCJC, núm. 20, 1989, pp. 487 y ss.

134. **RAGEL SANCHEZ, Luis Felipe:** *Contrato de transacción: extinción de la*

*relación obligatoria preexistente. Inaplicación de las normas sobre la novación*, comentario a la STS de 20 de abril de 1989, CCJC, núm. 20, 1989, pp. 515 y ss.

135. **RAGEL SANCHEZ, Luis Felipe:** *Contrato de agencia: denuncia unilateral sin justa causa. Indemnización por incumplimiento. Incongruencia. Calificación del contrato*, comentario a la STS de 19 de septiembre de 1989, CCJC, núm. 21, 1989, pp. 853 y ss.

136. **RAGEL SANCHEZ, Luis Felipe:** *Asunción de deuda transitoriamente liberatoria y simultánea alteración objetiva de la obligación. Efectos del incumplimiento del convenio de alteración*, comentario a la STS de 1 de diciembre de 1989, CCJC, núm. 22, 1990, pp. 71 y ss.

137. **RAGEL SANCHEZ, Luis Felipe:** *Contrato de agencia: indemnización por denuncia unilateral sin justa causa. Inaplicación de la analogía con la reglamentación de los representantes de comercio respecto de la antigüedad de la relación jurídica existente con el empresario representado*, comentario a la STS de 16 de febrero de 1990, CCJC, núm. 23, 1990, pp. 459 y ss.

138. **REAL PEREZ, Alicia:** *El "leasing": un contrato complejo y atípico regido por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme*, Poder Judicial, 19, 1990, pp. 235 y ss.

139. **REGLERO CAMPOS, Fernando:** *Responsabilidad civil extracontractual. Accidente de circulación. Responsabilidad objetiva. Caso fortuito y fuerza mayor*, comentario a la STS de 17 de noviembre de 1989, CCJC, núm. 21, 1989, pp. 1.061 y ss.

140. **REGLERO CAMPOS, Fernando:** *Notas de urgencia acerca del nuevo reglamento del seguro obligatorio de viajeros. Ambito de aplicación y alcance de la cobertura del seguro*, Actualidad Civil, 1990 (II), pp. 291 y ss.

141. **ROCA TRIAS, Encarna:** *Compraventa a carta de gracia, usura y criterio ad valorem*. Poder Judicial, 15, 1989, pp. 149 y ss.

142. **RODRIGUEZ MORATA, Federico:** *Compraventa de embarcación. Obligaciones del vendedor. Error en el consentimiento. Venta de cosa ajena. Anualidad*, comentario a la STS de 4 de enero de 1989, CCJC, núm. 19, 1989, pp. 73 y ss.

143. **RODRIGUEZ MORATA, Federico:** *Mandato representativo: mandato expreso. Límites del mandato y protección al tercero de buena fe. Ratificación tácita. Responsabilidad del principal por la conducta de sus auxiliares en el cumplimiento de la gestión encargada*, comentario a la STS de 1 de marzo de 1990, CCJC, núm. 22, 1990, pp. 319 y ss.

144. **ROGEL VIDE, Carlos:** *Venta de cosa futura; inmueble en construcción: cesión de derechos, cumplimiento o resolución; artículos 1.124 y 1.504 del Código civil. Casación: fallo y fundamento jurídico de la sentencia recurrida*, comentario a la STS de 30 de octubre de 1989, CCJC, núms. 21, 1989, pp. 1.031 y ss.

145. **ROJO AJURIA, Luis:** *Contrato de "leasing" financiero. Vicios de la cosa que impiden su funcionamiento*, comentario a la STS de 26 de junio de 1989, CCJC, núm. 20, 1989, pp. 595 y ss.

146. **RUIZ DE LA CUESTA CASCAJARES, Rafael:** *La interpretación del término "año agrícola" en la vigente Ley de Arrendamientos Rústicos*, RCDI, núm. 598, mayo-junio, 1990, pp. 1.009 y ss.

147. **RUIZ RÍCO, José Manuel:** *Intereses moratorios. Cantidad líquida. Intereses del artículo 921 de la LEC*, comentario a la STS de 21 de noviembre de 1989, CCJC, núm. 21, 1989, pp. 1.073 y ss.

148. **RUIZ-RICO RUIZ, José María:** *Usura. Venta a carta de gracia. Legislación aplicable. Inflación*, comentario a la STS de 7 de febrero de 1989, CCJC, núm. 19, 1989, pp. 169 y ss.

149. **SABATER BAYLE, Elsa:** *Precio alzado en el contrato de obra y coste real superior al presupuesto. Cambio en el plano y mejoras en la obra presupuestada: exigibilidad al dueño de la obra del importe de las mejoras. Riesgo empresarial: ¿constituye enriquecimiento sin causa?*, comentario a la STS de 28 de febrero de 1989, CCJC, núm. 19, 1989, pp. 279 y ss.

150. **SANCHEZ GONZALEZ, M.ª Paz:** *Algunas notas para la elaboración de la doctrina jurisprudencial sobre la cláusula rebus sic stantibus*, Actualidad Civil, 1990 (II), pp. 429 y ss.

151. **SANTOS BRIZ, Jaime:** *Los daños morales y su incidencia en el derecho de la circulación*, RDP, octubre, 1989, pp. 827 y ss.

152. **SEGURA ZURBANO, José María:** *Los préstamos y el interés variable*, AAMN, XXIX, pp. 294 y ss.

153. **TOBALINA VADILLO, Angel:** *Arrendamientos por tiempo indefinido*, RJC, 1990 (2); pp. 339 y ss.

154. **VALLADARES RASCON, Etelvina:** *El concepto de viviendas suntuarias en la Ley de Arrendamientos Urbanos*, RGLJ, noviembre-diciembre, 1989, pp. 765 y ss.

155. **VALLADARES RASCON, Etelvina:** *Resolución del contrato de arrendamiento del local de negocio por ejercicio, por el arrendatario de la facultad le confiere el artículo 56 de la LAU*, comentario a la STS de 3 de julio de 1990, CCJC, núm. 23, 1990, pp. 773 y ss.

156. **VATTIER FUENZALIDA, Carlos:** *Interpretación de contrato y nulidad. Contrato mixto de arrendamiento y compraventa. Falta de objeto y causa*, comentario a la STS de 29 de enero de 1990, CCJC, núm. 22, 1990, pp. 271 y ss.

157. **VAZQUEZ FERREIRA, Roberto:** *Los presupuestos de la responsabilidad civil*, RGLJ, 1989, pp. 47 y ss.

158. **VILA RIBAS, María del Carmen:** *Administración de loterías; régimen jurídico; gestión privada del servicio. Personalidad del gestor para contratar. Pago por el Banco de un cheque irregular: inexistencia de deuda, inexcusabilidad del error y falta de diligencia: pago indebido*, comentario a la STS de 12 de abril de 1989, CCJC, núm. 20, 1989, pp. 503 y ss.

159. **VILA RIBAS, Carmen:** *Contrato de cuenta corriente bancaria: autorización de descubierto: concesión encubierta de crédito; pago indebido*, comentario a la STS de 28 de noviembre de 1989, CCJC, núm. 22, 1990, pp. 43 y ss.

160. **WACKE, Andreas:** *La autocontratación en el derecho de representación romano y moderno*, AAMN, XXIX, pp. 241 y ss.

161. **YZQUIERDO TOLSADA, Mariano:** *Arrendamiento urbano. Conversión de comunidad romana en propiedad horizontal. Retracto inexistente. Caducidad de la acción nonata*, comentario a la STS de 6 de octubre de 1989, CCJC, núm. 21, 1989, pp. 905 y ss.

162. **YZQUIERDO TOLSADA, Mariano:** *Responsabilidad civil médica. Obligaciones de actividad. Valor de las pruebas de primera impresión y pericial. Prescripción. Solidaridad (impropio) médico-sociedad de seguro de asistencia sanitaria*, comentario a la STS de 31 de enero de 1990, CCJC, núm. 22, 1990, pp. 279 y ss.

163. **YZQUIERDO TOLSADA, Mariano:** *Prescripción de la acción de responsabilidad por daños cuando las diligencias penales concluyen con indulto. Pretendida diferencia entre la acción aquiliana del artículo 1.902 del Código civil y la acción civil derivada de delito del artículo 1.092. Responsabilidad subsidiaria de las empresas*, comentario a la STS de 1 de abril de 1990, CCJC, núm. 23, 1990, pp. 583 y ss.

## 5. DERECHOS REALES. REGISTRO DE LA PROPIEDAD (164-221)

164. **ALBALADEJO GARCIA, Manuel:** *El plazo de la acción para recobrar la posesión ¿es de prescripción o de caducidad?*, RDP, 1990, pp. 551 y ss.

165. **ALONSO CASADO, José:** *Vivienda del portero (su régimen jurídico cuando dejó de serlo)*, Actualidad Civil, 1990 (I), pp. 111 y ss.

166. **ALONSO GARCIA, Carlos:** *Problemas jurídicos de la retirada de tierras de la producción (XV Congreso y Coloquio Europeos de Derecho Rural)*; RCDI, núm. 596, enero-febrero, 1990, pp. 157 y ss.

167. **AMAT LLARI, Eulalia:** *El control del autor sobre el destino de su obra*, RCDI, núm. 595, noviembre-diciembre, 1989, pp. 1.941 y ss.

168. **AMAT LLARI, Eulalia:** *Relación de vecindad. Industria molesta*, comen-

tario a la STS de 20 de marzo de 1989, CCJC, núm. 20, 1989, pp. 449 y ss.

169. **AMAT LLARI, Eulalia:** *Servidumbre de luces y vistas. Constitución de servidumbre por destino del padre de familia. Aplicación a Cataluña del artículo 541 del Código civil*, comentario a la STS de 31 de enero de 1990, CCJC, núm. 22, 1990, pp. 291 y ss.

170. **BERCOVITZ y RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo:** *Comunidad de bienes: legitimación procesal de cada uno de los comuneros; cosa juzgada. Marcas*, comentario a la STS de 23 de enero de 1989, CCJC, núm. 19, 1989, pp. 93 y ss.

171. **BERCOVITZ y RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo:** *Reserva de dominio: cláusula en compraventa de bienes inmuebles. Embargo de los bienes inmuebles por acreedor del vendedor. Tercería de dominio. Legitimación activa de cualquiera de los cónyuges compradores de cada inmueble para el ejercicio de la tercería*, comentario a la STS de 19 de mayo de 1989, CCJC, núm. 20, 1989, pp. 571 y ss.

172. **BERCOVITZ y RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo:** *10 de mayo de 1990: Reserva de dominio: compraventa a plazos con financiación a vendedor; impago del precio aplazado; embargo de bienes vendidos; caducidad de inscripción en el Registro de ventas a plazos; tercería de dominio*, comentario a la STS de 10 de mayo de 1990, CCJC, núm. 23, 1990, pp. 641 y ss.

173. **BALLESTERO HERNANDEZ, Luis M.:** *Anotaciones y puntualizaciones a la historia del reformismo agrario español*, RDP, 1990, pp. 281 y ss.

174. **BLAS ORBAN, José Miguel:** *Consideraciones sobre la adquisición de la propiedad del buque mediante su posesión por el capitán*, Actualidad Civil, 1990 (I), pp. 173 y ss.

175. **BLASCO GASCO, Francisco:** *Autocontrato. Conflicto de intereses: garantía hipotecaria. Suspensión de la inscripción de hipoteca en garantía de deuda ajena*, comentario a la RDGR de 20 de noviembre de 1989, CCJC, núm. 22, 1990, pp. 35 y ss.

176. **BONILLA ENCINA, Juan Francisco:** *El artículo 144 del Reglamento Hipotecario y la Dirección General de los Registros*, RCDI, núm. 600, septiembre-octubre, 1990, pp. 39 y ss.

177. **CAMBIASSO, Susana:** *La función del Registrador y la seguridad jurídica*, RCDI, núm. 597, marzo-abril, 1990, pp. 497 y ss.

178. **CAPILLA RONCERO, Francisco:** *Prohibición de disponer impuesta en testamento; responsabilidad patrimonial universal; efecto de la prohibición de disponer frente a los acreedores; embargabilidad y ejecución de los bienes objeto de la prohibición*, comentario a la RDGR de 22 de febrero de 1989, CCJC, núm. 20, 1989, pp. 387 y ss.

179. **CARRASCO PEREDA, Angel:** *Propiedad horizontal; obras en elemento co-*

*mún; accesión*, comentario a la STS de 19 de diciembre de 1988, CCJC, núm. 19, 1989, pp. 65 y ss.

180. **CASTAN TOBEÑAS, José:** *Influencia de la Ley Hipotecaria sobre la renovación del Derecho y la cultura jurídica de nuestra patria*, RCDI, núm. 594, septiembre-octubre, 1989, pp. 1.397 y ss.

181. **CASTAN VAZQUEZ, José María:** *La contribución de Castán Tobeñas a la formación de los Registradores*, RCDI, núm. 594, septiembre-octubre, 1989, pp. 1.389 y ss.

182. **COCA PAYERAS, Miguel:** *Propiedad horizontal. Gastos: no susceptibles de individualización; acuerdo de contribución a los gastos generales que altera cuotas fijas en el título constitutivo; impugnación. Comunidad paralela: comunidad de propietarios en explotación. Sociedad civil: personalidad. Carácter imperativo o dispositivo de la normativa de la LPH*, comentario a la STS de 2 de marzo de 1989, CCJC, núm. 19, 1989, pp. 291 y ss.

183. **CORRAL DUEÑAS, Francisco:** *Castán, agrarista*, RCDI, núm. 594, septiembre-octubre, 1989, pp. 1.523 y ss.

184. **CORRAL DUEÑAS, Francisco:** *El estatuto jurídico del patrimonio inmobiliario y mobiliario de la explotación agrícola en España (XV Congreso y Coloquio Europeos de Derecho Rural)*, RCDI, núm. 596, enero-febrero, 1990, pp. 120 y ss.

185. **CUESTA SAENZ, José María:** *Acceso a la propiedad de finca rústica arrendada. Condición de profesional de la agricultura*, comentario a la STS de 20 de febrero de 1989, CCJC, núm. 19, 1989, pp. 225 y ss.

186. **CHICO ORTIZ, José María:** *La información y sus aplicaciones a la institución registral*, RGLJ, 1989, pp. 315 y ss.

187. **CHICO ORTIZ, José María:** *Castán y los derechos reales*, RCDI, núm. 594, septiembre-octubre, 1989, pp. 1.421 y ss.

188. **CHICO Y ORTIZ, José María:** *La informática y sus aplicaciones a la institución registral*, RCDI, núm. 598, mayo-junio, 1990, pp. 1.117 y ss.

189. **DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús:** *Luces y vistas: derecho aragonés. Abuso de derecho*, comentario a la STS de 3 de febrero de 1989, CCJC, núm. 19, 1989, pp. 159 y ss.

190. **EGUSQUIZA, María Angeles:** *Acción declarativa de propiedad. Legitimación pasiva del presidente de la Comunidad de propietarios. Litisconsorcio pasivo necesario*, comentario a la STS de 27 de marzo de 1987, CCJC, núm. 20, 1989, pp. 457 y ss.

191. **FERNANDEZ-GOLFIN APARICIO, Antonio; RIVAS MARTINEZ,**

**Juan-José, y RODRIGUEZ-POYO-GUERRERO, José Manuel:** *Influencia de la práctica en la evolución de la estructura de los derechos reales*, RDN, núm. 143, 1989, pp. 51 y ss.

192. **GARVERI LLOBREGAT, José:** *Controversias sobre la existencia o no de una servidumbre de luces y vistas entre los inmuebles colindantes. Incongruencia de la sentencia dictada en fase de recurso de apelación pasiva de las Comunidades de propietarios. Existencia de litisconsorcio pasivo necesario no constitutivo en el proceso y apreciado de oficio*, comentario a la STS de 24 de julio de 1989, CCJC, núm. 21, 1989, pp. 845 y ss.

193. **GIL RODRIGUEZ, Jacinto:** *Tercería de dominio; embargo de la Hacienda Pública por deudas tributarias (posteriores) y suspensión de pagos de la empresa ejecutada. Adjudicación de los bienes pro solvendo y pro soluto. Transmisión de la propiedad*, comentario a la STS de 13 de febrero de 1989, CCJC, núm. 19, 1989, pp. 227 y ss.

194. **GIL RODRIGUEZ, Jacinto:** *Ejecución hipotecaria por el banco acreedor sin que hubiera inscrito previamente la cesión a su favor*. Poder Judicial, 17, 1990, pp. 145 y ss.

195. **GIMENEZ ROIG, Eusebio:** *Contrato de compraventa y tradición en el Código civil español de 1889*, RCDI, núm. 594, septiembre-octubre, 1989, pp. 1595 y ss.

196. **GIMENEZ ROIG, Eusebio:** *Venta por el propietario desposeído: ¿Anotación (Resolución de 25 de enero de 1990) o inscripción (art. 1.526.2 Cc)?*, RCDI, núm. 600, septiembre-octubre, 1990, pp. 101 y ss.

197. **GONZALEZ PACANOWSKA, Isabel:** *Tercería de dominio. Contrato traslativo de fecha anterior al embargo. Ratificación del contrato. Eficacia retroactiva de la ratificación: límites*, comentario a la STS de 12 de diciembre de 1989, CCJC, núm. 22, 1990, pp. 113 y ss.

198. **LASO MARTINEZ, José Luis:** *La inscripción de declaraciones de obra nueva de la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y de Valoraciones del Suelo*, RCDI, núm. 601, noviembre-diciembre, 1990, pp. 521 y ss.

199. **LOBATO GARCIA, Manuel:** *Sobre la usucapio libertatis de los bienes inmateriales*, RDP, 1990, pp. 983 y ss.

200. **LLEDO YAGÜE, Francisco:** *Retracto de comuneros; litisconsorcio; caducidad de la acción; conocimiento de la transmisión consumada*, comentario a la STS de 30 de enero de 1989, CCJC, núm. 19, 1989, pp. 139 y ss.

201. **LLEDO YAGÜE, Francisco:** *División de la cosa común. Régimen o procedimiento aplicable*, comentario a la STS de 31 de octubre de 1989, CCJC, núm. 21, 1989, pp. 1.051 y ss.

202. **LLEDO YAGÜE, Francisco:** *STS de 27 de septiembre de 1989 sobre do-*

*nación de bienes inmuebles en documento privado. La prescripción adquisitiva*, Poder Judicial, 18, 1990, pp. 105 y ss.; Poder Judicial, 19, 1990, pp. 221 y ss.

203. **LLOMBART BOSCH, Desamparados:** *Estatuto jurídico de la mujer en la empresa agrícola española (XV Congreso y Coloquio Europeos de Derecho Rural)*, RCDI, núm. 596, enero-febrero, 1990, pp. 167 y ss.

204. **MANZANARES SECADES, Alberto:** *Tercería de dominio; tradición espiritual; título y modo; anotación preventiva de embargo y actos de enajenación anterior*, comentario a la STS de 20 de octubre de 1989, CCJC, núm. 20, 1989, pp. 981 y ss.

205. **DE MEYER:** *El Estatuto Jurídico del Patrimonio Mobiliario e Inmobiliario de la Empresa Agrícola en Europa (XV Congreso y Coloquio Europeo de Derecho Rural)*, RCDI, núm. 596, enero-febrero, 1990, pp. 132 y ss.

206. **MORENO TRUJILLO, Eulalia:** *La protección del medio ambiente en la jurisprudencia civil*, Actualidad Civil, 1990 (III), pp. 525 y ss.

207. **MOREU BALLONGA, Luis:** *Transacción. Venta o "aportación de solar" o permuta de finca por pisos a construir. Tesor oculto*, comentario a la STS de 22 de enero de 1990, CCJC, núm. 22, 1990, pp. 217 y ss.

208. **MORO ALMARAZ, María Jesús:** *Instrumentos para la protección de los derechos reconocidos en la LPI*, Poder Judicial, 16, 1989, pp. 63 y ss.

209. **NOGUERA DE LA MUELA, Belén:** *La legislación de costas y las limitaciones sobre los terrenos contiguos a la ribera del mar*, RCJ, 1990 (4), pp. 895 y ss.

210. **O. CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier:** *Naturaleza jurídica de la multipropiedad*, AAMN, XXIX, pp. 75 y ss.

211. **PABLO CONTRERAS, Pedro:** *Inmuebles por destino. Embargo e hipoteca: preferencia*, comentario a la STS de 10 de mayo de 1989, CCJC, núm. 20, 1989, pp. 557 y ss.

212. **PARRA LUCAN, María de los Angeles:** *Servidumbre de paso. Adquisición por prescripción inmemorial antes de la vigencia del Código civil. Causas de extinción*, comentario a la STS de 15 de febrero de 1989, CCJC, núm. 19, 1989, pp. 245 y ss.

213. **PEREZ DE CASTRO, Nazareth:** *A propósito del coloreado de películas*, Actualidad Civil, 1990 (III), pp. 555 y ss.

214. **PEREZ DE CASTRO, Nazareth:** *Comunidad. Arrendamiento urbano concertado por un comunero. Contrato inscribible en el Registro de la Propiedad. Nulidad del concertado en tales condiciones*, comentario a la STS de 28 de marzo de 1990, CCJC, núm. 23, 1990, pp. 563 y ss.

215. **DEL RIO GARCIA DE SOLAS, Ignacio:** *Cancelación de hipoteca respec-*



to a una finca resultante de segregación sin previa distribución de la responsabilidad, comentario a la RDGR de 12 de febrero de 1988, CCJC, núm. 19, 1989, pp. 15 y ss.

216. **ROJO AJURIA, Luis:** *Retroacción de la quiebra, hipoteca, tercero registral*, comentario a la STS de 24 de octubre de 1989, CCJC, núm. 21, 1989, pp. 993 y ss.

217. **RUBIO TORRANO, Jorge:** *Retracto gentilicio: gastos de legítimo abono, intereses del precio*, comentario a la STS de 7 de abril de 1989, CCJC, núm. 20, 1989, pp. 479 y ss.

218. **SEISDEDOS MUÑO, Ana:** *Apuntes para la configuración jurídica de la multipropiedad en el Derecho español*, RCDI, núm. 597, marzo-abril, 1990, pp. 421 y ss.

219. **SOTILLOS URRA, José Luis:** *Denegación de anotación preventiva de embargo. Defecto insubsanable: inscripción registral previa de convenio aprobado en expediente de sus pensión de pagos*, comentario a la RDGR de 17 de abril de 1989, CCJC, núm. 21, 1989, pp. 735 y ss.

220. **VAZQUEZ BOTE, Eduardo:** *Recurso de apelación: alcance del uso y disfrute exclusivos de un elemento común, concedido al adquirente de un piso, en inmueble sometido al régimen especial de propiedad horizontal*, RCDI, núm. 600, septiembre-octubre, 1990, pp. 191 y ss.

221. **YSAS SOLANES, María:** *Cesión de crédito hipotecario. Procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH. Legitimación activa*, comentario a la STS de 21 de junio de 1989, CCJC, núm. 21, 1989, pp. 775 y ss.

## 6. DERECHO DE FAMILIA (222-261)

222. **BALLESTEROS ALONSO, Manuel:** *El Registro de la Propiedad y los regímenes económicos matrimoniales extranjeros*, RCDI, núm. 600, septiembre-octubre, 1990, pp. 9 y ss.

223. **BELO GONZALEZ, Ramón:** *Los alimentos de los hijos mayores de edad en el procedimiento matrimonial de sus progenitores*, Actualidad Civil, 1991 (I), pp. 21 y ss.

224. **BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo:** *Litis consorcio pasivo necesario; compra sociedad conyugal (de gananciales); resolución de compraventa por incumplimiento del comprador; interpretación de los contratos*, comentario a la STS de 25 de enero de 1990, CCJC, núm. 22, 1990, pp. 261 y ss.

225. **BLANCO PEREZ-RUBIO, Lourdes:** *Consecuencias de la disposición adicional décima de la Ley 30/81, de 7 de julio (Ley del divorcio), en materia de pensión de viudedad*, RDP, 1991, pp. 33 y ss.

226. **CABANILLAS SANCHEZ, Antonio:** *Capitulaciones matrimoniales que de-*

*terminan disolución y liquidación de la sociedad de gananciales: improcedencia del ejercicio de la acción rescisoria por fraude de acreedores debido a su carácter subsidiario; inoponibilidad al acreedor de cambio de régimen económico matrimonial; carga de la prueba, comentario a la STS de 25 enero de 1989, CCJC, núm. 19, 1989, pp. 121 y ss.*

227. **CABANILLAS SANCHEZ, Antonio:** *Deuda propia contraída por un cónyuge con anterioridad al otorgamiento de capitulaciones matrimoniales que determinan la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales. Embargo de la finca adjudicada al cónyuge no deudor. Tercería de dominio. Apreciación en sentido restrictivo del fraude de acreedores. Toma de razón en el Registro de la Propiedad de las capitulaciones modificativas del régimen económico matrimonial, comentario a la STS de 6 de diciembre de 1989, CCJC, núm. 22, 1990, pp. 91 y ss.*

228. **CABANILLAS SANCHEZ, Antonio:** *Vivienda familiar. Mera tolerancia de comunero. Derecho a salir de la indivisión. Inexistencia de renuncia en perjuicio de terceros, comentario a la STS de 21 de mayo de 1990, CCJC, núm. 23, 1990, pp. 667 y ss.*

229. **CALVO ANTON, Manuela:** *El contrato de alimentos como figura contractual independiente, RGLJ, 1989, pp. 633 y ss.*

230. **CAÑIZARES LASO, Ana:** *Adopción. Requisitos: consentimiento del padre; innecesario si la paternidad no estaba determinada legalmente. Extinción: a instancia del padre o de la madre; requisitos, comentario a la STS de 2 de marzo de 1989, CCJC, núm. 20, 1989, pp. 399 y ss.*

231. **CORRAL TALCIANI, Hernan:** *La procreación artificial post mortem ante el Derecho RGLJ, julio 1988, pp. 5 y ss.*

232. **CRESPO ALLUE, Fernando:** *La comunidad postganancial, Actualidad Civil, 1991 (i), pp. 109 y ss.*

233. **GARCIA CANTERO, Gabriel:** *Notas sobre representación legal en el Derecho de Familia, Actualidad Civil, 1990 (I), pp. 119 y ss.*

234. **GARCIA FAILDE, Juan José:** *Constitución española y Acuerdo jurídico entre el Estado español y la Santa Sede, RJC, 1990 (1), pp. 9 y ss.*

235. **GIL DE LAS HERAS, Feliciano:** *La nulidad matrimonial por incapacidad psíquica, RDP, noviembre, 1989, pp. 923 y ss.*

236. **GOMEZ VALLEDOR, José María:** *Castán y el Derecho de Familia, RCDI, núm. 594, septiembre-octubre, 1989, pp. 1.471 y ss.*

237. **GONZALEZ Y OCHOA, José Ignacio:** *Reflexiones en voz alta sobre algunos aspectos problemáticos del Derecho matrimonial, Actualidad Civil, 1990 (I), pp. 27 y ss.*

238. **GONZALEZ PORRAS, José Manuel:** *“La familia sin matrimonio”*. Notas a propósito de los Proyectos de Ley italianos sobre la familia de hecho, Actualidad Civil, 1990 (III), pp. 453 y ss.

239. **HERNANDO COLLAZOS, Isabel:** *Divorcio. Separación de hecho: elemento intencional. Interrupción de la convivencia por causas análogas a los motivos laborales. Condena penal de uno de los cónyuges al inicio de la separación de hecho*, comentario a la STS de 15 de marzo de 1990, CCJC, núm. 23, 1990, pp. 537 y ss.

240. **HUALDE MANSO, Teresa:** *El derecho al divorcio*, RGLJ, julio-agosto, 1989, pp. 7 y ss.

241. **LEON GONZALEZ, Manuel:** *Del reconocimiento de efectos civiles a las sentencias canónicas de nulidad y decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado*, RJC, 1990 (1), pp. 175 y ss.

242. **LETE DEL RIO, José Manuel:** *Personas que pueden adoptar y ser adoptadas*, Actualidad Civil, 1991 (I), pp. 75 y ss.

243. **LINACERO DE LA FUENTE, María Asunción:** *Acerca de la posible inconstitucionalidad del artículo 159 del Código Civil*, RDP, 1990, pp. 561 y ss.

244. **LINACERO DE LA FUENTE, María Asunción:** *Comentario a la RDGR de 20 de enero de 1989*, Actualidad Civil, 1991 (I), pp. 91 y ss.

Patria potestad, etc.

245. **LICINI CASALES, Angel:** *La vivienda familiar en el régimen del Código civil reformado*, RCDI, núm. 596, enero-febrero, 1990, pp. 87 y ss.

246. **MAGARIÑOS BLANCO, Victorio:** *Ley 20/89 de modificación del IRPF y la sociedad de gananciales*, Actualidad Civil, núm. 43, 1989 (970), pp. 3.341 y ss.

247. **MENDIETA JARAMILLO, Luz Myriam:** *Relaciones patrimoniales en la unión familiar de hecho*, Actualidad Civil, 1990 (I), pp. 197 y ss.

248. **ONECHA SANTAMARIA, Carlos:** *Causas de incumplimiento del deber de respeto y ayuda mutua entre cónyuges*, RGLJ, 1989, pp. 29 y ss.

249. **OSSORIO SERRANO, Juan Miguel:** *Notas acerca de la propuesta previa de adopción*, Actualidad Civil, 1990 (II), 227 y ss.

250. **PRIETO FERNANDEZ, Carmen:** *El interés del hijo en los procesos de filiación: un interés de carácter preferente*, Actualidad Civil, 1991 (I), pp. 137 y ss.

251. **PUIG SALELLAS, Josep M.:** *El dret de família a Catalunya i la realitat social*, RJC, 1990 (4), pp. 875 y ss.

252. **RAMS ALBESA, Joaquín:** *Determinación por analogía de la naturaleza ga-*

nancial de las amortizaciones de plazos de hipoteca sobre vivienda familiar. *Subrogación real. Liquidación de la sociedad de gananciales*, comentario a la STS de 31 de octubre de 1989, CCJC, núm. 22, 1990, pp. 19 y ss.

253. **RAMS ALBESA, Joaquín:** *El pasivo del régimen matrimonial legal aragonés*, RCDI, núm. 598, mayo-junio, 1990, pp. 911 y ss.

254. **RIVERO HERNANDEZ, Francisco:** *Filiación no matrimonial Derecho transitorio: constitucionalidad*, comentario a la STS de 26 de septiembre de 1989, CCJC, núm. 21, 1989, pp. 867 y ss.

255. **RIVERO HERNANDEZ, Francisco:** *Filiación extramatrimonial. Intervención del Ministerio Fiscal. Principio de prueba de los derechos en que se funda la demanda*, comentario a la STS de 21 de diciembre de 1989, CCJC, núm. 22, 1990, pp. 161 y ss.

256. **RIVERO HERNANDEZ, Francisco:** *Filiación extramatrimonial. Acción de reclamación impugnación de paternidad. Legitimación activa*, comentario a la STS de 23 de febrero de 1990, CCJC, núms. 23, 1990, pp. 473 y ss.

257. **RODRIGUEZ CASTRO, Justo:** *La Ley 35/1988, de 22 de diciembre, sobre técnicas de reproducción asistida y el Registro Civil*, Actualidad civil, 1990 (III), pp. 743 y ss.

258. **RODRIGUEZ INYESTO, Antonio:** *Protección jurídica de los alimentos de los hijos en las relaciones conyugales*, RDP, octubre, 1990, pp. 838 y ss.

259. **ROMERO COLOMA, Aurelia María:** *Las repercusiones de los Acuerdos de 3 de enero de 1979 en el ámbito matrimonial*, Actualidad Civil, 1990 (I), pp. 13 y ss.

260. **SERRANO GARCIA, José Antonio:** *Derecho civil aragonés. Régimen matrimonial legal: disposición de bienes inmuebles comunes y derecho expectante de viudedad. Consentimiento a la enajenación y renuncia al derecho expectante*, comentario a la STS de 26 de junio de 1989, CCJC, núm. 20, 1480, pp. 609 y ss.

261. **TORRENT, Armando:** *Unión de hecho y separación de hecho*, RDN, núms. 141-142, 1988, pp. 287 y ss.

## 7. DERECHO DE SUCESIONES (262-285)

262. **ALBALADEJO GARCIA, Manuel:** *Acrecimiento en la mejora y declaración de copropiedad*, comentario a la STS de 26 de diciembre de 1989, CCJC, núm. 22, 1990, pp. 205 y ss.

263. **AMAT LLARI, Sulalia:** *Sucesiones. Heredamiento con institución de heredero distributivo. Renuncia al suplemento de legitima*, comentario a la STS de 17 de abril de 1990, CCJC, núm. 23, 1990, pp. 607 y ss.

264. **AMORES CONRADI, Miguel:** *Sucesiones: ley aplicables. Pérdida de la nacionalidad española por el causante por adquisición voluntaria de otra nacionalidad; efectos; prueba. Alegación y prueba del Derecho extranjero. Cuestión nueva en apelación: improcedencia*, comentario a la STS de 19 de julio de 1989, CCJC, núm. 21, 1989, pp. 827 y ss.
265. **CALVO ANTON, Manuela:** *La voluntad del testador en el legado de prestaciones periódicas*, Actualidad Civil, 1990 (II), pp. 271 y ss.
266. **CASANOVAS I MUSSONS, Anna:** *Entorn de la Llei 8/1987, de 25 de maig, de successió intestada: aspectes problemàtics*, RJC, 1990 (2), pp. 297 y ss.
267. **CASAS VALLES, Ramón:** *Renuncia a derechos sucesorios y reserva viudal (Cataluña)*, comentario a la STS de 5 de marzo de 1989, CCJC, núm. 20, 1989, pp. 535 y ss.
268. **DOMINGUEZ CUELMO, Andrés:** *Partición por el contador-partidor. Plazo para practicar la misma. Anualidad por falta de citación para el inventario existiendo coherederos menores de edad*, comentario a la STS de 17 de diciembre de 1988, CCJC, núm. 19, 1989, pp. 55 y ss.
269. **FERRER VANDRELL, Pilar:** *Notas sobre el tratamiento legal de la difinitivo en el artículo 50 de la Compilación Balear y en los artículos 50 y 51 del Proyecto de reforma, a la luz de sus antecedentes históricos*, RJC, 1990 (1), pp. 29 y ss.
270. **GARCIA PACANOWSKA, Isabel:** *Entrega de legados por el albacea contador-partidor. Necesidad de que preceda el inventario, liquidación y adjudicación de la herencia en su totalidad o el consentimiento de los herederos forzosos. Disolución de la comunidad derivada de la disposición testamentaria en la misma escritura de entrega de legados*, comentario a la RDGR de 28 de septiembre de 1988, CCJC, núm. 19, 1989, pp. 27 y ss.
271. **GARCIA RUBIO, María Paz:** *Interpretación de testamento. Institución en usufructo/sustitución fideicomisaria. Carácter condicional de la sustitución*, comentario a la STS de 19 de octubre de 1989, CCJC, núm. 21, 1989, pp. 957 y ss.
272. **GARCIA RUBIO, María Paz:** *Reserva del artículo 811 del Código Civil. Adquisición por aceptación del representante. Adquisición automática. Ius transmissionis de los herederos del reservatario*, comentario a la STS de 21 de diciembre de 1989, CCJC, núm. 22, 1990, pp. 185 y ss.
273. **GARCIA RUBIO, María Paz:** *Testamento ológrafo: nulidad por falta de capacidad o por vicio del consentimiento, revocación tácita por otorgamiento de testamento ológrafo posterior o subsistencia de ambos; medios extrínsecos de interpretación; unidad o pluralidad de testamentos; institución de heredero único en cosas ciertas; improcedencia de la apertura de la sucesión intestada*, comentario a la STS de 7 de mayo de 1990, CCJC, núm. 23, 1990, pp. 619 y ss.

274. **GONZALEZ PORRAS, José Manuel:** *El nuevo Registro General de Testamentos europeo*, Actualidad Civil, núm. 44, 1989 (1986), pp. 3.421 y ss.

275. **GORDILLO CAÑAS, Antonio:** *9 de mayo de 1990: Testamentos: institución condicional de heredero, condición potestativa de pasado, su cumplimiento. Mejora de nieto madre viviente. Modo testamentario*, comentario a la STS de 9 de mayo de 1990, CCJC, núm. 23, 1990, pp. 631 y ss.

276. **IPIENS LLORCA, Antonio:** *Breves notas sobre la troncalidad*, RCDI, núm. 594, septiembre-octubre, 1989, pp. 1.553 y ss.

277. **LOPEZ RENDO, Carmen:** *Reflexiones sobre la preterición en el Código civil. Comentario al artículo 814 tras la reforma sufrida por Ley de 13 de mayo de 1981*. Actualidad Civil, 1991 (I), pp. 35 y ss.

278. **MALUQUER DE MOTES, Carlos J.:** *Donaciones inoficiosas y donaciones coleccionables. Determinación del valor de los bienes. Reducción de legado o reducción de donaciones*, comentario a la STS de 17 de marzo de 1989, CCJC, núm. 20, 1989, pp. 441 y ss.

279. **MASIDE MIRANDA, José Enrique:** *Legítima del cónyuge supérstite*, RCDI, núm. 595, noviembre-diciembre, 1989, pp. 1.981 y ss.

280. **PARA MARTIN, Antonio:** *Fideicomiso si sine liberis deceserit y sustitución preventiva de residuo, según el Decreto Civil de Cataluña*, comentario a la STS de 11 de junio de 1990, CCJC, núm. 23, 1990, pp. 735 y ss.

281. **RIVAS MARTINEZ, Juan José:** *El Derecho sucesorio en Castán*, RCDI, núm. 594, septiembre-octubre, 1989, pp. 1.489 y ss.

282. **ROCA TRIAS, Susana:** *Sustitución preventiva de residuo en Cataluña. Renuncia a la legítima no referida. Impugnación de los actos del causante lesivos de la legítima. Actos propios*, comentario a la STS de 10 de octubre de 1989, CCJC, núm. 21, 1989, pp. 931 y ss.

283. **SERRANO GARCIA, Francisco Javier:** *Reserva del artículo 811 del Código civil. Renuncia para la reservataria preferente. Aplicación del artículo 970 del Código civil. Colisión entre reservas*, comentario a la RDGR de 9 de marzo de 1989, CCJC, núm. 20, 1989, pp. 423 y ss.

284. **TORRES GARCIA, Teodora:** *Testamento ológrafo en Cataluña. Impugnación del testamento ológrafo por entender que éste sólo es válido si sus disposiciones se efectúan en favor de sus descendientes y de su cónyuge, si a éste se le deja el usufructo*, comentario a la STS de 24 de enero de 1989, CCJC, núm. 20, 1989, pp. 379 y ss.

285. **YSAS SOLANES, María:** *Negocios en fraude de legítima. Cómputo de la legítima: valoración. Acciones de reclamación y suplemento; intereses*, comentario a la STS de 27 de enero de 1989, CCJC, núm. 19, 1989, pp. 127 y ss.

## II. DERECHO MERCANTIL

### 1. PARTE GENERAL. EMPRESA (286-302)

286. **ACOSTA ESTEVEZ, José B.:** *Tratamiento jurídico de la publicidad ilícita en el nuevo Derecho de la Publicidad*, RDM, núms. 193 y 194, 1989, pp. 787 y ss.

287. **AGUILAR ALVAREZ, Guillermo:** *El título cuarto del Código de comercio mexicano y la legislación comparada en materia de arbitraje comercial internacional*, RDM, núm. 191, 1989, pp. 101 y ss.

288. **CANGUI, Arturo:** *Naturaleza y tipos de propiedad industrial*, RDP, 1989, pp. 1.022 y ss.

289. **CASADO BURBANO, Pablo:** *El nuevo régimen de la publicidad registral mercantil*, RDP, 1990, pp. 351 y ss.

290. **CASADO CERVIÑO, Alberto:** *La nueva Ley española de marcas, nombre comercial y rótulo de establecimiento. Razones para una reforma. Concepto de marca. Signos*, Actualidad Civil, 1990 (III), pp. 587 y ss.

291. **CASADO CERVIÑO, Alberto:** *Adquisición del derecho sobre la marca. El procedimiento de inscripción ante el Registro de la Propiedad Industrial*, Actualidad Civil, 1990 (III), pp. 619 y ss.

292. **CASADO CERVIÑO, Alberto:** *Marcas colectivas y de garantía, marca derivada, marca internacional. El nombre comercial y el rótulo de establecimiento*, Actualidad Civil, 1990 (III), pp. 663 y ss.

293. **CASADO CERVIÑO, Alberto:** *El uso obligatorio de la marca registrada*, RJC, 1990 (2), pp. 359 y ss.

294. **DUQUE, Justino F.:** *El derecho de las empresas vinculadas en la legislación española*, RDBB, núm. 35, julio-septiembre 1989, pp. 465 a 525.

El trabajo se plantea un doble objetivo. Por un lado, proporcionar una *información suficiente* sobre la situación actual del Derecho español en materia de agrupaciones de empresas; fundamentalmente a la luz de las recientes reformas del derecho del mercado de valores y de sociedades de capital. Por otro lado, establecer *la base de partida* sobre la que ha de realizarse la adaptación de nuestro derecho de sociedades, una vez se apruebe la novena Directiva comunitaria sobre grupos de sociedades. A este respecto, se destaca la ausencia de un sistema integrado del derecho de las empresas vinculadas en nuestro ordenamiento, en el que sus manifestaciones se contraen a aspectos contables (cuentas consolidadas) y de relaciones básicas de participación de unas sociedades en otras (grupos de sociedades filiales y participaciones recíprocas), ofreciendo, de este modo, una regulación fragmentaria y de alcance limitado respecto del fenómeno más amplio de la empresa *policorporativa* o *polisocietaria* (F.O.B.).

295. **FERNANDEZ DE LA GANDARA, Luis:** *Mercado hipotecario en la Comunidad Económica Europea: Problemas y perspectivas*, AAMN, XXIX, pp. 493 y ss.
296. **FERNANDEZ DEL POZO, Luis:** *Empresario individual de responsabilidad limitada. Anexo a la legislación comparada*, RCDI, núm. 597, marzo-abril, 1990, pp. 539 y ss.
297. **FONT I RIBAS, Antoni:** *Comentari d'urgència a la Llei de Defensa de la Competència*, RJC, 1990 (4), pp. 922 y ss.
298. **HERRERO MORO, Guillermo; FERNANDEZ DEL POZO, Luis, y GONZALEZ DEL VALLE GARCIA, F. Javier:** *El empresario individual de responsabilidad limitada en Derecho comparado*, RCDI, núm. 595, noviembre-diciembre, 1989, pp. 1.831 y ss.
299. **HERRERO MORO, Guillermo; FERNANDEZ DEL POZO, Luis, y GONZALEZ DEL VALLE GARCIA, F. Javier:** *El empresario individual de responsabilidad limitada: ventajas, problemas y soluciones*, RCDI, núm. 596, enero-febrero, 1990, pp. 15 y ss.
300. **PEREZ-BUSTAMANTE KÖSTER, Jaime, y de MINGO Y DE AZCARATE, María:** *Un estatuto europeo para la franquicia. (Análisis del Reglamento número 4.087/88 de la Comisión, relativo a la aplicación del artículo 85.3 TCEE a ciertas categorías de acuerdos de franquicia, en relación con la sentencia Pronuptia y con las decisiones individuales de la Comisión)*, RDM, núm. 191, 1989, pp. 67 y ss.
301. **SAENZ DE SANTAMARIA, Alberto:** *En tema de anagramas*, RCDI, núm. 599, julio-agosto, 1990, pp. 175 y ss.
302. **TRINIDAD GARCIA, M. Luisa:** *La condición jurídica del comerciante extranjero*, RDM, núms. 189-190, 1988, pp. 487 y ss.

## 2. DERECHO DE SOCIEDADES (303-342)

303. **ARECHEDERRA ARANZADI, Luis Ignacio:** *El origen de la doctrina ultra vires en el common law*, AAMN, XXX-1, pp. 639 y ss.
304. **AVILA NAVARRO, Pedro:** *La sociedad anónima ante el Registro de la Propiedad*, RCDI, núm. 599, julio-agosto, 1990, pp. 103 y ss.
305. **AVILA NAVARRO, Pedro:** *Los estatutos de la Sociedad Anónima*, RJC, 1990 (4), pp. 1.027 y ss.
306. **BLANQUER UBEROS, Roberto:** *La disolución, la liquidación y la extinción de la sociedad*, AAMN, XXX-1, pp. 413 y ss.
307. **BOLAS ALFONSO, Juan:** *La transformación social*, AAMN, XXX-1, pp. 777 y ss.



308. **CACHON BLANCO, José Enrique:** *El nuevo régimen de los derechos de suscripción en la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989*, Actualidad Civil, 1990 (II), pp. 259 y ss.

309. **CACHON BLANCO, José Enrique:** *Las acciones sin voto*, Actualidad Civil, 1990 (III), pp. 469 y ss.

310. **CALBACHO LOSADA, Fernando:** *El derecho de información del accionista en la sociedad anónima*, RDM, núms. 189-190, 1988, pp. 541 y ss.

311. **CELAYA, Adrián:** *Sociedad Cooperativa de Trabajo y Sociedad Anónima Laboral. Configuración societaria comparada*, RDM, núm. 191, 1989, pp. 115 y ss.

312. **EMBID IRUJO, J. M.:** *Medidas de defensa de una sociedad mercantil frente a una acción exterior de obtención de su control. Las cláusulas anti-OPA*, RDBB, núm. 39 (1990), pp. 535 y 545.

El autor hace repaso a distintas situaciones de toma de control de una sociedad mediante la formulación de una OPA y las diferentes medidas de defensa, tanto preventivas como estrictamente defensivas, que puede adoptar la sociedad *target* en aquellas circunstancias. El trabajo limita el estudio de esta problemática al ámbito exclusivamente societario (F.O.B.).

313. **EMBID IRUJO, José Miguel:** *Los grupos de sociedades en el Derecho comunitario y español*, RCDI, núm. 599, julio-agosto, 1990, pp. 31 y ss.

314. **ESPERT SANZ, Vicente:** *Comentarios provisionales a las reformas del Derecho Mercantil de 1989 (Sociedad comanditaria por acciones y de Responsabilidad Limitada y Registro Mercantil)*, RDN, núms. 145-146, pp. 267 y ss.

315. **ESPERT SANZ, Vicente:** *Comentario al párrafo último del artículo 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, según redacción dada por la Ley de 25 de julio de 1989*, RDN, núms. 145-146, pp. 375 y ss.

316. **FRANCO GARCIA, José María:** *La reforma de la legislación mercantil (Derecho de la competencia y Derecho de sociedades)*, RDM, núms. 193-194, 1989, pp. 835 y ss.

317. **GARCIA-CRUCES GONZALEZ, José Antonio:** *Sociedad Anónima. Revocación de poderes de la Junta General cuando han sido conferidos por el Consejo de Administración*, comentario a la RDGR de 31 de octubre de 1989, CCJC, núm. 23, 1990, pp. 603 y ss.

318. **GARRIDO CERDA, Emilio:** *La denominación social*, AAMN, XXX-1, pp. 605 y ss.

319. **GASTON DE IRIARTE, Santiago:** *La fundación de la Sociedad Anónima*, Actualidad Civil, 1990 (III), pp. 495 y ss.

320. **IGLESIAS PRADA, Juan Luis:** *Aproximación al estudio de las sociedades de capital-riesgo*, RDM, núm. 191, 1989, pp. 45 y ss.

321. **LARGO GIL:** *La información de los accionistas en la fusión de sociedades*, RDBB, núm. 38 (1990), pp. 277 a 318.

El artículo se dedica al estudio de los instrumentos de información como medio de protección al accionista en proceso de fusión de la sociedad. Especialmente en lo que se refiere a la extensión y límites de la obligación de informar de los administradores y expertos independientes en el período anterior a la adopción del acuerdo de fusión en la junta general (art. 236 a 238 LSA) (F.O.B.).

322. **LORA-TAMAYO RODRIGUEZ, Isidoro:** *Reflexiones en torno a la sociedad de responsabilidad limitada*, AAMN, XXX-1, pp. 119 y ss.

323. **LUCAS FERNANDEZ, Francisco:** *Control de cambios y sociedades anónimas*, AAMN, XXX-I, pp. 665 y ss.

324. **MATILLA ALEGRE, Rafael:** *La autocartera en la Ley de reforma de la legislación mercantil*, RGLJ, julio-agosto, 1989, pp. 57 y ss.

325. **MENENDEZ MENENDEZ, Aurelio:** *Sociedad Anónima e inscripción en el Registro Mercantil*, AAMN, XXX-1, pp. 7 y ss.

326. **MENENDEZ MENENDEZ, Aurelio, y BELTRAN SANCHEZ, Emilio:** *Las acciones sin voto (comentario a los arts. 90 a 92 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas)*, RDM, núm. 191, 1989, pp. 7 y ss.

327. **MENENDEZ MENENDEZ, Aurelio:** *La primera Directiva de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades y el Registro Mercantil español*, RCDI, núm. 597, marzo-abril, 1990, pp. 393 y ss.

328. **MUÑOZ MARTIN, Noemi:** *Sociedad anónima. Validez de la cláusula estatutaria que prevé el arbitraje como medio para dirimir los empates en el Consejo de Administración*, comentario a la RDGR de 27 de abril de 1989, CCJC, núm. 21, 1989, pp. 767 y ss.

329. **NEILA, María José:** *La nueva Ley de Sociedades Anónimas. Modificaciones introducidas en el Texto Refundido sobre la Ley de 25 de julio de 1989*, RDP, 1990, pp. 99 y ss.

330. **NEILA NEILA, José María:** *Los "preceptos recogedores" en la nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, RDP, 1990, pp. 393 y ss.

331. **NIETO CAROL, Ubaldo:** *Nuevo régimen legal de la acción como objeto de negocios jurídicos*, Actualidad Civil, núm. 42, 1989 (952), pp. 3.261 y ss.

332. **OLIVARES JAMES, José María:** *Los órganos sociales (Estructura y funcionamiento)*, AAMN, XXX-1, pp. 145 y ss.

333. **PRADA GONZALEZ, José María:** *Problemas que plantea la nueva regulación de las obligaciones convertibles*, AAMN, XXX-1, pp. 375 y ss.

334. **PRETEL SERRANO, Juan José:** *Nacionalidad y domicilio de la Sociedad Anónima*, AAMN, XXX-1, pp. 179 y ss.

335. **RICHARD, Efraín, H.:** *Personalidad de las sociedades civiles y comerciales, tipicidad e inoponibilidad de la personalidad jurídica como extensión de la responsabilidad de socios o controlantes, en el Derecho argentino*, RDM, núms. 193-194, 1989, pp. 851 y ss.

336. **RODRIGUEZ ADRADOS, Antonio:** *Constitución y nulidad de la sociedad anónima*, AAMN, XXX-1, pp. 57 y ss.

337. **RODRIGUEZ ARTIGAS, Fernando:** *Instituciones de Inversión Colectiva (Sociedades y Fondos de Inversiones)*, RDBB, núm. 35, julio-septiembre 1989, pp. 527 a 574.

El autor realiza un estudio general del fenómeno e la inversión colectiva en nuestro Derecho, en él se realiza un repaso de los antecedentes legislativos de la regulación actual y una exégesis de los textos legales vigentes, con especial dedicación a la Ley de 26 de diciembre de 1984, el trabajo presta una atención preferente a las particularidades y especialidades del régimen jurídico de los diferentes tipos de Instituciones de Inversión Colectiva (Sociedades y Fondos de Inversión Mobiliaria y Fondos de Inversión en activos del mercado monetario) dentro del marco general del Derecho societario y a las características comunes a todas ellas (F.O.B.).

338. **ROJO, Angel:** *La facultad de cooptación del Consejo de Administración*, RDM, núms. 189-190, 1988, pp. 367 y ss.

339. **SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J.:** *Las participaciones recíprocas en la Ley de Sociedades Anónimas*, RBDD, núm. 39 (1990), pp. 487 y 534.

El autor expone los fundamentos de la regulación de las participaciones recíprocas entre sociedades en nuestra reciente normativa de sociedades anónimas (arts. 82 y sig. LSA). Los riesgos de "aguamiento" del capital y de manipulación en la formación de la voluntad social. En el trabajo analizan los distintos instrumentos, límites y sanciones que introduce la ley para conjurar aquellas desviaciones (F.O.B.).

340. **SOTO BISQUERT, Antonio:** *La sociedad unipersonal*, AAMN, XXIX, pp. 147 y ss.

341. **VALLET DE GOYTISOLO, Juan:** *Constitución testamentaria de Sociedad Anónima entre los descendientes del causante en el Derecho común español*, AAMN, XXX-1, pp. 561 y ss.

342. **VELASCO SAN PEDRO, Luis A.:** *Aumento de capital social mixto, en parte con nuevas aportaciones y en parte con cargo a reservas, y derechos de los accionis-*

tas, comentario a la STS de 28 de mayo de 1990, CCJC, núm. 23, 1990, pp. 675 y ss.

### 3. INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRAFICO (343-349)

343. **DIAZ RUIZ, Emilio:** *Reflexiones sobre competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de mercados secundarios de valores*, RDM, núms. 193-194, 1989, pp. 817 y ss.

344. **GARCIA DE ENTERRIA, Javier:** *Sobre la eficiencia del mercado de capitales. Una aproximación al securities law de los Estados Unidos*, RDM, núms. 193-194, 1989, pp. 653 y ss.

345. **GARRIDO, J. M.:** *La regulación de los mercados financieros en Inglaterra*, RDBB, núm. 39 (1990), pp. 549 a 569.

346. **GISPERT PASTOR, M.ª Teresa:** *Las sociedades mediadoras en el mercado de dinero*, RDM, núms. 189-190, 1988, pp. 463 y ss.

347. **MADRID PARRA:** *Consecuencias para la financiación inmobiliaria en las leyes del mercado de valores y de disciplina e intervención de las entidades de crédito*, RDBB, 36 (1989), pp. 703 y 730.

348. **SANCHEZ ANDRES, A.:** *La reforma del Mercado de Valores español: algunas claves orientadoras*, RDBB, núm. 37 (1990), pp. 11 a 22.

El autor, observador privilegiado de este sector de la actividad mercantil en su doble condición de catedrático de derecho mercantil y Consejero de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, realiza una reflexión general sobre los fundamentos que inspiran el movimiento de reforma de nuestro mercado de valores en los últimos años, a raíz de la publicación de la Ley del Mercado de Valores de 1988. El estudio destaca la mayor integración del actual mercado, en el que las dos piezas principales sobre las que se asienta el sistema, como son el mercado primario y el secundario, se agrupan en una auténtica unidad institucional. De igual modo, se abordan en el trabajo las tensiones que se suscitan en la articulación de un sistema en el que frente al tradicional carácter mercantil (privado) de las operaciones del mercado, se va desarrollando una generalizada "administrativación" de su estructura. Por último, el autor hace referencia a las modificaciones estructurales que introduce la reforma respecto de la organización y operadores del sistema (F.O.B.).

349. **SANCHEZ MIGUEL, M. C.:** *La responsabilidad de las entidades de crédito en su actuación profesional*, RDBB, núm. 38 (1990), pp. 319 y 342.

En el artículo se destaca la tendencia de nuestra legislación y jurisprudencia a ir integrando la responsabilidad profesional de las entidades de crédito en el marco de la responsabilidad extracontractual u objetiva ampliamente admitida por la doctrina en el ámbito Comunitario (F.O.B.).

#### 4. CONTRATOS MERCANTILES (350-355)

350. **AÑOVEROS TRIAS DE BES, Xavier:** *El contrato bancario de servicio de cajas de seguridad*, RJC, 1990 (2), pp. 325 y ss.

351. **COSTA RAN, Lluís:** *El contrato de permuta financiera (Swap Agreement)*: RJC, 1990 (1), pp. 55 y ss.

352. **E. DIAZ RUIZ:** *El contrato de "swap"*, RDBB, núm. 36 (1989), pp. 733 y 806.

El autor realiza un estudio general de la caracterización jurídica de este moderno instrumento financiero (origen, concepto, naturaleza, modalidades y régimen jurídico en general), cuya finalidad es la de la cobertura de los riesgos derivados de la fluctuación del tipo de cambio en los préstamos en divisas (F.O.B.).

353. **FLAQUER RIUTORT, J.:** *Las cesiones de crédito bancarias*, RDBB, núm. 38 (1990), pp. 345 y 372.

El trabajo expone tanto los motivos de orden práctico a que responden estas operaciones como un análisis de la naturaleza y documentación jurídicas de las mismas. Respecto de la primera (naturaleza) destaca su autenticidad como verdaderas cesiones de crédito (arts. 347 y 348 Cco), y respecto de los certificados de transmisión de crédito en que se instrumentan, se sostiene su consideración como títulos valores impropios (F.O.B.).

354. **MARIN LOPEZ, Antonio:** *El convenio sobre la ley aplicable a la venta internacional de mercancías*, RDM, núms. 189-190, 1988, pp. 463 y ss.

355. **IRIARTE ANGEL, José Luis:** *Transporte internacional de mercancías y normas imperativas de terceros estados*, RGLJ, 1989, pp. 7 y ss.

#### 5. DECRETO CAMBIARIO (356-358)

356. **MADRID PARRA, A.:** *La circulación de valores al portador y de los anotados en cuenta*, RDBB, núm. 37 (1990), pp. 23 y 103.

En este artículo aborda la revolución que ha supuesto la informática en el mecanismo de transmisión de los derechos en el ámbito mercantil, y particularmente en la circulación de los valores mobiliarios. Con la articulación de un nuevo sistema jurídico de transmisión de "valores" mediante anotaciones en cuenta (Ley del Mercado de Valores de 1988; arts. 5 y sigs.) se supera la tradicional incorporación del derecho a un soporte documental pasando al soporte informatizado. Igual que el título-valor fue la solución ofrecida por el ordenamiento jurídico a la necesidad de transmisión de los derechos con la rapidez y seguridad que demanda el tráfico mercantil, y cuyo exponente más destacado se encuentra en los valores al portador, la

transmisión de valores a través de las anotaciones en cuenta responde a aquella necesidad en mercados de grandes dimensiones de negociación. El autor pone de manifiesto como el sistema de anotaciones en cuenta supera el anonimato del titular sin obstaculizar la eficacia y seguridad de la circulación de los valores; que en su versión documentada había alcanzado en mayor grado el título al portador (F.O.B.).

357. **OTERO LASTRES, José Manuel:** *Reflexiones sobre la solidaridad cambiaria*, AAMN, XXIX, pp. 25 y ss.

358. **SANTOS, Vicente:** *La prescripción cambiaria*, RDBB, núm. 38 (1990), pp. 255 a 275.

Bajo este título el autor realiza un estudio monográfico de la aplicación del instituto general de la prescripción extintiva en el ámbito de las acciones cambiarias, consideradas éstas en sentido amplio, extendiéndose incluso a la acción de enriquecimiento. El autor destaca el valor de la prescripción cambiaria como excepción, descartando que posea por sí misma eficacia extintiva de los derechos inherentes a la letra. Su estudio se detiene particularmente en la determinación y vicisitudes de los plazos prescriptivos (F.O.B.).

## 6. DERECHO CONCURSAL

(359-361)

359. **ALONSO SANCHEZ, Beatriz:** *Eficacia liberadora frente a los fiadores de los convenios de quita y espera alcanzados dentro del procedimiento de quiebra*, comentario a la STS de 24 de enero de 1989, CCJC, núm. 19, 1989, pp. 107 y ss.

360. **GAYA SICILIA, Regina:** *Legislación concursal aplicable a una cooperativa valenciana*, comentario a la STS de 24 de enero de 1990, CCJC, núm. 22, 1990, pp. 249 y ss.

361. **SACRISTAN REPRETA, Marcos:** *Quiebra declarada a solicitud del deudor: "oposición" formulada por un acreedor. Posibilidad legal de la misma. Procedencia en este caso por la falta en el deudor de la condición de comerciante. Inexistencia de error en la apreciación de la prueba y de incongruencia por defecto en la sentencia recurrida en casación. Precisiones sobre la función de la casación*, comentario a la STS de 27 de abril de 1989, CCJC, núm. 20, 1989, pp. 525 y ss.

## 7. DERECHO MARITIMO

(362)

362. **RECALDE CASTELLS, Andrés J.:** *Conocimiento de embarque y acción por pérdidas y averías*, RDM, núms. 193-194, 1989, pp. 721 y ss.

### III. DERECHO NOTARIAL (363-374)

363. **AMELOTTI, Mario:** *Negocio, documento y notario en la evolución del Derecho Romano*, AAMN, XXIX, pp. 133 y ss.

364. **ANDRINO HERNANDEZ, Manuel:** *La temática notarial en los diccionarios de la Real Academia*, AAMN, XXIX, pp. 269 y ss.

365. **ANDRINO HERNANDEZ, Manuel:** *Viejos papeles. (Divagaciones sobre un título notarial del trienio constitucional)*, RDN, núms. 141-142, 1988, pp. 7 y ss.

366. **BURDIEL HERNANDEZ, Manuel:** *Posición jurídica de los profesionales, maestros, juristas y notarios hacia la contratación equilibrada y justa*, RDN, núms. 141-142, 1988, pp. 335 y ss.

367. **CAMARA ALVAREZ, Manuel; LORA-TAMAYO, Isidoro, y BOLAS ALFONSO, Juan:** *La representación orgánica y la representación voluntaria en el ámbito internacional*, RDN, núms. 145-146, pp. 11 y ss.

368. **CRUZ LAGUNERO, José Manuel:** *Jurisdicción voluntaria y función notarial*, RDN, núms. 141-142, 1988, pp. 335 y ss.

369. **DIEZ GOMEZ, Aurelio:** *El ejercicio de la fe pública por diplomáticos*, RDN, núms. 141-142, 1988, pp. 19 y ss.

370. **MARTINEZ-BORSO LOPEZ, José V.:** *Problemas de representación en el Derecho Internacional Privado*, RDN, núms. 141-142, pp. 319 y ss.

371. **MARTINEZ SARRION, Angel:** *La narración y la fe en el documento*, RDN, núm. 143, 1989, pp. 199 y ss.

372. **PRADA GONZALEZ, Joaquín:** *Función notarial y protocolo*, AAMN, XXIX, pp. 197 y ss.

373. **RODRIGUEZ ADRADOS, Antonio:** *El documento en el Código civil*, RDN, núm. 143, 1989, pp. 225 y ss.

374. **ROJAS MONTES, Luis; GARCIA-GRANERO MARQUEZ, Miguel, y SAPENA DAVO, Joaquín:** *La protección de las partes contratantes mediante la intervención notarial en las fases preliminares del contrato de compraventa*, RDN, núms. 141-142, 1988, pp. 95 y ss.

### IV. DERECHO URBANISTICO (375-405)

375. **BASSOLS COMA, Martín:** *Transportes y ordenación del territorio*, RDU, núm. 115, 1989, pp. 113 y ss.

376. **BASSOLS COMA, Martín:** *Instrumentos legales de intervención urbanística en los centros y conjuntos históricos*, RDU, núm. 118, 1990, pp. 13 y ss.
377. **BOQUERA OLIVER, José María:** *La limitación de la propiedad urbanística según la Constitución*, RDU, núm. 118, 1990, pp. 79 y ss.
378. **BORJA LOPEZ-JURADO ESCRIBANO, Francisco:** *Aptitud de los planes para modular el contenido de la legislación urbanística*, Poder Judicial, 15, 1989, pp. 177 y ss.
379. **BRUSILOVSKY, Berta L., y FRANCHINI, Teresa:** *Reflexiones sobre el cálculo del aprovechamiento tipo en suelo urbano*, RDU, núm. 120, 1990, pp. 23 y ss.
380. **COBO OLVERA, Tomás:** *Obras, construcciones e instalaciones en suelo no urbanizable y urbanizable no programado*, RDU, núm. 119, 1990, pp. 61 y ss.
381. **FERNANDEZ PASTRANA, José María:** *Las facultades de proyección de los técnicos titulados tras la Ley 12/1986*, RDU, núm. 120, 1990, pp. 57 y ss.
382. **FERNANDEZ PIRLA, Santiago:** *Los estudios de mercado de bienes inmuebles*, RDU, núm. 120, 1990, pp. 35 y ss.
383. **GARCIA LANZA, Julio:** *Un acercamiento a la normalización del contenido de los planes urbanísticos*, RDU, núm. 116, 1990, pp. 69 y ss.
384. **GONZALEZ-BERENGUER URRUTIA, J. L.:** *La autofinanciación. Dos importantes errores en el Plan General de Ordenación Urbana de Madrid*, RDU, núm. 115, 1989, pp. 45 y ss.
385. **GONZALEZ-BERENGUER URRUTIA, José Luis:** *Dictamen sobre el cómputo de las instalaciones complementarias*, RDU, núm. 117, 1990, pp. 129 y ss.
386. **GONZALEZ-BERENGUER URRUTIA, José Luis:** *La Ley de Costas. Las construcciones futuras*, RDU, núm. 118, 1990, pp. 103 y ss.
387. **GONZALEZ-BERENGUER URRUTIA, José Luis:** *Dictamen sobre el problema de los gastos de conservación en las urbanizaciones privadas*, RDU, núm. 119, 1990, pp. 117 y ss.
388. **GONZALEZ GONZALEZ, Oscar:** *Limitaciones y servidumbres marítimas*, RDU, núm. 117, 1990, pp. 65 y ss.
389. **GRAU AVILA, Sebastián:** *El régimen jurídico de las licencias urbanísticas*, RDU, núm. 117, 1990, pp. 41 y ss.
390. **JIMENEZ DE CISNEROS CID, Francisco:** *Convenio de colaboración entre la Administración Pública (Instituto para la Promoción pública de la Vivienda) y particular para la promoción de construcción de viviendas. Naturaleza e incompeten-*



*cia de jurisdicción*, comentario a la STS de 8 de enero de 1990, CCJC, núm. 23, 1990, pp. 425 y ss.

391. **JORDANO FRAGA, Jesús:** *La responsabilidad de la Administración con ocasión de los daños al medio ambiente*, RDU, núm. 119, 1990, pp. 79 y ss.

392. **LINDE PANIAGUA, Enrique:** *Límites de las competencias urbanísticas municipales en el dominio público hidráulico*, RDU, núm. 120, 1990, pp. 17 y ss.

393. **LLIDO SILVESTRE, Joaquín:** *Suelo urbanizable no programado, programas de actuación urbanística y unidades urbanísticas integradas*, RDU, núm. 119, 1990, pp. 43 y ss.

394. **LLISET BORRELL, Francisco:** *El principio de impenetrabilidad territorial de la competencia municipal en materia de urbanismo. Las actuaciones de conjunto del artículo 32 de la Ley del Suelo*, RDU, núm. 116, 1990, pp. 15 y ss.

395. **MARTIN HERNANDEZ, Paulino:** *El aprovechamiento tipo como componente de la gestión urbanística en el medio urbano. La experiencia madrileña*, RDU, núm. 118, 1990, pp. 79 y ss.

396. **MORA BONGERA, Fernando:** *La protección de los conjuntos históricos a través del planeamiento. El caso específico de Santa María del Campo Viveiro*, RDU, núm. 116, 1990, pp. 47 y ss.

397. **PEREZ MORENO, Alfonso:** *La Ley de Costas y el planeamiento urbanístico*, RDU, núm. 117, 1990, pp. 13 y ss.

398. **PEREZ MORENO, Alfonso:** *El postulado constitucional de la promoción y conservación del patrimonio histórico artístico*, RDU, núm. 119, 1990, pp. 13 y ss.

399. **PORTO REY, Enrique:** *Cálculo de los aprovechamientos tipo*, RDU, núm. 120, 1990, pp. 105 y ss.

400. **POVEDA DIAZ, María Teresa:** *La Ley de Costas de 28 de julio de 1988 y la Planificación territorial y urbanística*, RDU, núm. 115, 1989, pp. 73 y ss.

401. **RODRIGO MORENO, Fernando:** *Función de la carga real sobre las fincas de la gestión urbanística en el sistema de compensación*, RDU, núm. 115, 1989, pp. 99 y ss.

402. **RODRIGO MORENO, Francisco:** *Licencias urbanísticas especiales*, RDU, núm. 116, 1990, pp. 35 y ss.

403. **TRAPERO, Juan J.:** *Aspectos urbanísticos de la protección del territorio litoral*, RDU, núm. 117, 1990, pp. 53 y ss.

404. **VERA FERNANDEZ-SANZ, Alberto:** *En torno a la aplicación práctica de*

la Ley 12/1986, de Atribuciones Profesionales, RDU, núm. 118, 1990, pp. 131 y ss.

405. **VILA OLIVET, Juan:** *Notas sobre la regulación y problemática actual de las contribuciones especiales*, RDU, núm. 117, 1990, pp. 85 y ss.

## V. DERECHO PROCESAL

(406-425)

406. **ACOSTA ESTEVEZ, José B.:** *Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad: aspectos procesales*, Actualidad Civil, núm. 47, 1989 (1069), pp. 3.733 y ss.

407. **ACOSTA ESTEVEZ, Juan B.:** *Algunas cuestiones en torno a la ejecución de laudos arbitrales extranjeros en España*, RDP, 1990, pp. 373 y ss.

408. **ACOSTA ESTEVEZ, Juan B.:** *Aproximación a un estudio analítico de la cuestión prejudicial comunitaria*, Actualidad Civil, 1990 (II), pp. 377 y ss.

409. **ACOSTA ESTEVEZ, Juan B.:** *El proceso como instrumento de la actividad jurisdiccional del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea*, Actualidad Civil, 1991 (I), pp. 59 y ss.

410. **AMORES CONRADI, Miguel:** *Alegación y prueba del Derecho extranjero. Control de cambios; aplicación de disposiciones imperativas del Ordenamiento extranjero*, comentario a la STS de 12 de enero de 1989, CCJC, núm. 19, 1989, pp. 83 y ss.

411. **ARRABAL, Pablo:** *Acciones y procedimiento en el Derecho americano*: Actualidad Civil, 1990 (I), pp. 215 y ss.

412. **COLLADO GARCIA-LAJARA, Enrique:** *El Juez comunitario español*, Actualidad Civil, 1990 (III), pp. 755 y ss.

413. **FAIREN GUILLEN, Víctor:** *La defensa (autodefensa, autocomposición, pacto, contrato, proceso)*, RCDI, núm. 601, noviembre-diciembre, 1990, pp. 467 y ss.

414. **FONCILLAS SOPENA, Ramón:** *Estado actual del principio inaudita parte en el campo de las medidas cautelares en materia de bienes*, Actualidad Civil, 1990 (II), pp. 411 y ss.

415. **GUI MORI, Tomás:** *La aplicación directa de los principios constitucionales: la anotación preventiva de demada*, RJC, 1990 (2), pp. 423 y ss.

416. **HINOJOSA SEGOVIA, Rafael:** *El efecto directo y la primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho interno*, RGLJ, noviembre, 1988, pp. 871 y ss.

417. **IRIARTE ANGEL, José Luis:** *Empresas pesqueras conjuntas y Derecho comunitario: Comentarios al Auto del Presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 10 de octubre de 1989*, Actualidad Civil, 1990 (III), pp. 511 y ss.

418. **LAUREL SOTO, Francisco:** *La aplicación de la Ley de Demarcación y Planta Judicial y el Registro Civil*, Poder Judicial, 16, 1989, pp. 139 y ss.
419. **MUÑOZ ROJAS, Tomás:** *Actualizaciones sustantivas y procesales en el orden jurídico mercantil (Ley 19/1989)*, Actualidad Civil, 1990 (I), pp. 187 y ss.
420. **MUÑOZ ROJAS, Tomás:** *Sobre la jurisdicción voluntaria*, Actualidad Civil, 1990 (III), pp. 577 y ss.
421. **MUÑOZ ROJAS, Tomás:** *Facetas (sustantivas y procesales) de la Ley de la Publicidad*, RDP, 1991, pp. 3 y ss.
422. **SALINAS VERDEGUER, Eduardo:** *Condena en costas de la primera instancia al rebelde*, comentario a la STS de 4 de marzo de 1989, CCJC, núm. 20, 1989, pp. 413 y ss.
423. **SUAREZ ROBLEDANO, José Manuel:** *El Juez español frente al Derecho internacional privado europeo*, (I) Actualidad Civil, 1990 (I), pp. 133 y ss.; (y II), Actualidad Civil, 1990 (I), pp. 149 y ss.
424. **TABOADA ROCA, Manuel:** *La casación civil en su nueva normativa*, RGLJ, noviembre-diciembre, 1989, pp. 799 y ss.
425. **ZAMORA CABOT, F. J.:** *Extraterritorialidad y derecho de la competencia: nuevos datos sobre el llamado "test de efectos"*, RDP, 1990, pp. 993 y ss.

#### ABREVIATURAS UTILIZADAS

AAMN .....	Anales de la Academia Matritense del Notariado.
Actualidad Civil	
CCJC .....	Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil.
	Poder Judicial
RCDI .....	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDBB .....	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDM .....	Revista de Derecho Mercantil
RDN .....	Revista de Derecho Notarial
RDP .....	Revista de Derecho Privado
RDU .....	Revista de Derecho Urbanístico
RGLJ .....	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RJC .....	Revista Jurídica de Cataluña

# JURISPRUDENCIA

## Jurisprudencia del Tribunal Supremo

### II. SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SANCHEZ

Colaboran: Javier BARCELO DOMENECH

Gabriel GARCIA CANTERO

Regina GAYA SICILIA

Encarna SERNA MEROÑO

#### I. DERECHO CIVIL

##### 1. PARTE GENERAL

**1. Cómputo del plazo del recurso de revisión. Plazo civil. Artículo 5.º del Código civil.**—Partiendo de que el plazo establecido por el artículo 1.798 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es de caducidad y no de prescripción, el cómputo no puede efectuarse tomando en consideración lo dispuesto en las leyes procesales para el de los plazos establecidos por meses, esto es, aplicando el Decreto-ley 5/1973, de 17 de julio, que declara inhábiles todos los días del mes de agosto y que es el antecedente del artículo 183 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; ni los artículos 303 a 305 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tienen que ver con el cómputo del plazo del artículo 1.798 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que debe hacerse, como plazo civil que es, de fecha a fecha y conforme a lo que dispone el artículo 5.º del Código civil, esto es, sin descontarse, en ningún caso, los días inhábiles ni en el inhábil mes de agosto. (**Sentencia de 22 de diciembre de 1989**; no ha lugar.)

HECHOS.—Recurso de revisión contra la sentencia firme dictada por el Juez de Primera Instancia de Santa Cruz de Tenerife, sobre resolución de contrato de arrendamiento de local de negocio, basado en la existencia de

una maquinación fraudulenta que se cifra en la no indicación en la litis por la contraparte del domicilio de la recurrente, con la finalidad de ocultarle así la existencia del pleito. El recurso de revisión es desestimado por el Tribunal Supremo.

NOTA.—No se explican los motivos que determinan que un plazo de caducidad, en un recurso jurisdiccional como es el de revisión, no deba compararse de acuerdo con la normativa procesal. (A.C.S.).

## 2. DERECHO DE LA PERSONA

**2. Principio “iura novit curia”. Necesidad de formular expresamente las excepciones perentorias que benefician al demandado.**—“(…) si bien es cierto que, en términos generales, y dado el principio de justicia rogada que informa nuestro ordenamiento procesal civil, cabe entender que es a las partes a quienes compete la introducción de los hechos en el proceso, realizando su alegación en el momento procesal oportuno y llevando a cabo su probanza cuando, por no ser admitidos por la contraparte, fuese ello necesario, bastando con su alegación y prueba para que, siempre que, con apoyo en los mismos pueda el Juez llevar a cabo una declaración o condena, siempre que hubiese sido solicitada por aquél a quien favorece, sin que, por el contrario, sea, en principio necesario que la parte que introdujo los hechos y solicitó la declaración judicial haya alegado la norma que sirva de fundamento jurídico a tal declaración, norma que, salvo que ello supusiera una mutación de la causa de pedir, puede ser invocada de oficio por el órgano jurisdiccional, en aplicación del principio ‘iura novit curia’, también lo es que esta regla general encuentra razonables excepciones, una de las cuales es la referente a la aceptación de las excepciones perentorias que benefician al demandado, excepciones éstas que, por expreso mandato del artículo 542 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, exigen una formulación expresa, sin que sea suficiente la mera introducción por el demandado de los hechos en que se apoyen, si no va acompañada de una articulación expresa que permita a la contraparte conocer la postura procesal de quien la formula”.

**Juego de la excepción de prescripción en el ámbito del derecho nobiliario.**—“(…) dentro del campo del derecho nobiliario, y con referencia a la excepción de prescripción, esta Sala tiene sentada una reiterada doctrina, que cristaliza, entre otras, en sentencias de 23 de enero y 5 de julio de 1987, y 10 de octubre y 7 de diciembre de 1988, en el sentido de declarar que constituyendo la prescripción una excepción perentoria, para ser apreciada ha de ser aducida en la fase de alegaciones y sólo cabe admitirla cuando a quien beneficie la articule expresa y oportunamente, doctrina ésta que, por tanto, obliga a descartar la eficacia de la prescripción cuando únicamente pudiera entenderse que ha sido alegada de manera encubierta o implícita”.

**Orden para suceder en un título nobiliario rehabilitado. Parentesco determinante del mejor derecho.**—“(…) es doctrina pacífica de esta Sala, mantenida, entre

otras en sentencia de 28 de septiembre de 1972, la de que, a poco que se profundice en el estudio de la naturaleza jurídica de la rehabilitación, resulta evidente que si la concesión de un título nobiliario es un acto puramente graciable del Soberano que, sin limitación alguna, puede concederlo o negarlo y en el caso de su caducidad, puede igualmente concederlo a otra persona incluso que no tenga la más mínima relación con el anterior concesionario, sería lógico que de igual forma la rehabilitación participase del mismo carácter graciable y en su virtud debería registrarse la sucesión según las normas propias de la rehabilitación o, en su defecto, por las de la sucesión regular del nuevo titular y, por tanto, resulta incongruente invocar supuestos derechos sobre un título caducado y concedido 'ex novo', como hizo constar el Real Decreto de 11 de junio de 1883 que, con su evidente criterio jurídico, dispuso en su artículo 2.º que 'cuando por razones atendibles convenga acordar la rehabilitación de un título caducado y suprimido, podrá concederse a cualquiera de los individuos que justifiquen estar comprendidos en los llamamientos del Decreto de creación y, a falta de éste, en los de creación regular'; y el artículo 3.º añadía que, contra la rehabilitación acordada no procederá recurso alguno, como es lógico en los actos de gracia; pero, a pesar de lo expuesto, es lo cierto que, en el estado actual de la cuestión, dispuso el artículo 9.º del Reglamento de 14 de noviembre de 1885 que toda rehabilitación se hará siempre con la cláusula de 'sin perjuicio de mejor derecho', el cual habrá de ejercitarse en juicio ordinario haciendo, en su caso, el tribunal correspondiente la declaración de procedencia a ser agraciado con dicha merced, sistema que ha venido a consolidarse por la legislación vigente, constituida por los Reales Decretos de 27 de mayo de 1912 y 8 de julio de 1922, desarrollado por la Orden de 21 de octubre del mismo año, que mantiene la norma de que toda rehabilitación se entenderá concedida sin perjuicio de tercero de mejor derecho genealógico; en cuya virtud es claro que el parentesco determinante del mejor derecho no puede relacionarse con el concesionario de la rehabilitación que se concede con este carácter polémico, sino con el último poseedor legal, debiendo entenderse por tal aquél a quien el título correspondería atendiéndose al orden sucesorio correspondiente. De acuerdo con la doctrina hasta aquí citada, habremos de entender que, producida en el supuesto de autos la rehabilitación del título en 1923, en favor de un pariente del demandado y declarado en la resolución que se recurre, sin que ello se haya combatido en casación, que no se ha acreditado que concurra en el presente caso una especial decisión soberana de la Corona que implique la creación de una nueva cabeza de línea, habrá necesariamente de concluirse que la aludida rehabilitación se hizo con la repetida cláusula de 'sin perjuicio de mejor derecho', que permite su ejercicio a través del actual procedimiento, el cual podía abocar, como lo hizo, en la concesión del título a quien ostentaba un derecho preferente". (STS de 7 de marzo de 1990; no ha lugar.)

**HECHOS.**—El recurso de casación arranca de un procedimiento declarativo ordinario de mayor cuantía sobre mejor derecho a usar, disfrutar y poseer el título de Conde de los Acevedos. El Juzgado declara el mejor derecho del demandante, lo que confirma la Audiencia. No ha lugar a la casación. (R.G.S.)

**3. Derecho a comunicar y difundir libremente información veraz.**—“(…) el citado Tribunal Constitucional, al interpretar el precepto del artículo 20.1.d) de nuestra Carta Magna, tiene declarado que el derecho de un profesional del periodismo

a informar, así como el de sus lectores a recibir información íntegra y veraz, constituye, en último término, una garantía institucional de carácter objetivo, cuya efectividad exige en principio excluir la voluntad delictiva de quien se limita a transmitir, sin más, información, aunque ésta, por su contenido, pueda revestir significado penal (S de 12 de diciembre de 1986); que el texto del artículo 20.1.d) de la Constitución, distinto del que se refiere a la difusión de pensamientos, ideas y opiniones. reconoce dos derechos, íntimamente conectados que, en aras de conocer los hechos que puedan tener trascendencia pública, se concretan en la libre comunicación y en la recepción de información veraz, de tal manera que los sujetos de este derecho no son sólo los titulares del órgano o medio difusor de la información, los profesionales del periodismo o quienes, aun sin serlo, comunican una información, a través de tales medios, sino, primordialmente, la colectividad y cada uno de sus miembros (S de 22 de diciembre de 1986), y, finalmente, que la comunicación informativa a que se refiere el apartado del artículo 20.1 versa sobre hechos que pueden encerrar trascendencia pública a efectos de que sea real la participación de los ciudadanos en la vida colectiva, de tal forma que de la libertad de información y del correlativo derecho a recibirla, es sujeto primario la colectividad y cada uno de sus miembros, cuyos interés es el soporte final de este derecho; sin que pueda argumentarse en contra del lícito ejercicio del derecho a la libre información la sola consideración de que con sus manifestaciones públicas se causa un daño a la imagen, pues la libertad existe, no sólo para las informaciones que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquéllas que puedan inquietar o perturbar (S de 21 de enero de 1988)".

**Derecho al honor: límite de la libertad de expresión.**—“(…) matizando aún más la concesión de ese derecho constitucional a comunicar información en los supuestos en que contraviene el derecho, también constitucional, al honor, es doctrina, tanto del Tribunal Constitucional, como de esta Sala, que la libertad de expresión jamás podrá justificar la atribución gratuita a persona identificada por su nombre y apellidos de hechos que inexcusablemente la hacen desmerecer del público aprecio y son reprochables a todas luces, cualesquiera que sean los usos sociales del momento (STS de 4 de noviembre de 1986); que el honor protegido en sentido genérico por la Constitución comprende, en último grado, toda expresión profunda o acción ejecutada en deshonor, descrédito o menosprecio de otra persona —injuria del artículo 457 del Código Penal— (STS de 23 de marzo de 1987) y, finalmente, que la relación de preferencia que tiene la libertad de información sobre el derecho al honor se invierte en favor de este último cuando la información no se refiere a personalidades públicas que, al haber optado libremente por tal condición, deben soportar un cierto riesgo de lesión de sus derechos de la personalidad, sino a personas privadas que no participan voluntariamente en la controversia pública, pues en este supuesto el honor alcanza su más alta eficacia de límite de las libertades reconocidas en el artículo 20, que le confiere el número 4.º del mismo artículo (STC de 27 de octubre de 1987)".

**Criterios para la fijación del “quantum” indemnizatorio en los supuestos de ataques al honor. Competencia, al efecto, de los tribunales de instancia.**—“(…) el ataque al honor produce, en principio, daños indemnizables —tanto morales como pecuniarios ‘stricto sensu’— cuya fijación corresponde a los Juzgados y Tribunales; me-

noscabos para cuya determinación deberán tenerse en cuenta las circunstancias de cada caso y la gravedad de la lesión efectivamente producida, en relación con la difusión o audiencia del medio a través del cual se ha producido el ataque y con el beneficio del daño obtenido, extremos cuya valoración corresponde a los Juzgados y Tribunales (S de 23 de marzo de 1987) (...)

**Vigencia del artículo 65.2 de la Ley de Prensa e Imprenta.**—“(…) también tiene que ser desestimado el cuarto, que denuncia la indebida aplicación del artículo 65.2 de la Ley de Prensa e Imprenta de 18 de marzo de 1966, que reputa derogada por la Disposición Derogatoria Tercera de la Constitución, con criterio totalmente contrario al reiteradamente sostenido por esta Sala cuya doctrina constante viene admitiendo la vigencia del aludido precepto (...).” (STS de 19 de marzo de 1990; no ha lugar.)

**HECHOS.**—A propósito de una noticia relativa a la admisión por el Tribunal Supremo de una querrela contra un Magistrado, el periódico que la publicó daba cuenta a sus lectores de las relaciones sentimentales que el protagonista de la misma mantenía con una de sus empleadas —señalando nombre y apellidos de ésta—, así como de las circunstancias en que las mencionadas relaciones se habían desarrollado. La Audiencia revocó la sentencia del Juzgado, que absolvía a la empresa editorial, condenando a la demandada en la instancia a indemnizar a la actora por lesiones a su honor. El recurso de casación interpuesto por la empresa editorial no prosperó. (R.G.S.)

**4. Tribunal territorialmente competente para conocer de las transgresiones del derecho al honor.**—“Como ya declaró la sentencia de 16 de marzo último, la transgresión del derecho al honor está catalogada dentro de los llamados delitos civiles, y de ahí que al determinar la competencia territorial se atienda al principio del ‘forum delicti commissi’.

El artículo 11 de la Ley de 26 de diciembre de 1978 de Protección Jurisdiccional de los Derechos fundamentales de la Persona establece que las reclamaciones por vulneración o desconocimiento de los mismos se formularán ante los Juzgados de Primera Instancia correspondientes a la localidad donde se haya producido el hecho.”

**Cauce para dirimir las cuestiones de competencia territorial.**—“Desaparecida la excepción dilatoria de competencia territorial, cuantas cuestiones hayan de promover para dirimir la competencia por dicho fuero, han de seguir, inexcusablemente los cauces establecidos en los artículos 72 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, los de la inhibitoria o declinatoria.”

**Responsabilidad solidaria de autores, editores y directores por las difamaciones contenidas en las publicaciones. Vigencia del artículo 65.2 de la Ley de Prensa e Imprenta.**—“Ya la sentencia de 19 de febrero destacó como regla generalizada y uniforme aquella que establece en nuestro Ordenamiento Jurídico la solidaridad civil derivada del ilícito, tanto penal como civil, De ahí el que posteriormente algunas normas se han cuidado de sentar reglas tuitivas al efecto, como la contenida en el artículo 65.2 de la Ley de 18 de marzo de 1966, conocida como Ley de Prensa e Imprenta, al establecer que la responsabilidad civil por actos u omisiones ilícitos no



punibles, será exigible a los autores, editores, impresores e importadores o distribuidores de impresos extranjeros, con carácter solidario, norma que con posterioridad ha sufrido diversas modificaciones, como la llevada a cabo por el RDL 24/1977, de 1 de abril, a su vez modificado por la Ley 62/1978, de 26 de diciembre. En suma y en tesis de la sentencia calendada, el precepto de la Ley de Prensa e Imprenta invocado, mantiene su vigencia en cuanto a la responsabilidad solidaria de autores, editores y directores por las difamaciones contenidas en las publicaciones.”

**Necesidad de determinar en la demanda el hecho en que se fundamenta la acción. Criterio en relación con los textos injuriosos.** “Ha sido problema planteado en la dogmática y en la práctica la determinación del hecho en la demanda, en cuanto es causa y fundamento de la acción, siguiéndose al efecto dos teorías: la de la individualización, que con criterio simplista, pero muy crítico, entiende que la indicación del hecho debe limitarse a lo necesario para identificar la acción que se ejercita; y la de la sustanciación, según la cual debe indicarse el fundamento o razón de la acción, es decir, el hecho jurídico en que se engendra.

Es obvio que en los textos injuriosos, las doctrinas de las Salas Primera y Segunda del Tribunal Supremo, han optado siempre por la teoría de la sustanciación, toda vez que cualquier palabra puede ser o no injuriosa cuando se contrasta dentro del contexto en que se enmarca.” (STS de 30 de abril de 1990; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Ante la previsible celebración de corridas de toros, el médico titular de la villa comunicó al alcalde la necesidad de inspeccionar los servicios sanitarios de la plaza. Personado en el recinto se le impidió el paso, lo que el titular notificó a las autoridades sanitarias y municipales competentes. Molestos, los responsables de la empresa taurina publicaron en los periódicos locales una carta abierta en la que vertían expresiones vejatorias para el honor del médico. El Juzgado estima parcialmente la demanda y la Audiencia revoca, en parte también, la resolución del Juzgado. Acuden al Supremo los demandados en la instancia sin que prospere el recurso de casación. (R.G.S.)

**5. Declaración sumaria de incapacidad según derecho derogado. Impugnación en juicio ordinario. Declaración de incapacidad en reconversión según Ley 1983. Diferencia con el régimen derogado.**—La declaración de incapacidad, establecida en juicio contradictorio y plenario, por sentencia dictada en primera instancia, confirmada totalmente por la de apelación, no sufre modificación por la circunstancia de haber precedido otra declaración de incapacidad, básicamente en los mismos términos y respecto de la misma persona, conseguida en forma sumaria, en procedimiento de jurisdicción voluntaria bajo el imperio de la ley anterior; si bien anteriormente tal declaración con plenitud de efectos no tenía carácter necesario, por cuanto que si las partes se aquietaban con la declaración obtenida en vía sumaria, la situación producida podía prolongarse indefinidamente, mientras que ahora, con una concepción más garantista de los bienes tutelados “nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley”, como manda el artículo 199 del Código civil.

**El proceso de incapacitación está sustraído a la libre disponibilidad de las partes. Tutela judicial efectiva. La impugnación del juicio sumario no puede eludir la**

**cuestión de fondo.**—En materia afectante a la capacidad de las personas y, por tanto, de orden público, un planteamiento impugnatorio de una declaración sumaria, basado exclusivamente en razones procesales, cuya hipotética acogida deje imprejuzgada la cuestión de fondo, esto es, la capacidad o incapacidad del sujeto, está condenado al fracaso en atención a un recto entendimiento del derecho a la tutela judicial reclamado por el artículo 24 del CE, que conduce a procurar la justicia material del caso concreto; la contraposición “sumario-plenario”, como técnica procesal de antigua tradición, permite combinar una decisión rápida o urgente obtenida con garantías de defensa más limitadas, con la posible revisión de esta decisión en un proceso de mayor complejidad y amplitud defensiva, y de objeto extendido a todos los puntos del litigio; lo que no puede acontecer es que el proceso plenario se utilice para debatir si las garantías procesales fueron o no observadas para obtener la declaración sumaria, sin resolver, conforme a la plenitud de garantías que el nuevo proceso ofrece, la cuestión de fondo que motivó la declaración sumaria.

**Incompetencia territorial.**—No puede alegarse para impugnar la declaración sumaria cuando el incapaz se somete expresamente al mismo juzgado y la prueba practicada que el domicilio real del incapaz siempre estuvo ubicado dentro del partido judicial, aunque con alguna ausencia temporal del mismo.

**Inadecuación del procedimiento. Interpretación del derogado artículo 218 del Código civil.**—Resulta manifiestamente improcedente traer a debate si era o no adecuado el procedimiento sumario de incapacidad del artículo 218 del Código civil, en su relación anterior, en vez del juicio contradictorio plenario por prodigalidad, máxime cuando estas cuestiones han quedado debatidas y decididas en el juicio de menor cuantía, pues como razona la sentencia recurrida “las restricciones de administración y disposición sobre bienes propios pueden venir dadas, bien respecto a un sujeto apto mentalmente pero cuyos actos de dispendio en perjuicio de sus herederos deben ser controlados (prodigalidad), bien en cuanto esta falta de facultades provenga, a su vez, de una cierta e importante falta o carencia de capacidad mental del individuo (incapacidad psíquica)”, debiendo quedar claro que la adecuación de un determinado procedimiento no depende de la voluntad de las partes, sino de la objetiva naturaleza del objeto enjuiciado.

**Indefensión del incapaz en el proceso sumario.**—No existió al intervenir el Ministerio Fiscal que asumía la función institucional de defensor, teniendo el incapaz conocimiento del mismo al ser examinado, aunque lo fuera el Juez comisionado al efecto, asistido por el médico forense; en todo caso, la audiencia del incapaz se produjo sin restricciones en el proceso plenario.

**Falta de examen personal del juez en el proceso sumario.**—Es cierto que el presunto incapaz no fue examinado personalmente por el Juez del domicilio, sino por vía de auxilio jurisdiccional, pero esta posible infracción procesal fue convalidada en el proceso plenario.

**Infracción del artículo 216 derogado.**—La falta de audiencia del Consejo de Familia no puede producir la nulidad del proceso sumario, pues dicho Consejo se nombró finalmente, sin que se produjera reclamación alguna de sus miembros, ni aisla-

da ni colegiadamente; por otra parte, el artículo 296 derogado facultaba a los Tribunales para subsanar las nulidades resultantes de la inobservancia de los artículos referentes a la formación del Consejo de familia.

**Invalidez prueba pericial psiquiátrica.**—Se denuncia por haberse emitido en el proceso sumario sin el cumplimiento de las formalidades relativas a aceptación del cargo, prestación de juramento y ratificación del informe; pero ello no puede tener relevancia en un procedimiento de jurisdicción voluntaria que no tiene acceso a la casación, aparte de que dicha prueba no estaba exigida como forma esencial en el proceso sumario, y la práctica aconsejable de hacer el reconocimiento del incapaz acompañado de un perito médico, o de aportar informes periciales de la misma naturaleza, no obligada a más formalidades que a las de la emisión y constancia del dictamen, dado el carácter predominante inquisitivo del proceso y naturaleza sumaria del mismo.

**Falta de legitimación activa.**—El procedimiento sumario fue iniciado por una hermana del presunto incapaz, viviendo la madre, pero el texto antiguo del artículo 214 permitía una interpretación amplia comprendiendo a todos los parientes con derecho a suceder abintestato, y en cuanto al proceso plenario, la legitimación de la hermana, al haber fallecido la madre, está fuera de toda duda a la vista del nuevo artículo 202.

**Sujetos de incapacitación. Interpretación del derogado artículo 200. Oligofrénicos y débiles mentales.**—La doctrina y una reiterada jurisprudencia no limitaron la incapacitación, bajo el régimen derogado, a los locos o dementes, sino que la extendieron a los oligofrénicos y a los débiles mentales.

**Litispendencia.**—Aparte de defectos formales en la alegación de este motivo, desafia por su contenido las reglas de la comprensión ya que parte de la peregrina idea de que no podía hacerse una nueva declaración de incapacidad estando “sub iudice” la validez del proceso sumario.

**Audiencia de parientes próximos en el proceso plenario.**—Se ha cumplido el requisito establecido en el nuevo artículo 208 del Código civil al haber sido oídos en el juicio de menor cuantía la hermana y los sobrinos del incapaz.

**Falta de convocatoria a la comparecencia en el juicio de menor cuantía. Artículo 691 de la Ley de Enjuiciamiento civil.**—Este requisito, establecido con carácter preceptivo en la reforma de 1984, no fue cumplido, de manera que tal omisión fue advertida y objeto de impugnación por la parte demandada y recurrida, no así por la parte demandante y recurrente hasta la formalización del recurso de casación; el Ministerio Fiscal entendió que la mencionada comparecencia no era necesaria en los procesos sobre incapacitación puesto que la finalidad primordial de la misma era conseguir un acuerdo o transacción entre las partes; pero sin entrar a valorar la validez de estos argumentos, que son discutibles, cabe atribuir a la comparecencia otra finalidad básica, a saber la de sanear el proceso, respecto de lo cual cabe decir que las posibilidades alegatorias del recurrente permanecieron íntegras

durante todo el proceso, por lo que la falta de comparecencia no le produjo indefensión.

**Reconocimiento del incapaz en diligencia para mejor proveer.**—Se cumplió el artículo 208 vigente, sin que el óbice formal tenga relevancia casacional, y mucho menos cuando el Juez puede decretar de oficio cuantas pruebas estime pertinentes.

**Causas de incapacitación.**—El supuesto de hecho del artículo 200 del Código civil, en su actual redacción, comprende en su ámbito las enfermedades o deficiencias persistentes, de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma, gobierno que se relaciona con la dualidad de objetivos que contempla el artículo 215 del Código civil.

**Derecho constitucional a la libertad.**—Los mecanismos de representación o de asistencia que la ley crea para completar o suplir la falta de capacidad natural, no afectan a la integridad del derecho fundamental a la libertad de las personas, antes bien, contribuyen a su salvaguarda como medidas que son protectoras de la persona y de sus bienes. (S de 19 de abril de 1990; no ha lugar.)

**HECHOS.**—En 1977, doña Anastasia G. I. solicita, por los trámites de jurisdicción voluntaria, declaración de incapacidad limitada a los bienes, respecto de su hermano don Enrique, recayendo auto estimatorio con fecha 24 de mayo de 1978. Después de la entrada en vigor de la Ley de 24 de octubre de 1983, éste solicita la nulidad del procedimiento de incapacitación sumario, frente a su hermana y al Ministerio Fiscal; aquélla no sólo se opone sino que por vía reconvenicional solicita la declaración de incapacitación del actor, obteniendo sentencia favorable en primera y segunda instancia, recurriendo en casación el (presunto) incapaz. El Tribunal Supremo en sentencia de la que ha sido ponente Almagro Nosete, desestima el recurso.

**COMENTARIO.**—Supuesto complejo, un tanto insólito, con una secuencia fáctica desarrollada durante la vigencia de dos sucesivas normativas sobre incapacitación. Al centrarse el recurso en los aspectos procesales, se obvian los problemas de derecho transitorio, a costa de oscurecerse la cuestión de fondo, sólo superficialmente discutida. No es frecuente una incapacitación declarada por vía reconvenicional; tampoco que el incapacitado sumariamente llegue hasta el Tribunal Supremo por vía de recurso.

Parece que el proceso sumario adoleció de bastantes irregularidades formales, que han obligado al ponente a un pormenorizado estudio de la legislación derogada en sus aspectos procesales, si bien con la previa declaración de que, en aras del principio de tutela efectiva, la discusión sobre si se observaron las garantías procesales no puede dejar imprejuizada la cuestión de fondo debatida en el juicio plenario con todas las garantías. Acaso un error de estrategia equivocó al recurrente en el adecuado camino para recobrar la plena capacidad de obrar en un denodado empeño digno de mejor suerte. Porque no hay datos para saber con plena certeza si el recurrente era un enfermo mental a quien se sujeta a una tutela limitada a los bienes, o más bien era un pródigo como parece insinuarse, o una persona en pleno uso de sus

facultades mentales, En todo caso, la sentencia, muy cuidada, merece algunas puntualizaciones:

a) *La libertad de la persona y el procedimiento de incapacitación.* En el 13 F.D. se hacen unas breves consideraciones sobre un motivo del recurso basado en los artículos 1.º.1 y 17.1 del C.E., al parecer insuficientemente fundamentado. En mi opinión, no basta con decir que los mecanismos legales de asistencia y protección están destinados a salvaguardar tal libertad sino que tal salvaguarda ha de producirse también en el proceso que lleva a la declaración de incapacitación, porque esta situación puede suponer, de hecho, la máxima restricción de libertad que una persona puede padecer socialmente. La reforma de 1983 ha buscado una mayor tutela de la libertad de la persona y el presente proceso es la mejor prueba de que en la anterior regulación podían darse “zonas de sombra”. Problema aparte es saber si en el proceso plenario la libertad personal ha sido respetada, y no se aportan pruebas de lo contrario.

b) *La convalidación de los defectos formales del proceso sumario.* Son varios los defectos procesales denunciados en el proceso sumario, y su reconocimiento oficial no deja de ofrecer interés para quien los ha padecido. Es dudosa la legitimación activa de la hermana, viviendo la madre; no aparece del todo claro si se dio oportunidad de defensa al presunto incapaz; no se cumplió el requisito de que el propio Juez que tramitaba el procedimiento reconociera a éste; tampoco se oyó al Consejo de Familia; la prueba pericial se practicó con escasas formalidades. Es verdad que no consta que el declarado así incapaz recurriera en apelación, pero su voluntad de no aceptación de tal situación ha quedado bien patentizada. Aunque en el sucesivo proceso plenario la prueba de la incapacitación haya sido concluyente, ¿por qué no declarar que el proceso sumario fue nulo? ¿No tendría interés el afectado en reclamar daños y perjuicios?

c) *¿Incapacitación o prodigalidad?* En el 4.º F.D., apartado b), se recogen algunas afirmaciones equívocas de la sentencia recurrida sobre indefinición entre el procedimiento encaminado a declarar la incapacitación psíquica y la prodigalidad. Es cierto que, según la nueva regulación, puede verse una identidad entre la curatela del número 3.º del artículo 286 y la del artículo 289, pero las situaciones personales son fundamentalmente diversas, pues la prodigalidad ya no es una incapacitación, aunque afecte a la persona. En el caso, pudiera ocurrir que lo procedente fuera la prodigalidad, pero no hay base fáctica para sostenerlo.

d) *Otras cuestiones sustantivas.* Con relación al derecho derogado se ratifica la interpretación jurisprudencial que, a partir de 1947, admitió, frente al texto literal del Código civil, la graduación de la incapacitación, lo que en presente caso implica la validez de una tutela limitada exclusivamente al patrimonio del incapaz, excluyendo a la persona y a los productos de su trabajo personal. Para el derecho vigente tal modalidad de tutela aparece claramente recogida en los artículos 210, 215 y 270. (G.G.C.)

### 3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

**6. Reconocimiento de deuda. Enriquecimiento injusto: no procede por existir justa causa de la atribución y no aparecer daño ni perjuicio.**—El principio de que nadie puede enriquecerse en perjuicio de otro sólo tiene virtualidad cuando se está

en presencia de un “enriquecimiento sin razón” o cuando hay una falta de derecho o de justicia para que el enriquecimiento se produzca; como explica la más autorizada doctrina, debe faltar una causa justa de la atribución patrimonial, entendiendo por causa justa aquella situación jurídica que autoriza, de conformidad con el ordenamiento jurídico, al beneficiario de la atribución para recibir ésta y conservarla, bien porque exista un negocio jurídico válido y eficaz entre ellos, bien porque exista una expresa disposición legal que autoriza dicha consecuencia; en el presente caso no tiene aplicación el citado principio, no sólo por existir una justa causa en la que le sería lícito a la demandada ampararse, sino porque no aparece daño ni perjuicio alguno, ni podría apreciarse a la vista del dictamen pericial practicado para mejor proveer.

**Validez del reconocimiento.**—Tras una razonable y ponderada interpretación de la prueba documental, la Sala de instancia llega a la conclusión de considerar jurídicamente válidas las consecuencias derivadas de tales declaraciones de voluntad, así como las letras de cambio que se relacionan en el mismo documento, al no concurrir ninguna razón que acarree su nulidad, lo que evidencia que la sentencia impugnada rechaza de plano cualquier sospecha de fraude de ley, y de simulación, no ya absoluta, pero ni tan siquiera relativa.

**Abstracción de la causa de la letra de cambio: afirmación “Obiter”.**—Lo que se intenta combatir es una simple expresión *obiter dictum*, argumento añadido de la sentencia impugnada que, al margen de su acierto o desacierto, no sirve de fundamento al fallo, y que se refiere a la abstracción de la causa de la letra en la Ley Cambiaria de 1985, pretendiendo desconocer que la citada sentencia llega a la conclusión de considerar jurídicamente válidas las consecuencias derivadas de las declaraciones de voluntad de las partes, así como las cambiales que se relacionan en el mismo reconocimiento de deuda, por no concurrir circunstancia alguna que induzca a presumir su nulidad. (S de 28 de marzo de 1990; no ha lugar.)

NOTA.—En la sentencia extractada (Pte. López Vilas) se pone énfasis en la inexistencia de un daño o perjuicio patrimonial para negar el enriquecimiento. Ciertamente afirma ALVAREZ CAPEROCHIPI, *El enriquecimiento sin causa* (Santiago de Compostela, 1979), p. 86, que “el concepto de daño es, en sí mismo, equivalente al de empobrecimiento”; también cabría decir, a la inversa, que “todo empobrecimiento supone un daño”. Con todo, al describir los requisitos de la acción de enriquecimiento injusto la doctrina utilizada con preferencia la dicotomía enriquecimiento-empobrecimiento (por todos LACRUZ, *Elementos II-3<sup>o</sup>*, pp. 626 y ss.). (G.C.G.)

**7. Obligación facultativa o con facultad alternativa.**—Según sentencias de 23 de enero de 1957 y 28 de febrero de 1961, a la obligación facultativa, tal como lo entiende la doctrina científica, se le asigna como contenido un solo objeto, aunque con la facultad concedida al deudor de cumplir la obligación entregando un objeto distinto, el cual, como dice la sentencia de 16 de diciembre de 1983, no está *in obligatione* aunque sí *in solutione*, y a tenor de la sentencia de 22 de junio de 1984, en la obligación facultativa o con facultad alternativa, que doctrina y jurisprudencia definen como aquella que contiene una sola prestación, aunque se concede una facultad solutoria que permite en el momento del pago realizar una prestación distinta,

según la fórmula tradicional *una res est in obligatione, altera in facultate solutionis*, la posibilidad de sustituir la prestación originaria por otra diversa, extinguiendo el crédito, viene atribuida a la unilateral decisión del deudor, sin que el cumplimiento quede subordinado al asentimiento del acreedor.

**Diferencia con las obligaciones alternativas.**—Es clara ya que en éstas se debe una prestación de entre varias —prestación aún no individualizada—, y en aquéllas se debe una totalmente individualizada, y así en las alternativas se paga con la prestación que se debe, después de individualizada, y en las facultativas se puede pagar con la prestación que se debe —la única que se debe—, o con otra —prestación facultativa—; estableciéndose en la sentencia de 22 de junio de 1984 que las obligaciones alternativas se caracterizan por su contenido disyuntivo, con varias posibilidades de prestación en concurrencia no acumulativa, y con indeterminación relativa en tanto no se produzca la concentración antes del cumplimiento o mediante la *solutio*, elección que normalmente corresponde al obligado por virtud de la regla del *favor debitoris*.

**Resolución voluntaria de arrendamiento y compra-venta de local a construir. Interpretación. Inexistencia de obligación alternativa y facultativa. Indemnización para caso de imposibilidad de cumplimiento.**—El vínculo jurídico que ligó a las partes estuvo constituido por la compra del local a construir y correlativa entrega del mismo, hasta el punto de que, en razón a tal adquisición el arrendatario accedió a resolver la relación arrendaticia; es decir, que la entrega del local vino a comportar una única obligación principal, y sólo para el supuesto de imposibilidad en el cumplimiento de dicha prestación era cuando entraba en juego la cláusula 6.ª del contrato, pero sin que ello pueda entenderse como obligación alternativa, ni, tampoco, como facultativa, con liberalización a base de satisfacer la suma de 14 millones; prestación ésta de significación indemnizatoria que funcionaba cual cláusula penal para el caso de que aquélla, la entrega del local, deviniese imposible.

**Cláusula penal. Pactada para caso de imposibilidad de cumplimiento. No tiene carácter facultativo.**—La hipotética reserva del derecho de pago de la pena para eximirse de cumplir la obligación dependía de manera inexcusable de que el débito no pudiese cumplirse ya que se pactó expresamente que el pago de la cláusula penal sólo operaba para el supuesto de que la entrega del local resultara imposible por cualquier causa (S de 13 de marzo de 1990; no ha lugar).

NOTA.—La compra de local arrendado, con renuncia a la prórroga por el arrendatario a cambio de la entrega de un local nuevo origina un conflicto que, sumadas las fases extrajudicial y judicial, se extiende a una decena de años; probablemente los perjuicios ocasionados por la demora en la entrega del nuevo local al arrendatario no le serán nunca indemnizados, y acaso lamentará haber renunciado a la prórroga pre-boyeriana.

Del todo correcta la diferenciación conceptual entre obligaciones alternativas y con facultad alternativa (sobre ellas puede verse últimamente: RAMS ALBESA, *Las obligaciones alternativas*, Madrid, 1982, y VATTIER FUENZALIDA, *Contribución al estudio de las obligaciones facultativas*, RDP. 1983, pp. 643 y ss). También es acertada la eliminación de la posible aplicación de la llamada “pena facultativa”, prevista en la primera parte del artículo 1.153, pues como dicen LACRUZ y SANCHO-REBULLIDA, *Elementos*, II-1.<sup>o</sup>, p. 369, se trata de una modalidad singular y ajena al concepto estricto de cláusula penal, que, además; en el presente caso, había sido excluida de modo expreso por las partes. (G.G.C.)

**8. Interpretación de los contratos.**— Con base en las relaciones producidas entre los intervinientes en la escritura pública, la convención entre ellos de vivir conjuntamente, con la promesa de que se la cuidase y atendiese hasta su fallecimiento, con la compensación de que les haría donación de la casa de su propiedad, se revela como certeramente apreció la invocada Sala, en el aspecto internacional de los en ella intervinientes, no era una compraventa, sino en realidad significativa de una donación remuneratoria encubierta, con lo que en manera alguna en la sentencia recurrida se infringe el artículo 1.281 del Código civil, sino que se adapta a él, dado que, según pone de manifiesto el párrafo segundo de dicho precepto, la intención evidente de los contratantes prevalece sobre las palabras, y mayormente en cuanto que, como previene el artículo 1.282 del mencionado Código, para juzgar de la intención de los contratantes deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores, y al entenderlo así la Sala sentenciadora de instancia lo hizo acertadamente con apoyo lógico y en consecuencia, hay que mantener su criterio interpretativo, a ser facultad privativa de tal órgano jurisdiccional. -

**La existencia de causa en el contrato disimulado.**—La sentencia recurrida en modo alguno niega que en lo convenido, exista falta de causa, que exige el número 3.º del artículo 1.261 del Código civil para reconocer la existencia de contrato, pues terminantemente afirma que se da causa determinada por donación remuneratoria, como consecuencia de un ánimo de liberalidad en compensación a servicios ofrecidos y pactados.

**Valor probatorio de los documentos públicos.**—Lo dispuesto en el artículo 1.218 de “que los documentos públicos hacen prueba, aún contra tercero, del hecho que motivó su otorgamiento”, en manera alguna quiere decir que lo consignado en documento público tenga certeza absoluta, puesto que, el valor o eficacia del documento público aunque se extiende al contenido del mismo, o a las declaraciones que en ellos se contenga, su veracidad intrínseca puede ser desvirtuada por prueba en contrario, la prueba documental pública no es necesaria superior a otras, y más aún en cuanto que tiende a demostrar hechos, pero no cualidades o apreciaciones jurí-



dicas, y de otra parte, por sí sólo tal medio de prueba no basta para enervar una valoración probatoria conjunta. (STS de 2 de abril de 1990; no ha lugar).

**HECHOS.**—Los demandados en el pleito habían acordado con su tía vivir conjuntamente, con la promesa de cuidarla y atenderla hasta su muerte, y en compensación ésta les haría transmisión de la casa de su propiedad en la que iban a vivir. En atención a esta circunstancia, otorga una escritura de compraventa a favor de los demandados. Muerta la tía, sus hermanos y herederos, entablan una demanda solicitando la declaración de nulidad de la escritura de la mencionada compraventa, así como de las inscripciones de las mismas en el Registro de la Propiedad. El Juez de Primera Instancia admitió la demanda y declaró la nulidad e ineficacia de la escritura de compraventa otorgada a favor de los demandados. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Territorial revocó la sentencia recurrida. (E.S.M.)

**9. Carga de la prueba de las obligaciones.**—Es doctrina reiterada de esta Sala la de que el artículo 1.214 del Código civil no contiene norma alguna sobre valoración de prueba, sino simplemente regula la distribución de la carga de la misma entre las partes, por lo que su infracción sólo puede ser invocada cuando, ante la ausencia de la prueba sobre un hecho concreto, la Sala “a quo” no haya tenido en cuenta dicha regla distributiva del “onus probandi”, al determinar la parte que haya de soportar las consecuencias de esa falta de prueba, pero nunca cuando la Sala de instancia considere probado el hecho en cuestión.

**Interpretación de los contratos.**—Es doctrina reiterada de esta Sala la de que la interpretación de los contratos es función que compete a la Sala de instancia, cuyo resultado exegético no puede ser atacado en casación, salvo que se acredite que el mismo aparece como ilógico o contrario a la ley.

**Enriquecimiento injusto.**—El principio de enriquecimiento injusto no es aplicable al contrato de compraventa, por estar excluida en nuestro ordenamiento la regla del precio justo, al no estimarse indispensable la existencia de exacta adecuación entre el precio pactado y el verdadero valor de la cosa enajenada (salvo lo dispuesto por el Derecho catalán respecto a la lesión “ultra dimidium”). La prosperabilidad de la acción de enriquecimiento injusto exige no sólo un beneficio obtenido por el demandado, sino también, inexcusablemente, un correlativo empobrecimiento del actor, producido éste como consecuencia directa de aquél (STS de 19 de abril de 1990; no ha lugar).

**HECHOS.**—Don Juan vendió a Don Pablo dos fincas rústicas, por la cantidad de ochenta y nueve millones de pesetas. El comparador pagó veintisiete millones. Ambas fincas se hallaban gravadas con dos hipotecas, en garantía de dos préstamos bancarios. En el contrato se estipulaba la obligación

del vendedor de cancelar dichas hipotecas en el plazo de dos meses, a contar desde la fecha del documento privado suscrito; una vez cumplida esta obligación, el comprador pagaría el resto del precio, pero, en caso contrario, el vendedor debía transmitir al comprador la propiedad de una casa y determinada maquinaria, no estando obligado el comprador a pagarle el resto del precio, pactado para el caso de que se hubiesen cancelado las hipotecas. Para que la transmisión de la casa pudiese hacerse, don Juan otorgó en favor de don Tomás un poder para que, una vez incumplida la obligación de cancelar las hipotecas, pudiese éste último otorgar escritura pública de compraventa de la casa a favor de don Pablo, lo que efectivamente hizo.

En la demanda, don Juan pidió la declaración de nulidad absoluta del contrato de compraventa por inexistencia o ilicitud de causa o, subsidiariamente, la resolución de dicho contrato por incumplimiento del mismo por el comprador y, en cualquier supuesto, la declaración de nulidad de las escrituras otorgadas por don Tomás en favor de don Pablo. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, confirmando este fallo la Audiencia Territorial y el Tribunal Supremo. (J.B.D.)

**10. Efectos fiscales e iusprivatísticos del contrato: independencia.**—“...es doctrina de esta Sala, que el incumplimiento de las normas fiscales ni altera la naturaleza del contrato ni limitan o restringen los efectos jurídicos que puedan producir los mismos en lo que a sus aspectos civiles se refiere, razón por la cual lo expuesto en el motivo en orden al impago de las obligaciones fiscales, caso de corresponder a su abono a la vendedora recurrida, no puede enervar los derechos de quienes como ella litiga por razones de carácter iusprivatístico, independientemente de las sanciones a que ello pudiera dar lugar en las pertinentes esferas (SS de 6 de noviembre de 1929, 18 de marzo de 1932, 25 de enero de 1963, 28 de septiembre de 1970, 23 de octubre de 1983, 13 de octubre y 17 de octubre de 1986)”. (STS de 7 de diciembre de 1989; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Importaciones Industriales, S. A., acude al Juzgado solicitando la resolución del contrato de compraventa de una nave industrial celebrado con RUYMER, S. A., por impago del precio. El Juzgado accede a lo pedido, ratificando la Audiencia su resolución. RUYMER, S. A., interpone recurso de casación y justifica su incumplimiento en el previo de la recurrida que no había satisfecho determinadas cargas fiscales relativas al inmueble. (R.G.S.)

**11. Resolución del contrato de compraventa.**—Para flexibilizar a la vez que impedir que por medio de una estricta aplicación de la “voluntad deliberadamente rebelde” se pudieran frustrar los legítimos intereses de los acreedores, se ha admitido la posibilidad de omisiones por parte de los deudores que sin implicar un mero retraso o demora puedan conducir a impedir el cumplimiento de la obligación.

**Novación modificativa.**—La sentencia impugnada en ningún momento rechaza

la realidad de una figura pacíficamente reconocida en nuestros círculos jurídicos y por la jurisprudencia de esta Sala, la novación modificativa; lo que acontece es que el Tribunal de apelación estima que la misma no concurre en el supuesto ante ésta presentado al no aparecer en él de manera clara e inequívoca la voluntad de novar, requisito fundamental para que dicha manifestación modificativa de las obligaciones pueda tener eficacia, según constante doctrina de esta Sala. (§ de 7 de diciembre de 1989; no ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad demandante vendió determinadas fincas por un precio global, que debía ser satisfecho en determinados plazos, debidamente representados por letras de cambio, libradas por la vendedora y aceptadas por la compradora. De dichas letras sólo ha satisfecho la compradora la de vencimiento de 2 de septiembre de 1982, habiendo resultado impagadas las restantes.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial estimaron la demanda de resolución del contrato de compraventa, con indemnización de daños y perjuicios. No prospera el recurso de casación porque en el caso ha existido una voluntad deliberadamente rebelde en el cumplimiento de la obligación de satisfacer el precio de la compraventa.

NOTA.—Se aprecia en la jurisprudencia una línea suavizadora del requisito clásico de la existencia de una “voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento”, que parece indicar que, además de existir un incumplimiento voluntario, concurrirán en la conducta del demandado las notas de deliberación y de rebeldía. La deliberación parece indicar una plena conciencia en el incumplidor y la rebeldía un persistente propósito de mantenerse en la misma actitud (DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, Madrid, 1972, p. 849). La suavización apuntada, de la que es fiel reflejo la sentencia que se anota, se lleva a cabo en algunas sentencias, mediante el abandono del examen de la conducta del deudor, bastando que éste, de forma continuada y sin razón que lo justifique, deje de cumplir lo pactado, o que vaya claramente contra la finalidad perseguida por el contrato (SS de 2 y 4 de diciembre de 1985, 24 de enero de 1986 y 12 de mayo de 1988) (DIEZ-PICAZO y GULLON, *Sistema de Derecho Civil*, II, Madrid, 1989, p. 270, nota 4). (A.C.S.)

**12. Contrato de obra. Defectos graves de construcción. Responsabilidad del promotor. Doctrina general.**—La figura del promotor-constructor ha sido perfilada por esta Sala, tanto en orden a determinar su responsabilidad derivada del artículo 1.591 del Código civil, como a resolver quién ha de calificarse de tal, existiendo ya, como dice la sentencia de 11 de febrero de 1985, un *corpus* de doctrina en torno a la figura del promotor, constituido por las sentencias de 28 de noviembre de 1970, 11, 17 y 24 de octubre de 1977, 9 de marzo de 1981, y 1 de marzo y 13 de junio de 1984, esclarecedoras de que la construcción de un edificio para su enajenación (a veces sobre plano) en régimen de propiedad horizontal, no determina, aun cuando exista otra persona o sociedad que ejecutara la obra materialmente y por encargo de la promotora según el oportuno proyecto, la exoneración de aquélla de la responsabilidad decenal en el concepto de contratista, pues esta expresión comprende

al promotor-constructor y, como expresa la sentencia últimamente citada, ostenta tal cualidad el que por su cuenta y en su beneficio encarga la realización de la obra a un tercero.

**No es promotor una sociedad cooperativa de viviendas.**—La intención de destinar las viviendas y locales construidos al tráfico con terceros compradores, para obtener beneficio económico, no aparece acreditada respecto a la Sociedad Cooperativa de Viviendas, regida por sus estatutos, inscrita en el Registro General de Cooperativas, y sometida a la hoy derogada Ley de 19 de diciembre de 1974 y su Reglamento de 1978, cuyo artículo 103 establece, como objeto de estas cooperativas de viviendas, el de “procurar viviendas y edificaciones y obras complementarias exclusivamente para sus socios y familiares”, siendo la adjudicación de las viviendas a los socios cooperativistas y la aportación de las cantidades resultantes de la distribución y derrama del costo de la construcción, operaciones a todas luces diferenciables de la idea de venta a persona ajena a la constructora, que lo ha sido la misma cooperativa; por todo ello carece la cooperativa de viviendas COVISEM del carácter de promotor-constructor a los efectos del artículo 1.591 del Código civil frente a los socios cooperativistas.

**Responsabilidad del arquitecto. Prueba.**—La Sala de instancia afirma la inexistencia de prueba que acredite su intervención en el proyecto y dirección de la obra, lo que no se derivaría por su intervención en la recepción provisional de la obra, ni por el hecho de haber mantenido correspondencia con otros arquitectos que intervinieron en la obra.

**Prescripción de la acción para exigir la reparación de defectos graves en la obra. Plazo de quince años.**—Ya se considere que los defectos constructivos son constitutivos de la ruina según la interpretación jurisprudencial del artículo 1.591 del Código civil, ya se estime que no presentan esta entidad pero son constitutivos de un incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato de obra, las acciones para exigir su reparación se hallan sujetas al plazo de prescripción de quince años del artículo 1.964 del Código civil establecido para las acciones que no tengan señalado término especial de prescripción, como sucede en el presente caso en que ni la acción legal de indemnizar otorgada por el artículo 1.591 ni la derivada del contrato tienen señalado otro término distinto de prescripción, como ha establecido esta Sala en sentencias de 11 de octubre de 1974, 5 de diciembre de 1981 y 3 de julio de 1989.

**Solidaridad.**—Resulta rectamente aplicada la doctrina de la solidaridad al estar perfectamente determinados los distintos vicios o defectos de la construcción cuya reparación se solicita y las personas a quienes los mismos son imputables de entre todos los que intervinieron en la obra. (S de 6 de marzo de 1990; no ha lugar.)

NOTA.—Nada que oponer a la exclusión de la calificación de promotor a la Cooperativa de Viviendas, que no había sido demandada en el pleito. En cambio, y pese a ser contraria la mayoría de la jurisprudencia, considero que debe replantearse el tema de la acción *ex* artículo 1.591 pues el plazo de quince años prolonga excesivamente en el tiempo la amenaza de reclamaciones contra los posibles responsables; ciertamente, la alternativa de aplicar la prescripción anual tampoco satisface, sobre todo si aplicamos el principio de protección al consumidor (el adquirente de viviendas es, normalmente, destinatario final del bien). ¿Por qué no revisar el artículo 1.968.2 que, en su aplicación a la culpa extracontractual, tantas desagradables sorpresas ha deparado a los litigantes, víctimas de accidentes dañosos, y ha obligado a los Tribunales a afinar —acaso excesivamente— los supuestos de interrupción legal de la prescripción? Francia no ha tenido inconveniente en modificar dicho plazo (ique era de treinta años!) sin que los huesos de Napoleón se hayan removido de su tumba. (G.G.C.)

**13. Intereses legales. Intereses *ex* artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Recurso contra auto de aclaración de sentencia.**—Los intereses legales son los moratorios de los artículos 1.100 y 1.108 del Código civil, que la parte actora solicitó desde la interpelación judicial, por lo que hay que entender que el fallo de la sentencia recurrida deniega dichos intereses moratorios, pero en modo alguno los que establece el artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de aplicación preceptiva “en todo tipo de resoluciones judiciales de cualquier orden jurisdiccional que contengan condena al pago de cantidad líquida”; como tiene declarado esta Sala, tales intereses nacen, no de una sentencia declarativa, sino por imperativo de la ley, y siendo obligatorio el conocimiento de ésta por parte de los órganos insertos en el Poder Judicial, ni hace falta pedir lo que la ley manda, ni comete incongruencia el Juez que silencia un *petitum* de tal naturaleza; por lo tanto, no son lo mismo los intereses moratorios propiamente dichos que contempla el artículo 1.108 del Código civil, y los intereses que recoge el artículo 921 redactado por Ley de 6 de agosto de 1984, y que dicha ley ha configurado como punitivos o sancionatorios, que nacen *ope legis* sin necesidad de petición, ni de expresa condena.

**Error de hecho. Prueba.**—Ni el contrato de ejecución de obra, ni el acta notarial de presencia, ni el propio reconocimiento judicial, desvirtúan la presunción que establece el artículo 1.592 del Código civil, de la que hace uso la sentencia impugnada al expresar que habiéndose realizado la obra por piezas ha de presumirse aprobada y recibida la parte satisfecha, sin que sea óbice la cuestión de si se siguió o no la práctica habitual relativa a los partes de obra, cuestión que la sentencia menciona como simple *obiter dictum*.

**Contrato de obra. Modificación aceptada. Interpretación del contrato.**—La interpretación de los contratos es, en principio, facultad de los Tribunales de instancia y debe prevalecer salvo en aquellos casos en que deba tildarse de equivocada, desorbitada e ilógica, y ello aun en el supuesto de que cupiese alguna duda razonable acerca de su absoluta exactitud; en el presente caso la dirección técnica de la obra sustituyó el sistema de la grúa por el del camión-bomba, con la aprobación y plena anuencia de ambas partes, lo cual —conforme a una interpretación lógica—

en nada altera lo convenido en el contrato, no sólo porque tal sustitución reportó ventajas económicas para ambos litigantes, sino porque la contratista cumplió correctamente la parte relativa a la ejecución que le correspondía, llegándose a la conclusión de que las facturas por bombeo de hormigón, satisfechas a terceros por la propietaria, no deben repercutir sobre el total facturado por la contratista. (STS de 10 de abril de 1990; no ha lugar.) (G.G.C.)

**14. Mandato representativo. Mandato expreso.**—El artículo 1.713 del Código civil, en su segundo párrafo, si bien habla de mandato expreso, se refiere más bien al mandato especial, y por tanto, como declararon las sentencias de 13 de junio y 7 de julio de 1944, no excluye la posibilidad de que, aún dentro de la esfera de los actos de riguroso dominio, pueda ser suplida por la ratificación la falta de apoderamiento previo.

El mandato expreso es perfectamente compatible o conciliable con las dos formas de exteriorización previstas en el artículo 1.710 del Código civil, pudiendo darse el mandato expreso verbalmente (S de 28 de octubre de 1963), si bien ha de estar claramente precisado en su objeto y extensión, y en modo alguno se requiere que conste por escrito (SS de 27 de noviembre de 1966, 26 de noviembre de 1970 y 7 de septiembre de 1987).

**Responsabilidad del deudor por sus auxiliares.**—La responsabilidad del principal por la actuación de sus auxiliares en el cumplimiento, declarada como norma general en algún Código civil, como el alemán (parágrafo 278), que establece la responsabilidad del deudor por la culpa de las personas de que se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones, no encuentra norma análoga en nuestro ordenamiento civil, pero sí casos particulares, como los de los artículos 292 del Código de Comercio y 1.596 del Código civil, en la esfera contractual, y en la extracontractual el artículo 1.903, párrafo 4.º, y el artículo 1.904 del mismo Código; de modo que aún sin forma expresa genérica en cuanto a efectos de los contratos, cabe deducir por analogía la responsabilidad del principal por los actos de sus auxiliares y empleados, ya por culpa “in eligendo” o “in vigilando”, ya en virtud del principio “cuius est commodum eius est periculum”. (STS de 1 de marzo de 1990; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Don Doroteo era un empleado auxiliar negocial o administrador de la finca denominada “El Membrillar”, cuyo propietario era don César. El primero ostentaba un poder de representación que tenía por objeto la realización de actos de mera administración sobre la finca citada, y, con frecuencia, concertaba la compra de ganados para esta finca, siendo tales contratos ratificados por don César.

Don Doroteo formalizó con don Antonio un contrato privado de compraventa, por el que adquirió 880 cabezas de ganado ovino para la finca administrada, por un precio de diez millones de pesetas, exhibiendo don Doroteo y reseñándolo en el documento privado de compraventa el poder otorgado por don César.

Las 880 cabezas de ganado ovino fueron trasladadas a la finca, utilizando don César parte del ganado, que había sido objeto de compraventa, para darlo en pago de deudas personales con terceros.

Don Antonio exige ahora el cumplimiento del contrato de compraventa

a don César, solicitando que sea condenado a abonar los diez millones (don Doroteo había extendido dos cheques sin fondos por importe de cinco millones de pesetas cada uno), así como los intereses legales desde la interposición de la demanda. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, fallo que confirman la Audiencia Territorial y el Tribunal Supremo.

NOTA.—La verdadera *ratio decidendi* de la sentencia que anotamos se encuentra, a nuestro juicio, en el examen que hace el Tribunal Supremo de la voluntad del mandante respecto de la compraventa realizada por el mandatario. Este último únicamente podía realizar actos de mera administración, por lo que al formalizar el contrato privado de compraventa, se extralimitó en el ejercicio de sus facultades de representación, pero sin dejar de obligar a su mandante, pues éste ratificó tácitamente la compraventa de ganado, como señala el Tribunal Supremo, al utilizar parte de dicho ganado para darlo en pago de deudas que tenía contraídas con terceras personas.

Nos ocupamos, con mayor detenimiento, de una cuestión a la que hace alusión el Tribunal Supremo: el principio general de la responsabilidad del deudor por sus auxiliares, aunque debe tenerse presente que no fue el fundamento jurídico de la condena del mandante al pago del precio de la compraventa. La importancia de esta sentencia, junto a la de 22 de junio de 1989, radica en el reconocimiento jurisprudencial de la responsabilidad del deudor por sus auxiliares, cuando falta en nuestro ordenamiento una norma que expresamente establezca dicho principio con carácter general.

La inexistencia de una norma que consagre la responsabilidad del deudor por sus auxiliares, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos (parágrafo 278 del B.G.B. y artículo 1.228 del Código civil italiano, por ejemplo), no significa, para el Tribunal Supremo, un obstáculo al reconocimiento de esta responsabilidad, ya que es posible deducir este principio, por analogía, de los casos particulares dispersos por nuestro Código civil y otros textos normativos (así, JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987, p. 577 y ss., cita los artículos 498, 1.550, 1.564, 1.596, 1.601, 1.721, 1.784 y 1.890 del Código civil; los artículos 355, 379 y 618 del Código de comercio, y el artículo 121 de la Ley de Navegación Aérea).

Nos parece acertado el razonamiento seguido por el Alto Tribunal para deducir la existencia de un principio general de la responsabilidad del deudor por sus auxiliares, pero es criticable que se le pretenda dar una fundamentación subjetiva, a través de los expedientes tradicionales de la culpa en la elección o en la vigilancia. Ello equivale a negar la propia existencia de este principio, pues el deudor responde por hecho ajeno y no por hecho propio, como sucedería si se exigiese del deudor una culpa propia "in eligendo" o "in vigilando". La verdadera responsabilidad por hecho ajeno prescinde de la culpa del sujeto responsable. Aquí parece que el Tribunal Supremo está influenciado por la normativa extracontractual, en particular el artículo 1.903.4 del Código, que establece la responsabilidad del empresario por sus dependientes con arreglo a un criterio subjetivo (artículo 1.903, *in fine*), lo que nos permite afirmar que, en materia extracontractual, no nos encontramos ante una verdadera responsabilidad por hecho ajeno sino ante una responsabilidad por hecho propio (dada la exigencia de culpa en el empresario)

con la diferencia, respecto del artículo 1.902, de que se presume la culpa. En el Derecho Comparado, una breve referencia al Derecho alemán, puede arrojar luz sobre este punto. Mientras el parágrafo 278 B.G.B. descanza en una culpa de los auxiliares en el cumplimiento (*Erfüllungsgehilfen*) y no en una culpa del deudor (responde objetivamente), el parágrafo 831 (equivalente a nuestro artículo 1.903.4), fundamenta la responsabilidad del dueño del negocio (*Geschäftsherr*) por sus auxiliares (*Verrichtungsgehilfen*) en la culpa, pudiendo el dueño del negocio liberarse de responsabilidad si logra demostrar que ha observado los cuidados exigibles en el tráfico (*die in Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet*). Sobre esta cuestión, vid. MEDICUS, D., *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*, München, 1986, p. 147. (J.B.D.)

**15. Fundamento de la institución de arbitraje.**—El Estado, al conceder a los particulares libertad para disponer de la suerte de sus intereses materiales, les permite que la resolución de sus litigios civiles en los que no se halle implícito un interés público de tal naturaleza que lo haga imposible se entregue por ellos para su resolución, no a los Tribunales de Justicia estatales, sino a una institución denominada arbitraje, bien sea en la variante del llamado arbitraje de derecho, en el que los árbitros deben fallar con arreglo al mismo, o bien en la del arbitraje de equidad, en el que la resolución del conflicto interindividual de intereses se alcanza por los árbitros con arreglo a su leal saber y entender, sin necesidad de proceder a la aplicación de las normas jurídicas estatales.

**Eficacia del contrato preliminar de arbitraje.**—Todo contrato preliminar de arbitraje vincula a sus otorgantes, que quedan por él obligados a la realización de cuantos actos sean necesarios para la ulterior formalización del compromiso, su eficacia no se extiende, sin embargo, caso de desacuerdo de las partes, sino a la facultad de ejercitar el derecho que concede el párrafo 2.º del artículo 9.º de la Ley de 22 de diciembre de 1953 —legislación aplicable por razón de la concurrencia de los hechos al supuesto que nos ocupa—, en el modo y sumaria forma que regula el artículo 10, que sólo autoriza a reproducir la pretensión en juicio ordinario en el supuesto de que no se hubiese accedido a la formalización del compromiso por el Juez en el procedimiento que establece, procedimiento cuya falta de promoción, equivalente al no uso del derecho que reconocen los indicados artículos, es causa, conforme a lo dispuesto en el artículo 11, de que quede sin efecto el compromiso.

**Formalización del contrato de compromiso.**—Al no haberse llevado a cabo por ninguna de las partes contendentes la menor gestión encaminada a la formalización judicial del compromiso, aquél no ha adquirido la fuerza legal que le concede el artículo 11 y 18 y no cabe oponer con éxito la excepción que autoriza el artículo 19, por lo que está expedita la jurisdicción de los Jueces y Tribunales para entender del asunto, pues solamente el compromiso formalizado voluntariamente o judicialmente o la pendencia de esta última especie de formalización, impide a los Jueces o Tribunales conocer de la controversia sometida o que se intente someter por la vía jurisdiccional al fallo arbitral, puesto que, por el contrario, si el compromiso no se hubiese voluntariamente formalizado o no se hubiese hecho uso del derecho que reconocen los artículos 9 y 10, el contrato preliminar de arbitraje quedará sin efecto. (STS de 10 de abril de 1990; no ha lugar.)



**HECHOS.**—Planteada una demanda sobre resolución por incumplimiento de contrato de compraventa y otros extremos, los demandados alegan incompetencia de jurisdicción al considerar que existe una cláusula compromisoria que no ha sido respetada. Tanto el Juez de Primera Instancia como posteriormente la Audiencia Territorial declaran resuelto el contrato de compraventa que vinculaba a las partes. (E.S.M.)

**16. Daños por explosión. Responsabilidad de empresa suministradora de bombonas de butano. Deficiencias en el envase. Inexistencia de culpa de la víctima.**—Al reconocerse en la sentencia recurrida sin eficiente desvirtuación, y por tanto con la consiguiente vinculación por haber quedado incólumes en casación, que el siniestro motivador del juicio de que se trata fue producido por una acumulación de gas que sólo podía proceder de fuga de una bombona de butano, y que el incendio que con ella se originó no ha tenido lugar por defectuosa manipulación de la precitada bombona o de su instalación, claramente está poniendo de manifiesto que se dan las circunstancias precisas para generar la responsabilidad extracontractual con base en los artículos 1.902 y 1.903 del Código civil, con la consiguiente aplicación del artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro de 1980, al implicar tales aspectos vinculantes una conducta negligente, cual es el suministro de una bombona que tenía una deficiencia en el envase, determinante de culpa o comportamiento culposo, que tal fuga o deflagación fue la causante de los daños y que éstos fueron reales, con la consiguiente producción del preciso nexo causal entre acto culposo y resultado dañoso, sin darse situación de culpa exclusiva de la víctima, ni concurrencia de culpas entre los causantes del daño y los que lo sufrieron.

**Principio constitucional de presunción de inocencia. Inaplicación al caso.**—Si ciertamente el Tribunal Constitucional en sentencias de 1 de mayo y 26 de julio de 1982, aplicadas en la de esta Sala de 26 de julio de 1985, sanciona que la presunción de inocencia, reconocida en el artículo 24 de la Constitución Española, se extiende a cualquier efecto jurídico desfavorable, aun en el ámbito civil y administrativo, ello es en cuanto se trata de resoluciones judiciales basadas en hechos afirmados en el correspondiente procedimiento que no se reconozcan acreditados, puesto que la mencionada presunción es de índole *iuris tantum*, que puede ser destruida por cualquier medio de prueba libremente valorado por el Juez o Tribunal que conoce de la cuestión; para que resulte admisible el recurso por infracción de esta presunción ha de fundamentarse mediante la referencia actos concretos que otorguen verosimilitud, o que la aplicación de la decisión judicial se ha producido sin apoyo alguno, puesto que esto, y no el modo que haya sido valorado, es lo que con el recurso de casación se puede tratar de conseguir; lo que no sucede en el presente caso en que se estima la demanda por aplicación probatoria de la Sala sentenciadora, no eficientemente desvirtuada. (S de 2 de marzo de 1990; no ha lugar.)

NOTA.—Aunque los daños causados por explosión de bombonas de gas, constituyen un “sector sensible” en la jurisprudencia de la Sala 1.<sup>a</sup>, en el presente caso no ha sido preciso invocar la inversión de la carga de la prueba, ni la responsabilidad por riesgo, sino que la Audiencia Territorial declara probado que el Incendio “tuvo necesariamente que producirse por deflagación de un gas inflamable, originada por una acumulación de gas que sólo podía proceder de fuga de una bombona de butano, y que ese incendio no ha tenido lugar por defectuosa manipulación de la precitada bombona o de su instalación”. Ante afirmaciones tan categóricas, no desvirtuadas en casación, resulta inoperante la invocación de la presunción de inocencia, de la que empieza a abusarse ante los Tribunales viniendo a convertirse casi en “cláusula de estilo” (G.G.C.)

#### 4. DERECHOS REALES

**17. Tercería de dominio. Adquisición del dominio por el tercerista antes del embargo.**—Puede constatarse mediante cualquier principio de prueba documental, sin necesidad de la inscripción registral, y producirá efectos siempre que no exista duda respecto a la realidad de la transmisión operada (SS de 15 de junio de 1976, 3 de enero de 1978 y 24 de marzo de 1983).

**Teoría de la responsabilidad sin deuda. Fianza solidaria.**—En el Derecho moderno no es admisible la teoría de la responsabilidad sin deuda, ya que la deuda y la responsabilidad son dos elementos institucionales del fenómeno de la obligación, que no constituyen relaciones jurídicas autónomas y distintas; se es responsable porque se debe algo, o se ha debido algo, y concretamente en el caso que nos ocupa, el artículo 1.822 del Código civil dice precisamente que por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en caso de no hacerlo éste; así pues, el fiador es un obligado al pago, y como tal responde con su patrimonio, y mucho más si la fianza es solidaria (artículo 1.822.2 del Código civil).

**Doctrina del “levantamiento de velo” en la persona jurídica.**—No se puede por menor que acudir a la moderna orientación jurisprudencial, ratificada en abundantes sentencias, entre la que destaca la de 28 de mayo de 1984, relativa a la permisiva práctica de penetrar en el “substratum” personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que, a la sombra de esta ficción (legal y respetable), se puedan perjudicar intereses privados o públicos o bien puedan ser utilizadas como camino del fraude; se trata de permitir a los jueces que puedan levantar el velo jurídico y penetrar en tales personas jurídicas, cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia.

**Desestimación del recurso de casación en su integridad a pesar de haberse admitido los dos primeros motivos.**—Habiéndose admitido los dos primeros motivos del recurso, dirigidos a impugnar los fundamentos jurídicos tenidos en cuenta en la resolución recurrida, para sostener el fallo desestimatorio allí pronunciado, pero llegándose en este recurso a esa misma conclusión, por distinto género de razones y argumentaciones jurídicas, es doctrina constante de esta Sala que no procede la casación y anulación de la sentencia, ya que al dirigirse la impugnación casacional con-

tra la parte dispositiva de la misma, y no sufriendo esta modificación alguna, debe rechazarse el recurso en su integridad; si bien eliminando la preceptiva condena en costas del recurrente en aras de la estimación efectuada. (S de 2 de abril de 1990; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Una sociedad anónima interpuso demanda de tercería de dominio contra un Banco y un matrimonio, ejecutante y ejecutados, en un juicio en el que fueron embargados y subastados una serie de bienes inmuebles, en principio de propiedad de los esposos, pero que habían sido cedidos a la sociedad actora en la tercería, en concepto de aportación, como suscripción y desembolso de acciones emitidas en una ampliación de capital social. El Banco, único oponente en este procedimiento, alegó, en la contestación a la demanda, dos tipos de razones: no concurrir en la entidad demandante la condición de tercero; no haberse producido la transmisión patrimonial de los bienes a la sociedad en el momento idóneo.

El Juez de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda interpuesta, rechazando los dos grupos de razones alegadas por la parte demandada. La Audiencia Territorial estimó el recurso de apelación. No prospera el recurso de casación.

**NOTA.**—La simbiosis existente entre la entidad demandante de tercería y el matrimonio demandado, hacen imposible —afirma el Tribunal Supremo— distinguir en la práctica la figura del tercero, ajeno a las responsabilidades reclamadas en el juicio ejecutivo, y cuyos bienes han sido embargados para responder de esas deudas ajenas; a más de aparecer confundidas, si no las personas físicas y jurídicas, si las que asumen las facultades de decisión, pudiendo llegar a aproximarse al acto consigo mismo, al tratarse del representante único de la sociedad, que primero avala a la misma, y después le cede sus bienes, tratando de evitar la responsabilidad derivada de esa fianza, otorgando la aceptación de la cesión en nombre de la sociedad, y auto-demandados seguidamente en una tercería de dominio; conjunto de hechos que bordean el fraude del artículo 6.º4 del Código civil, haciendo inviable el buen fin de las pretensiones de la parte actora.

Un análisis jurisprudencial completo y riguroso de la doctrina jurisprudencial del “levantamiento del velo de la persona jurídica”, con referencia a las aportaciones fundamentales de DE CASTRO y SERICK, ha sido realizado recientemente en nuestro Derecho por DE ANGEL, *La doctrina del “levantamiento del velo” de la persona jurídica en la reciente jurisprudencia*, Madrid, 1990, refiriéndose con amplitud a la citada sentencia de 28 de mayo de 1984, citada por la sentencia anotada (pp. 23-27). (A.C.S.)

**18. Retracto de comuneros. Caducidad de la acción. “Dies a quo”. Requisitos del conocimiento anterior a la inscripción.**—Es cierto que la jurisprudencia de esta Sala ha establecido que “el cómputo a partir de la inscripción sólo juega cuando no consta que el conocimiento de la enajenación data de anterior fecha” (S de 29 de febrero de 1958), pero no lo es menos que ello sólo se produce “con tal que se dé como probado que el retrayente tuvo conocimiento de la venta con fecha anterior y que tal conocimiento sea completo” (S de 5 de julio de 1972), siendo preciso para enervar la acción de retracto por caducidad del plazo de viabilidad que el retrayen-

te tenga conocimiento en momento oportuno, cabal y completo, no sólo de la venta, sino de todas sus condiciones, sin que baste la mera noticia de haberse ésta efectuado (S de 18 de noviembre de 1981).

**Prueba del conocimiento. Valor de la confesión.**—La jurisprudencia de esta Sala confirma que la fuerza probatoria de la confesión ha de referirse al conjunto armónico de lo confesado, y no a la estimación fragmentaria de las respuestas, sin que sea lícito aceptarla en lo que al confesante perjudica y rechazarla en lo que le favorezca; en el presente caso la Sala declara que no puede inferirse el conocimiento de la respuesta dada a dos posiciones, porque no pueden considerarse aisladamente sino en relación con las demás del pliego, y haciéndolo así no puede llegarse a tal conclusión; por ello da por probado que el *dies a quo* debe ser la inscripción y por ello la demanda se presentó dentro de plazo.

**Carácter público de las normas procesales.**—No puede predicarse de una norma derogada, ni todas las procesales son de *ius cogens*, capaces de producir nulidad, sino sólo las que afectan a la esencia del procedimiento (artículos 238 y ss., y especialmente artículo 242 de la LOPJ).

**Proceso especial de retracto. Innecesariedad del acto de conciliación.**—El último inciso del artículo 1.621 y el 1.622 de la Ley de Enjuiciamiento Civil han perdido su razón de ser y debe estimarse tácitamente derogados por la Ley de 1984 de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil que confiere al acto de conciliación un carácter meramente facultativo, como resulta del nuevo artículo 460 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (S de 21 de marzo de 1990; no ha lugar.)

NOTA.—Como acertadamente se pone de relieve en el 2.º F.D., recogiendo afirmaciones de la sentencia recurrida, la alegación del defecto procesal de no haber presentado certificado del acto de conciliación, sólo tenía una finalidad dilatoria visto el desarrollo del proceso, por lo que debía rechazarse por razones de economía procesal, aparte de su defectuosa fundamentación. Con todo, es importante la razón de fondo, consecuencia de la nueva fisonomía que tiene en nuestro ordenamiento procesal, el acto de conciliación, que ya no debe considerarse presupuesto indispensable en el proceso especial de retracto. (G.G.C.)

## 5. DERECHO DE FAMILIA

**19. Medios de prueba en las acciones de filiación.**—El Código civil establece y propicia una amplia gama de procedimientos para llegar a conocer la realidad genética en todo tipo de procesos sobre filiación, permitiendo que los Tribunales utilicen al efecto cualquier sistema de los previstos por la razón humana, en consonancia con la realidad sociológica del entorno y de la época en que han de ser aplicadas esas normas de tan amplio espectro inquisitivo, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de éstas que no es otro que la defensa de los intereses prioritarios de los hijos.

**Objeto y valoración de las pruebas en las acciones de filiación.**—El principio de libertad en la práctica de las pruebas y de razonable apreciación y valoración de

las mismas por el Juzgador tiende, en definitiva, a buscar el principio de verdad material en el proceso, tal como ha proclamado expresamente esta Sala, para lo cual resulta decisivo a los efectos del adecuado soporte legal el último inciso del artículo 135 del Código civil, que alude y menciona como referencia de cierre, a “otros hechos de los que se infiera la filiación de modo análogo”, frase indicativa que sin duda remite a pruebas indirectas que son de especial significación cuando no se dan los hechos base que específicamente menciona en el repetido artículo 135 (reconocimiento expreso o tácito, posesión de estado y convivencia con la madre en la época de la concepción), ni exista prueba directa de la generación por no haberse querido someter el demandado a las pruebas biológicas correspondientes. Pero es que en el caso de autos, sin necesidad de llegar a esa interpretación extensiva, puesto que se practicaron las pruebas biogenéticas correspondientes con la loable anuencia y participación del demandado. (STS de 5 de abril de 1990; no ha lugar.)

HECHOS.—Ejercitada una acción de reconocimiento de filiación no matrimonial contra el presunto padre, el Juez de Primera Instancia estimó la totalidad de la demanda al considerar que el demandado había tenido frecuentes relaciones sexuales con la demandante, fruto de las cuales fue el nacimiento de una niña, como así lo probaba el informe del Centro Nacional de Toxicología. La Audiencia Territorial confirmó la sentencia. (E.S.M.)

**20. Cálculo de la legítima. Donaciones colacionables a los efectos del artículo 118 del Código Civil.**—“(…) motivo éste que debe perecer en atención a las siguientes razones: Primera: La doctrina científica predominante, al interpretar el precepto del artículo 818 del Código civil, viene entendiendo que para el cálculo de la legítima, mejora y tercio de libre disposición de la herencia deben sumarse a lo relicto líquido todas las donaciones no exceptuadas de computación por razón de sus circunstancias (como pueden ser, entre otras, las remuneratorias, onerosas y modales, usuales, las de frutos y en particular algunas otras entre las que no se encuentran las del supuesto que nos ocupa), y que así se desprende de la interpretación conjunta de los artículos 808 y 818 del Código civil, preceptos de los cuales el primero determina las cuotas que constituyen la legítima, señalando la proporción, mientras que el segundo indica el modo de determinar el montante de una de esas cuotas ideales, estableciendo la base a la que debe aplicarse aquélla, así como la de los artículos 819 y 820, cuya interpretación conjunta con el 818 hace palpable la evidencia de que las donaciones hechas a extraños deben ser computadas a todos los efectos, agregándose finalmente, que, si tal y como el artículo 636 afirma, ninguno podrá dar ni recibir, por vía de donación, más de lo que puede dar o recibir por testamento, tendremos que convenir que, o bien hay que formar, al menos contablemente, una masa única con todo lo relicto y lo donado, para aplicar el módulo correspondiente a la suma, o bien, habrá que formar dos masas distintas, para aplicar a cada una los mismos módulos, de modo tal que habría una legítima, mejora y tercio de libre disposición de lo relicto y otras tantas partes de lo donado, duplicidad que es desmentida por el artículo 820.1, al disponer que se respetarán las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima reduciendo y anulando, si necesario fuese, las mandas hechas en testamento. Segunda: Que a las mismas conclusiones ha llegado la doctrina jurisprudencial que sí en la sentencia de 4 de mayo de 1899 interpretó el artículo 818 en el sentido de que lo donado a extraños se colaciona para calcular y salvaguardar la legítima, cargándose a la nota de libre disposición,

en la de 16 de junio de 1902, al referirse a la admisión por el artículo 1.036 de la dispensa de colocación concedida por el causante, entendió que lo que se ha querido decir es que entonces no se computarán las donaciones a la legítima, pero no que se prescindiera de ellas en el inventario para imputarlas donde corresponda, para saber si el testador se ha extralimitado en sus facultades. Tercera: Que de acuerdo con tal cuerpo de doctrina, habremos de concluir que las resoluciones de instancia, al computar las donaciones hechas a los hijos por el causante para computar el montante total de la herencia, y de ahí llegar al de los tercios de legítima, mejora y libre disposición, interpreto correctamente el artículo 818 del Código civil, entendiendo el término ‘colocables’ en un sentido amplio que permite incluir en el mismo todas las donaciones hechas, sin perjuicio de que pudiesen o no resultar inoficiosas, para cuya declaración es preciso, como paso previo, el cálculo del montante total hereditario”. (STS de 21 de abril de 1990; no ha lugar.)

HECHOS.—El Juzgado de Primera Instancia declara la inoficiosidad de un prelegado ordenado por el testador en favor de uno de sus hijos por menguar éste la legítima de sus hermanos. La Audiencia, que revoca parcialmente la sentencia del Juzgado, la confirma sin embargo en el extremo que se reseña. Interponen recurso de casación los demandados en la instancia y el Tribunal Supremo declara no haber lugar. (R.G.S.)

**21. Competencia funcional del órgano jurisdiccional de segundo grado. Prodigalidad: interés público de su declaración y prohibición de allanamiento a la demanda y transacción. Imposibilidad de nuestro ordenamiento de una apelación “tácita”.**—“... la Sala ‘a quo’, en su sentencia aquí recurrida (...), después de reconocer que ‘se han aquietado a dicho pronunciamiento tanto el declarado pródigo como el Ministerio Fiscal’ (...), sostiene su competencia para entrar a conocer del expresado pronunciamiento, para lo cual, aunque no con una óptima claridad expositiva (...), parece basarse en lo siguiente: a) En el interés público o social que conlleva la declaración de prodigalidad. b) En la sustracción de esta materia al poder dispositivo de las partes, al entrar prohibidos el allanamiento a la demanda y la transacción. c) En la no firmeza del referido pronunciamiento, por entender que ‘se ha impugnando tácitamente’. La expresada tesis de la sentencia recurrida no puede ser aceptada por las siguientes razones: 1.º) Siendo elemental principio procesal el de que el órgano jurisdiccional de segundo grado sólo adquiere competencia funcional, a virtud del recurso de apelación interpuesto, para volver a conocer de aquellas pretensiones que, resueltas en primera instancia, hayan sido sometidas nuevamente a su resolución por la parte apelante (‘tantum devolutum quam appellatum’), es evidente, por el contrario, que le está vedado el conocimiento sobre aquellas otras pretensiones cuyo fallo resolutorio en primera instancia haya quedado firme, por no haberlo recurrido las partes legitimadas para su apelación, y ello aunque alguna de esas pretensiones puedan ser de interés público o social, pues la virtualidad amplia-toria del ámbito de conocimiento y del poder decisorio que toda cuestión de orden público o de interés social atribuye al órgano jurisdiccional, presupone necesariamente la previa e ineludible competencia del órgano para resolverla, que indudablemente no tiene, por lo ya dicho, respecto de una pretensión que no ha sido sometida a su conocimiento, al haber quedado firme la resolución que sobre ella dictó el órgano de primera instancia. 2.º) El aquietamiento que, tanto el declarado pródigo, como el Ministerio Fiscal, hicieron ante el pronunciamiento de primera ins-”

tancia declaratorio de la prodigalidad por considerarlo ajustado a Derecho (siendo, como eran, los únicos legitimados para recurrirlo) no puede en modo alguno considerarse incluido en la prohibición de la Disposición Adicional de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, pues lo que dicha norma proscribe imperativamente, en los procesos de prodigalidad, es el allanamiento y la transacción, supuestos que aquí, evidentemente, no se han dado. 3.º) La no firmeza del pronunciamiento que aquí nos ocupa parece querer deducirla la Sala 'a quo' del hecho de haber intervenido el Ministerio Fiscal en el recurso de apelación, lo que interpreta en el sentido de haber 'impugnado tácitamente' (...) dicha declaración, interpretación que no puede ser aceptada pues, aparte de no ser tal posibilidad impugnatoria admisible en nuestro ordenamiento jurídico (la apelación puede interponerse por vía directa o por vía de adhesión, pero siempre de forma expresa), mal se compagina con la actitud adoptada por el Ministerio Fiscal en el acto de la vista del recurso, en donde pidió la confirmación de la declaración de prodigalidad, cuando si hubiera sido recurrente (siquiera en esa forma tácita), habría postulado, obviamente, la revocación de la misma, sin que, por otro lado, sea imaginable que los cuatro reales apelantes de la sentencia del Juez (en cuanto a otros pronunciamientos de la misma) pudieran haberlo sido también del declaratorio de la prodigalidad, ya que, como reconocen las sentencias recurridas (...), carecían de legitimación para ello, al no afectarles para nada el mencionado pronunciamiento.

**Interpretación de las cláusulas testamentarias: función correspondiente a los tribunales de instancia.**—“...es doctrina reiterada y uniforme de esta Sala (SS de 30 de abril de 1981, 29 de enero y 1 de julio de 1985, 17 de junio de 1988, 28 de abril de 1989, entre las más recientes) la de que la interpretación de las cláusulas testamentarias es función exclusiva de los Tribunales de instancia, cuyas conclusiones hermenéuticas deben ser respetadas en casación, salvo el supuesto es que puedan ser calificadas de ilógicas o contrarias a la voluntad del testador o a la ley, ninguna de cuyas calificaciones es predicable de la labor exegética realizada por la Sala 'a quo'”.

**Legitimación de los fideicomisarios para ejercitar la acción de rescisión por lesión “ultra dimidium”, de la venta realizada por el fiduciario como medio para conseguir que se respete lo querido por el fideicomitente.**—“...los recurrentes mediante denuncia de ‘infracción de las normas del ordenamiento jurídico y en especial de los artículos 321, 322 y 323 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña’, sostienen que los actores, aquí recurrentes, en cuanto fideicomisarios, se hallan legitimados para el ejercicio de la acción de rescisión por lesión de la referida venta. El expresado motivo ha de ser estimado, pues sin dejar de reconocer, por un lado, que la acción de rescisión por lesión ‘ultra dimidium’ o ‘engany a mitges’ es de naturaleza personal, transmisible a los herederos (artículo 322 de la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña) y, por otro, que los aquí recurrentes no son herederos del fiduciario enajenante, pues aquéllos, en cuanto fideicomisarios, a quien heredan es al fideicomitente, no al fiduciario (artículo 162.2 de dicha Compilación), dicha normativa no es de aplicación al presente caso, pues habiendo sido la voluntad del fideicomitente (...) la de que pudiera autorizarse la venta de bienes por el fiduciario, pero con la ineludible obligación de invertir el precio obtenido con la venta en otros bienes ‘los cuales por subrogación real quedarán afectos al fideicomiso,

en sustitución de los enajenados o gravados' (...), es evidente, en el caso concreto aquí contemplado, el interés jurídico de los fideicomisarios en obtener la rescisión de una venta realizada con lesión de su justo precio, como único medio de que sea cumplida la expresada voluntad del fideicomitente, por lo que se hallan legitimados 'ad causam' para el ejercicio de la acción pertinente, la que debe ser estimada...". (STS de 5 de marzo de 1990; no ha lugar en parte.)

HECHOS.—Sobre la base de un complejo supuesto de hecho, los recurrentes —cuatro hermanos— someten a la revisión casacional las siguientes cuestiones: 1. la prodigalidad de su padre; 2. la interpretación de una de las cláusulas del testamento de su abuelo relativa a la mayoría a obtener para poder enajenar bienes sujetos a fideicomiso; 3. la nulidad de sendas escrituras públicas de compraventa e hipoteca otorgadas por su padre, y 4. con carácter subsidiario, la rescisión de la venta anteriormente expresada. El Juzgado había estimado los catorce pedimentos de los demandantes (en la casación, recurrentes). La sentencia fue apelada por cuatro de los codemandados consintiéndola los otros cuatro restantes en los pronunciamientos que les concernían. La Audiencia revoca parcialmente la resolución de primer grado entrado incluso a conocer de los pronunciamientos consentidos. El Tribunal Supremo declara haber lugar, en parte, al recurso de casación. (R.G.S.)

## II. DERECHO MERCANTIL

**22. La semejanza fonética o gráfica como causa de nulidad de marcas.**—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 E.P.I. entraña un concepto jurídico indeterminado, cuya realidad subyacente ha sido apreciada en función del comportamiento colectivo medido 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 ido siendo completada, junto a otras, por la jurisprudencia con el valor que a ésta concede el artículo 6.º.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 de la audición, más que en busca en sus profundos y prolijos significados etimológicos, productos de disquisiciones léxico-gramaticales, descomponiendo y 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.

**Calificación de marcas derivadas.**—Sólo serán marcas derivadas las que se re-



gistren con tal carácter y ello es posible cuando el propio interesado en su solicitud mencione la marca principal de las que traen causa las así por ello llamadas derivadas, salvo, claro es, que, como afirma la sentencia que cita el motivo, aún no empleada esa palabra en la solicitud, se desprenda palmariamente que de esta manera se solicitó. (STS de 2 de abril de 1990; no ha lugar.)

HECHOS.—Interpuesta demanda solicitando, entre otras cosas, la impugnación de concesión de marcas inscritas en el Registro de la Propiedad Industrial, la Audiencia Territorial declaró la nulidad de las marcas inscritas en el Registro, pero desestimó las restantes pretensiones de la demanda. Ambas entidades, demandantes y demandada, interpusieron recurso de casación. (E.S.M.).

**23. Aval incorporado a una letra de cambio.**—Si se contempla la antigua normativa mercantil al efecto, recogida en su anterior sección 6.ª de su Título X de dicho Código, sobre el aval y sus efectos, no ha de olvidarse que su juego de responsabilidad idéntica a la del deudor principal, lo será sólo, según sus artículos 486 y 487, cuando dicho aval esté incorporado en una letra de cambio, en donde, por el principio general de la corresponsabilidad de todos los suscribientes de la cambial, se justifica que, salvo limitación expresa, funcione el módulo de la solidaridad en caso de impago; y prueba de ello es que con la reforma de la ordenación mercantil, en lo atinente, llevada a cabo por la Ley 19/1985, de 16 de julio, sobre Ley Cambiaria, ha quedado sin contenido todo ese Título X, artículos 443 a 530, ya en el capítulo IV de dicha ley al hablar del “Aval”, artículos 35 y ss., y bajo el supuesto común de su primer artículo, “de que el pago de la letra podrá garantizarse mediante aval...” en su artículo 37, sin más, que “el avalista responde de igual manera que el avalado”.

**Aval no incorporado a una letra de cambio. Responsabilidad subsidiaria.**—Cuando, como sucede en el caso de autos, el empleo de la palabra “aval”, aparece como una especie de cobertura económica en un negocio distinto a la de la letra de cambio, no es posible obtener ese juicio de solidaridad, que en su remisión al Código civil como tal afianzamiento, ha de expresarse con toda claridad que integre la excepción del artículo 1.137 de dicho Código, no denotando esa taxatividad las expresiones vertidas en el documento. (STS de 5 de marzo de 1990; no ha lugar.)

HECHOS.—Los demandantes solicitaron la declaración del carácter solidario del aval suscrito por el Banco demandado, o bien, que se declarase su carácter subsidiario y la correspondiente condena en caso de insolvencia del deudor principal (una constructora). El Juez de Primera Instancia apreció la excepción de litisconsorcio pasivo necesario. La Audiencia territorial revocó la anterior sentencia y, entrando en el fondo del asunto, estima la petición subsidiaria de la demanda, condenando al Banco, en caso de insolvencia de la constructora. Interpuesto recurso de casación ante el Tribunal Supremo, no prospera. (J.B.D.).

**24. Juez competente para conocer de quiebras y concursos.**—“El motivo decae inevitablemente por las siguientes consideraciones: a) en primer lugar se estima erróneo sostener que el Juez determinado por la Ley (art. 117.2) o el ‘Juez ordina-

rio predeterminado por la Ley' (art. 24.2) (ambos de la Constitución) sea únicamente el Juez penal, ya que los textos constitucionales, al no concretar más, indudablemente se refieren tanto a unos Jueces como a otros, y en este sentido se puede negarse que la recurrente se halla sometida al Juez civil de su domicilio, que es 'Juez predeterminado por la ley' (art. 63, reglas 8.ª y 9.ª, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que declara Juez competente en quiebras y concursos, con preferencia al del domicilio del deudor, y lo mismo puede deducirse del artículo 85 de la Ley Orgánica del Poder Judicial."

**La declaración por parte del juez civil de quiebra fraudulenta es requisito de procedibilidad en el proceso penal sin que ello prejuzgue la resolución definitiva.**—“(…)es muy reiterada la jurisprudencia, tanto civil como penal, en el sentido de que la declaración del Juez civil de quiebra fraudulenta es un requisito de procedibilidad en el proceso penal; pero siendo de destacar que la jurisdicción penal no se encuentra en situación de subordinación a las calificaciones hechas por la jurisdicción civil, sino que goza de absoluta independencia al tiempo del enjuiciamiento (SS de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, entre otras, de 23 de marzo de 1979 y 17 de mayo de 1982); y es doctrina jurisprudencial de esta Sala 1.ª que la intervención de la jurisdicción civil en el campo de la calificación de la quiebra viene estrictamente limitada a realizarla para provocar la apertura o no del procedimiento punitivo, pero sin que prejuzgue la resolución definitiva, respecto a los personalmente responsables y a la clase de responsabilidad que haya de hacerse en el proceso penal con plena soberanía, una vez que en el aspecto civil haya sido cumplido el requisito de viabilidad que el artículo 895 del Código de Comercio establece (S de 27 de enero de 1988)”.

**Libros de contabilidad: su inexistencia —que es cuestión de hecho— determina el juego de presunción de quiebra fraudulenta.**—“El Código de Comercio concede tanta trascendencia a los libros de contabilidad que en su artículo 33 ordena llevar a los comerciantes que utiliza el adverbio de modo ‘necesariamente’, de aquí que la ausencia, bien total o parcial, en dicha llevanza, determina que la quiebra por el mismo provocada, haya de ser calificada como de fraudulenta, conforme dispone el párrafo 3.º del artículo 890 de dicho cuerpo legal (SS, entre otras, de 5 de noviembre de 1956, 7 de febrero de 1964, 10 de octubre de 1969 y 21 de noviembre de 1985); ya que la verdadera situación de la entidad quebrada no ha podido deducirse de sus libros lo que abona en presunción de fraudulencia (S de 2 de febrero de 1980); caso distinto de cuando la falta de libros se debe a causas ajenas a la voluntad del quebrado, como es el supuesto de robo (S de 1.º de diciembre de 1985). Pero sobre todo las circunstancias que definen los artículos 890 y 891 del Código de comercio implican una cuestión de hecho (S de 4 de julio de 1987) que ha deducido la Sala de instancia del resultado de las pruebas, cuestión que no puede ventilarse en casación...” (STS de 18 de abril de 1990; no ha lugar.)

**HECHOS.**—“Sociedad Ausetana de Estudios e Inversiones, S. A.”, se opone a la declaración de quiebra fraudulenta que en su contra sancionó la sentencia recurrida, confirmando la sentencia de primera instancia y aceptando en esencia sus razonamientos jurídicos. El recurso de casación no prospera. (R.G.S.)

### III. DERECHO PROCESAL

**25. Improcedencia de formular recurso de casación contra las incidencias que puedan surgir en la ejecución de la sentencia recurrida.**—“El recurso de casación ha de formularse contra el fallo de la resolución recurrida o contra los fundamentos de los que se deriva necesariamente la parte dispositiva, pero no contra las incidencias que puedan surgir de su ejecución, que allí han de solventarse, conforme a las circunstancias que entonces concurren, ignoradas tanto ahora como al dictarse la sentencia de alzada, que sin duda no alude a ella por la misma razón.”

**Principio de congruencia procesal. Viabilidad del recurso de casación. Improcedencia de plantear cuestiones nuevas.**—“Es doctrina reiterada y constante a esta Sala (SS de 3 y 16 de marzo, 12 y 14 de mayo, 27 de junio, 28 de septiembre y 2 de octubre, todas de 1987) que las sentencias, como sanciona con rigor la preceptiva contenida en el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, han de ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, haciendo las declaraciones que éstas exijan, lo que determina que la resolución judicial que, apartándose de lo alegado, resuelva puntos no sometidos a su decisión incida en flagrante incongruencia, no siendo lícito por ello interponer un recurso de casación por infracción de Ley con base en la invocación de hechos o alegatos jurídicos que, por no haber sido planteados en los escritos fundamentales de la litis, alteren a destiempo y sin posibilidad de defensa para la otra parte los términos en que la controversia quedó concretada, lo que determina que tanto si se atiende a las normas que regulaban el recurso de casación en la anterior redacción de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como en las que lo hacen en la actual, según reforma introducida por la Ley 34/84, de 6 de agosto, no sea viable un recurso de casación que se refiera a ‘cuestiones no debatidas en el pleito’, según expresaba en el número 5 del artículo 1.729 la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su anterior redacción, y sanciona la regla 2.ª del artículo 1.710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil actual, cuando expresa ha de sancionarse con pronunciamiento de ‘inadmisión’ el recurso en que se citen normas ‘que no guarden relación alguna con las cuestiones debatidas’, pues admitir lo contrario significaría llegar a la conclusión absurda de que se atacara una sentencia por infracción de una norma que no pudo ni debía aplicar; y abundando en tal criterio (SS de 15 y 29 de febrero, 16 de marzo, 18 de abril, 10 y 17 de octubre, todas de 1988), se establece la improcedencia de plantear cuestiones nuevas en casación, porque los recursos que se interponen por infracción de ley o doctrina legal han de referirse a lo que en el pleito se haya debatido, al exigirlo así tanto el principio de preclusión como el de igualdad de las partes en el proceso, ya que de lo contrario quedaría vulnerada la oportunidad procesal de defensa, lo que concuerda con el criterio igualmente jurisprudencial de que la rebeldía no implica allanamiento, ni libera a los demandante de probar los hechos constitutivos de su pretensión, pudiendo el rebelde, después de comparecido, si el estado del proceso lo permite, probar la inexactitud de las alegaciones adversas, pero sin que, cual establece la sentencia de 16 de julio de 1978, puedan aprovecharse las excepciones no alegadas en su momento y opuestas extemporáneamente en la segunda instancia, que es lo que ocurre en el caso que nos ocupa, además de ser algo a dilucidar en la propia ejecución de la sentencia, cual se viene repitiendo.” (STS de 6 de marzo de 1990; no ha lugar.)

**HECHOS.**—El Juzgado reconoció el crédito de los actores frente a la Compañía Internacional de Seguros, S. A., condenando a la demandada (entonces, en trance de disolución y liquidación) a satisfacerlo pero suspendiendo la ejecución de la sentencia por el plazo de un año. Apelan ambas partes estimándose en parte el recurso de los demandantes y rechazándose el de la demandada que refería su apelación únicamente al extremo de la suspensión de la ejecución por sólo un año. Acude al Supremo la compañía de seguros y denuncia la infracción del artículo 105.3 del Reglamento de Ordenación del Seguro Privado en cuya virtud la suspensión de la ejecución de sentencia sólo podría levantarse cuando sometido el plan de liquidación a los acreedores fuese aprobado por éstos. (R.G.S.)

**26. Recurso de revisión. Doctrina general. Carácter extraordinario.**—El recurso de revisión, dado su carácter extraordinario y excepcional, aparece limitado en su alcance, condiciones precisas y plazo para su ejecución por la normativa, de inexcusable observancia, contenida en los artículos 1.796 a 1.800 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin posibilidad de extenderlo a casos o supuestos distintos de los en ella taxativamente señalados (SS de 1 y 15 de febrero, 8 de junio y 21 de octubre, todas ellas de 1982).

La interpretación de dichos supuestos ha de realizarse con absoluta rigidez y *criterio restrictivo*, sin extenderlos a casos no especificados en el texto legal para evitar la inseguridad de situaciones reconocidas o de derechos declarados en la sentencia, quebrantando el principio de autoridad de la cosa juzgada, que no puede ponerse en entredicho (SS de 13 de abril y 25 de mayo de 1981, 8 de marzo y 8 de junio de 1982).

**Plazo.**—El plazo para interponerlo es el de tres meses, contados desde el día en que se descubrieron los documentos nuevos o el fraude, o desde el día del reconocimiento de la declaración de la falsedad (art. 1.798) y ello requiere de manera inexcusable la fijación por el recurrente del elemento temporal *dies a quo*, que debe probarse con precisión (SS de 23 de febrero de 1965, 17 de octubre de 1969, 24 de marzo de 1972, 14 y 19 de febrero de 1981, 15 de febrero y 14 de junio de 1982, 6 de abril de 1985, 15 de julio de 1986 y 11 de mayo de 1987), obligando a la Sala, si el litigante no lo consiguiese, a la desestimación, aunque existiesen indicios de maquinación. El plazo de tres meses es de caducidad (SS de 23 de febrero de 1976, 13 de abril de 1981 y 1 de febrero de 1982).

**Maquinación fraudulenta.**—La maquinación fraudulenta exige una irrefutable demostración de que se ha llegado al fallo por medio de ardides, argucias o artificios encaminados a impedir la defensa del adversario, de suerte que exista nexo causal eficiente entre el proceso malicioso y la resolución judicial (SS de 19 de enero de 1981, 15 de febrero de 1982, 21 de febrero de 1983 y 28 de marzo de 1984), sin resultar de hechos alegados y discutidos en el pleito (SS de 7 y 21 de octubre de 1982, 11 de octubre de 1984 y 8 de mayo de 1986).

**Recuperación de documentos.**—Es doctrina constante de la propia Sala la que exige que el documento a que se refiere la causa 1.ª del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil hubiese estado detenido por fuerza mayor o malicioso proce-

der de la parte favorecida por la sentencia impugnada (S de 10 de diciembre de 1988). (STS de 11 de enero de 1990; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Serafín y doña Emilia formularon demanda contra don Cipriano y doña Luisa, sobre negocio fiduciario, en concreto un contrato de compraventa de una vivienda, siendo su pretensión desestimada por el Juez de Primera Instancia y por la Audiencia Territorial. Años más tarde, los demandantes interpusieron recurso de revisión contra la sentencia de la Audiencia, que no prosperó. (J.B.D.).

**27. Cuestión de competencia. Contrato de compraventa.**—Ejercitándose en el pleito del que procede la presente cuestión de competencia, una acción personal derivada de un contrato de compraventa mercantil, cuyo objeto estuvo constituido por determinadas mercaderías propias de la actividad industrial del demandante, y no constando sumisión expresa o tácita de las partes, ni que fijaran expresamente el lugar de entrega de la mercancía, pero sí que ésta viajó del establecimiento del vendedor a portes debidos, es decir por cuenta y riesgo del adquirente, ha de reputarse lugar de entrega de la mercancía el del establecimiento del vendedor, y en el mismo habrá de efectuarse el pago del precio, conforme a los artículos 1.171 y 1.500 del Código civil aplicados según el artículo 50 del Código de comercio lo que comporta que sea el juzgador del referido lugar de entrega el que, al margen del domicilio social de la entidad actora, es territorialmente competente para conocer la acción ejercitada, conforme a la regla 1.ª del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y doctrina constante de este Tribunal de la que son muestra las sentencias de 31 de mayo, 26 de octubre y 5 de noviembre de 1984 y 2 de abril de 1985 (STS de 5 de marzo de 1990).

HECHOS.—El Tribunal Supremo, como órgano inmediato superior común, resuelve la cuestión de competencia que suscita el Juzgado de Distrito número 32 de Madrid al de igual clase número 3 de La Coruña, ante el cual el demandante reclamó a una sociedad con domicilio en Madrid el pago de las mercancías que fueron enviadas allí desde La Coruña (J.B.D.).

**28. Eficacia probatoria del documento público.**—La eficacia probatoria de los documentos públicos no se extiende a las declaraciones que en ellos hagan los interesados. (STS de 16 de abril de 1990; ha lugar.)

HECHOS.—Los actores solicitaron la declaración de dominio de una finca rústica que su madre les donó mediante escritura pública. Los demandados se opusieron, formulando reconvención, fundándose en una acción de deslinde instada años antes a través de un juicio declarativo de mayor cuantía. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda, condenando a los demandados a las costas causadas en el procedimiento. Apelada la sentencia, fue revocada por la Audiencia Territorial, declarando nula la donación, y debiéndose proceder a su cancelación en el Registro. Recurrida la sentencia por ambas partes, el Tribunal Supremo acoge el recurso de los demandados, pero únicamente en lo relativo a la no condena en costas de la parte actora, cuando fue desestimada por completo su demanda. (J.B.D.).

**29. La interpretación de los contratos es facultad privativa de los tribunales**

**de instancia.**—“Es doctrina reiterada y constante de esta Sala, recogida en numerosas sentencias entre las que se encuentran, como más recientes, las de 28 de enero, 8 de febrero, 7 de marzo y 13 y 17 de abril del presente año 1989, la de que la interpretación de los contratos, fijando su contenido y el alcance de sus estipulaciones, es facultad privativa de los Tribunales de instancia, a mantener en casación salvo que conduzca a exégesis desorbitadas, erróneas, ilógicas o que conculquen preceptos legales sobre hermenéutica contractual, debiendo ser mantenidas en aquellos supuestos en que quepa alguna duda acerca de la absoluta exactitud de la interpretación del Juzgador.” (STS de 20 de diciembre de 1989; no ha lugar.)

**HECHOS.**—La cuestión debatida en el litigio del que el recurso de casación trae causa se centró en determinar si el contrato cuya resolución se pretendía era de opción de compra o de arrendamiento disimulado bajo el de opción de compra. El Juzgado se inclina por la primera tesis y acoge la demanda de resolución. La Audiencia confirma la sentencia del Juzgado. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. (R.G.S.)

**30. Sentencia recaída en juicio ejecutivo. Efectos de cosa juzgada.**—Si ciertamente el artículo 1.479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sanciona el principio de que las sentencias dictadas en los juicios ejecutivos no producirán la excepción de cosa juzgada, con la consecuencia de quedar a salvo el derecho de las partes para promover el ordinario sobre la misma cuestión, es igualmente exacto que tal normativa, según tiene declarado esta Sala en sentencias, entre otras, de 3 de abril de 1903, 26 de junio de 1914, 2 de abril de 1917 y 9 de diciembre de 1939, tiene aplicación reducida a la mera discusión de las cuestiones de fondo, y singularmente a la certeza del crédito, y por tanto no tiene aplicación extensiva a que vuelvan a discutirse los defectos del título ni las excepciones y nulidades que pudieron oponerse y resolverse en el juicio ejecutivo, pues debieron ser planteadas y resueltas dentro de él, o en los correspondientes recursos contra el mismo planteables en su momento procesal oportuno, no producido por volver a discutirse las excepciones ya propuestas y rechazadas.

**No es necesaria su alegación por vía de excepción.**—Según tienen declarado las recientes sentencias de 11 de noviembre de 1981 y 10 de mayo y 6 de diciembre de 1982, superando orientación anterior en contrario, toda vez que teniendo ciertamente la cosa juzgada su fundamento en razones de seguridad jurídica, e incluso en la confianza y prestigio de la justicia, perteneciendo a la esfera del Derecho Público, como viene reconocido en la doctrina alemana y se reflejó en el párrafo 411 del Reglamento Procesal austríaco, no es preciso su alegación por vía de excepción concretamente, bastando que consten las identidades del artículo 1.252 del Código civil, estableciendo un juicio comparativo con la sentencia anterior. (STS de 23 de marzo de 1990; no ha lugar.)

**HECHOS.**—El demandante pretendía la nulidad del juicio ejecutivo seguido contra él por el Banco demandado, pues entendía que la póliza del crédito no reunía los requisitos para despachar ejecución, así como que con relación a dicha póliza se aplicó un derecho derogado. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, fallo que luego fue confirmado por la Audiencia Provincial y por el Tribunal Supremo. (J.B.D.).

**31. El principio de congruencia.**—La congruencia hace referencia a la nece-

sidad de que entre la parte dispositiva de la resolución judicial y las pretensiones oportunamente deducidas por los contendientes exista la máxima concordancia y relación, sin que su exigencia alcance a los razonamientos alegados por las partes o por el Tribunal; que el principio de congruencia se refiere a la relación entre la súplica de las partes en sus escritos alegatorios y el fallo, y que no cabe apreciar incongruencia cuando se acuerde la desestimación de la demanda ni cuando se alega con base en fundamentos de la sentencia no determinantes del fallo. En definitiva, no cabe ni apreciar abuso de jurisdicción, ni incongruencia, cuando esta última se quiere ver en que la sentencia recurrida en casación rechazó un fundamento de derecho de la sentencia apelada, aunque confirmó íntegramente el fallo desestimatorio recurrido.

**El principio de la carga de la prueba.**—El artículo 1.214 del Código civil contiene simplemente un principio general sobre atribución de la carga de la prueba, es de carácter eminentemente genérico, sin regla alguna encaminada a valorar o dar eficacia a los diversos medios de prueba, y que no puede servir de base para la casación.

**Valor de la confesión judicial.**—No procede invocar la infracción del artículo 1.232 del Código civil cuando la Sala sentenciadora aquilata el valor de la confesión judicial combinándolo con los demás elementos probatorios, y deduce de todos ellos los efectos que procede dar a la misma. (STS de 16 de marzo de 1990; no ha lugar.)

HECHOS.—El demandante constructor de una obra, había concertado a su vez la construcción de la misma, por medio de un subcontrato con una empresa, que en el pleito no aparece demandada. La citada entidad adquirió para el hormigón cemento de la firma demandada, así como los servicios técnicos de un arquitecto y aparejador también demandados. Los análisis del hormigón empleado acreditaron su mala calidad, por lo que hubo que demoler la obra en su totalidad, pero de los hechos acreditados en las sucesivas instancias, no pudo afirmarse que la baja resistencia del hormigón empleado en la obra se debiera a la mala calidad del cemento vendido por la sociedad demandada, ya que también pudiera deberse a otros factores. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda y la Audiencia Territorial confirmó la sentencia (E.S.M.).

**32. Fundamento y características del litisconsorcio pasivo necesario.**—Los Tribunales han de velar porque el litigio se tramite con todos aquellos que puedan resultar afectados por la sentencia y el principio se fundamenta en la veracidad de la cosa juzgada, en la extensión de sus efectos, en que nadie puede ser condenado sin ser oído y en la necesidad de evitar fallos contradictorios, pero la justificación más importante ha de buscarse en la situación jurídico-material controvertida en el pleito, con presencia de todos los interesados en ella, únicos que pueden ser considerados como litisconsortes necesarios, pues los que no fueron parte en el contrato carecen de interés legítimo sobre las obligaciones que constituyen su objeto, nada tiene que defender y consiguientemente, no hay razón alguna para llamarlo obligatoriamente al proceso, el que no puede recaer pronunciamiento condenatorio que les afecte de modo directo, para lo que habría de seguirse nuevo litigio y con

diferentes partes; y es que lo característico del litisconsorcio necesario, que provoca la extensión de la cosa juzgada, es que se trate de la misma relación jurídico material sobre la que se produce la declaración, pues si no es así, si los efectos hacia un tercero se producen con carácter reflejo, por una simple conexión o porque la relación material sobre la que se produce la declaración le afecta simplemente con carácter prejudicial, su posible intervención en el litigio no es de carácter necesario.

**Bases para la indemnización por daños y perjuicios.**—Las bases de la indemnización se fijaron tomando en cuenta el mayor costo de las obras de adaptación y el uso limitado del local hasta que se puedan llevar a cabo, con rebaja de un porcentaje en el interés legal del dinero, lo que se produce, de forma racional y lógica, sobre datos objetivos y no sobre simples expectativas o resultados potenciales. (STS de 24 de abril de 1990; no ha lugar.)

**HECHOS.**—El recurso tiene su antecedente en una demanda en la que se solicita resarcimiento de daños y perjuicios al no poder el demandante disponer del local adquirido para el uso al que iba a ser destinado, ya que aunque se obtenían algunas utilidades del mismo, no eran las que habían motivado la compra del local. El Juez de Primera Instancia estimó en su totalidad la demanda y la Audiencia Territorial confirmó la sentencia, aunque modificando las bases para el cálculo de la indemnización a percibir por el actor. (E.S.M.)



